

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 / 2020

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

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, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Coccozza, 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. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, L. Ludovici, N. Lupo, 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. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, 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:

R. Bifulco, A. Cilento, G. Colavitti, L. Di Brina, L. Di Donna, V. Donativi, P. Gaggero, M. Guarini, F. Guarracino, R. Miccù, F. Moliterni, R. Motroni, M. Pellegrini, I. Sabbatelli, M. Sepe, V. Troiano

PARTE PRIMA

ARTICOLI

ANTONIO BLANDINI, CRISTIANA FIENGO – *Sulla funzione sociale del conto corrente bancario* (The social function of the bank account).....365

NICOLA LUPO – *L’influenza dell’Alleanza Atlantica nell’interpretazione della Costituzione economica: ovvero, sulla centralità dei principi dell’art. 11 Cost.* (The influence of the Atlantic Alliance in the interpretation of the Italian economic Constitution: on the centrality of the principles of Article 11 Cost).....425

SIMONE CICCHINELLI – *Soci e creditori nella crisi dell’impresa bancaria riflessioni dalla giurisprudenza amministrativa* (Shareholders and stakeholders in the banking crisis. Remarks from Regional Administrative Courts).....464

ANGELA TROISI – *La digitalizzazione del sistema industriale ed il piano Industria 4.0 in ambito UE* (The digitalisation of the industrial system and the Industry 4.0 plan within the EU).....488

FEDERICO RAFFAELE – *Initial coin offerings e cripto-attività: un’analisi comparata tra “arbitraggio tecnologico” ed eterogenesi dei fini dell’approccio regolatorio italiano* (Technological Arbitrage” and Heterogony of Ends of the Italian Regulatory Approach).....513

VARIETÀ

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Una triste storia bancaria, un appello per non morire. Un impegno del governo* (A sad story in banking. A call not to die. A Government’s commitment).....578

GIUSEPPINA LOFARO – *Profili di interconnessione tra principi di analisi economica del diritto e (abuso del) processo amministrativo* (Interconnection profiles between principles of economic analysis of law and (abuse of) administrative process).....586

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

VALERIO LEMMA – *Ostacoli al rimborso degli strumenti di capitale delle banche popolari tra CRR e Costituzione* (Obstacles to the redemption of the capital instruments of the cooperative banks between CRR and the Italian Constitution), nota a sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 luglio 2020.....90

DIEGO ROSSANO – *La valutazione del merito creditizio nel Decreto “Liquidità”*: nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c. (The assessment of creditworthiness in the “Liquidity” Decree: a commentary on two decisions according to article 700 c.p.c.), nota a ordinanze del Tribunale di Napoli del 5 agosto 2020 e del Tribunale di Caltanissetta dell’8 luglio 2020.....124

PARTE PRIMA

ARTICOLI

**SULLA FUNZIONE SOCIALE
DEL CONTO CORRENTE BANCARIO * ****
(The social function of the bank account)

ABSTRACT: *The renewal in the field of banking and credit laws has led to the affirmation of the "social function" of the bank (and postal) account, with measures apted to reduce the cash circulation. The subsequent and widespread diffusion of these accounts, also accentuated by access via internet banking, determined the need for a legislative action with the aim of protecting the weak part of the contract. It clearly shows up in the will of the legislator to increase the transparency of the contractual conditions and of the relationship with customers in operations and payment services offered by banks. In this context, the introduction of the general category of the so called "payment account" into our legal system assumes absolute importance since the bank account (as well as the postal one) belongs to this legal class, to the extent that it is used to make payment transactions. The protection is strengthened in case of payment accounts "offered to" or "subscribed by" consumers. Moreover, a further step was to consider a "social right" the possibility for any citizen to have a bank account, that allows him to carry out at least the essential operations; it is the so-called "conto di base", which is an account designed to promote financial inclusion of the category of "most vulnerable consumers".*

*Contributo approvato dai revisori.

**Questo lavoro è il risultato di una ricerca svolta congiuntamente dai due Autori. Per le finalità di legge, si specifica che i parr. 1, 3.3, 3.4 e 4 sono riferibili, in particolare, a Cristiana Fiengo, laddove i paragrafi 2 e 3, 3.1 e 3.2 sono riferibili, in particolare, a Antonio Blandini.

SOMMARIO: 1. I provvedimenti tesi alla contrazione delle transazioni in contanti. - 2. I conti correnti bancari e postali come “conti di pagamento”. - 2.1. Servizi di pagamento offerti tramite internet banking. - 3. La disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti. - 3.1 Obblighi informativi, requisiti di forma e di contenuto dei contratti. - 3.2 Trasparenza e concorrenza. 3.3. La modifica unilaterale delle condizioni del contratto. - 3.4. L’estratto conto del conto corrente bancario. - 4. Il conto di base.

1. Il legislatore non ha finora mostrato particolare interesse nel comporre il quadro normativo di riferimento del conto corrente bancario¹. È noto, infatti, che il *set* delle norme relative al regolamento in conto corrente delle operazioni bancarie² e quelle dedicate al contratto di conto corrente ordinario³ costituisce, tuttora, il composito *framework* disciplinare del contratto generato dalla prassi bancaria, noto come “conto corrente di corrispondenza” o anche, semplicemente, come “conto

¹V. SANTORO, *Conto corrente bancario*, in *Dir. banc.*, 1988, I, 412; S. ALAGNA, *Contratti bancari di intermediazione creditizia. Aperture di credito – finanziamenti*, Milano, 1984; G. MOLLE, *I contratti bancari, Trattato Cicu e Messineo*, continuato da Mengoni, Milano, 1981, 490 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 84; B. VISENTINI, *Il conto corrente bancario*, in *Riv. banc.*, 1943, 1.

²Cfr. MARTINO, *La compensazione nelle operazioni bancarie in conto corrente*, *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 2, 385; TETI, *Sub art. 1842-1845 – Dell’apertura di credito bancario*, in BIGLIAZZI GERI (a cura di), *L’interpretazione del contratto. Artt. 1362 - 1371, Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 222; TETI - MARANO, *I contratti bancari. Aperture di credito. Anticipazione. Sconto*, Milano, 1999; PORZIO, *I contratti bancari*, in *Tratt. Rescigno*, 12, Torino, 1985, 871; G. MOLLE, *Operazioni in conto corrente e tassi di interesse del «cartello»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, II, 319.

³Cfr. PRATOLA, *Il conto corrente ordinario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 199; SCOZZAFAVA – GRISI, *Conto corrente*, *Dig. comm.*, IV, Torino, 1989, 1; ID., *Conto corrente ordinario*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 12, IV, Torino, 1985, 741; CAVALLI, voce *Conto corrente I) il contratto di conto corrente*, *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 2; FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, Art. 1823-1860, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, 11; ID., *Il conto corrente*, *Tratt. dir. civ. it.*, vol. VIII, tomo III, fasc. 1, Torino, 1957, 1; MARTORANO, voce *Conto corrente (contratto di)*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 658; CALTABIANO, *Brevi note in tema di approvazione del conto corrente*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 96.

corrente bancario”⁴. Pertanto, la regolamentazione in conto corrente, da modalità operativa passibile di accesso a diversi contratti bancari è divenuta connotato specifico di uno schema contrattuale *socialmente tipizzato*⁵ - per di più “nominato” espressamente nel testo unico bancario (tub), nella legge fallimentare [artt. 67, comma 3, lett. b) e 78, r.d. 16 marzo 1942, n. 267]⁶ e anche nel nuovo codice della crisi di impresa e dell’insolvenza [artt. 166, comma 3, lett. b), 183, 201, comma 3, lett. a), d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14] - al quale si applica l’intera disciplina di cui agli artt. 1852-1857 c.c., oltre alle disposizioni contenute in leggi speciali⁷. Ciò vale

⁴Cfr. FAUCEGLIA, *Le operazioni bancarie, i contratti di credito e i contratti di finanziamento parabancari*, in BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, 706; PAGLIANTINI –BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, 1567; INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L’attività delle banche*, Padova, 2010, 371; TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 534; CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 29; SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 119; N. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, *Dig. comm.*, 1989, 1; ID., *Le banche e i contratti bancari*, Torino, 1983, 267; MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in PORTALE G.B. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, II, 617.

⁵Cfr. COLANGELO, *Guardando troppo l’albero si perde la foresta: conto corrente di corrispondenza, trasparenza, concorrenza e clausole vessatorie*, in *Corriere giuridico*, 2011, 3, 411; MORELLI, *Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 140 ss.; MICCIO, *Dei singoli contratti*, *Comm. cod. civ.*, IV, 4, Torino, 1966, 162; FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, cit., 668; F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 8, il quale ritiene che possa parlarsi di “tipicità sociale” con riferimento al conto corrente bancario anche in ragione della uniformità di regolamento del fenomeno raggiuntasi grazie alle Norme Bancarie Uniformi che hanno integrato la disciplina legislativa.

⁶Cfr. POLACCO, *il conto corrente ordinario e il conto corrente bancario*, in GUGLIELMUCCI (a cura di), *I contratti in corso nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 191.

⁷Il sistema delle NBU, regole elaborate dall’ABI con la collaborazione di quasi tutte le imprese bancarie al fine di uniformare le condizioni praticate dalle stesse per le operazioni ed i contratti conclusi con la propria clientela, è stato travolto dalla sentenza della Cass., 7.10.2004, n. 21095, la quale afferma che norme predisposte da un’associazione di categoria pianificata alla tutela degli interessi esclusivi delle banche non hanno forza normativa. Oggi vale considerare le “Condizioni generali relative al rapporto banca-cliente, contenute nell’Allegato A alla Circolare ABI del 25.02.2005, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 626, quale fonte interpretativa per gli obblighi di buona fede nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) posti a carico delle parti. ABF, Coll. Bologna n.

anche per il conto corrente postale in virtù di quanto previsto nell'art. 3, comma 1 del *Regolamento recante le norme sui servizi di bancoposta* (d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144, modif. dal d.p.r. n. 28 novembre 2002, n. 298)⁸.

Si è affermata - a livello sia giurisprudenziale⁹, sia dottrinale¹⁰ - la definizione di conto corrente bancario secondo cui è tale il contratto per effetto del quale la banca, nel presupposto dell'esistenza presso di sé di una disponibilità - variamente

6345/2018; Coll. Roma n. 4634/2013, n. 4276/2012 e n. 2708/2011; Coll. Milano n. 108/2012. Al riguardo, BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 143, il quale sostiene che le regole elaborate dall'Associazione di categoria, in quanto disciplina del rapporto tra banca e il cliente, continuano a contribuire alla conformazione del mercato delle operazioni e dei servizi bancari; CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, 15; SIRENA, *Il contratto bancario: profili generali*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010, 31. CAVALLI, *Il conto corrente di corrispondenza*, in CAVALLI-M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008, 73.

⁸Cfr. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 44, evidenzia che in virtù dell'art. 12, comma 2, del d.P.R. n. 144/2001, gli sportelli postali sono ormai parificati agli sportelli bancari; FALCONE, voce *Conto corrente postale*, in *Dig. comm.*, 1989, 28; G.L. PELLIZZI, *Conto corrente postale*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 671.

⁹In giurisprudenza si è consolidato l'orientamento che individua nel conto corrente di corrispondenza un «negozio innominato misto, avente natura complessa, alla cui costituzione e disciplina concorrono plurimi e distinti schemi negoziali, i quali si fondono in ragione della causa»; allo scopo può ravvisarsi la delegazione, il mandato, il deposito e gli altri contratti tipici, individuabili, di volta in volta, in ragione delle varie operazioni bancarie comprese nel rapporto di conto corrente. Da ultimo, Cass., 20.01.2017, n. 1584, in *www.ilcaso.it*, nel confermare che il conto corrente bancario ha natura di contratto innominato misto, precisa che in esso «concorrono gli elementi del mandato (che hanno rilievo preminente nella determinazione della sua struttura e disciplina, come si ricava dal richiamo alle norme sul mandato contenuto nell'art. 1865 c.c. per tutte le operazioni regolate in conto corrente) ed elementi di altri negozi». Ma già: Cass., 23.06.1972, n. 2089, in *Giur. it. Mass.*, 1972, I, 831; Cass., 21.12.1971, n. 3701; Cass., 30.10.1968, n. 3637, in *Foro it. Rep.*, 1969, (voce) *Registro* n. 138.

¹⁰V. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in AA. VV., *I contratti delle banche*, Torino, 2002, 69; C. SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in *Trattato Cottino*, VI, *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova, 2001, 475; AMBROSIO, *Il conto corrente bancario: le vicende di un rapporto*, in AA. VV., *I contratti bancari: Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, 1999, 332; FERRI, voce *Conto corrente di corrispondenza*, *Enc. dir.*, IX, 1961, 666, il quale individua la funzione del contratto consiste nell'attribuzione al correntista del potere di modificare l'entità del saldo mediante operazioni di prelevamento e versamento.

qualificabile - a favore del cliente (provista), si obbliga a prestare, in sostanza, un servizio di cassa, *id est*, nel provvedere per conto del cliente correntista, su suo ordine diretto e indiretto e con le disponibilità esistenti, ai pagamenti e alle riscossioni¹¹. Elemento distintivo di tale modello contrattuale è indubbiamente quello della custodia del denaro depositato e la piena disponibilità della somma risultante a credito del correntista presso la banca¹², anche se, gradualmente, hanno assunto un peso sempre più consistente gli ulteriori incarichi gestori assegnati dal cliente alla banca, i c.d. servizi associati (servizi di investimento). La disponibilità può derivare da un deposito bancario, da un'apertura di credito, da un'anticipazione bancaria, da uno sconto, da un affidamento, così come può essere costituita mediante versamento di denaro e assegni. Il correntista ha poi il potere di mutare l'entità del saldo attraverso operazioni di prelevamento, anche tramite emissione di assegni, purché ciò sia espressamente pattuito con apposita convenzione di assegno o *chèque*. Perciò, ben possiamo configurare il conto corrente bancario come piattaforma su cui banca e cliente costruiscono il loro rapporto, comprensivo di operazioni di raccolta, erogazione di credito, pagamento e altre operazioni bancarie¹³.

L'interesse patrimoniale giuridicamente rilevante del correntista è disporre, quale creditore, del denaro per il tramite della banca; accrediti e addebiti costituiscono soltanto variazioni quantitative dell'originario "credito" del cliente e il saldo

¹¹Cass., 20.01.2017, n. 1584, in *www.ilcaso.it*.

¹²Il servizio è prestato dalla banca nei limiti della disponibilità del conto e soltanto il correntista ha facoltà di dare impulso al rapporto, mediante i suoi ordini. Le annotazioni assumono rilevanza sotto l'aspetto giuridico in quanto costituiscono la rappresentazione contabile di un fatto giuridico che incide nei rapporti tra banca e correntista.

È possibile che la banca esegua ordini "allo scoperto", cioè senza che sussistono disponibilità, e questo non avviene perché la banca sia a ciò obbligata o perché rientri nelle previsioni contrattuali, ma quale atto compiuto dalla banca mandataria nell'interesse del cliente/mandante. FERRI, *Conto corrente di corrispondenza*, cit., 666.

¹³Cfr. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, parte generale, Torino, 2012, 201.

varia continuamente per effetto di versamenti e prelevamenti successivi, restando in ogni momento disponibile¹⁴. Sia nel momento del perfezionamento del contratto, sia in prosieguo, è necessaria la sussistenza della “disponibilità” del conto; quest’ultima, alimentata da più fonti, rappresenta il limite globale entro il quale la banca è obbligata ad effettuare le sue prestazioni. In virtù di tale contratto la banca si obbliga ad agire quale mandataria del cliente correntista, sia per l’esecuzione di pagamenti, sia per l’incasso di somme pagate da terzi¹⁵.

Benché il legislatore non abbia finora provveduto a colmare le lacune sopra lamentate, si è tuttavia profuso nella produzione di una crescente ed esuberante normativa di settore, stimolata certamente anche dall’ampia diffusione del contratto di conto corrente bancario (e postale), ma soprattutto da pressanti impulsi di fonte comunitaria.

Infatti, nel tempo, è stato realizzato un rinnovamento delle leggi in materia bancaria e creditizia che ha determinato, tra l’altro, l’affermarsi della “funzione sociale” del conto corrente bancario (e postale), con provvedimenti finalizzati alla riduzione della circolazione del denaro contante. Molteplici sono stati, poi, i provvedimenti concentrati sull’esigenza di tutela del correntista - ancor di più se consumatore, inteso quale persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta

¹⁴Cfr. DI GIROLAMO, *Interessi in conto corrente e prescrizione, alla luce del decreto “mille proroghe”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 31.

¹⁵Cass., 8.02.2018, n. 3086, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 312, con nota di CASSESE, *Natura giuridica del bonifico ed individuazione della banca quale effettiva beneficiaria della rimessa*. La S.C., in merito all’inquadramento giuridico dell’operazione di bonifico bancario, nello specifico di un accreditamento di una somma sul conto di un cliente operato dalla banca su ordine di un soggetto terzo, ha stabilito che si tratta di un atto giuridico unilaterale che trova la sua fonte nel contratto di conto corrente bancario.

(art. 3, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)¹⁶ - il quale, in quanto parte debole del rapporto, va salvaguardato, rendendo trasparenti, chiare e comprensibili le condizioni contrattuali e i rapporti con la banca. Ulteriori interventi legislativi sono stati, poi, imperniati sul convincimento, di derivazione comunitaria, che la possibilità di disporre di un conto corrente bancario o postale debba acquistare lo *status* di diritto sociale, essendo uno strumento necessario per incentivare la partecipazione dei consumatori al mercato interno e permettere loro di usufruire dei benefici generati. Colui che non possiede un conto corrente appare, infatti, più vulnerabile in punto di gestione dei risparmi, di impiego della liquidità e di ricorso al credito; la mancanza di un conto corrente può addirittura impedire l'accesso ad una linea di credito ordinaria e motivare il ricorso a canali di finanziamento informali (anche illeciti). L'apparato normativo interno si è, perciò, progressivamente evoluto, realizzando la semplificazione dell'accesso ai conti correnti bancari, anche attraverso la rimozione di eventuali ostacoli, e ciò ne ha incentivato ancor di più la diffusione¹⁷.

All'attribuzione di una nuova funzione "sociale" al conto corrente bancario e postale hanno certamente concorso i provvedimenti tesi alla contrazione delle transazioni in contanti, dal momento che essi hanno determinato l'ampliamento dell'impiego degli strumenti alternativi al denaro (bonifici, addebiti diretti, carte di pagamento *et similia*) e prodotto altresì l'effetto della modernizzazione degli strumenti di pagamento. Si tratta di misure concepite per contrastare il fenomeno del riciclaggio dei proventi delle attività criminose e il finanziamento del terrorismo,

¹⁶V. Dir. 2005/29/CE contro pratiche sleali ed ingannevoli tra imprese e consumatori nel mercato interno; Dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico; Dir. 2002/65/CE in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

¹⁷Molto critico sull'attuale articolato *corpus* normativo: A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 143.

nonché per ridurre i costi finanziari ed amministrativi delle pubbliche amministrazioni. A queste finalità si affianca quella di ostacolare l'evasione fiscale, giacché, attraverso la tracciabilità delle movimentazioni dei flussi di denaro, si tenta di far emergere quella porzione di ricchezza ascrivibile all'economia sommersa.

In tale contesto va collocata la c.d. legge antiriciclaggio (d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, emanato in attuazione della Dir. 2005/60/CE e modificato, da ultimo, dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in recepimento della Dir. 2015/849/UE), che ha incrementato il processo volto alla limitazione dell'uso del denaro contante e dei titoli al portatore, ponendo un tetto al valore delle operazioni, superato il quale i trasferimenti devono essere eseguiti per il tramite di banche, istituti di moneta elettronica e Poste Italiane S.p.A. A questi ultimi è imposta l'osservanza di obblighi riguardanti le modalità attraverso cui avviene il trasferimento (disposizione del pagamento accettata per iscritto, comunicazione da parte del debitore al creditore di tale accettazione, ecc.). Il tetto è stato inizialmente posto pari a cinquemila euro e successivamente più volte modificato; a decorrere dal prossimo 1° luglio 2020 la soglia sarà ridotta alla cifra di duemila euro¹⁸.

¹⁸Il tetto dagli iniziali 5.000 euro è stato una prima volta elevato a 12.500 euro dall'art. 32 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112; poi riportato a 5.000 euro dall'art. 20, comma 1, d.l. 31 maggio 2010, n. 78; ridotto a 2.500 euro dall'art. 2, comma 4, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148; ulteriormente ridotto a 1.000 euro dall'art. 12, co. 1 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. in l. 22 dicembre 2011, n. 214; la legge di stabilità 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 898) ha aumentato a 3.000 euro il limite oltre il quale è vietato il trasferimento di denaro contante e titoli al portatore; quest'ultimo tetto è stato poi confermato anche dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che ha recepito in Italia la Dir. 2015/849/UE, intervenuto a modificare la legge antiriciclaggio. Da ultimo, il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 (c.d. decreto fiscale Conte-*bis*), conv. con modif. in l. 19 dicembre 2019, n. 157, stabilisce che a decorrere dal 1° luglio 2020 e fino al 31 dicembre 2021, la soglia è ridotta alla cifra di 2.000 euro; a decorrere dal 1° gennaio 2022, la predetta soglia è ulteriormente ridotta alla cifra di 1.000 euro. Al riguardo, CAPRIGLIONE, *Riservatezza ed obbligo d'informazione nella legislazione antiriciclaggio e in quella antiterrorismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 254.

Il potenziamento della funzione sociale del conto corrente bancario e postale è ascrivibile al d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011, n. 148¹⁹, il quale, al fine di ridurre i costi finanziari e amministrativi derivanti dalla gestione del denaro contante, ha disposto che le operazioni di pagamento delle spese delle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dei loro enti siano disposte mediante l'utilizzo di strumenti telematici (art. 2, comma 4-ter). Pertanto, detti pagamenti devono essere effettuati in via ordinaria mediante accredito sui conti correnti o di pagamento dei creditori ovvero con altri strumenti di pagamento elettronici prescelti dal beneficiario, dal momento che i pagamenti per cassa non possono superare l'importo di mille euro. Inoltre, lo stipendio, la pensione, i compensi comunque corrisposti dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali e dai loro enti, in via continuativa a prestatori d'opera e ogni altro tipo di emolumento a chiunque destinato, di importo superiore a mille euro, devono essere erogati con strumenti di pagamento elettronici bancari o postali, ivi comprese le carte di pagamento prepagate e le carte elettroniche istituzionali di cui all'art. 4, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modif. in l. 30 luglio 2010, n. 12)²⁰. Il provvedimento si preoccupa di evitare che le descritte modalità imposte per ricevere o effettuare un pagamento si traducano in difficoltà per il cittadino, imponendo alle banche e agli altri intermediari di non addebitare alcun costo a fasce di beneficiari del pagamento particolarmente deboli (soggetti che percepiscono trattamenti pensionistici minimi,

¹⁹Modificato dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. in l. 22 dicembre 2011, n. 214 (art. 11, comma 5).

²⁰La legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016) ha confermato, nell'art. 1, comma 904, per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di procedere alle operazioni di pagamento degli emolumenti a qualsiasi titolo erogati di importo superiore a mille euro, esclusivamente mediante l'utilizzo di strumenti telematici, ai sensi dell'articolo 2, comma 4-ter, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148.

assegni e pensioni sociali). Consente, altresì, ai soggetti delegati alla riscossione l'apertura di un conto corrente base (o di un libretto di risparmio postale) intestato al beneficiario dei pagamenti.

Porge un ulteriore significativo soccorso normativo all'esigenza di limitare l'uso del contante la Legge di bilancio 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 205), vietando ai datori di lavoro o committenti di corrispondere la retribuzione per mezzo di denaro contante direttamente al lavoratore, qualunque sia la tipologia del rapporto di lavoro instaurato (art. 1, comma 911). La legge impone, a far data dal 1° luglio 2018, ai datori di lavoro o committenti di corrispondere ai lavoratori la retribuzione, nonché ogni anticipo di essa, attraverso una banca o un ufficio postale (comma 910). Si consente di effettuare il pagamento adottando esclusivamente una delle quattro modalità specificamente previste e, precisamente: un bonifico sul conto identificato dal codice IBAN indicato dal lavoratore; uno strumento di pagamento elettronico; in contanti presso lo sportello bancario o postale dove il datore di lavoro abbia aperto un conto corrente di tesoreria con mandato di pagamento; l'emissione di un assegno consegnato direttamente al lavoratore o, in caso di suo comprovato impedimento, a un suo delegato. È, al contempo, stabilita l'irrogazione di una sanzione in caso di impiego di qualsiasi strumento di pagamento delle retribuzioni diverso da quelli indicati dalla norma. Peraltro, nella disposizione *de qua*, a differenza delle altre sopra citate, non è prevista la possibilità di ricorrere al contante neppure per importi di modesta entità. Infatti, le stesse modalità di pagamento riguardano anche "acconti di stipendio", al fine di ostacolare l'elusione del divieto appellandosi al piccolo importo dovuto, inquadrandolo, appunto, come mero "acconto" o "antici-

pazione”²¹. Si tenta peraltro, mediante il ricorso al conto corrente bancario e agli altri momenti di intermediazione sopra riferiti, di arginare un ulteriore, gravissimo, fenomeno dilagante nel nostro paese, derivante dal rapporto di soggezione economica che lega il dipendente al datore di lavoro e che lo induce a firmare per quietanza la busta paga anche quando questa riporta un importo maggiore (rispondente ai minimi fissati dalla contrattazione collettiva) rispetto a quello effettivamente percepito. Tant’è che il provvedimento legislativo prevede che la firma della busta paga non costituisce prova dell’avvenuto pagamento della retribuzione (comma 912).

Alle misure appena descritte si aggiunge - a ulteriore conferma della volontà di limitare il più possibile l’impiego del contante - l’erogazione del sussidio noto come “reddito di cittadinanza” (introdotto dal d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. in l. 28 marzo 2019, n. 26²²), che viene effettuata mediante assegnazione ai beneficiari di una carta Postepay ricaricabile. Invece, saranno direttamente accreditati sui conti correnti dei beneficiari sia il *bonus* di 600 euro previsto dagli articoli 27, 28, 29, 30 e 38 del decreto “Cura Italia” (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv., con modif., in l. 24 aprile 2020, n. 27), sia il reddito di emergenza (REM) di cui all’art. 82 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, provvedimenti, questi ultimi, adottati per fronteggiare le situazioni di difficoltà economica causati dall'emergenza Covid-19. E sempre confidando sulla diffusa disponibilità di conti correnti bancari, nell’ottica delle semplificazioni, l’art. 97 del decreto sopra menzionato, relativamente alle prestazioni del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto di cui alla l. 29 maggio 1982, n. 297,

²¹La normativa è valida per i contratti a tempo indeterminato, a termine, part-time, lavoro a chiamata, collaborazione coordinate e continuative (co.co.co.), ecc.; restano esclusi soltanto i rapporti di lavoro instaurati con le pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001 e il lavoro domestico (colf e badanti).

²²E v., anche, tra le altre, Circolare INPS 20 marzo 2019, n. 43.

provvede a modificarne l'art. 2, co. 7, prevedendo che i pagamenti avvengano "mediante accredito sul conto corrente del beneficiario"²³.

Queste modalità di assegnazione di risorse finanziarie hanno sicuramente ridotto considerevolmente le transazioni che avvengono tramite l'uso delle banconote, se solo si considera che secondo dati statistici della Banca d'Italia aggiornati al 2018, in Italia, in punto di numerosità di operazioni, soltanto il 36,5% dei pagamenti è ancora effettuato in contanti, mentre ben il 46,2% con carte di pagamento, il 9,6% con bonifici – modalità che si appalesa, invece, come la più diffusa in una considerazione per ammontare complessivo delle transazioni intervenute - e 7,7% con *smartphone*. Ciononostante, l'uso del contante in Italia è comunque molto più diffuso di quanto non lo sia nella maggior parte degli altri paesi finanziariamente evoluti dell'Unione europea.

Appena un cenno, infine, merita il c.d. "conto corrente dedicato" introdotto nel nostro ordinamento dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza, la l. 4 agosto 2017, n. 124 che modifica la l. 27 dicembre 2013, n. 147. Si tratta di un conto destinato al deposito, da parte del notaio, di somme affidategli per una serie di ragioni individuate nella medesima disposizione (somme dovute a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d'imposta, somme ricevute in occasione del ricevimento o dell'autenticazione di atti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione o estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende, se in tal senso richiesto da almeno una delle parti e conformemente all'incarico

²³Stando a quanto segnalato dalla Banca d'Italia dalla Centrale dei rischi l'importo complessivo dei prestiti alle PMI che dovrebbe essere interessato dalla moratoria prevista dall'art. 56 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 è in prevalenza derivante dalle linee di credito accordate in conto corrente. Sul punto, v.: GARESIO, *Alla ricerca della liquidità perduta*, in IRRERA (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, p. 121.

espressamente conferito, etc.)²⁴. Non è esclusa ogni diversa destinazione del conto stesso, anche se soltanto le somme affidate al notaio per le ragioni espressamente individuate nella norma costituiscono patrimonio separato e sono escluse dalla successione del notaio e dal regime patrimoniale della famiglia; dette somme sono impignorabili²⁵.

2. Con l'affermarsi della funzione sociale del conto corrente bancario e postale, come si è anticipato, si è ampliata l'azione normativa volta alla tutela della parte debole del contratto. In tale contesto, assoluto rilievo va ascritto all'introduzione nel nostro ordinamento della categoria generale del contratto denominato "conto di pagamento", dal momento che a tale fattispecie giuridica appartiene il conto corrente bancario (nonché quello postale), nei limiti in cui esso sia utilizzato per effettuare operazioni di pagamento.

La creazione della fattispecie del conto di pagamento è dovuta alla progressiva armonizzazione dei servizi di pagamento nel mercato interno promossa dalla

²⁴V. FABIANI, *Impignorabilità e conto corrente dedicato*, in *Esecuzione forzata*, 2018, 1, 1; TRIMARCHI, *La disciplina del conto corrente "dedicato": meglio tardi che mai*, in *Immobili e proprietà*, 2018, 2, 76.

²⁵Ulteriori conti correnti soggetti ad una disciplina speciale sono i conti correnti bancari e postali intestati alle rappresentanze diplomatiche o consolari, alle missioni presso le organizzazioni internazionali, alle delegazioni negli organi delle organizzazioni internazionali o alle conferenze internazionali (art. 21, comma 1, lett. a) della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni – 2 dicembre 2004. Sono conti destinati a consentire l'espletamento delle funzioni istituzionali di tali soggetti. Tali conti sono (parzialmente) sottratti all'esecuzione forzata delle somme ivi depositate (art. 19-bis d.l. 12 settembre 2014, n. 132 conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162. È necessario un atto del capo della rappresentanza diplomatica consistente in una dichiarazione che il conto corrente contiene soltanto somme destinate all'espletamento delle funzioni dell'ambasciata. Detta dichiarazione deve essere comunicata al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria presso cui le somme sono depositate. Al riguardo, PENASA, *Le nuove limitazioni poste alla pignorabilità delle somme di denaro depositate presso i conti correnti bancari o postali delle rappresentanze consolari*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 3, 459.

Dir. 2007/64/CE (*Payment Services Directive* - PSD), tesa ad uniformare il comparto dei servizi di pagamento *retail*²⁶, che ha trovato attuazione nel nostro Paese con il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, a cui hanno fatto seguito talune integrazioni apportate al testo unico bancario.

I principi contenuti in forma embrionale nella PSD hanno poi assunto una configurazione più evoluta nella successiva Dir. 2015/2366/UE (PSD 2), che ha abrogato e sostituito la prima direttiva, inserendosi nell'azione comunitaria denominata *Payment Package* inclusiva del Reg. 2015/751/UE relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta. Il nostro ordinamento ha provveduto al recepimento della Direttiva, nonché all'adeguamento delle disposizioni interne al Regolamento con il d. lgs. 13 dicembre 2017, n. 218, apportando modifiche tanto al tub, quanto al d. lgs. n. 11 del 2010²⁷. Per tal via è stata istituita la categoria generale del "conto di pagamento", il cui titolare può essere qualsiasi fruitore di servizi di pagamento, anche non consumatore o micro-impresa, il quale è tutelato in quanto parte debole del contratto. Dal dato positivo emerge il preciso intendimento del legislatore speciale di accogliere nell'accezione del "conto di pagamento" differenti forme giuridiche e contrattuali che possano integrarla, tra le quali indiscutibilmente sono compresi il conto corrente sia bancario sia postale, allorché si ricorra ad essi per operazioni di pagamento.

Il conto corrente si presta, altresì, a svolgere la funzione di "contratto qua-

²⁶La PSD ha rappresentato un tassello di un ben più ampio disegno teso alla costituzione dell'area comune dei pagamenti in euro denominata Single Euro Payment Area (SEPA). Da ultimi, ANTONUCCI, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, fasc. 3, 1; GIUSSANI, *Verso una maggiore integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio: raggiunto il compromesso sul testo della proposta di Direttiva sui pagamenti elettronici*, in *Eurojus*, 2015, 3.

²⁷Cfr. MONTELLA, *La Direttiva PSD 2: obiettivi della revisione e principali tratti di novità*, in *Innovazione e diritto*, 2018, 1 ss.; CASCINELLI – PISTONI – ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *dirittobancario.it*, 2016, 1.

dro” ossia di «contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento»²⁸.

L’accezione del conto corrente bancario come conto di pagamento trova conferma anche nel d. lgs. 15 marzo 2017, n. 37, attraverso cui è stata data attuazione alla Dir. 2014/92/UE (Payment Accounts Directive – PAD)²⁹. Il provvedimento ha ampliato il Titolo VI del tub, aggiungendovi il Capo II-ter, che «si applica ai conti di pagamento offerti a o sottoscritti da consumatori, che consentono almeno l’esecuzione di tutte le seguenti operazioni: versamento di fondi, prelievo di contanti, esecuzione e ricezione di operazioni di pagamento» (art. 126-decies, comma 2, tub)³⁰, ai quali continuano ad applicarsi le norme del Capo II-bis – Servizi di paga-

²⁸Art. 1, comma 1, lett. i), d. lgs. n. 11 del 2010.

V. SANTORO, *I servizi di pagamento*, cit., 18, precisa che «il conto di pagamento è sempre un contratto quadro, mentre un contratto quadro non è sempre un conto di pagamento. Il contratto quadro può essere, infatti, la cornice contrattuale che consente al “prestatore di servizi di pagamento” di offrire altri servizi; O. TROIANO, *Contratto di pagamento* (voce), in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2012, 392, osserva che non c’è coincidenza tra contratto quadro/conto di pagamento e conto corrente bancario, dal momento che quest’ultimo consente di accedere ad un’ampia gamma di operazioni (apertura di credito, deposito, ecc.), integrando simultaneamente fattispecie contrattuali diverse; MANCINI –PERASSI (a cura di), *Il quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della consulenza legale Banca d’Italia*, n. 63, 2008, 14.

²⁹V. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento”*, *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 787, ricorda che nel corso dell’iter parlamentare che si è concluso con l’approvazione del d. lgs. n. 37 del 2017 si è anche considerata l’opportunità di chiarire, con esplicita previsione normativa, che «tra le tecniche di offerta del conto di pagamento rientrasse, anche a fini fiscali, il conto corrente con servizi di base», nonché «l’opportunità di inserire la definizione di “conto di pagamento” al fine di ricomprendere anche i conti correnti a valere sui quali siano prestate le operazioni previste dell’art. 126-decies, comma 2» tub. Detto espresso chiarimento nel testo delle nuove disposizioni tub non è avvenuto ad opera del Governo; tuttavia, anche grazie alla relazione illustrativa al d. lgs. n. 37 del 2017, si evince chiaramente che il legislatore ritiene implicitamente assoggettabili alla disciplina dei conti di pagamento i conti correnti bancari e postali, laddove questi possano essere utilizzati anche per l’esecuzione e il regolamento di operazioni di pagamento.

³⁰Allo status di consumatore è venuta ad essere assimilata la figura del risparmiatore non professionale. Il sottoinsieme dei risparmiatori, quindi, nell’ampia categoria dei consumatori: ROSSI

mento, ove non diversamente previsto (art. 126-*decies*, comma 5, tub). Nel medesimo contesto disciplinare, in ossequio al principio dell'inclusione finanziaria enunciato nella PAD, è stata altresì prevista una tutela specifica per i "consumatori più vulnerabili", riservando loro un conto di pagamento denominato "conto di base" (artt. 126-*noviesdecies* ss. tub). Evidentemente, il conto corrente bancario ben può fungere anche da "conto di base".

Muovendo dalla nozione di "conto di pagamento" quale «*conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento*» (art. 1, comma 1, lett. i), d. lgs. n. 11 del 2010) significativo è innanzitutto il fatto che il "prestatore di servizi di pagamento" possa essere, oltre ad una banca o Poste Italiane S.p.A., anche un istituto di moneta elettronica (IMEL), un altro soggetto specializzato denominato istituto di pagamento (IP) (art. 114-*sexies* tub)³¹. Da ciò consegue che tanto il conto corrente bancario quanto il conto corrente postale vengano chiaramente a collocarsi in quel ventaglio di "conti di pagamento" attraverso cui nel rinnovato ambiente normativo, è possibile effettuare operazioni di pagamento o, *naturaliter*, trasferire somme di denaro. In altri termini, il conto di pagamento, quando è offerto da ban-

CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, 39; G. ALPA, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, 372.

³¹L'art. 114-*sexies* tub elenca tra i prestatori di servizi di pagamento, nel rispetto delle disposizioni ad essi applicabili, anche la Banca Centrale Europea, le banche centrali comunitarie, lo Stato italiano e gli altri Stati comunitari, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali; questi, tuttavia, non possono intrattenere conti di pagamento con il pubblico degli utenti e quindi sono classificati tra i prestatori in quanto partecipanti al sistema dei pagamenti. Sul punto, v.: SANTORO, *I servizi di pagamento*, *Janus*, 2012, n. 6, 20; ID., *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA – V. SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI – O. TRAIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, 49; SCIPIONE, *Sub art. 114-sexies e ss.*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, 1247 ss.

che o da Poste Italiane S.p.A., assume il paradigma contrattuale del conto corrente bancario o postale, atteso che si può ricorrere ad entrambi per la realizzazione di operazioni di pagamento e più in generale per i servizi di pagamento. Del resto, l'art. 126-bis, comma 5, tub, invocando i poteri regolamentari della Banca d'Italia, fa espressamente riferimento ai «*servizi di pagamento regolati in conto corrente o commercializzati unitamente a un conto corrente*».

Indicativa, altresì, la scelta di invocare l'accezione di "conto", quale tecnica contabile che somma algebricamente una successione di poste annotate, ad opera dell'intermediario, con evidenziazione del saldo, disponibile ed esigibile dall'utente a vista sin dalla costituzione del rapporto³². Un assetto, quindi, dai connotati sovrapponibili a quelli propri del conto corrente bancario. Non si tratta, infatti, di servizi di pagamento proposti occasionalmente a esecuzione istantanea, ovverosia di singole rimesse³³ che un soggetto ordina ad un intermediario (*cash in/cash out*), compiute le quali il rapporto cessa³⁴. Ergo, perché sia configurato un conto di pagamento va riscontrato un interesse durevole delle parti di regolare successive operazioni di pagamento, che potranno consistere sia in trasferimenti a terzi beneficia-

³²V. SANTORO V., *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in MANCINI –PERASSI (a cura di), *Il quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della consulenza legale Banca d'Italia*, n. 63, 2008, 26, precisa che il conto di pagamento presenta le caratteristiche strutturali di un conto corrente, ma non il contratto disciplinato dall'art. 1823 e ss. c.c., giacché in quest'ultimo i crediti reciproci del correntista sono considerati "inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto", mentre, nel conto di pagamento il saldo è disponibile al pari di quanto accade nel conto corrente bancario (art. 1852 c.c.).

³³Per rimessa s'intende, secondo la definizione contenuta nella PSD (art. 4, n. 13), «*un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire una somma (...) e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo*».

³⁴V. MARULLO REEDTZ, *Sub art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in AA. Vv., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini – M. Rispoli Farina – V. Santoro – A. Sciarrone Alibrandi – O. Troiano, Torino, 2011, 10 s.

ri, sia in riscossioni da terzi. Il conto di pagamento, al pari di quanto può dirsi per il conto corrente di corrispondenza, è un “contratto di durata”³⁵ con il quale l’intermediario si mette stabilmente a disposizione del cliente per espletare operazioni di pagamento³⁶. Esso adempie alla funzione economica cui è preordinato se la sua esecuzione si prolunga nel tempo con adempimenti continuativi o reiterati³⁷. Ciò fa sì che in presenza di un conto di pagamento sia sempre necessario un contratto quadro, di guisa che le operazioni di pagamento possano non essere individuate a priori, ma lasciate alla futura determinazione del cliente. E come sopra accennato, alla funzione di contratto quadro ben può rispondere il conto corrente bancario.

Il circuito monetario risulta, dunque, ormai aperto ad una eterogeneità di operatori specializzati, i quali sono comunque sottoposti alla vigilanza della Banca d’Italia, seppur attenuata rispetto a quella destinata alle banche. Rilevante è che tali operatori possono essere autorizzati a concludere contratti in qualche modo equivalenti ai contratti bancari³⁸. Basti considerare che gli istituti di pagamento, iscritti nell’apposito albo di cui all’art. 114-*septies* tub, tenuto dalla Banca d’Italia, oltre ad operazioni quali bonifici, addebiti diretti, gestione di carte di pagamento, possono, nell’ambito delle attività accessorie, persino concedere crediti, purché il finanziamento risulti «*in stretta relazione ai servizi di pagamento prestati*» (art. 114-*octies*

³⁵Cfr. DI GIROLAMO, *op. cit.*, 33; A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 515; PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 294.

³⁶Cfr. MECATTI, *Sub art. 33 (art. 114-sexies Tub)*, in AA. VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini –Rispoli Farina – Santoro –Sciarrone Alibrandi – O. Troiano, Torino, 2011, 413.

³⁷V. LUMINOSO, *op. cit.*, 506.

³⁸Cfr. ANTONUCCI, *op. cit.*, 8, osserva che le banche non stanno mostrando agilità operativa e capacità innovativa adeguate ad offrire nuovi servizi di pagamento (es. *fintech*).

tub) e abbia una durata non superiore a 12 mesi (Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, cap. IV, sez. I, par. 3)³⁹; ciò, nella prassi, si traduce nella stipulazione di contratti di apertura di credito, talvolta corredati anche da clausole particolari⁴⁰.

Analogamente, gli istituti di moneta elettronica, anch'essi iscritti in apposito albo ai sensi dell'art. 114-*quater*, comma 1, tub, oltre a trasformare in moneta elettronica i fondi ricevuti dal richiedente, possono prestare servizi di pagamento e le relative attività accessorie, senza necessità di apposita autorizzazione. Oltre a ciò, possono prestare servizi operativi e accessori strettamente connessi all'emissione di moneta elettronica (art. 114-*quater*, comma 3, tub).

Ciononostante, va dato atto che perdurano specificità del solo conto corrente bancario (o postale), tra le quali il collegamento ad un'apertura di credito (in senso pieno) o ad un deposito bancario, la convenzione di assegno, le operazioni di pagamento effettuate in contante. Infatti, nonostante la maggiore flessibilità dell'ordinamento giuridico, sopravvive comunque il sistema della riserva di attività stabilita in ambito bancario (art. 10, comma 2, tub)⁴¹; precisamente, le banche con-

³⁹Può essere di durata superiore a 12 mesi il finanziamento concesso in relazione ai pagamenti effettuati con carta di credito.

⁴⁰Gli intermediari finanziari sono abilitati a concedere prestiti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione. Inoltre, sono abilitati alla concessione di prestiti vitalizi ipotecari (*ex art. 11-*quaterdecies**, comma 12, d.l. 30 settembre 2005, conv. con modif. in l. 2 dicembre 2005, n. 248, modificato dalla l. 2 aprile 2015, n. 44 e regolamentato con d.m. 22 dicembre 2015, n. 226. Al riguardo, per tutti, ABBONDANTE, *Prestito vitalizio ipotecario e schemi negoziali affini*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 497.

⁴¹Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 10 – Attività bancaria*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2018, tomo I, 111.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144, nelle attività di bancoposta rientrano: la raccolta di risparmio tra il pubblico, la raccolta di risparmio postale, i servizi di intermediazione in cambi, la promozione e il collocamento presso il pubblico di finanziamenti concessi da banche e da intermediari finanziari abilitati, servizi di investimenti, servizi di pagamento. La funzione creditizia

tinuano ad essere gli unici soggetti abilitati a raccogliere fondi tra il pubblico (art. 11, comma 2, tub), con impegno di restituzione “a vista” (e ad effettuare ogni altra forma di raccolta collegata all’emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata), con facoltà di impiego delle somme raccolte in finanziamenti di progetti che possono avere prospettive temporali più o meno lunghe (art. 11, comma 5, tub)⁴².

I conti correnti bancari oltre al servizio di pagamento sono, pertanto, funzionali alla gestione del risparmio e all’esercizio del credito alla clientela. Infatti, quando il conto di pagamento assume lo schema contrattuale del conto corrente bancario, il correntista può giovare della possibilità di ricevere credito da parte della banca, di ordinare l’esecuzione di operazioni di pagamento e di ulteriori servizi, andando ben oltre di quanto è effettuabile sulla scorta di un conto di pagamento in senso stretto⁴³.

Del resto, il legislatore non manca di precisare che «*non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento*» (art. 11, comma 2-ter, tub). Quindi, ciò che gli IMEL o gli IP riscuotono dagli utenti di servizi di pagamento, e talvolta momentaneamente custodiscono, rappresentano soltanto risorse trattenute in vista della prestazione del servizio di pagamento⁴⁴. Pertanto, gli utenti conservano la titolarità delle somme annotate nei conti di pagamento gestiti da

non può coinvolgere l’Ente Poste Italiane giacché il soggetto che funge da banchiere è lo Stato e ciò comporta che in nessun caso è possibile che siano disposti pagamenti in eccedenza rispetto al credito del conto.

⁴²Cfr. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, cit., 10.

⁴³Cfr. MEZZACAPO, *op. cit.*, 787.

⁴⁴Delibera CICR 19 luglio 2005, n. 1058.

IMEL o IP⁴⁵. Ai depositi della clientela non è riconosciuta alcuna remunerazione (art. 114-*bis*, comma 3, tub)⁴⁶. Invece, ai sensi dell'art. 1834 c.c., la banca acquista la proprietà delle somme di denaro che riceve in deposito, essendo obbligata unicamente a restituire un importo, nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante⁴⁷. Pertanto, la disposizione di cui all'art. 1834 c.c. non è applicabile ai conti di pagamento intrattenuti presso IMEL e

⁴⁵Gli IMEL e gli IP non possono concedere finanziamenti disponendo di quanto ricevuto dai clienti, giacché relativamente a tali importi sussiste obbligo di registrazione, per ciascun cliente (se non per ciascuna operazione) in poste del passivo, nonché obbligo di tutela di detti fondi secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia (rispettivamente art. 114-*quinqies.1*, comma 1, art. 114-*duodecies*, comma 1, tub). In merito: MACCHIAVELLI, *La problematica regolazione del lending-based srowdfunding in Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 63, affronta il problema della qualificazione e regolamentazione del fenomeno dell'uso di piattaforme digitali che consentono l'erogazione di prestiti ad imprese e privati da parte di altri utenti delle medesime piattaforme, in costante espansione; SANTORO, *Sub art. 114-duodecies*, in PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 931.

Nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia (cap. IV, sez. II, par. 3) si precisa che le somme di denaro ricevute dai clienti e registrate nei conti di pagamento dall'istituto, ovvero quelle ricevute dall'istituto di moneta elettronica a fronte della moneta elettronica emessa, non possono essere utilizzate, ma – qualora esse restino presso l'istituto per un tempo superiore alle ventiquattro ore – vanno depositate presso una banca autorizzata ad operare in Italia in conti intestati agli istituti depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi e detti conti sono tenuti distinti da quelli dell'istituto, oppure devono essere investite in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati, o ancora, è necessario che siano investite in quote di fondi comuni di investimento armonizzati il cui regolamento di gestione preveda esclusivamente l'investimento in titoli di debito qualificati o in fondi di mercato monetario.

⁴⁶Nel caso in cui gli IP svolgano anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento, devono costituire un patrimonio destinato per la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali. A tal fine essi adottano apposita deliberazione contenente l'esatta descrizione dei beni e dei rapporti giuridici destinati e delle modalità con le quali è possibile disporre, integrare e sostituire elementi del patrimonio destinato (art. 114-*terdecies*, comma 1, tub). *Item*, allorché gli IMEL svolgano anche altre attività imprenditoriali diverse dall'emissione di moneta elettronica e dalla prestazione dei servizi di pagamento, scatta l'obbligo di costituire un patrimonio destinato unico per l'emissione di moneta elettronica, la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali (art. 114-*quinqies.1*, comma 5, tub). La previsione è stata inserita dall'art. 1, comma 3 del d. lgs 16 aprile 2012, n. 45 che da dato attuazione della Dir. 2009/110/CE c.d. IMEL 2.

⁴⁷Cfr. GODIO, *La prescrizione del diritto restitutorio nel (deposito e nel) mutuo senza termine, tra interessi delle parti e tratlazioe posizioni giurisprudenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1, 316.

IP. Analogamente, a questi ultimi non può estendersi, per analogia, la disposizione in tema di compensazione tra i saldi attivi e passivi di più rapporti o più conti esistenti tra banca e correntista, salvo patto contrario (art. 1853 c.c.), in ragione del fatto che il saldo del conto di pagamento è caratterizzato dal suo esclusivo e imprescindibile impiego nella “esecuzione di operazioni di pagamento”⁴⁸. Diversamente, non si individuano impedimenti all’applicazione sia dell’art. 1832 c.c. in tema di approvazione del conto⁴⁹, sia dell’art. 1854 c.c. a proposito della solidarietà attiva e passiva di più cointestatari del conto⁵⁰.

⁴⁸Cfr. MEZZACAPO, *op. cit.*, 787; O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2012, 392; SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, cit., 30 ss., evidenzia, inoltre, che la restituzione delle somme dagli IP agli utenti non costituisce pagamento e, dunque, non è soggetta alla revocatoria fallimentare ai sensi dell’art. 67 l. fall.

⁴⁹Prevale l’opinione di quanti ritengono che l’approvazione sia un atto giuridico non negoziale, rivelatore di un riscontro positivo circa l’esattezza e la veridicità delle risultanze contabili presenti nell’estratto conto *ex art.* 1832, comma 1, c.c. (in giurisprudenza: P. Palermo, 31.12.2009, in *Corriere giur.*, 2011, 3, 403; in dottrina, DE SANTIS, *Oneri di allegazione ed oneri probatori nel contenzioso bancario, con particolare riferimento alle azioni di nullità e di ripetizione per indebito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 757; TARZIA, *Questioni in tema di interessi, commissione di massimo scoperto e prescrizione per la ripetizione di illegittimi addebiti nei conti correnti bancari* (nota a Trib. Mantova, 20.01.2009), in *Corriere giur.*, 2010, 3, 387; INZITARI, *Gli effetti della approvazione del conto corrente bancario e impugnativa delle singole partite* (nota a Cass., 7 settembre 1984, n. 4788), in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1089). Tuttavia, sopravvivono opinioni discordanti sulla natura dell’approvazione del conto, come negozio novativo, negozio di accertamento, confessione stragiudiziale bilaterale, ricognizione di debito (STELLA, *Autoresponsabilità, buona fede e poteri processuali nel regolamento di conto corrente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 511, secondo il quale se l’approvazione è espressa può essere inquadrata come dichiarazione di scienza di matrice non negoziale, alla quale si attribuisce natura di confessione stragiudiziale; se è tacita, è l’ordinamento giuridico ad assegnare valore al comportamento passivo del correntista; a tale comportamento può riconoscersi natura confessoria, pur in assenza dell’elemento intenzionale e soggettivo) e su di essa incide significativamente la valutazione dell’effetto della decadenza dal diritto di impugnazione dell’estratto conto.

⁵⁰V MEZZACAPO, *op. cit.*, 787, precisa che l’applicazione, per analogia, dell’art. 1832 c.c. sull’approvazione del conto va fatta facendo salva però la disciplina speciale di cui all’art. 9, d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 sulla rettifica delle operazioni non autorizzate o effettuate in modo inesatto. L’A., inoltre, esclude l’applicabilità anche dell’art. 1856 c.c., ritenendo che riguardo alla responsabilità per l’esecuzione degli incarichi dovrebbero trovare applicazione le norme speciali stabilite in materia di servizi di pagamento dal d. lgs. n. 11 del 2010.

2.1. Restando nel perimetro disciplinare dei servizi di pagamento, è opportuno esaminare una pratica molto diffusa nei moderni rapporti banca-correntisti, che è quella dell'accesso al conto corrente tramite *internet banking*, servizio che negli ultimi tempi ha vissuto un incremento esponenziale con contestuale consistente riduzione delle filiali delle banche sul territorio. Il tema è stato approcciato dal d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, che ha recepito nel nostro ordinamento principi contenuti nella PSD; il decreto, modificato dal d. lgs. 13 dicembre 2017, n. 218, in attuazione della PSD 2, è divenuto fonte normativa di riferimento per la soluzione di diverse questioni che vedono, peraltro, spesso coinvolto l'ABF.

In prima battuta, vale far riferimento a quel che riguarda l'emissione di strumenti di pagamento da parte dei prestatori di servizi di pagamento. A carico di questi ultimi è previsto l'obbligo di assicurare che le credenziali di sicurezza personalizzate non siano accessibili a soggetti diversi dall'utente abilitato a usare lo strumento *de quo* (art. 8 d. lgs. n. 11 del 2010); sono fatti salvi gli obblighi posti in capo agli utenti del servizio, i quali sono tenuti ad adottare tutte le ragionevoli misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate (art. 7).

L'uso corretto di credenziali di sicurezza personalizzate è necessario per limitare i rischi connessi al *phishing* e ad altre attività fraudolente (PSD 2, considerando 96). La Direttiva, al fine di realizzare un processo di armonizzazione delle prassi operative in uso nella maggior parte delle banche, suggerisce «*sistemi di cifratura basati su dispositivi personali del pagatore, tra cui lettori di carte o telefoni cellulari, o forniti al pagatore dal proprio prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto mediante canali diversi, come SMS o posta elettronica*». Sono considerate in grado di potenziare la sicurezza delle operazioni di pagamento le misure, compren-

denti normalmente le tecniche di cifratura, che possono dar luogo a codici di autenticazione quali *password* monouso (OTP). L'art. 4, n. 30, della PSD 2 definisce "forte" l'autenticazione del cliente nelle operazioni di pagamento *on line* quella basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della *conoscenza* (qualcosa che solo l'utente conosce), del *possesso* (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'*inerenza* (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita di guisa che sia tutelata la riservatezza dei dati di autenticazione⁵¹. Ebbene, da una parte, se il prestatore di servizi di pagamento del pagatore non esige un'autenticazione forte del cliente, il pagatore non sopporta alcuna conseguenza finanziaria, salvo qualora abbia agito in modo fraudolento; da un'altra parte, qualora non accettino un'autenticazione forte del cliente, il beneficiario o il suo prestatore di servizi di pagamento rimborsano il danno finanziario causato al prestatore di servizi di pagamento del pagatore (art. 74, comma 2, PSD 2).

Sul *thema* spesso si è soffermato l'ABF, ritenendo adeguato un sistema di protezione delle transazioni *on line* basato sulla predisposizione di un servizio di autenticazione delle operazioni operante su due livelli: una *password* statica, nota solo al cliente, e una *password* dinamica monouso, generata al momento e valida pochi secondi, talvolta resa disponibile tramite un dispositivo consegnato dalla banca al cliente (c.d. chiavetta) oppure comunicato tramite sms trasmesso al numero del cellulare registrato⁵².

⁵¹V. ANTONUCCI, *I contratti bancari on line*, in CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2016, 422; CASCINELLI – PISTONI – ZANETTI, *op. cit.*, 12.

⁵²Il tema risulta peraltro di peculiare complessità, anche attese le evoluzioni degli espedienti frodatori messi in atto. Si v., ad esempio, il Collegio di Coordinamento n. 3498 del 26.10.2012, nel senso di distinguere la fattispecie del phishing – nel quale è il cliente stesso a fornire le proprie

Alla diligenza del prestatore di servizi di pagamento andrebbe riconosciuta natura tecnica, connessa al rischio professionale; la diligenza, cioè, del *bonus nummarius* e non del *bonus et prudens pater familias*. Detta diligenza, nel tempo, è andata oggettivizzandosi, giacché sempre più si prescinde dalla considerazione dei comportamenti assunti dai soggetti e si concentra l'attenzione sulla valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi delle imprese bancarie in punto di attivazione delle procedure previste dall'ordinamento. L'onere di provare la genuinità della transazione ricade essenzialmente sul prestatore del servizio, giacché si riconduce nell'area del rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento la possibilità di una utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti incauti dello stesso⁵³.

Una volta accertata la conformità del procedimento di autenticazione ai sensi dell'art. 10 d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, va riscontrata la diligenza del correntista nella custodia dei dispositivi consegnati dalla banca per l'accesso *on line* e utilizzo corretto degli stessi secondo le indicazioni tecniche rilasciate dal fornitore e la

credenziali a terzi, in virtù di messaggi di posta elettronica o di “social network” o telefonici con palese imprudenza e negligenza, tale da dover poi subire le conseguenze del proprio operato – dal ben diverso “fenomeno del man-in-the-browser”, che si caratterizza invece “mediante la perfetta inserzione nell'ambiente informatico originale e nella correlata simulazione di un messaggio che a chiunque non potrebbe apparire che genuino, posto che l'unica “differenza” consta, come si è detto, nell'acronimo del protocollo di trasferimento, individuato come un normale “http” e non già come un “https” protetto”. Su queste tematiche, cfr., tra i tanti, ABF, Coll. Roma n. 6581/2018; Coll. Napoli nn.1162/2018; 14099/2017; 4397/2014; 8292/2014.

⁵³Cass., 12.04.2018, n. 9158, in www.ilcaso.it, T. Parma, 6.09.2018, n. 1268; Cass., 3.02.2017, n. 2950, in www.dirittobancario.it; Cass., 23.05.2016, n. 10638, www.dirittoegiustizia.it.; Trib. Palermo, 11.06.2011, n. 2904, in www.dirittoegiustizia.it.

In dottrina MONTELLA, *op. cit.*, 1 ss.; ROTONDO, *Incidenza applicativa degli strumenti ADR nei modelli regolamentari dei mercati settoriali: gli effetti “conformativi” degli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in tema di servizi di pagamento*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, fasc. 3, 566; PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza di servizi finanziari: prime considerazioni*, *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 678.

conservazione dei dati identificativi (art. 12). L'assenza di un'adeguata attenzione può determinare una negligenza grave imputabile al correntista, da riscontrare, ad esempio, in caso di bancomat e relativo pin di accesso custoditi l'uno in prossimità dell'altro⁵⁴.

Sovente, in tema di *home banking* sorgono controversie relative a ordini di bonifico⁵⁵, in ipotesi in cui essi sono eseguiti dalla banca ad insaputa del correntista,

⁵⁴V. anzitutto Collegio Coordinamento ABF, n. 5304/2013; nonché, tra i tantissimi, ABF, Coll. Bologna n. 12886/2017; Coll. Napoli n. 2588/2016. Evidentemente, ogni vicenda presenta poi le sue specificità concrete: ad esempio, la rilevanza del ridottissimo lasso temporale tra sottrazione dello strumento di pagamento e il suo utilizzo, che lasciano presumere la custodia congiunta di strumento e pin (es.: Coll. Napoli, n. 55/2014; Coll. Milano, decisione n. 2615/2017); la riconosciuta non responsabilità del cliente laddove custodisca nella propria abitazione congiuntamente strumento di pagamento e pin (così Coll. Milano, n. 1602/2019).

Una fattispecie a se stante è costituito dalle carte cd. *contactless*, per le quali, non essendovi pin da digitare - e, quindi, da conservare -, “e potendosi utilizzare la carta semplicemente appoggiando la stessa al terminale apposito, senza ulteriore identificazione del titolare della carta stessa”, si è ritenuto che “nella ripartizione delle responsabilità, e pur nella consapevolezza della difficoltà per l'intermediario, in presenza di carta *contactless*, di avvalersi di peculiari presidi di sicurezza tali da evitare esiti siffatti, alla luce della disciplina vigente, le conseguenze di prelievi indebiti conseguenti a smarrimento o sottrazione di carta *contactless* debbono cedere a carico dell'intermediario stesso. Ciò specie in presenza di indici di anomalia – come nella specie costituiti dal numero delle operazioni fraudolente, dalla loro ripetitività in un lasso di tempo ristretto, presso un medesimo esercizio commerciale – tali da dover far scattare sistemi anti-frode, nel caso rimasti invece dormienti” (così Coll. Napoli, n. 25085/2018);

In ogni caso, è chiaro l'assetto probatorio con riferimento a siffatta tematica: i clienti si limitano “al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento contestate, mentre è onere del prestatore dei servizi di pagamento provare che l'operazione disconosciuta è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che la sua patologia non sia dovuta a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema” (così Coll. Coordinamento ABF, n. 3947/2014): che, in mancanza, il cliente avrà diritto a conseguire la restituzione degli ammontari indebitamente prelevati.

⁵⁵Con la procedura di bonifico, il correntista ordina alla banca di accreditare un importo nel conto del beneficiario, realizzando una operazione di *credit transfer*. La PAD nell'art. 2, n. 20 definisce “bonifico” il «servizio di pagamento nazionale o transfrontaliero per l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario tramite un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento eseguite a partire dal conto di pagamento del pagatore da parte del prestatore di servizi di pagamento detentore del conto di pagamento del pagatore, sulla base di un'istruzione impartita dal pagatore». Il tub include l'esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti di bonifico, nell'ambito delle attività che costituiscono “servizi di pagamento” (art. 1, comma 2, lett. h-*septies*, n. 3.3). Per l'inquadramento giuridico dell'operazione di bonifico bancario, quale atto giuridico

o in mancanza di disponibilità in conto, oppure ancora con errata indicazione dell'IBAN del beneficiario⁵⁶. Oltre alla fonte normativa interna (artt. 24 e 25 d. lgs. n. 11 del 2010), particolarmente significativo, in tema, anche il Reg. 260/2012/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012, che, nell'ottica della creazione del mercato integrato per i pagamenti elettronici in euro (SEPA), senza distinzione tra pagamenti nazionali e transfrontalieri, stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro. Precisamente, l'art. 24 del d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 presume l'esecuzione corretta dell'ordine di pagamento eseguito dalla banca conformemente all'identificativo unico del beneficiario indicato dal cliente. Qualora l'identificativo unico fornito fosse inesatto, il prestatore di servizi di pagamento non sarebbe responsabile della mancata o inesatta esecuzione dell'operazione. Se in tale circostanza la banca dovesse sostenere delle spese per il recupero dei fondi oggetto dell'operazione, queste potrebbero essere addebitate al cliente, purché ciò sia previsto nel contratto quadro.

Per operazioni di pagamento (bonifico) espresse in altra valuta (es. dollaro)

unilaterale che trova la sua fonte nel contratto di conto corrente bancario: Cass., 8.02.2018, n. 3086, in *Riv. dott. comm.*, 2018, 312, con nota di CASSESE, *Natura giuridica del bonifico ed individuazione della banca quale effettiva beneficiaria della rimessa*. V., in dottrina, anche G. SATTA, *La forma dell'ordine di bonifico su conto corrente postale*, nota a Cass. Ord. n. 13068 depositata il 25.05.2018, in *Diritto e Giustizia*, 2018, fasc. 93, 1.

⁵⁶ABF, Coll. Napoli n. 1103/2018, Coll. Bologna n. 6309/2018, n. 6341/2018; Coll. Palermo n. 850/2018; Coll. Coordinamento n. 162/2017, secondo cui l'art. 24 del d.lgs. n. 11 del 2010, dispone che, nell'esecuzione di un bonifico bancario, il prestatore di servizi di pagamento dell'ordinante ed il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario sono autorizzati a realizzare l'operazione in conformità esclusivamente all'identificativo unico (IBAN, pur se errato), anche qualora l'utilizzatore abbia fornito al suo prestatore di servizi di pagamento informazioni ulteriori (nome del beneficiario) rispetto all'IBAN. In particolare, il prestatore di servizi di pagamento di destinazione del bonifico non è tenuto a verificare la corrispondenza fra il nominativo del beneficiario ed il titolare del conto di accredito identificato tramite l'IBAN. Se l'identificativo unico fornito dall'utilizzatore è inesatto, i prestatori di servizi di pagamento coinvolti nella realizzazione del bonifico non sono responsabili, ai sensi dell'articolo 25, della mancata o inesatta esecuzione dell'operazione di pagamento.

non si ritiene applicabile la disciplina di cui al d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, restando perciò le suddette operazioni soggette alla disciplina del mandato⁵⁷.

3: 3.1. L'azione normativa orientata ad accrescere la trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti nelle operazioni e nei servizi offerti dalle banche è stata negli anni straordinariamente intensa. Infatti, a partire dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154 sulla trasparenza bancaria⁵⁸ fino all'attuale configurazione del Titolo VI del tub, il legislatore si è, a più riprese, sforzato di rendere efficace il regime giuridico predisposto a protezione del cliente, soprattutto se consumatore⁵⁹. Tuttavia, si registra, in dottrina, un certo grado d'incertezza dovuta ai ripetuti interventi legislativi che hanno determinato una stratificazione della disciplina, inclusa quella collocata nella normativa secondaria, che immettendo nel sistema nuovi istituti, non sempre è riuscita a realizzare un felice raccordo con i precetti già esistenti⁶⁰.

⁵⁷ABF, Coll. Bologna n. 6309/18; Coll. Milano n. 4914/2016, 11043/2016, precisano che il decreto d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, si applica ai servizi di pagamento prestati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro o di uno Stato appartenente allo Spazio economico europeo

⁵⁸Con la legge 17 febbraio 1992, n. 154 e la l. 19 febbraio 1992, n. 142 si è inteso dare attuazione alla disciplina del credito al consumo in conformità alle Dir. 87/102/CEE e 90/88/CEE.

⁵⁹L'art. 127, comma 1, tub ammette che le disposizioni del Titolo VI siano derogabili solo in senso più favorevole al cliente. Invece, l'art. 126-*bis*, comma 3, tub, in deroga all'art. 127, ammette che non si applichi, totalmente o parzialmente, la disciplina di trasparenza in ordine ai servizi di pagamento a seguito di accordo tra le parti in tal senso; tuttavia, tale facoltà è ammessa soltanto nel caso in cui l'utilizzatore del servizio di pagamento non sia un consumatore né una micro-impresa.

⁶⁰Cfr. SANTONI, *I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 707, evidenzia che per effetto della disciplina della trasparenza bancaria, la figura del cliente della banca e con essa quella del risparmiatore, si è venuta così ad intersecare con quella del consumatore; MIRONE, *Profili evolutivi della trasparenza bancaria*, in *Oss. dir. civ. com.*, 2018, 47; BARENGHI, *op. cit.*, 143, lamenta che la complessità dell'attuale disciplina, la quale talvolta risulta frammentaria, incoerente se non addirittura contraddittoria e minuziosamente dettagliata; MUCCIARONE, *Trasparenza bancaria*, in ROPPO (a cura di), *Trattato dei contratti*,

Le disposizioni di carattere generale (Titolo VI, Capo I, tub) si applicano a tutte le attività (operazioni e servizi bancari e finanziari) svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari e, quindi, all'intero comparto dei contratti bancari, con ricadute che si riflettono sulle regole che disciplinano i singoli contratti⁶¹. Ci si limiterà qui ad effettuare talune osservazioni in merito alla disciplina della trasparenza con esclusivo riferimento al contratto di conto corrente bancario (e postale), dando ormai per assunto che esso, oltre ad essere utilizzato per l'esecuzione di diverse operazioni e servizi bancari, possa integrare anche la fattispecie del "conto di pagamento", allorché adoperato per l'esecuzione e il regolamento di "servizi di pagamento" (depositi e prelievi di contante, bonifici, addebiti diretti, ecc.)⁶². Il conto corrente bancario (e postale), quindi, come destinatario tanto delle norme disposte a tutela del cliente bancario per le operazioni bancarie in genere, quanto, per le operazioni di pagamento, della disciplina rivolta ai servizi di pagamento, la quale è stata corredata dal Capo II-ter che reca le disposizioni in materia di trasparenza e comparabilità delle spese relative «*conti di pagamento offerti a o sottoscritti da consumatori, che consentono almeno l'esecuzione di tutte le seguenti operazioni: versamento di fondi, prelievo di contanti, esecuzione e ricezione di operazioni di pagamento*» (art. 126-decies, comma 2, tub)⁶³, nonché dei conti di base offerti ai consumatori, con e senza spese (artt. 126-noviesdecies ss. tub).

vol. V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 665, osserva che la disciplina nel tempo è divenuta sempre più di dettaglio e il rischio è che ponendo l'attenzione sul particolare, si rischia di lasciarsi sfuggire l'insieme; SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari: nozione, fonti*, *ivi*, 639; NERVI, *La trasparenza bancaria*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, 2010, 34.

⁶¹Cfr. PRESTI – RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna 2017, 145; CARRIERO, *Operazioni e servizi bancari: la nuova disciplina di trasparenza*, in *Legalità e giustizia*, 2004, 80 ss.

⁶²V. MEZZACAPO, *op. cit.*, 787.

⁶³V. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, 650.

Al riguardo, giova sottolineare che, da una parte, l'art. 115, comma 3, tub, precisa che le disposizioni del Capo I del Titolo VI, a meno che non siano espressamente richiamate, non si applicano ai servizi di pagamento disciplinati dal Capo II-*bis*⁶⁴ e ciò avviene, ad esempio, allorché l'art. 126-*quinquies* tub effettua un rinvio espresso all'art. 117 tub relativamente al contratto quadro; inoltre, l'art. 126-*bis*, comma 5, assegna alla Banca d'Italia, il compito di adottare i provvedimenti relativi ai servizi di pagamento, quando questi sono regolati in conto corrente o commercializzati unitamente ad un conto corrente, avendo riguardo alle disposizioni previste nel Capo I⁶⁵.

Ad ogni modo, presumendo una posizione di "inferiorità" del cliente rispetto alla controparte-banca, dovuta di frequente a debolezze cognitive in punto di informazione⁶⁶ ed a soggezione in termini di potere contrattuale⁶⁷, è parso indispen-

⁶⁴V. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, cit., 143, il quale evidenzia che resta comunque impregiudicato il problema dell'applicazione analogica delle norme di carattere generale laddove, sussistendo una lacuna, si può dire di trovarsi fuori dell'ambito della materia armonizzata e quindi del divieto di introdurre, legislativamente o interpretativamente, una disciplina nazionale confliggente.

⁶⁵La normativa secondaria è contenuta nel provvedimento della Banca d'Italia sulla *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, adottato il 29 luglio 2009, e aggiornato, da ultimo, il 19 marzo 2019. L'art. 126-*bis*, comma 3, tub, ammette, anche, che si deroghi alla disciplina di trasparenza in ordine ai servizi di pagamento, qualora le parti si accordino nel senso della non applicazione totale o parziale della relativa disciplina; tuttavia tale facoltà è ammessa soltanto nel caso in cui l'utilizzatore del servizio di pagamento non sia un consumatore né una micro-impresa.

⁶⁶Si noti che, peraltro, l'Italia ancora nel 2018 è rimasta sul fondo della classifica riferita al livello di educazione finanziaria nell'UE. In argomento, per tutti, v. le chiarissime riflessioni di CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, nel senso che «Il consumatore di questi prodotti non legge mai un bilancio dell'emittente e comunque ha difficoltà a capirlo. Raramente legge un prospetto informativo, una nota informativa, un foglio analitico. La "razionale ignoranza" rispetto a siffatte linee di politica del diritto si giustifica in ragione dell'impraticabile costo transattivo non dell'acquisizione dell'informazione ma della sua fruibilità (c.d. information overloading) ai fini della realizzazione di una volontà consapevole (e quindi della scelta). Diverse sono dunque le tecniche di tutela (le regole di condotta, non a caso ora

sabile al legislatore predisporre un complesso di regole che consentano ai clienti di effettuare le proprie scelte dopo aver avuto piena conoscenza di dati rilevanti, specialmente per quel che riguarda il livello delle spese complessive relative ai servizi più rappresentativi collegati ai conti correnti. Si mira ad evitare che sia preferito un servizio più oneroso di altri sol perché molte componenti di costo sono ignote. Pertanto, esigendo dalla banca la comunicazione chiara e comprensibile del contenuto e delle condizioni contrattuali delle sue proposte, si è inteso limitarne la capacità di sfruttare la propria situazione di vantaggio a danno dei clienti, promuovendo condotte diligenti, corrette e trasparenti. Al cliente è così fornita la possibilità di confrontare più prodotti bancari, tra i quali in particolare il conto corrente bancario; egli, una volta edotto sui propri diritti e obblighi, è in grado di selezionare quello maggiormente rispondente alle proprie esigenze.

L'ambito traguardo di riportare in equilibrio il rapporto sbilanciato prestatore/utente (banca/correntista) si presume raggiungibile, prima di tutto, attraverso l'imposizione a carico dell'intermediario di obblighi informativi pre-contrattuali e contrattuali, conferendo centralità a determinati requisiti di forma e di contenuto dei contratti⁶⁸. Detto obbligo incoraggia gli intermediari ad assumere una condotta corretta non solo *ex ante*, ma anche *ex post*.

L'obbligo di informativa precontrattuale impone alle banche di render noti, in modo chiaro, ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti prima della stipulazione del contratto (art. 116 tub). L'ABF, invocando il principio di trasparenza, ha spesso ritenuto che fosse

estese anche a un significativo segmento del mercato creditizio dall'art 124 TUB, divengono nel mercato, in senso lato finanziario, essenziali) e diversa "l'arte del giudicare"».

⁶⁷Corte di Giustizia, 27.06.2000, in www.curia.europa.eu.

⁶⁸V. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, 165 ss.

parte integrante dell'informazione dovuta al cliente, la specificazione dei costi in base alla loro natura e funzione, traendone conseguenze di notevole rilievo ed incidenza⁶⁹.

Analoghi e potenziati obblighi informativi sono estesi alla generalità dei prestatori di servizi di pagamento a favore dell'utilizzatore di servizi di pagamento, del pagatore e del beneficiario (art. 126-*quater* tub). La norma affida ai poteri regolamentari della Banca d'Italia il compito di intervento sui contenuti e sulle modalità delle informazioni e delle condizioni che l'operatore deve fornire all'utilizzatore, precisando che le informazioni e le condizioni debbono essere redatte «*in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile*», nonché in modo che l'utilizzatore dei servizi di pagamento sia informato di tutte le spese dovute e della loro suddivisione⁷⁰.

Gli obblighi informativi sono ulteriormente incrementati in caso di conti di pagamento "offerti a" o "sottoscritti da" *consumatori* (art. 126-*duodecies* tub) con altri documenti informativi. Infatti, è richiesto ai prestatori di servizi di pagamento di fornire ai consumatori anche altre informazioni precontrattuali e comunicazioni

⁶⁹Basti pensare, per tutte, alla distinzione tra costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (cc.dd. *recurring*) da quelli relativi ad adempimenti preliminari, non ripetibili (cc.dd. *up-front*). Soltanto i primi, in caso di estinzione anticipata del contratto, sono suscettibili di rimborso parziale, giacché soggetti a maturazione nel tempo. Il punto è del tutto notorio, ed ha dato luogo ad una casistica sconfinata, specie nell'ambito della cessione del quinto di stipendio. In argomento, tra i tantissimi, ci si limita a citare gli ultimi Coll. Coordinamento ABF, tra cui, solo per menzionare le più recenti, n. 13306/2018, n. 24/2018; n. 9585/2017; n. 7716/2017. Tuttavia, questo tema, è davvero dirompente e presenta ambiti di interventi, anche in sede ABF, che spaziano dalla corretta indicazione del TAEG, pure in virtù della inclusione di tutti i costi relativi; alla tematica degli interessi anche moratori; alla corretta qualificazione delle fattispecie di superamento del tasso soglia in materia di usura; e così via.

⁷⁰Provvedimento Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, adottato il 29 luglio 2009, così come successivamente modificato (aggiornamento 19 marzo 2019).

periodiche relative al conto di pagamento, rispettivamente, attraverso un “Documento informativo sulle spese” e un “Riepilogo delle spese” in conformità alle norme tecniche di attuazione adottate dalla Commissione europea su proposta dell’EBA, imponendo così modalità standardizzate di *drafting* del documento⁷¹.

Inoltre, per semplificare l’attività di valutazione e selezione delle offerte da parte del “consumatore”, nella PAD si suggerisce l’adozione e la diffusione di una terminologia standardizzata dell’Unione, oltre alla esposizione di informazioni dettagliate in un formato uniforme. Tale principio è stato puntualmente recepito nel d. lgs. 15 marzo 2017, n. 37 ed è poi confluito negli artt. 126-*undecies* e seguenti del tub. Ed ancora, volendo semplificare l’attività di comparazione e scelta delle offerte da parte del consumatore, è stata prevista l’istituzione di siti *web* di confronto (art. 126-*terdecies* tub) e l’adozione di iniziative di educazione finanziaria da parte degli intermediari, finalizzate a favorire l’orientamento della clientela e l’assistenza per la gestione responsabile delle finanze personali (art. 126-*vicies sexies*, comma 2, tub)⁷².

⁷¹Alla Banca d’Italia è attribuito il compito di emanare disposizioni di attuazione relative ai Regulatory Technical Standards (RTS) sulla terminologia standardizzata dell’Unione e agli *Implementing technical standards* (ITS) elaborati dall’European Banking Authority (EBA) e adottati con Regolamento dalla Commissione europea ai sensi dell’art. 290 TFUE.

⁷²Mirando alla standardizzazione dell’offerta dei conti di pagamento, si considerano sufficienti le informazioni fornite attraverso messaggi pubblicitari rivolti al mercato sui siti web. In altri ambiti, come il credito al consumo e il credito immobiliare ai consumatori, le informazioni devono necessariamente essere personalizzate, a causa della forte varietà dell’offerta economica in funzione delle esigenze dei clienti e della pluralità operazioni effettuabili; esse devono infatti essere rese per iscritto o su supporto durevole in anticipo rispetto alla conclusione del contratto (artt. 120-*novies* e 124 tub). Obblighi informativi sono previsti a proposito del credito immobiliare ai consumatori negli artt. 120-*octies* ss. tub (disciplina introdotta nel tub dall’art. 1, comma 2, d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72) e del credito al consumo negli artt. 121 ss. tub (articoli sostituiti dall’art. 1 del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, modificato dall’art. 1 d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218). Da ultimo, TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, 22; MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 275.

Un'attenzione specifica è, poi, riservata nel tub (art. 126-*quaterdecies*) alle informazioni dovute al consumatore allorché i conti di pagamento siano offerti in un pacchetto insieme ad altri prodotti, risolvendo la dibattuta questione dei prodotti e dei servizi offerti facoltativamente o obbligatoriamente insieme al conto corrente. Infatti, in ragione delle informazioni ricevute, il consumatore deve poter distinguere tra vendita abbinata e vendita aggregata, giacché soltanto nel primo caso la sottoscrizione del prodotto o del servizio offerto congiuntamente costituisce condizione per la sottoscrizione del conto di pagamento, mentre nel secondo si tratta di un mero incentivo all'acquisto. Nel caso in cui sia consentito l'acquisto separato, vanno fornite al consumatore le informazioni relative ai prodotti o servizi offerti congiuntamente, in conformità alla disciplina eventualmente applicabile a ciascuno di essi e specificando almeno i costi e le spese relativi a ciascuno dei prodotti e servizi offerti con il pacchetto.

L'art. 126-*quaterdecies* fa salvo l'art. 21, comma 3-*bis*, cod cons., secondo cui «è considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario»⁷³. Inoltre, è fatto correttamente altresì salvo l'art. 120-*octiesdecies* tub, nel quale è disposto il divieto di offerta o commercializzazione ai consumatori di un contratto di credito (immobiliare) in un pac-

⁷³In argomento, peraltro, in sede ABF è stato ampiamente trattato il tema della dichiarazione in atti della mera facoltatività della polizza assicurativa, laddove invece la stessa è risultata nei fatti obbligatoria al fine della stipula del contratto “principale” e delle relative conseguenze: per tutti, si rinvia sul punto a Coll. Coordinamento, decisione n. 10617/2017; Coll. Coordinamento, decisione n. 16291/2018.

chetto che comprende altri prodotti o servizi finanziari distinti, qualora il credito non sia disponibile per il consumatore separatamente. Integra una pratica commerciale scorretta l'utilizzo per due prodotti finanziari sostanzialmente diversi, di documentazione precontrattuale e contrattuale unitaria, dalla quale potevano evincersi informazioni precise ed esaustive soltanto per il primo di tali prodotti, mentre in relazione al secondo (ad esempio, carta *revolving*) erano lasciati in ombra alcuni aspetti essenziali⁷⁴.

Quanto all'obbligo di redigere i contratti in forma scritta, l'art. 117 tub ne accresce la portata, garantendolo con la severa sanzione della nullità del contratto; nullità che opera, però, soltanto a vantaggio del cliente ex art. 127 tub. Il contratto, dunque, va formalizzato per iscritto e, di prassi, ciò avviene mediante accettazione da parte del cliente di una proposta contrattuale *standard*; nulla esclude, tuttavia, che, a seguito di una trattativa estemporanea avvenuta tra le parti, il documento possa riportare, anche di pugno, modifiche relative a talune clausole, delle quali non si contesta la legittimità, soprattutto se migliorative degli interessi del consumatore.

Per altro, secondo l'opinione giurisprudenziale prevalente⁷⁵, la rilevanza della forma scritta è più marcata in sede di redazione del documento contrattuale contenente le regole principali del rapporto di conto corrente bancario, la definizione dei tassi di interesse, del prezzo, delle condizioni praticate per i contratti di credito, di

⁷⁴Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 14.

Le problematiche riferite alle cd. "carte *revolving*" – come si vedrà anche *infra*, nel testo - sono state ampiamente dibattute in sede ABF, che ne ha sovente acclarato la abusività e la contrarietà alla disciplina vigente, quantomeno per le modalità applicative adottate nel caso concreto esaminato: tra gli altri interventi, per tutti si rinvia a Coll. Napoli, decisione n. 5732/2019; Coll. Napoli, decisione n. 7425.

⁷⁵Cass., 22.11.2017, n. 27836, in *Giur. it.*, 2018, 1580, con nota di E. GROSSUELE, *Apertura di credito in conto corrente e deroga della forma scritta* ab substantiam.

eventuali maggiori oneri in caso di mora, dei costi in relazione ad eventuali servizi aggiuntivi che il correntista può chiedere alla banca; diversamente, si affievolisce nella fase esecutiva, benché resti pur sempre munita di una valenza contrattuale propria in occasione dell'eventuale attivazione di servizi previsti soltanto astrattamente nel contratto-quadro, nella cui accezione, come anticipato, rientra il contratto di conto corrente. Pertanto, è tema di notevole complessità l'individuazione dei termini in cui la forma scritta del contratto di conto corrente non si estenda alle disposizioni di volta in volta impartite dal correntista, le quali, non richiedendo forme particolari, sarebbero lasciate alla libera determinazione dei contraenti, salvo evidentemente peculiari disposizioni di legge o di contratto⁷⁶. La S.C., invocando il regime derogatorio di cui all'art. 117, comma 2, tub.⁷⁷, ha avuto occasione di chiarire che il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, rispettare l'obbligo di forma *ad substantiam*⁷⁸. Non si tratta di soppressione della forma scritta, ma soltanto di sua attenuazione, purché sia sempre possibile desumere dal "contratto madre" le condizioni economiche a cui sarà assoggettato il "contratto figlio". Di contro, qualora nel contratto di conto corrente siano indicate, per iscritto, unicamente condizioni quadro, generali ed astratte, senza alcun regolamento economico del contratto di apertura di credito, quest'ultimo non può essere valutato

⁷⁶Cass., 25.05.2018, n. 13068, cit.

⁷⁷L'art. 117, comma 2, tub riconosce al CICR il potere di prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. Il CICR, nella delibera del 4 marzo 2003, n. 286, art. 10, affida alle norme regolamentari della Banca d'Italia il compito di individuare forme diverse da quella scritta per operazioni e servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto (Banca d'Italia, Provvedimento sulla *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, Sez. III, par. 2, del 29.07.2009, modif. il 3.08.2017).

⁷⁸Cass., 9.07.2005, n. 14470, in *www.ilcaso.it*; ABF, Coll. Napoli n. 3328/2017.

come accessorio al contratto di conto corrente, né essere considerato come rapporto giuridico che si inserisce *per facta concludentia* nel rapporto di conto corrente, con la naturale conseguenza che le operazioni ad esso connesse necessitano di precise ed esplicite pattuizioni delle condizioni che lo regolano⁷⁹. Conformemente, l'ABF, in occasione della richiesta di un finanziamento *revolving*, non ha ritenuto valida una integrazione dell'originaria documentazione costitutiva del rapporto di conto corrente avvenuta oralmente (telefonicamente), ritenendo che l'assetto di interessi relativo a tale prestito richieda di essere delineato nei suoi elementi essenziali a seguito di una nuova fase costitutiva⁸⁰; analogamente l'Arbitro ha riconosciuto la responsabilità dell'intermediario nei casi in cui, per uno specifico servizio, è richiesta al correntista una generica autorizzazione di addebito, senza alcuna indicazione riguardante il costo del servizio, né nell'originario contatto di conto corrente, né in un foglio informativo successivo⁸¹. Ed ancora, le Sezioni Unite⁸², ponendo in evidenza che la nullità per difetto di forma opera soltanto a vantaggio del cliente, oltre a poter essere rilevata d'ufficio dal giudice (l'art. 127, comma 2, tub), sostengono che il requisito della forma scritta debba essere apprezzato tenuto conto della finalità di protezione del correntista che con esso la norma intende perseguire⁸³.

⁷⁹Cass., 25.09.2017, n. 22278 in *www.laleggepertutti.it*; Cass., 7.04.2017, n. 9068, *ivi*; Cass., 27.03.2017, n. 7763, *ivi*. In dottrina, MIRONE, *Sub art. 117*, in COSTA (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, vol. II, 1310 ss.; DE ANGELIS, *Sub art. 117*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Padova, 2018, t. III, 1870.

⁸⁰ABF, Coll. di coordinamento n. 3257/2012.

⁸¹ABF, Coll. Roma n. 6501/2018.

⁸²Cass. S.U., 6.01.2018, n. 898, in *www.ilcaso.it*; Cass., 27.04.2017, n. 10447, *ivi*.

⁸³La sentenza riflette sulla forma contrattuale dei servizi di investimento, tuttavia enuncia principi che ritiene applicabili sia al comparto bancario sia finanziario: A. MIRONE, *Le Sezioni Unite*, cit., 275, pur ammettendo che le regole in materia di forma risultano largamente coincidenti, evidenzia che sussistono permanenti differenze tra la disciplina del t.u.f. e quella del t.u.b.: la normativa di trasparenza del t.u.f. tende a proteggere il cliente rispetto all'assunzione non consapevole e non

Il requisito della forma deve ritenersi rispettato allorché il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente⁸⁴; è sufficiente che vi sia la sottoscrizione del cliente e non anche quella dell'istituto di credito, il cui consenso ben può desumersi dai comportamenti concludenti tenuti dallo stesso⁸⁵. Come precisato dalla normativa secondaria, la consegna dell'esemplare del contratto è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente, ulteriore rispetto alla firma del documento negoziale, apposta sulla copia del contratto conservata dall'intermediario⁸⁶.

Il legislatore, peraltro, si avvarrà inevitabilmente di quanto l'innovazione

adeguata di rischi per il proprio patrimonio investito nelle operazioni finanziarie, mentre quella del t.u.b. tende a proteggere il cliente rispetto all'assunzione non consapevole o eccessiva di costi per i servizi offerti dagli intermediari.

⁸⁴ABF, Coll. Roma n. 6487/2018; Coll. Milano n. 7645/2016, n. 9512/2015; Coll. Roma n. 2649/2012.

⁸⁵Cass. S.U., 6.01.2018, n. 898, cit. In senso conforme, ABF, Coll. Bologna n. 7868/2018; Coll. Milano n. 5070/2016.

Cfr., in dottrina, DENOZZA – MIRONE – MODICA – NATOLI – SEMEGHINI, *Il contratto "monofirma" e le Sezioni Unite della Cassazione. Un dialogo a più voci*, a cura di A. Perrone, in *ODC*, 2018, n. 2, 94; PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS. UU. Ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 TUF*, in *Contr.*, 2018, 143; D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus*, *ivi*, 138; R. AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018*, n. 898, *ivi*, 149; SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 734; DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto "monofirma"*, *ivi*, 2018, 658; COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2018, 572; A. MIRONE, *Le Sezioni Unite*, cit., 275, il quale non vede, «perché, non si debba ritenere utile che l'esemplare a mani del cliente sia sottoscritto dall'intermediario (essendo tale sottoscrizione peraltro l'unica presente nel documento a sue mani, in caso di conclusione del contratto – come per prassi – per scambio di proposta ed accettazione), in modo da far acquisire al cliente un documento certamente imputabile alla controparte, da utilizzare anche in corso di rapporto per pretenderne l'adempimento, anche in sede giudiziaria»; CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro di investimento*, *ivi*, 2018, II, 292; NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, 491.

⁸⁶V. BANCA D'ITALIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, 29.07.2009, agg. 9.02.2011.

tecnologica renderà disponibile, prescindendo sempre più dalla formale sottoscrizione di un documento cartaceo. Basti considerare che il t.u.b. già consente (artt. 118 e 119) di servirsi, in alternativa al supporto cartaceo, del «supporto durevole», purché preventivamente accettato dal cliente, considerando tale «ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate»⁸⁷. Requisito che risulta rispettato nel caso dei documenti inviati per via informatica o telematica⁸⁸. È immaginabile che la digitalizzazione dei documenti contrattuali permetterà di superare gran parte delle difficoltà collegate alla elaborazione e alla archiviazione del documento cartaceo, se solo si considera la possibilità - ove ritenuta esistente e condivisa, attesa la sostituzione che comporta tra forma scritta e forma orale, in cui la seconda fattispecie comunque si sostanzia, al di là della differente “conservazione” - di sostituire un ordine di investimento impartito per iscritto dal cliente con un ordine effettuato telefonicamente, purché registrato su nastro magnetico⁸⁹.

Nel perimetro della disciplina dedicata alla trasparenza bancaria è stato altresì collocato l’art. 117-*bis* tub: questa disposizione riserva un ulteriore *favor* al cliente, esonerandolo dalla Commissione di Istruttoria Veloce (CIV) allorché lo sconfinamento complessivo è inferiore o pari a 500 euro e non ha durata superiore

⁸⁷La definizione è stata trasfusa nell’art. 121, comma 1, lett. l) tub per effetto delle modifiche apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141; successivamente è stata riportata nell’art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. l), in virtù dall’art. 1, comma 2, del d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72.

⁸⁸Sia peraltro consentito in argomento rinviare a A. BLANDINI, *Servizi finanziari per via telematica e le prospettive del diritto societario on line*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, I, 46 ss.

⁸⁹Cass., 30.11.2017, n. 28816.

a 7 giorni consecutivi. Gli addebiti a titolo di CIV sono ritenuti legittimi dalla giurisprudenza dell'ABF solo se l'intermediario ha effettivamente svolto un'attività istruttoria sul merito creditizio del richiedente, al fine di consentirgli lo sconfinamento e se il costo dell'istruttoria risulta commisurato a quello medio sostenuto dall'intermediario per lo svolgimento dell'attività. Infine, in caso di contestazione la banca ha l'onere di dimostrare di aver compiuto l'istruttoria veloce per ogni singola applicazione della commissione⁹⁰.

Ebbene, la manovra legislativa, nel suo complesso, è stata attuata e potenziata nella prospettiva dell'incremento del livello di conoscenza del cliente, ancor più se consumatore, relativamente alle clausole contenute nei contratti di conto corrente bancario, perseguendo l'obiettivo della formazione consapevole della volontà. Al contempo, assume carattere generale l'interesse a migliorare le dinamiche di mercato, a vigilare sull'operato degli intermediari e sull'equilibrio del complessivo sistema dei pagamenti, ossia quel complesso di strumenti, operatori, procedure, regolamenti e norme che governano i trasferimenti di moneta da un soggetto ad un altro. E anche nell'attività di vigilanza della Banca d'Italia, la qualificazione di "sana e prudente gestione", nell'ambito della stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema bancario, si estende a garantire che gli intermediari stabiliscano rapporti leali e trasparenti con la clientela, affinché quest'ultima possa vagliare le offerte dopo essere stata adeguatamente informata, contribuendo a prevenire i conflitti, riducendo i rischi legali e i problemi reputazionali degli intermediari, diffondendo, in

⁹⁰ABF, Coll. Bologna n. 6322/2018; Coll. Milano n. 10629/2017; Coll. Roma n. 7969/2017; Coll. Roma n. 5746/2017.

linea generale, fiducia nel sistema⁹¹.

Nonostante l'impegno profuso dal legislatore - a volte anche in modo disordinato e poco efficiente - per realizzare l'obiettivo della trasparenza delle condizioni contrattuali, resta elemento di criticità il fatto che il contratto di conto corrente bancario o postale (e le altre operazioni ad esso associate) venga stipulato mediante sottoscrizione di moduli contrattuali preconfezionati dalle banche, contenenti clausole numerose e dettagliate, la cui attenta lettura richiederebbe una spropositata disponibilità di tempo e una cultura finanziaria non molto diffusa tra il pubblico dei consumatori. Troppa informazione, però, invece di produrre trasparenza, spesso è causa di opacità: essa può rivelarsi perfino dannosa per il consumatore, il quale finisce per sottoscrivere un documento contrattuale particolareggiato e corposo, di cui ne ignora il contenuto e che si trasforma in *boomerang* contro di lui proprio per quanto in esso previsto. Infatti, un sistema siffatto, piuttosto che realizzare trasparenza a vantaggio del cliente, offre un set informativo di mera apparenza a cura dell'intermediario, il quale, all'esito, potrà provare di aver fornito al cliente tutte le informazioni obbligatorie, avvalendosi di una pluralità di documenti dallo stesso firmati⁹². D'altro canto, pure dal punto di vista delle banche il sistema della traspa-

⁹¹V. SANTONI, *I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza*, cit., 707; BARENGHI, *Note sulla trasparenza*, cit., 143, sostiene che il valore della trasparenza sia autonomo rispetto a quello dell'efficienza dell'impresa; MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 377, ritiene, invece, che la trasparenza abbia una funzione ausiliare all'efficienza dell'impresa; MUCCIARONE, *Trasparenza bancaria*, cit., 665; CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banc.*, 2013, 590; NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 31.

⁹²V. SANTONI, *I costi organizzativi*, cit., 707, osserva che l'attuazione del principio di trasparenza non ha portato alla predisposizione da parte degli intermediari di testi contrattuali chiari, sintetici e comprensibili; le banche invece di competere tra di loro in forza di proposte alla clientela sempre più nitide e commisurate al grado di competenza finanziaria dei risparmiatori italiani, fanno a gara nel

renza è molto costoso, anche soltanto in punto di verifica di modifiche normative, di studio delle novità legislative, di formazione del personale, di aggiornamento della documentazione cartacea e del sistema informativo informatico, e così via.

3.2. Dal raggiungimento di un elevato grado di trasparenza ci si attende, come effetto naturale, un aumento della concorrenza tra gli operatori. Infatti, la circostanza che ormai il cliente riceva proposte di contratto da parte di una pluralità di prestatori di servizi, forza questi ultimi a offrire condizioni contrattuali vantaggiose onde incentivare la scelta del cliente e al contempo dissuaderlo dal preferire un concorrente⁹³. Tuttavia, proprio il rapporto di conto corrente bancario può trasformarsi, di fatto, in una limitazione per il cliente, il quale anche solo per comodità o inerzia, semplicità o velocità di realizzazione di più operazioni, stabilità del rapporto, può rivolgersi alla propria banca per tutta una gamma di servizi (assegni, bonifici, addebiti diretti per il pagamento di utenze domiciliate, pagamenti periodici dei saldi delle carte di credito e di debito, inclusi i bancomat, incassi di stipendi e pensioni,

proporre soluzioni negoziali complesse, spesso ulteriormente complicate dal ricorso a prassi contrattuali prese in prestito da altri ordinamenti, non necessariamente più evoluti, soluzioni le quali inevitabilmente spiccano per la loro opacità.

⁹³V. ANTONUCCI, *op. cit.*, 7, sostiene che invece, nella logica della parificazione concorrenziale, l'offerta dei nuovi servizi di pagamento, come ad es. i servizi *fintech*, invece di affrontare una competizione sul medesimo terreno, ha indotto le banche a stipulare rapporti di collaborazione con altre tipologie di prestatori; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 406; MONTELLA, *La Direttiva PSD 2*, cit., 6; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 8; LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nei servizi di pagamento*, *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, 611, sostiene che trattandosi di profili strettamente pro-concorrenziali e di efficiente funzionamento del mercato interno europeo, rilevanti sono gli effetti che la nuova regolazione produce anche in termini di concorrenza nei servizi di pagamento; SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 855; GIMIGLIANO, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in MANCINI-PERASSI (a cura di), *Il quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della consulenza legale Banca d'Italia*, n. 63, 2008, 85.

MAV⁹⁴, RID⁹⁵ e qualsiasi altro trasferimento di denaro), senza aver concretamente comparato le offerte provenienti da altri prestatori. Per altro, la banca, volendo fidelizzare il cliente, potrebbe risultare competitiva in termini di costi, proprio in ragione del fatto che concentra la sua attività, fornendo un complesso di servizi ai propri correntisti, anche attraverso i nuovi mezzi di pagamento come *internet* e i dispositivi mobili⁹⁶. Inoltre, anche quando le spese sono comparabili, la procedura di trasferimento del conto di pagamento è sovente molto lunga e complessa. Ed allora, la disciplina della trasparenza incentiva una concorrenza più vivace solo se è affiancata da una strategia normativa volta a rimuovere gli ostacoli che impediscono o anche rendono complicato o svantaggioso l'interruzione e il trasferimento del conto⁹⁷.

In questa direzione si è instradato il d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, riconoscendo il diritto al cliente di recedere dal contratto (a tempo indeterminato) in ogni momento “senza penalità e senza spese”; competenza del CICR è l'individuazione dei casi in cui può essere chiesto il rimborso delle spese sostenute in relazione a servizi aggiuntivi richiesti dal cliente in occasione del recesso (art. 120-*bis* tub). Insegue il medesimo obiettivo il d. lgs. n. 11 del 2010, il cui art. 34, comma 1, lett. b) inserisce nel tub l'art. 126-*septies*, riconoscendo all'utilizzatore di servizi di paga-

⁹⁴Mav: incasso di fatture mediante avviso.

⁹⁵Rapporto interbancario diretto.

⁹⁶V. GRASSO, *La trasparenza delle informazioni al consumatore e la comparabilità del conto di pagamento alla luce della direttiva 2014/92/UE*, in *European and Comparative Law Issues*, 2018, 1, 2.

⁹⁷V. GRANIERI, *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in MANCINI – PERASSI (a cura di), *Il quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della consulenza legale Banca d'Italia*, n. 63, 2008, 117; SALAMONE, *Lo statuto concorrenziale delle imprese di intermediazione nei servizi di pagamento*, in SALAMONE – SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto della cambiale, degli assegni e degli altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2008, 767.

mento (il correntista) il diritto di recedere dal contratto quadro (conto corrente bancario) senza penalità e spese di chiusura⁹⁸. Il recesso dal contratto determina lo scioglimento dello stesso e la chiusura del conto. Si è, così, riconosciuta all'utilizzatore del servizio di pagamento una facoltà, negata invece alla controparte: il prestatore del servizio, infatti, potrà recedere solo con un preavviso di almeno due mesi e sempre che il contratto contempli tale facoltà (126-septies tub)⁹⁹.

A tali disposizioni ha fatto seguito la Dir. 2014/92/UE (PAD) che nel considerando 4 sottolinea che *«attualmente, la mancanza di trasparenza e di comparabilità delle spese, nonché le difficoltà di trasferimento del conto di pagamento creano ancora ostacoli alla piena integrazione del mercato, contribuendo a un basso livello di concorrenza nel settore dei servizi bancari al dettaglio»*.

Si deve al d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modif. in l. 24 marzo 2015, n. 33, *«la disciplina sulla trasferibilità dei servizi di pagamento connessi al conto di pagamento detenuto da un consumatore presso un prestatore di servizi di pagamento verso un altro prestatore di servizi di pagamento secondo quanto previsto al capo III della direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014»*¹⁰⁰, il cui art. 2, comma 13, incentiva la richiesta di trasferimento del conto

⁹⁸Nello stesso senso incide l'art. 120-ter tub circa l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari, nonché l'art. 120-quater tub, a proposito della surrogazione nei contratti di finanziamento con trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura (c.d. portabilità).

⁹⁹Cfr. LIBERTINI M., *op. cit.*, 622.

¹⁰⁰Cfr. LIACE, *Portabilità del conto corrente*, in *Digesto civ.*, X Agg., 2016, 605, sostiene che *«il trasferimento dei servizi di pagamento è al momento applicabile solo ai conti correnti e non anche ad altre categorie di conti di pagamento, come i libretti di deposito e carte prepagate»*; MAIMERI, *La portabilità dei conti correnti e dei servizi connessi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 83; BARILLÀ, *Il trasferimento dei servizi di pagamento*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 1031, il quale ritiene che oggetto del trasferimento non sia il conto di pagamento nei suo insieme, ma solamente alcuni servizi ed operazioni di pagamento che vi si collegano.

prevedendo la gratuità del servizio¹⁰¹.

Soltanto in epoca successiva è avvenuto, con ritardo, il recepimento della PAD attraverso il d. lgs. 15 marzo 2017, n. 37. Quest'ultimo ha aggiunto, come è noto, al tub l'intero Capo II-ter, il cui art. 126-*decies*, comma 3, lett. b) conferma la definizione di "servizio di trasferimento" sopra riportata, mentre gli artt. 126-*quinqüesdecies* ss. contengono una disciplina (fin troppo) dettagliata del "Trasferimento dei servizi di pagamento connessi al conto di pagamento", ribadendo l'obbligo per il prestatore di servizi di pagamento trasferente e per il prestatore di servizi di pagamento ricevente di non addebitare spese al consumatore per il servizio di trasferimento (art. 126-*sexiesdecies*, comma 2, tub). L'art. 126-*vicies ter* tub estende il medesimo diritto al titolare del conto di base.

3.3. L'ampio pacchetto di misure legislative in materia di trasparenza bancaria persegue l'ulteriore esigenza di garantire, che nel tempo sia mantenuto l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo le volontà originariamente manifestate dalle parti¹⁰². Per questa ragione, lo *jus variandi* - ossia il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto alla banca, in quanto eccezione alla regola generale della immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti

¹⁰¹Il d. lgs. 15 marzo 2017, n. 37 ha provveduto anche a riformulare, semplificandone l'attuazione, l'art. 2, comma 15 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, il quale risulta così sostituito «15. *Il trasferimento, su richiesta del consumatore, di strumenti finanziari da un conto di deposito titoli ad un altro, con o senza la chiusura del conto di deposito titoli di origine, è effettuato senza oneri e spese per il consumatore. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Consob e la Banca d'Italia, adotta disposizioni di attuazione del presente comma e, in deroga a quanto stabilito nel periodo precedente, può stabilire che, per il trasferimento dei titoli depositati presso un depositario centrale estero o non assoggettati al regime di dematerializzazione, al consumatore possano essere addebitate le spese sostenute in diretta conseguenza del necessario intervento di un soggetto terzo*».

¹⁰²ABF, Coll. Milano n. 1099/2011, n. 1705/2011; Coll. Milano n. 98/2010, n. 177/2010, n. 249/2010.

– è ammesso, ma resta un istituto sottoposto ad una serie di cautele. Invero, l'art. 118 tub¹⁰³ impone che la comunicazione venga effettuata «*espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto"*». Detta comunicazione deve avvenire con obbligo di preavviso minimo di due mesi e necessariamente in forma scritta - oppure anche mediante supporto durevole, purché quest'ultimo sia preventivamente accettato dal cliente (comma 2). In più, lo *jus variandi* della banca deve essere espressamente convenuto dalle parti¹⁰⁴, con clausola specificamente approvata dal cliente¹⁰⁵; in ogni caso, la banca deve provare che sussista un giustificato motivo che renda opportuna la variazione¹⁰⁶. La motivazione della variazione, secondo la giurisprudenza

¹⁰³Articolo sostituito dall'art. 4, comma 2, d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con il quale il nostro ordinamento ha recepito la Dir. 2008/48/CE.

¹⁰⁴Sullo *jus variandi*, v.: Circolare Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007, n. 5574; Provvedimento Banca d'Italia 29 luglio 2009 sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.

In dottrina, *ex multis*, CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali nel testo unico bancario dopo il d. lgs. 141 del 2010*, in *Contratti*, 2011, fascicolo 4, 391; P. SIRENA, *Ius variandi, commissione di massimo scoperto e recesso dal contratto*, in *Contratti*, 2009, 1169; ID., *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 262; SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 249.

¹⁰⁵La clausola può prevedere, per i contratti a tempo indeterminato, che la modifica possa riguardare i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto, mentre per gli altri contratti di durata la pattuizione non può comprendere la modificabilità dei tassi di interesse. Il comma 2-*bis* dell'art. 118, inserito dall'art. 8, comma 5, lett. f), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. con modif., in l. 12 luglio 2011, n. 106, ammette che possano essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto, anche nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato, purché il cliente non sia un consumatore o una micro-impresa.

¹⁰⁶A seguito degli interventi di modifica dell'art. 118 tub la tutela del consumatore è divenuta perfino più incisiva di quella contenuta nel codice di consumo, relativa alle "clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore" (artt. 33-38 in cui è confluita la disciplina delle clausole abusive *ex art. 1469-bis c.c.*). Sul punto, VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018; BUSSOLETTI, *La disciplina dello ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica delle clausole vessatorie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2005, I, 21. Vedi, in proposito, i rilievi di Cass., 21.05.2008, n. 13051.

dell'ABF, deve risultare congrua rispetto alla variazione¹⁰⁷ e il potere di modifica unilaterale del contratto (di conto corrente) deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni già esistenti e non spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, nel rispetto della Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007, n. 5574¹⁰⁸. In una recente decisione¹⁰⁹, l'Arbitro ha puntualizzato i presupposti per l'esercizio dello *jus variandi*, sui quali si soffermano anche successivi interventi in sede ABF. Precisamente, può trattarsi sia di eventi che afferiscono alla sfera personale del cliente, come, ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito, sia quelli che consistono in variazioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari, come può essere la variazione dei tassi di interesse, dell'inflazione, ecc.

Inoltre, la disciplina generale distingue tra contratti a tempo indeterminato e altri contratti di durata, ammettendo soltanto per la prima categoria di rapporti che la variazione possa avere ad oggetto anche i tassi di interesse.

Ed ancora, ricade sull'intermediario l'onere di provare la trasmissione della comunicazione recettizia riguardante modifiche delle condizioni del contratto¹¹⁰ e non è sufficiente la prova della trasmissione, ma è necessaria anche la prova

¹⁰⁷ ABF, Coll. Milano n. 1099/2011.

¹⁰⁸Tra le tantissime, ABF, Coll. Milano n. 2670/2018; Coll. Roma, n. 2507/2017, n. 2329/2014; Coll. Napoli nn. 396-399-650-1151-1390/2011; Coll. Napoli nn. 300-1457-1469/2010; Coll. Milano nn. 393-1298/2010; Coll. Roma n. 980/2010.

¹⁰⁹ABF, Coll. Torino n. 4845/2017.

¹¹⁰ABF, Coll. Bologna n. 6322/2018; Coll. Roma n. 17649/2017; Coll. Napoli nn. 2099-8826/2016; Coll. Milano n. 2743/2014; Coll. Roma n. 487-1838/2011; Coll. Milano n. 772-2316/2011; Coll. Milano nn. 443-608-716-1010-1016-1298/2010; Coll. Napoli n. 827/2010; Coll. Roma n. 1262/2010. V. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contratti*, 2012, 186.

dell'avvenuta ricezione della comunicazione (raccomandata, posta certificata)¹¹¹. Resta ancora dubbio, invece, se possa essere ritenuto adempiuto l'obbligo di comunicazione in caso si provveda a fornire l'informazione mediante avvisi inseriti in pubblicazioni, lettere o estratti conto¹¹²; le modifiche così comunicate sarebbero, secondo quanto in prevalenza ritenuto, inefficaci, se sfavorevoli per il cliente (comma 3)¹¹³. Sempre più diffusi, ed accettati, sono i processi di comunicazione delle variazioni tramite *home banking*.

Come è noto, in punto normativo è stabilito che la modifica s'intende approvata qualora il cliente non eserciti il diritto di recesso dal contratto, senza spese, entro la data prevista per la sua applicazione; e che nel caso in cui il cliente eserciti il diritto di recesso, la liquidazione del rapporto deve essere effettuata applicando le condizioni precedenti alla modifica.

In materia di servizi di pagamento, nel Capo II-*bis*, sono prospettate diverse modalità per l'esercizio dello *jus variandi*. L'art. 126-*sexies* tub legittima il prestatore di servizi di pagamento a proporre ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni ad esso relative secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia e comunque con un preavviso di almeno due mesi rispetto alla data di applicazione della proposta. La normativa secondaria precisa che le modalità indicate valgono anche nel caso di contratti quadro relativi a servizi di pagamento conclusi unitamente al contratto di conto corrente per le sole modifiche relative al servizio di pagamento.

¹¹¹ABF, Coll. Milano n. 2670/2018; Coll. Milano nn. 9682-9692/2017; Coll. di coord. n. 535/2015.

¹¹²Secondo ABF, Coll. Roma n. 17649/2017 ritiene che l'osservanza della precisa formalità procedurale prescritta dall'art. 118 tub sia riscontrata se validamente effettuata in forma scritta, anche se inserita in estratto conto.

¹¹³ABF, Coll. Milano n. 772/2011; Coll. Roma n. 903/2010; Coll. Milano nn. 443-716-1010-1298/2010; Coll. Napoli n. 827/2010; Coll. Roma n. 487-1007-1262/2010.

La Banca d'Italia prevede che la proposta sia espressa al cliente mediante comunicazione effettuata per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole concordato con il cliente contenente in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica del contratto"; non è invece richiesta la "clausola approvata specificamente dal cliente" per iscritto, né il "giustificato motivo"¹¹⁴. Quest'ultimo presupposto si rende necessario soltanto nell'ipotesi in cui il cliente sia un consumatore ai sensi dell'art. 126-*sexies*, comma 4-*bis*, tub. Inoltre, il contratto quadro può prevedere che in assenza di comunicazione contraria da parte dell'utilizzatore, effettuata prima della data indicata nella proposta per l'applicazione della modifica, questa si intende accettata. In tal caso, nella proposta di modifica si deve specificare tanto che, in assenza di rifiuto, la modifica si intende accettata, quanto che l'utilizzatore ha diritto di recedere senza spese prima della data preista per l'applicazione della modifica.

L'efficacia delle modifiche unilaterali può non essere differita, ma immediata e senza preavviso se riguarda i tassi di interesse o di cambio. Tuttavia, se la modifica è sfavorevole per l'utilizzatore, perché possa avere efficacia immediata, è necessario che tale facoltà sia prevista nel contratto e risulti conforme alle variazioni dei parametri di riferimento indicati nel contratto.

Infine, al pari di quanto può dirsi per l'intera disciplina di trasparenza per i servizi finanziari, è ammessa la deroga per gli utilizzatori che non siano consumatori né microimprese ai sensi dell'art. 126-*bis*, comma 3, tub.

¹¹⁴V. BARENGHI, *op. ult. cit.*, 143, sostiene che in materia di servizi di investimento la modifica sembra ammettersi in linea generale con riguardo alle "condizioni contrattuali" e non solo a quelle già previste nel contratto, come invece si evince dall'art. 118 tub.

3.4. Il consumatore necessita di tutela tanto nella fase che precede la stipulazione del contratto di conto corrente, quanto in quella che segue, ossia nel corso dello svolgimento dello stesso. L'art. 119 tub fornisce una risposta pertinente all'esigenza di dotare il consumatore di un congruo flusso di informazioni che gli consenta di verificare periodicamente l'andamento del rapporto. La norma, nei contratti di durata prescrive che la banca fornisca al cliente in forma scritta (o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente), alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto¹¹⁵; al CICR compete individuare il contenuto e le modalità della comunicazione¹¹⁶.

Il secondo comma dell'art. 119 tub, dedicato ai rapporti regolati in conto corrente, attribuisce al correntista il diritto di ricevere dalla banca l'estratto conto con periodicità almeno annuale ed eventualmente, a scelta di quest'ultimo, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile¹¹⁷. L'estratto conto è un documento unitario,

¹¹⁵L'art. 119, così come modificato dal d. lgs. n. 141 del 2010, richiede che la comunicazione in merito allo svolgimento del rapporto sia soltanto "chiara" e non più anche "completa" come originariamente previsto nell'art. 8 della l. n. 154 del 1992. Si è pensato, così, di mitigare l'effetto dell'eccesso di informazione, che finisce per generare disinformazione, rendendo difficoltosa l'individuazione delle informazioni più rilevanti da parte della clientela meno tecnicamente preparata: DOLMETTA, *Dalla prassi di saldaconto all'«estratto di conto» dell'art. 50 TUB (stabilità deisingoli istituti ed efficienza del sistema)*, in *www.ilcaso.it* del 21 maggio 2018; URBANI, *Sub art. 119*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2018, 1900; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla «consulenza»?*, *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, I, 16, dubita che una informazione incompleta possa essere idonea a rendere trasparente il rapporto.

¹¹⁶Il D.M. 3 febbraio 2011, n. 117, Decreto d'urgenza del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Presidente del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio ha provveduto ad innovare la precedente deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, recante "Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

¹¹⁷Cass., 20.01.2017, n. 1584, in *www.ilcaso.it*, secondo cui la banca ha l'onere di produrre gli estratti conto a partire dall'apertura. L'intermediario creditizio non può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'inesistenza dell'obbligo di conservare le scritture

il cui costo di produzione deve essere addebitato forfettariamente dall'intermediario al cliente e non può essere calcolato utilizzando come parametro di riferimento il numero di pagine di cui è composto¹¹⁸. Tale documento viene qualificato come «l'atto esecutivo con cui la banca adempie una ben precisa obbligazione di informazione»¹¹⁹. La S.C. ha precisato che «l'invio periodico degli estratti conto esaurisce, in relazione al periodo considerato, l'obbligo della banca di rendere il conto al cliente: con la conseguenza che ove questi abbia approvato, anche tacitamente, l'estratto conto ricevuto, non vi è più titolo per richiedere, in un secondo momento, altre forme di rendiconto relative al medesimo periodo»¹²⁰ - ma si tornerà tra un momento sul tema della valenza di siffatta approvazione tacita.

Al cliente titolare di conto corrente spetta ricevere, periodicamente, anche un documento di sintesi, datato e progressivamente numerato, che aggiorni quello unito al contratto e che riporti le condizioni economiche in vigore, anche se invariate rispetto alla comunicazione precedente. La normativa secondaria precisa che le condizioni oggetto di modifica vanno riportate con una specifica evidenza grafica, come può essere l'uso del grassetto (Sez. IV, par. 3). Il documento di sintesi relativo ai conti correnti deve riportare sia l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) - che coincide con il tasso annuo effettivo globale (TAEG) -, quale parametro utile al correntista per verificare se vi siano servizi più adatti alle sue esigenze, sia il profilo dell'utente; adempimento che può avvenire anche attraverso gli sportelli automatici e gli stru-

contabili oltre dieci anni. Infatti, non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di provare il credito vantato nei confronti del cliente, come si specificherà infra, in testo e nota.

¹¹⁸ABF, Coll. Milano n. 2609/2017.

¹¹⁹V. STELLA, *op. cit.*, 511.

¹²⁰Cass., 20.01.2017, n. 1584, in *www.ilcaso.it*, caso nel quale la S.C. aggiunge che la banca non può essere considerata adempiente all'obbligo di rendicontare il cliente sull'andamento del rapporto, ove non consti che abbia trasmesso allo stesso gli estratti conto ad esso relativi.

menti di accesso tramite *internet* ai servizi bancari (art. 116, comma 1-bis, tub).

Il Provvedimento Banca d'Italia sulla *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, adottato il 29 luglio 2009, aggiornato al 19 marzo 2019), precisa che «quando l'estratto conto non include il dettaglio di tutte le operazioni di pagamento effettuate (ad es., nel caso di pagamenti eseguiti con carta di credito), l'informativa periodica sul servizio di pagamento è resa separatamente (...)».

In aggiunta, il cliente ha diritto di ottenere dalla banca, dietro rimborso delle spese, copia della documentazione relativa ai rapporti intrattenuti con la stessa negli ultimi dieci anni, entro un congruo termine e comunque non oltre 90 giorni (art. 119, comma 4, tub). La normativa secondaria¹²¹, a proposito della richiesta di documentazione su singole operazioni, prevede che: «Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni dalla richiesta, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Gli intermediari indicano al cliente, al momento della richiesta, il presumibile importo delle relative spese». L'ABF ha, al riguardo, precisato che l'interessato deve fornire alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentirle di individuare i documenti richiesti e che non è sufficiente una generica istanza, seppur formulata per iscritto, che risulti obiettivamente inidonea a consentire all'intermediario un pieno soddisfacimento¹²². La S.C.¹²³ ha ri-

¹²¹BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di trasparenza*, cit., Sez. IV, par. 4.

¹²²ABF, Coll. Bologna n. 6310/2018.

¹²³Cass., 11.05.2017, n. 11554, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 83, 2017, 12, con nota di TARANTINO, *Il cliente chiede, la banca deve rispondere: la documentazione contabile va consegnata anche in pendenza di giudizio*; ABF, Coll. Bologna n. 6739/2018.

conosciuto al cliente il potere di chiedere alla banca - ai sensi dell'art. 119, comma 4, tub - di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente con essa intrattenuto in qualunque momento, anche in corso di causa; tale richiesta si ritiene implicita in caso di domanda giudiziale con cui il correntista chieda tali documenti, se del caso anche con richiesta rivolta al giudice che a tanto provveda coattivamente ai sensi degli artt. 210 e 212 c.p.c. ove la banca convenuta non vi ottemperi volontariamente. Tuttavia, l'ordine di esibizione documentale può essere accolto soltanto quando il richiedente non disponga di altre vie di accesso ai documenti.

L'ABF ha sottolineato che al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione della documentazione e che la previsione di somme incongrue ed eccessive per il rilascio di dette copie costituisce un deterrente all'esercizio del diritto, frustrando la realizzazione dell'obiettivo di trasparenza cui complessivamente mira il tub¹²⁴.

Gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento, purché non sopravvenga opposizione scritta da parte del cliente (art. 119, comma 3, tub). Già ai sensi dell'art. 1832 c.c., l'estratto conto del conto corrente ordinario - e quindi del conto corrente bancario in virtù del rinvio all'art. 1832 contenuto nell'art. 1857 c.c. - trasmesso da un correntista all'altro, si intende approvato se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze¹²⁵. Si applica, in tal caso, la presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c. concernente le dichiarazioni recettizie. Per la contestazione dell'estratto conto ri-

¹²⁴ABF, Coll. Napoli n. 7577/2016.

¹²⁵Cfr. P. Palermo, 31.12.2009, in *Corriere giur.*, 2011, 3, 403. STELLA, *Autoresponsabilità*, op. cit., 511; L. TANTULLI, *Sulla approvazione dell'estratto conto nel conto corrente bancario*, *Banca borsa tit. cred.*, 1974, I, 429.

sulta quanto mai appropriato e usuale il ricorso all'ABF ex art. 128-bis tub, tenuto conto dei suoi costi di accesso contenuti, della non necessaria assistenza di un legale o altro professionista e del contenuto arco temporale entro cui vengono adottate le decisioni¹²⁶.

In ogni caso, non bisogna male interpretare tale principio di c.d. tacita accettazione: la pretesa veridicità delle scritturazioni del conto non impedisce che possa divenire oggetto di contestazione la validità e l'efficacia, totale o parziale, dei rapporti giuridici che costituiscono il fondamento delle singole rimesse elencate nell'estratto conto¹²⁷.

La predisposizione, la conservazione e l'aggiornamento adeguato della documentazione probatoria del conto attiene all'esercizio professionale dell'attività bancaria: ed anche in questi termini va adeguatamente qualificato il limite decennale di conservazione, che non determina, una volta decorso, una sorta di acquisizione di definitività di quanto presente nelle scritture della banca. La prova del contenuto di un rapporto, e quindi anche di un conto corrente bancario, benché decorso il termine decennale di conservazione, andrà fornita producendo la relativa documentazione, che, quindi, per quanto si renda a tal fine necessario, deve per queste finalità essere conservata¹²⁸. La S.C. ha precisato che il comportamento della banca,

¹²⁶Cfr. SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova Giust. civ.*, 2018, 9, 1370.

¹²⁷Cfr. DE SANTIS, *Oneri di allegazione ed oneri probatori nel contenzioso bancario, con particolare riferimento alle azioni di nullità e ripetizione per indebito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 757; BENCINI, *Sull'accertamento tecnico preventivo di anomalie nel conto corrente e nel mutuo*, *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 52; Cass., 1.06.2018, n. 14074, in *Diritto e giustizia*, 2018, fasc. 97, 11, con nota di BENCINI, *Ammissibile la CTU anche se gli estratti di conto corrente sono incompleti*.

¹²⁸V., per tutte, in sede ABF, Coll. Napoli, decisione n. 801/2017, nella quale si evidenzia appunto che per fornire la prova di un credito la banca deve conservare la documentazione "anche dopo il decorso del termine di dieci previsto all'art. 2220 cod. civ: l'invocata disposizione, infatti, sancisce

che dovesse disfarsi della documentazione afferente ad un credito che non ha ancora ottenuto soddisfacimento e rientro si manifesta gravemente negligente, violando apertamente il dovere di “sana e prudente gestione”. Anzi la stessa conservazione delle scritture contabili oltre il decennio minimo richiamato dall’art. 2220 c.c. risponde all’efficiente interesse dell’impresa medesima.

4. In ambiente comunitario si è progressivamente rafforzata l’idea che «*il corretto funzionamento del mercato interno e lo sviluppo di un’economia moderna e socialmente inclusiva dipende sempre più dalla prestazione universale di servizi di pagamento. La nuova legislazione in materia deve rientrare nell’ambito di una strategia economica intelligente per l’Unione, che deve efficacemente tenere conto delle esigenze dei consumatori più vulnerabili*» (PAD, considerando 3)¹²⁹. Da qui il passo è stato breve per giungere a considerare “un diritto sociale” la possibilità per qualsiasi cittadino di disporre di un conto di pagamento che gli consenta di svolgere almeno le operazioni essenziali¹³⁰. L’azione legislativa che ne è seguita (d. lgs. n. 37 del 15 marzo 2017) ha provveduto dilatare il campo delle regole approntate per la generalità dei conti di pagamento, accludendovi precetti che disciplinano specificamente il c.d. conto di base, ossia un conto progettato per poter promuovere l’inclusione fi-

una limitazione temporale dell’obbligo di tenuta della documentazione contabile in capo alla banca, ma non esonera quest’ultima dall’onere di fornire la prova circa la sussistenza di fatti impeditivi e/o estintivi che soli possono giustificare il mancato pagamento (cfr. *ex multis* dec. nn. 7633; 669/2014; 3684/2013).

¹²⁹Cfr. CORRADO, *L’esclusione finanziaria*, Torino, 2012, 9.

¹³⁰Da dati statistici della Banca d’Italia emerge che nel 2018 i cittadini italiani che non risultano ancora titolari di un conto corrente sono un milione e ottocentomila. Tra questi, tuttavia, non vi sono soltanto i c.d. consumatori “vulnerabili”, ma anche abitanti di zone più isolate del paese, che non possono contare su sportelli locali e che oggi, grazie alla tecnologia, più facilmente potranno accedere al circuito finanziario. V.: intervento di PANETTA (vice Direttore generale della Banca d’Italia) all’incontro “*L’innovazione nel sistema dei pagamenti, FinTech e cryptoasset*”, Napoli, 23 ottobre 2018.

nanziaria della categoria dei “consumatori più vulnerabili”. Si tratta di soggetti che, in quanto percettori di redditi bassi, finora non hanno avuto accesso ai servizi bancari (*unbanked*) perché le loro condizioni economiche non gli consentono di sopportarne i costi. Il legislatore comunitario ha prestato orecchio a questo richiamo e ha avanzato la necessità che gli stati membri UE provvedessero ad arricchire l'impianto disciplinare interno, includendovi “i conti di pagamento con caratteristiche di base”¹³¹. La finalità sociale dell'inclusione finanziaria integra le politiche di contrasto all'uso del contante già menzionate, indirizzate all'aumento della tracciabilità della circolazione della ricchezza, principalmente *in puncto* del controllo fiscale.

Per la verità, giova accennare al fatto che il recepimento in Italia della PAD attraverso il d. lgs. n. 37 del 15 marzo 2017 è avvenuto con ritardo rispetto al termine del 18 settembre 2016 fissato nella direttiva¹³². Già prima di tale epoca, nell'ordinamento italiano vigevano disposizioni ispirate a principi conformi¹³³; tut-

¹³¹V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 67, osserva che per le banche si tratta di un prodotto poco attraente e per i potenziali clienti si rivela inidoneo, anche per l'assenza di informazione al mercato.

¹³²Cfr. MEZZACAPO, *op. cit.*, 787.

¹³³Ci si riferisce al d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con modif. in l. 22 dicembre 2011, n. 214 (c.d. decreto Salva Italia), il cui art. 12, comma 3, già prevede che il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia, l'Associazione bancaria italiana, la società Poste Italiane S.p.A. e le associazioni dei prestatori di servizi di pagamento definiscano con apposita convenzione, da stipulare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, le caratteristiche di un conto corrente o di un conto di pagamento di base; convenzione tra MEF – Banca d'Italia- Poste Italiane S.p.A. - associazioni rappresentative dei prestatori di servizi di pagamento poi stipulata il 28 maggio 2012 e aggiornata il 31 maggio 2014. Nei commi successivi (3-9) si provvede anche a disegnare una prima regolamentazione dei nuovi conti a spese nulle o basse. Al riguardo, MEZZACAPO, *op. cit.*, 787, ritiene che i principi contenuti nella direttiva vanno osservati in coerenza con i principali atti legislativi dell'UE in materia di servizi di pagamento; CAMPOREALE –OTTANELLI, *Tracciabilità dei pagamenti e contrasto all'uso del contante: cosa cambia con l'art. 12 del D.L. 201 nei pagamenti della p.a.*, in *Azienditalia*, 2012, 21; RUFFINI,

tavia, con il d. lgs. n. 37 del 2017 si è realizzata una più compiuta sistemazione della materia, inserendo nel t.u.b. un nuovo Capo (II-ter) dedicato alle “Disposizioni particolari relative ai conti di pagamento” *offerta a o sottoscritti da* consumatori, purché detti conti consentano l’esecuzione di almeno tutte le seguenti operazioni: versamento di fondi; prelievo di contanti; esecuzione e ricezione di operazioni di pagamento. Ed ancora soltanto ai consumatori è destinata una apposita sezione (Sezione III) rubricata “Conto di base”¹³⁴.

L’art. 126-*noviesdecies* tub configura un vero e proprio obbligo per le banche, la società Poste Italiane S.p.A. e gli altri prestatori di servizi di pagamento di offrire un conto di pagamento denominato in euro con caratteristiche di base, “conto di base”. A tale obbligo il prestatore di servizi di pagamento può sottrarsi laddove vi sia un conflitto con la normativa nazionale e internazionale in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, oppure se i consumatori non risultino soggiornanti nell’UE¹³⁵ o, ancora, se il consumatore sia già titolare in Italia di un conto di pagamento che gli consenta di utilizzare i medesimi servizi offerti dal conto di base, fatta salva l’ipotesi in cui la richiesta di apertura del nuovo conto sia

Tracciabilità dei pagamenti: come utilizzare le spese economiche, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2011, 63.

¹³⁴V. MEZZACAPO, *op. cit.*, 787, ritiene che la nuova sistemazione normativa, realizzata nell’ambito del tub, non sembrerebbe minare la validità e l’efficacia dei conti di base stipulati in ossequio al decreto Salva Italia del 2011 e della Convenzione del 2012, fatta salva la volontà di “convertire” unilateralmente tali conti in “nuovi conti di base” secondo quanto disposto nel tub. Inoltre, evidenzia che le nuove disposizioni “particolari” hanno natura *speciale* rispetto alla disciplina *generale* in materia di “servizi di pagamento” contenuta nel precedente Capo II-bis del Titolo VI del tub.

¹³⁵Per soggetto legalmente soggiornante nell’Unione si intende qualsiasi cittadino dell’Unione, ma anche cittadini di paesi terzi ai quali sono riconosciuti gli stessi diritti dei cittadini dell’Unione da atti normativi UE; a questi si aggiungono i richiedenti asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e della relativo Protocollo del 31 gennaio 1967.

funzionale al trasferimento del conto (art. 126-*vicies tub*)¹³⁶. L'ABF è certamente competente su questioni attinenti il rifiuto ingiustificato o immotivato di apertura di un conto di base. Non è neppure da escludere il ricorso al giudice per ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere il contratto di conto corrente di base¹³⁷.

L'art. 126-*vicies quater tub* incarica il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, a provvedere, con decreto, ad individuare, le fasce di clientela socialmente svantaggiate e i titolari di trattamenti pensionistici ai quali deve essere offerto il conto di base senza spese. A tanto il MEF ha provveduto con decreto del 3 maggio 2018, n. 70, indicando il parametro reddituale in base al quale individuare le fasce socialmente svantaggiate cui il conto deve essere offerto "senza spese" (art. 4)¹³⁸.

Il conto di base, ormai tipizzato nell'art. 126-*vicies-semel tub*, a fronte di un canone annuale onnicomprensivo, deve includere almeno le operazioni elencate nell'Allegato A senza addebito di ulteriori spese. In realtà, si tratta dell'Allegato A del d. lgs. n. 37 del 2017, divenuto allegato A al *tub* esplicitamente richiamato negli artt. 126-*vicies* e 126-*vicies-semel*.

Il decreto MEF del 3 maggio 2018, n. 70 stabilisce le caratteristiche del conto di base (art. 2) e rinvia al suo Allegato A per l'individuazione del "numero" di operazioni consentite senza addebito di altre spese, oneri o commissioni di alcun tipo e

¹³⁶Eventuali dichiarazioni mendaci effettuate dal consumatore per accedere al conto di base senza averne o requisiti fanno scattare l'ipotesi della c.d. truffa contrattuale punibile *ex art.* 640 c.p.

¹³⁷Cfr. MELI, *op. cit.*, 70.

¹³⁸Art. 4: «Il conto di base è offerto senza spese ed è esente in modo assoluto dall'imposta di bollo (...) per i consumatori il cui ISEE in corso di validità è inferiore ad euro 11.600,00. È fatta salva la possibilità di addebitare le spese per le operazioni aggiuntive o in numero superiore nel rispetto dei criteri di ragionevolezza e coerenza con finalità di inclusione finanziaria di cui all'articolo 3».

natura. Tale Allegato stabilisce per talune operazioni un numero massimo - sei prelievi di contante allo sportello; trentasei pagamenti ricevuti tramite bonifico SEPA (incluso accredito stipendio e pensione), ecc. - per altre il numero è illimitato - prelievi tramite ATM (*Automated Teller Machine*, c.d. bancomat) del prestatore di servizi di pagamento o del suo gruppo su territorio nazionale; operazioni di pagamento attraverso carta di debito, ecc. -. Una operazione è prevista per l'emissione, il rinnovo o la sostituzione della carta di debito, mentre è esclusa la carta di credito, così come la convenzione di assegni¹³⁹. Sul conto di base non possono essere concesse aperture di credito, né sconfinamenti.

L'art. 126-*viicies-semel*, comma 2, tub ammette che sia possibile l'addebito di spese per le operazioni aggiuntive o in numero superiore a quelle *standard* di cui al comma 1, purché, come specificato nella Relazione illustrativa al d. lgs. n. 37 del 2017, tanto il canone annuo, quanto il costo delle eventuali operazioni eccedenti, siano ragionevoli e coerenti con finalità di inclusione finanziaria.

Se, dunque, i conti di pagamento costituiscono uno strumento essenziale per incentivare la partecipazione dei cittadini al sistema produttivo di un paese, appare del tutto legittimo che il legislatore abbia perseguito l'obiettivo di eliminare le barriere di accesso al conto di pagamento. Con l'introduzione del conto di base si è significativamente innalzato il livello integrazione del mercato dei servizi finanziari tra i paesi dell'UE e si è apprezzabilmente ampliata l'inclusione finanziaria delle catego-

¹³⁹Del resto anche il d. lgs n. 11 del 2010 non si applica alle operazioni di pagamento basate su assegni e altri tipi di documenti cartacei (art. 2, comma 2, lett. g), Al riguardo, SANTORO, *I servizi di pagamento*, cit., 15, il quale rintraccia il fondamento dell'esclusione dei titoli cartacei dall'ambito di applicazione della PSD nella scelta di ridimensionare la loro diffusione; inoltre vi sono ragioni di sicurezza, in quanto i titoli cartacei possono essere facilmente falsificati, in particolare durante la circolazione tra il pubblico, e per la loro "intracciabilità", che crea problemi in ordine all'applicazione delle disposizioni antiriciclaggio e antifrode, conformi alle direttive europee.

rie svantaggiate. Tuttavia, il traguardo non è da considerare ancora raggiunto e ciò è dovuto, principalmente, al fatto che le banche non hanno interesse, né sono sollecitate da qualche incentivo normativo, ad offrire un prodotto per loro poco remunerativo¹⁴⁰.

Antonio Blandini

*Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

Cristiana Fiengo

*Associato di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

¹⁴⁰ V. MELI, *op. cit.*, 77.

**L'INFLUENZA DELL'ALLEANZA ATLANTICA
NELL'INTERPRETAZIONE DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA:
OVVERO, SULLA CENTRALITÀ
DEI PRINCIPI DELL'ART. 11 COST. ***

(The influence of the Atlantic Alliance in the interpretation of the Italian economic Constitution: on the centrality of the principles of Article 11 Cost.)

ABSTRACT: *The contribution argues that constitutional interpretation has been crucial in determining the substantive characteristics of the 'Economic Constitution', which have changed over seventy years of Republican experience, without the need of any constitutional amendment. Namely, the evolution in favour of the market economy may be deemed a result of the international treaties, such as the North Atlantic Treaty and the Treaties establishing the European Communities, with their subsequent amendments. Instead, the same phenomenon did not occur with regard to the procedural characteristics of the 'Economic Constitution', for whose change it was necessary to approve an "ad hoc" constitutional amendment, No 1 of 2012, in order to ensure consistency – first of all for procedural profiles – of the Italian financial Constitution with that of the European Union. At the core of the contribution is the fundamental principle set out in Article 11 Const.: where it indicates the repudiation of war, where it allows the limitations of sovereignty necessary for the formation of an order that ensures peace and justice, and, finally, where it commits the Republic to promoting and favour the international organizations aimed at this purpose. Three aspects of the same principle, the*

*Contributo approvato dai revisori.

'internationalist' principle, which has enabled the Italian accession to the process of European integration and which is claimed to represent a supreme principle of the constitutional order, which cannot be reversible even by means of a law of constitutional amendment.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo-chiave dell'interpretazione costituzionale nella lettura della Costituzione economica italiana. – 3. Il peso dei trattati internazionali nell'indicare la scelta di campo a favore dell'economia di mercato. – 4. Il processo di integrazione europea come principale canale di ingresso dell'economia di mercato nella Costituzione italiana. – 5. L'art. 11 Cost., l'Unione europea e il trattato NATO. – 6. Conclusioni. Sulla (ir)reversibilità del mutamento costituzionale intervenuto.

1. Il tema assegnato a questo contributo lancia una sfida di non poco conto. In occasione del settantesimo anniversario della NATO, viene infatti chiesto di ragionare intorno agli effetti che il trattato istitutivo di tale organizzazione internazionale (d'ora in poi, trattato NATO)¹ ha esercitato sulla "Costituzione economica" italiana, e in particolare sulla sua interpretazione².

Il tutto muovendo dall'ipotesi – che condivido, il che mi ha portato ad aderire con entusiasmo all'invito degli organizzatori, nonostante la sfida non da poco che

¹Con questa formula sintetica si fa riferimento al trattato del Nord-Atlantico (*North Atlantic Treaty*), firmato a Washington DC il 4 aprile 1949, cui è stata data esecuzione in Italia con legge 1° agosto 1949, n. 465: "Ratifica ed esecuzione del Trattato del Nord-Atlantico firmato a Washington il 4 aprile 1949" (GU n. 177 del 4 agosto 1949).

²Quasi inutile ricordare qui che la nozione di "Costituzione economica" è oggetto di non poche controversie: sulle sue origini cfr., anche per ulteriori indicazioni, F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 75 s.; per una recente rilettura, condotta peraltro in chiave prevalentemente contrappositiva tra ordinamento italiano e ordinamento sovranazionale, cfr. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Democrazia, oggi. Annuario AIC 2017*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 95-254; nonché, dal punto di vista del diritto dell'economia, CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di Law and Economics*, in *Corso di diritto pubblico dell'economia*, a cura di M. Pellegrini, Cedam, Padova, 2016, p. 1 s., spec. 4 s.

esso sottintendeva – secondo cui l’implicito obiettivo antisovietico dell’Alleanza atlantica, non dichiarato nel trattato NATO, ma reso evidente dalla crescente contrapposizione tra URSS e Stati Uniti, implicava per l’Italia, sin dall’inizio e senza alcuna ambiguità, l’esclusione di ogni forma di economia pianificata. Le disposizioni costituzionali sull’intervento dello Stato nell’economia, di conseguenza, si sarebbero da allora necessariamente sviluppate attraverso modalità compatibili con un’economia di mercato, perché solo quella era la lettura in linea con il quadro delle alleanze internazionali che si erano andate delineando. Una lettura che, nei decenni successivi, ha finito per essere ulteriormente accentuata per effetto dell’impatto che il processo di integrazione europea ha determinato sulla c.d. “Costituzione economica”.

Per provare a svolgere un compito siffatto, non si può non prendere le mosse proprio dal ruolo dell’interpretazione costituzionale nella determinazione della Costituzione economica: un ruolo che – si sosterrà – è stato cruciale soprattutto per quel che attiene alla determinazione dei caratteri sostanziali di quest’ultima. I caratteri sostanziali della “Costituzione economica”, infatti, sono mutati ripetutamente negli oltre settanta anni di esperienza repubblicana. Tuttavia, questi cambiamenti sono sempre avvenuti senza alcun bisogno di ricorrere a interventi di revisione costituzionale, i quali pure sono stati a più riprese ipotizzati, specie al fine di esplicitare meglio la tutela delle libertà economiche³. E hanno avuto luogo

³Li si vedano richiamati, a titolo di mero esempio: anzitutto in *La Costituzione economica. Prospettive di riforma dell’ordinamento economico*, a cura di M. D’Antonio, Il Sole 24 ore, Milano, 1985 (contenente una ricerca svolta dall’ISLE per conto della Commissione Bozzi, e che si apre con una “relazione di sintesi” firmata da Giannini nella quale si ritiene che la locuzione “Costituzione economica” sia “impropria sia sotto il profilo giuridico che sotto quello filologico”); ma anche in BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, II ed., Giuffrè, Milano, 1995, p. 21 s. (parlando di proposte di riforma “neoliberali”); e in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea, G. Napolitano, Il mulino, Bologna, 1998; nonché, infine, nell’indagine conoscitiva svolta

lasciando inalterato il testo originario della Costituzione: privilegiando, grazie appunto all'opera degli interpreti, alcune disposizioni e, soprattutto, alcune letture delle disposizioni che la carta costituzionale detta in proposito, a danno di altre, che hanno esercitato un rilievo assai minore nelle prassi applicative⁴. In altri termini, il “mutamento tacito”⁵ – o, se si preferisce, il “*quasi-constitutional amendment*”⁶ – in favore dell'economia di mercato è potuto avvenire appunto grazie soprattutto al peso di trattati internazionali: come quello relativo alla NATO e altresì, in modo forse ancora più evidente, per effetto dei trattati istitutivi delle Comunità europee, e delle loro successive modifiche.

Va invece segnalato come il medesimo fenomeno non si sia prodotto con riguardo a quelli che si potrebbero chiamare i caratteri procedurali della Costituzione economica (il riferimento è agli elementi che in genere si ricomprendono all'interno della “Costituzione finanziaria”)⁷. Con riguardo a

presso la I Commissione affari costituzionali della Camera “sulle problematiche inerenti alla disciplina costituzionale dei rapporti economici di cui agli articoli 41, 42 e 43 della Costituzione” (svolta tra aprile e maggio 1999).

⁴Esemplificativamente, cfr., in tempi diversi e con approcci peraltro nel merito pressoché diametralmente opposti, MANZELLA, *Il “vincolo europeo” sul governo dell'economia*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1489 s., spec. 1491 s. e CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, spec. p. 14 s., rilevando entrambi – rispettivamente – la “riallocazione apicale” e la “iper-valorizzazione” degli artt. 47 e 81 Cost. derivante dall'ordinamento dell'Unione europea.

⁵La letteratura sulle “modifiche tacite” della Costituzione (da Pierandrei fino a Tosi) è stata recentemente ripercorsa criticamente da RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Antonio_Ruggeri_-_Le_modifiche_tacite_della_costituzione_settant_anni_dopo.pdf, 2018. Sul tema cfr. ora, inoltre, R. Bin, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, 2020, n. 1, p. 23 s.

⁶Per un parallelo tra “modifiche tacite” e la nozione di “*quasi-constitutional amendment*”, elaborata di recente dalla dottrina nordamericana, sia consentito rinviare a N. Lupo, *Two Examples of “Quasi-Constitutional Amendments” from the Italian Constitutional Evolution. A response to Richard Albert*, in *Buffalo Law Review*, volume 65, no. 5, December 2017, pp. 1039-1056.

⁷Cfr. SAIITO, “*Costituzione finanziaria*” ed *effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, p. 5 s., nonché, sin dal titolo del volume

quest'ultima, infatti, i meccanismi propri dell'interpretazione costituzionale e le pur profonde trasformazioni che, specie all'inizio del decennio appena trascorso, sono discese dai trattati europei, dalle norme di diritto derivato e da trattati strettamente connessi si sono rivelate insufficienti, essenzialmente perché ritenuti incompatibili con alcuni disposti costituzionali, o perlomeno con la lettura più consolidata di alcune previsioni contenute nella carta repubblicana, considerata perciò non (più) trasformabile in via meramente interpretativa. Tanto che il superamento di tali caratteri procedurali della Costituzione economica ha richiesto l'approvazione di una apposita legge di revisione costituzionale, la n. 1 del 2012, la quale ha riscritto pressoché integralmente l'art. 81 Cost., e apportato alcune assai significative innovazioni agli artt. 97, 117 e 119 Cost.: tra l'altro, dando luogo ad un sub-sistema delle fonti *ad hoc* riguardo appunto alla Costituzione finanziaria (anche con la configurazione di una legge "organica" o "rinforzata") e inserendo negli artt. 97 e 119 Cost. espresse formule di rinvio mobile all'ordinamento europeo, al fine di assicurare la coerenza – anzitutto per i profili procedurali, oltre che nei suoi principi di fondo – della Costituzione finanziaria italiana, all'interno di ognuna delle sue articolazioni territoriali, con quella dell'Unione europea⁸.

Un'ultima notazione, sempre di carattere preliminare, che però in qualche modo anticipa una delle conclusioni cui si perverrà. Va infatti avvertito sin d'ora come al centro del contributo si collochi il principio fondamentale affermato dall'art. 11 Cost., che qui viene in rilievo, in termini decisivi, in tutti i suoi contenuti: sia laddove indica il ripudio della guerra; sia laddove consente le limitazioni di

(pur senza fornire una definizione precisa della nozione), MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁸Cfr., anche per ulteriori indicazioni, BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 70 s., e, volendo, LUPO, *La sessione di bilancio prima e dopo la riforma degli artt. 81 e 97 della Costituzione*, in *ASTRID-Rassegna*, 2020, n. 4, pp. 1 s.

sovranità necessarie alla formazione di un ordinamento che assicuri pace e giustizia; sia, infine, laddove impegna la Repubblica a promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. Tre aspetti del medesimo principio, quello “internazionalista”, che sono tra loro – come vedremo, sulla scorta della lettura che a me pare quella di gran lunga più condivisibile – indissolubilmente legati tra di loro e che tutti vengono in rilievo nella presente analisi.

In proposito, non mi spingo fino a sostenere – come ha fatto anni or sono Giuseppe Ugo Rescigno, con la rigorosa coerenza logica che non da oggi lo contraddistingue, anche se all’evidenza con finalità prevalentemente critiche – che proprio l’art. 11 Cost. sarebbe una sorta di “super-norma” costituzionale: con le sue parole, cioè, “la *Grundnorm* che regge il sistema ordinamento comunitario-ordinamento italiano”⁹. Tuttavia, credo si possa tranquillamente affermare che si tratta dell’articolo che, direttamente o indirettamente – agendo cioè sui meccanismi dell’interpretazione costituzionale – ha originato le conseguenze più rilevanti sulla determinazione della nostra Costituzione economica, e fors’anche della Costituzione *tout court*.

2. Nell’ordinamento costituzionale italiano si tende spesso a sottovalutare il peso dell’interpretazione costituzionale, che invece viene riconosciuto più esplicitamente con riferimento ad altre Costituzioni. In genere, soprattutto con riguardo a carte costituzionali che sono più asciutte nei loro disposti normativi, a maggior ragione ove queste siano altresì risalenti nel tempo e non frequentemente oggetto di interventi di revisione costituzionale.

⁹Così RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, n. 3, p. 767 s.

Il tema meriterebbe, ovviamente, analisi più accurate e approfondimenti ulteriori, anche in chiave comparata, che qui non sono consentiti¹⁰. Basti ricordare perlomeno l'ordinamento statunitense, caratterizzato com'è noto da una Costituzione adottata sul finire del XVIII secolo, poco emendata e difficilmente modificabile. Non a caso, proprio negli Stati Uniti sull'interpretazione costituzionale, sui suoi metodi e sui soggetti chiamati a svolgerla – al fine in particolare di delineare il ruolo della Corte suprema – sono in corso, da tempo, accesi e “alti” dibattiti nell'ambito della dottrina costituzionalistica, e anche della stessa opinione pubblica *at large*¹¹.

In Italia, nella consapevolezza della stretta connessione tra interpretazione costituzionale, da un lato, e teorie o concezioni della Costituzione, dall'altro¹², almeno un paio di fattori sembrano aver ostacolato la piena coscienza del peso dell'interpretazione costituzionale.

In primo luogo, un fattore di ordine storico. Ossia, la sostanziale continuità, registratasi per oltre un quarantennio, tra i soggetti che hanno “scritto” e quelli che hanno “attuato” la carta repubblicana. Sono stati, infatti, i medesimi partiti politici a discutere e a predisporre la carta costituzionale, dopo aver “fondato” la Repubblica sulle ceneri del fascismo e della seconda guerra mondiale, oltre che sulla base dell'esperienza resistenziale, e ad essere stati i protagonisti indiscussi della

¹⁰Sullo scivoloso tema del “cambiamento costituzionale” cfr., in chiave comparata, *How Constitutions Change: A Comparative Study*, edited by D. Oliver, C. Fusaro, Hart, Oxford, 2011.

¹¹Per un'introduzione alle diverse teorie cfr. BARBER, FLEMING, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, OUP, New York, 2007.

¹² Riaffermata, di recente, da G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, Mucchi, Modena, 2019, spec. p. 9 s. (ove si sottolinea l'importanza del “contesto istituzionale, culturale e giuspolitico” in cui opera ciascuna Costituzione).

dinamica politico-istituzionale almeno fino all'inizio degli anni Novanta¹³. Certo, i relativi rapporti di forza e i loro riferimenti internazionali e ideologici hanno subito, com'è naturale, variazioni di non poco conto – e proprio l'atteggiamento nei confronti della NATO e dell'Unione europea ne rappresenta un'utile cartina di tornasole – ma a tutti i partiti è venuto naturale, per certi versi persino comodo, muoversi in sostanziale continuità con le risultanze e gli obiettivi del processo costituzionale: senza bisogno di rendere esplicite quelle operazioni interpretative – assolutamente inevitabili nei confronti di qualunque testo normativo, a maggior ragione di una carta costituzionale – che consistono nel privilegiare l'una o l'altra tra le tante letture possibili della disciplina ivi dettata¹⁴. Un fenomeno non dissimile si è peraltro continuato a produrre, seppure in forme meno accentuate, negli ultimi tre decenni, una volta verificatasi una marcata discontinuità quanto al sistema dei partiti, vista soprattutto la difficoltà di individuare una (nuova) base costituzionale condivisa tra i nuovi attori politici. Il fallimento di molteplici tentativi di revisione costituzionale di carattere organico, da approvarsi con ampio consenso, e il mancato consolidamento di una serie di nuove consuetudini e convenzioni costituzionali hanno contribuito a far prevalere un atteggiamento di almeno apparente continuità con il testo costituzionale, senza evidenziare più di tanto il ruolo dell'interprete nel ricavarne i precetti e i principi.

In secondo luogo, ha altresì spinto nella medesima direzione l'approccio

¹³Da ciò, tra l'altro, la fortunata formula della “Repubblica dei partiti”, dovuta a SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Il mulino, Bologna, 1997.

¹⁴Tra i pochi tentativi di esplicitare queste operazioni, compiute dai diversi attori costituzionali, cfr. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il mulino, Bologna, 2004, spec. p. 407 s., concludendo appunto nel senso che “l'attribuzione nel tempo di significati diversi alle norme di una Costituzione può determinare cambiamenti notevoli, anche se raramente questi hanno o avranno le dimensioni delle trasformazioni epocali del diritto costituzionale statunitense” (messe in rilievo in particolare dall'opera di Bruce Ackerman).

privilegiato dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte costituzionale, infatti, anziché gerarchizzare i metodi di interpretazione costituzionale – il che avrebbe avuto l'effetto di rendere più esplicita la rilevanza delle operazioni sottese a tali interpretazioni, nella modalità di volta in volta privilegiata – ha preferito, sin dalle origini, optare per un “*case by case approach*” o, se si vuole, per quello che si è definito un approccio pluralista e relazionale quanto ai metodi di interpretazione costituzionale¹⁵. Al più, esprimendo in qualche occasione un orientamento a favore dell'interpretazione sistematica o olistica della Costituzione, intesa cioè come “un tutto”: interpretando cioè le disposizioni che garantiscono diritti e valori non come un assemblaggio frammentato e sconnesso di previsioni, bensì come pezzi di un unico mosaico, nel quale ogni elemento rivela il suo pieno significato solo nel contesto di un disegno più ampio¹⁶. Un'operazione di grande rilievo, dietro la quale, peraltro, si nasconde talora, come è stato autorevolmente notato, “la combinazione, come in un puzzle, dei diversi dati normativi che l'interprete non inventa, ma trova nella Costituzione”: configurandosi perciò come la “massima espressione dell'interpretazione creativa”, pur presentata come “interpretazione vincolata ad un'esigente e stringente totalità”¹⁷.

Ebbene, proprio con riguardo ai caratteri sostanziali della Costituzione economica italiana – ossia quelli che concernono i principi che informano le libertà

¹⁵Cfr. BARSOTTI, CAROZZA, CARTABIA, SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, OUP, New York, 2016, p. 238 s. e GROPPI, SPIGNO, *The Constitutional Court of Italy*, in *Comparative Constitutional Reasoning*, edited by A. Jakab, A. Dyeve, G. Itzcovich CUP, Cambridge, 2017, p. 516 s., spec. 526 s. (riferendo anche delle critiche dottrinali nei confronti di questa “*swinging attitude*” e rilevando che l'interpretazione per principi e per valori sia il criterio principale che ha ispirato la Corte, ancorché non sia stato mai esplicitamente richiamato).

¹⁶Così BARSOTTI, CAROZZA, CARTABIA, SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., p. 238 s.

¹⁷Così ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, II ed., Il mulino, Bologna, 2018, p. 114 s., spec. p. 118 s.

economiche dei cittadini, il ruolo dello Stato e il ruolo del mercato nelle dinamiche economiche –, il peso dell'interpretazione costituzionale emerge in modo particolarmente evidente. La distanza tra il testo della carta fondamentale e le stesse intenzioni del Costituente, da un lato, e i significati che le prescrizioni costituzionali sono andate assumendo, dall'altro, è infatti, in proposito, notevole¹⁸. Una distanza che si spiega, come si è anticipato e come si vedrà meglio nel prosieguo, appunto per effetto dell'attività interpretativa e dell'influenza esercitata, su tale attività, dalle norme di diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea.

Va infatti ricordato che – secondo quanto è stato rimarcato da tempo da autorevole dottrina¹⁹ – il compromesso costituzionale, che vide protagonisti, specie nelle sottocommissioni I e III dell'Assemblea Costituente, soprattutto democristiani e comunisti, fece sì che il valore del mercato non fosse percepito né affermato, salvo pochissime eccezioni, come valore costituzionale. Anzi, ci si potrebbe persino spingere a rilevare come il mercato fosse allora avvertito diffusamente come uno spettro, se non un nemico comune, in molti avendo visto nel fascismo la manifestazione in chiave degenerativa appunto dell'economia capitalista: un

¹⁸ Cfr., per tutti, con specifico riferimento all'art. 41 Cost., N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 20 s., secondo cui la decisione di sistema, assunta in sede costituente, e nata “nell'impossibile mediazione di ideologie diverse”, poiché “non sorretta e garantita da continuità di volere politico”, si è in pratica ridotta “a manifesto cartaceo”, perciò “inidoneo a fondare l'ordine reale dell'economia”.

¹⁹ Il riferimento è a AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, n. 1, p. 7 s. Cfr. inoltre, per il rilievo secondo cui la cultura del mercato è stata a lungo assente anche nell'elaborazione giuspubblicistica, e vi si è affacciata “per larga misura stimolata dall'integrazione nel mercato unico europeo”, CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997, spec. p. 1, nonché, volendo, LUPO, *La tutela del mercato, della concorrenza e dei consumatori nei processi legislativi. Alcune considerazioni*, in *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, a cura di G. Rivosecchi, M. Zuppetta, Cacucci, Bari, 2010, p. 41 s.

modello economico non condiviso, nei suoi principi di fondo, quest'ultimo, né dalla cultura marxista, né dalla cultura cattolica (o almeno da una significativa parte di essa)²⁰.

Si spiega in questa chiave qualche assonanza – invero più apparente che reale, ma comunque non certo inesistente – della carta costituzionale italiana con alcune delle “Costituzioni socialiste” elaborate a metà del Novecento. Tant'è che, se si tralasciasse il piano dell'interpretazione costituzionale e si restasse al solo piano letterale, non apparirebbe del tutto infondata l'osservazione, in diverse occasioni affacciatasi nel dibattito pubblico, ovviamente perlopiù in chiave strumentale, secondo cui il dettato della Costituzione italiana echeggerebbe in più parti, seppure con le dovute attenuazioni, talune formulazioni presenti nelle carte socialiste.

Si pensi, per fare due soli esempi, anzitutto all'evocazione, sin dall'art. 1 Cost., del principio lavoristico. Un principio che com'è noto è affermato, con riguardo al lavoro, piuttosto che ai “lavoratori”, ai quali fanno invece riferimento, in genere, nei loro articoli iniziali, le Costituzioni sovietiche²¹; e che – come si è

²⁰Basti pensare alla figura di Amintore Fanfani, probabilmente il costituente più influente nella stesura delle norme costituzionali in materia economica (cfr., sul relativo dibattito, ROGGI, *La costituzione economica nelle carte Fanfani, in 1945-1946. Le origini della Repubblica. II. Questione istituzionale e costruzione del sistema politico democratico*, a cura di G. Monina, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, p. 517 s., spec. 524 s.). E, più in generale, al gruppo dossettiano o a quello riunito intorno a Gronchi, che avversavano la contrapposizione in blocchi imperialisti, a favore di opzioni neutralistiche, ed erano piuttosto critici sul piano Marshall: cfr., tra gli altri, P. Pombeni, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia cristiana (1938-1948)*, Il mulino, Bologna, 1979, spec. p. 378 s.; FORMIGONI, *La sinistra cattolica italiana e il Patto atlantico (1948-1949)*, in *Il politico*, 1985, n. 4, p. 631-668, spec. p. 640 s.; Id., *La democrazia cristiana e l'alleanza occidentale (1943-1953)*, Il mulino, Bologna, 1996, spec. p. 303 s.; CAPPERUCCI, *La sinistra democristiana e la difficile integrazione tra Europa e America (1945-1958)*, in *Atlantismo ed europeismo*, a cura di P. Craveri, G. Quagliariello, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, p. 71 s., spec. 77 s.

²¹Per indicazioni sia sui lavori costituenti, ove la formula togliattiana della Repubblica fondata sui lavoratori fu respinta più volte, sia di taglio comparato, ossia sulle costituzioni contenenti richiami in chiave classista ai lavoratori nelle ormai abrogate Costituzioni dell'Europa comunista cfr.

autorevolmente rilevato – è stato spesso oggetto di una certa sottovalutazione da parte della riflessione giuspubblicistica italiana²². E, in ogni caso, salvo sporadiche eccezioni, di elaborazioni volte a proporre una interpretazione coerente con uno Stato democratico-sociale, ad economia di mercato²³.

O anche, secondo esempio, all'esplicito richiamo alla programmazione economica in seno all'art. 41, terzo comma, Cost., chiamata a indirizzare e coordinare “a fini sociali” “l'attività economica pubblica e privata”. Una disposizione che è stata oggetto di letture svalutative²⁴ e che si è persino autorevolmente ipotizzato possa considerarsi ormai caduta “in disapplicazione per il sopravvenire delle norme comunitarie”²⁵. Va qui ricordato peraltro come la formulazione della disposizione costituzionale emerse in esito a interessanti dibattiti, svoltisi in più fasi dei lavori costituenti, nel corso dei quali prima si scartò un riferimento generale al “piano” – respingendo espressamente, non a caso, il 9 maggio 1947, ossia alla vigilia della rottura della maggioranza antifascista, un emendamento a firma del

OLIVETTI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, I, p. 5-37, spec. 9 e 34.

²²Così LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Annuario AIC 2011*, Jovene, Napoli, 2014, p. 3-101 s., spec. p. 53 s.; e *amplius* Id., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2010, n. 3, p. 628-652.

²³Cfr., ad esempio, DI GASPARÉ, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 2008, n. 3, p. 863-897; GROPPI, *Fondata sul lavoro. Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2012, n. 3, p. 665-686; ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, Torino, 2013, spec. p. 19 s.; nonché ora, con ricchezza di argomentazioni e di riferimenti, BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, FrancoAngeli, Milano, 2019, spec. p. 12 s.

²⁴Ad esempio, cfr. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, p. 6 s. (ritenendo che dal terzo comma dell'art. 41 Cost. “non possano trarsi indicazioni utili per la definizione della situazione soggettiva garantita nel primo, e neppure di quella – diversa – disciplinata dal secondo”).

²⁵Così IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 25 (pur rilevando l'esistenza di una “generosa ipocrisia” alla base dell'interpretazione di cui nel testo).

comunista Montagnana²⁶ – e poi si inserì il riferimento, non dissimile ma più tranquillizzante, ai “programmi”, oltre che ai “controlli”, con cui indirizzare l’attività economica pubblica e privata²⁷.

Le ambiguità del modello costituzionale quanto alla regolazione delle dinamiche economiche trovano conferma nella diversità delle letture che ne sono state offerte nei settanta anni della sua vigenza.

Basti ricordare – senza poter qui richiamare il dibattito sulla programmazione economica, che pure sarebbe di grande interesse, ai nostri fini²⁸ – come si sia persino giunti, a metà degli anni ’70, da parte di autorevole ancorché minoritaria dottrina, ad argomentare sul piano logico-giuridico nel senso della piena compatibilità della carta costituzionale italiana con l’ipotesi, che allora sembrava poter prendere corpo, di un’affermazione, in campo politico, economico e sociale, dell’ideologia socialista²⁹.

Sul fronte diametralmente opposto, sempre da dottrina autorevole, ma anche in questo caso minoritaria, si è invece sostenuto con ricchezza di

²⁶Il governo De Gasperi si dimise infatti il 13 maggio 1947. Sull’emendamento a firma dell’on. Mario Montagnana (cognato di Togliatti) cfr. ampiamente BARUCCI, *Economisti alla Costituente*, in *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di MORI, Il mulino, Bologna, 1980, p. 25 s., spec. 49 s. e SAITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, FrancoAngeli, Milano, 2018, pp. 125-164, spec. p. 148 s.

²⁷Per un’accurata ricostruzione cfr. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla “Costituzione economica”*, in *Diritto pubblico*, 2000, n. 3, p. 917 s., spec. 932 s.

²⁸Cfr., per tutti, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Comunità, Milano, 1963, e BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968, spec. p. 5 s.

²⁹Ci si riferisce a LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Il mulino, Bologna, 1977, spec. p. 7 s. Si tratta di un lavoro pubblicato nell’ipotesi – che in quegli anni appariva non impossibile – che le sinistre andassero, “prima o poi, al potere”, in dichiarata polemica con le tesi – apparse negli anni immediatamente precedenti – volte invece a negare la compatibilità della Costituzione italiana con un’economia socialista: PETTA, *Ideologie costituzionali della Sinistra italiana: 1892-1974*, SAVELLI, Roma, 1975, spec. p. 103 s. (per il quale “non c’è nulla nella Costituzione che fuoriesca dai limiti di un’economia capitalistica moderna”); e, soprattutto, RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1975.

argomentazioni, e pure alla luce di riferimenti comparati con altre carte fondamentali del secondo dopoguerra nelle quali pure richiami alle esigenze programmatiche non mancano, che “nessuna porta aperta fu lasciata per l'avvento del socialismo”. E si è argomentato, perciò, nel senso che la Costituzione italiana adotta un modello in cui alle libertà economiche è assegnato “un posto centrale, preminente”³⁰.

Sta di fatto che in Italia vi è sempre stata un'economia di mercato. Certo, l'intervento pubblico nell'economia, pur variabile nei suoi caratteri, è risultato essere – com'è noto – quantitativamente tutt'altro che marginale; tuttavia non vi sono stati mai dubbi, in concreto, sulla piena appartenenza dell'Italia alla sfera dell'economia di mercato, seppure con un intervento pubblico non limitato alla mera regolazione, ma chiamato a porre rimedio attivo ai “fallimenti del mercato”, anche mediante forme, variamente configurate, di programmazione e di produzione diretta di beni e servizi. Un assetto a “economia mista”, che è stato generalmente individuato come modello di riferimento del disegno costituzionale, senza però ricavare da questo assetto, di per sé proprio di tutte le economie sviluppate, un preciso indirizzo costituzionale: né in un senso, né nell'altro³¹.

3. Se si legge in chiave storicizzata la vicenda in esame, dunque, ben si comprende la scelta della carta costituzionale di prefigurare un'economia mista e di lasciare volutamente aperte più strade quanto ai principi destinati a regolare i rapporti tra i pubblici poteri e le attività economiche: strade che spetta perciò al legislatore ordinario individuare e percorrere, a seconda degli assetti di governo e

³⁰Così BOGNETTI, *L'Assemblea Costituente e le libertà economiche*, in *Valori e principi del regime repubblicano. 2. Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 177 s.

³¹Cfr., anche per ulteriori riferimenti, BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit., p. 5 s.

delle linee di politica economica. Com'è stato autorevolmente notato, il risultato finale dei lavori costituenti “era perfettamente anfibologico, tale cioè da consentire interpretazioni antitetiche”, senza richiedere “la minima revisione costituzionale”³².

A motivare tale approccio compromissorio vi era anzitutto l'esigenza di non rompere la maggioranza costituzionale, e poi anche quella di approvare una carta costituzionale idonea comunque a “tenere” all'indomani dell'appuntamento elettorale del 1948, qualunque esito queste elezioni avessero registrato. Tuttavia, la scelta di campo a favore dell'economia di mercato, in larga parte sin dal maggio 1947, e a maggior ragione dopo le elezioni del 1948, risultava già chiara, definita e fors'anche sostanzialmente irreversibile. Essa – e questo è il punto che ai nostri fini diventa cruciale – derivò in realtà più dai trattati internazionali (piano Marshall, trattato di pace, NATO, CEDU, CECA, CEE, Euratom), che dalle disposizioni della Costituzione.

Per inciso, può osservarsi che la stessa riluttanza della dottrina italiana a far uso della nozione di Costituzione economica si spiega forse nella medesima logica. Se la Costituzione è, in qualche modo per definizione, ciò che fonda un ordinamento e che unisce le sue forze politiche e sociali, è chiaro che esaltare, autonomizzare e tentare di costituzionalizzare in senso pieno un determinato assetto dei rapporti tra Stato ed economia – un assetto “rimasto per quarant'anni

³²Così E. Cheli, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 260 s., spec. p. 303 s. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il mulino, Bologna, 2004, p. 55 s. (dopo aver ricordato anch'egli la vicenda dell'emendamento Montagnana). *Contra*, cfr. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, II, Giuffè, Milano, 1992, p. 1591 s., spec. 1595.

un argomento politicamente di fuoco, da bruciarsi le dita”³³ – avrebbe per definizione portato ad accentuare le divisioni tra i partiti politici, i quali invece nella carta repubblicana, tra l’altro grazie alle suddette ambiguità serbate in proposito, si erano sinceramente riconosciuti e continuavano a riconoscersi. Echi di questa opzione si ritrovano, com’è ovvio, altresì nella giurisprudenza costituzionale, che ha a lungo cercato di non affrontare frontalmente il nodo in questione³⁴; e, quando è stata chiamata a farlo, ha teso a muoversi con cautela e prestando attenzione più al metodo che ai contenuti, facendo perlopiù prevalere una logica di bilanciamento e ragionevolezza, utile a “impedire l’infiltrazione nell’ordinamento di qualsiasi fondamentalismo, anche economico”³⁵.

Non è un caso, a riprova di una diffusa consapevolezza della delicatezza di questo e di altri nodi solo parzialmente sciolti in sede costituente, che la carta costituzionale sia stata assai attenta a proteggere accuratamente e a circondare di garanzie la politica estera, e in particolar modo i contenuti dei trattati internazionali e delle relative leggi di autorizzazione alla ratifica: sia nella loro formazione, vietando la loro approvazione in commissione in sede legislativa (art. 72, quarto comma, Cost.), sia, una volta entrati in vigore, escludendo per tali leggi l’ammissibilità del referendum abrogativo (art. 75, secondo comma, Cost.)³⁶.

³³Così, sin dalla premessa, BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit., p. X (lamentando appunto, a più riprese, la scarsa attenzione prestata dai costituzionalisti al tema, a suo avviso imprescindibile perché si abbia una “vera” Costituzione).

³⁴Come notò, tra i primi, BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 904 s., spec. 905 s.

³⁵Così, anche per un utile bilancio dell’opera della Corte costituzionale, MASSA, *Introduzione*, in M. Massa (a cura di), *La Corte costituzionale e l’economia. Atti del ciclo di incontri tra giudici costituzionali, economisti, giuristi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, p. 9 s., spec. 18 s.

³⁶Cfr., rispettivamente, V. Lippolis, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Maggioli, Rimini, 1989, spec. p. 133 s., e LUCIANI, *Art. 75*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da PIZZORUSSO, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2005, spec. p. 375 s., nonché, più in generale, sull’attenzione a mantenere un

Assai accesi ed importanti – oltre che attentamente “presidiati” dal Governo – sono stati, in effetti, i dibattiti parlamentari che, nel periodo costituente e negli anni immediatamente successivi, hanno accompagnato le ratifiche di tali trattati³⁷. Dibattiti che hanno avuto luogo, come del resto dovuto ai sensi dell’art. 80 Cost., in occasione dell’approvazione delle relative leggi di autorizzazione alla ratifica, ma, nel caso della NATO, altresì – come non era costituzionalmente necessario, ancorché politicamente più che opportuno, in quanto si trattava di quella che giustamente si è detto essere una “scelta determinante di tutto un indirizzo di politica internazionale”³⁸ – alla vigilia della stessa sottoscrizione del trattato, ossia non appena ricevuta conferma dell’estensione all’Italia dell’invito ad aderire alla nuova Alleanza (e, anzi, ancor prima che l’invito fosse materialmente stato ricevuto dal Ministro degli esteri Sforza)³⁹. Questo scrupolo del Governo nel presentarsi ipertempestivamente in Parlamento, derivante anche dall’esigenza di mostrare agli alleati, e soprattutto agli Stati Uniti, una chiara volontà da parte della maggioranza

controllo del Governo e del Parlamento sui trattati internazionali, LEANZA, *Il principio internazionalista nella Costituente*, in *Valori e principi del regime repubblicano. 1. I Sovranità e democrazia*, a cura di S. Labriola, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 309 s.

³⁷Le ricostruzioni dei dibattiti parlamentari relativi al trattato NATO (quello alla Camera riprodotto anche in *1949: Il trauma della NATO. Il dibattito alla Camera sull’adesione dell’Italia al Patto Atlantico*, a cura di A. Liberti, L. Cortesi, Cultura della pace, San Domenico di Fiesole, 1989, p. 45 s.) non mancano: sia da parte di alcuni dei protagonisti (cfr. C. Sforza, *Cinque anni a Palazzo Chigi. La politica estera italiana dal 1947 al 1951*, Atlante, Roma, 1952, p. 211 s.); sia dal punto di vista della storia diplomatica (P. Pastorelli, *Il ritorno dell’Italia nell’Occidente. Racconto della politica estera italiana dal 15 settembre 1947 al 21 novembre 1949*, Edizioni Universitarie, Milano, 2009, spec. p. 210 s.). In chiave storiografica, nel senso che quello che si svolse tra l’11 e il 18 marzo 1949 (anche con il ricorso ad una seduta-fiume) alla Camera e tra il 27 e il 29 marzo 1949 al Senato sia “uno dei dibattiti più aspri ed accesi della storia parlamentare italiana, con frequenti episodi di scontri, non solo verbali che fisici tra i parlamentari” cfr., per tutti, F. Malgeri, *La stagione del centrismo. Politica e società nell’Italia del secondo dopoguerra (1945-1960)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 204 s.

³⁸L’espressione è di FORMIGONI, *La sinistra cattolica italiana e il Patto atlantico (1948-1949)*, cit., p. 631.

³⁹Cfr. SFORZA, *Cinque anni a Palazzo Chigi*, cit., p. 217 e P. Pastorelli, *Il ritorno dell’Italia nell’Occidente*, cit., p. 209 s.

delle forze politiche nel senso di aderire all'Alleanza atlantica – una volontà allora niente affatto scontata, viste le perplessità che albergavano tra i socialdemocratici e in una vasta schiera di esponenti democristiani⁴⁰ – finì, con qualche paradosso, per suscitare proteste assai vibranti, da parte delle opposizioni: queste ultime, infatti, accusarono il Governo di tenere riservati il contenuto dei negoziati che si erano avviati già nella seconda parte del 1948⁴¹. Alla fine, comunque, tale strategia ebbe successo, il dibattito parlamentare essendosi ultimato con l'approvazione di appositi documenti di indirizzo da parte di Camera e Senato, che abilitarono il Governo a sottoscrivere l'Alleanza, l'11 aprile 1949, a Washington⁴². Quando arrivò il testo del trattato NATO, questo fu poi trasmesso in allegato al disegno di legge di autorizzazione alla ratifica, discusso e approvato anch'esso dai due rami del Parlamento, con le ormai consuete accese divisioni, nel mese di luglio 1949⁴³.

In definitiva, perciò, se ripercorriamo la vicenda in questione in termini di equilibri politici, va sottolineato come sulla “scelta di campo” in favore dell'economia di mercato non vi fosse, né in seno all'Assemblea Costituente, né nei primi 40 anni di Repubblica, alcuna “maggioranza costituzionale”: nessuna maggioranza idonea cioè a “riscrivere” le disposizioni costituzionali in proposito, in chiave appunto più liberale-liberista, rendendole perciò più coerenti con l'evoluzione di fondo che ha caratterizzato l'economia italiana. A maggior ragione,

⁴⁰Se ne veda la sintesi in CRAVERI, *De Gasperi*, Il mulino, Bologna, 2006, spec. p. 381 s.; e P.L. Ballini, *Alcide De Gasperi. III. Dalla costruzione della democrazia alla “nostra patria Europa” (1948-1954)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009, spec. p. 145 s.

⁴¹Cfr. soprattutto gli interventi di Nenni e Togliatti, in A.C., I legislatura, res. sten., 11 marzo 1949, rispettivamente p. 6770 s. e 6772 s.

⁴²Cfr. A.C., I legislatura, res. sten., 16 marzo 1949, p. 7281 (ma in realtà 18 marzo) e A.S., I legislatura, res. sten., 27 marzo 1949, p.m., p. 6569.

⁴³Cfr. A.C., I legislatura, disegno di legge n. 608, 10 giugno 1949, approvato dalla Camera il 21 luglio 1949 e dal Senato il successivo 29 luglio, poi divenuto legge 1° agosto 1949, n. 465 (Ratifica ed esecuzione del Trattato del Nord-Atlantico firmato a Washington il 4 aprile 1949).

tra l'altro, visto che, com'è noto, fino al 1970, la maggioranza necessaria per procedere a ogni revisione costituzionale era, a causa della ritardata attuazione dell'istituto del referendum, pari ai 2/3 dei componenti di Camera e Senato⁴⁴. In favore dell'Alleanza atlantica, e della "scelta di campo" in chiave internazionale, invece, una maggioranza, seppur risicata, si finì per creare, ancorché gradualmente⁴⁵. Com'è del resto naturale, questo processo fu agevolato dall'evoluzione dello scenario internazionale, che si andava realizzando in parallelo con i lavori costituenti e con la fase iniziale della prima legislatura repubblicana. Fu dunque sull'onda del filo-atlantismo che si affermò, in fatto prima che in diritto, e comunque a carta costituzionale immutata, l'opzione definitiva e – come vedremo – tendenzialmente irreversibile a favore dell'economia di mercato.

4. Un impulso ulteriore all'interpretazione più favorevole all'economia di mercato è derivato poi dall'adesione, sin dall'inizio, al processo di integrazione europea.

Non è certo questa la sede per ricostruirne il percorso, dal punto di vista dell'ordinamento italiano. Basti qui sottolineare, restando ancora per un attimo sul piano storico, come, nella logica di De Gasperi, di Sforza e dei *leaders* dei partiti della maggioranza, l'adesione alla NATO, e quelle, nei mesi immediatamente successivi, al Consiglio d'Europa e poi alla CECA erano tutte considerate far parte di

⁴⁴Per tutti, cfr. PICCIRILLI, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti*, in *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo, R. Caridà, A. Lollo, A. Morelli, V. Pupo, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 27 s., spec. 38 s.

⁴⁵Sulla "scelta internazionale" che avvenne, in questa fase, "non senza fatica", cfr. DEL PERO, *L'Italia e la comunità atlantica*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, S. Guerrieri, A. Varsori, I. Carocci, Roma, 2004, p. 207 s.

un'unica strategia⁴⁶: una strategia senz'altro coerente con l'apertura internazionalista e pacifista presente nella Costituzione, e altresì utile, nella visione di alcuni, a creare un "vincolo esterno", anche quanto alle dinamiche di politica economica, perché pienamente coerenti con l'attuazione del piano Marshall e con le forme di intervento dello Stato dell'economia che proprio in quegli anni si stavano configurando⁴⁷. Così come nei confronti del trattato NATO, pure nei riguardi di queste ulteriori tappe si registrò un'opposizione assai decisa dei comunisti e all'inizio – fino ai fatti di Ungheria, nel 1956 – anche dei socialisti, i quali colsero appunto gli elementi di continuità di questa strategia e avversarono altresì l'integrazione europea, vista come prosecuzione del piano Marshall e come accentuazione della divisione del mondo in due blocchi⁴⁸.

⁴⁶Cfr. VARSORI, *La cenerentola d'Europa? L'Italia e l'integrazione europea dal 1947 a oggi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, spec. p. 72 s.; BALLINI, *Alcide De Gasperi*, cit., spec. p. 401 s.; nonché, specificamente sul trattato CECA, BONINI, *Il Parlamento italiano e l'integrazione europea*, in *La prima legislatura repubblicana*, cit., p. 185 s., e, con un orizzonte temporale più ampio, GUIZZI, *Il difficile rapporto del Parlamento italiano con la Comunità europea*, in *L'Europa in Parlamento (1948-1979)*, a cura di V. Guizzi, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. V s., spec. XIII s.

⁴⁷Spunti in tal senso in CRAVERI, *De Gasperi e il ricorso necessario ai "vincoli esterni"*, in *Atlantismo ed europeismo*, cit., p. 567 s., spec. 582 (rilevando tra l'altro come quella fu "una fase di transizione da una vecchia ad una nuova Europa, in cui maturarono legami e vocazioni atlantiche, piuttosto che europeistiche, specie tra le forze laiche"). Per la connessione con le opzioni di politica economica perseguite in quegli stessi anni cfr. GUALTIERI, *La politica economica del centrismo e il quadro internazionale*, in *La prima legislatura repubblicana*, cit., p. 91 s., spec. 110 s., e anche con riferimento al quadro internazionale, e in particolare agli accordi di Bretton Woods, in CAMPUS, *La ricollocazione internazionale dell'economia italiana*, in *L'età costituente. Italia 1945-1948*, a cura di G. Bernardini, M. Cau, G. D'Ottavio, C. Nubola, Il mulino, Bologna, 2017, p. 153 s., spec. 173 s.

⁴⁸Cfr., tra gli altri, MAGGIORANI, *L'Europa degli altri. Comunisti italiani e integrazione europea (1957-1969)*, Carocci, Roma, 1998, spec. p. 17 s.; e, anche in chiave comparata, SASSOON, *La sinistra, l'Europa, il PCI*, in *Il PCI nell'Italia repubblicana (1943-1991)*, a cura di R. Gualtieri, Carocci, Roma, 2001, p. 223 s. Come si è già ricordato in altra sede, si deve principalmente alla contrarietà delle sinistre la scelta di procedere con legge ordinaria a ratifica ed esecuzione dei trattati istitutivi delle Comunità europee, facendo perciò leva unicamente sull'art. 11 Cost. e non anche su "clausole europee" più specifiche: cfr., tra gli altri, BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 263 s., spec. 352; LUPO, PICCIRILLI, *Conclusion: 'Silent' Constitutional Transformations: the Italian Way of Adapting to*

In effetti, vista con gli occhi di oggi, la trasformazione in via interpretativa della Costituzione economica italiana diventa ancora più chiara e marcata se si pensa, anziché al solo trattato NATO, al trattato CECA, ai trattati CEE e Euratom, e alle loro successive modifiche, fino al trattato di Lisbona. I meccanismi di fondo, sul piano costituzionale, non sono dissimili ed è sempre l'art. 11 Cost. a rappresentare la chiave di volta, nel consentire, se non nel suggerire o persino nell'imporre all'Italia l'adesione a quella che non è solo un'organizzazione internazionale, ma diventa progressivamente un vero e proprio ordinamento: caratterizzato perciò da finalità più ampie, quando non di ordine generale (ancorché con competenze funzionalizzate ad una serie di obiettivi, di tipo prevalentemente economico, indicati dai medesimi trattati)⁴⁹.

Si realizza così, in materia economica ma non solo, una vera e propria "integrazione tra Costituzioni"⁵⁰. Come è stato autorevolmente osservato sul finire del XX secolo, da un economista che è stato anche co-protagonista di quelle vicende, facendo volutamente uso di un'espressione appartenente al lessico giuridico, "la Costituzione economica dell'Italia di oggi non è più soltanto quella del 1948: è il 'combinato disposto' di quella e del diritto comunitario"⁵¹.

Certo, la posizione dei partiti di sinistra in proposito è andata, rispetto agli anni '50, radicalmente mutando, sino a portare il partito socialista e

the European Union, in *The Italian Parliament in the European Union*, edited by N. Lupo, G. Piccirilli, Hart, Oxford, 2017, p. 317 s., spec. 325.

⁴⁹Sul passaggio dell'Unione europea da organizzazione a ordinamento, facendo leva sul ruolo del Parlamento europeo, cfr. LUPO, MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Luiss University Press, Roma, 2019, spec. p. 135 s.

⁵⁰Per il dibattito sulla Costituzione "composita" cfr., per tutti, L.F.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.

⁵¹Così PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Il mulino, Bologna, 1997, p. 8 s. In ottica giuridica, ad esempio, AMOROSINO, *La "Costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in *Corso di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 125 s., spec. 134 s.

successivamente, dagli anni '70, anche il partito comunista non solo ad accettare ma a farsi alfieri dell'integrazione europea. Forse anche nell'intento di agevolare questo allargamento a sinistra del consenso per l'integrazione europea si spiega l'accento che tradizionalmente è stato posto, nella visione italiana di tale processo, non tanto sulle Comunità europee e poi sull'Unione europea nei loro caratteri concreti ed effettivi, quanto sul progetto di un'Europa federale e democratizzata, che in Italia aveva avuto alcuni tra i principali fautori e che godeva di un diffuso supporto nell'opinione pubblica. Per più versi emblematica può ritenersi la figura di Altiero Spinelli, co-autore del manifesto di Ventotene e tra gli esponenti di spicco che, dal 1976 in avanti – da indipendente, con la sponda interna di Giorgio Amendola – riuscirono a portare il PCI di Enrico Berlinguer verso posizioni europeiste⁵². Altrettanto emblematico di questo accento appare, sul piano istituzionale, il referendum consultivo che si tenne nel giugno 1989, assieme alle elezioni europee, in cui si chiese agli italiani se si dovesse “procedere alla trasformazione delle Comunità europee in una effettiva Unione, dotata di un Governo responsabile di fronte al Parlamento, affidando allo stesso Parlamento europeo il mandato di redigere un progetto di Costituzione europea da sottoporre direttamente alla ratifica degli organi competenti degli Stati membri della Comunità”⁵³. Quesito che, come è noto, ottenne un consenso pressoché plebiscitario fra gli elettori italiani, ma che, in assenza di analoghe iniziative in altri Stati membri, finì per essere sostanzialmente ignorato in sede europea.

Ad ogni modo, sul versante italiano, con quel referendum consultivo del

⁵²Sul ruolo di Spinelli nella trasformazione della posizione del PCI cfr. GRAGLIA, *Altiero Spinelli, Il mulino*, Bologna, 2008, spec. p. 583 s.

⁵³Cfr. la legge costituzionale 3 aprile 1989, n. 2 (“Indizione di un referendum di indirizzo sul conferimento di un mandato costituente al Parlamento europeo che sarà eletto nel 1989”).

giugno 1989 – e il pressoché contestuale crollo del muro di Berlino, che segnava il definitivo esaurirsi della *conventio ad excludendum*⁵⁴ – si sanciva l’esistenza di una (ampia) maggioranza costituzionale a supporto dell’integrazione europea, specie ove questa avesse condotto a ulteriori sviluppi nella direzione indicata, quella cioè della federalizzazione delle Comunità e della democratizzazione, già avviatasi secondo molti, nel 1979, con l’elezione diretta del Parlamento europeo⁵⁵. Non è probabilmente un caso che, da allora in poi, è venuta meno ogni remora a fare riferimento all’Unione europea e alle sue istituzioni all’interno della carta costituzionale repubblicana, e si sono perciò introdotte previsioni che, per alcuni e più specifici profili, sono andate ad accompagnare la clausola generale di cui all’art. 11 Cost., sulla quale – come si è accennato e come si vedrà meglio a breve – si è fatto leva, sin dall’inizio e ripetutamente, per consentire quel profondo processo di trasformazione costituzionale che essa ha comportato⁵⁶.

Un primo passo in tal senso è stato compiuto nel 1999, quando, nell’ambito di una nuova disciplina dell’incompatibilità a livello regionale, si è inserito nell’art. 122 Cost. il primo riferimento esplicito a una delle istituzioni dell’Unione, ossia al Parlamento europeo. Un secondo (e più significativo) passo è del 2001: all’interno

⁵⁴Su cui cfr. l’ormai classico L. Elia, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 634 s., nonché, per una rilettura critica, A. D’Andrea, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1991, spec. p. 17 s.

⁵⁵Una lettura diversa, se non diametralmente opposta, di quel referendum è accennata da ESPOSITO, *Considerazioni sugli effetti (ri)organizzativi della l. cost. n. 1/2012*, in www.osservatorioaic.it, 2019, n. 5, p. 77 s., spec. 91, secondo cui l’orientamento “larghissimamente favorevole espresso dal corpo elettorale italiano” avrebbe invece segnalato “l’inutilizzabilità, già a quel momento, della chiave interpretativa costruita tramite la cennata manipolazione dell’art. 11 Cost.”.

⁵⁶Le riporta analiticamente anche BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, n. 4, p. 813 s., spec. 820 s., pur ritenendo che tali richiami all’Unione europea contenuti in Costituzione non siano “tali da impedire, senza una loro epurazione dal testo costituzionale, di avviare una procedura di *exit* dall’Unione europea o dalla moneta unica”. Si tornerà sul punto, esprimendo una posizione opposta, *infra*, nelle considerazioni conclusive.

di un ripensamento generale della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e regioni, sono stati richiamati nell'art. 117, primo comma, Cost. i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario", insieme alla Costituzione stessa e agli "obblighi internazionali", come limiti comuni alla legislazione statale e regionale. Infine, con la revisione costituzionale che nel 2012 ha introdotto il principio del pareggio di bilancio, si sono affermati, nel nuovo primo comma dell'art. 97 Cost., con riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche, i principi dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico "in coerenza con il diritto dell'Unione europea": così inserendo nella carta costituzionale una ulteriore "clausola europea", specifica nell'oggetto ma aperta quanto alle norme da prendere in considerazione, in base alla quale la finanza pubblica italiana è tenuta a muoversi in coerenza con ciò che oggi è previsto e altresì, trattandosi di rinvio sicuramente "mobile", con quel che sarà stabilito dall'ordinamento dell'Unione europea.

In definitiva, mi pare innegabile ribadire come il quadro delle alleanze internazionali e, più specificamente, l'integrazione europea abbiano rappresentato il principale canale di ingresso dei principi e dei meccanismi dell'economia di mercato nella Costituzione italiana. Sin dagli anni '50, come si è visto, e poi anche in momenti successivi. Infatti, l'obiettivo del completamento del mercato unico nel 1992 e poi il trattato di Maastricht hanno comportato, a cavallo tra anni '80 e anni '90, un'ulteriore accelerazione nella lettura in chiave di tutela e promozione del libero mercato della Costituzione economica italiana, rendendo insostenibili non solo le possibili letture in chiave socialista, ma anche quelle forme di intervento deciso dello Stato nella sfera economica che invece si erano potute manifestare nei

decenni precedenti⁵⁷. Si pensi, per tutti, al divieto di aiuti di Stato e alle norme sulla concorrenza, le quali hanno conosciuto, a partire appunto da questa fase, una applicazione più rigorosa e diffusa, anche con l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, in concomitanza con importanti processi di privatizzazione, di altre autorità di settore. E poi ancora, come si è accennato, all'ulteriore spinta registratasi, nel secondo decennio del XXI secolo, per effetto del "Fiscal Compact" e del recepimento del principio di pareggio di bilancio.

Questo ruolo svolto dal processo di integrazione europea ha probabilmente contribuito a determinare, nell'opinione pubblica e tra gli stessi costituzionalisti, fors'anche un effetto falsante, che ha portato spesso ad attribuire per intero all'Unione europea la svolta in chiave liberista⁵⁸, trascurando pressoché completamente la dimensione sociale, pur ben presente nelle istituzioni e nelle politiche dell'Unione, e ostacolando la più corretta percezione del "modello europeo" dell'economia di mercato: un modello per definizione pluralista⁵⁹, e

⁵⁷Cfr., tra i tantissimi, in polemica con una lettura "oltranzisticamente "socialdemocratica" del nostro modello di economia "sociale", BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit., p. VIII e p. 6 s., e CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di Law and Economics*, cit., p. 9 s.

⁵⁸Esemplare in tal senso può ritenersi la lettura proposta da GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, n. 1, p. 21 s., spec. p. 41 s., il quale sottolinea come nel 1957 lo Stato italiano, nell'aderire alla CEE, "accettava il mercato, come principio costituzionale irrevocabile e la sua dilatazione generalizzata ad una dimensione comunitaria", determinando così, mediante il processo di privatizzazione, "il graduale ma inesorabile smantellamento sia dei poteri nei quali il principio dell'economia mista si esprimeva, sia delle istituzioni cui l'esercizio di tali poteri aveva dato vita" (corsivi nell'originale). E' peraltro sempre tale autore a riconoscere che "i trattati comunitari, sul piano normativo formale, sono in piena sintonia con i precetti ed i principi costituzionali" e altresì che "il mercato costituiva il principio prioritario già secondo il sistema costituzionale italiano", per cui "la estensione dei confini del mercato dal territorio dello Stato membro a quelli della Comunità avviene in condizioni di reciprocità ed in modo paritario in piena osservanza dell'art. 11 Cost."

⁵⁹Cfr. la rilettura offerta da KAUPA, *The pluralist character of the European economic constitution*, Hart, Oxford, 2016, spec. p. 337 s. (rilevando il disallineamento tra il carattere pluralista della Costituzione europea e le politiche neoliberiste perlopiù perseguite dalle sue istituzioni), nonché,

comunque assai diverso – com'è evidente anche a uno sguardo assai superficiale – da quello seguito negli Stati Uniti e altresì dall'assetto di capitalismo oggi proposto in altre aree del pianeta, a partire dalla Russia e da molti Stati asiatici o sudamericani.

5. L'operazione di integrazione in via interpretativa delle disposizioni costituzionali che così si è prodotta, anzitutto in conseguenza del trattato NATO e poi per effetto dei trattati istitutivi delle Comunità europee (e delle loro successive modifiche e integrazioni), ha potuto realizzarsi grazie alla leva rappresentata dal già ricordato principio fondamentale di cui all'art. 11 Cost. E' su alcuni profili di questa disposizione che occorre soffermarsi, perciò, al fine di comprendere meglio le virtualità interpretative che essa ha offerto e per cogliere in che misura l'art. 11 Cost. abbia consentito il prodursi di quello che, volendo, se ci si pone in una prospettiva prettamente interna, può ritenersi una sorta di "mutamento tacito" della Costituzione.

Un primo profilo di carattere più generale attiene, appunto, al ruolo dell'art. 11 nella Costituzione italiana. E' noto infatti come vi siano state letture per così dire

sulla sua scia, A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la costituzione economica europea? Si prega di riformulare la domanda*, in *Democrazia, oggi*. Annuario 2017 AIC, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 661 s. (osservando tra l'altro che la tesi pluralista "sta a dirci che, volendo, già oggi esiste lo spazio per interventi 'miglioristi' o politiche economiche keynesiane e che la colpa, dunque, non è del marchio ideologico impresso impresso con Maastricht ai Trattati europei, bensì della (buona o cattiva) volontà politica dei vertici delle istituzioni, nazionali ed europee"). In una chiave alternativa, nel senso cioè di ricavare un diverso assetto costituzionale all'indomani della crisi economica del 2008, cfr. ora G. Gerapetritis, *New Economic Constitutionalism in Europe*, Hart, Oxford, 2019, spec. p. 23 s. (sostenendo che le costituzioni e l'economia, a livello nazionale e internazionale, convergono verso un *financialism*, inteso come una costituzione economica che dà priorità alle norme sull'economia mediante la trasformazione delle convenzioni costituzionali: facendo perciò della costituzione economica una condizione *sine qua non* per il funzionamento dello Stato costituzionale).

svalutative o marginalizzanti del disposto di tale articolo, qualificato, specie all'indomani dell'entrata in vigore della carta costituzionale, come una mera norma programmatica, priva perciò di valore cogente⁶⁰; o anche interpretazioni che hanno teso a ricostruire, sulla base di una lettura errata dei lavori preparatori, la sua genesi e a delimitare di conseguenza la sua efficacia, legando quest'ultima esclusivamente alla legittimazione dell'ordinamento delle Nazioni Unite⁶¹. In proposito, a me pare che l'approccio preferibile, e in concreto prescelto nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale italiano sia quello esattamente opposto: si tratta infatti di una disposizione che rappresenta, sin dall'inizio, un autentico architrave dell'ordinamento italiano, identificandone alcuni tra gli elementi più qualificanti, quale il principio internazionalista e quello pacifista⁶². Inoltre, saggiamente i costituenti optarono, sin dall'inizio, per una formulazione ampia, idonea cioè a ricomprendere all'interno di tale articolo non solo le nascenti

⁶⁰Ad esempio, cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 1959, p. 409 s., secondo cui tutte le disposizioni contenute nell'art. 11 Cost. sarebbero "prive di ogni contenuto giuridico". Ancora più dura è la valutazione espressa in proposito da P. Pastorelli, *Il ritorno dell'Italia nell'Occidente*, cit., p. 51 s., ad avviso del quale tale articolo – contenente, al pari dell'art. 7 Cost., "norme programmatiche" – enuncerebbe principi giudicati, nella prima parte, idealistici e irrealistici; e, nella seconda parte, erronei e controproducenti.

⁶¹In questa chiave, cfr. ancora PASTORELLI, *Il ritorno dell'Italia nell'Occidente*, cit., p. 53, il quale a tal fine fa leva sulla mancata approvazione dell'emendamento Bastianetto (qualificato come "l'unico che presentò un emendamento a favore delle limitazioni di sovranità e per realizzare il processo di integrazione europea"). Come si vedrà nelle note immediatamente successive, i lavori preparatori vanno in direzione esattamente opposta e registrano anche altre iniziative in tal senso, a partire quella presentata, nella Commissione dei 75, il 24 gennaio 1947, da Emilio Lussu (in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Roma, 1970, VI, p. 166 s.).

⁶²Cfr., ad esempio, BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1955, spec. p. 1 s., il quale segnala che l'art. 11 Cost. è "fra le non molte disposizioni di principio" alle quali "deve riconoscersi un significato univoco e che non siano frutto di compromesso o di un accordo simulato, bensì dell'adesione abbastanza sincera di tutti i settori dell'Assemblea Costituente a certe proposizioni etiche e normative". Per una critica a tale lettura cfr. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace. Tra decisioni dell'apparato e partecipazione popolare*, Liguori, Napoli, 1990, p. 61 s.

Nazioni Unite, ma altresì i processi di integrazione europea allora in gestazione, e ben presenti ai costituenti (anche se ancora indefiniti nei loro approdi giuridico-istituzionali), ma pure ogni altra forma di organizzazione internazionale: fenomeni tutti posti potenzialmente sul medesimo piano, purché si tratti di organizzazioni internazionali sorte in condizioni di parità e dirette ad “assicurare pace e giustizia fra le nazioni”⁶³. In altri termini, come emerge anche dai lavori preparatori, l’art. 11 Cost. contiene una disposizione centrale nell’architettura della carta costituzionale, tanto da essere originariamente collocata al quarto articolo nel progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei 75⁶⁴; e da essere spesso inclusa – nel

⁶³Si vedano soprattutto gli interventi dell’on. Moro, in risposta all’emendamento Lussu, nella succitata seduta della Commissione dei 75 (dichiarando che tra le organizzazioni internazionali è ricompresa anche una possibile organizzazione federalistica dell’Europa); e dell’on. Ruini, nella seduta dell’Assemblea del 24 marzo 1947 (in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., I, p. 609 s., il quale ottiene il ritiro dell’emendamento Bastianetto, prima ricordato, sulla base dell’argomento per cui il testo proposto dalla Commissione dei 75 “non esclude la formazione di più stretti rapporti nell’ambito europeo”).

Sui lavori preparatori dell’art. 11 Cost. cfr. ampiamente CARTABIA, CHIEFFI, *Art. 11*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 266 s., i quali concludono nel senso che “la mancanza di riferimenti testuali all’unificazione europea non ebbe mai il sapore di una chiusura verso i progetti di integrazione che nel frattempo andavano maturando”, per cui essa si deve solo al “timore di pregiudicare i delicati equilibri internazionali dell’epoca”. Nel medesimo senso cfr. CASSESE, *Art. 11*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-II foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 565 s., spec. p. 577 s. Ma anche ora, più specificamente, con un’acuta lettura integrata tra le vicende costituenti e quelle internazionali che si verificavano in quegli stessi giorni, GIANNITI, *I costituenti e l’Europa*, in www.federalismi.it, 2018, n. 16, p. 2 s. Nel senso che il tema dell’integrazione europea fosse ben presente nel dibattito politico, sia pure come possibilità astratta, e che si concretizzò come priorità nell’agenda politica solo dall’estate 1948, come accadde anche per gli altri Paesi europei, nel quadro delle alleanze internazionali nel frattempo definitesi, cfr. D’OTTAVIO, *Il discorso politico sull’Europa nell’immediato dopoguerra (1945-1947)*, in *L’età costituente*, cit., p. 397 s. Cfr. anche FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in *Immaginare la Repubblica*, cit., p. 63 s., spec. 66 s., il quale sottolinea che in questo caso “il consenso unanime fu pagato al prezzo di mantenere i principi internazionali della Costituzione a un tale livello di astrattezza da consentire a tutti gli attori in gioco di leggere le proprie divergenti visioni in materia di politica estera e rapporti internazionali potenzialmente conciliabili con la nuova vocazione internazionale della Costituzione”.

⁶⁴L’art. 4 del progetto era del seguente tenore: “L’Italia rinunzia alla guerra come strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizione di reciprocità e di eguaglianza, le limitazioni di sovranità necessarie ad un’organizzazione internazionale che assicuri

dibattito contemporaneo – nel novero dei “principi supremi”, resistenti perciò persino rispetto alle leggi di revisione costituzionale⁶⁵. Tale disposizione, in quanto (anche) norma sulla produzione⁶⁶, è dichiaratamente volta a far sì che l’Italia sia inserita a pieno titolo all’interno degli sviluppi che la comunità internazionale e il continente europeo si accingevano in quegli stessi mesi ad avviare: in perfetta coerenza con alcuni dei valori di fondo sottesi al patto costituente, in Italia così come in Francia, in Giappone e in Germania⁶⁷, ossia il diniego dei nazionalismi che avevano determinato i due conflitti mondiali e la sincera apertura alla comunità internazionale⁶⁸. L’importanza di tale disposizione è stata appunto confermata dall’evoluzione registrata dall’ordinamento costituzionale italiano⁶⁹.

Un secondo profilo relativo all’art. 11 Cost. attiene alle modalità con cui leggere i contenuti di tale disposizione: se cioè le tre parti di cui tale articolo si

la pace e la giustizia fra i popoli” (cfr. la già citata seduta del 24 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., p. 166).

⁶⁵Cfr., tra gli altri, anche per la citazione di lavori più risalenti, CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, cit., p. 61, s.; L. Carlassare, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, in *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, a cura di N. Ronzitti, Giuffrè, Milano, 2000, p. 157 s., spec. 163.

⁶⁶Sottolinea il carattere dell’art. 11 Cost. “come norma sulla produzione (di norme)” A. Guazzarotti, *Articolo 11*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, F. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevari, Il mulino, Bologna, 2018, p. 80 s., spec. 82 s.

⁶⁷Per una rapida ma efficace comparazione cfr. BONANATE, *Costituzione italiana: art. 11*, Carocci, Roma, 2018, p. 10 s.

⁶⁸Sull’“apertura internazionale” come valore costituzionale alla base della Costituzione italiana in quanto “post-totalitaria” e “nata dalla Resistenza”, si vedano, anche per ulteriori indicazioni: CARROZZA, *Constitutionalism’s Post-modern Opening*, in *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, edited by M. Loughlin, N. Walker, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 169 s., spec. 182 s.; Id., *Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes*, in *Estudios de Deusto*, Vol. 67/1, 2019, p. 55 s.; e G. Martinico, *Constitutions, Openness and Comparative Law*, ivi, p. 111 s. (anche per opportuni richiami alle teorie di Boris Mirkin-Guetzévitch sull’internazionalizzazione del diritto internazionale)

⁶⁹Sulla sua importanza insistono giustamente, di recente, MASTROIANNI, *L’art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, V s., e MANZELLA, *La Costituzione italiana come Costituzione “europea”: 70 anni dopo*, in *Nuova Antologia*, 2018, n. 2287, 40 s.

compone – ripudio della guerra diversa da quella difensiva, limitazioni della sovranità, promozione delle organizzazioni internazionali⁷⁰ – vadano interpretate isolatamente, ciascuna esprimendo un principio distinto e distinguibile dagli altri (e, perciò, in vario modo gerarchizzabile); oppure se le tre parti debbano necessariamente essere lette in modo unitario⁷¹. A me sembra che la seconda opzione, quella che adotta una chiave unitaria di lettura, si palesi come chiaramente preferibile, per molteplici ragioni, che vanno dal dato letterale (si pensi, anzitutto ma non solo, alla scelta della punteggiatura, che evita la collocazione delle tre parti non solo in distinti commi, ma persino in distinti periodi), alla stessa connessione logica tra le diverse affermazioni, che si sorreggono reciprocamente: la guerra (specie quella offensiva) trovando generalmente il suo terreno di coltura nell'esaltazione dei nazionalismi e nelle loro pretese di sovranità, ed essendo invece disincentivata dalla formazione di organizzazioni internazionali e dalla limitazione reciproca, da parte degli Stati, del potere sovrano; e il principio pacifista dovendo interpretarsi non in termini assoluti o come aspirazione ad uno *status* di neutralità,

⁷⁰Il discorso non muta di molto se si ritiene che l'art. 11 Cost. si componga essenzialmente di due parti, anziché di tre. In questa chiave cfr. M. Cartabia, L. Chieffi, *Art. 11*, cit., I, p. 263 s., in cui una nota dei curatori dell'opera avverte che “benché l'art. 11 della Costituzione non sia formalmente suddiviso in commi, nella disposizione in commento si possono facilmente evidenziare due diverse parti: la prima tratta dei principi che orientano la posizione dell'Italia in relazione alla guerra; la seconda tratta della partecipazione dell'Italia ad organizzazioni internazionali che comportano limitazioni di sovranità dello Stato e la sua principale applicazione pratica ha riguardato la partecipazione italiana all'Unione europea”.

⁷¹In questa seconda chiave cfr. soprattutto ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto pubblico*, 2005, n. 1, pp. 93-123, spec. p. 110 s. e L. Carlassare, *Costituzione italiana e partecipazione a operazioni militari*, cit., p. 164 s. Entrambi questi autori fanno leva anche sulla punteggiatura, ricordando che fu il comitato di redazione a trasformare in punti e virgola le virgole che originariamente separavano le tre affermazioni. Per letture volte a porre in cima alla gerarchia il principio costituzionale del ripudio della guerra, che “vale come indirizzo e come limite anche nei confronti delle due altre proposizioni dell'art. 11 Cost.”, cfr. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Jovene, Napoli, 2010, spec. p. 119 s. (cui appartiene l'espressione virgolettata) e L. Bonanate, *Costituzione italiana: art. 11*, cit., spec. p. 80 s.

bensi come esclusione della guerra di aggressione e di quella volta alla soddisfazione di interessi nazionali, nonché come necessità di promuovere attivamente e di muoversi in piena coerenza con organizzazioni internazionali che perseguano tale principio, anche condividendo a questo scopo quote significative del potere sovrano, non più esauribile integralmente nel solo Stato-nazione⁷².

Un terzo e ultimo profilo, ineludibile ai nostri fini, consiste nel chiarire se il trattato NATO rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 11 Cost. Il punto, evidentemente basilare sul piano sistemico, e affrontato direttamente in altri ordinamenti non dissimili⁷³, appare invero tutt'altro che assodato in dottrina, dove a volte tale elemento viene dato per scontato, o comunque affermato in positivo; mentre altre volte – forse più spesso – il trattato NATO è chiamato in causa per dubitarne della conformità al principio pacifista affermato appunto dalla parte iniziale dell'art. 11 Cost.⁷⁴.

Il tema, forse perché visto come politicamente assai delicato, è raramente trattato in giurisprudenza, e sostanzialmente ignorato dalla giurisprudenza costituzionale. Sia la Corte costituzionale, sia la Corte di cassazione sembrano aver

⁷²Cfr. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il mulino, Bologna, 2004, spec. p. 38 s.

⁷³Si pensi in particolare all'ordinamento tedesco, in cui il Tribunale costituzionale federale è stato chiamato a giudicare della compatibilità con la legge fondamentale del 1949, e specificamente del principio pacifista lì affermato, sia della NATO, specificamente quanto agli orientamenti strategici assunti da tale organizzazione successivamente alla caduta dei due blocchi, sia dell'intervento militare in Afghanistan, nel quale erano stati coinvolti Tornado tedeschi. In entrambi i casi il Tribunale costituzionale ha respinto le questioni di legittimità costituzionale, sollevate da alcune forze politiche, e lo ha fatto sulla base di un'interpretazione ampia delle finalità della NATO – sicurezza e legittima difesa collettiva, rispettivamente – anche in connessione con quelle delle Nazioni Unite. Cfr. IOVANE, *L'articolo 11 della Costituzione e le operazioni della NATO*, in *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, a cura di, N. Ronzitti Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 147 s., spec. p. 170 s.

⁷⁴Per un quadro delle diverse opinioni cfr. E. Cannizzaro, voce *NATO*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, X, 1995, p. 52 s. e, con particolare riferimento a quelle espresse sulla base dell'intervento militare in Kosovo, L. Bonanate, *Costituzione italiana: art. 11*, cit., p. 73 s.

accuratamente evitato di affrontare il nodo: la prima accogliendo, tra l'altro, una accezione assai ampia della formula "in condizioni di parità con gli altri Stati"⁷⁵; la seconda dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice italiano su un ricorso per risarcimento dei danni da parte di alcune vittime dei bombardamenti su Belgrado partiti dalla base aerea di Aviano⁷⁶. Con quella che è, però, una unica (a quanto mi consta) e assai rilevante eccezione: una sentenza del 1985 della Cassazione civile, che, in un giudizio sulla pignorabilità dei beni di una base NATO da parte di dipendenti che vantavano crediti di lavoro, ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sulla legge di autorizzazione alla ratifica e esecuzione del trattato NATO, appunto sulla base della collocazione della NATO e del suo trattato istitutivo sotto l'ombrello dell'art. 11 Cost. Secondo la Cassazione la NATO, infatti, costituisce "una organizzazione internazionale, che, essendo sorta per effetto del patto Atlantico firmato a Washington il 1949 con scopi prettamente difensivi, ha indubbiamente la finalità di assicurare la pace 'fra le nazioni', cioè una delle finalità per le quali, alla stregua dell'art. 11 Cost., l'Italia consente a limitazioni della sua sovranità alle condizioni ivi indicate (e che qui non vengono in

⁷⁵Il riferimento è alla sentenza n. 300 del 1984, nella quale la Corte costituzionale, nel respingere, sulla base dell'interpretazione dell'art. 11 Cost. ribadita da ultimo dalla sentenza n. 170 del 1984, talune censure in materia di prerogative dei parlamentari europei, ha affermato, facendo leva sullo statuto dell'ONU, che la "reciprocità" richiesta da tale disposizione costituzionale non deve necessariamente consistere in una "assoluta eguaglianza", essendo sufficiente che, "ove sussistano disparità di trattamento, esse trovino giustificazione nella necessità di promuovere ed attuare la pace e la giustizia".

⁷⁶Cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 5 giugno 2002, n. 8157, secondo cui gli atti di guerra costituiscono manifestazione di una funzione politica e "rispetto ad atti di questo tipo nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata". Il successivo ricorso alla Corte EDU è stato poi respinto da quest'ultima (Markovic e altri c. Italia, sentenza 14 dicembre 2006-ric. n. 1398/03). La vicenda è ricostruita da RANDAZZO, *Responsabilità dello Stato per atti di guerra: la Corte di Strasburgo 'tradisce' la sua consolidata giurisprudenza sul diritto di accesso ad un tribunale?*, in www.forumcostituzionale.it, 2006.

discussione)”⁷⁷.

Ovviamente, al fine di rispondere all’interrogativo posto da ultimo, sulla riconducibilità del trattato NATO all’art. 11 Cost., diventa decisivo domandarsi se l’organizzazione internazionale istituita da tale trattato possa farsi o meno rientrare nell’ambito degli obiettivi costituzionali della pace e della giustizia tra le nazioni, indicati nella disposizione costituzionale come finalità necessarie perché le limitazioni di sovranità possano avere legittimamente luogo. La relativa risposta – che qui può essere solo impostata, per sommi capi – si muove, come di consueto, su piani diversi: sul piano anzitutto letterale, dovendosi riscontrare che i principi di “pace e sicurezza” compaiono ripetutamente nel preambolo del trattato NATO, unitamente a quelli di libertà dei popoli, democrazia, libertà individuale, Stato di diritto; sul piano storico, rimarcandosi come nei già ricordati lavori preparatori della legge che autorizzò la ratifica del trattato (la legge n. 465 del 1949), caratterizzati come si è accennato da un duro scontro con le opposizioni, grande attenzione fu prestata ad evidenziare le finalità pacifiste perseguite dal trattato e dall’organizzazione internazionale che con esso si andava a creare⁷⁸; infine, sul piano istituzionale, osservandosi che i meccanismi individuati dall’art. 5 del trattato

⁷⁷Così Cass. civ., sez. I, sentenza 22 marzo 1984, n. 1920, in *Foro italiano*, 1985, c. 2706 s. (con nota di L. Sbolci). Ne discende, sempre secondo tale sentenza, che l’attività della NATO “va vista come esplicazione di un interesse costituzionale preminente e tanto già fornisce una prima ragione di compatibilità con la Costituzione delle norme che regolano e rendono possibile lo svolgimento di essa”.

⁷⁸Si veda in particolare la relazione Ambrosini (in A.C., I legislatura, disegno di legge n. 608-A, presentata l’8 luglio 1949), nella quale il trattato NATO viene presentato come “accordo regionale nel quadro dell’ONU”, nonché quanto osservato *supra*, nel par. 3. Per una valorizzazione dei lavori parlamentari e delle dichiarazioni rese in quella sede dal Governo al fine di ammettere la compatibilità della partecipazione dell’Italia alla NATO con la prima proposizione dell’art. 11 Cost., cfr. M. Benvenuti, *Il principio del ripudio della guerra nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 87 s. (il quale peraltro fa leva, più discutibilmente, anche sulla clausola finale del trattato, in forza della quale ratifica e applicazione del trattato devono avere luogo “conformemente alle loro rispettive norme costituzionali”).

NATO, in chiave di assistenza reciproca in caso di attacco a uno degli Stati membri, sono a loro volta appoggiati sugli artt. 51 e 53 dello statuto dell'ONU⁷⁹.

6. L'analisi fin qui condotta ha dunque portato a sottolineare quanto l'adesione alla NATO e poi alle Comunità europee abbia influito sull'interpretazione della Costituzione economica. Resta da domandarsi se e in che misura questo mutamento sia potenzialmente reversibile: se cioè, a oltre settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione e dai trattati internazionali che hanno fatto prevalere quell'interpretazione costituzionale sia legittimo – all'interno dell'ordinamento attuale – cambiare unilateralmente l'assetto della Costituzione economica, in particolare ipotizzando una “uscita” dell'Italia dall'Alleanza atlantica o dall'Unione europea (o dalla moneta unica, che non fa una grandissima differenza)⁸⁰.

In una parte della dottrina costituzionalistica non sono mancate risposte positive a tale interrogativo, nelle quali si è prefigurato – e talora auspicato – una sorta di “ritorno allo Statuto” in chiave sovranista: riducendo cioè la portata dell'art. 11 Cost. e proponendo di abbandonare la lettura ormai consolidatasi e persino ponendo in questione, ora, a settanta anni di distanza, l'opzione di dare attuazione

⁷⁹Cfr., in tal senso, DE VERGOTTINI, *La Costituzione e l'intervento NATO nella ex-Jugoslavia*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, n. 1, p. 122 s. Più articolata è la valutazione di E. Cannizzaro, voce *NATO*, cit., spec. 55 s., a maggior ragione alla luce della nuova dottrina strategica elaborata nel 2010 per fronteggiare le sfide del terrorismo su scala planetaria: cfr. Id., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 77 s.

⁸⁰Sulla sostanziale equivalenza, in termini giuridici, dell'uscita dall'Unione europea e dell'uscita dall'euro cfr. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, cit., p. 815 (ad avviso del quale “ragionando in punto di diritto non sarebbe ammessa un'opzione per la Repubblica d'Italia di decidere di uscire dall'euro se non attivando la procedura ex art. 50 TUE e quindi uscendo dall'Unione europea”). In senso sostanzialmente analogo, cfr. F. Savastano, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino, II ed., 2019, p. 161.

ai trattati europei con semplice legge ordinaria⁸¹. Altri, pur esprimendo perplessità nel merito su ipotesi di uscita dall'Unione europea, hanno ritenuto comunque sufficiente, per l'avvio di una procedura di "exit" dell'Italia dall'Unione europea, una legge formale che, simmetricamente a quel che avvenne al momento dell'adesione, abroghi l'ordine di esecuzione e faccia cessare gli obblighi conseguenti: perciò, "con le garanzie insite nel procedimento legislativo ordinario e nulla più"⁸². Altri ancora hanno avvertito invece che "la scelta dell'uscita di uno Stato dall'Unione europea ha il rango di una scelta di revisione costituzionale totale"⁸³; e che ogni eventuale consultazione popolare in tal senso (sulla scorta di quanto accaduto nel Regno Unito), alla luce del divieto di referendum su leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali ex art. 75, secondo comma, Cost. e della sua incidenza sui diritti fondamentali, oltre che del "precedente" di cui al richiamato referendum consultivo del 1989, dovrebbe essere previsto da un'apposita legge costituzionale⁸⁴.

La necessità (almeno) di una revisione costituzionale anche soltanto per invertire la marcia nel percorso che qui si è evidenziato parrebbe essere stata riconosciuta dallo stesso legislatore, come dimostra la presentazione, nella prima fase della XVIII legislatura, di un progetto di legge di revisione costituzionale, da

⁸¹Il riferimento è alla lettura in più occasioni proposta, seppure prevalentemente per accenni, da Mario Esposito: ad esempio, in ESPOSITO, *Spunti per un'analisi delle variazioni costituzionali percepibili nel procedimento di formazione del Governo Conte*, in www.osservatorioaic.it, 2018, n. 2, spec. 1 s. (ove peraltro si richiamano, in proposito, le teorizzazioni di Tosi sulle "modificazioni tacite") e Id., *Rilievi critici sull'uso economicistico del diritto pubblico*, in *Democrazia, oggi*. Annuario 2017 dell'AIC, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 583 s. (criticando la lettura dell'art. 11 Cost. come "autorizzazione permanente" alla ratifica e all'esecuzione per legge ordinaria di atti che comportino limitazioni di sovranità e parlando di "falsa applicazione" dell'art. 11 Cost. con riferimento ai trattati europei).

⁸²Così R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, cit., p. 822 s.

⁸³Così CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in www.federalismi.it, 2016, n. 13, p. 6.

⁸⁴Così MORELLI, *È possibile svolgere un referendum d'indirizzo sulla permanenza dell'Italia nell'Unione europea?*, in www.osservatorioaic.it, 2016, n. 2, spec. p. 11 s.

parte dei deputati di Fratelli d'Italia, diretto ad abrogare tutte le “clausole europee” oggi presenti, come si è ricordato, nella Costituzione italiana (artt. 97, 117 e 119), con la sola eccezione dell'art. 11 Cost. Si tratta probabilmente, com'è stato giustamente notato, del “primo caso espresso di sovranismo giuridico”⁸⁵, con il quale si vorrebbe fare retromarcia rispetto alle scelte fin qui compiute, mediante le quali – per usare la formula presente nella relazione illustrativa – “ci siamo volontariamente e follemente ‘desovranizzati’”⁸⁶.

Il ragionamento che si è andato fin qui svolgendo conduce invero a compiere un passo ulteriore: a domandarsi cioè, sulla scorta della interpretazione ormai da decenni consolidata della Costituzione economica e della Costituzione italiana *tout court*, se ipotesi come quelle di un'uscita dell'Italia dall'Euro, dall'Unione europea e dalla stessa NATO possano aver luogo senza dare origine a una radicale discontinuità costituzionale. In altri termini, sembra che meno che mai con una legge ordinaria, ma forse neppure con una legge di revisione costituzionale sia possibile procedere a un unilaterale abbandono di questi ancoraggi internazionali, che si sono rivelati essere così influenti nel determinare, agendo soprattutto sull'interpretazione costituzionale e in più casi ispirando apposite revisioni costituzionali, norme e principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano.

Quando si evocano i principi supremi dell'ordinamento costituzionale e gli

⁸⁵Cfr. BARTOLUCCI, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle “clausole europee” dalla Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 3, p. 3 s. e p. 14 (segnalando che “tale modifica costituzionale, nel suo insieme, rischia di scontrarsi con i principi supremi dell'ordinamento e con l'identità costituzionale italiana”).

⁸⁶Cfr. A.C., XVIII legislatura, n. 298, Meloni e altri, presentata il 23 marzo 2018, p. 2. Di tale proposta la Commissione affari costituzionali della Camera ha avviato l'esame l'11 ottobre 2018 (proseguendolo il 24 e il 31 ottobre), ma senza andare oltre. Si noti che nell'intervento svolto nell'ultima delle sedute citate l'on. Meloni ha preannunciato “che il suo gruppo intende proporre anche altre modifiche costituzionali, che riguarderanno, in particolare, l'articolo 11, al fine di salvaguardare l'interesse nazionale dinanzi ad una fonte sovranazionale e di prevedere una consultazione popolare tramite referendum propositivo in caso di cessioni di sovranità”.

elementi che compongono l'identità costituzionale italiana, mi pare che essi solo con grande fatica e a costo di non poche contraddizioni si prestino a essere declinati in una chiave che oggi definiremmo sovranista, o comunque statocentrica⁸⁷. Al contrario, tali principi identitari possono più agevolmente rinvenirsi, pur nell'interpretazione di una clausola destinata in qualche modo inevitabilmente a rimanere indefinita⁸⁸, all'estremo assiologico esattamente opposto: e perciò nell'apertura dell'ordinamento italiano alla comunità internazionale⁸⁹, con tutte le

⁸⁷Qui basti ricordare che la dottrina dei "controlimiti" nella giurisprudenza costituzionale è stata formulata dalla Corte costituzionale esattamente nel momento in cui, con la sentenza n. 183 del 1973, essa ha tratto le conseguenze più rilevanti e impattanti dall'art. 11 Cost.: a mo' di rivendicazione di una (invero tutt'altro che ampia, anche se assai significativa, in linea di principio) sfera di azione, necessaria a giustificare quelle relevantissime limitazioni di sovranità che con quella pronuncia, e poi ancora più chiaramente, con la sentenza n. 170 del 1984 (ove non a caso, la dottrina dei "controlimiti" è stata ribadita) venivano riconosciute a favore dell'ordinamento comunitario (aprendo la strada al principio del primato e all'effetto diretto del diritto comunitario, pure ove in contrasto con norme costituzionali, e poi anche a quello dell'effetto diretto, anche ai danni del sindacato accentrato di legittimità costituzionale della legge). Com'è noto, tra l'altro, tale dottrina, assieme a quelle in parallelo elaborate dal Tribunale costituzionale federale tedesco, ha incoraggiato l'ordinamento dell'Unione europea, per parte sua, a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e a riconoscere e rispettare, con un'opera di auto-limitazione in qualche misura simile a quella compiuta dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, le identità costituzionali degli Stati membri (cfr. ora l'art. 4, par. 2, del trattato sull'Unione europea). Per le riflessioni in proposito cfr. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, spec. p. 15 s.; FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, spec. p. 74 s.; e POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, spec. p. 329 s. Cfr. anche, per un acuto parallelo, PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 1, p. 491 s.

⁸⁸Come correttamente osserva FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., p. 193: "i principi supremi esistono, ma non possono essere preventivamente determinati".

⁸⁹Cfr., in senso simile, BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Il mulino, Bologna, 2012, spec. p. 194 s. (il quale dubita che "un drastico e unidirezionale richiamo alle priorità costituzionali interne sia compatibile con una Costituzione, che trova nelle aperture a ordinamenti sovranazionali e internazionali (artt. 10 e 11 Cost.) uno dei fattori della sua flessibilità e adeguabilità alle esigenze del mondo contemporaneo e agli stessi fenomeni che vanno sotto l'etichetta della globalizzazione". Sul principio di apertura internazionale come parte dell'identità costituzionale dell'ordinamento italiano cfr. P. Faraguna, *Identità costituzionale e diritto internazionale generale*, relazione al Convegno "Diritto internazionale e sistema delle fonti. Tra modello accentrato e modello diffuso del controllo di costituzionalità", LUMSA, Palermo, 23 ottobre 2019, in corso di pubblicazione.

sue conseguenze⁹⁰, nell'appartenenza al mondo occidentale e nella promozione dei processi di integrazione europea. In questa chiave, in particolare, si colloca senz'altro la lettura dell'identità costituzionale italiana in più occasioni accolta dalla Presidenza della Repubblica nell'ultimo ventennio⁹¹. La stessa giurisprudenza costituzionale più recente quanto ai rapporti tra Italia e Unione europea, nelle sue linee di fondo, ha evitato di fare propria una lettura "sovranista" della dottrina dei "controlimiti" – già utilizzata nei confronti del diritto concordatario e del diritto internazionale⁹² – che pure le era stata da più parti prospettata; e, al contrario, ha applicato tale dottrina, seppure sempre in termini ipotetici, in chiave collaborativa e dialogica, facendo cioè ampio uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e altresì inquadrando le tipicità italiane nell'ambito di più generali "tradizioni costituzionali comuni" esplicitamente riconosciute in ambito CEDU⁹³.

Certo, tutto ciò non esclude che, sul piano del fatto, una tale ipotesi di fuoriuscita unilaterale da questi trattati, ancorché assai remota, si concretizzi, in una fase o nell'altra. Ma se ciò dovesse accadere – specie dopo aver visto,

⁹⁰Ad esempio, nel senso che tale apertura inevitabilmente comporti l'apertura agli stessi mercati globali cfr. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia*, cit., p. 40. Nel senso che essa implichi una permeabilità dell'ordinamento italiano nei confronti dell'ispirazione universalistica del costituzionalismo contemporaneo cfr. ONIDA, *La Costituzione*, II ed., Il mulino, Bologna, 2007, p. 117.

⁹¹Ampie indicazioni, riferite alle presidenze di Ciampi, Napolitano e Mattarella, in FABBRINI, POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, edited by E. van der Schyff, D. L. Callies, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 201 s. (rilevando come gli ultimi Presidenti della Repubblica abbiano tutti letto il processo di integrazione europea come una parte della missione costituzionale italiana).

⁹²Cfr. rispettivamente la sentenza n. 18 del 1982 e la sentenza n. 238 del 2014 (in ambedue i casi in dialettica con i giudici di altri ordinamenti, e invocando quale principio supremo il diritto di difesa).

⁹³Sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti a un dibattito ormai sterminato, a N. Lupo, *La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Franco Pizzetti* (anticipato su www.amministrazioneincammino.luiss.it, 27 marzo 2020).

attraverso la vicenda della Brexit, quali e quanti mutamenti 44 anni di integrazione europea abbiano comportato sui caratteri fondamentali dell'assai più antico ordinamento costituzionale del Regno Unito⁹⁴ – sarebbe davvero difficile negare che saremmo di fronte ad una “nuova” Costituzione: una Costituzione, in effetti, radicalmente diversa, sin nei suoi principi supremi e identitari, rispetto a quella che ha retto la Repubblica italiana nel suo primo settantennio di vita.

Nicola Lupo

*Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico
nell'Università Luiss “Guido Carli” di Roma*

⁹⁴Per tutti, cfr. ELLIOTT, WILLIAMS, YOUNG, *The Miller Tale: An Introduction*, in *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, edited by M. Elliott, J. Williams, A.L. Young, Hart, Oxford, 2018, p. 1 s., spec. p. 38.

SOCI E CREDITORI NELLA CRISI DELL'IMPRESA BANCARIA RIFLESSIONI DALLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA *

*(Shareholders and stakeholders in the banking crisis. Remarks from
Regional Administrative Courts)*

ABSTRACT: *The article aims to investigate the legal protections that shareholders and stakeholders of a bank have both in the system of banking crisis. On the one hand, it seeks to propose a different approach to the study of banking crisis, highlighting the different role that equity plays in banking discipline and, on the other hand, highlighting that the protection mechanisms provided for shareholders and creditors must be interpreted as instruments of market protection.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 1.1. I fatti di causa: il contenuto del programma di risoluzione. - 1.2. I motivi di ricorso e la pronuncia del TAR.2.. Premessa: il piano dell'indagine e le criticità della giurisprudenza in commento. - 3. Le regole di protezione per azionisti e creditori tra tutela esterna e interna. - 3.1.(Segue).Le regole di protezione: l'amministrazione straordinaria. - 3.2.(Segue).Le regole di protezione: la procedura di risoluzione. - 4. Prospettive di indagine e conclusioni: investimento e finanziamento nel modello bancario.

1. Il contenzioso scaturito dal caso delle "quattro banche" poste in risoluzione¹ è stato di recente definito dal TAR del Lazio, con cinque pronunce,

*Contributo approvato dai revisori.

¹Si tratta, come noto, della Cassa di Risparmio di Ferrara, di Cari Chieti, di Banca Etruria e di Banca Marche. Per completezza si precisano gli estremi delle pronunce in commento: 1) la n. 165 del 2017 promossa da Codacons per conto di proprietari di azioni ovvero di obbligazioni subordinate emesse dai quattro istituti di credito fatti oggetto della procedura di risoluzione; 2) la n. 12888 del 2016 inerente al giudizio incardinato da azionisti e portatori di obbligazioni subordinate emesse dalla Banche Marche; 3) la n. 166 del 2017 relativa al giudizio incardinato dall'azionista di maggioranza

rigettando i ricorsi promossi da alcuni azionisti e portatori di obbligazioni subordinate nei confronti dei provvedimenti di risoluzione adottati dalla Banca d'Italia.

Tali pronunce offrono l'occasione per affrontare uno dei principali problemi – avvertito specialmente nei recenti studi del diritto societario della crisi² – che la nuova procedura di risoluzione³ pone: quello relativo alle tutele che azionisti e

della Cassa di risparmio di Ferrara; 4) la n. 12886 del 2016 che ha giudicato sul ricorso promosso da un azionista di Banca Marche; 5) la n. 12887 del 2016, sempre riguardante un altro ricorso amministrativo promosso da alcuni azionisti e portatori di obbligazioni subordinate emesse dalla Banche Marche.

Per una panoramica generale di tale tema v. D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Torino, 2017, p. 173 ss., p. 177 ss.; per qualche considerazione critica si veda SANTONI, *Tre interrogativi sull'operazione di salvataggio delle quattro banche. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, 11, 2016, *passim*.

²Si veda sul punto, tra i vari, MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss.; TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. soc.*, 6, 2013, da pag. 1114 ss..

È tuttavia singolare che il rapporto tra procedure concorsuali e norma societaria sia stato principalmente studiato – perlomeno allo stato – in ordine ai doveri degli amministratori in prossimità della situazione di crisi e alla loro, connessa, responsabilità: senza pretesa di esaustività cfr. ANGELICI, *La società per azioni, I, Principi e problemi*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 387 ss.; MAZZONI, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Amministrazione e controllo nel diritto disocietà. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 813 ss.; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, 609 ss.; VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, 128 ss.

³I d.lgs. nn. 180 e 181 del 2015 hanno recepito nel nostro ordinamento la direttiva BRDD, il primo, introducendo una nuova disciplina sulla risoluzione dell'impresa bancaria, il secondo, novellando le regole in materia di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa. Nel proseguo del discorso, per chiarezza espositiva, si precisa che quando si farà riferimento alle norme introdotte dal d.lgs. n. 180 del 2015 verrà richiamato solamente il numero dell'articolo senza riproporre per intero l'indicazione del decreto stesso.

Tale intervento si iscrive all'interno del seguente quadro istituzionale: (i) il regolamento n. 806 del 2014 ha istituito il *Single Resolution Mechanism* (c.d. SRM) volto a stabilire "norme e procedure uniformi per la risoluzione degli enti creditizi"; (ii) il regolamento n. 1024/2013/UE ha attribuito compiti di vigilanza prudenziale alla Banca Centrale Europea dando vita al *Single Supervisory Mechanism* (c.d. SSM), che si fa carico di precisare il riparto di competenze con ciascuna Autorità di vigilanza degli Stati membri.

creditori potrebbero invocare a conforto delle proprie posizioni partecipative⁴.

1.1. I principali fatti di causa possono così riassumersi: (i) la Banca d'Italia ha posto in risoluzione le suddette quattro banche, già sottoposte da amministrazione straordinaria, all'esito della valutazione provvisoria ex art. 25; (ii) il programma di risoluzione si è articolato come segue: (iia) riduzione integrale ex art. 27 co.1 lett. b) delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, nonché del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri, anche per la parte non conteggiata nel capitale regolamentare; (iib) cessione delle attività della banca in risoluzione all'ente ponte costituito con d.l. n. 183 del 22 novembre 2015; (iic) cessione dei crediti in sofferenza da questo ad una società veicolo il cui oggetto sociale è rappresentato dalla gestione dei crediti in sofferenza⁵.

Si osservi che all'esito della *valutazione provvisoria* ne è seguita, come richiede l'art. 25, una *definitiva* – intervenuta nel corso della procedura di risoluzione e predisposta da un esperto indipendente – che ha confermato le percentuali di svalutazione delle partite deteriorate e il conseguente aggravio del rischio di liquidità.

⁴Peraltro si noti che alcune disposizioni, tra quelle previste dal d.lgs. n. 180 del 2015, pongono dubbi di legittimità costituzionale: ad esempio si pensi all'art. 95 co.2 nella parte in cui recita: "Nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi si presume fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico". Oppure si rifletta anche sulle limitazioni in materia di mezzi di prova: in tal senso, lo stesso art. 95 disapplica gli artt. 19 e 63 co.4 del Codice del processo amministrativo.

⁵Più nel dettaglio, il programma di risoluzione – finanziato con l'intervento del Fondo interbancario di tutela dei depositi (c.d. FITD) contemplava: (i) la riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare; (ii) la cessione di diritti, attività e passività a favore di enti ponte di nuova costituzione, fatta salva la possibilità che la Banca d'Italia ne disponga il (ri)trasferimento alla banca in risoluzione per effetto del provvedimento in oggetto; (iii) la permanenza della restante parte del debito subordinato in capo alla banca in risoluzione destinata a coprire le perdite.

1.2. Come si diceva, il TAR Lazio ha rigettato – ponendo a base del proprio *iter* argomentativo la discrezionalità tecnica che connota i provvedimenti dell'Autorità di risoluzione⁶ – il ricorso di azionisti e portatori di obbligazioni subordinate. Vediamo sulla base di quali motivazioni:

- a. l'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia ha portato alla luce la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 17 in quanto: (i) come emerso dalla valutazione provvisoria, non soltanto le attività erano inferiori alle passività, ma – in chiave *prospettica* – la banca non sarebbe stata in grado di pagare i debiti alla scadenza; (ii) già il provvedimento di amministrazione straordinaria, oltre a perdite del patrimonio di eccezionale gravità, evidenziava criticità negli assetti di *governance* e nel processo del credito; (iii) sono state effettuate le valutazioni in ordine all'interesse pubblico nell'ottica di garantire la prestazione delle *funzioni essenziali* e di tutelare la posizione dei *depositanti*;
- b. la prospettica valutazione di cui all'art. 25 (*i.e.* condotta direttamente dai commissari straordinari)⁷ ha dimostrato che l'unica alternativa alla

⁶Più in generale, inoltre, non può omettersi di dubitare circa l'efficacia del sindacato sull'azione esercitata dall'Autorità di vigilanza, perlomeno ove esso si arresti innanzi alla discrezionalità tecnica di quest'ultima limitando il sindacato ai profili di legittimità dell'atto. Già in altro ambiente normativo – quello che si pone a presidio degli assetti concorrenziali del mercato – si è sottoposto a revisione critica il sindacato amministrativo proprio in quanto impedisce di sostituire la valutazione tecnica del giudice all'operato della stessa autorità (in questi termini, con particolare chiarezza, DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, da pag. 716 ss., ma spec. p. 721. Per quanto concerne l'estensione, al sindacato sui provvedimenti delle autorità finanziarie, dei principi sviluppati nell'ambito della cognizione delle scelte effettuate dalla Autorità garante per la concorrenza e per il mercato sui concetti giuridici indeterminati e sulla discrezionalità tecnica si veda E.L. CAMILLI, voce *Autorità di vigilanza (profili normativi)*, *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 2012, p. 172 ss., 177, testo e nt. 62).

⁷Detta valutazione, sempre secondo le pronunce che si annotano, nemmeno si porrebbe in contrasto con il requisito di indipendenza *ex art.* 23 co. 2: il rapido approssimarsi della crisi di liquidità, in uno

risoluzione fosse la liquidazione di tutte e quattro le banche tenuto conto che l'eventuale intervento del Fondo di tutela dei depositi si sarebbe posto in contrasto con la normativa in materia di aiuti di stato (il che, per l'appunto, giustificerebbe l'assenza di alternative di mercato)⁸.

2. Il presente lavoro si propone, muovendo sia dalle conclusioni del giudice amministrativo sia dal dato normativo di nuova introduzione, un duplice obiettivo: (i) per un verso, di constatare se detta disciplina – nel ribadire, tra gli obiettivi perseguiti, quello della tutela del risparmio e della stabilità del sistema – sia in grado di proteggere adeguatamente azionisti e creditori; (ii) su un piano più generale e per altro verso, di evidenziare come la salvaguardia dei valori economici a questi riferibili dipenda dalla peculiarità della loro posizione partecipativa rispetto all'organizzazione societaria di diritto comune.

In via preliminare, sia consentito evidenziare non soltanto il piano d'indagine, ma anche alcuni vizi nell'*iter* argomentativo seguito dal TAR. Entrambi i discorsi sono, infatti, prodromici ad una più esatta definizione del problema cui si intende fornire risposta.

A. La valutazione *ex art. 25⁹* e la gestione dei crediti deteriorati¹⁰, in base alla

con l'impossibilità di proseguire l'attività d'impresa, ha suggerito di affidare la valutazione di attivi e passivi direttamente all'organo commissariale.

⁸Per alcune recenti riflessioni cfr. LENER, *Risoluzione e aiuti di Stato. Alcuni orientamenti della Commissione Europea a confronto*, in AGE, vol. 2, a cura di Raffaele Lener, Umberto Morera e Francesco Vella, *Banche in crisi. Chi salverà i depositanti?*, Bologna, 2016, da pag. 581 ss., spec. p. 585, p. 587 ss..

⁹L'avvio di una procedura di risoluzione, come noto, deve essere preceduto da una valutazione degli attivi e dei passivi da parte di un esperto indipendente.

A. Lo studio del plesso normativo di riferimento consente di porre in risalto i seguenti aspetti: (i) la valutazione degli attivi e dei passivi che precede l'avvio della risoluzione deve essere equa, prudente e reale; (ii) la finalità deve essere quella di accertare l'esistenza dei presupposti per la risoluzione,

giurisprudenza che si commenta, sono entrambi punti di vista privilegiati attraverso cui testare l'efficacia delle tutele per soci e creditori: intendendo, per tali, non solo quelle che potremmo definire *esterne* – composte cioè da strumenti dettati a

oltre che di selezionare le azioni più appropriate. Ove si ricorra agli strumenti del *bail-in* e della cessione di beni e rapporti, la valutazione si deve fare carico anche di:

- a) quantificare l'entità della riduzione e conversione delle passività ammissibili;
- b) individuare i beni e i rapporti giuridici che possono essere ceduti all'ente-ponte e quantificare gli eventuali corrispettivi da corrispondere, a fronte della cessione, all'impresa sottoposta a risoluzione.

La determinazione del tasso di insolvenza e delle perdite da fronteggiare nell'ambito della risoluzione viene scissa in due momenti distinti: (i) uno, per così dire, istantaneo, quando la valutazione stessa viene effettuata; (ii) l'altro prospettico rinviando, quando possibile, alla finestra temporale in cui si ricorre all'azione di risoluzione (i.e. piuttosto che all'esercizio del potere di riduzione o conversione degli strumenti di capitale indicati dall'art. 24).

B. Ragioni di urgenza giustificano l'avvio di una valutazione provvisoria, tale – di là da chi la predispone – soprattutto per una stima che: (i) si deve fare carico di accertare “eventuali ulteriori perdite”, rispetto a quelle già constatate in sede di amministrazione straordinaria; (ii) è soggetta non a tutte le regole di cui all'art. 24.

C. Ne consegue che la valutazione provvisoria è tesa esclusivamente all'accertamento dei presupposti per la risoluzione, sì quantificando l'entità della riduzione/conversione necessaria per giungere al risultato, ma disinteressandosi di ancorarla alla stima delle perdite. A riprova di ciò, l'art. 25 co. 2 circoscrive detta stima a quanto già emerso durante la gestione coattiva dei commissari; curandosi di imporre a carico di essi obblighi di motivazione quando le perdite risultino superiori a quanto accertato durante l'amministrazione straordinaria.

¹⁰La gestione dei crediti deteriorati costituisce un momento centrale del governo dei rischi, che a sua volta rappresenta il cuore delle prerogative riconosciute agli amministratori di una banca: tant'è vero che la BCE ha posto in consultazione delle apposite linee guida (c.d. “*Draftguidance to banks on non-performingloans*”), in ossequio al criterio di proporzionalità, le quali suggeriscono alle banche quali presidi di governo societario da adottare in ordine alle azioni di indirizzo e al relativo processo decisionale.

Può da subito osservarsi che prerogative siffatte – muovendo dall'art. 72 co.1 t.u.b. – andrebbero estese anche ai commissari straordinari, anche perché – come è a dirsi nel caso di specie – la svalutazione dei crediti deteriorati ha contribuito all'integrazione dei presupposti *ex art. 17*: essi dovrebbero, per un verso, approvare i piani operativi per la gestione dei *non-performingloans* assicurando sufficienti controlli sui relativi processi interni e, per altro verso, garantire un adeguato flusso informativo sia *endosocietario* (con i relativi comitati interni a ciò specificamente dedicati) sia *esosocietario* (predisponendo report periodici da trasmettere alla BCE). Il profilo più delicato diviene la necessità di verificare – sul piano procedimentale – se residui un ambiente normativo di protezione di interessi diversi da quelli di cui l'azione di vigilanza si fa portatrice. Non dovrebbe sfuggire al giudice amministrativo, pur nei limiti intrinseci rivenienti in siffatta giurisdizione, che l'assetto di poteri riconosciuto alla gestione commissariale – attesa la funzione cui è preposta – attiene ad operazioni di risanamento e, in definitiva, di riorganizzazione; con il che anche il problema inerente ai crediti deteriorati, andrebbe valutato alla luce delle scelte dai commissari effettuate (quando, chiaramente, ad essi imputabili).

misura degli assetti del mercato creditizio e che, *in via mediata*, si ripercuotono sull'organizzazione dell'impresa bancaria – ma anche *interne*, quale plesso di poteri riconosciuti dalla disciplina societaria di diritto comune, ma con le peculiarità dettate dalla legislazione bancaria.

Sulla scorta del segnalato binomio di tutele si procederà analizzando partitamente il plesso normativo della procedura sia di amministrazione straordinaria sia di risoluzione. Può essere utile anticipare:

- a. quanto alla prima, che nel rapporto tra gestione coattiva – tipica di detta procedura – e tutela degli azionisti e creditori, le misure *esterne* e *interne* a loro protezione sono strettamente intrecciate non essendo agevole, come si vedrà¹¹, individuare lo iato tra le une e le altre;
- b. quanto alla seconda, che è più agevole distinguere gli *strumenti* attivabili dall'Autorità di risoluzione¹² – dettati, principalmente, a presidio del mercato creditizio – dai *poteri* posti dalla norma *direttamente* in capo ai soci e, più in generale, ai finanziatori dell'iniziativa economica. Invero, le riflessioni della dottrina si sono soffermate più sui primi che non sui secondi; ma è proprio da quest'ultimi che si traggono le riflessioni di maggiore interesse affinché possa compararsi – tramite i rispettivi sistemi normativi di “governo” delle crisi¹³ - il modello azionario con quello

¹¹V. i successivi §§ 2.2., 3 ss. e spec. § 3.1.. E mi riferisco alle, ancora profondamente attuali, riflessioni di NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese: il modello dell'amministrazione straordinaria delle banche*, Milano, 1985, *passim*, spec. pp. 103 ss., 108 ss., e p. 111 per l'individuazione delle diverse “classi” di conflitti in concreto verificabili.

¹²Ed infatti: (i) l'una, volta a ricostituire le stesse posizioni partecipative in esito ad una valutazione seguente quella di urgenza *ex art. 25*; (ii) l'altra, riprendendo soluzioni già sperimentate in ambito concordatario, che impone un raffronto tra procedure *risolutiva* e *liquidativa* (rapporto che si traduce nell'oramai noto principio del *no creditor worse off*).

¹³L'alterazione dell'assetto dei poteri rispetto al modello azionario impone, per un verso, di ricostruire diversamente le prerogative esercitabili nelle operazioni finanziarie (perlomeno per quelle che, pur astrattamente, sono idonee ad influenzare le successive valutazioni dell'esperto

bancario.

B. Si può dire, ancora in via preliminare, che la nuova procedura di risoluzione esaurisce [apparentemente] il sistema di tutele nel rispetto del principio del *no creditor worse off*, basato – come noto – su un sistema di valutazione esterno (perché rimesso alla scelta discrezionale della Banca d'Italia) rispetto al quale sembrerebbe che nulla si possa eccepire (se non nei limiti stabiliti dal combinato disposto degli artt. 26 e 87 ss.)¹⁴.

Tuttavia, già l'*iter* argomentativo seguito dalla giurisprudenza in commento presenta un'incoerenza sistematica di non poco conto: (i) in primo luogo, non si è tenuto in nessuna considerazione l'art. 88 co.1 che impone alla Banca d'Italia la nomina di un esperto indipendente *a seguito* delle azioni di risoluzione per determinare l'eventuale differenza di trattamento ricevuto dai soci e dai creditori. Il dato normativo è inequivocabile nella parte in cui tiene distinta siffatta valutazione da quelle previste dal titolo IV, cap. I, sez. II (che attengono, lo si noti incidentalmente, a quella definitiva di cui all'art. 25 co.3)¹⁵;(ii) inoltre, come non si è

indipendente) e, per altro verso, di circoscrivere l'ambito di sospensione *ex art.* 35 attribuendo ad azionisti e creditori talune prerogative interne alla risoluzione stessa (e ciò specialmente quando ai commissari speciali si affianchino anche amministratori e sindaci).

¹⁴Il sistema di tutele si esaurirebbe in un duplice versante: (i) i finanziatori non possono essere soggetti ad un trattamento peggiore rispetto a quello che avrebbero ottenuto in sede di liquidazione coatta amministrativa (o comunque di altra procedura concorsuale: cfr. artt. 22 co.1 lett. c), 87 co.1 e 88); (ii) ciascun socio o creditore ha diritto ad ottenere dal fondo di risoluzione un *indennizzo* in tutti quei casi in cui risulti aver subito una perdita maggiore di quella che sarebbe su di questi gravata nell'ambito delle richiamate procedure concorsuali (*i.e.* la somma deve essere pari, non superiore, alla differenza tra tali valori come recita l'art. 89).

¹⁵Anzi: le pronunce del TAR giungono a collegare, acriticamente, l'eventuale corresponsione dell'indennizzo (*i.e.* il cui riconoscimento richiede, per l'appunto, una comparazione tra procedura *risolutiva* e procedura *liquidativa*; ma che non potrebbe realizzarsi ove la prima sia appena iniziata) alla valutazione *ex art.* 25 co.3, la quale – invero – deve leggersi in tutt'altra prospettiva. Essa, infatti, serve a fornire elementi utili al fine di ripristinare, in tutto o in parte, la posizione partecipativa degli azionisti e dei creditori.

mancato di evidenziare¹⁶, il *confronto* con la procedura di liquidazione coatta amministrativa non può limitarsi ai dati economico-patrimoniali delle banche sottoposte a risoluzione, quanto piuttosto estendersi a tutti gli *assets* tra cui le azioni di pertinenza della massa (*i.e.* nelle quali far rientrare, perlomeno, l'esercizio delle azioni revocatorie e di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo).

3. Una riflessione su *quali regole* soci e creditori avrebbero potuto invocare a "salvaguardia dell'appartenenza"¹⁷ dei valori economici di riferimento è necessitata – lo si è detto – dal contenzioso in oggetto: esso ha messo in luce – sotto il profilo delle tutele sia *esterna* sia *interna* – una profonda carenza delle "forme tecniche" in grado di attenuare le negative ripercussioni su quelle posizioni pregiudicate, pur a diverso titolo, dal danno riflesso¹⁸.

3.1. Le premesse in fatto inducono, in primo luogo, a concentrare

¹⁶Questo passaggio, in verità, è poco frequente nelle osservazioni avanzate dalla lettura specialistica: diversamente, quindi, dall'impostazione maggioritaria cfr. il puntuale e condivisibile commento di VATTERMOLI, *Il bail-in*, in *L'Unione Bancaria Europea*, a cura di M.P. CHITI - V. SANTORO, Pacini, 2016, spec. p. 522.

¹⁷Così espressamente ANGELICI, *La società*, *op. cit.*, p. 77.

Ricerca, questa, particolarmente complessa in considerazione del fatto che non sempre è possibile individuare regole precise che espressamente si riferiscono, alternativamente o cumulativamente, alla tutela del socio e del creditore. Anche ove ciò sia espressamente indicato (*i.e.* e si pensi, in tal senso, al principio del *no creditor worse off*), infatti, andrà compreso quale sia il criterio di interpretazione della regola, onde non giungere ad esiti che semplifichino eccessivamente le problematiche applicative.

¹⁸Il che evoca problematiche di più vasta portata come quella inerente al rapporto tra fenomeno societario (e sue disfunzioni) e diritti umani: in questo senso cfr. l'interessante ricostruzione di CARRARO, *Società di capitali e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2012, da pag. 205 ss., p. 221 ss., spec. p. 223 ss.; per quanto attiene più direttamente alle nostre vicende si veda GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 12, 2015, da pag. 1485 ss., spec. p. 1492 ss..

l'attenzione sulla gestione coattiva ex artt. 70 ss. t.u.b.¹⁹.

Il modello dell'amministrazione straordinaria²⁰ se, per un verso, presuppone il carattere *amministrativo* della procedura, per altro verso, non prevede strumenti di composizione di possibili, quanto fisiologici, *interessi privati* e inevitabilmente in *conflitto* con le istanze di cui si rende portatrice l'Autorità.

Queste conclusioni possono – tenuto anche conto delle circostanze che hanno originato il contenzioso – rimeditarsi in uno con il segnalato binomio di tutele: a tale riguardo, la separazione tra *piano esterno* e *interno* può cogliersi, perlomeno, in ordine alle problematiche che seguono.

A. Già sotto la vigenza della legge bancaria del 1936 è stato acutamente notato²¹ che l'azione dei commissari straordinari, diversamente da quanto avviene nell'amministrazione straordinaria "comune"²², risentirebbe *in negativo* dell'assenza di linee programmatiche da seguire; di un piano, cioè, che sia in grado di porsi come argine al potere discrezionale dell'Autorità di vigilanza.

Questa criticità è stata, in parte, mitigata dall'introduzione degli artt. 69-*ter* ss. t.u.b. in materia di piani di risanamento: in essi sono previste misure, oggetto tra l'altro di periodico aggiornamento (cfr. art. 69-*quater* co.5 t.u.b.), tese al riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria in caso di suo significativo deterioramento. Ma tale previsione potrebbe considerarsi insufficiente se gli

¹⁹ Anch'essa oggetto di alcuni ammodernamenti per effetto del d.lgs. n. 181 del 2015: cfr. i riferimenti alla precedente nt. 3.

²⁰In ordine all'evoluzione del modello di amministrazione straordinaria cfr. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) M. Bessone, vol. XXV, Torino, 2012, da pag. 114 ss., 116 ss., spec. p. 119.

²¹In questi termini NIGRO, *Crisi e risanamento delle imprese*, *op. cit.*, pp. 61, 62 ss. e 113 ss..

²²Circa il contenuto del *programma* e il relativo *iter* procedimentale v. NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2014, 491 ss. e spec. p. 495 in ordine al potere di approvazione da parte del Ministero dello sviluppo economico.

amministratori, di concerto con l’Autorità, dispongano degli *interessi patrimoniali* di azionisti e creditori: si tratterà di configurare *poteri interni* tramite cui recuperare, nei rapporti di vigilanza, anche le istanze di cui questi sono portatori.

Perché ciò avvenga – e per assegnare una logica normativa alla condivisione con la Banca d’Italia dei mutamenti della struttura organizzativa e della struttura finanziaria del soggetto vigilato – si ritiene che i *poteri* e le *funzioni* dei commissari debbano stabilirsi *ex art. 72 t.u.b. in coerenza* con il contenuto di tali piani oggetto di precedente confronto con gli stessi soci ove si dovesse loro riconoscere *competenze implicite*²³.

B. La disciplina dell’amministrazione straordinaria – inoltre – è caratterizzata da una, ancorché imperfetta²⁴, *sospensione delle funzioni assembleari*²⁵.

²³In tal senso numerosi sono gli autorevoli studi che si sono pronunciati in materia: in questa sede può bastare il rinvio a PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in ABBADESSA, PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, vol. 2, Torino, 2006, pp. 3 ss.; v., più di recente, MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 2/3, 336 ss. e ID, *Le deliberazioni assembleari “consultive” nella società per azioni*, in Liber amicorum *Abbadessa*, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarrone-Alibrandi, 1, Torino, 2014, spec. pp. 828 ss..

²⁴Questa, tuttavia, non è l’impostazione maggioritaria. E cfr. infatti NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali*, *op. cit.*, spec. p. 124 ove si afferma che “per effetto del provvedimento di gestione o amministrazione straordinaria l’intero assetto di poteri e competenze concretanti l’organizzazione societaria viene, per così dire, tagliato fuori e collocato in uno stato di quiescenza: ad esso subentra un nuovo e diverso apparato imperniato sui c.d. *organi straordinari*”.

²⁵Si vuole dire che non si ritiene affatto scontato che vi sia un’eliminazione delle prerogative riconosciute alla partecipazione sociale e ciò per una serie di concomitanti ragioni, tutte basate su di una stretta interpretazione del dato normativo: (i) l’art. 70 co.2 t.u.b. parla di una sospensione delle funzioni assembleari. Quindi, per un verso, si fa riferimento a funzioni di un organo e non a diritti amministrativi dei soci (*i.e.* e, quindi, anche ai poteri necessari per l’esercizio di questi) e, per altro verso, si evoca uno stato di quiescenza del potere e non di una sua eliminazione; (ii) l’art. 72 co. 6 t.u.b. consente comunque l’esercizio del diritto di voto, anche se su impulso dei commissari straordinari; (iii) in alcuni casi specifici, come quello previsto dal co.5 dell’art. 72 t.u.b. si consente di promuovere, da parte dei commissari, l’azione sociale di responsabilità nei confronti dei disciolti organi di amministrazione e controllo. Con il che sembrerebbe, appunto, che la situazione di potere non viene meno, ma semplicemente in capo ad altri allocata; (iv) lo stesso art. 72 t.u.b., al co. 9,

B.1. Detta sospensione permette, specialmente agli azionisti, di affidarsi ad un apparato esterno non limitato alla sola gestione coattiva, ma che finisce per esercitare anche prerogative amministrative ad essi spettanti. Si consideri:

- a) la possibilità per la Banca d'Italia di limitare i poteri e le funzioni di amministrazione attribuite ai commissari dall'art. 72 co.1 t.u.b.;
- b) che il nuovo co.1-*bis* dell'art. 72 t.u.b., prima dell'introduzione del d.lgs. n. 181 del 2015, consentiva agli azionisti di impugnare innanzi al tribunale gli atti dei commissari; mentre oggi, significativamente, il legislatore affida la tutela di questi alle limitazioni dei compiti dei commissari (o, piuttosto, all'esercizio di poteri peculiari rispetto a quelli indicati nella prima parte della stessa disposizione) ad opera della Autorità di vigilanza in sede di atto di nomina. Ciò, tuttavia, non giustifica il mancato ricorso a qualsivoglia impugnativa: sarà compito dell'interprete, piuttosto, verificare sia il tipo di azione esperibile sia anche la giurisdizione competente in materia;
- c) che la revoca o la sostituzione dei commissari è attribuita esclusivamente all'Autorità di vigilanza;
- d) che l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti dei disciolti organi di amministrazione e controllo non è rimesso alla deliberazione assembleare, ma agli organi nominati dall'Autorità e previa autorizzazione di questa.

consente di agire nei confronti dei commissari e dei componenti il comitato di sorveglianza (limitatamente ai casi di dolo o colpa grave). Anche se la disposizione nulla dice in merito non sembrerebbe improbabile ritenere che a tale strumento ricorrano anche gli azionisti: la cui decisione di incardinare il giudizio dovrebbe, allora, assumersi con il metodo assembleare proprio per la congerie di interessi sottesa alla problematica affrontata.

B.2. La gestione commissariale – entrando le misure di cui sopra all'interno dell'organizzazione societaria – si crede debba trovare canali di dialogo con le *istanze private* di chi ha investito nell'iniziativa economica: ciò, tuttavia, può avvenire solamente riconoscendo nel sistema prerogative esercitabili perlomeno dagli azionisti. A tacere d'altro non sembra inconferente ritenere il combinato disposto dei co.2 e 7 dell'art. 70 t.u.b. – nella parte in cui direziona la denuncia delle gravi irregolarità [alla Banca d'Italia] verso i “soggetti con funzioni di amministrazione” – estensibile ai commissari straordinari, cui la norma riconosce l'esercizio di tutte le funzioni gestorie, ivi compresa – ai nostri particolari fini – la gestione dei crediti deteriorati²⁶.

Le disposizioni citate, questa volta sul piano interno all'organizzazione societaria, si crede rappresentino tenui tracce normative atte a giustificare il dialogo tra l'azionista – pur rappresentativo ex artt. 2409 co.1 cod. civ. e 70 co.7 t.u.b. di una determinata aliquota del capitale sociale (peraltro statutariamente modificabile) – e l'Autorità di vigilanza affinché il primo possa rappresentare alla seconda violazioni causative di un danno al patrimonio della banca (o a società da essa controllate)²⁷.

²⁶ Inequivoca, in questo senso, è la disposizione di cui all'art. 72 co.1 t.u.b. e, pur in via mediata, del nuovo art. 77-bis t.u.b..

Anche limitando la prospettiva ad un'interpretazione letterale della norma, è certamente vero che essa richiama – tra i soggetti legittimati – anche l'organo di controllo; ma è altrettanto certo che se, per un verso, questo può sciogliersi per effetto del provvedimento di amministrazione straordinaria, per altro verso, le funzioni assembleari sono semplicemente *sospese* e non cancellate.

²⁷ Una precisazione è, a questo punto, doverosa. Le considerazioni espresse nel testo non valgono, si badi bene, a rievocare il noto, quanto oramai superato, dibattito in merito al concetto – statico – di diritto individuale (sulla ricostruzione della tematica v., tra i molti, PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, *passim*, p. 6 ss.; per ulteriori spunti ANGELICI, *La società, op. cit.*, p. 59, testo e nt. 94), quanto, piuttosto, di stabilire le linee direttrici tramite cui selezionare regole oggettive che si pongano a presidio del valore economico di cui azionisti e creditori si rendono portatori (d'altronde, l'allontanamento dal piano del diritto soggettivo è dettato dalla nota

3.2. Parimenti complessa è la ricostruzione del sistema di tutele quando viene disposto l'avvio di una procedura di risoluzione. Anzi – stando alla previsione *ex art. 35 co.1 lett. a)* – il quesito posto in premessa parrebbe di dubbia utilità atteso che la caratteristica della risoluzione è la *disattivazione forzata* delle prerogative amministrative²⁸, la tutela giurisdizionale – rispetto alle posizioni partecipative – esaurendosi nell'impugnativa delle decisioni *ex art. 26 co. 1*²⁹.

Una conclusione siffatta pare suscettibile di revisione critica³⁰, in primo luogo, perché non tiene conto delle peculiarità caratterizzanti le *regole societarie* quando riferite all'impresa bancaria. Sia lo studio delle operazioni impattanti, ancorché in via potenziale, sulla valutazione provvisoria³¹ sia l'analisi degli effetti che detta procedura ha rispetto all'organizzazione societaria³² conducono – si ritiene – ad un'opposta visione del sistema.

impostazione teorica che guarda all'essenza del fenomeno associativo e alle sue caratteristiche dinamiche: così FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001, p. 238 ss., spec. p. 300 ss.).

²⁸In altre parole, il meccanismo di protezione in discorso si esaurirebbe, per un verso, nel rispetto del *no creditor worse off* e, per altro verso, nel riconoscimento di un indennizzo nei termini previsti dall'art. 89: sul punto v. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea, op. cit.*, p. 366.

In merito alle problematiche che già un sistema di tutele e salvaguardie siffatte pone sia consentito rinviare alle riflessioni di cui ai precedenti §§ 2 ss. e, in specie, al § 2.1.. Circa l'equiparazione tra soci e creditori anche sul piano della tutela loro riconosciuta v. FERRI jr., *La posizione dei soci, op. cit.*, p. 819.

²⁹Deve osservarsi, rispetto a quanto già osservato al precedente § 2.1., che il richiamo effettuato dall'art. 26 co.2 all'art. 95 si pone su un diverso piano rispetto a quello dell'indennità evocato dall'art. 88: sotto il profilo applicativo, ciò significa che nel giudizio di impugnazione promosso avverso il provvedimento di risoluzione potrà sindacarsi il sistema delle valutazioni (di cui agli artt. 23 ss.), ma solo per quanto attiene alla ricostituzione della posizione partecipativa degli azionisti e dei creditori.

³⁰A prescindere che la risoluzione sia stata, o meno, preceduta dall'amministrazione straordinaria: ipotesi, questa, già trattata nei paragrafi che precedono (e v., in specie, i §§ 2.1., 2.2.2. e 3.1.).

³¹Cfr. la successiva lettera B.

³²Cfr. la successiva lettera C.

A. Nel modello bancario, le regole poste a presidio dell'attività d'impresa (*i.e.* su tutte, quelle inerenti alla gestione delle tipologie di rischi stabilite dalla normativa di dettaglio oltre a quelle in materia di composizione dei fondi propri³³) influenzano quelle a tutela dello *shareholder's value*³⁴; con la conseguenza, ai nostri fini non priva di rilievo, che l'assetto dei poteri di diritto comune declinato nel modello azionario si altera – in quello bancario – nella sua composizione quando riferito sia alle *competenze degli organi sociali*³⁵ sia ai *poteri esercitabili dai singoli azionisti o creditori*³⁶.

B. Detta alterazione³⁷ si percepisce rispetto a materie che si pongono in

³³Regole, infatti, che attengono all'attività obiettivamente considerata e non alla forma societaria da essa rivestita.

³⁴In altre parole agli investimenti effettuati dagli azionisti (nella concezione, in termini essenzialmente finanziari, della disciplina societaria). Per maggiori approfondimenti v. il precedente § 2 e, inoltre, ci si permette di rinviare a S. CICCHINELLI, *Il governo, op. cit.*, p. 425, 426 ss., p. 438, testo e nt. 36

³⁵Tra cui, per l'assemblea degli azionisti, rilevano norme come quella di cui all'art. 2446 co.2 cod. civ.

Per uno spunto recente in merito alle problematiche segnalate nel testo cfr. N. ABRIANI, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, a cura di G. Guizzi e A. Paciello, Milano, 2016, da pag. 255 ss., spec. p. 267.

³⁶E si pensi alle prerogative *ex art. 2415 cod. civ.* contemplate per gli obbligazionisti e a come esse funzionano nella disciplina concorsuale. Problema, questo, particolarmente noto e oggetto di autorevoli studi nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile e della legge fallimentare: senza alcuna pretesa di esaustività v. FERRARA, *La posizione degli obbligazionisti nel concordato della società emittente*, in *Dir. fall.*, 1960, I, da pag. 19 ss.; cfr. anche SACCHI, *Gli obbligazionisti nel concordato della società*, Milano, 1981, passim; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9**, Torino, 1993, p. 274 ss.; più di recente DENTAMARO, *Il trattamento dei finanziatori di società di capitali*, Napoli, 2015, *passim* e spec. da pag. 40 ss.; v. anche ROSSI, *Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento delle società*, in *judicium.it*, in specie pp. 40 ss.; da ultimo, per una completa rivisitazione della problematica cfr. ALLECA, *Fallimento e regole societarie*, Milano, 2016, da pag. 232 ss., 239 ss., 253 ss., testo e nt. 1 per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁷In questi termini, i condizionamenti imposti dall'intero plesso normativo riferibile agli *investimenti* [e ai *finanziamenti*] (che qualificano la forma societaria) nell'attività creditizia (quale iniziativa economica) determinano una contrazione delle prerogative amministrative che impattano proprio sulle modalità organizzative della struttura finanziaria dell'impresa bancaria.

stretta correlazione con il problema della *valutazione provvisoria* e, *in via mediata*, con la misurazione dei crediti deteriorati.

Da un lato, la misurazione (anche *qualitativa*) effettuata dall'esperto indipendente può essere influenzata da operazioni incidenti sulla struttura finanziaria della banca e, dall'altro lato, l'esercizio dei poteri riconosciuto agli azionisti è contaminato da una *gestione prudente*³⁸ che non valorizza più, perlomeno non in via prioritaria, le istanze di chi investe a fronte di una futura, quanto eventuale, redditività. Valgano, a tale riguardo, due esempi, l'uno per il socio e l'altro per il creditore:

- a) l'art. 53-*bis* co.1 lett. d) t.u.b. consente alla Banca d'Italia di imporre "ove la situazione lo richieda" il divieto di distribuzione degli utili. Una previsione siffatta, come altrove constatato³⁹, si comprende in ragione sia della strumentalità all'attività imprenditoriale richiesta perché i valori possano computarsi nel c.d. "Tier 1 capital" sia, soprattutto, del grado di realizzabilità di questi durante la gestione stessa. La mancata distribuzione degli utili genera, pertanto, la necessità di comporre il conflitto tra le istanze degli azionisti – che in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 2433 cod. civ. ben potrebbero adottare la relativa delibera – e quella, sottesa alla previsione *ex art. 5* t.u.b., di cui si fa portatrice l'Autorità di vigilanza. In questo quadro una eventuale tutela andrebbe ricercata: (i) nell'autonomia statutaria riconosciuta agli azionisti di prevedere clausole che possano contemplare appositi *triggers*, in presenza dei quali

³⁸In contrapposizione, per l'appunto, alla *gestione remunerativa* tipica dell'impresa azionaria.

³⁹Sia consentito rinviare ancora a CICCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria*, *op. cit.*, p. 446 ss., 448 ss.. In ordine alle prerogative patrimoniali dell'azionisti v. FERRI jr., *La posizione dei soci*, *op. cit.*, p. 811. Inoltre, discorre condivisibilmente di interesse recessivo rispetto ad una *gestione remunerativa* tipica dell'impresa azionaria GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, in *Società bancarie*, *op. cit.*, p. 787 ss., spec. p. 796 testo e nt. 19.

- consentire l'automatica distribuzione degli utili; (ii) nell'azione di controllo ex art. 56 t.u.b. esercitata dalla Banca d'Italia per verificare se una modifica siffatta sia coerente con la sana e prudente gestione del soggetto vigilato. Tale interferenza di regole, l'una tipicamente contrattuale l'altra di carattere pubblicistico, si ritiene – se debitamente studiata – idonea a tutelare *tutti i finanziatori* dell'impresa garantiti da una prudente composizione qualitativa, oltre che quantitativa, dei fondi propri (e ciò, si noti, ben prima dell'adozione di un eventuale provvedimento di risoluzione da parte dell'Autorità);
- b) le operazioni di fusione, quali modalità di riorganizzazione del complesso produttivo⁴⁰ [anche] in una situazione di crisi, sono governate da meccanismi che, in una fase ancora verosimilmente lontana dalla risoluzione, impongono una compressione delle prerogative degli obbligazionisti⁴¹. La deroga al termine per proporre opposizione ex art. 2503 cod. civ. è stata giustificata dalla costante presenza di un *controllo pubblicistico* il quale, per un verso, si propone di tutelare anche i

⁴⁰In questi termini, anche nella più attenta manualistica v. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, 563 ss., 571 ss.; ma il punto era già stato autorevolmente sottolineato da FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, 7 ss.; negli stessi termini ID, *Le società*, in *Trattato Vassalli*, vol. X, t. III, 1971, p. 687 ss.

⁴¹Su tale aspetto v. il recente lavoro di MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società. Interesse sociale, ragioni dei creditori, sana e prudente gestione della banca*, Milano, 2014, *passim* e spec. p. 38 ss.; v. inoltre MAUGERI, *sub art. 57*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, a cura di Belli, Contento, A. Patroni Griffi, Porzio, Santoro, I, Bologna, 2003, p. 834 ss., spec. p. 860 ss., 861; ulteriori riflessioni, di carattere più generale, sono espresse da MARTINA, *sub art. 57*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. I, Torino, 2013, 647 ss., spec. p. 653 ss.; per alcune, ma ancora attuali, notazioni avanzata all'indomani dell'introduzione del testo unico cfr. LAMANDINI, *La disciplina "speciale" delle fusioni bancarie. Primi appunti*, in *Banca impresa*, 1996, 351 ss..

creditori⁴² (anche se il dettato di cui agli artt. 31 e 36 della legge bancaria del 1936, diversamente dall'attuale art. 57 co.3 t.u.b., era esplicito in tal senso) e, per altro verso, persegue finalità prudenziali atte a proteggere non soltanto quest'ultimi, ma anche gli azionisti⁴³. Un tale controllo – rispetto al combinato disposto degli artt. 2503 co.2 e 2445 co.3 cod. civ. che evoca l'intervento dell'autorità giudiziaria – giustifica *in via mediata* il significativo abbreviamento dei termini per proporre opposizione, a dimostrazione del fatto che anche quando sono fatte salve le prerogative previste dalla norma, in uno con il peculiare contesto normativo di riferimento, l'esercizio del potere deve ricostruirsi affinché l'obbligazionista (come a qualunque altro creditore) possa più attentamente monitorare le condizioni patrimoniali del debitore⁴⁴. A *fortiori*, si noti che – in sede di risoluzione – l'art. 99 co.1 lett. a) disapplica il diritto di opposizione nei casi di fusione o scissione⁴⁵. Limitazione, questa, che impone sì un rafforzamento dei presidi nella fase che precede alla risoluzione, ma anche un attento raffronto con tecniche non dissimili (perlomeno in via interpretativa: cfr. gli artt. 124 co.2 lett. c) e 160 co.1 lett. a) l.f.)⁴⁶.

⁴²In merito al rapporto tra giudizio di opposizione e pregiudizio dei creditori, pur nel sistema anteriore alla riforma societaria, v. FERRI jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Milano, 1998, p. 26 ss., 38 ss., p. 43.

⁴³In merito cfr. MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione*, op. cit., p. 173 ss., 231 ss.; in termini non dissimili v. MAUGERI, *sub art. 57*, p. 860.

⁴⁴Per alcune osservazioni nel senso indicato nel testo si veda MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione*, op. loc. ult. cit..

⁴⁵Sul tema v. PERRINO, op. cit., p. 372.

⁴⁶Per uno spunto v. GUERRERA - MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in *Riv. soc.*, 2008, spec p. 88 ss.; in senso non dissimile PERRINO, *Il diritto societario*, op. cit., p. 377 ss., spec. p. 378.

C. L'adozione del provvedimento di risoluzione determina – rispetto all'*organizzazione societaria* – la sospensione: (i) dei *diritti di voto* in assemblea; (ii) dei diritti derivanti dalle *partecipazioni qualificate*, ove influenzino l'impresa soggetta a risoluzione. Il quadro è completato dall'*eventualità* che ai commissari speciali continuino ad affiancarsi i componenti degli organi di amministrazione e di controllo⁴⁷.

La vicenda di cui si sta trattando (o perlomeno uno dei suoi tratti salienti) permette di capovolgere i termini del discorso. La valutazione di cui all'art. 25 – che attiene all'*accertamento delle perdite* e alla *ricostituzione del valore* delle posizioni partecipative – non legittima – diversamente da quanto si sostiene⁴⁸ – l'affidamento *tout court* della gestione dell'impresa agli organi nominati dall'Autorità di risoluzione. All'opposto, gli anzidetti obiettivi della valutazione⁴⁹ postulano misure di protezione per coloro la cui sorte proprio da essa dipenda⁵⁰. L'effetto sospensivo,

⁴⁷La scelta, in concreto, è rimessa al contenuto assunto dal provvedimento di risoluzione come emerge dall'art. 35 co.1 lett. b).

⁴⁸Sul punto v., per tutti, M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi*, op. cit., p. 366.

⁴⁹Tale valutazione è di centrale rilievo dato che, come noto, ad essa si ricorre *prima e indipendentemente* dagli strumenti di risoluzione in concreto adottati dall'Autorità.

Si ricorda, a tale riguardo, che: (i) le azioni e le obbligazioni subordinate sono state, dalla Banca d'Italia, ridotte a norma dell'art. 27 co.1 lett. b) in quanto a tale misura hanno fatto seguito sia la cessione delle attività ad un ente-ponte e sia la costituzione di una società veicolo per la gestione delle sofferenze; (ii) il provvedimento di risoluzione si è basato su una valutazione provvisoria a cui ne ha fatto seguito una definitiva; (iii) la valutazione definitiva è finalizzata “ad assicurare che eventuali perdite siano pienamente rilevate e a fornire elementi utili per la decisione di ripristinare, in tutto o in parte, il *valore dei diritti degli azionisti o dei creditori o incrementare il corrispettivo pagato* [corsivo nostro]” in conformità alle disposizioni che seguono (cfr. il co.4 dell'art. 25).

⁵⁰Il problema, anche in questo caso, merita un'attenzione – specifica anche rispetto al plesso normativo che viene a riferimento – che non può dedicarsi nell'economia di una nota a sentenza. Ad ogni modo, di là dalle diverse interpretazioni che si sono fornite, si deve rispondere all'interrogativo circa l'eventuale sussistenza di interessi dei soci durante una procedura concorsuale (*i.e.* o comunque una procedura tesa a rimuovere crisi di funzionamento dell'impresa: in questi termini, nell'inquadramento della procedura di risoluzione quale gestione straordinaria di natura amministrativa e a carattere amministrativo, v. VATTERMOLI, *Il bail-in*, op. cit., spec. p. 535): sul punto cfr. l'autorevole analisi di NIGRO, *Le società nelle procedure concorsuali*, op. cit., p. 290 ss.; v. anche e più di recente FERRI jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in A. Guacero e

in tal senso, andrebbe confinato solo nell'ambito *della regolamentazione coattiva* della crisi e quale misura esterna all'organizzazione societaria.

Ma è lo stesso dato positivo ad offrire, unitamente alle considerazioni di sistema che precedono, una diversa lettura del problema: seppur con minore forza, anche nella risoluzione si ripropone l'oramai noto binomio di tutele.

In ordine alle *misure interne*, non potrebbe precludersi:

- (i) la denuncia da parte di ciascun socio al collegio sindacale di fatti censurabili ex art. 2408 co.1 cod. civ. ove questo sia rimasto in carica in esito al provvedimento di risoluzione. Tra questi, in particolare, vi potrebbe essere l'inesatta quantificazione delle perdite (come anche dei crediti deteriorati) o l'assenza di considerazione per elementi decisivi ai fini della determinazione del valore delle azioni: d'altronde, il coinvolgimento del collegio sindacale sarebbe tutt'altro che privo di rilevanza se si considera applicabile anche in questa fase – come si ritiene – l'art. 52co.1 t.u.b. che attribuisce il potere di comunicare all'Autorità ogni *atto o fatto* che determini una irregolarità nella gestione dell'impresa bancaria;
- (ii) il ricorso, nei termini e modalità già sottolineate⁵¹, alla tutela accordata dall'ultimo comma dell'art. 70 t.u.b., che disapplica il controllo giudiziale per le società bancarie. L'interpretazione estensiva parrebbe giustificarsi, nonostante nella risoluzione manchi qualsivoglia prospettiva di riorganizzazione dell'attività, dal [diverso] *tipo normativo* di problema: in questa fase, infatti, si tratta di (ri)determinare i valori delle posizioni

M. Maugeri (a cura di), *Crisi finanziaria e risposte normative: verso un nuovo diritto dell'economia*, Milano, 2014, p. 26 ss. e spec. p. 28 ss. (precedentemente edito in *RDS*, 3 2012, da pag. 477 ss.; oltre allo studio di FERRARO, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2, 2015, p. 113 ss., spec. p. 130 ss. e 134 ss. (dove, in una chiara presa di posizione rispetto alla problematica dianzi segnalata, si discorre di “stimolo partecipativo” dei soci rispetto alla società fallita).

⁵¹Sul punto si rinvia alle notazioni contenute al precedente § 3.1..

partecipative (e non valorizzare quello complessivo dell'attività oggettivamente considerata);

(iii) un'applicabilità, pur attenuata, della disciplina societaria. È vero, ai nostri fini, che l'art. 99 si preoccupa di escludere il ricorso alle regole sulla riduzione del capitale (*i.e.* conseguente alla contrazione coatta del valore delle azioni); ma è altrettanto sicuro che “[...] le riduzioni del capitale degli enti sottoposti a risoluzione sono disposte ai sensi degli articoli 58 e 60, comma 1, lettera *h*)”. Di quelle regole, cioè, che, da un lato, fanno salva l'operatività degli organi sociali ma, dall'altro lato, legittimano l'Autorità di risoluzione a intervenire ove questi restino inerti.

Circa le *misure esterne*, si consideri:

(iv) l'utilizzo, sia per gli azionisti sia per i creditori, dei rimedi contemplati dalla misura di risoluzione adottata. E, nel caso di specie, la cessione forzosa degli attivi [e dei passivi] postula – secondo il combinato disposto degli artt. 42 co.8 e 47 co.7 – una responsabilità, per dolo o colpa grave, anche degli organi di amministrazione e controllo del cessionario nei confronti degli azionisti e dei creditori dell'impresa postain risoluzione⁵². Un sistema, questo, che schiude interessanti prospettive di indagine, specialmente per i creditori, atteso che sia l'art. 47 co.2 (secondo cui il consenso alla cessione deve ottenersi dal solo cessionario) sia l'art. 47 co.5 (che libera il cedente dagli obblighi di adempimento *ex artt.* 1273, 2112, 2558 e 2560 cod. civ.) ne comprimono oltremodo le ragioni;

(v) che il *prezzo* riconosciuto in sede di cessione coattiva degli attivi e dei passivi è sì direttamente corrisposto all'ente sottoposto a risoluzione ma: (i) la

⁵²È chiaro, peraltro, che un'azione del genere non può prescindere da una previa ricostruzione dei presupposti; prodromica, si noti, ad una esatta definizione del contenuto dell'azione stessa.

norma si preoccupa che siano garantite condizioni di mercato e trasparenza nella modalità tramite cui l'operazione è stata condotta; (ii) l'art. 47 co. 8, a condizioni specifiche e secondo quanto pattuito nello stesso atto di cessione, può prevedere il (ri)trasferimento – anche agli originari titolari – delle azioni cedute.

Se nell'ipotesi *sub (iv)* è direttamente riconosciuta in favore di soci e creditori un'azione *risarcitoria* (esterna rispetto all'organizzazione societaria perché rivolta nei confronti di soggetti ad essa formalmente estranei); in quella *sub (v)* nulla si dispone, se non i *caratteri* che l'operazione di cessione deve rispettare⁵³.

4. Dalle osservazioni che precedono è possibile desumere due conseguenze, si auspica entrambe – per quanto concettuali – in grado di definire un [diverso] approccio allo studio della crisi dell'impresa bancaria:

- a. la normativa di nuova introduzione ha contribuito a scolorire la distinzione tra soci e creditori⁵⁴, nonché concepito l'*investimento* in termini diametralmente opposti rispetto a quanto comunemente si constata per il modello azionario⁵⁵. Non come finalità (in termini di remunerazione)

⁵³Ma anche in questo caso ci si dovrebbe interrogare se sia possibile desumere dalla norma strumenti, anche *informativi*, che rendano edotti gli interessati della clausola di retrocessione e della sua portata applicativa.

⁵⁴In questi termini, cfr. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli*, in *Dir. banca merc. fin.*, 4, 2016, da pag. 757 ss., spec. p. 768. In termini non dissimili anche PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca impr. soc.*, 3, 2015, da pag. 339 ss., spec. p. 350 ss., p. 354 ss..

⁵⁵La nota oscillazione concettuale della partecipazione azionaria tra “*cosa*” e *tecnica* di identificazione dei poteri – tanto nella fase di *prevenzione* tanto in quella di *gestione* della crisi – si pone a base di detta sovrapposizione rispetto a vicende, tra cui quelle espropriative (o comunque modificative dell'originaria posizione partecipativa), che richiedono di definire strumenti di protezione non agevolmente identificabili.

La letteratura, sul punto, è pressoché sterminata: ai nostri fini si rinvia alle osservazioni di ANGELICI, *La società per azioni, op. cit.*, spec. p. 37 ss., p. 41 (testo e nt. 57) 42 ss. e 56 ss., spec.

dell'attività imprenditoriale svolta, ma come *strumento* per l'esercizio della stessa⁵⁶. Di ciò non può non tenersene conto quando vengono definite le misure a protezione dei valori economici di cui essi sono portatori;

- b. il segnalato duplice piano di tutele – *interna*, data dalla disciplina societaria di diritto comune con le peculiarità previste per quella bancaria ed *esterna*, quali strumenti di protezione per il mercato del credito, ma che inevitabilmente si ripercuotono sull'organizzazione dell'impresa bancaria – conferma la necessità di adottare, rispetto alla disciplina di diritto comune, una diversa prospettiva volta a regolare l'impresa oggettivamente considerata e il suo atteggiarsi rispetto al mercato.

Qualunque plesso normativo reca con sé – quasi inevitabilmente – incertezze *interpretative*⁵⁷ e *applicative*: difficoltà, queste, che divengono insuperabili quando

p. 78, testo e nt. 129 ove il riferimento, tra le vicende *esterne* rispetto alla partecipazione azionaria, a vicende di nazionalizzazione e confisca di partecipazioni azionarie; quanto alla ricostruzione del concetto di “partecipazione sociale” non può omettersi il rinvio alle osservazioni di RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, spec. p. 88 ss., 96 ss. e 129 ss.; v. anche VISENTINI, *Azioni di società*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, in specie da pag. 972 ss., p. 980 ss.; più di recente e in una impostazione non dissimile da quella adottata in questa sede MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, *passim* e spec. p. 39 ss., 88 ss. e 121 ss..

⁵⁶Così sul punto FERRI jr., *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune*, *op. cit.*, p. 806 ss., 809 ss., spec. p. 812.

⁵⁷ In termini più generali, si ritiene che i problemi in questa sede analizzati giustifichino, sotto il profilo interpretativo, il richiamo all'impostazione ascarelliana nella parte in cui criticava una teoria generale dell'interpretazione (così, tra i molti lavori che possono citarsi, cfr. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41 ss.). In particolare, si ritiene condivisibile quella riflessione – che si pone in direzione non dissimile da quella prospettata nelle illustri pagine richiamate – che ricorda come non sia possibile pre-selezionare un metodo rispetto alla realtà sociale che si intende, per l'appunto, interpretare: così GRANDONA, *I moti del diritto e le metodologie dell'interpretazione (in margine ad alcune pagine di Tullio Ascarelli)*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 1, 2016, da pag. 115 ss., spec. p. 120 ss. ove quanto segue: “[...] perché il metodo, i metodi e i concetti scientifici, cioè i linguaggi scientifici, sono strumenti per così dire *ex post*, nel senso che sono impiegati nella consapevolezza che essi rappresentano il percorso che necessariamente condurrà a una certa destinazione, e si utilizzano proprio per raggiungere quella destinazione. La scelta circa la via da imboccare è invece una scelta *ex ante*, perché scegliere quale metodo impiegare implica avere già identificato, sul piano del valore, che cosa accettare e che cosa respingere di un certo accadimento sociale, almeno in linea di massima

gli operatori, anche istituzionali, non agiscono tenendo in debito conto le intelaiature concettuali sottese al sistema.

Sembra questo il caso della disciplina sulla risoluzione bancaria: sia perché il giudice amministrativo non si crede abbia correttamente messo a fuoco i [differenti] strumenti di tutela desumibili dal sistema normativo sia, anche, in quanto il legislatore ha – con ogni probabilità – introdotto un insieme di regole male collegate con la disciplina societaria di diritto comune.

È, così, compito dell'interprete proporre itinerari conoscitivi che sappiano ricondurre ad unità disposizioni altrimenti disarticolate tenendo in attenta considerazione i connotati propri del modello bancario e della sua attività imprenditoriale.

Simone Cicchinelli

*Ricercatore di Diritto commerciale
nell'Università La Sapienza di Roma*

(una linea di massima che quindi preesiste e come tale agisce da filtro di fronte a ogni fattispecie concreta)” (così a p. 122, testo e nt. 23 per ulteriori approfondimenti).

LA DIGITALIZZAZIONE DEL SISTEMA INDUSTRIALE ED IL PIANO

INDUSTRIA 4.0 IN AMBITO UE *

(The digitalisation of the industrial system and the Industry 4.0 plan within the EU)

ABSTRACT: *Starting from 2010, the major European industrial sectors have embarked on the path towards the use of digital and the latest technology in their production processes. In this respect, the European Commission's Digital Europe Plan 2021-2027 has defined the essential elements of technological renewal; the Governments of Italy, Germany and France have simultaneously adopted strategic plans, called Industria 4.0, which provide fiscal and financial incentives for companies that choose to adopt new digital technologies. However, the diffusion of Covid 19 led the regulator to modify the Industry 4.0 plans, in some cases strengthening the fiscal incentives and widening the category of subjects involved in the financing processes. Good perspectives emerge, however, from the further investments made in scientific research and the commitment of the European Commission in the promotion of digital technology also within the new idea of Capital Markets Union.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il Piano Industria 4.0 nell'ecosistema industriale nazionale. – 3. Industria 4.0 all'estero: i progetti in Germania e Francia. – 3.1. Il caso francese. – 3.2. Il caso tedesco. - 4. Gli effetti del Covid 19 sull'implementazione del Piano Industria 4.0 - 5. Conclusioni.

1. Il progresso economico, industriale e finanziario degli ultimi decenni ha

*Contributo approvato dai revisori.

gradualmente condotto i Paesi occidentali verso la cd. quarta rivoluzione industriale¹, cui si sono riconnesse sostanziali modifiche nelle logiche del *business* internazionale e, più in generale, nel rapporto tra il lavoratore e la tecnologia.

Termini come “automazione”, “digitalizzazione”, “connessione” e “programmazione” sono rientrati a pieno titolo nel gergo comune di molteplici settori economici, vuoi del comparto industriale, vuoi di quello finanziario, comportando lo sviluppo di nuove logiche comportamentali tra gli operatori specializzati e, con riferimento all’alveo dell’offerta commerciale e finanziaria, anche tra i consumatori ed investitori. Ne consegue che, mentre il settore bancario e finanziario è sottoposto ad una crescente diversificazione nelle forme e modalità operative (anche in risposta alle turbolenze degli ultimi decenni²), il sistema industriale sta affrontando un generalizzato rinnovamento nelle strategie di produzione, volto ad aumentare i livelli di competitività; ciò, agendo in via simultanea sulla velocità (*i.e.* riduzione dei tempi di immissione sul mercato dei prodotti), sulla qualità (mediante un attento monitoraggio delle *performance* produttive) e sui costi, con particolare riferimento alla valorizzazione delle economie di scala anche per le piccole produzioni di nicchia.

L’evoluzione in atto incontra talune criticità applicative ove si faccia riferimento alle imprese più tradizionali e di ridotte dimensioni. Ed invero,

¹Tipicamente si utilizza il termine di “quarta rivoluzione industriale” per identificare l’ultima era produttiva, avviatasi all’inizio del XXI secolo, nell’ambito della quale la creazione di valore aggiunto da parte delle imprese è legata alla capacità di sfruttare in maniera efficace le connessioni uomo-macchina, le analisi complesse di dati e la robotica avanzata. Tale era segue quella della fine del XX secolo, denominata “terza rivoluzione industriale”, grazie alla quale le industrie hanno adottato strategie innovative legate all’introduzione dei *robot* industriali e alla produzione computerizzata.

²Per una autorevole riflessione sulle grandi crisi finanziarie dei mercati occidentali, cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009): il caso italiano*, Torino, 2009.

l'adozione di politiche produttive innovative implica la capacità, in capo ai piccoli imprenditori, di gestire variabili tecnologiche più complesse e numerose rispetto al passato, per le quali – in taluni casi - l'*expertise* derivante da realtà industriali territorialmente circoscritte si è rivelata non sufficiente al completamento del processo di trasformazione digitale.

I fattori produttivi sono stati, infatti, sottoposti ad una rimodulazione compositiva, laddove la discrezionalità delle scelte umane è andata via via riducendosi a beneficio di una maggiore rilevanza della componente tecnico-scientifica. Sicchè, la graduale limitazione della “personalizzazione” nella produzione realizzata dalle maggiori industrie internazionali ha costretto anche le piccole aziende “familistiche” a tentare di rinnovare – al fine di sostenere il confronto concorrenziale – le consuetudini aziendali e, di conseguenza, l'idea di *business* della famiglia proprietaria.

La crescita dell'impresa viene ancorata in tal modo a quattro variabili a fondamento della nuova era industriale, quali la capacità di integrazione delle informazioni, la crescente consapevolezza manageriale, il rinnovamento delle competenze professionali e il livello di investimenti in tecnologia. Lo sviluppo di tali fattori non è prerogativa esclusiva dell'azienda, ma implica l'intervento di un ecosistema di attori, funzionale alla massimizzazione del risultato di medio-lungo periodo, in termini di efficienza e, soprattutto, di capacità di competere in un mercato internazionale in continuo mutamento. Anche i Governi nazionali hanno assunto negli ultimi anni un ruolo centrale, supportando lo sviluppo dei processi di rinnovamento mediante l'introduzione di assetti normativi e disciplinari in grado di incentivare la cd. transizione digitale; ci si riferisce, in particolar modo al piano di sviluppo Industria 4.0 che, a partire dal 2016 in Italia e, dal 2011, in altri Paesi

europei, ha consentito alle aziende di sfruttare molteplici agevolazioni finanziarie, strategiche e fiscali finalizzate all'adozione di nuovi paradigmi tecnologici, di ricerca e di sviluppo, in grado di migliorare le tecniche produttive.

L'apparato pubblico opera, dunque, in qualità di coordinatore degli sforzi per la realizzazione dei molteplici progetti di innovazione aziendale e, al contempo, contribuisce a definire gli orientamenti qualitativi del risultato finale, creando infrastrutture per la diffusione delle nuove tecnologie e supportando le aziende con processi strategici di promozione dell'industria territoriale³.

Si è in presenza, dunque, di una chiara volontà in capo ai maggiori Paesi europei di dar vita ad un modello di cd. innovazione diffusa, fondata su un costante dialogo tra campioni industriali nazionali e il campo della ricerca applicata al progresso scientifico⁴. In tale quadro, le prospettive di sviluppo sono ampie, sia in termini temporali, sia con riferimento al dato dimensionale; potenzialmente, l'innovazione avviata nel nostro Paese con il progetto Industria 4.0 avrà effetti benefici nel medio-lungo periodo, intercettando gli incentivi al cambiamento rivenienti dal contesto internazionale e dai progressi delle scienze di ultima generazione applicate all'imprenditoria⁵.

2. Come si è dianzi accennato, il panorama industriale nazionale è stato

³Per un'autorevole valutazione del ruolo dello Stato nel sistema economico, cfr. PELLEGRINI – SACCO GINEVRI, *Il ruolo dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in AA.VV., Corso di diritto pubblico dell'economia, a cura di Pellegrini, Padova, 2016, p. 453 ss.

⁴Cfr. TROISI, *Banca e industria: i nuovi paradigmi tecnologici*, in AA.VV. *Liber amicorum Guido Alpa*, a cura di Capriglione, Padova, 2019, p. 393 ss.

⁵Sulla posizione dell'Italia nello sviluppo digitale rispetto agli altri Paesi UE, si veda l'editoriale di Bocconi, Tlc, boom di traffico sulle reti. Ma in Europa l'Italia è indietro, pubblicato su Corriere della Sera del 23 ottobre 2020, ove si evidenzia che secondo un'analisi realizzata da Mediobanca «l'Italia è al 25esimo posto su 28 per tasso di digitalizzazione dell'economia, con un uso dei servizi internet che si colloca al 26esimo posto. Uso scarso e qualche passo avanti nella connettività».

sottoposto negli ultimi anni ad un graduale rinnovamento in termini di sviluppo tecnologico e progresso digitale⁶. Tale evoluzione ha interessato anche il comparto delle piccole e medie imprese che, tendenzialmente, hanno mostrato una minore inclinazione all'assorbimento dei processi di automatizzazione, talvolta a beneficio del tradizionalismo produttivo tipico di alcuni settori di nicchia dell'industria italiana (*in primis* quella manifatturiera).

Il salto verso l'adozione di maggiori livelli di tecnologia, cui si riconnette un potenziale incremento di efficienza ed efficacia nelle diverse fasi della catena aziendale, è stato largamente incentivato negli ultimi anni anche dai regolatori nazionali, i quali hanno agito nella cornice definita dall'Unione Europea coordinando, in termini di tempistiche e contenuti, gli interventi normativi verso obiettivi comuni di progresso economico ed industriale.

Non a caso, nel 2016 la Commissione Europea ha introdotto il progetto "Digitalizzazione dell'industria europea", volto principalmente alla creazione di un «mercato unico digitale», inteso come «presupposto indispensabile per attrarre gli investimenti in innovazioni digitali e per accelerare la crescita delle imprese nell'economia digitale»⁷. Più in particolare, l'Istituzione europea ha incentivato la creazione di veri e propri poli dell'innovazione digitale, intesi quali centri "intelligenti" in grado di supportare le imprese, in particolare le PMI e le *start-up*,

⁶Per un'analisi dello sviluppo di Industria 4.0 in ambito internazionale, cfr. LPIDOVSKAYA - KARASEVA - POPKOVA, *Industry 4.0. Implications for Management, Economics and Law*, Berlino, 2020.

⁷Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Digitalizzazione dell'industria europea. Cogliere appieno i vantaggi di un mercato unico digitale*, COM(2016) 180 final, 19 aprile 2016, visionabile su <https://eur-lex.europa.eu>, secondo la quale «il settore delle TIC (Testing, Inspection and Certification) in Europa rappresenta circa il 4% del PIL, una parte importante dell'economia che dà lavoro a oltre 6 milioni di persone. Il valore aggiunto di questo settore nell'UE (produzione di beni digitali), che va dai componenti ai prodotti software, è superiore a 580 miliardi di euro e rappresenta quasi il 10% del valore aggiunto dell'attività industriale nel suo complesso».

mediante la predisposizione di strumenti di condivisione di *know-how* e tecnologie necessarie per la loro trasformazione digitale. Tali poli agiscono, peraltro, in qualità di “intermediari della conoscenza”, interfacciandosi con investitori (tra i quali fondi e *venture capitalist*) specializzati nel finanziamento del cambiamento digitale e, al contempo, raccordando le prerogative delle imprese fornitrici di innovazioni tecnologiche con quelle delle potenziali imprese utenti.

Il supporto finanziario e strategico della Commissione Europea, attuato mediante l'utilizzo del programma Orizzonte 2020 e del Fondo europeo di sviluppo regionale, gode peraltro di una estensione temporale di medio periodo, avendo già pianificato risultati attesi di particolare significatività entro il 2027, così come previsto dal programma Europa Digitale 2021-2027⁸. Da qui, l'estensione nel tempo dei potenziali effetti positivi di tali iniziative che, come evidenziato in dottrina, generano risultati anche in virtù delle sinergie tra i diversi programmi, moltiplicatori – a loro volta – dell'efficienza «dei finanziamenti pubblici destinati al digitale, a favore della crescita e della competitività in Europa»⁹.

In tale quadro, i Governi nazionali si sono mossi contestualmente - e in alcuni casi in anticipo - al dichiarato impegno istituzionale europeo, costruendo piani di supporto finanziario, fiscale, strategico destinati alla trasformazione del proprio

⁸Per quanto riguarda il nostro Paese, la direttiva 13 agosto 2020 del Ministero dello Sviluppo Economico ha previsto l'attivazione di risorse del Fondo per la crescita sostenibile di importo massimo pari a 97 milioni di euro per il periodo 2021-2027, corrispondenti ad un impegno annuale pari a circa 14 milioni di euro a sostegno dei poli di innovazione. Gli interventi sono diretti a sostenere iniziative approvate nell'ambito del Programma Europa digitale che contribuiscano all'introduzione di significativi avanzamenti tecnologici finalizzati alla realizzazione di nuovi prodotti, processi o servizi o al miglioramento di prodotti, processi o servizi esistenti da parte delle imprese.

⁹Cfr. CATTARI, *Il nuovo Programma europeo "Europa digitale"(2021-2027) Proposta della Commissione Europea e documentazione*, in *DigItalia*, 2020, n. 1, p. 127.; inoltre, cfr. DANESCU, *Taxing intangible assets: issues and challenges for a digital Europe*, in *Journal of Internet Histories. Digital Technology, Culture and Society*, 2020, n. 4, p. 196 ss.

tessuto imprenditoriale.

Per quanto riguarda l'Italia, l'iniziativa Industria 4.0 e il Piano nazionale Impresa 4.0 costituiscono i perni dell'assetto regolamentare introdotto dal legislatore a partire dal 2016, con l'obiettivo ultimo di facilitare l'adozione di molteplici tecnologie produttive di recente concezione, tra le quali gli strumenti di analisi dei *big data*, l'intelligenza artificiale, il cd. *internet of things*, nonché della robotica avanzata.

Il supporto fornito dall'apparato pubblico ha assunto negli anni molteplici connotati, di volta in volta orientati a sviluppare l'aspetto finanziario, la struttura degli incentivi fiscali, nonché gli ambiti della ricerca e sviluppo strumentale al progresso digitale dell'azienda. Si fa riferimento, in particolare, a talune agevolazioni finanziarie, rientranti nel Piano Nazionale Impresa 4.0 e, nello specifico, nella cd. nuova Sabatini (aggiornata alle modifiche apportate dalla legge di Bilancio 2020¹⁰) messe a disposizione dal Ministero dello Sviluppo Economico al fine di facilitare l'acquisto da parte delle imprese dei cd. beni strumentali orientati all'utilizzo delle ultime tecnologie disponibili nei settori di pertinenza.

Più nello specifico, l'Organismo ministeriale assume il ruolo di finanziatore

¹⁰In particolare, l'articolo 1, commi 226–229, L. 160/2019 (c.d. Legge di Bilancio 2020) dispone il rifinanziamento, per complessivi 540 milioni di euro nel periodo 2020-2025, dell'agevolazione Beni strumentali, c.d. "Nuova Sabatini", messa a disposizione dal Mise con l'obiettivo di facilitare l'accesso al credito delle Pmi e accrescere la competitività del sistema produttivo del Paese. La misura, istituita dall'articolo 2 D.L. 69/2013, convertito, con modificazioni, dalla L. 98/2013 e successivamente rifinanziata ed estesa, è finalizzata alla concessione alle Pmi di:

- finanziamenti agevolati sugli investimenti volti all'acquisto a titolo di proprietà o all'acquisizione in leasing finanziario di beni nuovi materiali (macchinari, impianti, beni strumentali d'impresa, attrezzature nuovi di fabbrica e hardware) o immateriali (software e tecnologie digitali) a uso produttivo;
- un correlato contributo statale in conto impianti determinato in misura pari al valore degli interessi calcolati, in via convenzionale, su un finanziamento della durata di cinque anni e di importo uguale all'investimento, ad un tasso d'interesse annuo pari al 2,75% per gli investimenti "ordinari" e al 3,575% per gli investimenti in beni 4.0.

delle iniziative al riguardo intraprese dalle aziende beneficiarie, per il tramite degli intermediari finanziari che ricevono apposita richiesta di accesso al credito da parte delle aziende (micro, piccole e medie imprese) orientate al rinnovamento delle tecnologie utilizzate¹¹. Per tal via, lo Stato diventa, insieme al sistema bancario, un *player* economico di rilevanza strategica in grado di favorire lo sviluppo di *business* più innovativi e, al contempo, di rivitalizzare il nesso tra il sistema economico e quello finanziario; alla classica attività di intermediazione creditizia, le banche affiancano – pertanto – una rinnovata funzione catalizzatrice del progresso digitale e, per alcuni settori di interesse nazionale, di sviluppo sociale e culturale dell'intera popolazione.

Ed invero, l'obiettivo ultimo del regolatore nazionale è la creazione di un ecosistema produttivo industriale, automatizzato ed interconnesso, in grado di assorbire le nuove tecnologie in tutte le fasi operative, dalla iniziale progettazione, alla produzione e distribuzione di sistemi e prodotti manifatturieri.

Viene perseguito, per tal via, il modello della *smart factory*, nella quale il monitoraggio dei processi fisici è affidato alla tecnologia e, al contempo, la gestione

¹¹In base all'art. 3 DM 27 novembre 2013 - p.to 2.3 Circolare 24 dicembre 2014 n. 71299, i soggetti ammessi a beneficiare delle agevolazioni previste sono rappresentati da «le imprese classificate di dimensione micro, piccola e media che alla data di presentazione della domanda:

- a) hanno una sede operativa in Italia e sono regolarmente costituite ed iscritte nel Registro delle imprese ovvero nel Registro delle imprese di pesca;
- b) sono nel pieno e libero esercizio dei propri diritti, non sono in liquidazione volontaria o sottoposte a procedure concorsuali;
- c) non rientrano tra i soggetti che hanno ricevuto e, successivamente, non rimborsato o depositato in un conto bloccato gli aiuti individuati quali illegali o incompatibili dalla Commissione europea;
- d) non si trovano in condizioni tali da risultare impresa in difficoltà così come individuata nel regolamento GBER».

Inoltre, anche le aziende straniere, con sede in uno Stato Membro e prive di una sede operativa in Italia, possono accedere a tale sistema agevolato, purchè nell'atto di realizzazione dell'investimento «l'impresa estera (attesti) l'avvenuta attivazione all'interno del territorio nazionale della sede operativa presso la quale ha realizzato l'investimento e la conseguente iscrizione al Registro delle imprese di riferimento».

efficiente delle risorse disponibili consente alla catena di comando di assumere decisioni in maniera decentralizzata e contestualmente attivabile. Non a caso, secondo autorevole dottrina, le fabbriche intelligenti compendiano in un'unica strategia operativa tre nodi cruciali propri dei modelli di produzione tradizionali, ma generalmente distinti tra loro; ci si riferisce, in particolare all'opportunità in capo all'azienda digitale di avvalersi del «raggiungimento di una *leadership* di costo», della «capacità di innovare prodotti, processi produttivi, servizi post-vendita», nonché della «capacità di difendere l'innovazione nei confronti dei competitor attraverso modelli di business a ritmi sempre più sostenuti, per mantenere un vantaggio rispetto a concorrenti provenienti da paesi emergenti e/o da nuovi settori»¹².

A ben considerare, gli investimenti in tecnologia e il conseguente rinnovamento del sistema industriale nazionale avrebbero significative ricadute in termini di miglioramento generalizzato della qualità delle competenze a disposizione dei lavoratori, nonché di sostegno alla ripresa macroeconomica dell'intero Paese. Ed invero, nell'ultimo *Country Report* della Commissione Europea si evidenzia come il digitale possa essere considerato un volano per il sistema economico e finanziario italiano, nella misura in cui i processi di trasformazione tecnologica sono in grado di provocare impatti positivi sull'andamento della produttività a livello sistemico¹³. Emerge, dunque, la rilevanza attribuibile a progetti

¹²Cfr. PISANO, PIRONTI, TIRABENI, SOLA, *Nuovi modelli di business e tecnologie digitali: il ruolo delle Telco da piattaforma abilitante a player strategico nella Fabbrica 4.0*, in AA.VV., *Referred Electronic Conference Proceeding del XXVIII Convegno annuale di Sinergie. Management in a Digital World. Decisions, Production, Communication*, Udine, 2016, p. 306.

¹³Cfr. Commissione Europea, *Relazione per paese relativa all'Italia 2020*, SWD(2020) 511 final, 26 febbraio 2020, ove si sottolinea che «il sistema frammentato delle imprese in Italia registra ritardi anche nella digitalizzazione. Oltre la metà delle imprese italiane è caratterizzata da un basso livello di investimenti nelle tecnologie digitali e da una digitalizzazione molto limitata. Nel 2019 il 37,8 %

nazionali di tale portata che, seppur soggetti a potenziali limitazioni derivanti dall'eccessiva macchinosità insita in talune loro fasi applicative¹⁴, possono essere certamente ricompresi tra gli strumenti che il legislatore ha messo a disposizione del sistema economico per facilitare il superamento della crisi 2007-2008, prima, e dell'attuale realtà pandemica internazionale, poi.

3. Nel quadro ordinamentale europeo, il Piano Industria 4.0 è stato introdotto sulla scia di quanto già precedentemente avviato da altri Paesi europei, come Francia e Germania, in un'ottica di modernizzazione dei rispettivi comparti industriali¹⁵. Tale azione coordinata costituisce una valida circostanza esemplificativa della volontà degli Stati membri di competere sul piano del progresso scientifico, garantendo al contempo le fondamenta per la costituzione del noto *level playing field*¹⁶, considerato alla stregua di una variabile essenziale per una crescita simmetrica nell'intera UE.

Sotto il profilo sostanziale, i menzionati Stati francese e tedesco hanno dato avvio, a partire dal 2010, a programmi di sviluppo industriale fortemente incentrati sulla collaborazione pubblico-privato: non a caso, le iniziative francesi ("Investissements d'Avenir" e "Industrie du Futur") e la tedesca "Industrie 4.0" prevedono un coinvolgimento dell'apparato governativo, ma solo se strumentale

delle imprese italiane aveva un indice di intensità digitale basso e il 41,8 % molto basso (rispetto alla media dell'UE rispettivamente del 35,6 % e del 38,6 %)».

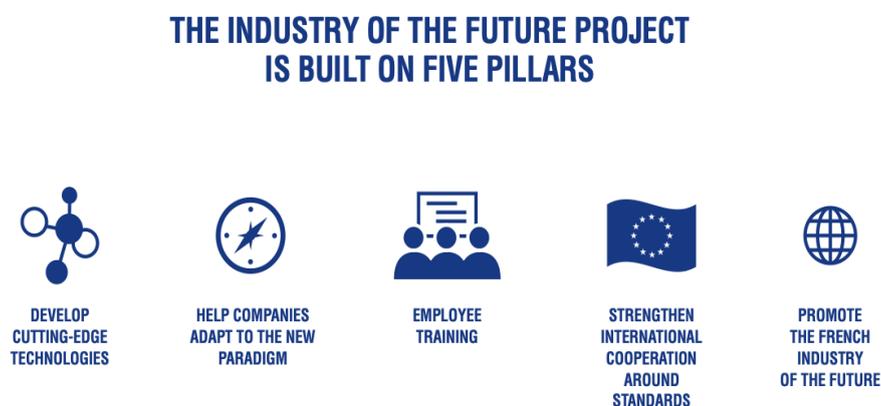
¹⁴In proposito, cfr. l'editoriale di Orlando, *Un'impresa su cinque fuori da Industria 4.0*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore*, del 14 maggio 2019, nel quale l'A. sottolinea che «solo il 19% delle imprese (il 24% del 78%) ha messo in pista progetti profondi e pervasivi, in grado di modificare in modo evidente i risultati».

¹⁵Cfr. ISTAT, *Il piano nazionale "Impresa 4.0": prime valutazioni*, Roma, 2018.

¹⁶Per quanto concerne l'evoluzione del sistema bancario e finanziario, cfr. AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, Padova, 2019; FLAMÈ – WINDELS, *Restructuring Financial Sector Supervision: Creating a Level Playing Field*, in *The Geneva Papers on Risks and Insurance. Issue and Practice*, 2009.

alla partecipazione dei maggiori investitori privati nell'ambito di selezionate iniziative di sviluppo tecnologico.

3.1. Con particolare riferimento alla Francia, il citato progetto "Industrie du Futur", introdotto nel 2015 dal Governo Hollande, si fonda su un'azione di cambiamento del paradigma tecnologico industriale, coordinata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze¹⁷.



Fonte: www.economie.gouv.fr

Più in particolare, il progetto del regolatore francese ben individua le variabili a fondamento del desiderato cambiamento digitale, il quale può realizzarsi solo a fronte di una politica di sostegno destinata al contestuale sviluppo di selezionati

¹⁷In particolare, la realizzazione dei progetti è stata affidata ad un comitato direttivo, presieduto dal Ministro dell'economia, dell'industria e del settore digitale, che con cadenza bimestrale riunisce rappresentanti dell'Alleanza per l'industria del futuro, il Consiglio Nazionale dell'Industria (CNI) e le cinque rappresentanze sindacali dipendenti, l'Associazione delle regioni francesi (ARF), i dipartimenti e le agenzie (DGE, CGI, Bpifrance, Business France, DGEFP), nonché un certo numero di persone qualificate, responsabili di aziende francesi di livello intermedio e società straniere che operano in Francia.

settori industriali, delle capacità finanziarie di questi ultimi, nonché delle competenze tecnologiche e scientifiche degli operatori direttamente coinvolti¹⁸.

In tale contesto, gli ambiti della “manifattura additiva”, della “fabbrica virtuale” e della “realtà aumentata” assumono rilevanza strategica, specie se si considerano le positive ricadute che tali attività generano su mercati di interesse strategico nazionale, come ad esempio l’aerospaziale e la meccanica.

Dal punto di vista finanziario, le industrie francesi hanno accesso ad uno strutturato sistema di sostegno creato ad *hoc* mediante l’istituzione di linee di credito disponibili mediante il tradizionale canale bancario della Bpi France, la quale opera sul mercato alla stregua di una vera e propria banca pubblica, attiva nel mercato creditizio, nonché nell’ambito del credito all’*export* e della gestione delle partecipazioni pubbliche.

A ciò si aggiunga una rete di piattaforme regionali che svolgono specifiche funzioni di *audit* nei confronti delle PMI industriali e delle imprese di medio livello, in un’ottica di condivisione delle informazioni e di certificazione dei progetti innovativi in ambito nazionale.

Infine, anche la formazione dei dipendenti delle imprese *target* costituisce

¹⁸Per approfondimenti, cfr. le linee guida pubblicate dal Governo francese, *Industry of the Future. Rallying the «New Face of Industry in France»*, 18 maggio 2015, nel quale si legge chiaramente che l’obiettivo del regolatore è di «*investing more and better by encouraging companies to modernise their production base and use digital technologies to transform their business model. The challenge is to forge a more connected, more competitive industry, more responsive to customers’ needs and more respectful of its environment and workforce. With the exceptional measures announced at the beginning of April to boost investment, the public authorities have committed massive resources in support of this goal. Now, industrial companies must come to grips with the over-riding priority, the Industry of the Future: this is the mission of the Alliance they have decided to create. The National Council for Industry (CNI) and employee trade unions will be fully associated with its action: upskilling the industrial workforce and training our young people will be a crucial and essential driver of France’s new ambitions*».

un perno della politica francese, secondo la quale il miglioramento delle competenze della forza lavoro e la formazione delle prossime generazioni rappresentano una condizione primaria per garantire il successo dell'intero progetto Industria 4.0. L'apparato pubblico si è così impegnato a sostenere il crescente utilizzo delle tecnologie digitali e di automazione negli impianti industriali, fondamentali per la competitività in molti settori e quindi, in ultima analisi, per la creazione di nuova occupazione sul territorio francese. In tale quadro, anche gli attori riconducibili al comparto sindacale assolvono a specifiche funzioni di "addestramento digitale", fondato su programmi di ricerca interdisciplinare e sulla promozione di progetti pilota.

Agli interventi nazionali è stata affiancata, altresì, un'opera di rafforzamento della cooperazione con molteplici Governi stranieri, mediante l'individuazione di partenariati, europei ed internazionali, finalizzati ad assicurare una solida rappresentanza degli interessi francesi nei settori strategici di rilevanza nazionale. Nello specifico, fino ad oggi il maggiore *partner* della Francia è stato rappresentato dalla Germania; entrambi i Paesi membri, anche alla luce dei rinnovati accordi economici derivanti dalla recente firma del noto Trattato di Aquisgrana¹⁹, si sono mossi al fine di sviluppare in maniera congiunta le potenzialità nazionali nell'ambito della produzione intelligente e della digitalizzazione industriale, attraverso progetti condivisi e sperimentazioni sovranazionali.

L'assetto collaborativo si riflette, peraltro, anche nell'ambito dell'Unione Europea, laddove Francia e Germania operano ponendo in essere un fattivo supporto alle aziende che partecipano ai bandi europei, congiuntamente ad un

¹⁹Firmato da Francia e Germania all'inizio del 2019, come evidenziato da Il Sole 24 Ore, *Aquisgrana, 56 anni dopo Macron e Merkel rinnovano l'amicizia Francia-Germania*, 22 gennaio 2019.

crescente impegno nell'assistenza (*id est*: influenza) sugli *standard* europei per la diffusione delle tecnologie d'avanguardia.

L'evidente forza politica, industriale e finanziaria di tale partenariato ha indotto l'Italia, nella metà del 2017, ad agganciarsi a tali prospettive di sviluppo, mediante la firma di un accordo di collaborazione trilaterale che definisce una *roadmap* per la creazione di opportunità congiunte di innovazione digitale al sostegno delle industrie nazionali ed europee²⁰. Si persegue, per tal via, l'obiettivo dell'armonizzazione normativa, nonché del perfezionamento del disegno di mercato unico europeo che dovrebbe tener conto delle specificità dei contesti imprenditoriali dei singoli Stati membri, ma al contempo, puntare al totale abbattimento delle barriere funzionali, normative e tecnologiche che tuttora contraddistinguono l'operatività degli stessi.

3.2. La tendenza verso l'attuazione di progetti di sviluppo digitale fondati sulla collaborazione tra più soggetti specializzati e su partenariati pubblico-privato contraddistingue anche l'approccio della Germania al piano Industria 4.0. Fin dall'inizio dell'ultimo decennio, con l'introduzione del "Piano d'azione Strategia high-tech 2020", il Governo federale ha infatti espresso l'esigenza di costruire un ecosistema di imprese tecnologicamente avanzate in grado di adottare logiche di cooperazione di medio periodo, potenzialmente estendibili nella realizzazione della *cd. Vision 2030*, in luogo delle ordinarie politiche proprie della competizione di

²⁰Per approfondimenti si veda il testo dello *Shared Action Plan - Industrie du Futur / Industrie 4.0 / Industria 4.0 in France – Germany – Italy. Roadmap for trilateral cooperation on Digitizing the Manufacturing Industry*, pubblicato dal Ministero dello Sviluppo Economico, 20 giugno 2017; dal punto di vista dottrinale, cfr. MOSCONI, *Tessendo la tela della nuova politica industriale europea. Il caso di Italia, Germania, Francia*, in *L'industria*, 2019, n. 4, p. 611 ss.

mercato²¹.

“Autonomia”, “interoperabilità” e “sostenibilità” rappresentano le parole chiave del progetto in parola, laddove particolare rilievo viene attribuito all’interazione tra lo sviluppo di una nuova industria digitale e il quadro normativo destinato a regolare taluni rilevanti aspetti delle fasi di implementazione. Si ha riguardo, in particolare, all’applicabilità della vigente normativa *antitrust*²², al fenomeno regolatorio legato alla cd. *blockchain*²³, nonché alle misure di tutela della *privacy*²⁴ in caso di diffuso utilizzo dell’intelligenza artificiale²⁵.

²¹Cfr. FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *Shaping Industrie 4.0. Autonomous, interoperable and sustainable*, marzo 2019.

²² In particolare, cfr. FEDERATION OF GERMAN INDUSTRIES, *Shaping competition policy in the era of digitisation*, 21 dicembre 2018, disponibile su ec.europa.eu, p.3, ove si sottolinea che «*in the age of Industry 4.0, European antitrust law must open the way for co-operation agreements between competitors more strongly than in the past. Because such cooperation arrangements between companies, both in the same sector and across sectors, can in turn be an element in enabling the development of a counterweight in the digital sphere to the non-European digital champions*».

²³In particolare, in occasione dell’implementazione della Quinta Direttiva Antiriciclaggio (n. 2018/843 - AMLD5), la Germania ha provveduto a modificare il German Banking Act, inserendo la nuova categoria di “crypto assets” nella definizione di strumenti finanziari. Per approfondimenti, cfr. GESLEY, *Regulatory Approaches to Cryptoassets: Germany*, disponibile su www.loc.gov.

²⁴ Per una completa analisi sul rapporto intercorrente tra mercato economico, dati personali e digitalizzazione, cfr. MOTRONI, *Il Regolamento (UE) 2016/679 tra soggetti giuridici del mercato ed oggetto economico*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 13.

²⁵ Si veda al riguardo lo studio pubblicato da Pinset Mason, *Smart Mittelstand – Industrie 4.0: Rechtliche Herausforderungen an den deutschen Mittelstand*, 2016, nel quale si è messo in evidenza che circa il 66% delle imprese tedesche avrebbero avuto negli anni seguenti un crescente bisogno di consulenza giuridica, legata proprio all’apertura verso questioni industriali di nuova entità, principalmente legate al tema della proprietà intellettuale.



Fonte: www.plattform-i40.de

Come già evidenziato per il caso francese, la necessaria apertura verso le esperienze internazionali e il confronto con la *vision* degli altri Paesi ha indotto la Germania alla creazione del Consiglio di Standardizzazione Industrie 4.0, vero e proprio Organismo di *soft law* volto ad orientare la produzione digitale e coordinare le attività a livello nazionale ed internazionale, «per accelerare i processi di standardizzazione secondo le effettive esigenze e, quindi, rafforzare la competitività internazionale della industria tedesca»²⁶.

Tale strumento operativo, congiuntamente alle politiche connesse alla menzionata Vision 2030, hanno agito da catalizzatore nella elaborazione di un sistema di innovazione strategica guidato da eterogeneità, diversità e specializzazione. La libertà commerciale si riflette – dunque – per la Germania

²⁶Cfr. TUMIETTO, *Industry 4.0, cosa possiamo imparare dalla Germania*, in agendadigitale.eu, 8 febbraio 2017.

anche nell'adozione di tecnologie finalizzate alla sicurezza dei dati e delle informazioni, nonché alla protezione dei diritti personali individuali. La futura economia dei dati risulta così in linea con i principi del libero mercato, tipici non solo dell'industria tedesca, ma anche - e soprattutto – dell'architettura economico e finanziaria dell'Unione Europea.

4. Ormai da alcuni mesi, l'Unione Europea è impegnata nell'individuazione di misure atte a contenere i dannosi effetti sui mercati internazionali derivanti dalla diffusione della pandemia da Covid 19. Siamo in presenza, infatti, di una spirale negativa che, partendo dai numerosi contagi tra la popolazione, ha finito con il travolgere il sistema economico e finanziario, provocandone un repentino arresto e una nuova profonda crisi, la cui portata è tuttora in fase di valutazione²⁷.

In tale contesto, anche l'implementazione dei progetti riguardanti la digitalizzazione dell'industria nell'UE, compreso il programma italiano Industria 4.0, ha subito le conseguenze derivanti da una vera e propria rimodulazione delle logiche economico-finanziarie alla base delle valutazioni governative.

Con specifico riferimento al contesto nazionale, gli interventi finora realizzati

²⁷Per un'autorevole indagine in merito alla risposta dell'UE alla grave crisi provocata dalla diffusione del Covid 19, cfr. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *questa Rivista*, 2020, n. 2, p. 167 ss., ove l'A. sottolinea che «molteplici incognite si intravedono in un futuro non lontano; a partire da quelle concernenti i difficili rapporti tra i paesi del mediterraneo e quelli del nord Europa. Tali rapporti saranno sempre più in bilico tra il tentativo dei primi di difendersi dalle tendenze egemoniche dei secondi e l'affermazione di un ruolo di primazia della Germania, assecondata da Olanda, Austria e Finlandia. (...) Forse, la credibilità conquistata da alcuni politici a livello internazionale riuscirà a temperare le situazioni conflittuali che, nel futuro, potranno determinarsi tra i paesi che manifestano una seria volontà di recuperare e quelli che - abituati a confrontarsi con il rigore di un inflessibile 'dover essere' - ne giudicano l'operato senza fare sconti di sorta! E' prevedibile che ancora una volta si susseguiranno inascoltate minacce di "uscire dall'UE" e sentiti appelli allo spirito unitario dell'Europa formulati da coloro che continuano a credere in una possibile unione politica di quest'ultima!»

dal nostro Governo possono ricondursi principalmente a i) contributi alle imprese per investimenti tecnologico-digitali, ii) interventi pubblici indiretti di sostegno all'accesso al credito per le aziende coinvolte nei piani di trasformazione, iii) misure di carattere fiscale, prevalentemente concentrate nella concessione di sgravi di imposta per le imprese aderenti al progetto²⁸.

A ben considerare, le risorse messe a disposizione dai Governi nazionali sono cresciute nel tempo; l'ultima revisione realizzata ad opera della legge di bilancio 2020 (l. n. 160/2019) ha concentrato gli sforzi finanziari sul sostegno alle attività di ricerca e sviluppo e di innovazione tecnologica, da ricondursi a progetti di più ampia portata, tra i quali *in primis* la cd. economia circolare, la sostenibilità ambientale e, più in generale, la tutela del *made in Italy* nell'ambito del commercio internazionale.

Come già si è accennato, il tale contesto il sistema bancario nazionale assume un ruolo di primaria importanza, nell'individuazione delle opportunità di finanziamento e nella valutazione dei rischi finanziari e patrimoniali ad esse associate. Ed invero, si assiste all'emersione di nuove aspettative nella fruibilità dei servizi e dei prodotti, le quali agiscono da catalizzatore nella creazione di attori bancari e finanziari (i cd. *player* digitali) che finiscono con l'influenzare le logiche concorrenziali del mercato e, dunque, anche le scelte dei soggetti specializzati nel

²⁸Ed invero, ad oggi non esiste una definizione giuridica di Industria 4.0, né un elenco definitivo delle misure che possono essere ricomprese in tale iniziativa. Tuttavia è possibile elencare i maggiori interventi normativi che attualmente operano per assicurare una maggiore digitalizzazione dell'industria e una crescente apertura nei confronti delle nuove tecnologie: super ammortamento sui beni di Industria 4.0; iper-ammortamento; credito d'imposta per la ricerca, sviluppo e innovazione; misure agevolative per gli investimenti in beni strumentali tecnologici da parte delle micro piccole e medie imprese (la menzionata Nuova Sabatini); estensione e rafforzamento delle agevolazioni per investimenti nelle *start up* e PMI innovative; centri di competenza ad alta specializzazione nell'ambito del Piano nazionale Industria 4.0; credito di imposta in formazione 4.0; rifinanziamento e potenziamento del Fondo di Garanzia PMI. A questi si sono aggiunti, nel tempo, i contratti di sviluppo, il cd. Patent box, gli Accordi per l'innovazione.

retail banking.

Il comparto industriale italiano è contraddistinto, in comparazione con i mercati europei, da una forte dipendenza dal credito bancario²⁹; il fenomeno del “bancocentrismo” costituisce un fattore comune a qualsivoglia comparto imprenditoriale, il quale tende a prediligere l’ordinario canale bancario alle nuove forme di intermediazione finanziaria³⁰, sia nella gestione della strategia commerciale, sia nelle politiche di indebitamento di medio-lungo periodo³¹.

Pertanto, a fronte del dilagare della crisi legata al Covid 19, gli ultimi interventi riformatori del Governo vanno in un’unica direzione, vale a dire la creazione di strumenti facilmente fruibili dalle piccole realtà aziendali le quali, oltre a rappresentare il sostanziale nucleo del tessuto produttivo del nostro Paese, sono messe a dura prova in questi ultimi mesi a causa delle forti restrizioni imposte dall’emergenza sanitaria.

Ed invero, dal 2016 ad oggi emerge chiaramente come il Piano Industria 4.0 abbia maggiormente premiato le imprese di maggiori dimensioni, con un andamento altalenante nel perseguimento degli obiettivi di rinnovamento infrastrutturale e contestuale adozione di apparecchiature digitali³². Nonostante la complessità dell’*iter* di transizione digitale, la menzionata “Nuova Sabatini”,

²⁹Cfr. BOTTONCINI – PASETTO - ROTONDI, *Sviluppo e prospettive dell’industria 4.0 in Italia e ruolo strategico del credito*, in *Argomenti*, 2016, n. 4, p. 51 ss.

³⁰Cfr. LEMMA, *Fintech Regulation. Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, 2020, Palgrave Mcmillan.

³¹Per un’attenta riflessione sul fenomeno in parola, cfr. CAPRIGLIONE, *Nuova finanza e sistema italiano*, Torino, 2016; cfr. MASERA, *Regole e supervisione delle banche: approccio unitario vs modello per livelli e implicazioni per la morfologia del sistema delle banche, EU e US*, in *questa Rivista.*, 2015, n. 4, p. 39 ss.

³²Cfr. SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Industria 4.0*, 7 luglio 2020, ove si sottolinea che, dopo un 2017 *record* negli ordinativi interni di macchine utensili, a partire dal 2018 si sia registrato un progressivo calo degli ordini, ulteriormente accentuatosi nei primi nove mesi del 2019.

adottata con d.l. n. 69/2013, è stata ulteriormente rafforzata, consentendo alle banche ed intermediari finanziari di supportare, mediante il sostanziale trasferimento di contributi pubblici, lo sviluppo del digitale anche delle PMI nostrane, almeno fino al 2024.

Deve farsi presente, inoltre, che il noto Decreto Crescita (d.l. n. 34/2019) ha esteso l'ambito di operatività della disciplina in parola, inserendo tra i soggetti finanziatori anche gli intermediari finanziari ex art. 106 TUB³³ che statutariamente operano nei confronti delle PMI³⁴; si dà contenuto, in tal modo, alle indicazioni della regolazione speciale che mira ad una completa «omogeneizzazione dei soggetti operanti sul mercato finanziario ...(in vista di) ...una più compiuta forma d'integrazione tra gli intermediari finanziari non bancari e le banche»³⁵.

In tale quadro, anche il Fondo di Garanzia per le PMI³⁶ trova un rinnovato potenziamento, nell'ottica di fornire liquidità alle imprese e/o maggiore garanzia sulle esposizioni creditizie in essere nei confronti degli operatori specializzati.

Alla disciplina ordinaria, il regolatore ha recentemente aggiunto misure, temporanee e straordinarie, che coprono l'arco temporale fino al 31 dicembre 2020 e ne estendono la portata, sia con riferimento agli importi sottoponibili a garanzia (mediante servizi di “garanzia diretta”, “riassicurazione” e “controgaranzia”), sia con

³³Per un'autorevole valutazione della riforma che ha interessato l'intermediazione creditizia non bancaria, cfr. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d. Lgs. 141/2010. Profili di sistema*, in *questa Rivista.*, 2011, p. 29 ss.

³⁴In particolare, innalzando l'importo massimo del finanziamento agevolato concedibile ai beneficiari durante il periodo dell'intervento, portandolo da due a quattro milioni di euro; modificando le modalità di erogazione del correlato contributo statale, prevedendo che l'erogazione dello stesso avvenga sulla base delle dichiarazioni prodotte dalle imprese in merito alla realizzazione dell'investimento.

³⁵Cfr. CAPRIGLIONE - LEMMA, *Commento sub art. 106*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2018, tomo II, p. 1574.

³⁶Inizialmente istituito presso il Mediocredito Centrale S.p.a., ai sensi dell'art. 2 comma 100, lett. a) della legge n. 662 del 1996.

riguardo alle imprese beneficiarie. Queste ultime, infatti, possono oggi godere delle prestazioni offerte dal fondo anche in caso di finanziamento acceso mediante l'utilizzo di piattaforme di *social lending* e di *crowdfunding*, per tal via aprendo al settore economico la possibilità di adottare più ampie strategie di risanamento e/o sopravvivenza, anche in un contesto di un ipotetico futuro *credit crunch*.

Inoltre, il recente d.l. n. 23/2020, emanato dal Governo in risposta all'emergenza sanitaria³⁷, ha previsto una ulteriore apertura di tale Fondo, in termini di dotazione iniziale, nei confronti non solo di banche ed organismi pubblici (come SACE³⁸ e CDP), ma anche di soggetti privati di diversa natura, sì da prevedere – *in nuce* - la possibilità di interventi prossimi ad opera di grandi imprenditori in favore della compagine di aziende di micro e piccole dimensioni.

Infine, il d.l. in parola è intervenuto estendendo anche l'operatività dei confidi, mediante la previsione di misure transitorie volte ad incrementare la loro patrimonializzazione, nonché con norme a carattere strutturale, la cui attivazione resta subordinata all'autorizzazione della Commissione europea³⁹. In particolare, previa autorizzazione di quest'ultima, il nostro legislatore ha previsto, vuoi strumenti per un maggiore attivismo strategico dei confidi sul territorio di

³⁷Il D.L. 23/2020 ha rifinanziato il Fondo di garanzia PMI di 1729 milioni di euro per l'anno 2020 per le operazioni di garanzia e riassicurazione autorizzate in via straordinaria e transitoria fino al 31 dicembre 2020. Inoltre, il D.L. 34/2020, cd. D.L. Rilancio, ha rifinanziato il Fondo di ulteriori 3.950 milioni di euro per il 2020 per le già previste finalità di potenziamento delle misure di contrasto alla crisi da Covid 19.

³⁸In particolare, SACE è ora autorizzata a rilasciare, a condizioni di mercato e in conformità alla normativa UE, garanzie in qualsiasi forma in favore di banche, di istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e di altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti concessi alle imprese con sede in Italia, entro l'importo complessivo di massimo 200 miliardi di euro.

³⁹Per una valutazione sul fenomeno dei confidi, cfr. BOCCUZZI, *I Confidi nel sistema finanziario italiano*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2010, n. 2, p. 255 ss.; SICLARI, *Le prospettive di regolazione dei confidi dopo la legge n. 150 del 2016*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2018, n. 3.

riferimento (tra i quali rileva la possibilità di detenere partecipazioni in società di micro-credito), vuoi l'allargamento delle capacità di garanzia degli stessi, con particolare riferimento alle quote di finanziamento finora non coperti dal Fondo di garanzia PMI, ovvero da altri strumenti di garanzia di natura pubblica.

Vi è, di fondo, l'intento di difendere il comparto industriale nazionale dagli effetti del Covid 19, garantendo loro – ove possibile – una maggiore flessibilità finanziaria e patrimoniale, al fine di “anestetizzare” le virtù dell'imprenditoria locale dalla dirompenza della crisi, di natura esogena, provocata dalla pandemia in atto.

5. Come si desume dalle valutazioni che precedono, l'era della quarta rivoluzione industriale segna l'avvento di un diverso approccio al patrimonio industriale e finanziario del nostro Paese. Il passaggio ad un sistema produttivo digitalizzato ed aperto alle innovazioni tecnologiche presuppone uno sforzo coordinato e continuativo da parte dei diversi attori coinvolti, inclusi gli Organismi governativi e gli operatori creditizi che svolgono il cruciale ruolo di soggetti finanziatori di buona parte dello sviluppo futuro.

L'emersione delle criticità legate alla diffusione del Covid 19 non ha facilitato la transizione tecnologica, comportando per alcune aziende una vera e propria battuta d'arresto degli investimenti programmati; in tal senso, il nostro legislatore è intervenuto al fine di potenziare il Piano Industria 4.0 e consentire al tessuto industriale di non disperdere le opportunità di crescita finora realizzate.

In tal senso, agli strumenti di natura finanziaria e fiscale, il Governo ha affiancato ulteriori misure dedicate esclusivamente alla ricerca scientifica e allo sviluppo delle competenze umane; elementi questi che si pongono certamente a fondamento di qualsivoglia rinnovamento economico e culturale del Paese.

Vengono in considerazione, sul punto, il rafforzamento dei cd. contratti di sviluppo, destinati specialmente ai programmi di supporto delle attività scientifiche svolte nelle aree del Mezzogiorno d'Italia, nonché le nuove forme di partenariato pubblico-privato volte a promuovere e realizzare progetti di ricerca applicata e di formazione basata su tecnologie avanzate.

Non va sottaciuto il ruolo dell'intermediazione bancaria che negli ultimi anni si è focalizzata sul recupero della variabile dimensionale (come per i nuovi gruppi bancari nati nel segmento della cooperazione del credito⁴⁰) e sul mantenimento dei requisiti prudenziali, con particolare riferimento al rischio sistemico (da cui l'effetto contagio connesso alle turbolenze globali del 2007-2008⁴¹) e al rischio creditizio (anche alla luce dell'ingente quantitativo di *non performing loans* presente nei bilanci bancari⁴²).

La specificità delle norme in tali settori ha indotto, tra l'altro, diversi commentatori ad interrogarsi sugli effetti che i fenomeni di stratificazione regolamentare hanno mostrato in relazione alle concrete capacità di sviluppo del sistema economico-finanziario⁴³; non a caso, si è ipotizzato l'esistenza di un legame proporzionalmente inverso tra le stringenti regole di adeguatezza patrimoniale

⁴⁰Cfr. CAPRIGLIONE, *La riforma delle BCC al vaglio del nuovo Governo*, in *Diritto Bancario*, giugno 2018; PELLEGRINI, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *questa Rivista*, 2015, n. 4.; BARBAGALLO, *La riforma delle Banche di Credito Cooperativo: presupposti e obiettivi*, intervento presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", 9 ottobre 2018; SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2017.

⁴¹Cfr. MASERA, *Le banche regionali nel nuovo quadro regolamentare europeo e in un confronto con gli Stati Uniti*, Convegno Assbank – Acri, 2014.

⁴²Cfr. BARBAGALLO, *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, intervento in occasione del Primo Congresso Nazionale FIRST CISL "La fiducia tra banche e Paese: NPL, un terreno da cui far ripartire il dialogo", 6 giugno 2017.

⁴³Per il contesto italiano, si veda AA.VV., *Il modello italiano di intermediazione finanziaria: specificità, eredità e futuro*, a cura di Morbidelli, Firenze, 2016.

dettate dal Comitato di Basilea e l'offerta di credito destinata alle piccole-medie imprese (PMI) che, per solito, non godono di elevati livelli di trasparenza informativa circa il loro grado di affidabilità creditizia⁴⁴.

Pertanto, il mantenimento di livelli costanti di sviluppo dell'Industria 4.0 presuppone il coinvolgimento attivo di figure di *venture capitalist*, *business angels* e fondi di investimento in grado di orientare le strategie delle aziende verso obiettivi di portata rivoluzionaria (che coinvolgano anche ipotesi di utilizzo di intelligenza artificiale e *blockchain* in ambiti finora poco esplorati⁴⁵), in un contesto possibilmente fondato sulla competizione sovranazionale. In tal senso, l'Unione Europea ha costituito negli ultimi anni il terreno fertile per l'individuazione delle variabili catalizzatrici del fenomeno in parola; non a caso, il recente *Action Plan* predisposto dalla Commissione Europea⁴⁶ in favore del progetto di *Capital Markets Union* sembra confermare la tendenza all'uso del digitale e della tecnologia per consentire alle PMI europee di aprirsi ai mercati internazionali e, al contempo, di usufruire di molteplici canali di finanziamento, oltre all'ordinario settore

⁴⁴Anche sulla stampa specializzata si sono diffuse negli ultimi anni molteplici critiche nei confronti dei canoni di adeguatezza patrimoniale di Basilea 3 e della sostanziale incapacità di questi ultimi di far fronte alle esigenze di finanziamento dei tessuti imprenditoriali piccoli e locali, ove si consideri che sotto il profilo formale le PMI non sono generalmente in grado di accertare, con valutazioni *ad hoc*, il loro merito creditizio, indispensabile – invece – per le tecniche di ponderazione degli attivi nei bilanci bancari. Si veda, sul punto, *L'allarme delle banche europee: Basilea 3 un cappio al collo per le Pmi*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 10 aprile 2019; *Basilea 3, parametri meno rigidi per le Pmi*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 18 maggio 2016. In dottrina, cfr. FERRI - ROTONDI, *Sullo svantaggio competitivo delle banche italiane nel credito alle imprese: analisi e un'idea di soluzione*, in *Bancaria*, 201, pp. 30 ss.

⁴⁵Come, a titolo esemplificativo, il progetto pilota del Ministero per lo Sviluppo Economico, affidato ad IBM, volto a promuovere l'utilizzo della tecnologia *blockchain* nell'ambito delle PMI per la tracciabilità del cd. *made in Italy*. Per approfondimenti, cfr. MISE, *La Blockchain per tutelare il Made in Italy*, disponibile su mise.gov.it

⁴⁶Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Capital markets union new action plan: A capital markets union for people and businesses*, 24 settembre 2020, disponibile su ec.europa.eu.

dell'intermediazione creditizia.

Da qui, ulteriori effetti benefici derivanti dalle logiche a fondamento dei menzionati progetti istituzionali europei, i quali mirano alla creazione di un mercato finanziario comune, cui si correlano più ampie capacità di investimento e crescenti opportunità di attrazione di capitali dall'estero da parte delle aziende italiane. Sicchè, è compito – oggi più che mai – del nostro legislatore addivenire ad un graduale superamento delle fase di improvvisa crisi che la società e, di conseguenza, i mercati economico-finanziari, stanno vivendo nel presente momento storico, per concedere al comparto industriale e, in particolare, al ricco tessuto delle piccole e medie imprese, la possibilità di coltivare il proprio patrimonio aziendale mediante un'adeguata capacità di competere all'estero, non solo basandosi sulla qualità della produzione, ma anche su una neo-acquisita conoscenza delle tecnologie digitali di ultima generazione.

Angela Troisi

*Dottore di Ricerca di Diritto degli Affari
e Diritto Tributario d'Impresa
nell'Università Luiss "Guido Carli" di Roma*

**INITIAL COIN OFFERINGS E CRIPTO-ATTIVITÀ: UN'ANALISI
COMPARATA TRA "ARBITRAGGIO TECNOLOGICO" ED
ETEROGENESI DEI FINI DELL'APPROCCIO REGOLATORIO
ITALIANO ***

*(Technological Arbitrage" and Heterogony of Ends of the Italian
Regulatory Approach)*

ABSTRACT: *The article focuses on ICOs, i.e., processes that employ blockchain technology to raise funds from investors, who enter the ICO by using crypto assets, in order to develop new projects. Consequently, investors receive tokens in exchange. Tokens may have a variety of features, and they may be distinguished into currency, utility and investment tokens; each category gives different rights to the owner. Depending on the nature and characteristics, tokens may raise peculiar regulatory concerns. After a comparative analysis of some of the jurisdictions that have already developed a regulatory approach towards ICOs, the scrutiny then focuses on Italy, where, in the absence of any legislative initiatives, the Italian Market Authority (CONSOB) – both with a Discussion Paper, dated March 2019, and a Final Report, dated January 2020 – addressed, at least some of, those concerns. Specifically, according to CONSOB, ICOs should receive an ad hoc legal definition. Moreover, as other national systems before (namely France), CONSOB suggests providing for a voluntary regime, thus leaving to market operators the decision to opt-in and be subject to the provisions which will be introduced at a certain point in the Italian regulatory system. The article concludes by invoking the intervention of the EU legislator to fill the gap of a level playing field in the market.*

*Contributo approvato dai revisori.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il “gergo” e gli strumenti tecn(olog)ici delle ICO: Token, Blockchain, DLT. — 3. Verso la qualificazione giuridica dei token oggetto di ICO: prospettive comparate. — 3.1 L’approccio statunitense. — 3.2 L’approccio svizze-ro. — 3.3 Il multiforme approccio nell’Unione europea — 3.3.1 Malta — 3.3.2 Francia — 3.3.3 L’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) — 4. La proposta regolatoria italiana: dai primi orientamenti della Consob nel 2018 al Rapporto Finale a valle della pubblica consultazione del 2020 — 4.1 I primi orientamenti della Consob nel 2018 — 4.2 Il documento per la discussione sulle of-ferte iniziali e gli scambi di cripto-attività... — 4.3 ...e il rapporto finale del 2020 — 5. Conclusioni.

1. Negli ultimi anni, il fenomeno delle c.d. cripto-valute, come Bitcoin ed Ether, ha attirato l’attenzione, tra gli altri, di investitori, imprenditori, studiosi e, da ultimo, regolatori. Le *cryptocurrencies* e, ancor più, come meglio si vedrà, i *cryptoassets* sono stati concepiti come nuovi metodi e strumenti sia di pagamento sia di finanziamento per le imprese, prevalentemente attraverso il ricorso alle c.d. offerte iniziali (ICO, il cui acronimo deriva dall’omologo meccanismo di raccolta di capitali delle *Initial Public Offering* – IPO – aventi ad oggetto strumenti finanziari).

Le ICO sono pertanto diventate nel tempo comuni, ma innovativi, strumenti di finanziamento di iniziative imprenditoriali, mediante l’impiego della tecnologia *blockchain*. Infatti, in generale, nell’ambito di una ICO vengono offerti agli investitori dei c.d. “gettoni” (*token*), i quali attribuiscono ai relativi titolari un insieme di diritti in cambio, tipicamente, di cripto-valute.

Da quando sono state lanciate le prime ICO, questo fenomeno si è rapidamente sviluppato a livello globale, non solo perché permette la raccolta di importi consistenti¹, ma soprattutto perché è considerato un meccanismo che

¹Le fonti delle statistiche sul volume delle ICO sono ormai molteplici, ma si può dire che esiste un generale *consensus* sul fatto che, sui complessivi – circa – 33 miliardi di dollari raccolti tra il 2017 e

consente una relazione diretta tra l'emittente e gli investitori, senza l'intervento di intermediari finanziari o bancari.

Contemporaneamente, di pari passo con l'incremento del ricorso alle ICO, si è sviluppato l'interesse ad utilizzare questi strumenti come mezzo per raccogliere fondi per scopi illeciti: infatti, in virtù della mancanza di un chiaro quadro regolamentare e dell'anonimato dietro le operazioni che vengono compiute per il tramite di tali meccanismi, si è via via diffusa una crescente preoccupazione sull'impiego delle ICO per il perseguimento di finalità illegali (come truffe, *phishing*, schemi Ponzi, riciclaggio di denaro di fonte illecita o finanziamento del terrorismo)².

il 2019, quasi 30 si riferiscono al biennio ("d'oro" delle ICO) 2017-2018 (tra le varie fonti, v. CoinSchedule).

²Il fenomeno delle ICO è stato oggetto di un crescente interesse da parte della dottrina, internazionale e italiana: tra i vari contributi, senza pretesa di esaustività, possono richiamarsi BARSAN, *Legal Challenges of Initial Coin Offerings (ICO)* (2017), <https://ssrn.com/abstract=3064397>; BENEDETTI - KOSTOVETSKY, *Digital Tulips? Returns to Investors in Initial Coin Offerings* (2018), <https://ssrn.com/abstract=3182169>; COLLOMB - DE FILIPPI - SOK, *From IPOs to ICOs: The Impact of Blockchain Technology on Financial Regulation* (2018), <https://ssrn.com/abstract=3185347>; DELL'ERBA, *Initial Coin Offerings. A primer*, in *NYU Journal of Law & Business*, 2018, vol. 14, 1109 ss.; GURREA-MARTÍNEZ - REMOLINA, *The Law and Finance of Initial Coin Offerings*, Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper n. 4/2018, <https://ssrn.com/abstract=3182261>; KAAL, *Initial Coin Offerings: The Top 25 Jurisdictions and Their Comparative Regulatory Responses*, U. of St. Thomas (Minnesota) Legal Studies Research Paper n. 18-07 (2018), <https://ssrn.com/abstract=3117224>; HACKER - THOMALE, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, (2017), <https://ssrn.com/abstract=3075820>; MAUME - FROMBERGER, *Regulation on Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Law*, (2018), <https://ssrn.com/abstract=3200037>; MORAN, *The Impact of Regulatory Measures Imposed on Initial Coin Offerings in the United States Market Economy*, in *Cath. U.J.L. & Tech.*, 2018, vol. 26, 1 ss.; ROBINSON, *The New Digital Wild West: Regulating the Explosion of Initial Coin Offerings*, U. Denver Legal Studies Research Paper n. 18-2017, <https://ssrn.com/abstract=3087541>; ROHR - WRIGHT, *Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets*, Cardozo Legal Studies Research Paper n. 527, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n. 338, <https://ssrn.com/abstract=3048104>; ZETZSCHE - BUCKLEY - ARNER - FOHR, *The ICO Gold Rush: It's a Scam, It's a Bubble, It's a Super Challenge for Regulators*, European Banking Institute Working Paper Series n. 18/2018, <https://ssrn.com/abstract=3072298>; e, in Italia, ANNUNZIATA, *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologici dei servizi finanziari*, a cura di Paracampo, Giappichelli, Torino, 2017, 229 ss.; ID., *Speak if you can: what are you? An alternative*

Tali timori hanno indotto i regolatori dei mercati finanziari a emanare, di

approach to the qualification of tokens and initial coin offerings, Bocconi Legal Studies Research Paper Series n. 2636561, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3332485; ID., *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Orizz. dir. comm.*, 2018, 1 ss.; BERRUTO, *La nuova disciplina francese dei crypto-asset: un imperfetto tentativo regolatorio?*, *Diritto Bancario online*, febbraio 2020, *passim*; BRUNO, *Le initial coin offerings in una prospettiva comparatistica*, in *Riv. not.*, 2018, 1307 ss.; CALLEGARO, *Virtual Financial Assets: un primo complesso approccio legislativo. Analisi della Regolamentazione Maltese*, *Diritto Bancario online*, ottobre 2019, *passim*; CAPACCIOLI, *Aspetti operativi e ricadute giuridiche delle criptoattività*, in *Dir. internet*, 2019, 3, 600 ss.; CAPONERA - GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle cripto-attività*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, marzo 2019, n. 484; CARRIERE, *Possibili approcci regolatori al fenomeno dei crypto-asset; note a margine del documento di consultazione della Consob*, in *Diritto Bancario online*, maggio 2019, *passim*; ID., *The Italian Regulatory Approach to Crypto-Assets and the Utility Tokens' ICOs*, luglio 2019, Baffi Carefin Centre Research Paper n. 2019-113, <https://ssrn.com/abstract=3414937>; ID., *Le «criptovalute» sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di «strumenti finanziari», «valori mobiliari» e «prodotti finanziari»; tra tradizione e innovazione*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 2/2019; *passim*; ID., *Initial Coin Offerings (ICOs): Italia-Francia, due approcci regolatori a confronto*, in *Diritto Bancario online*, gennaio 2020, *passim*; CAVALLARO, *Blockchain e Initial Coin Offering*, in *Diritto del mercato mobiliare*, a cura di Cavallaro, Pacini, Pisa, 2020, 131 ss.; CONSO - DI GIORGIO - MARTINOTTI, *Cripto-valute: alcune considerazioni sul parere del Securities and Markets Stakeholder Group*, in *Diritto Bancario online*, ottobre 2018, *passim*; DE MARI, *Prime ipotesi per una disciplina italiana delle Initial Token Offerings (ITOs): token crowdfunding e sistemi di scambio di crypto-asset*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2019, 2, 280 ss.; FRANZA, *Nuove modalità di finanziamento: la blockchain per startup e piccole e medie imprese. Rischi e possibili vantaggi*, in *Diritto Bancario online*, maggio 2019, *passim*; FURNARI, *ICO in Italia: applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, a cura di Lener, Minerva Bancaria, Roma, 2018, 143 ss.; GENOVESE, *Innovazione tecnologica e trasformazione del settore finanziario tra Initial Coin Offerings (ICOs) e Investment Crowdfunding: quali sfide per l'Autorità di controllo*, in *Fintech: diritti, concorrenza e regole*, a cura di Finocchiaro - Falce, Bologna, Zanichelli, 2019, 25 ss.; GITTI - MAUGERI - FERRARI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2019, 95 ss.; GIUDICI, *ICO e diritto dei mercati finanziari: la prima sentenza americana*, in *Società*, 2019, 63 ss.; MURINO, *Riflessioni sulle Initial Coin Offering (ICO) e sugli utility token*, in *FinTech*, a cura di Fimmanò - Falcone, Napoli, ESI, 2019, 445 ss.; NICOTRA, *Il regime giuridico delle ICOs. Analisi comparata e prospettive regolatorie italiane*, in *Diritto Bancario online*, aprile 2019; *passim*; PIRANI, *Gli strumenti della finanza disintermediata: Initial Coin Offering e blockchain*, in *AGE*, 2019, I, 327 ss.; PISELLI, *Quando la decentralizzazione delle DLT incontra il mercato dei capitali. Appunti sulle organizzazioni decentralizzate*, *ivi.*, 373 ss.; SANDEI, *Initial coin offering e appello al pubblico risparmio*, in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian - Sandei, Padova, Cedam, 2020, 277 ss.; SANTORO, *Tentativi di sviluppo di un mercato secondario delle quote di società a responsabilità limitata*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di Irrera, Torino, Giappichelli, 2020, 279 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob*, in *Diritto Bancario online*, aprile 2019, *passim*.

volta in volta, linee guida, commenti, avvertenze e, in alcuni casi, ad adottare misure vincolanti per contenere le incertezze derivanti dalla (assenza di) regolamentazione delle ICO.

Sul punto, gli approcci sono stati i più vari, da quelli più restrittivi (come quelli cinese e sudcoreano³ nonché, per certi versi, americano) a quelli più permissivi (come quelli svizzero, maltese e, a certe condizioni, francese⁴).

Per quanto riguarda l'approccio italiano⁵, il 19 marzo 2019 la CONSOB ha pubblicato un Documento per la Discussione dal titolo "*Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*"⁶, avviando, alla luce della rapida ascesa e diffusione delle ICO nei confronti dei risparmiatori italiani, una pubblica consultazione volta a raccogliere le opinioni di diversi *stakeholder* su cripto-attività e ICO. Ad esito di tale consultazione (chiusa, anche a seguito di un *public hearing* presso l'Università Bocconi, il 5 giugno 2019 con 61 risposte pervenute), il 2 gennaio 2020, la CONSOB ha pubblicato il suo Rapporto Finale sulle ICO e gli scambi di cripto-attività⁷, quale contributo "*al dibattito, elaborato in vista dell'eventuale definizione di un regime normativo in ambito nazionale che disciplini lo svolgimento di offerte pubbliche di*

³Il 4 settembre 2017 la *People's Bank of China* ha disposto il divieto di *ICO* e la sospensione delle attività di scambio dei *token* sugli *exchange*, nonché della compravendita di cripto-valute a fronte del pagamento in moneta avente corso legale, con conseguente obbligo di restituzione delle somme per quelli già collocati sul mercato. La ragione di una misura così drastica (c.d. "*forbidden city*") nasceva, ad avviso del regolatore cinese, dalla impossibilità di valutare in maniera corretta lo scambio di *token* in assenza di adeguate informazioni da parte del Governo di Pechino. Pertanto, è stata vietata qualunque operazione effettuata con *token* o scambio di cripto-valute. Tale approccio è stato successivamente adottato anche dalla Corea del Sud.

⁴V. *infra sub* parr.

⁵V. *infra sub* par.

⁶V. CONSOB, *Documento per la Discussione "Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività"*, 19 marzo 2019.

⁷EAD., *Rapporto Finale*, 2 gennaio 2020.

cripto-attività e delle relative negoziazioni”⁸.

Il principale problema relativo a siffatte strutture innovative riguarda, anzitutto, la necessità di determinare se, e in che misura, ICO, *token*, e meccanismi simili (basati su tecnologie DLT o *blockchain*) possano essere assoggettate all’attuale disciplina dei mercati finanziari ovvero se sia opportuno o necessario introdurre un insieme di regole *ad hoc*: del resto, è indubbio che il quadro giuridico relativo agli strumenti finanziari e delle offerte pubbliche iniziali (IPO) può rappresentare naturalmente un opportuno referente concettuale, ma non si può non tenere conto delle peculiarità e delle caratteristiche specifiche della (nuova) tecnologia finanziaria.

In particolare, secondo la nostra prospettiva, considerare i *token* oggetto dell’offerta alla stregua di “strumenti” o “prodotti finanziari” (piuttosto che, genericamente, *securities* o *financial instruments*, secondo la normativa statunitense o europea) comporterebbe rilevanti conseguenze, ad esempio, in ordine all’obbligo di pubblicazione del prospetto informativo ed al rispetto delle norme comunitarie in materia – quali, tra le altre, procedendo per acronimi, MAR⁹, MiFID¹⁰ e MiFID 2¹¹, MiFIR¹² nonché, appunto, Regolamento Prospetti¹³ – e, più in

⁸EAD., *Comunicato stampa “Cripto-attività: da Consob un contributo per un regime normativo nazionale”*, 2 gennaio 2020.

⁹Regolamento UE n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (MAR), che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.

¹⁰Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio.

¹¹Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

¹²Regolamento UE n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento UE n. 648/2012.

generale, di tutte le eventuali disposizioni adottate dalle Autorità nazionali di vigilanza.

In ogni caso, nonostante la diffusione di questo fenomeno, la regolamentazione delle ICO non appare ancora definita e, anzi, varia – pur significativamente – da Paese a Paese. Date queste premesse, dopo una breve panoramica sugli aspetti tecn(olog)ici delle ICO, nel prosieguo si intende esaminare il quadro giuridico esistente e le soluzioni proposte negli ordinamenti più significativi in funzione della successiva analisi dell’approccio italiano, con particolare riguardo alla recente presa di posizione della CONSOB.

2. In breve, una ICO consiste in un’operazione finalizzata alla raccolta di fondi, senza dover ricorrere all’intermediazione bancaria o a strumenti di *venture capital*, nell’ambito della quale gli investitori forniscono all’organizzatore risorse finanziarie sotto forma di moneta legale o, molto più spesso, cripto-valuta – le c.d. “monete” (o *coin*) – in cambio di “gettoni” (o *token*), che garantiranno loro, al termine dell’operazione, un certo diritto, esercitabile (per lo più) nei confronti del promotore dell’iniziativa.

Una ICO, dunque, si risolve in una procedura di collocamento di gettoni dotati di specifici diritti (emessi quale corrispettivo delle monete proposte durante l’offerta), alla stregua grosso modo di quanto avviene nell’ambito di una “tradizionale” IPO per l’equivalente delle azioni acquistate: del resto, il termine *Initial Coin Offering* è chiaramente mutuato da *Initial Public Offering*, ossia l’offerta di strumenti finanziari che un emittente rivolge ad un pubblico di potenziali

¹³Regolamento (UE) 2017/1129 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo al prospetto da pubblicare per l’offerta pubblica o l’ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato, e che abroga la direttiva 2003/71/CE.

investitori¹⁴.

Tuttavia, il fatto che, come si vedrà, i *token* siano strutturalmente differenti (benché possano essere funzionalmente equivalenti) agli strumenti finanziari, che il loro acquisto sia quasi sempre eseguito mediante cripto-valute, che l'emittente possa anche essere un soggetto non dotato di personalità giuridica, e che per portare a termine l'operazione non sia necessaria la presenza di un intermediario, sono alcuni degli aspetti che delineano i tratti peculiari di una ICO, differenziandola dalle IPO e altre forme (tradizionali) di raccolta di capitali (*in primis*, il *crowdfunding*).

Di non minore rilevanza è, inoltre, la pubblicazione del *white paper*, in luogo del "prospetto informativo" di una IPO o della "sezione informativa sull'offerta" del *crowdfunding*: sebbene questi tre documenti siano accomunati dalla funzione di

¹⁴La struttura di una ICO, quindi, ricalca tipicamente quella di una IPO: solitamente, la procedura trova il proprio fondamento nella preventiva ideazione di un progetto imprenditoriale, alla cui pianificazione, poi, segue la relativa attività di promozione (ad es. mediante lo sviluppo di uno specifico sito *web* o mediante i *social media*). In prossimità del lancio dell'ICO, i promotori pubblicano un c.d. *white paper* (funzionalmente più o meno comparabile, come si dirà a breve nel testo, al prospetto informativo delle IPO) diretto ai potenziali investitori, che illustra le principali caratteristiche dell'iniziativa, oltre a riportare una descrizione di tutti gli aspetti dell'offerta, la tipologia del *token* e le prerogative previste in favore degli investitori. Successivamente alla pubblicazione del *white paper*, l'emittente provvede a creare, come si dirà a breve nel testo, per mezzo della tecnologia *blockchain*, i *token* associati al progetto, i quali potranno essere emessi mediante una catena di blocchi nativa – cioè progettata appositamente per la specifica ICO – ovvero collocandoli su una già esistente (frequentemente, Ethereum). A questo punto, il lancio dell'offerta potrebbe essere preceduto da un'eventuale fase, detta anche pre-ICO o *pre-sale*, nella quale un numero ristretto di *token*, c.d. "gettoni temporanei", vengono proposti ad un prezzo più basso rispetto a quello fissato per la futura ICO, al fine di sollecitare quanto più possibile gli investimenti di coloro che, poi, convertiranno il gettone temporaneo in un gettone reale e/o lo scambieranno con altri investitori nelle fasi successive dell'ICO. Giunto all'apertura della vera e propria fase di offerta, l'emittente può prevedere un obiettivo da raggiungere nel periodo di offerta, indicando i cc.dd. *soft* e *hard cap* dell'ICO (rispettivamente, l'obiettivo minimo e massimo della raccolta di fondi). A quel punto, essendo il procedimento di sottoscrizione interamente digitalizzato e disintermediato, gli investitori istantaneamente trasferiscono sul portafoglio digitale dell'emittente la cripto-valuta richiesta in cambio della corrispondente quantità di *token*, che, al termine dell'ICO, potranno anche essere quotati su apposite piattaforme di *trading*. Sul punto, v., in luogo di molti, DELL'ERBA, *supra* nota 2, *passim*; PIRANI, *supra* nota 2, 332 ss.; SANDEI, *supra* nota 2, 277 ss.

informare il pubblico circa rischi e opportunità connessi all'investimento, il *white paper* non è sottoposto agli obblighi redazionali previsti per gli altri due. Ciò significa che se, da un lato, il legislatore – sia in ambito nazionale che europeo – si è preoccupato di garantire agli investitori di una IPO o di un'operazione di *crowdfunding* una corretta e veritiera conoscenza dell'investimento economico, dall'altro analoghe cautele difettano *prima facie* nel caso di una ICO¹⁵.

Di converso, alla stessa stregua delle altre forme di raccolta di capitali, anche una ICO pone concretamente un tema di asimmetrie informative tra emittente e investitori, qui "aggravata" dal fatto che il *white paper* potrebbe non contenere tutte le informazioni sugli investimenti futuri che l'emittente intende intraprendere, né notizie sulle prospettive di sviluppo delle tecnologie impiegate: nella maggior parte dei casi, quindi, le informazioni fornite non sono adeguate né sufficienti per consentire agli investitori di adottare scelte di investimento pienamente consapevoli.

Inoltre, l'assenza di un definito contesto regolamentare di riferimento incrementa il rischio, almeno in principio, di impiego delle ICO a fini illeciti o, quantomeno, ingannevoli: in effetti, non è raro che il *white paper* non rechi nemmeno il nome dell'emittente, il che incide senza dubbio sull'anonimato delle operazioni che si "celano" dietro una ICO, rendendo peraltro complessa

¹⁵Ulteriore differenza attiene, poi, al "quando" dell'offerta: invero, mentre l'*equity crowdfunding* è una forma di finanziamento utilizzata prevalentemente nelle prime fasi di vita di un'impresa, una IPO è di norma lanciata per sostenere la crescita di un'impresa già affermata sul mercato. Una ICO è, invece, una forma di finanziamento che può essere in principio utilizzata in tutte le fasi della vita di un'impresa. Ne deriva, dunque, che differenti saranno anche le motivazioni degli investitori a sostenere una ICO piuttosto che una IPO o una campagna di *crowdfunding*: se è vero che gli investitori di una IPO sembrano essere spinti soprattutto da intenti speculativi, mentre i soggetti che rischiano in una operazione di *crowdfunding* sono solitamente mossi da ragioni altruistiche, filantropiche o di esclusivo interesse nei confronti del prodotto commercializzato dall'emittente, una ICO, in teoria, rappresenta una operazione attrattiva per tutte le tipologie di finanziatori. V., tra gli altri, FURNARI, *supra* nota 2, 145 e PIRANI, *supra* nota 2, 335 ss.

l'individuazione dei soggetti responsabili e la determinazione della legge applicabile nei loro confronti.

Infine, come dimostrano i recenti numeri, da un lato, e in virtù dei possibili ulteriori sviluppi del FinTech, dall'altro lato, le ICO sono diventate (e possono diventare ancor più) via via accessibili ad un vasto pubblico di destinatari: pertanto, più investitori sono coinvolti, più aumentano i potenziali rischi associati alle ICO, che solo un adeguato, ma soprattutto chiaro, perimetro regolamentare contribuirebbe a scongiurare o, almeno, contenere.

Tanto premesso sulla struttura e i problemi posti dalle ICO e concentrandosi adesso su uno degli elementi distintivi delle stesse, ossia l'oggetto dell'offerta, il *token*, si può dire, in un'accezione ampia, che lo stesso svolge la funzione di "rappresentazione" di rapporti giuridici, grazie ad una tecnologia che *"presenta profili di analogia con il meccanismo di creazione di securities, ovvero l'incorporazione dei diritti del sottoscrittore in un certificato, che costituisce titolo di legittimazione per il loro esercizio ma anche uno strumento per la più agevole trasferibilità dei medesimi"*¹⁶.

Più specificamente, benché non esista, allo stato, una classificazione ufficiale dei *token*, tuttavia, la prassi comune consiste nel qualificarli in base alla loro funzione economica, in ossequio alla tassonomia oggi più accreditata, ossia quella proposta dall'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari della Svizzera (FINMA) nella *"Guida pratica"* in materia di ICO, pubblicata il 16 febbraio 2018¹⁷. Secondo la richiamata ripartizione, i *token* vengono suddivisi in tre principali

¹⁶Così, GITTI - MAUGERI - FERRARI, *supra* nota 2, 97.

¹⁷V. *infra sub* par.. La tassonomia proposta da FINMA è stata poi adottata, tra gli altri, anche dall'ESMA (*European Securities and Markets Authority*) nell'*Advice* rivolto alla Commissione europea su *Initial Coin Offering and Crypto-Assets* del 9 gennaio 2019. V. *infra sub* par.

categorie: (i) *payment token* (gettoni di pagamento), che vengono accettati come mezzo di pagamento per l'acquisto di beni o servizi, comunemente chiamati cripto-valute; (ii) *utility token* (gettoni di "utilizzo"), che permettono di accedere ad un bene o servizio digitale fornito su, o mediante utilizzo di, un'infrastruttura *blockchain*; (iii) *asset/investment token* (gettoni di investimento), che rappresentano un diritto di credito secondo il diritto delle obbligazioni nei confronti dell'emittente oppure un diritto patrimoniale e/o amministrativo ai sensi del diritto societario¹⁸.

In ogni caso, quale che sia il tipo di *token* offerto, e indipendentemente dalla posizione giuridica sottostante che lo stesso rappresenta, le ICO si fondano sull'adozione della tecnologia *blockchain*¹⁹ poiché, dal punto di vista tecnico, il *token* è un insieme di informazioni digitali registrate, appunto, su una *blockchain*.

La struttura ed il funzionamento di quest'ultima consentono la creazione di nuove forme di archivi e registri decentralizzati – oltre che l'impiego di cripto-valute, contratti digitali automatizzati (i c.d. *smart contracts*) e *asset* fisici "intelligenti" controllabili via *internet* (c.d. "*smart property*") –, mediante il coordinamento dell'attività svolta da singoli individui sulla rete e senza che un'"autorità" centrale si occupi di verificare che non vi sia stata corruzione dei dati.

¹⁸Tuttavia, le singole classificazioni dei *token* non si escludono necessariamente a vicenda, tant'è che, se un gettone rientra nell'alveo di più di una delle classi innanzi illustrate, può essere definito *hybrid token* (gettone ibrido), dal momento che cumula caratteristiche di due o più categorie.

¹⁹L'origine della *blockchain* viene tradizionalmente fatta risalire alla pubblicazione nel 2008 di "*Bitcoin: peer-to-peer Electronic Cash System*", un *white paper* a firma di Satoshi Nakamoto, pseudonimo che identifica la persona – o il gruppo di persone – che si suppone abbia elaborato tale tecnologia. In tale opuscolo, viene descritta una struttura grazie alla quale gli utenti sono in grado di effettuare operazioni senza intermediari, servendosi di un peculiare processo di convalida (il c.d. "*mining*") che consente alla rete di raggiungere il consenso dei partecipanti in maniera automatica, senza il bisogno che questi esprimano la loro "fiducia".

Per questo, la *blockchain* viene tradizionalmente fatta rientrare, secondo un rapporto di specie a genere, nella più ampia categoria delle tecnologie *Distributed Ledger* (o archivi distribuiti). Con *Distributed Ledger Technology* (o DLT) si descrive un insieme di sistemi riferibili ad un registro distribuito (letteralmente, il libro mastro), governato in modo da consentire l'accesso a più nodi della catena e dar loro la possibilità di effettuare modifiche sulla medesima²⁰: pertanto, questo tipo di tecnologia permette di realizzare operazioni – di tipo “*peer-to-peer*”, come il trasferimento diretto, la registrazione, la condivisione e la sincronizzazione di operazioni e/o dati – senza la necessità di un organismo centrale che si occupi del controllo²¹.

La caratteristica principale delle *DLT* risiede, dunque, nell'utilizzo di un algoritmo di validazione (c.d. algoritmo del consenso), il quale permette a più soggetti (più precisamente, un *network blockchain*) di raggiungere il consenso sulla validità delle operazioni, garantendo al contempo che le regole del protocollo vengano seguite e che tutte le operazioni avvengano correttamente.

Quindi, le modalità di gestione del consenso e le logiche di impostazione del registro rappresentano due punti identitari delle tecnologie DLT: è all'intersezione di questi due aspetti che la *blockchain* trova la propria collocazione elettiva.

Più specificamente, una *blockchain* consiste in una DLT caratterizzata da un

²⁰Le tecnologie basate su registri distribuiti sono state oggetto di definizione legislativa in Italia ad opera dell'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni nella l. 11 febbraio 2019, n. 12 (c.d. Decreto Semplificazioni), ai sensi del quale si considerano tali “*le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili*”.

²¹Nel *Centralized Ledger*, invece, il libro mastro è gestito da un'“autorità” centrale, con un rapporto centralizzato “*uno-a-tanti*”, che riceve gli *input* dai livelli periferici, li memorizza e li conserva, essendo essa stessa il centro dell'organizzazione.

registro – distribuito, decentralizzato, crittografato e condiviso – impostato e strutturato in modo tale da annotare le operazioni all’interno di una catena criptata, previa validazione degli aderenti al sistema, organizzata in una sequenza di blocchi che compongono un *database* cronologico di operazioni censite da una rete di *computer*²².

Ogni blocco, che riporta le registrazioni delle precedenti operazioni, è poi “incatenato” con l’altro (ossia, si aggiunge all’anteriore) attraverso una firma digitale crittografata (“*hash block*”), successivamente ad un processo di validazione algoritmica (il c.d. “meccanismo del consenso”) che si fonda sul consenso decentralizzato e distribuito su tutti i nodi della rete, ovvero mediante la partecipazione di tutti i nodi, che vengono chiamati a contribuire alla validazione

²²L’architettura della *blockchain* si compone dei seguenti elementi strutturali: (i) i nodi, con cui si individuano i singoli *computer* dei partecipanti alla *blockchain*; (ii) l’operazione, che rappresenta il trasferimento di informazioni o dati alla rete, la quale deve essere convalidata dagli altri partecipanti; (iii) i blocchi, ossia le varie unità che compongono il registro *blockchain* – contenente tutte le operazioni che vengono confermate durante la fase di generazione del blocco – e che vengono di volta in volta aggiunti alla *blockchain* preesistente mediante una procedura che, nel caso di operazioni in valuta digitale (come il Bitcoin), è detta “mineraria”; (iv) gli *hash*, funzione non invertibile che autorizza la mappatura di una stringa alfanumerica di lunghezza variabile in un’unica e univoca stringa la cui lunghezza è invece determinata, permettendo così l’identificazione inequivocabile e sicura di ogni blocco; (v) una combinazione di chiave privata/pubblica, di cui la prima è una sequenza segreta di numeri, generata in modo casuale, che permette ai nodi di eseguire operazioni su *blockchain*, rappresentando la “firma” attraverso la quale si assicura che i dati trasferiti siano effettivamente di proprietà dell’utente che ha dato l’*input* all’operazione, mentre la seconda (pubblica) è una chiave crittografica asimmetrica che, a differenza di quella privata, può essere scambiata per eseguire le operazioni e/o per dimostrare a terzi di possedere una chiave privata; (vi) il *wallet* (o portafoglio), ossia il *file* contenente una collezione di “chiavi private” che comunicano con la corrispondente *blockchain*; (vii) la “*proof of work*” (o prova del lavoro), cioè il primo algoritmo di consenso creato, utilizzato da Bitcoin e altre cripto-valute, che riduce il rischio di attacchi *denial of service* (negazione di servizio), imponendo un certo “lavoro” ai richiedenti il servizio, che solitamente consiste nel tempo impiegato da un computer per l’elaborazione dei dati. Sul punto, in generale e in luogo di molti, v. NARAYANAN - BONNEAU - FELTEN - MILLER - GOLDFEDER, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction*, Princeton University Press, 2016, *passim*.

delle operazioni registrate in ciascun blocco e alla loro “inclusione” nel registro²³. Dopo la convalida, tutti i nodi aggiungono il nuovo blocco al loro rispettivo “libro mastro”, il che consentirà ad ognuno di essi di avere a disposizione una sequenza completa e identica²⁴.

Applicando tali tecnologie nell’ambito delle ICO, deve osservarsi che il successo del modello ha definitivamente coinciso con la disponibilità, in modalità *open source*, di protocolli – in genere, ERC20, nell’ambito della *blockchain* pubblica Ethereum – il cui impiego ha permesso, per un verso, di non dover creare e disporre di una propria *blockchain* per la campagna ICO (potendo utilizzare direttamente

²³In breve, il funzionamento della *blockchain* contempla i seguenti passaggi: ad una richiesta di esecuzione di una data operazione, segue la relativa trasmissione *online* a tutti i partecipanti della catena per la convalida (ossia, la manifestazione del consenso alla stessa); dopo la convalida da parte dei partecipanti, l’operazione viene “conservata” in un blocco e “firmata” con un *hash* (rendendola quindi ormai non più modificabile); a questo punto, il blocco convalidato viene aggiunto alla catena di blocchi preesistenti e l’operazione può concludersi mediante il trasferimento dei valori oggetto della stessa. Ciò, in particolare, è quanto avviene nelle *blockchain* pubbliche e c.d. *permissionless*. A questo proposito, occorre invero ricordare che le catene di blocchi vengono tradizionalmente distinte sulla base di due criteri: (i) a seconda della possibilità di accesso libero (o meno) alla catena da parte di un soggetto, si distinguono le *blockchain* pubbliche da quelle private; e (ii) a seconda della presenza (o meno) di un’“autorità” preposta al controllo delle operazioni (che faccia un vaglio in merito a quali possano essere consentite o meno), si differenziano le *blockchain* con autorizzazione (*permissioned*) da quelle senza autorizzazione (*permissionless*). In particolare, nelle *blockchain permissionless* e pubbliche, i partecipanti non necessitano di alcun permesso per entrare a farne parte e sono accessibili a chiunque: nessuno, cioè, è nella condizione di impedire che un’operazione possa avvenire e che possa, poi, essere aggiunta una volta ottenuto il consenso necessario tra tutti i nodi. Al contrario, le *blockchain permissioned* e private prevedono, invece, un organismo centrale che controlla chi è autorizzato ad entrare nella rete e decide l’insieme delle regole per parteciparvi. Infine, le *blockchain permissioned* ma pubbliche (dette anche ibride) sono potenzialmente accessibili da chiunque, ma per entrarne a farne parte è comunque richiesta un’autorizzazione.

(²⁴) A prescindere dal settore in cui la *blockchain* trovi applicazione, è opportuno ricordare che la principale portata innovativa di questa tecnologia risiede soprattutto nella possibilità di trasferire, mediante le reti distribuite, messaggi firmati ed attribuire a questi ultimi un ordine temporale, potendo così veicolare, oltre alle informazioni, anche un determinato valore, il quale può essere quindi trasferito da una parte all’altra dell’operazione. Sul funzionamento delle *blockchain*, in luogo di molti, v., nonché SARZANA DI S. IPPOLITO - NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 9 ss.; CAPACCIOLI, *Bitcoin e criptovalute, in Tutele e risarcimento nel diritto dei mercati e degli intermediari*, a cura di Cassano - Tilli - Vaciago, Giuffrè, Milano, 2018, 445 ss.

Ethereum) e, per altro verso, di poter agevolmente programmare e personalizzare il *token* e il relativo *smart contract* in grado di realizzare il trasferimento e l'assegnazione automatica, a conclusione dell'offerta e secondo il predefinito rapporto di cambio, dei *token* ai sottoscrittori in contropartita della cripto-valuta ricevuta²⁵.

3. In ragione dello sviluppo dei mercati FinTech e della progressiva diffusione delle ICO, nella prospettiva che qui interessa, ci si è dovuti chiedere se e in che misura fosse necessario estendere norme e principi esistenti a questi nuovi meccanismi e sottoporli all'attuale regolamentazione dei mercati finanziari, tenuto conto che le raccolte di capitali realizzate per il loro tramite possono in principio mettere in discussione i principi cardine della suddetta disciplina, ossia protezione degli investitori, equità, efficienza e trasparenza dei mercati nonché minimizzazione dei rischi sistemici.

A questo proposito, complessivamente pochi regolatori nazionali hanno delineato in modo chiaro il proprio approccio e determinato il fondamento giuridico su cui si dovrebbe basare la disciplina applicabile a *token* e ICO²⁶. Di seguito, si richiamano le esperienze più significative, anche in funzione dell'impatto avuto sulle scelte compiute in Italia.

²⁵Sul decisivo impatto della *blockchain* Ethereum sullo sviluppo delle ICO, v., per tutti, PIRANI, *supra* nota 2, 331.

²⁶In dottrina, spunti comparatistici vengono offerti da vari Autori, tra cui, in luogo di molti, v. ANNUNZIATA, *Speak if you can*, *supra* nota 2, *passim*; BRUNO, *supra* nota 2, 1307 ss.; *passim*; CAPACCIOLI, *supra* nota 24, 465 ss.; KAAL, *supra* nota 2, *passim*. Inoltre, per specifici riferimenti a singoli ordinamenti (tra cui anche quelli considerati nel presente lavoro), v. i contributi degli Autori dei differenti Paesi in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian - Sandei, Padova, Cedam, 2020, 471-713.

3.1. Tra i primi regolatori a prendere posizione sui *token* e a predicare – in modo *tranchant* – l'applicazione della normativa (statunitense) in materia finanziaria (comprensiva, per gli Stati Uniti, soprattutto del *Securities Act* del 1933 e del *Securities Exchange Act* del 1934) figura la *Securities and Exchange Commission* (SEC) americana.

Prima di analizzare l'approccio adottato dalla SEC, merita ricordare, per un verso, che, nell'ambito dell'attuale regime regolamentare federale degli Stati Uniti, la nozione di “*security*” (o, per convenzione lessicale, strumento finanziario) è molto ampia²⁷ e, per altro verso, che le summenzionate leggi federali si applicano altresì ad una vasta platea di strumenti finanziari ricompresi nel novero dei c.d. “*investment contract*” (o, per convenzione lessicale, contratti di investimento), la cui definizione, non di origine legislativa, è stata elaborata dalla giurisprudenza statunitense.

Il termine “*investment contract*”, infatti, è stato definito per la prima volta nel 1946, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso “*SEC v. W.J. Howey*

²⁷V. *Securities Act* § 2(a)(1) (secondo cui il termine “*security*” include “*any note, stock, treasury stock, security future, security-based swap, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security, certificate of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a «security», or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing*”) e *Securities Exchange Act* § 3(a)(10) (che si esprime in termini identici, nella prima parte, alla disposizione precedente, aggiungendo altresì “*or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, or warrant or right to subscribe to or purchase, any of the foregoing; but shall not include currency or any note, draft, bill of exchange, or banker's acceptance which has a maturity at the time of issuance of not exceeding nine months, exclusive of days of grace, or any renewal thereof the maturity of which is likewise limited*”).

Co.”, ha sviluppato il c.d. *Howey test*, il cui scopo era (ed è ancora) di stabilire quando e a quali condizioni un determinato schema negoziale potesse (e possa) essere ricondotto alla figura del contratto di investimento e, quindi, qualificato come “*security*”, così da dover essere assoggettato alle suddette leggi federali²⁸. Secondo la Corte Suprema, un contratto di investimento, indipendentemente dalla forma giuridica impiegata, implica la coesistenza di quattro distinti presupposti: (i) l’impiego di denaro; (ii) l’investimento in un’impresa comune; (iii) la ragionevole aspettativa di utili da parte dell’investitore; e, infine, (iv) la correlazione tra gli utili e gli “sforzi” del promotore o di terzi²⁹ (per tali intendendosi gli “*essential managerial efforts affecting the failure or success of the enterprise*”³⁰).

Il c.d. *Howey test* in riferimento ai *token* è stato adottato dalla SEC il 25 luglio 2017³¹ con riguardo alla vicenda “*The DAO (Decentralized Autonomous Organization)*”, ossia un’organizzazione creata dalla società tedesca Slock.it, nel 2016, allo scopo di offrire e vendere *token* DAO agli investitori in cambio della cripto-valuta Ether, utilizzata per finanziare progetti imprenditoriali proposti dagli utenti della rete.

Questi *token* DAO attribuivano ai loro titolari diritti sia amministrativi che patrimoniali e, in particolare, quello di percepire eventuali proventi derivanti dai progetti finanziati, nonché il diritto di voto sulle proposte di investimento avanzate dai curatori dell’organizzazione, questi ultimi con il compito di selezionare e

²⁸*SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946). Il test è stato successivamente rivisitato nel caso *SEC v. Edwards*, 540 U.S. 389 (2004). *In terminis*, v. anche, in luogo di molti, *United Housing Fund., Inc. v. Forman*, 421 U.S. 837 (1975).

²⁹Cfr. PIRANI, *supra* nota 2, 340.

³⁰*SEC v. Glenn W. Turner Enters., Inc.*, 474 F.2d 476 (9th Cir. 1973).

³¹SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, “*Report of Investigation pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO*”, rapporto n. 81207 (25 luglio 2017).

raccomandare ai possessori dei *token* DAO i progetti su cui votare³².

Il caso aveva iniziato a destare preoccupazione nella SEC quando, nel maggio 2016, il sito internet dell'organizzazione, utilizzato a fini pubblicitari nell'ambito dell'offerta, era stato hackerato e una quantità consistente di Ether fu rubata dalla DAO. La SEC, a quel punto, iniziò ad interrogarsi sulla legittimità delle piattaforme basate su *blockchain* per raccogliere capitali e, soprattutto, sulla possibile applicazione alle operazioni (di offerta ed emissione) relative ai *token* delle leggi federali in materia finanziaria, che richiedono, tra le altre cose e a determinate condizioni, che le stesse vengano "registrate" presso la SEC al fine di garantire una "*full and fair disclosure*"³³.

Alla fine, la SEC, sottolineando il carattere aperto della nozione di "*investment contract*", in grado di adattarsi ai vari schemi negoziali che correlano impieghi di risorse non proprie e promessa di futuri ricavi, ha qualificato in tali termini i *token* DAO, nel presupposto che gli stessi soddisfacevano perfettamente i quattro requisiti del c.d. *Howey test*, assoggettandone la relativa offerta alle summenzionate leggi federali³⁴.

L'orientamento in esame è stato poi confermato, tra gli altri, anche nei

³²Inoltre, ai possessori dei *token* DAO veniva data la possibilità di rivendere tali "strumenti" su determinate infrastrutture *online* per recuperare, se del caso, il capitale investito nell'organizzazione.

³³V. *Securities Act* § 5.

³⁴Secondo la SEC, i *token* DAO andavano considerati alla stregua di "*investment contract*" perché gli investitori acquistavano *token* DAO dando in cambio cripto-moneta Ether, e dunque (i) investivano denaro, (ii) al fine di beneficiare dei potenziali profitti derivanti da detto investimento, (iii) sostanzialmente dipendenti dagli sforzi imprenditoriali della società Slock.it, tenuto conto che (iv) la DAO era nei fatti un'impresa comune (come del resto aveva implicitamente confermato la medesima società Slock.it che descriveva la stessa come un'organizzazione a scopo di lucro che intendeva effettuare investimenti per conto dei suoi partecipanti). La SEC ha quindi dichiarato che il c.d. *Howey test* era soddisfatto e pertanto, poiché i *token* andavano assoggettati alle leggi federali in materia finanziaria, la DAO avrebbe dovuto "registrare" la relativa ICO presso la SEC.

successivi casi Munchee³⁵, Telegram Group³⁶, Paragon e Airfox³⁷.

In definitiva, pare evidente che la SEC abbia adottato un atteggiamento, per così dire, rigido nei confronti delle ICO, le quali vengono considerate, a tutti gli effetti, vere e proprie offerte di “*security*”, come tali soggette alle leggi federali in materia finanziaria. In tal modo, l’esigenza di assicurare agli investitori un livello elevato di protezione, mediante la disponibilità di un adeguato *set* informativo, viene garantita attraverso l’estensione alle ICO del quadro normativo esistente in tema di strumenti finanziari.

³⁵SEC, “*Order Instituting Cease-and-Desist Proceedings Pursuant to Section 8(a) of the Securities Act of 1933, Making Findings, and Imposing a Cease-and-Desist Order, In the Matter of Munchee, Inc.*”, comunicato n. 10445 dell’11 dicembre 2017. Nella fattispecie, la SEC ha sottolineato che i *token* MUN, analogamente a quelli del caso DAO, dovevano essere qualificati come “*investment contract*”, benché, a differenza del precedente, essi attribuivano al titolare non solo il diritto a partecipare ai profitti futuri dell’impresa, ma anche quello di accedere a una particolare applicazione per iPhone. La SEC ha quindi riconosciuto che non solo i *token* di investimento puri (come i DAO), ma anche quelli ibridi, che aggiungono la possibilità di fruire di un bene o un servizio, vanno assoggettati alle leggi federali in materia finanziaria.

³⁶SEC, “*SEC Halts Alleged \$1.7 Billion Unregistered Digital Token Offering*”, comunicato n. 2019-212 dell’11 ottobre 2019. Qui, la SEC aveva avviato un giudizio nei confronti di Telegram Group Inc. e della sua controllata TON Issuer Inc., le quali sono state costrette a interrompere la propria ICO, ancora una volta per la mancata “registrazione” della stessa presso la SEC. Tra le altre cose, veniva contestato alle due società di non fornire agli investitori le informazioni essenziali per consentire loro di valutare le condizioni finanziarie dell’operazione e i potenziali rischi dell’investimento.

³⁷SEC, “*Two ICO Issuers Settle SEC Registration Charges, Agree to Register Tokens as Securities*”, comunicato n. 2018-264 del 16 novembre 2018. In questo caso, CarrierEQ Inc. (Airfox) era una *startup* con sede a Boston, che aveva raccolto circa 15 milioni di dollari in valuta digitale per finanziare lo sviluppo di un *token* denominato “ecosistema” a partire da un’applicazione per apparecchi mobili in grado di permettere agli utenti provenienti da mercati emergenti di ottenere *token* e di trasferirli in cambio di dati ottenuti mediante l’adesione a campagne pubblicitarie. Paragon Coin Inc. aveva invece raccolto risorse digitali per un valore di circa 12 milioni di dollari per sviluppare e realizzare un piano industriale avente ad oggetto l’impiego della tecnologia *blockchain* nel mercato della *cannabis* in vista di una successiva legalizzazione della stessa. Le due società erano state in un primo momento ammonite dalla SEC circa il fatto che le ICO dalle medesime avviate si sarebbero potute (ri)qualificare come offerte di “*security*”, ciò implicando, come già chiarito, un obbligo di “registrazione” delle stesse presso la SEC. Tuttavia, avendo le due società ignorato l’ammonimento (e avendo quindi violato le leggi federali), la SEC ha deciso di imporre loro sanzioni pecuniarie unitamente alla condanna al rimborso delle somme versate dagli investitori che avevano partecipato alle loro offerte.

3.2. La Svizzera è stata tra i Paesi pionieri nella creazione di un quadro giuridico di riferimento in relazione alle operazioni digitali basate su tecnologie *blockchain* e DLT. Tuttavia, l'approccio adottato appare antitetico rispetto a quello statunitense: la logica, infatti, pare strettamente connessa all'intenzione del regolatore svizzero di accrescere la competitività dello Stato in campo digitale e di rendere lo stesso una delle giurisdizioni più "*crypto-friendly*".

In particolare, l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA), dapprima nel settembre 2017³⁸, dopo aver osservato un significativo aumento delle ICO promosse in Svizzera, e poi nel febbraio 2018³⁹, ha pubblicato una serie di linee guida ed elencato tutte le informazioni necessarie che devono essere fornite dai promotori delle ICO e dagli emittenti di *token* al fine di rispettare la disciplina nazionale dei mercati finanziari: infatti, ad avviso della FINMA, a determinate condizioni, a seconda della loro struttura, le ICO possono essere regolamentate dal regime normativo esistente su questioni come l'antiriciclaggio, il divieto di finanziamento del terrorismo, la sollecitazione all'investimento, fermo restando che l'applicabilità della legislazione vigente dipende dalla finalità di ciascuna ICO e dai tipi di *token* offerti, rendendosi pertanto necessaria un'analisi caso per caso.

Come già anticipato⁴⁰, le linee guida hanno contemplato la categorizzazione dei *token*, il cui uso è poi invalso a fini classificatori, distinguendoli tra (i) *payment*, (ii) *utility* e (iii) *investment token* (ovvero (iv) ibridi, quando combinano una o più delle caratteristiche delle categorie precedenti), in base alla loro specifica funzione

³⁸FINMA, Comunicazione sulla vigilanza n. 04/2017, *Trattamento secondo il diritto in materia di vigilanza delle Initial Coin Offering*, 29 settembre 2017.

³⁹FINMA, *Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento normativo in riferimento alle ICO*, 16 febbraio 2018.

⁴⁰V. *supra sub par.*

economica.

Sulla base di tale classificazione e alla stregua della legislazione vigente⁴¹, la FINMA ha ritenuto che i *payment token* puri non andassero considerati strumenti finanziari in quanto funzionalmente equivalenti agli strumenti di pagamento. Al contempo, nemmeno gli *utility token* potevano generalmente essere qualificati come strumenti finanziari dal momento che legittimano il relativo titolare soltanto a fruire di un determinato bene o ad avere accesso ad un determinato servizio, fermo restando, però, che gli stessi possono mutare la loro natura e funzione allorquando possiedano una componente di investimento predominante. Di converso, gli *investment token* possono essere ricondotti al novero degli strumenti finanziari poiché, oltre a caratterizzarsi per una componente di investimento o speculativa prevalente, di solito presentano un certo grado di standardizzazione e sono ragionevolmente oggetto di negoziazioni (anch'esse standardizzate) di massa.

Alla luce di quanto precede, sulla base dell'analisi condotta, la FINMA ha ritenuto che *token* e ICO fossero idonei ad essere ricompresi nell'ambito di applicazione del quadro giuridico esistente, che l'Autorità ha ritenuto sufficientemente neutrale sotto il profilo tecnologico per ricompredervi i nuovi meccanismi frutto dell'innovazione digitale⁴².

Successivamente, tenendo conto delle valutazioni effettuate e delle linee guida emanate dalla FINMA, anche il Governo svizzero (*i.e.*, il Consiglio federale) ha affrontato le questioni relative a ICO, *token* e tecnologie innovative, pubblicando un

⁴¹Si fa riferimento, in particolare, all'art. 2, lett. b, della c.d. Legge sull'infrastruttura finanziaria (LInFi) del 19 giugno 2015, come successivamente modificata.

⁴²In particolare, i *payment token* e gli *utility token* con una prevalente componente di (scopo di) pagamento devono essere conformi alle disposizioni delle leggi in materia di antiriciclaggio, mentre gli *investment token* e gli *utility token* con una prevalente componente di investimento devono rispettare le leggi svizzere che regolano i mercati finanziari.

proprio rapporto su DLT e *blockchain* nel dicembre 2018⁴³.

Il rapporto, che si basava sulle analisi condotte da un gruppo di lavoro costituito a gennaio 2018 dal Dipartimento federale delle finanze, ha ritenuto che, sebbene non si imponessero modifiche radicali per adeguare il quadro giuridico svizzero ai temi posti dall'utilizzo delle nuove tecnologie, fosse comunque opportuno intervenire in modo mirato, laddove necessario, in particolare in materia di mercati finanziari: qui, infatti, veniva percepita la maggiore necessità di intervento al fine di creare le migliori condizioni per attrarre gli investimenti in ambito FinTech e consentire alla Svizzera di affermarsi come uno degli ordinamenti di riferimento per le operazioni tramite piattaforme basate su tecnologie *blockchain* e DLT (senza tuttavia trascurare la necessità di garantire la protezione degli investitori e l'integrità del mercato).

In quest'ultimo ambito, tenendo conto dei risultati conseguiti dalla FINMA e sulla base della categorizzazione dei *token* da questa individuata, il Consiglio federale ha verificato la riconducibilità dei *token* nell'alveo delle categorie, legislativamente tipizzate, degli "strumenti finanziari" e dei "derivati"⁴⁴, giungendo a conclusioni non troppo dissimili da quelle della FINMA: infatti, fermo restando che tutti i *token* potrebbero in principio rientrare nella nozione legislativa di strumenti finanziari, posto che la definizione prevista dalla legge non fa distinzione in relazione alla tecnologia impiegata, né i *payment token* né gli *utility token* potrebbero realisticamente essere qualificati come strumenti finanziari (per le

⁴³SCHWEIZER BUNDESRAT, *Rapporto concernente le basi giuridiche per le tecnologie blockchain e DLT nel settore finanziario*, 14 dicembre 2018.

⁴⁴Ossia, rispettivamente, ai sensi dell'art. 2, lett. b e c, LInFi, valori mobiliari, anche dematerializzati o detenuti presso un intermediario, o derivati, standardizzati e idonei alla negoziazione sui mercati ovvero contratti finanziari il cui valore dipende da una o più attività sottostanti e che non sono mezzi di pagamento.

ragioni già sopra evidenziate), mentre, al contrario, gli *investment token* ben potrebbero configurarsi come valori standardizzati e dematerializzati, idonei alle negoziazioni sui mercati finanziari. Tuttavia, atteso che rimane ancora un certo margine di dubbio sulla possibile estensione del diritto dei mercati finanziari perfino agli *investment token*, a causa delle diverse caratteristiche che i *token* possono in concreto assumere, il Consiglio federale ha ritenuto inevitabile un'analisi caso per caso al riguardo.

D'altro canto, però, i *token* potrebbero anche essere qualificati come derivati ogniqualvolta il loro valore dipenda da un'attività sottostante: a quel punto, le imprese coinvolte nella creazione e nell'offerta al pubblico sul mercato primario di *token* derivati dovrebbero dapprima, nel rispetto delle leggi esistenti, richiedere un'autorizzazione a svolgere le suddette attività in quanto riservate. Di converso, le operazioni in *token* nel mercato secondario, che pure si dovrebbero conformare alle regole di condotta che si applicano agli operatori finanziari (e non) con sede legale in Svizzera, potrebbero non essere assoggettate alle disposizioni sugli strumenti derivati, trovando queste ultime applicazione soltanto alle piattaforme di scambio tradizionali.

Tenuto conto di quanto precede, il Consiglio federale svizzero ha quindi ritenuto opportuno non modificare le definizioni legislative di strumenti finanziari e derivati, in quanto sufficientemente elastiche per poter essere eventualmente applicate anche ai *token*, né introdurre una disciplina *ad hoc* sui *token*, percepita piuttosto come un irrigidimento nei confronti delle opportunità offerte dalle nuove tecnologie.

Tuttavia, il Consiglio federale ha altresì suggerito di adottare alcuni adattamenti per rendere l'attuale quadro giuridico complessivamente più adeguato

a regolare i *token*, prevedendo tra l'altro (i) la previsione di un'apposita autorizzazione specifica da rilasciare ai fornitori di infrastrutture finanziarie che utilizzano tecnologie *blockchain* e DLT (all'uopo aggiungendo talune disposizioni alla LInFi), nonché (ii) l'estensione anche ai *token* che possono essere qualificati come derivati della disciplina in tema di negoziazione dei derivati.

Infine, il Consiglio federale si è concentrato sulla possibile applicazione della legge sui servizi finanziari (LSerFi), emanata il 15 giugno 2018 ed entrata in vigore nel 2020, alle ICO, soprattutto in relazione agli obblighi informativi in capo ai relativi promotori e ai requisiti (mutuati, *mutatis mutandis*, da quelli del prospetto) del *white paper* che solitamente precede e accompagna le ICO, il tutto per consentire agli investitori e, più in generale, ai partecipanti del mercato di essere messi in condizione di effettuare consapevoli decisioni di investimento.

A seguito dell'analisi condotta, nel marzo 2019 il Consiglio federale svizzero ha dunque deciso di avviare una consultazione pubblica, conclusasi poi nel giugno 2019, al fine di identificare le migliori soluzioni per risolvere i problemi e rispondere alle domande relativi all'impiego delle nuove tecnologie nel settore finanziario in modo da rafforzare la certezza del diritto nell'applicazione delle piattaforme *blockchain* in questo settore. Successivamente, il 27 novembre 2019, il Consiglio federale ha finalmente approvato il disegno di legge, sottoponendolo al Parlamento per la definitiva approvazione (allo stato, comunque, non ancora avvenuta).

In definitiva, pur attraverso modifiche minime al quadro giuridico ivi esistente, la Svizzera ha mostrato un approccio favorevole al fenomeno delle ICO, soprattutto al fine di rendere tale Paese uno degli ordinamenti più all'avanguardia nel settore FinTech nonché nell'applicazione delle tecnologie DLT e *blockchain* al settore finanziario.

3.3. Il diritto comunitario dei mercati finanziari è incentrato sul concetto di “titoli” (ai sensi degli artt. 1 e 2 del Regolamento Prospetti) o “strumenti finanziari” (ai sensi degli artt. 3 del Regolamento MAR e 4, comma 1, punto (15), della MiFID II) o “valori mobiliari” (ai sensi dell’art. 4, comma 1, punto (44), della MiFID II).

Di conseguenza, al fine di applicare ai *token* il quadro giuridico appena richiamato, è necessario determinare se e in che misura questi ultimi possano essere ricompresi nella/e categoria/e summenzionata/e.

Analizzando più in dettaglio i requisiti della nozione sopra individuata, può osservarsi che una prima caratteristica distintiva è la “trasferibilità”, cioè l’idoneità ad essere oggetto di cessione indipendentemente dall’adempimento di eventuali formalità.

A questo proposito, i *token* potrebbero in principio rientrarvi poiché gli stessi non devono essere rappresentati da un documento per essere trasferiti e non richiedono l’adempimento di particolari formalità⁴⁵.

La seconda caratteristica chiave è la “negoziabilità”, ossia, ai sensi dell’art. 4, comma 1, punto 44, della MiFID II, la possibilità di circolazione sul mercato dei

⁴⁵È vero che, in principio, gli emittenti di *token* potrebbero limitare, in pratica, la loro trasferibilità, in modo da rendere pressoché impossibile per altri soggetti diversi dall’investitore titolare del *token* esercitare i diritti dallo stesso attribuiti. Tuttavia, come noto, una semplice limitazione contrattuale alla trasferibilità o la necessità di richiedere la preventiva approvazione dell’emittente per la relativa cessione non sono in astratto idonee ad elidere definitivamente la possibilità di trasferire la titolarità dei *token*. È altrettanto vero, però, che, se l’emittente impone restrizioni contrattuali (come, ad esempio, un vincolo di “*lock-up*”), unitamente ad ulteriori limitazioni in grado di renderne quasi impossibile la cessione, si potrebbe concludere che il *token* non è trasferibile ai fini della MiFID II. In ogni caso, laddove le predette restrizioni vengano rimosse dopo l’ICO, per rendere il *token* negoziabile sui mercati secondari, lo stesso potrebbe tornare ad essere considerato, a tutti gli effetti, uno strumento trasferibile ai sensi della normativa sopra richiamata.

capitali⁴⁶.

Fermo restando che la negoziabilità sussiste ogniqualvolta gli strumenti in questione sono suscettibili di essere scambiati in un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale, può notarsi che, attualmente, i *token* non sono scambiati sui mercati tradizionali. Tuttavia, deve altresì ricordarsi che la nozione di mercato dei capitali è tipicamente ricostruita in termini ampi, tali da includere tutti i contesti in cui si incontrano gli interessi di acquisto e di vendita dei titoli. Pertanto, in linea di principio, anche le piattaforme di scambio delle cripto-attività possono essere ricomprese nella definizione di mercati dei capitali, sì da consentire l'inclusione dei *token* nel novero degli strumenti finanziari negoziabili.

Infine, la terza caratteristica consiste nella "sufficiente standardizzazione" degli strumenti in esame, tale da agevolare lo scambio sui mercati dei capitali. Un argomento per definire tale concetto lo si ricava dall'art. 4, comma 1, punto 44, della MiFID II, che fa riferimento alle "*categorie*" di valori: la standardizzazione, cioè, può essere interpretata nel senso che è necessario che ricorrano una o più caratteristiche comuni di una affinché una certa varietà di strumenti possa essere percepita come una "categoria" (come nel caso, a mero titolo esemplificativo, delle azioni ordinarie e di quelle privilegiate).

Con riguardo ai *token*, è vero che questi possono in principio presentare proprietà peculiari e qualità variabili, ma ciò non significa che siano necessariamente carenti sotto il profilo della standardizzazione. Anzi, se tutti i *token* emessi in una ICO possiedono caratteristiche identiche ovvero più classi di *token*

⁴⁶Il concetto di negoziabilità implica, ed è strettamente collegato a, quello di trasferibilità; tuttavia, le due nozioni devono essere tenute distinte. La trasferibilità, infatti, afferisce allo spostamento della proprietà dei beni, mentre la negoziabilità si riferisce alla probabilità di vendere e acquistare titoli in un mercato ben strutturato (la c.d. "facilità" di trasferimento).

presentano caratteristiche omogenee tra loro, il requisito della standardizzazione potrebbe essere soddisfatto.

In sintesi, dunque, sulla base delle indicazioni appena offerte, può concludersi che i *token* possono in principio essere qualificati come “*titoli*” (o “*strumenti finanziari*” o “*valori mobiliari*”) ai sensi della disciplina comunitaria dei mercati finanziari a condizione che gli stessi siano “trasferibili”, “negoziabili” e “sufficientemente standardizzati”.

Naturalmente, però, l’applicabilità della predetta disciplina dipende altresì dalla concreta funzione svolta dai *token* alla luce della categorizzazione sopra menzionata in cui gli stessi vengono generalmente suddivisi: *payment*, *utility* o *investment token*.

Da un lato, i *payment token* paiono avere molte caratteristiche in comune con gli “*strumenti di pagamento*” che, ai sensi dell’art. 4, comma 1, punto 44, della MiFID II, non rientrano nella definizione di “*valori mobiliari*”: pertanto, gli stessi sfuggono all’applicazione delle regole comunitarie sopra ricordate⁴⁷.

Stessa conclusione potrebbe applicarsi agli *utility token* che si limitano ad attribuire al titolare il diritto di ricevere ed utilizzare prodotti sviluppati dall’emittente e archiviati nella *blockchain*. Al più, la componente “finanziaria” di tali strumenti, ove presente, lungi dall’essere rappresentata dalla possibilità di partecipare alla distribuzione di flussi di cassa futuri, potrebbe consistere nell’eventuale plusvalenza derivante dalla loro rivendita sul mercato secondario⁴⁸.

⁴⁷I *payment token* sono destinati a fungere, appunto, da metodi di pagamento utilizzabili dal titolare per pagare beni e servizi anche esterni alla *blockchain*. Potrebbero, dunque, applicarsi loro le regole sui servizi bancari e di pagamento.

⁴⁸Le questioni relative alle eventuali carenze del prodotto o ai difetti di conformità dello stesso potrebbero essere affrontate facendo applicazione delle regole proprie del diritto dei consumatori,

Dall'altro lato, gli *investment token* sono quelli che più di avvicinano concettualmente agli strumenti finanziari (perfino *sub specie* azioni, poiché, come nel caso di queste ultime, i loro titolari possono conseguire profitti futuri derivanti dal loro investimento, oltre a spettare loro anche diritti amministrativi, come quello di voto)⁴⁹.

In base alle considerazioni svolte, si dovrebbe dunque concludere che soltanto gli *investment token* potrebbero avvicinarsi alla nozione di “*titoli*” allo scopo di estendere ai medesimi il regime giuridico comunitario afferente al mercato dei capitali, ivi incluso, soprattutto, il Regolamento Prospetti.

Su questi temi si è incentrato principalmente il dibattito a livello dei singoli Stati e delle istituzioni comunitarie, il cui esito è apparso tuttavia disomogeneo alla luce delle risposte dei vari ordinamenti, che di seguito sinteticamente (e parzialmente) si riportano.

anche quando sussista una componente di investimento, poiché si tratterebbe di temi strettamente legati al consumo del prodotto o all'utilizzo del servizio.

⁴⁹La tenuta del parallelismo potrebbe non essere così peregrina neppure dal punto di vista strettamente giuridico, sotto il profilo qui considerato: se, infatti, è vero che, nel contesto dell'emissione di *token* di investimento, può mancare, in concreto, una struttura di tipo societario, è altrettanto vero, però, che i loro possessori sono spesso membri di veicoli di investimento basati su tecnologie *blockchain*, che di solito hanno alle spalle strutture organizzate e permanenti – di natura puramente o latamente societaria – che consentono loro di partecipare alla distribuzione degli utili o di avere determinati diritti. Pertanto, poiché rientrano nella definizione di “*valori mobiliari*”, ai sensi dell'art. 4, comma 1, punto (44), della MiFID II, le azioni e “*altri titoli equivalenti alle azioni di società, società di persone o altri soggetti*”, anche i *token* di investimento potrebbero essere considerati *stricto sensu* “*valori mobiliari*” al fine di estendere loro (e alle relative ICO) le normative UE esistenti in materia di mercati dei capitali. Per SANTORO, *supra* nota 2, 286, i *token* “*nella prassi non sono rappresentativi di una posizione sociale, ancorché fossero emessi da una società: i titolari non sono soci, come non sono obbligazionisti né detentori di titoli di debito [dando essi], piuttosto, diritti patrimoniali in virtù della partecipazione a una quota parte di un investimento e, nel gruppo di partecipanti, [...] di votare pro quota per approvare o respingere progetti di finanziamento. Il possessore del token, pertanto, non diventa socio della società ancorché tale sia la veste giuridica del soggetto emittente, la sua posizione giuridica può piuttosto essere equiparata a quella di un associato in un contratto di associazione in partecipazione o anche essere configurato quale socio di una società di secondo grado tra la società emittente e i sottoscrittori dei token stessi*”.

3.3.1. A differenza di Svizzera e Stati Uniti, Malta è stato uno dei primi ordinamenti ad aver adottato una legislazione *ad hoc* volta a regolamentare i *token* e le ICO, o, come indicato nel c.d. “*Virtual Financial Assets Act*” (legge VFA), le “*Initial Virtual Financial Assets Offerings*”⁵⁰.

L’istituzione di detto apparato normativo rappresenta peraltro la fase finale di un processo iniziato nel 2017, quando il Governo maltese, insieme alla *Malta Financial Services Authority* (MFSA), ha deciso di avviare una consultazione che ha coinvolto i principali *player* del mercato tecnologico al fine di elaborare proposte intese a favorire la creazione di un nuovo ed apposito plesso legislativo.

All’esito della consultazione – nell’ambito della quale era emersa la necessità di progettare un quadro normativo che, pur tenendo in considerazione le specificità tecn(olog)iche dei beni in questione, fosse in grado di garantire la protezione degli investitori –, è stato avanzato un piano articolato in una triplice proposta normativa, poi (nell’estate del 2018) definitivamente approvata dal Parlamento maltese. Si è così giunti all’emanazione delle seguenti tre leggi: (i) *Malta Digital Innovation Authority Act* (MDIA); (ii) *Innovative Technology Arrangements and Service Act* (ITAS); e (iii) la già menzionata legge VFA⁵¹.

⁵⁰Per un quadro sull’ordinamento maltese e sulla relativa disciplina in materia di ICO, v. CALLEGARO, *Virtual Financial Assets: un primo complesso approccio legislativo. Analisi della Regolamentazione Maltese*, in *Diritto Bancario* online, ottobre 2019, *passim*; PIRANI, *supra* nota, 345 ss.

⁵¹In particolare, la legge MDIA ha istituito la *Malta Digital Innovation Authority* (DIA), la cui responsabilità è quella di monitorare il nuovo settore tecnologico: specificamente, uno dei suoi compiti principali è quello di contribuire al potenziamento della tecnologia *blockchain*, rilasciando apposite certificazioni concernenti le nuove piattaforme DLT e monitorandole. La legge ITAS ha invece definito i requisiti degli *Innovative Technological Services* (ITS) e *Innovative Technology Arrangements* (ITA), nonché del *software* impiegato nella costruzione del DLT, necessari per richiedere la “registrazione” degli stessi presso la DIA, che a sua volta deve certificare la presenza di tali requisiti. Infine, la legge VFA ha, per un verso, offerto una definizione di ICO e *cryptoasset* o,

Per quanto qui di interesse, giova ricordare che, ai sensi della legge VFA, un'offerta iniziale di VFA implica una serie di requisiti e condizioni che l'emittente deve rispettare. Anzitutto, la legge VFA impone all'emittente di nominare un agente, appositamente registrato presso la MFSA, il cui compito è di vigilare sul rispetto, da parte dell'emittente stesso, nel contesto dell'offerta, delle disposizioni applicabili.

Inoltre, prima di lanciare un'offerta iniziale di VFA, l'emittente deve redigere un *white paper*, da "registrarsi" presso la MFSA almeno dieci giorni lavorativi prima della data della sua diffusione, contenente informazioni concernenti lo scopo dell'offerta, la natura dell'emittente, il tipo di VFA offerto, la piattaforma digitale impiegata, nonché la sostenibilità del progetto.

Infine, tenuto conto che tutte le informazioni contenute nel *white paper* devono essere presentate in modo facilmente comprensibile per gli investitori, per consentire loro di adottare decisioni consapevoli, avendo a disposizione un patrimonio conoscitivo adeguato, è imposto all'emittente di predisporre un *summary* del *white paper* che specifica i dati più rilevanti relativi all'offerta⁵².

come vengono appunto rispettivamente definiti, "attività finanziarie virtuali" (VFA) e "offerte di VFA", nonché, per altro verso, previsto un regime normativo *ad hoc* applicabile alle stesse: invero, per quanto di interesse, le offerte iniziali di VFA sono "un metodo per raccogliere capitali in base al quale un emittente crea attività finanziarie virtuali e le offre in cambio di fondi", mentre i *token* virtuali in generale sono "una forma di registrazione su supporto digitale che non ha utilità, valore o applicazione al di fuori della piattaforma DLT su cui è stata emessa e che può essere riscattata a titolo oneroso soltanto su tale piattaforma direttamente dall'emittente" e le VFA sono "qualsiasi forma di registrazione su supporto digitale che viene utilizzata come mezzo di scambio digitale, unità di conto o riserva di valore e che non è (a) moneta elettronica, (b) strumento finanziario, o (c) *token* virtuale" (cfr. art. 2 della legge VFA).

⁵²Il processo di redazione del *white paper* viene condotto sotto la supervisione del summenzionato agente, che, come detto, deve valutare la conformità dello stesso con le previsioni di legge e regolamentari applicabili e chiedere alla MSFA la sua registrazione. Di converso, la MSFA deve verificare che i requisiti sopra ricordati (nonché quelli ulteriori menzionati dall'art. 4 della legge VFA – tra cui l'indicazione della data, delle informazioni richieste dalla legge e di una dichiarazione del consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 3 della legge VFA, che riporti che il *white paper* è

Da ultimo, ai sensi della legge VFA, l'emittente ha altresì la possibilità di svolgere attività pubblicitaria a sostegno dell'offerta, purché i relativi annunci siano chiaramente identificabili, le informazioni ivi contenute non siano false o fuorvianti e, comunque, siano coerenti con quelle presenti nel *white paper*. Le attività pubblicitarie devono inoltre informare sulla avvenuta o futura pubblicazione del *white paper*, a seconda che precedano o meno la diffusione di quest'ultimo⁵³.

Una volta entrate in vigore le leggi MDIA, ITAS e, soprattutto, VFA, la MFSA ha sviluppato un apposito test (il c.d. *Financial Instrument Test*)⁵⁴ a supporto degli operatori del mercato allo scopo di determinare la riconducibilità di un determinato *cryptoasset* ad una delle categorie individuate nella legge VFA (ossia, *token* virtuale, VFA, moneta elettronica o strumento finanziario). In particolare, soltanto laddove lo stesso non ricada né nella categoria di *token* virtuale, né in quelle di strumento finanziario o di moneta elettronica – nei quali ultimi casi troverebbe applicazione la rispettiva disciplina esistente prevista dalla legislazione comunitaria –, potrebbe essere considerato un'attività finanziaria virtuale, venendo pertanto assoggettato al regime previsto dalla legge VFA.

In conclusione, l'ordinamento maltese può essere annoverato tra quelli che hanno, in principio, accolto con favore il fenomeno delle ICO, benché appaia, in concreto, inappropriato definirlo (eccessivamente) permissivo e, in definitiva, "*crypto-friendly*": in fondo, in maniera, tutto sommato, non troppo dissimile dalla

stato redatto nel rispetto delle applicabili previsioni di legge) siano stati rispettati e approvare il *white paper*. Dopo l'approvazione, il *white paper* è valido per sei mesi.

⁵³Cfr. art. 6 della legge VFA. Se il *white paper* contiene informazioni false o queste ultime sono pubblicate su un sito internet o, comunque, pubblicizzate in qualsiasi forma, cagionando in tal modo eventuali danni a terzi, l'emittente viene considerato responsabile nella misura in cui le stesse siano state rese intenzionalmente o per colpa grave.

⁵⁴MFSA, *Financial Instrument Test. Guidelines*, 24 luglio 2018 (modificato, da ultimo, in data 5 aprile 2019).

disciplina esistente in materia di IPO, vengono imposti agli emittenti numerosi obblighi di trasparenza, ivi incluso il controllo preventivo del *white paper* da parte dell'agente VFA e l'approvazione successiva della MFSA, in modo da garantire un certo grado di protezione agli investitori, così peraltro scongiurando il rischio di anonimato, solitamente peculiarità intrinseca delle operazioni effettuate con tecnologie DLT.

3.3.2. Anche la Francia, sulla scorta dell'esempio di Malta, ha inteso definire un regime *ad hoc* specificamente strutturato per disciplinare i *token* e le ICO⁵⁵. Infatti, il 26 ottobre 2017, la *Autorité des Marchés Financiers* (AMF) ha avviato una consultazione sulle ICO allo scopo di raccogliere suggerimenti sul modo in cui si sarebbe dovuto regolare il fenomeno delle ICO⁵⁶.

Parallelamente alla consultazione, l'AMF si è impegnata in altre iniziative, tra cui il programma sulle offerte di risorse digitali, denominato "*Universal Node to ICO's Research and Network*" (UNICORN), finalizzato ad instaurare un dialogo con il mercato in modo da ottenere una migliore comprensione delle operazioni relative all'offerta (e acquisto) di *token*⁵⁷.

Grazie ai risultati della consultazione e del programma UNICORN, nonché

⁵⁵Per un quadro sull'ordinamento francese e sulla relativa disciplina in materia di ICO, v. BERRUTO, *supra* nota 2, *passim*; CARRIÈRE, *Initial Coin Offerings*, *supra* nota 2, *passim*.

⁵⁶AMF, *Documento di consultazione sulle ICO*, del 26 ottobre 2017. Tale documento era diviso in quattro macro aree, riguardanti, rispettivamente: (i) la spiegazione di cosa fossero le ICO; (ii) il richiamo ai potenziali investitori in merito ai rischi connessi alle ICO; (iii) l'analisi sulla possibile estensione alle ICO del quadro normativo vigente; e infine (iv) la prospettazione delle potenziali opzioni normative per regolare il fenomeno identificate dall'AMF, tra cui: (a) ricorso alle *best practices*; (b) estensione del campo di applicazione della legislazione esistente; (c) definizione di un apposito quadro normativo.

⁵⁷Le risposte alla consultazione pubblica e gli altri risultati relativi al programma UNICORN sono stati raccolti nei documenti relativi agli esiti della consultazione sulle ICO e all'aggiornamento del programma UNICORN, pubblicati dall'AMF il 22 febbraio 2018.

sulla base dell'analisi di talune ICO, l'AMF è stata in grado di trarre alcune conclusioni in merito all'approccio regolamentare da adottare.

In primo luogo, con riguardo alle caratteristiche tecniche dei *token*, gli stessi sono stati suddivisi in due grandi categorie: (i) gli *utility token*, che garantiscono al titolare il diritto di utilizzare la tecnologia e/o il servizio distribuiti dal promotore della ICO; e (ii) i *token* che incorporano diritti di voto o patrimoniali, i quali, secondo l'AMF, a determinate condizioni, possono essere considerati strumenti finanziari.

In secondo luogo, l'AMF ha svolto talune considerazioni in merito ai documenti da redigere e pubblicare in vista di una ICO, essenzialmente riconducibili alle categorie dei (i) "manifesti", destinati ad informare circa il protocollo impiegato nei progetti tecnologici sottostanti; e (ii) "*white paper*", contenenti informazioni per gli investitori concernenti le caratteristiche dei *token*, il modello di *business* impiegato e lo scopo dell'ICO. Gli esiti della consultazione hanno poi mostrato il favore dei partecipanti per la redazione dei *white paper*, poiché in grado di permettere agli investitori di ricevere le informazioni necessarie per rendere consapevoli le loro decisioni sull'investimento da effettuare⁵⁸.

Infine, per quanto riguarda il regime regolamentare applicabile, tra i vari approcci prospettati nel documento di consultazione⁵⁹, la maggior parte dei riscontri si è espressa in modo favorevole rispetto all'istituzione di una nuova cornice legislativa intesa a disciplinare specificamente le ICO, concordando con la

⁵⁸L'AMF, sulla scorta di tali spunti, ha evidenziato che i *white paper*, che comunque dovranno ottenere la sua approvazione, devono contenere informazioni sui progetti imprenditoriali sottostanti all'ICO e sul loro sviluppo, sui diritti e sulle prerogative associati al possesso dei *token*, sull'individuazione della legge applicabile nonché sul regime contabile applicabile ai capitali raccolti mediante l'ICO. Inoltre, il *white paper* dovrà indicare il nome della persona fisica o giuridica responsabile dell'ICO (nonché, ove applicabile, dei suoi amministratori), anche al fine di scongiurare i già indicati rischi di anonimato dietro le ICO.

⁵⁹V. *supra* nota 56.

proposta dell'AMF di progettare un sistema basato sul meccanismo c.d. *opt-in*, che rimette a coloro che intendono lanciare una ICO la possibilità di decidere se chiedere o meno l'approvazione dell'AMF e, quindi, assoggettarsi volontariamente alla sua supervisione⁶⁰.

A seguito della consultazione pubblica condotta dall'AMF, il 22 maggio 2019 il governo francese ha emanato la legge n. 2019-486 (c.d. *loi PACTE – “Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises”*)⁶¹, che, tra l'altro, contiene una disciplina *ad hoc* per le ICO, introducendo – a livello di normativa primaria – un nuovo Capitolo II (“*Émetteurs de jetons*”) nel Titolo V («*Intermédiaires en biens divers et émetteurs de jetons*») del Libro V (“*Les prestataires de services*”) del *Code monétaire et financier* (CMF)⁶².

In particolare, la legge codifica l'*opt-in* e lo applica agli *utility token*, definiti come “attività digitali diverse dagli strumenti finanziari, che danno origine a uno o più diritti e che possono essere emesse, registrate, archiviate o trasferite utilizzando la tecnologia DLT”, ma non anche agli altri *token*, qualificabili invece come veri e

⁶⁰Molti dei partecipanti alla consultazione hanno peraltro evidenziato la difficoltà pratica di classificare i *token*, tenuto conto del fatto che gli stessi possono avere, di volta in volta, caratteristiche diverse, suggerendo all'uopo l'opportunità di condurre un'analisi caso per caso e invitando l'AMF a definire in modo specifico i requisiti necessari per qualificare i *token* come strumenti finanziari (sulla falsariga dell'approccio della SEC con il c.d. *Howey test*).

⁶¹L'art. 26 della *loi PACTE* definisce il *token* come “un bene intangibile che rappresenta in forma numerica uno o più diritti e che può essere emesso, registrato o trasferito usando un meccanismo di registrazione elettronica condivisa che facilita l'identificazione, diretta o indiretta, del possessore di detto bene”. Inoltre, la ICO viene definita quale una “offerta al pubblico di *token* realizzata con ogni modo o forma di acquisto [...] purché sia fatta per un numero non modesto di acquirenti”.

⁶²La *loi PACTE* ha, cioè, introdotto un nuovo Capitolo II a fianco delle norme già esistenti in materia di strumenti monetari e finanziari (disciplinati dai Libri da I a IV del CMF), di “finanziamenti partecipativi” (disciplinati dal Libro V, Titolo IV, Cap. VIII, del CMF) e di “*biens divers*” (disciplinati dal medesimo Titolo V del Libro V, al Cap. I). Contestualmente, l'AMF ha modificato – a livello di normativa di rango secondario – il proprio “*Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*”, introducendo il nuovo “*Livre VII – Émetteurs de jetons et prestataires de services sur actifs numériques, Titre I – Offre au public de jetons*”.

propri strumenti finanziari, alle cui eventuali offerte iniziali si applicheranno le norme (comunitarie e nazionali) esistenti (tra cui, come più volte ribadito, il Regolamento Prospetti, la MiFID II, il Regolamento MAR).

Il nuovo sistema prevede che gli emittenti di *utility token*, che desiderino avviare una ICO, possano volontariamente optare per un regime autorizzativo, sotto la vigilanza dell'AMF, a condizione che vengano rispettate le seguenti condizioni: (i) l'emittente deve essere una persona giuridica avente sede legale (o quantomeno secondaria) in Francia; (ii) il *white paper*, contenente tutte le informazioni necessarie a consentire agli investitori una decisione consapevole, deve essere presentato all'AMF per il rilascio dell'apposito "visto"⁶³; (iii) l'emittente deve rispettare determinati requisiti organizzativi e comportamentali, oltreché di sicurezza e resilienza tecnologica, ai fini del monitoraggio e della corretta gestione dei capitali raccolti mediante l'ICO; e (iv) il medesimo deve aver implementato adeguati strumenti per garantire il rispetto delle norme in materia di antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo.

Inoltre, sempre al fine di garantire la protezione degli investitori, la *loi PACTE* ha investito l'AMF di numerosi poteri, dal rilascio del "visto" all'approvazione del *white paper*, dalla supervisione delle ICO autorizzate al potere-dovere di imporre sanzioni agli emittenti che non si conformino alle regole o diffondano informazioni false o fuorvianti.

⁶³In altri termini, una volta che l'emittente decide di *opt-in*, redige e pubblica il *white paper* relativo all'ICO che deve essere scritto in modo conciso e comprensibile e le informazioni in esso contenute devono essere accurate, chiare e non fuorvianti. Prima della pubblicazione, il documento viene presentato all'AMF che ha il compito di (i) controllare che lo stesso sia redatto in conformità alle disposizioni applicabili, e (ii) analizzare gli eventuali materiali pubblicitari e promozionali dell'ICO. Una volta approvato, il *white paper* viene pubblicato in modo che gli investitori possano valutare consapevolmente l'offerta prima, se del caso, di aderirvi. Inoltre, qualsiasi modifica o informazione, che divenga nota dopo la pubblicazione e sia in grado di incidere sulle decisioni di investimento, deve essere prontamente resa nota al pubblico.

In definitiva, il nuovo regime francese pare prendere in considerazione soltanto i profili informativi e sollecitatori delle ICO, estendendo a queste ultime *mutatis mutandis* la disciplina del “prospetto” che prevede l’ottenimento di un “visto”, da parte dell’Autorità di vigilanza preposta, su un “documento” predisposto dall’emittente, secondo un modello *standard* di riferimento sottoposto preventivamente al vaglio della AMF prima di poter essere diffuso al pubblico con la pubblicazione sul sito internet⁶⁴. In quest’ottica, il modello regolatorio francese è stato costruito nell’intento di rappresentare un incentivo reputazionale in favore degli emittenti che, scegliendo di assoggettarsi volontariamente al complesso di regole dettate *ad hoc* per le ICO (e venendo all’uopo inclusi in un’apposita *white list* pubblicata sul sito dell’AMF), intendono accreditarsi presso il pubblico del riconoscimento di un certo grado di affidabilità tale da indurre gli investitori a premiare il relativo progetto imprenditoriale.

Di converso, poiché il sistema appena descritto è volontario, gli emittenti che non intendano aderirvi possono cionondimeno raccogliere capitali mediante ICO, seppur con alcune significative restrizioni (in termini di sollecitazione all’investimento e di promozione dei prodotti offerti), venendo comunque inclusi, a quel punto, in una *black list*, anch’essa pubblicata sul sito dell’AMF, che rappresenta una sorta di “avvertimento” per gli investitori (i quali sanno, a quel punto, che, aderendo all’offerta, non beneficiano delle protezioni specifiche garantite dall’AMF) (65). Più specificamente, soltanto le offerte di *token* che abbiano ricevuto l’approvazione dell’AMF possono rivolgersi al pubblico francese; al contrario, le offerte prive di autorizzazione potranno essere rivolte solo ad un numero limitato di

⁶⁴V. CARRIÈRE, *Initial Coin Offerings*, *supra* nota 2, 7.

⁶⁵V. BERRUTO, *supra* nota 2, 4.

sottoscrittori, nella forma del *private placement*.

A questo punto, appare chiaro lo scopo del quadro normativo sopra descritto, consistente nell'intento del legislatore francese di attrarre sempre più imprese, peraltro ad alto tasso tecnologico, a condurre le loro attività nel territorio nazionale al fine di aumentare il livello di investimenti effettuati nel Paese. Il tutto, comunque, attraverso il rispetto dell'integrità del mercato e della protezione degli investitori, tutelata attraverso l'imposizione di obblighi informativi e di trasparenza in capo agli emittenti.

3.3.3. Gli approcci di Malta e Francia, pur autonomamente adottati, vanno comunque inquadrati nell'ambito del dibattito che si era nel frattempo sviluppato in Europa poiché (al netto delle iniziative intraprese dalla vicina Svizzera) il fenomeno delle ICO aveva iniziato a svilupparsi nell'Unione europea, sollevando preoccupazioni nelle autorità di regolamentazione nazionali, in particolare in relazione alla necessità di garantire protezione degli investitori.

In questo contesto, il 13 novembre 2017, l'ESMA ha pubblicato due diversi comunicati intesi ad avvisare investitori e imprese sui possibili rischi correlati (alla partecipazione) alle ICO.

Nel comunicato indirizzato alle imprese⁶⁶, l'ESMA avvertiva che, laddove le stesse fossero state coinvolte nell'organizzazione e nella promozione di ICO, ciò avrebbe potuto costituire esercizio di attività regolamentata e riservata o, comunque, soggetta ad autorizzazione ai sensi del diritto finanziario europeo. In particolare, l'ESMA ammoniva a prestare attenzione alla struttura delle attività

⁶⁶ESMA, “*ESMA alerts firms involved in Initial Coin Offerings (ICOs) to the need to meet relevant regulatory requirements*”, Doc. n. ESMA50-157-828 del 13 novembre 2017.

svolte e dei beni offerti, per verificare la loro eventuale riconducibilità nell'alveo di operatività della regolamentazione europea: specificamente, ove i *token* si possano qualificare come strumenti finanziari, le imprese che ne promuovano l'acquisto potrebbero essere coinvolte nella prestazione di attività e servizi di investimento e la relativa ICO potrebbe costituire un'offerta al pubblico di "titoli" (o "strumenti finanziari" o "valori mobiliari"), ciò implicando l'applicazione delle rilevanti norme comunitarie più volte richiamate⁶⁷.

Con il comunicato agli investitori, invece, l'ESMA intendeva sensibilizzare questi ultimi sui rischi connessi alle ICO – quali frodi, perdita del capitale investito, volatilità dei prezzi dei beni offerti, asimmetria informativa (connessa alla mancanza di informazioni sufficienti nei *white paper*), funzionamento difettoso della tecnologia impiegata – specialmente in relazione al fatto che gli investitori potrebbero rimanere privi di protezione allorquando le ICO vengano strutturate in modo tale da rendere inapplicabili alle stesse le disposizioni comunitarie in materia di sollecitazione all'investimento⁶⁸.

Le successive iniziative dell'ESMA devono essere inquadrare nella prospettiva del c.d. "*FinTech Action Plan*" della Commissione Europea⁶⁹ su come sfruttare le opportunità offerte dall'utilizzo dell'innovazione nei servizi finanziari che prevedeva 23 iniziative dirette a: sfruttare i rapidi progressi tecnologici a vantaggio dell'economia, dei cittadini e dell'industria della Comunità; contribuire a rendere

⁶⁷Il comunicato riveste notevole importanza poiché l'ESMA parrebbe aver riconosciuto, anche se implicitamente, che i *token* potrebbero essere inclusi nella più ampia categoria dei "titoli". Ciononostante, l'ESMA non ha specificamente stabilito i requisiti o le condizioni – al pari, ad esempio, della SEC – al ricorrere dei quali i *token* devono essere qualificati come "titoli".

⁶⁸ESMA, "*ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs)*", Doc. n. ESMA50-157-829 del 13 novembre 2017.

⁶⁹COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo* (COM/2018/109) dell'8 marzo 2018.

più competitivo e innovativo il settore finanziario europeo; e assicurare l'integrità del sistema finanziario dell'UE.

Con specifico riguardo alle ICO, il “mandato” conferito alle Autorità di vigilanza europee consisteva nell'esame dell'adeguatezza dell'attuale quadro normativo comunitario in funzione di un'eventuale futura linea d'azione al duplice fine, per un verso, di fare in modo che le imprese, gli investitori e i consumatori dell'UE possano avvalersi di questa innovazione tecnica e, per altro verso, di presidiare adeguatamente i potenziali rischi in termini di stabilità finanziaria, integrità del mercato, protezione degli investitori e dei consumatori, protezione dei dati personali, riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo⁷⁰.

Pertanto, agendo sulla base del “mandato” ricevuto, nell'estate del 2018, l'ESMA ha deciso di coinvolgere le Autorità nazionali di vigilanza inviando loro un questionario e richiedendo alle stesse di rispondere ad alcune domande relative alle crypto-attività⁷¹. In particolare, lo scopo di tale indagine era quello di comprendere i

⁷⁰*Ibid.*

⁷¹ESMA, “*Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs*”, (Allegato 1), Doc. n. 50-157-1384 del gennaio 2019. Nel questionario, l'ESMA ha richiesto alle competenti Autorità nazionali di considerare, tra l'altro, se sei crypto-attività – FINOM (*investment token* che attribuiva al titolare diritti patrimoniali e amministrativi nell'emittente), Polybius Bank (*investment token* che dava diritto alla percezione degli utili dell'emittente), Crypterium (*hybrid token* con una componente di investimento – il diritto alla percezione mensile degli eventuali utili – ed una di “utilizzo” – la facoltà di pagare le commissioni legate all'utilizzo dei servizi erogati dalla “cripto-banca”), PAqarium (*hybrid token* che cumulava tutte e tre le caratteristiche tipiche dei *token*, poiché attribuiva diritti “amministrativi” – di voto – e di “utilizzo” – relativamente a determinati servizi – e poteva al contempo essere utilizzato come mezzo di pagamento), Filecoin (*utility token* che consentiva di accedere a determinati servizi creati dall'emittente) e AlchemyBite (*hybrid token* con caratteristiche sia di investimento sia di pagamento, il cui valore era determinato *per relationem* sulla base di quello di ulteriori crypto-attività cui lo stesso era legato) – potevano essere qualificate come “valori mobiliari” (o, comunque, “strumenti finanziari”). L'ESMA ha scelto altresì di non includere nell'indagine *token* di pagamento puri poiché appare pressoché pacifica la loro esclusione da tale categoria, essendo gli stessi piuttosto concepiti esclusivamente come mezzi di pagamento (tenuto altresì conto che, come già detto, l'art. 4 (1)(44) MiFID II dispone espressamente che gli strumenti di pagamento non rientrano nella categoria dei valori mobiliari).

diversi approcci adottati da ciascuno Stato membro nel recepire e interpretare la MiFID II (specificamente nella definizione di “strumenti finanziari”), nonché di capire se e in che misura, sulla base della definizione adottata dai vari ordinamenti, le cripto-attività potessero rientrare nella nozione di strumenti finanziari e, dunque, essere assoggettate al regime legislativo stabilito dalla MiFID II e dalle rispettive leggi nazionali di recepimento⁷².

Ciò che è emerso a valle dell'indagine intrapresa dall'ESMA è una chiara differenza tra quegli Stati membri che hanno adottato un approccio più restrittivo nel recepire la MiFID II, individuando un *numerus clausus* di valori mobiliari, e quelli che hanno adottato un'interpretazione più ampia, senza cristallizzare la definizione di “valori mobiliari” entro un elenco fisso di strumenti, con la conseguente diversa propensione ad applicare ai *token* le norme già esistenti in materia, appunto, di valori mobiliari⁷³.

⁷²Nel frattempo, il *Securities and Markets Stakeholder Group* (SMSG) – organismo avente lo scopo di agevolare le consultazioni tra l'ESMA e i suoi *stakeholder* –, nell'*Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Asset*, trasmesso all'ESMA il 19 ottobre 2018, nel riprendere la tassonomia tra *utility*, *payment* e *investment token* proposta dalla FINMA, si è espresso nel senso che le prime due tipologie di *token* appena citate non dovrebbero in principio essere assoggettate né al Regolamento Prospetto, né alla MiFID 2, né al Regolamento MAR, salvo che le stesse assumano concretamente le sembianze di un vero e proprio prodotto d'investimento. Di converso, gli *investment token*, ove dovessero attribuire diritti patrimoniali e fossero liberamente trasferibili, dovrebbero essere considerati – presentando delle caratteristiche molto simili a un titolo di *debt* o *equity* – alla stregua di un valore mobiliare, come tale assoggettato alle norme sopra indicate. Inoltre, il medesimo ragionamento andrebbe seguito anche in ordine agli *investment token* trasferibili che attribuiscono al titolare il diritto di intervento nell'attività societaria, mentre non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della normativa sui mercati finanziari quegli *investment token* che non possono circolare liberamente e che non assegnano al titolare un diritto di incidere, sotto il profilo decisorio, sull'attività societaria. In merito, v. CONSO - DI GIORGIO - MARTINOTTI, *supra* nota 2, *passim*.

⁷³In particolare, sulla base delle risposte fornite, è emerso che gli ordinamenti che adottano un approccio ermeneutico più ampio sono più inclini a considerare le cripto-attività come valori mobiliari, dal momento che, in virtù del principio della “prevalenza della sostanza sulla forma”, prendono in considerazione le caratteristiche peculiari di ciascun *token* e riconducono quest'ultimo nella categoria dei valori mobiliari ogniqualvolta vengano riscontrate delle omologie operative.

In ogni caso, indipendentemente dall'approccio adottato, la maggior parte delle Autorità nazionali ha ravvisato l'esigenza di assoggettare i *token* ad un determinato regime normativo, tanto quello esistente quanto, se del caso, uno introdotto *ad hoc* (per far fronte alle caratteristiche peculiari delle tecnologie impiegate), al fine di garantire la protezione degli investitori e prevenire eventuali rischi di instabilità finanziaria.

I risultati dell'indagine sono stati esaminati e sintetizzati dall'ESMA nel proprio "*Advice on Initial Coin Offerings and Crypto Assets*" per la Commissione Europea, pubblicato il 9 gennaio 2019⁷⁴, in cui sono stati identificati i summenzionati temi tassonomici e definatori ed evidenziate le attuali lacune legislative.

In particolare, è emersa chiaramente l'assenza di un'omogeneità di vedute in merito alla qualificazione giuridica di concetti chiave come quelli di "strumenti finanziari" e "valori mobiliari", conseguenza diretta della discrezionalità lasciata a ciascuno Stato membro nel recepire e attuare nel diritto nazionale le direttive, come la MiFID II⁷⁵. Tuttavia, l'ESMA ha altresì ammesso di non essere

Inoltre, la grande maggioranza delle Autorità nazionali ha ritenuto che l'esistenza di diritti economici sui futuri profitti dell'emittente fosse elemento sufficiente per qualificare i *token* come valori mobiliari ai sensi della MiFID II (con la conseguenza che i *token* che non presentino una prevalente componente di investimento, quale appunto, ad esempio, quella di avere accesso agli utili dell'emittente, dovrebbero essere esclusi da tale categoria). Peraltro, le medesime Autorità hanno richiesto all'ESMA di precisare ulteriormente il significato di "componente di investimento", senza lasciare la sua interpretazione a ciascuno Stato membro, circostanza che osterebbe alla creazione di un *level playing field* in questo settore. Al contrario, le Autorità nazionali degli ordinamenti che hanno adottato un approccio ermeneutico restrittivo nella definizione di valori mobiliari hanno evidenziato all'ESMA l'opportunità di introdurre a livello legislativo una definizione chiara e precisa dei *token*.

⁷⁴ESMA, "*Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*", Doc. n. 50-157-1391 del 9 gennaio 2019.

⁷⁵L'ESMA ha ribadito l'applicabilità della disciplina comunitaria in tema di valori mobiliari nei casi in cui i *token* siano assimilabili a tali strumenti. Per ciò che attiene, invece, ai *token* non qualificabili come valori mobiliari, l'ESMA ha prospettato due opzioni: la prima, che viene considerata quella

particolarmente preoccupata, soprattutto per le implicazioni dal punto di vista della stabilità finanziaria, atteso che il settore delle cripto-attività rimane, tutto sommato, in termini sia assoluti che relativi, di dimensioni modeste rispetto a quello degli strumenti finanziari.

Di converso, però, l'ESMA ha riconosciuto di temere per gli eventuali rischi legati alla protezione degli investitori e all'integrità del mercato, soprattutto dal punto di vista degli abusi di mercato e delle frodi, in virtù delle lacune normative esistenti nel settore dei mercati FinTech. A questo proposito, i *token* che non rientrino nell'ambito di applicazione della MiFID II sono quelli che potrebbero generare i maggiori timori, a causa della mancanza di regole specifiche ad essi applicabili, anche per via della tecnologia impiegata, con la conseguenza che in questo caso gli investitori si ritroverebbero privi di adeguata protezione.

Per tutte queste ragioni, l'ESMA ha in definitiva suggerito l'opportunità di un intervento regolamentare a livello europeo, anche in considerazione della natura intrinsecamente transnazionale dei *token*, per evitare di lasciare ai singoli ordinamenti nazionali (e alle competenti Autorità di vigilanza) l'istituzione di un apposito regime normativo, con l'inevitabile conseguenza – indesiderata – di possibili asimmetrie tra i singoli approcci.

4: 4.1. L'approccio italiano al fenomeno delle ICO è stato finora ad esclusivo appannaggio delle iniziative adottate dalla CONSOB.

In un primo momento, l'Autorità è intervenuta con taluni provvedimenti⁷⁶

più appropriata, è di creare un *framework* regolamentare *ad hoc*; la seconda consiste nel ritenere tali tipologie di attività al di fuori dell'ambito di regolazione esistente e, quindi, evitare di intraprendere alcuna azione al riguardo.

⁷⁶Oltre a quelle citate di seguito nel testo, si segnalano anche le delibere nn. 20740 e 20741 del 12 dicembre 2018 e n. 20944 del 29 maggio 2019.

nei confronti di promotori di ICO che coinvolgevano investitori italiani. In particolare, la prima decisione adottata risale al 31 ottobre 2018 (delibera n. 20660), quando la CONSOB, agendo sulla base dei poteri conferiti dall'art. 99, comma 1, lett. b), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) ha sospeso l'ICO avviata dalla società inglese Togacoin Ltd., che mirava a offrire agli investitori italiani il *token* TGA, emesso dalla medesima società.

Successivamente, il 14 novembre 2018, la CONSOB ha adottato altri due provvedimenti (delibere nn. 20693 e 20694) nei confronti della società inglese Cryptoforce Ltd., con cui, rispettivamente, ha interrotto l'ICO avente ad oggetto l'offerta della cripto-valuta "Crypton" agli investitori italiani e, sulla base dell'art. 101, comma 4, lett. b), TUF, ha sospeso l'attività pubblicitaria svolta su Facebook allo scopo di promuovere l'acquisto e lo scambio di "Crypton".

Le prime due delibere sono particolarmente rilevanti poiché la CONSOB si è trovata ad affrontare, per la prima volta, il fenomeno delle ICO, fondando le sue decisioni sulla qualificazione dei *token* come "*prodotti finanziari*", la cui definizione, come noto, è prevista dall'art. 1, comma 1, lett. u), TUF (di talché, essendo le operazioni in questione simili alle offerte pubbliche iniziali, è stato ritenuto che le prime non fossero state portate avanti nel rispetto delle norme vigenti per le seconde).

Più in dettaglio, il ragionamento della CONSOB alla base delle sue decisioni è strettamente collegato alle nozioni di "*prodotti finanziari*" e "*offerte al pubblico*". Anzitutto, la CONSOB ha richiamato gli elementi chiave di un'offerta al pubblico, ossia che la stessa (i) abbia ad oggetto "*prodotti finanziari*" (ivi inclusa "*ogni [...] forma di investimento di natura finanziaria*")⁷⁷; (ii) sia volta a realizzare la

⁷⁷Cfr. art. 1, comma 1, lett. u), TUF, a mente del quale la nozione di "*prodotti finanziari*" include

compravendita o la sottoscrizione di prodotti finanziari⁷⁸; e infine (iii) sia rivolta a soggetti residenti in Italia.

Inoltre, al fine di avere un *“investimento di natura finanziaria”*, in modo da soddisfare il primo requisito sopra elencato, devono coesistere tre elementi: (a) l'impiego di capitale; (b) l'aspettativa di un rendimento di natura finanziaria, ossia di un profitto consistente nell'accrescimento delle disponibilità investite, prospettata già all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, in connessione con le azioni imprenditoriali o manageriali poste in essere da terze parti e non dall'investitore medesimo; (c) l'assunzione di un rischio direttamente correlato all'impiego di capitale.

Secondo la CONSOB, sia nell'offerta di *token* TGA sia in quella di *“Crypton”*, gli investimenti proposti presentavano le suddette caratteristiche, poiché comportavano (i) l'uso di capitali, (ii) con l'obiettivo di ottenere un rendimento proporzionale all'importo del capitale conferito dall'investitore, (iii) connesso a un rischio finanziario. Di tal guisa, in entrambi i casi gli strumenti offerti al pubblico potevano essere qualificati come *“prodotti finanziari”* e, pertanto, le offerte di Togacoin Ltd. e Cryptoforce Ltd. dovevano essere classificate come investimenti di natura finanziaria.

A supporto di tale tesi, inoltre, la CONSOB ha evidenziato che (a) i siti internet delle due società contenevano informazioni sufficienti per consentire agli investitori di valutare i termini e le condizioni delle offerte, permettendo loro di

“gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”, mentre non rientrano in tale categoria *“i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari”*.

⁷⁸Cfr. art. 1, comma 1, lett. *t*), TUF, secondo cui l'*“offerta al pubblico di prodotti finanziari”* comprende *“ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati”*.

decidere se investire o meno; (b) tali informazioni venivano presentate in forma sufficientemente standardizzata, senza la possibilità per ciascun investitore di negoziare condizioni e termini diversi; e (c) le offerte erano rivolte ad un pubblico residente in Italia, come dimostrava, tra l'altro, il fatto che i siti internet tanto di Togacoin quanto di Cryptoforce erano accessibili anche in italiano.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, gli investimenti proposti da tali società sono stati qualificati dalla CONSOB come “*offerte al pubblico di prodotti finanziari*” ed è stato, quindi, ritenuto che, tenuto conto che entrambe le società avevano nei fatti inteso promuovere un'offerta di prodotti finanziari rivolta ad investitori italiani, le stesse avrebbero dovuto rispettare gli obblighi stabiliti dall'art. 94, comma 1, TUF, che impone al soggetto che intende lanciare un'offerta di darne preventiva comunicazione alla CONSOB, allegando il prospetto destinato alla pubblicazione, per la relativa approvazione. Tuttavia, poiché nei casi esaminati non era stata effettuata alcuna comunicazione alla CONSOB, né le era stata richiesta l'approvazione per la pubblicazione di alcun prospetto, quest'ultima ha dichiarato la sospensione delle iniziative avanzate da Togacoin Ltd. e Cryptoforce Ltd per un periodo di 90 giorni, in ragione dell'intervenuta violazione delle disposizioni applicabili fissate dalla legislazione nazionale in materia di offerte al pubblico.

Il pregio delle delibere CONSOB in questione risiede naturalmente nel fatto che l'Autorità nazionale ha affrontato, per la prima volta, il fenomeno delle ICO, qualificando – indirettamente – i *token* oggetto di offerta come “*prodotti finanziari*”, ai sensi del TUF, e includendo le relative offerte nell'alveo delle “*offerte al pubblico*”. Tuttavia, occorre notare che la CONSOB non ha fornito alcuna definizione di *token*, né ha chiarito se, e a quali condizioni i *token*, possano essere qualificati come “*prodotti finanziari*” (o “*strumenti finanziari*” o “*valori mobiliari*” o

“prodotti di investimento”) ai sensi del diritto italiano (e/o europeo), rendendo quindi applicabile la relativa disciplina.

4.2. Dopo le prime prese di posizione appena riferite, influenzata anche dagli approcci che si andavano via via delineando negli altri Paesi europei, il 19 marzo 2019 la CONSOB ha pubblicato un documento di consultazione⁷⁹, con l’obiettivo di avviare un dibattito a livello nazionale circa il modo più adeguato di affrontare i problemi relativi alle ICO e agli scambi di *token* nonché di dare il proprio contributo alla definizione di un determinato regime normativo, in ragione della mancanza di un orientamento consolidato sulla qualificazione giuridica dei *token* e sulla possibilità di applicare il quadro giuridico esistente alle operazioni, agli scambi e alle offerte che li coinvolgono⁸⁰.

L’approccio della CONSOB, che presenta taluni profili di analogia con quello francese⁸¹, ha avuto alla propria base un intento fondamentalmente agevolativo, e non repressivo, delle ICO; intento, però, che l’Autorità ha inteso combinare con l’esigenza assiologicamente (quantomeno) equiordinata (se non, in verità, sovraordinata) di assicurare la protezione degli investitori; il tutto, peraltro, “complicato” dall’assenza, come detto, di una specifica disciplina primaria di riferimento, tanto nazionale quanto europea.

⁷⁹V. *supra sub par.*

⁸⁰Le ragioni in favore di un intervento sul tema della sollecitazione degli investitori nella forma delle ICO – con emissione, a fronte del pagamento in cripto-valute, di *token* a loro volta scambiati su piattaforme di *trading* sia in Italia che all’estero – erano sostanzialmente riconducibili al fatto che le ICO erano sempre più rivolte ad ampie fette del mercato degli investitori *retail*, i quali, tuttavia, laddove i *token* emessi non fossero qualificabili come strumenti o prodotti finanziari, sfuggendo per tale via all’applicazione della relativa disciplina, rischiavano di rimanere privi di adeguata protezione.

⁸¹Ma anche significative differenze, evidenziate da CARRIÈRE, *Initial Coin Offerings*, *supra* nota 2, *passim*.

Per far ciò, la CONSOB si è mossa essenzialmente lungo tre direttrici.

In primo luogo, ha evitato di “ingessare” entro categorie giuridiche preesistenti il fenomeno delle ICO.

In questo senso, l’iniziativa si è fondata sulla definizione di un regime regolamentare *ad hoc* che, sotto il profilo definitorio, prescindesse dalla modifica delle nozioni c.d. eurounitarie (in quanto di matrice comunitaria) di “*strumenti finanziari*” (o “*valori mobiliari*”) e “*prodotti di investimento*” e, sotto il profilo metodologico, esonerasse – il mercato, ma anche l’Autorità – da un’analisi caso per caso delle singole ICO per appurare la eventuale (non) riconducibilità dei *token* oggetto di offerta (quantomeno) alle categorie domestiche già esistenti, *in primis* i “*prodotti finanziari*”⁸².

A questo proposito, secondo la CONSOB, nella prospettiva di “elevare” le c.d. “*cripto-attività*” al rango di nozione giuridica autonoma, occorre prendere in considerazione gli aspetti e le caratteristiche propriamente distintivi. A tal fine, l’Autorità ha sottolineato che, al pari di altri investimenti di natura finanziaria, le operazioni aventi ad oggetto i *token* possiedono in principio una componente di investimento, dal momento che implicano, contestualmente, l’impiego di capitale, l’assunzione di un rischio e l’aspettativa di un rendimento finanziario. Tuttavia, le

⁸²L’eventuale riconducibilità dei *token* alla categoria “nostrana” dei “*prodotti finanziari*” (che, oltre ad essere dettata a livello di normativa primaria, è stata plasmata anche attraverso l’attività di vigilanza della CONSOB, con propri pronunciamenti, in forma di pubblicazione di risposte a quesiti e provvedimenti di sospensione, divieto e, in generale, sanzionatori) avrebbe comportato, come noto, la conseguenza, da un lato, della necessaria applicazione della disciplina del prospetto (in assenza di specifici casi di esenzione) e, dall’altro lato, della riserva di attività – in favore di soggetti abilitati quali banche, imprese di investimento e intermediari finanziari *ex art. 106 d.lgs. 385/93* – per la promozione e il collocamento a distanza dei *token* nei confronti dei risparmiatori al dettaglio (ai sensi del combinato disposto degli artt. 32 TUF e 123 Regolamento CONSOB n. 20307 del 15 febbraio 2018). Di converso, naturalmente, laddove ove si dovesse ritenere che la fattispecie concreta sia riconducibile alle nozioni di “*strumento finanziario*” o “*prodotto di investimento*”, codificate dalle disposizioni europee di armonizzazione, troverebbe applicazione *de plano* la relativa disciplina comunitaria in tema di attività di emissione, negoziazione e post-negoziazione.

medesime operazioni presentano una loro peculiarità direttamente collegata a (i) il ricorso a tecnologie DLT e *blockchain*, che consentono di incorporare i diritti degli investitori in *token*, nonché (ii) la possibilità di conservare la prova della proprietà dei diritti incorporati nei *token*, in sede di successive negoziazioni, mediante la tecnologia impiegata.

Alla luce di queste peculiarità, ad avviso della CONSOB e non senza qualche eco dell'esperienza maltese, i tratti caratterizzanti della "nuova" categoria potevano essere così compendati: le "cripto-attività" sarebbero "registrazioni digitali rappresentative di diritti connessi a investimenti in progetti imprenditoriali", "create, conservate e trasferite mediante tecnologie basate su registri distribuiti", in grado di permettere "l'identificazione del titolare dei diritti relativi agli investimenti sottostanti", comunque "destinate a essere negoziate [...] all'interno di uno o più sistemi di scambi".

In sintesi, quindi, l'intento della CONSOB è stato quello di regolare in maniera uniforme le cripto-attività "residuali" – e cioè non chiaramente e indubbiamente riconducibili agli insiemi degli strumenti finanziari o dei prodotti di investimento, ovvero, per ragioni di "politica legislativa", a quello dei prodotti finanziari, ma che fossero comunque connotati dal profilo dell'investimento ed incorporassero i diritti dei soggetti che hanno investito con l'obiettivo di finanziare il progetto imprenditoriale sottostante – codificando una nuova categoria autonoma che, seppur differente da quelle preesistenti, ne rappresentasse idealmente il punto di intersezione, come tale meritevole di una regolamentazione *ad hoc* (in relazione tanto alle ICO, quanto, come si vedrà più in dettaglio a breve, alle "piattaforme per le offerte" e i "sistemi di scambi" di cripto-attività, ossia le *trading venue* dei *token*).

In secondo luogo, alla stregua dell'approccio francese, la CONSOB ha inteso

predispone un regime di disciplina di natura “volontaria”, in virtù del quale il promotore dell’iniziativa possa scegliere (*opt-in*) di rivolgersi alla platea degli investitori in un contesto regolamentato.

In tal senso, però, a differenza dell’approccio francese, una volta individuata la definizione di “cripto-attività”, il quadro normativo *ad hoc* che su tale nozione si impernia non si è rivolto ai profili di sollecitazione delle ICO (adattandovi le regole esistenti, ad esempio, in materia di prospetto). Al contrario, in armonia con la logica agevolatrice sopra richiamata, l’intervento della CONSOB ha mirato a delineare, in deroga al sistema regolamentare ordinario degli strumenti e dei prodotti finanziari, una sorta di *sandbox* che potesse assicurare contemporaneamente, in presenza di una serie di elementi posti sotto la propria vigilanza, la tutela dell’investitore e una disciplina “semplificata” ai promotori delle offerte⁸³.

Tra questi elementi vi rientrerebbero le “*piattaforme per le offerte di cripto-attività*”, intese quali “*piattaform[e] online che abbia[no] come finalità esclusiva la promozione e realizzazione di offerte di cripto-attività di nuova emissione*”, e i “*sistem[i] di scambi di cripto-attività*”, quali “*insiem[i] di regole e di strutture automatizzate, che consent[ono] di raccogliere e diffondere proposte di negoziazione di cripto-attività e di dare esecuzione a dette proposte, anche attraverso tecnologie basate su registri distribuiti*”: in tanto, cioè, i promotori possono sottrarsi al “rischio” di applicazione della disciplina dell’offerta al pubblico e dell’offerta a distanza di prodotti finanziari, in quanto si assoggettino al regime speciale, e opzionale, delle ICO, nel quale il collocamento e la successiva

⁸³In altri termini, lo scopo che l’Autorità si era prefissata non era quello di “coprire” un vuoto normativo, quanto piuttosto di accertare se la singola “cripto-attività” collocata e/o scambiata potesse integrare la definizione normativa di “*strumento finanziario*” o “*prodotto finanziario*”, così da assoggettarla, in caso contrario, ad una regolamentazione specifica che tenesse conto delle peculiarità del fenomeno.

negoziazione dei *token* vengano intermediati per il tramite di canali pre-determinati, quali appunto piattaforme e sistemi di scambi.

In altri termini, la “deroga” al regime ordinario si realizzerebbe mediante una duplice opzione – liberamente eleggibile dai privati – sia in fase di primario sia in sede di *trading*, attraverso il ricorso ad apposite piattaforme (*platforms* ed *exchanges*) vigilate dalla CONSOB. Dunque, se (e solo se) dapprima il promotore dell’iniziativa sceglie la “*piattaforma per le offerte di cripto-attività*” quale mezzo con cui veicolare l’offerta, la successiva fase di scambio, cioè quella relativa ai mercati secondari in cui le cripto-attività possono essere negoziate, può avvenire presso un *exchange* autorizzato dalla CONSOB: su quest’ultimo, cioè, potranno essere scambiati unicamente *token* previamente offerti tramite le apposite piattaforme, cosicché la suddetta volontaria soggezione alla disciplina regolatoria in sede di mercato primario costituisce la condizione per l’accesso al mercato secondario.

In sintesi, quindi, secondo la CONSOB, gli emittenti e i promotori di ICO sarebbero incentivati ad esercitare l’*opt-in* poiché acquisirebbero un “marchio di qualità” in relazione alla loro iniziativa, la cui sicurezza, e conseguente maggiore appetibilità sul mercato rispetto ad iniziative analoghe ma condotte al di fuori del perimetro regolamentato, dovrebbe essere garantita proprio dal presidio regolatorio. Parimenti, per lo stesso motivo, ossia l’incentivo reputazionale ad ottenere questa “etichetta”, anche gli organizzatori dei sistemi di scambio di cripto-attività, in una sorta di doppio e parallelo binario di *opt-in*, potrebbero volontariamente accedere ad un sistema regolamentato e, come si vedrà, domandare l’iscrizione alla CONSOB in un apposito registro, nonostante ciò comporti, di converso, l’obbligo di soddisfare requisiti soggettivi e di organizzazione

e funzionamento del sistema, dalla medesima stabiliti, e l'impegno a seguire regole di condotta caratterizzanti.

Sul piano della concreta regolamentazione, con riguardo alle piattaforme, ad avviso della CONSOB gli operatori in grado di meglio gestire le offerte di cripto-attività, nonché di prestare assistenza professionale nell'esecuzione delle stesse, potrebbero essere i gestori di portali di *crowdfunding* (autorizzati ai sensi dell'art. 50-*quinquies* TUF e disciplinati dal Regolamento Consob n. 18592 del 26 giugno 2013); naturalmente, però, a patto che le attività relative alla promozione delle ICO vengano tenute distinte da quelle connesse alle offerte di *crowdfunding*. Al contempo, anche per evitare la creazione di indebite ed indesiderate riserve "di fatto" di attività di intermediazione, la CONSOB ha lasciato aperta la possibilità anche ad altri soggetti di specializzarsi nella gestione di piattaforme per ICO, a condizione, però, che questi ultimi soddisfino i requisiti soggettivi richiesti dalla legge ai gestori di portali di *crowdfunding* e possiedano adeguati apparati informativi, procedurali, organizzativi e di monitoraggio al fine di garantire la protezione degli investitori, potendo così venire all'uopo autorizzati ad operare da parte della CONSOB⁸⁴.

D'altro canto, per quanto riguarda le operazioni successive alla prima emissione di cripto-attività, la CONSOB ha, come detto, previsto un meccanismo di *opt-in*, lasciando così ai gestori di piattaforme di *trading* di cripto-attività la facoltà

⁸⁴In virtù dell'approccio adottato, potrebbero dunque legittimamente venire a coesistere (i) offerte di cripto-attività effettuate sulle piattaforme regolamentate, assoggettate al regime opzionale descritto nel testo e, quindi, sotto la vigilanza della CONSOB, e (ii) offerte condotte su piattaforme non regolamentate, comunque lecite a condizione che non possano essere qualificate come attività abusiva ai sensi del TUF laddove i *token* oggetto di offerta integrino gli estremi della nozione di "*prodotto finanziario*". Tuttavia, in principio, solo nel primo caso gli investitori godrebbero della protezione garantita dalle tutele approntate dal regime applicabile, rimanendo esposti, nel secondo caso, ai rischi connessi all'assenza di presidi tipizzati.

di decidere se rispettare o meno le nuove disposizioni. Parallelamente, al fine di incentivare questi operatori ad assoggettarsi volontariamente alla disciplina opzionale, l’Autorità ha suggerito di stabilire una solida connessione tra piattaforme di offerta e sistemi di scambi, prevedendo che soltanto le cripto-attività che abbiano costituito oggetto di offerta al pubblico attraverso una (o più) piattaforma(/e) regolamentata(/e) potessero essere ammesse alle negoziazioni. Questo collegamento, di conseguenza, dovrebbe portare alla creazione di un sistema più affidabile per gli investitori, incoraggiandoli a preferire l’alveo delle strutture regolamentate. E in quest’ottica potrebbe risultare vantaggioso per i gestori dei sistemi di scambi il *tradeoff* tra benefici economici ed oneri regolamentari⁸⁵ cui gli stessi sarebbero sottoposti assoggettandosi alla vigilanza della CONSOB una volta iscritti nell’apposito registro gestito dall’Autorità.

In terzo luogo, la CONSOB ha inteso adottare un modello di vigilanza “*di tipo «indiretto»*, attraverso l’imposizione dell’obbligo di avvalersi di gestori autorizzati per l’offerta e la negoziazione dei tokens al fine di poter beneficiare del safe harbour rispetto alla possibile applicazione della disciplina dei prodotti finanziari, mettendo poi in capo a tali soggetti l’onere di controllo e verifica dei necessari requisiti di

⁸⁵La relativa disciplina potrebbe infatti contemplare almeno: “a) regole e procedure trasparenti e non discriminatorie con riguardo allo svolgimento degli scambi, così come all’iniziale selezione delle cripto-attività, all’accesso al sistema e all’identificazione dei partecipanti al sistema stesso; b) procedure efficaci a garantire che al momento dell’avvio della negoziazione di una cripto-attività sul sistema siano state pubblicate informazioni aggiornate sulle cripto-attività, necessarie per i potenziali acquirenti/venditori; c) procedure per identificare e gestire i rischi ai quali è esposto il sistema; d) misure necessarie per favorire il regolamento efficiente delle operazioni di negoziazione condotte nel sistema (tenendo conto che il predetto regolamento nonché l’attribuzione della titolarità delle cripto-attività avverrebbe mediante tecnologia blockchain); e) idonei presidi di organizzazione e funzionamento (ad es. in materia di continuità operativa e sicurezza informatica); f) adeguate procedure per la gestione dei conflitti di interesse; g) regole e procedure idonee con riguardo all’investimento delle risorse finanziarie, alla detenzione delle cripto-valute e delle cripto-attività da parte del gestore del sistema”.

*affidabilità della ICO*⁸⁶.

In effetti, anziché fissare rigide barriere all'ingresso dell'incipiente mercato delle ICO, anche per evitare di cristallizzare in rigidi schemi precostituiti un fenomeno in rapida evoluzione, la CONSOB non ha imposto il rispetto di speciali requisiti da parte dei promotori/emittenti di ICO/*token*. Anzi, se per questo, sotto il profilo della natura dei soggetti legittimati all'emissione di cripto-attività, l'approccio dell'Autorità è stato sorprendentemente, ma tutto sommato condivisibilmente, "liberale", nel senso che sono ammessi emittenti "*società, persone fisiche o networks di sviluppatori di prodotti*".

Tuttavia, l'effetto "ottico" di completa *deregulation* è soltanto apparente ed illusorio: al contrario, infatti, l'individuazione di adeguati presidi per la scelta delle ICO ammissibili sulle piattaforme è stata, per un verso, "rimandata" ad una successiva positivizzazione del quadro regolatorio di riferimento, sempre a garanzia della tutela degli investitori, e, per altro verso, demandata in concreto ai gestori delle piattaforme di offerta: questi ultimi, invero, verrebbero investiti del compito di richiedere agli emittenti tutte le informazioni concernenti l'operazione, sì da poter rendere consapevole l'investimento degli oblati – e indirettamente contribuendo alla standardizzazione del patrimonio informativo relativo alle operazioni – nonché di selezionare i progetti imprenditoriali meritevoli di accedere alla piattaforma.

In altri termini, l'onere – diretto – della supervisione del mercato delle ICO verrebbe traslato ai gestori di piattaforme per le offerte dall'Autorità, restando riservata a quest'ultima la vigilanza – di "secondo grado" – nei confronti delle piattaforme e dei gestori e, quindi, indirettamente, delle offerte ivi promosse.

⁸⁶V. CARRIÈRE, Initial Coin Offerings, *supra* nota 2, 16.

Per un'evidente, ancorché non preventivata, eterogenesi dei fini, ciò che nelle intenzioni della CONSOB (indicate *expressis verbis* nel documento di consultazione) doveva rappresentare un intervento agevolativo si potrebbe rivelare, anche alla luce, in generale, della significativa contrazione dei numeri delle ICO e, in particolare, dell'assenza di ICO "italiane", un effetto, al contrario, limitativo. Invero, pur in principio meritorie – quantomeno per la ragione pratica di aver supplito all'atavica indolenza del legislatore italiano nel regolare tempestivamente i fenomeni finanziari con norme primarie – le scelte operate dall'Autorità rivelano delle contraddizioni di fondo che potrebbero frenare i promotori delle iniziative, data l'assenza di un quadro privo di incertezze. Contraddizioni che verranno descritte *infra*, non prima di aver concluso l'illustrazione dell'intervento della CONSOB, completato dal rapporto finale di quest'anno.

4.3. Dopo una lunga gestazione, rispettivamente di circa 9, 7 e 6 mesi dalla pubblicazione del documento per la discussione, dal confronto pubblico (*public hearing*) presso l'Università Bocconi e dalla chiusura della consultazione (con oltre 60 risposte pervenute dal mercato e dal mondo accademico, professionale e delle associazioni di categoria), la CONSOB ha pubblicato il Rapporto Finale sulle offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività⁸⁷.

Tale rapporto, in larga parte confermativo dell'impianto del documento di consultazione, è stato suddiviso in tre macro-aree, fornendo, alla luce delle osservazioni ricevute, alcune precisazioni sugli aspetti definitivi e sul regime delle piattaforme per l'offerta di cripto-attività di nuova emissione e dei sistemi di scambio, cui si è aggiunta, rispetto ai temi affrontati nel documento per la

⁸⁷V. *supra sub par.*

discussione, una proto-disciplina dei c.d. “*servizi di portafoglio digitale*” per la custodia e il trasferimento delle cripto-attività.

Nel merito, quanto alla definizione di “*cripto-attività*”, una volta ribadito che la disciplina eurounitaria in materia di “*strumenti finanziari*” e “*prodotti di investimento*” non è suscettibile di essere integrata da “*aggiunte normative*” a livello nazionale per evidenti ragioni di gerarchia delle fonti e che, pertanto, l’approccio proposto dalla CONSOB ha inteso identificare una categoria diversa da quelle previste dalla normativa di derivazione comunitaria (oltre che, per le ragioni già illustrate, da quella nazionale dei “*prodotti finanziari*”), è stato chiarito che i tre elementi fondamentali della locuzione in questione sono (i) il ricorso alla tecnologia DLT, (ii) il riferimento ad un progetto imprenditoriale sottostante (all’offerta) e (iii) la destinazione alla negoziazione (dei *token*).

In primo luogo, sulla scorta di alcune delle osservazioni pervenute nell’ambito della consultazione, la CONSOB, riconosciuto il rapporto di specie a genere esistente tra *blockchain* e DLT, ha optato per il riferimento alla seconda nozione, peraltro nella formulazione già codificata dall’art. 8-ter del Decreto Semplificazioni, pur ammettendo che l’impiego della tecnologia DLT non è di per sé sufficiente a rappresentare il solo elemento discretivo della categoria “positivizzata” di “*cripto-attività*” (atteso che, tra l’altro, l’Autorità è stata costretta a specificare che la tecnologia DLT “*rileva ai soli fini delle offerte di token non assimilabili agli strumenti finanziari*”).

In secondo luogo, il “progetto imprenditoriale sottostante” avrebbe una duplice funzione *ad excludendum* nell’economia della definizione di “*cripto-attività*”: infatti, per un verso, la sua sussistenza consentirebbe di estromettere dall’ambito di applicazione della nuova disciplina le operazioni di c.d. mera

“tokenizzazione” – ossia la semplice incorporazione di un fascio di rapporti giuridici in un *token* (alla stregua di un titolo di credito), il cui possesso legittima l’esercizio dei diritti nello stesso rappresentati – che sono carenti del requisito della finanziarietà (o di investimento) poiché non permetterebbero di realizzare eventuali proventi da una successiva negoziazione dei *token*; per altro verso, la selezione dei più meritevoli scopi imprenditoriali, sotto il profilo qualitativo, dovrebbe in tesi circoscrivere il rischio di investimento dei risparmi degli oblati in attività di dubbia affidabilità.

In terzo luogo, è stata ricompresa, per volontà del regolatore, tra gli *essentialia negotii* delle cripto-attività, pur non rientrando in principio nemmeno tra i *naturalia*, la destinazione alla negoziazione dei *token*, la quale dovrebbe peraltro essere prospettata *ab initio* nel *white paper* relativo all’ICO: ciò allo “scopo di offrire tutela ai soggetti che acquistano i *token* anche con l’intento di ottenere un provento riveniente dalla rivendita degli stessi su una piattaforma di negoziazione/scambio”, tenuto anche conto che – in armonia con la filosofia dell’intervento regolatorio della CONSOB, volto a garantire la massima protezione possibile agli investitori – le rilevazioni empiriche mostrerebbero la preferenza del mercato *retail* per quelle ICO che permettano il disinvestimento dei *token* sul mercato secondario.

Rispetto al documento di consultazione, invece, la differenza più rilevante, nella parte che concerne la definizione di “cripto-attività”, ha riguardato il venimento dell’elemento dell’“identificabilità” dei titolari dei diritti incorporati nei *token*.

La modifica, in verità, sembrerebbe più apparente che reale: infatti, l’espunzione parrebbe essenzialmente dovuta al rispetto di un’ideale ortodossia in punto di tassonomia, posto che, effettivamente, l’elemento in questione non risulterebbe collegato a profili propriamente distintivi sul piano classificatorio.

Tuttavia, la CONSOB ha chiaramente anticipato che, in sede di emanazione della successiva normativa regolamentare, la stessa dovrebbe prevedere che tale caratteristica venga verificata ed accertata dai gestori delle piattaforme di offerta e dei sistemi di scambi.

Anche con riguardo alle “*piattaforme per l’offerta di crypto-attività*” di nuova emissione (nella cui sezione del rapporto finale, invero, sono stati considerati congiuntamente i promotori dell’iniziativa e i gestori delle piattaforme), l’Autorità ha ribadito sostanzialmente l’approccio proposto nel documento di consultazione, ma con talune specificazioni di rilievo.

Anzitutto, per quanto concerne i promotori delle offerte, se, da un lato, non sono stati contemplati requisiti minimi, organizzativi e/o patrimoniali, dall’altro lato, è stato attribuito particolare rilievo al principio di trasparenza: a tal proposito, infatti, i promotori sarebbero tenuti alla pubblicazione del *white paper* (o analogo documento) dal quale possano emergere le principali informazioni inerenti all’operazione, alle crypto-attività da emettere e alle piattaforme dove queste saranno negoziate, con obbligo di successivi aggiornamenti (annuali o straordinari) per tener conto di eventuali rilevanti variazioni dell’iniziativa.

Inoltre, per quel che concerne i gestori di piattaforme – al di là della conferma circa la “riserva” di attività in capo a coloro che ottemperino alle regole esistenti in materia di *crowdfunding*, nonché circa l’affidamento a questi ultimi della selezione delle operazioni proposte, anche in considerazione della tipologia di investitori a cui si rivolgono –, sono stati puntualizzati i loro doveri sia di assicurare l’affidabilità tecnologica della piattaforma (eventualmente prevedendo obblighi minimi di validazione/certificazione dei protocolli tecnologici utilizzati dai promotori), sia di verifica della validità delle operazioni proposte, fermo restando,

però, che l'intervento del gestore dovrebbe essere circoscritto alla fase di lancio dell'offerta⁸⁸.

Infine, quale *trait d'union* con le osservazioni più propriamente concernenti i sistemi di scambi di cripto-attività, occorre segnalare un'apertura della CONSOB rispetto all'iniziale limitazione alla negoziazione delle cripto-attività posta dal documento di consultazione – secondo cui solo quelle già emesse su una piattaforma di offerta autorizzata potrebbero divenire oggetto di future negoziazioni – pur mantenendo l'assoluta centralità del carattere di negoziabilità dei *token* offerti: infatti, l'Autorità, riconoscendo i pericoli insiti nella soluzione di prevedere uno stretto collegamento tra piattaforme di offerta e sistemi di scambi (quali, tra gli altri, eventuali rischi di illiquidità incrociati o barriere all'ingresso a favore degli *incumbent*), ha previsto che i *token* oggetto di offerta possano essere ammessi alla negoziazione sia in un sistema di scambio iscritto nel registro tenuto dalla CONSOB, sia in uno che abbia sede in un Paese estero purché quest'ultimo sia sottoposto ad un regime di regolamentazione e vigilanza che abbia caratteristiche analoghe a quelle previste dalla normativa italiana e a condizione che l'Autorità abbia stipulato un apposito accordo di cooperazione con la sua omologa estera competente.

L'apertura appena riferita diventa, invece, quasi un *revirement* in relazione alle cosiddette IEO (*Initial Exchange Offering*) in cui l'offerta iniziale dei *token* viene effettuata direttamente sul sistema di scambio (senza transitare preventivamente attraverso la piattaforma di offerta): questa ulteriore forma di raccolta di capitali, in effetti, è stata definitivamente sdoganata dalla CONSOB, a condizione, tuttavia, che

⁸⁸Mentre le fasi successive – relative a sottoscrizione e collocamento dei *token* – dovrebbero essere gestite nell'ambito dell'unico contesto automatizzato e globale della sottostante infrastruttura tecnologica utilizzata nell'ICO, senza dunque alcun intervento del gestore della piattaforma.

sull'*exchange* siano disponibili adeguate informazioni per gli investitori in merito alle caratteristiche dei *token* e dell'offerta.

Da ultimo, in relazione ai sistemi di scambio, al netto della rilevante novità appena descritta, sono stati ribaditi gli approcci di principio già illustrati in sede di consultazione: infatti, è stato confermato che gli oneri di *compliance* (eventualmente stabiliti a livello di successiva normativa secondaria) dovrebbero essere proporzionati rispetto ai benefici ottenuti da chi eserciti l'*opt-in*, fermo restando che il gestore, oltre ad essere chiaramente identificabile, potrebbe anche essere chiamato a definire, a pena di responsabilità verso i terzi, le regole di negoziazione e funzionamento del sistema e di monitoraggio delle stesse, nonché ad identificare i partecipanti al sistema. Inoltre, è stato altresì ribadito che l'avvio di un sistema di scambio di cripto-attività potrebbe essere consentito anche, se non soprattutto, ai soggetti già autorizzati per la gestione di portali di *crowdfunding* e piattaforme di negoziazione di strumenti finanziari, specialmente in considerazione dell'esperienza maturata in un settore affine e regolamentato, come tale percepita quale prova di affidabilità e serietà⁸⁹.

⁸⁹Il rapporto si chiude infine con un esame dei servizi di custodia e trasferimento dei *token* ("*wallet*") – ossia la detenzione di chiavi crittografiche che permettono il controllo/trasferimento degli stessi all'interno del sistema basato sulla tecnologia dei registri distribuiti su cui i *token* sono registrati –, la cui *market practice*, in termini di caratteristiche e modalità di funzionamento, era stata illustrata già nel documento di consultazione (nel quale era emerso che il modello operativo prevalente è costituito dalle c.d. piattaforme *exchange* centralizzate, che operano sia come sistema di *trading* che come fornitore del servizio di *custodial wallet*). In tale prospettiva, premesso che per "*servizi di portafoglio digitale*" si devono intendere quelli "*relativi alla salvaguardia ed alla fornitura dell'accesso alle cripto-attività per conto terzi*" in funzione della detenzione, della conservazione e del trasferimento dei *token*, l'opzione regolatoria è consistita nella prospettazione della futura istituzione, presso la CONSOB, di due registri separati, nei quali vengano iscritti soggetti capaci di fornire, in principio anche cumulativamente, i relativi servizi: uno per i gestori di "*sistemi di scambio di cripto-attività*" (*exchange*) e uno per i fornitori di "*servizi di portafoglio digitale*" (*custodial wallet*). Siffatta impostazione, quindi, dal punto di vista soggettivo, consentirebbe di prestare i servizi in questione non solo a coloro che già svolgono un'attività di organizzazione di sistemi di scambio di cripto-attività, ma anche a chiunque rispetti i (medesimi) requisiti dettati ai fini

5. L'analisi fin qui condotta evidenzia – con un certo grado di inevitabile generalizzazione e prescindendo, pertanto, da una puntuale indagine degli specifici aspetti distintivi che il ricorso alla tecnologia (*rectius*: alle tecnologie) comporta (indagine che pure, in principio, appare necessaria per meglio tarare l'eventuale risposta normativa ai temi che tale impiego postula) – che le offerte di cripto-attività pongono il regolatore dinanzi alla sfida dell'*an* e del *quomodo* della relativa disciplina.

In questo senso, non si può dire (ancora) raggiunta una vera e propria standardizzazione degli approcci, benché l'orientamento che sta diventando prevalente sia – probabilmente – quello di una regolamentazione *ad hoc* del fenomeno ⁽⁹⁰⁾. Anzi, a tal proposito, si può forse parlare di vera e propria concorrenza tra ordinamenti che si è innescata per predisporre il sistema normativo – con un importante ruolo giocato dalla variabile fiscale – più *ICO-friendly* possibile.

A questa fase, che si potrebbe tutto sommato definire ancora di “studio” del

dell'iscrizione, su domanda, presso il registro tenuto dalla CONSOB, ossia a condizione che si sia dotati di: (a) regole e procedure relative all'identificazione dei clienti; (b) misure volte a proteggere adeguatamente i *token* e a garantirne la segregazione e conservazione, nonché regole e procedure idonee con riguardo all'investimento delle risorse finanziarie; (c) misure per consentire il regolamento efficiente delle operazioni di negoziazione relative ai *token* custoditi; (d) procedure per identificare e gestire i rischi connessi con lo svolgimento dei servizi; (e) idonei presidi di organizzazione e funzionamento, anche in materia di continuità operativa e sicurezza informatica; (f) adeguate procedure per la gestione dei conflitti di interesse; e (g) risorse finanziarie sufficienti per la sana e prudente gestione.

⁹⁰Le opinioni divergono anche in dottrina. A mero titolo esemplificativo, si osservi che, tra i tanti, MENZELLA, *Il Fintech e le regole (una, nessuna, centomila)*, in FinTech, a cura di Fimmanò - Falcone, Napoli, ESI, 2019, 61, partendo dall'assunto dell'“*unitarietà dei mercati finanziari (e della loro regolamentazione)*”, ritiene che sia da escludere “*la percorribilità della strada di una regolamentazione ad hoc, anche in considerazione che le funzioni svolte dalle imprese Fintech [...] sono per lo più riconducibili ad attività già disciplinate da norme specifiche*”, mentre, *ex multis*, SCIARRONE ALIBRANDI, *supra* nota 2, è dell'opinione che “*una delle ragioni di fondo della diffusione del Fintech sia da rinvenirsi proprio nell'eccessiva rigidità e pesantezza del vigente quadro normativo in materia finanziaria*” e, quindi, “*non è opportuno [...] andare ad estender[lo], invariato, anche alle nuove forme di operatività che si sono sviluppate nella prassi*”.

problema, il mercato ha risposto con una battuta d'arresto nella diffusione delle ICO, certamente evidente se si confrontano i numeri del biennio 2017-2018 con quelli successivi. Possibili spiegazioni dell'evidenza empirica in questione potrebbero rintracciarsi, per un verso, nell'atteggiamento di chiusura mostrato da alcune delle economie e dei mercati ICO più importanti e avanzati (ad es., e con modalità diverse tra loro, Cina e Stati Uniti) e, per altro verso, nella progressiva consapevolezza di numerosi altri ordinamenti circa la necessità di dover disciplinare il fenomeno, pur nell'incertezza relativa all'individuazione del meccanismo più adeguato per farlo.

In questo senso deve intendersi il riferimento all'"arbitraggio tecnologico" di cui al titolo del presente lavoro: l'"intuizione" di combinare modalità tecniche tradizionali (le offerte iniziali) con oggetto tecnologicamente innovativo (le crypto-attività), come tale *prima facie* insuscettibile di essere ricondotto nell'alveo di categorie giuridiche già esistenti, ha "sfruttato" un "bug" (o meglio un *gap*) nell'ordinamento nel quale gli operatori – senza adeguata distinzione tra progetti legittimi ed iniziative "predatorie" – si sono indubbiamente inseriti. Una volta, però, che il diritto (ma non necessariamente la "legge") ha ripreso in qualche modo a presidiare l'area, le dimensioni del fenomeno si sono contratte drasticamente, auspicabilmente per il venir meno dei soli, si spera transeunti, tentativi fraudolenti.

Cionondimeno, affinché non rimanga soffocato da un reticolo di discipline incoerenti (tra loro e rispetto allo strumento tecnico sottostante) il nascente mercato della tokenizzazione e delle crypto-attività – che mostra, nella sua versione lecita, un substrato economico, commerciale e tecnologico per nulla trascurabile e, anzi, probabilmente meritevole di considerazione e di tutela giuridica –, occorre predisporre un apparato normativo sofisticato, in grado di assicurare la protezione

degli investitori senza pregiudicare l'innovazione.

In quest'ottica è possibile dare un primo giudizio dell'approccio regolatorio italiano, pur soggetto a successivo "tagliando" nello scenario, "a tendere", di piena vigenza della disciplina speciale delle ICO.

Anzitutto, è opportuno accogliere con plauso e riconoscere come meritorio il tentativo di approcciare la regolamentazione delle offerte iniziali di cripto-attività – nelle sue molteplici sfaccettature (che vanno dalla selezione dei *token* di riferimento alla disciplina dei numerosi aspetti "circolatori" di tali strumenti) – a fronte del (colpevole) silenzio del legislatore (nazionale ed europeo) nei confronti di tale fenomeno.

Tuttavia, la "*destrutturazione delle regole del mercato*"⁹¹, mediante una disciplina minima solo per gli emittenti e per le piattaforme che volontariamente decidano di sottoporsi a vigilanza, unitamente ad una proposta complessivamente "*troppo timida e legata agli schemi classici*"⁹², rivelano plasticamente proprio l'inadeguatezza delle Autorità di supervisione dei mercati a supplire all'inerzia dei governi e dei parlamenti.

In concreto, si è prima fatto cenno ad una (inconsapevole) eterogenesi dei fini delle scelte operate dalla CONSOB, le quali, benché in origine animate dall'intento di assecondare lo sviluppo del mercato italiano delle ICO, potrebbero invero determinarne una compressione, alla luce del complessivo alone di incertezza che né il documento di consultazione né il rapporto finale sono stati probabilmente in grado di dissipare.

Al riguardo, infatti, senza pretesa di esaustività, può osservarsi, in primo

⁹¹V. SANTORO, *supra* nota 2, 287.

⁹²V. SANDEI, *supra* nota 2, 302.

luogo, che il *focus* regolatorio è stato rivolto agli *utility token*, tralasciando i *payment* e gli *investment token*: tale “scelta al ribasso” è certamente coerente con la filosofia dell’intervento dell’Autorità – la quale, come detto, stretta nella morsa della gerarchia delle fonti (primarie, nazionali e comunitarie) e dell’equilibrio tra istituzioni, ha preferito colmare un’apparente lacuna *rebus sic stantibus* piuttosto che dettare le basi per una disciplina complessiva della tokenizzazione –, ma mal si concilia con le logiche proprie di politica legislativa, che invece richiederebbero approcci di ampio respiro per orientare le scelte degli operatori di mercato.

In secondo luogo, anche al netto dei correttivi apportati in sede di rapporto finale, la nozione di “cripto-attività” introdotta – che pure, come detto, dovrebbe, in coerenza con l’approccio sopra delineato, designare i soli *utility token* (o le fattispecie ibride che presentino come prevalenti i relativi tratti) – appare in principio idonea ad identificare l’intero spettro di *token* oggi esistenti, con gli evidenti dubbi ermeneutici che l’ambiguità terminologica porta con sé⁹³.

In terzo luogo, l’intervento della CONSOB, che è stato dalla stessa definito “tecnologicamente neutro”, forse andrebbe più precisamente considerato come tecnologicamente “agnostico” o financo “contraddittorio”. Infatti, non può che destare perplessità la scelta – peraltro in assenza di argomentazioni tecniche di supporto – di imperniare l’applicazione dell’*opt-in* sul ricorso all’“intermediazione” dei gestori di piattaforme per l’offerta di *token*, processo quest’ultimo che invece è, pressoché per definizione, disintermediato ed automatizzato. Senza contare che è a tali *gatekeepers* che viene deferita l’attività di “vigilanza”, non soltanto con riguardo alla selezione della meritevolezza per l’accesso al *sandbox*, ma anche in relazione agli *standard* informatico-tecnologici che i promotori dell’iniziativa devono

⁹³Il punto è chiaramente colto, da ultimo, da CARRIÈRE, Initial Coin Offerings, *supra* nota 2, 6-7.

rispettare, peraltro in mancanza, allo stato, di chiare opzioni ordinamentali sul punto. In altri termini, il problema tecnologicamente più complesso, che richiederebbe obiettivamente uno sforzo di analisi molto articolato, viene risolto in modo persino semplicistico dall’Autorità, mediante ricorso a schemi e figure tradizionali (ossia l’intermediazione tipica dell’emissione di strumenti finanziari) che mal si attagliano alle molteplici, e soprattutto nuove, sfaccettature del sistema delle ICO⁹⁴.

Infine, anche il requisito della negoziabilità dei *token*, che per la CONSOB è elemento costitutivo della nozione di “*cripto-attività*”, appare coerente con la logica dell’approccio dell’Autorità, mirante a preservare la liquidabilità dell’investimento degli oblati, ma non è affatto scevro da inconvenienti.

Anzitutto, sotto il profilo pratico, stando ai numeri forniti dall’ESMA nel suo *Advice* sopra richiamato, i *token* “quotati” rappresenterebbero la minoranza (circa il 30%) rispetto al totale attualmente in circolazione, di talché la disciplina italiana (pur in linea con le scelte compiute da altri ordinamenti, ad es. Malta o, ma senza rilievo definitorio, la Francia) potrebbe non intercettare la maggioranza degli strumenti che, al contrario, intenderebbe regolare.

Inoltre, sotto il profilo metodologico ed ermeneutico, la *tradability* (o *negotiability*) dei *token* rischia di far rientrare surrettiziamente dalla “finestra” ciò che si era tentato di far uscire dalla “porta”, ossia (l’intangibilità del)la categoria degli “*strumenti finanziari*” (*sub specie* “*valori mobiliari*”), che, in quanto nozione eurounitaria, la CONSOB si era ripromessa di non impattare. Orbene, nella misura in cui i sistemi di scambio configurino, come sembra, degli *exchange* centralizzati – e dunque possano integrare gli estremi delle “*trading venues*” o “*sedi di*

⁹⁴*In terminis*, v. SANDEI, *op. cit.*, e CARRIÈRE, *Initial Coin Offerings*, *supra* nota 2, 11-12.

negoziazione”, ai sensi di MiFID 2 e TUF, nelle quali vengono negoziati gli “*strumenti finanziari*”⁹⁵ –, ciò potrebbe (o dovrebbe) comportare, contro le intenzioni dell’Autorità, l’applicazione ai *token* ivi scambiati della disciplina prevista per gli “*strumenti finanziari*”, così creando, però, un *conundrum* interpretativo dal quale pare difficile districarsi.

In conclusione, quindi, alla luce dei rilievi svolti e dei dubbi emersi, pare opportuno, ancor prima di un estemporaneo intervento del legislatore nazionale, per il quale comunque il tema non pare all’ordine del giorno della sua agenda, pur stravolta dall’emergenza sanitaria, invocare un’azione coordinata delle istituzioni comunitarie, affinché il complesso fenomeno delle ICO – e, più in generale, della tokenizzazione – riceva una disciplina unitaria in grado di assicurare quantomeno un *level playing field* nel territorio dell’Unione europea⁹⁶.

Federico Raffaele

*Professore a contratto di Private Comparative Law
nell’Università Luiss “Guido Carli” di Roma*

⁹⁵V. ANNUNZIATA, *Speak if you can, supra nota 2, passim* e ID., *La disciplina delle trading venues, supra nota 2, 15 ss.*

⁹⁶In questo senso, è da salutare con favore la circostanza che, preceduta dai rilievi (anche in tema di *crypto-asset*) contenuti nel rapporto finale alla Commissione europea del ROFIEG (*Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation*), *Thirty Recommendations on Regulation, Innovation and Finance*, 9 dicembre 2019, la stessa Commissione europea abbia lanciato una pubblica consultazione, dal 19 dicembre 2019 al 19 marzo 2020, per l’adozione di una specifica normativa (pur senza precisare se direttiva o regolamento) al fine di predisporre “*a European framework for markets in cryptoassets*”.

VARIETÀ

UNA TRISTE STORIA BANCARIA, UN APPELLO PER NON MORIRE. UN IMPEGNO DEL GOVERNO *

(A sad story in banking. A call not to die. A Government's commitment)

ABSTRACT: *This article examines the negative effects of the application of law no 49 of 2016 on cooperative credit banks (BCC). It argues that these banks have been subject by this normative framework to a hybrid management led by the banking groups to which have been forced to join and steered to lose their operational specialty. The elapsed time has frustrated the expectation of appropriate interventions of the regulator directed to remove the anomalies of a discipline that has revealed its limits. In this context, several BCC have attempted timid reactions with respect to the main holding but they receive scornful responses; other banks in worse conditions seem inclined to dismiss their banking essence looking for a way out to change corporate governance. A timely intervention of the supervisory authority could redefine, according to the law, the position of BCC, giving them back the role of «cooperative banks with common mutualism» as regulated by the Banking Law. Unfortunately the words of Governor Visco, contrary «to recognise the benefits of the model of small territorial bank», have formalized the end of autonomy of the BCC. All we can do is to hope in the action of politics and hence in the words of Prime Minister Conte at the assembly of Conf.Cooperatives of last 6 October ("the reform of 2016..risks to bring an exaggerated regulatory validation of banking model...there is a commitment of Government to fine tune the concerns of the cooperative banks and to work also at the EU level in order to find a right solution").*

*Questo scritto è destinato alla rivista Dirigenza Bancaria.

SOMMARIO: 1. Una storia di delusioni...- 2. Segue: ...verso la fine delle banche del territorio. - 3. L'impegno del Governo di porre rimedio alle sofferenze del mondo cooperativo bancario.

1. Ho accolto con piacere l'invito a me formulato dalla direzione di 'Dirigenza Bancaria' di tornare con uno scritto sulla tematica delle Banche di credito cooperativo, a me cara avendo nel corso di mezzo secolo ad essa dedicato numerosi lavori. Tale invito giunge in un delicato momento della storia di questa categoria bancaria, la cui disciplina - com'è noto - è stata dal legislatore italiano riformata con la legge n. 49 del 2016, la quale ha modificato il modello organizzativo di tali banche. Non è mia intenzione soffermarmi, in questa sede, sui tratti distintivi di tale normativa, ma ricordare solo gli elementi caratterizzanti della stessa che - imponendo agli appartenenti alla categoria di aderire ad un «gruppo bancario cooperativo», pena la perdita della *licenza* - ha, sul piano delle concretezze, determinato la perdita della *specializzazione operativa* delle Bcc e l'assoggettamento di queste ultime ad una sostanziale *eterogestione* da parte delle capogruppo, cui sono legate da un «contratto di adesione» (che dovrebbe regolare i reciproci rapporti). Da qui la prospettiva di una *mutazione genetica* che è apparsa, fin dall'emanazione del d.l. n. 18 del 2016, problematica e carica di ambiguità, sulle quali mi sono soffermato in numerosi scritti, alcuni elaborati con autorevoli studiosi (G. Alpa e M. Sepe).

Ho avuto sentore dello scenario testé illustrato anche in epoca antecedente alla conversione del d.l. n. 18 del 2016, donde la sua rappresentazione, oltre che in convegni universitari (svoltisi presso la *Luiss - G. Carli* di Roma, la *Parthenope* di Napoli), anche in un'*audizione* parlamentare tenuta il 1° marzo 2016 (il cui testo è

stato pubblicato sulla rivista *giustiziacivile.com*, all'epoca diretta da Giuseppe Conte); purtroppo, la mia ricerca di chiarificazione si è rivelata una «vox clamantis in deserto», in quanto il nominato d.l. è stato convertito in termini pressoché immutati.

Ciò posto, a seguito dell'emanazione della legge n. 49, per coloro che credono nella funzione localistica delle Bcc (e, dunque, nel benefico effetto recato dalla loro attività allo sviluppo del territorio) è iniziato un percorso di speranze, fondato sull'aspettativa di opportuni interventi del regolatore volti ad eliminare le *discrasie* di una disciplina che ha rivelato presto i suoi limiti. Questi ultimi, infatti, si sono evidenziati in sede di applicazione della legge, stante la particolare onerosità (per gli appartenenti alla categoria) dello *status* di banche aderenti a gruppi qualificati come 'significativi'. Ciò in aggiunta alla impossibilità per le medesime di sottrarsi a talune *prevaricazioni* delle capogruppo, vuoi quando queste agiscono in modalità incuranti delle prescrizioni del «contratto di adesione» (ad esempio: disconoscendo i cd. vantaggi compensativi), vuoi quando trascinano le Bcc in pericolose avventure (è il caso dell'impegno di Cassa Centrale Banca ad assumere il controllo di Carige).

Dette speranze sono, tuttavia, cadute nel vuoto! Mi riferisco, in primo luogo, ai ritocchi del tutto insoddisfacenti recati alla legge n. 49 del 2016 dal d.l. n. 91 del 2018 (c.d. *milleproroghe*), che ha innalzato la soglia di partecipazione (delle banche aderenti) nel capitale della capogruppo (alla misura del 60%). Tali modifiche, come avevo modo di sottolineare in passato, rappresentano una *fictio iuris*, piuttosto che una concreta innovazione disciplinare. La stessa promessa formulata dal Premier Giuseppe Conte, nel suo primo discorso programmatico, di tutelare le banche «più integrate sul territorio, per recuperare la loro funzione che aiuta molto il tessuto

produttivo quello meno visibile, quello delle Pmi» (sic!), sembrava destinata a restare senza riscontro.

Più precisamente, la veridicità delle tristi previsioni della dottrina sulle sorti future delle Bcc è emersa appieno nel 2019 con l'inizio della attività di «coordinamento e controllo» da parte delle capogruppo, le quali hanno rivelato senza esitazioni di sorta la loro volontà di esercitare - come dianzi ho anticipato - un'azione di sostanziale dominio (talora sfociato nella protervia). Le indicazioni desumibili dalla mia attività professionale mi mostrano enti creditizi costretti a fusioni non desiderate, a subire la imposizione di operazioni o forme di controllo effettuate a costi superiori a quelli di mercato, a vedersi trascinate in acquisizioni bancarie che, come è stato puntualmente affermato dalla dottrina, espongono il gruppo ad una sorta di *ibridizzazione* (come accade nel menzionato caso Carige).

2. In presenza di siffatta realtà molte Bcc comprendono di essere avviate su un percorso che ne segna inevitabilmente la fine. Alcune tentano *timide* reazioni nei confronti della capogruppo ricevendo in cambio sprezzanti risposte; altre *disperate* appaiono disposte a dismettere la loro essenza bancaria cercando una *way out* in un cambiamento dell'oggetto sociale; altre ancora organizzano seminari di studio confortati dalla presenza di insigni giuristi (Valerio Onida) e di autorevoli politici (Alberto Bagnai) nella speranza di pervenire al riconoscimento della illegittimità costituzionale della legge n.49/2016 ovvero per invocare l'applicazione dell'IPS come modello alternativo al «gruppo».

Si delinea uno scenario sul quale solo un provvido intervento dell'Organo di vigilanza bancaria potrebbe ridefinire, nei termini consentiti dalla legge, la posizione delle Bcc, restituendo a queste il ruolo di «banche cooperative a mutualità

prevalente» previsto dal TUB, con ciò che ne consegue. Purtroppo detta ipotesi ricostruttiva sembra essere improponibile. L'autorità di settore ha dato, infatti, alla riforma normativa più volte richiamata ed ai cambiamenti della regolazione bancaria di matrice europea una lettura che non offre alcuno spazio alle aspettative di molti appartenenti alla categoria. E' indubbio che le parole recentemente pronunciate dal Governatore Visco in un incontro all'ABI (Roma, 16.09.2020) - nelle quali esprime dissenso per la tesi che si limita «a esaltare i pregi del modello della piccola banca del territorio, non tenendo conto del fatto che la sua sostenibilità è oggi messa in pericolo dalle trasformazioni economiche in atto» - pongono una pietra tombale sulle speranze di autonomia delle Bcc e di sviluppo della categoria. Di fondo vengono indicate le linee di un disegno nel quale, come ho di recente sostenuto, «la banca di limitate dimensioni (soprattutto se cooperativa) è destinata all'estinzione».

La Banca d'Italia, manifestando piena adesione all'orientamento per la «grande dimensione» espresso dalla BCE, di fronte alla situazione di malcontento denunciata dalle Bcc ha assunto una posizione *silente*, alla quale io stesso ho fatto frequenti riferimenti sulle pagine di noti quotidiani (*IlSole24Ore* e *laRepubblica*); posizione che è stata da me e da altri studiosi definita *dimissionaria* rispetto alla politica interventistica in passato seguita da tale istituzione. Va da sé che l'assunzione di una linea strategica siffatta si ripercuote negativamente anche sulle modalità di esercizio dell'attività di supervisione; al scarico di responsabilità, conseguente al trasferimento di responsabilità alla BCE, si collega infatti un'attenuazione del tradizionale rigore dei vigilanti italiani, offuscato ora dai meccanismi di una supervisione condivisa che stenta a trovare un razionale punto di equilibrio.

3. In tale contesto non resta che sperare nell'azione della politica! La recente proposizione di un emendamento parlamentare (al d.l. n. 104/2020) per modificare la legge n. 49, aprendo alla costituzione di «sistemi di tutela istituzionali» (IPS), è indicativa del fatto che finalmente le istanze delle Bcc sembra siano state recepite nelle sedi competenti!

Ma v'è di più. L'intervento tenuto dal *Premier* Conte all'assemblea di Conf.Cooperative il 6 ottobre u.s. sembra destinato a segnare una svolta nella tormentata storia delle Bcc. Le parole nell'occasione pronunciate (“non abbiamo dimenticato ... siamo determinati a procedere.. la riforma del 2016.. rischia di portare una eccessiva omologazione regolamentare del modello bancario...impegno del Governo di mettere a punto le criticità del mondo cooperativo bancario e di lavorare anche in sede europea perché possano essere superate”) non lasciano dubbi in merito ad una presa d'atto della necessità di porre rimedio alle sofferenze del mondo cooperativo bancario.

Ne scaturiscono molteplici effetti, a partire dalla possibilità di rivedere le modalità gestorie dei gruppi. Significativa al riguardo è una recente intervista del Presidente di Cassa Centrale Banca (v. *l'Adige* del 9 ottobre 2020) nella quale viene espressa piena condivisione sulla necessità di dover procedere ad una revisione della legge n. 49 del 2016, nonostante la rivendicata azione benefica a favore delle Bcc posta in essere da detta capogruppo. Siamo in presenza di una sorta di *fictio iuris* formulata per conquistare il *favor* di detta categoria bancaria; atteggiamento che, ovviamente, non tiene conto della linea comportamentale tenuta, la quale denota una chiara volontà di «egemonia» assoggettando le Bcc ai propri *dictat* (si abbia riguardo all'imposizione di fusioni non desiderate ovvero alla dismissione di

Npl da effettuare alle condizioni imposte da essa capogruppo).

E' evidente come alle banche di credito cooperativo non resti altro che fare affidamento sull'impegno della politica la quale rivendica il suo primato nella tutela dei diritti: la prevedibile prospettiva di un intervento legislativo di riforma della legge n. 49 del 2016 lenisce la delusione di coloro che subiscono gli effetti di una distorta applicazione della medesima ed hanno a lungo invocato, senza esito alcuno, un'azione salvifica della Banca d'Italia.

Risulterà, altresì, rafforzata la fiducia nello Stato, potendosi fare assegnamento sull'azione di quest'ultimo per fronteggiare eventuali, prevedibili resistenze dell'autorità di settore ad una possibile controriforma; resistenze chiaramente desumibili dalle parole ("diffido molto dell'importanza delle banche del territorio") pronunciate dal Governatore Visco (intervista a *the Banker* ed a *Ilsole24ore*) nello stesso giorno in cui il *Premier* Conte, essendo di contrario avviso, impegnava il Governo a «condurre un'appropriata riflessione» per superare le criticità delle Bcc.

E' evidente come appare finalmente possibile un intervento legislativo che ponga un adeguato rimedio alla *strana* situazione odierna, nella quale a fronte di significativi interventi di finanza pubblica, gestiti nella gran parte per il tramite del settore bancario, lo Stato risulta estromesso dal «controllo» e, dunque, dalla dialettica necessaria al funzionamento della democrazia di mercato. Diviene, altresì, ipotizzabile evitare la radicale trasformazione in atto del rapporto tra Stato e mercato bancario, la quale reca un progressivo ridimensionamento, a livello nazionale, dell'intervento pubblico a fronte dell'attrazione in un ambito tecnocratico europeo di ogni decisione in materia.

Qualcosa si è mosso, un passo ulteriore potrebbe essere costituito dalla

realizzazione di un migliore raccordo dell'azione di controllo sul sistema bancario alle istanze della società civile, realizzabile attraverso la rivitalizzazione della funzione del C.I.C.R., che oggi è in una posizione arretrata nella sua capacità di incidere (attraverso atti d'indirizzo politico) sulle determinazioni della Banca d'Italia, facendo venir meno la riferibilità alla politica dell'attività di quest'ultima. E' restata ferma, tuttavia, ai sensi dell'art. 2 TUB, la competenza del CICR in materia di «alta vigilanza sul credito e risparmio», compito che denota un permanente interesse del legislatore a conservare la possibilità d'interventi della politica in presenza di una inadeguata azione tecnica.

Francesco Capriglione

**PROFILI DI INTERCONNESSIONE TRA PRINCIPI DI ANALISI
ECONOMICA DEL DIRITTO E (ABUSO DEL) PROCESSO
AMMINISTRATIVO ***

(Interconnection profiles between principles of economic analysis of law and (abuse of) administrative process)

ABSTRACT: *The application of the economic analysis principles to administrative law constitutes an hermeneutic operation critically evaluated by most of public-law doctrine.*

Despite this fundamental scepticism, the use of instrumental tools of economic analysis by administrative (even) judge is becoming increasingly common, referred to both the proceeding and the process.

The social cost of the process, as a poor resource, makes the object of the present essay unquestionably timeless.

The argument of the abuse of the process has been used by the case law and the legislator in public policies aimed at controlling and reducing the costs of the process.

The methodological approach followed is historical-reconstructive, comparative, particularly heedful to current rules both from de jure condito perspective and under a jure condendo point of view, as well as in the evolution of doctrine and jurisprudence, especially with reference to recurrent use of the techniques of economic analysis of law.

*Contributo approvato dai revisori.

Hermeneutic activity is carried out considering thesis of c.d. tempered juspositivism (id est: guaranteed constitutionalism), a method careful not to betray the letter of the Constitution but ready to use, in observance of constitutional values, all the spaces left free to the interpreter, in full awareness of the changes in the historical, political, economic and social factors that seem to require special attention to the values of dynamism and efficiency in an economic key, even if prudential criteria.

This essay is the first step in attempting to offer a systematic doctrine contribution to the applicability of principles, rules and theories of economic analysis to the administrative process, analyzing in particular the profiles of interconnection between the principles of economic analysis of law and some current issues, selected profiles including the topic of abuse of the administrative process, even speculating, also by principle of balancing of conflicting interests, a compatibility in an economic key and, in a perspective of de jure condendo, a composition of the conflict between the immanent principles of the public law system, always in accordance with the principle of reasonableness.

The concluding perspective is of a realistic nature, by necessity to consider the real need for “the management of justice” service as a law resource and also, in particular, to believe in necessary complementary jurisprudence intervention in the absence of legislative helpful action.

SOMMARIO: 1. Presentazione del lavoro di ricerca: sua rilevanza, originalità e stato dell'arte. – 2. Profili storico-ricostruttivi dell'abuso del diritto. – 3. Giurisprudenza italiana e comunitaria rilevante ab initio. – 4. Il bilanciamento fra il diritto fondamentale d'azione e l'interesse pubblico al giusto processo nella sua accezione economico-efficientistica. – 5. Abuso del/nel processo e orientamenti

dottrinali e giurisprudenziali di riferimento. – 6. Meritevolezza della tutela, rimedio dell'exceptio doli generalis e divieto di venire contra factum proprium: dall'abuso del diritto all'abuso del processo. – 7. La nozione giuseconomica di giurisdizione: proporzionalità ed efficienza del processo anche in una prospettiva de iure condendo. – 8. L'abuso del processo amministrativo. – 9. L'effettività della tutela ed il principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale. – 10. Giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria. – 11. Ordinamenti di civil law e di common law a confronto, alla luce delle disposizioni costituzionali. – 12. Possibili soluzioni. – 13. Considerazioni perplesse sull'art. 26 c.p.a.. – 14. "L'abuso dell'abuso del processo" da parte del giudice amministrativo. – 15. Considerazioni di sintesi. – 16. Approccio metodologico. – 17. Risultati scientifici attesi.

1. L'applicazione dei principi di analisi economica al diritto amministrativo *tout court* costituisce operazione ermeneutica valutata criticamente da buona parte della dottrina giuspubblicistica.

Nonostante tale scetticismo di fondo, sempre più frequenti appaiono gli usi in chiave strumentale delle argomentazioni di analisi economica¹ da parte della giurisprudenza (anche) amministrativista, sia con riferimento al procedimento che al processo².

A parere di chi scrive, in particolare, nell'ambito del processo am-

¹Per una brillante disamina in merito a *The Economic Approach to Law* v. R. A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1990, 353-392.

²Nel procedimento amministrativo, la semplificazione è preferibile all'aggravamento solo "a parità di risultato"; pertanto non può stabilirsi a priori ed in assoluto se sia preferibile semplificare o aggravare poiché ciò dipende in concreto dai contesti nonché dai valori in gioco. Secondo il medesimo ragionamento, nel processo amministrativo, sarebbe errato propendere sempre ed in astratto per la celerità che può risultare in contrasto con altri rilevanti principi indefettibili quali il contraddittorio. Cfr. su tale assunto F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo* (Comunicazione al Convegno su: «Analisi economica e diritto amministrativo» - Venezia, 28-29 settembre 2006), in www.diritto-amministrativo.org; in *Dir. econ.*, 2006, 489 ss.; in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006*, Milano, 2007, 281 ss., spec. par. 17.

ministrativo³, il costo sociale⁴ del processo stesso, quale risorsa scarsa, ammantata la presente indagine di ricerca di indubbia attualità.

Inoltre, si ritiene di poter sostenere che l'argomento *de quo* non sia stato, ad oggi, trattato in chiave sistematica dalla dottrina amministrativista. Difatti, si riscontrano perlopiù appunti preliminari nonché brevi note nell'ambito del panorama dottrinario italiano.

Con riferimento alla più generale tematica dell'analisi economica del diritto⁵ pubblico⁶ si riscontra una trattazione unitaria e ragionata⁷, caratterizzata da

³Con riferimento alle "aspettative legislative deluse" nonché a "nuove speranze" in merito alla giustiziabilità ed effettività nel codice del processo amministrativo, F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.judicium.it, pubblicato anche in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 225 ss., ed in *Riv. dir. proc.*, 2012, 581 ss., rileva, in particolare al par. 11, che in Italia il processo amministrativo non è costruito sull'idea del rapporto amministrativo, bensì su quella della supremazia dell'amministrazione. Il c.p.a, anziché rivedere radicalmente l'impostazione di fondo del processo «per renderlo funzionale alle esigenze di piena ed effettiva giustiziabilità dell'attività amministrativa, si è limitato a contaminare con elementi del giudizio di spettanza uno schema generale di ben diversa matrice ed ispirazione». L'ennesima delusione derivante dal legislatore non consente altra speranza se non quella di confidare, *more solito*, nella giurisprudenza affinché valorizzi le disposizioni codicistiche alla luce degli artt. 24 e 113 Cost.

⁴«La pluralità e plurivocità dei discorsi che oggi si riconducono all'EAL, tuttavia, appare ai più il frutto di un processo di crescita, e non di dissoluzione: abbandonata (o meglio, integrata) l'originaria impostazione neoliberista, l'analisi economica del diritto sembra oggi avviarsi verso un ampliamento – qualitativo, prima che quantitativo – degli elementi della valutazione di efficienza allocativa, ampliamento cui funge da sostrato il concetto fondante di "costo sociale"». Estremamente attuali risultano le valutazioni di A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 233 ss; cfr. altresì R. A. POSNER, *Economic Analysis of law*, 5th ed. Aspen Law & Business, 1998, *passim.*; F. G. COCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1414 ss.

⁵Cfr. F. FORTE, *Analisi economica del diritto. Le regole*, vol. I, Reggio Calabria, 2005, 1-210; F. FORTE, *Analisi economica del diritto. Le istituzioni*, vol. II, Reggio Calabria, 2006, 1-321.

⁶ Per il diritto pubblico dell'economia, anche sotto il profilo processuale, cfr. E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, in *Trittico giuridico -sezione manuali -* diretto da Ugo De Siervo, Giovanni Iudica, Francesco Carlo Palazzo, Torino, 2013; v. altresì la recente nuova edizione 2017.

⁷G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, *passim.*

applicazioni della teoria dei giochi ed esemplificazioni di diritto positivo, anche in relazione alle principali questioni del costituzionalismo moderno, alla luce dei principi di efficacia, efficienza e benefica concorrenza.

Per quel che concerne l'analisi economica del diritto processuale, pare a chi avvia codesta riflessione che gli studi di ricerca giuseconomica permettano di comprendere perché il controllo giurisdizionale possa aumentare la qualità delle decisioni amministrative. Inoltre la teoria dei giochi⁸ consente di ricostruire le strategie processuali delle parti⁹, specie nei casi in cui si tratti di contestare le regole generali adottate dall'amministrazione. Si può altresì verificare *an* e *quantum* le azioni civili di danno contribuiscano ad incentivare la conformazione dell'amministrazione al mandato legislativo nonché a ridurre i costi degli "incidenti pubblici" che ricadono indirettamente sui contribuenti¹⁰. Probabilmente, secondo chi argomenta qui, anche a tale ultimo aspetto è connesso il criterio prudenziale seguito dal giudice amministrativo nel riconoscimento del risarcimento dei danni.

In relazione ai profili di collegamento tra giustizia amministrativa e crisi

⁸Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, 487.

⁹«Già al momento di assumere la decisione in ordine all'opportunità di intraprendere un'azione legale, il danneggiato tiene conto, sul versante dei benefici, della prospettiva di ottenere ragione (pesata in base alle probabilità che la causa abbia esito a lui favorevole) e, sul versante dei costi, delle spese legali attese e delle altre spese (monetarie o anche psicologiche) che si aspetta di sostenere: l'azione viene, di regola (salvo, cioè che sulla decisione incidano altre motivazioni), esperita soltanto se i benefici eccedono i costi». Si esprime così F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 9.

¹⁰Decisioni politiche "non responsabili" (rappresentate dal c.d. "sistema della giuria", ovvero fondate sulla costituzione di un decidente cui appartiene una forte legittimazione soggettiva) determinano il coinvolgimento del partecipante in situazioni conflittuali caratterizzate da un'ampia incertezza circa l'esito finale (c.d. "costi kafkiani"). V. su tale aspetto A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 8.

economica¹¹, si rileva nella dottrina recente¹² un volume collettaneo che racchiude un approfondito dibattito incentrato sulla crescente centralità delle regole di concorrenza e sulle istanze di maggiore efficientamento della giustizia amministrativa¹³, sia pure, per chi analizza qui, in un contesto di ricorrenti incoerenti direttrici, in una sorta di “fisiologica contraddizione”.

Le ragioni della scelta della tematica oggetto del presente saggio risiedono nella mancanza di una recente ed aggiornata trattazione sistematica sul tema specifico individuato ed altresì, nella rilevata indubbia attualità che riveste l’argomento *de quo*, alla luce delle sempre più ricorrenti applicazioni giurisprudenziali dei suddetti principi anche, nello specifico, al processo amministrativo¹⁴, nonché del correlato fermento espresso perlopiù in chiave critica dalla recente dottrina. Si riscontra difatti un atteggiamento quasi di chiusura, di scetticismo da parte della dottrina maggioritaria, manifestatosi o esprimendosi, in

¹¹Cfr. F. MATTASSOGLIO, G. TROPEA, *Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria*, in *Il Diritto dell’Economia*, 1, 2012, 129-142. Per una disamina della crisi economica alla luce dei principi costituzionali, v. per tutti C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013, 1-38.

¹²AA. VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?* in *Quaderni dell’Istituto di Studi Giuridici del Lazio “Arturo Carlo Jemolo”*, Roma, 2014, contenente quale saggio di apertura uno scritto di A. PAJNO; con riferimento a quest’ultimo, cfr. perciò ID., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2015, 952 ss.

¹³Nell’attuale quadro storico, in cui l’efficienza è diventata uno tra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso le riforme, «gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esercitano un’attrattiva particolare. La giurisdizione tende ad essere concepita sia come una risorsa pubblica sia come un servizio pubblico. Pertanto si suggerisce “un impiego economico” della medesima, servendosene come *extrema ratio* e introducendo filtri per l’accesso». Tali lucide e veritiere considerazioni sono di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 1 e 2, 2014, 1 ss. V. altresì F. G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2014, 1414 ss.

¹⁴Per l’analisi della struttura del processo amministrativo sotto il profilo storico-ricostruttivo si v. F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

linea generale, in maniera *tranchant* rispetto all'applicabilità dei principi di analisi economica del diritto al processo amministrativo¹⁵ o, ancora, non tentando affatto una ricostruzione dell'argomento in un'ottica riflessiva¹⁶.

Tuttavia, un dato di conforto è rappresentato dal fatto che autorevole dottrina ha affrontato, sia pure in chiave meramente ipotetica, in via preliminare, per brevi note, la tematica, con un approccio positivo.

Ci si riferisce in particolare agli scritti del professore Antonio Romano Tassone nonché del professore Fabio Saitta, rispettivamente in tema di "Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato"¹⁷ nonché di "Appunti

¹⁵E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 490 ss.

¹⁶Autorevole dottrina civilistica effettua *considerazioni sistematiche a carattere trasversale*, pertanto valide anche per l'ambito pubblicistico: «In Italia una pattuglia di giuristi fra i più preparati è orientata a favore del ricorso all'analisi economica. Fuori dalla loro cerchia, il metodo lascia freddi o viene frainteso. Taluni prendono come alibi la loro impressione che esso anteponga i valori patrimoniali agli altri valori, e lo stigmatizzano a questo titolo. Altri se ne tengono alla larga, messi in allarme dal suo argomentare rigoroso e formalizzato (o addirittura matematico), cui verrà preferita, perché conforme alle esigenze del pensiero italiano, una logica riluttanza alla quantificazione, più legata allo stato d'animo, orientata alla furbizia argomentativa e debitrice di sé alla commozione moralistica e alla teatralità». Cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA – A. GUARNERI – P.G. MONATERI – G. PASCUIZZI – R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. II. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 178.

¹⁷A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., 233-246: In particolare, al par. 4, l'Autore evidenzia che se si collega il "risultato" al profilo teleologico dell'azione (e lo si concepisce, ad esempio, come "qualità dell'atto corrispondente all'attitudine dello stesso al raggiungimento dello scopo"), «allora è difficile evitare che la nozione finisca in qualche modo per ricadere all'ambito di categorie giuridiche già note, al cui interno, tutt'al più, essa porterebbe ad un'accentuazione del valore dell'efficienza (la coppia merito-discrezionalità, la nozione di legalità "sostanziale")». Ancora, in *apicibus* al par. 5: l'analisi economica del diritto offre «una griglia di rilevanza sufficientemente circoscritta da renderla praticabile anche da parte degli operatori giuridici, in particolare da parte dei giudici di tradizione *civilian* (come dimostra la sempre più frequente comparsa di percorsi argomentativi di tipo analitico-economico nell'ambito della stessa giurisprudenza civile italiana, evidenziata nel ... volume di Roberto Pardolesi e Bruno Tassone)». «...Quella che si propone è una complicazione (nel senso di un'accentuazione della complessità) ed una concretizzazione dei fattori rilevanti per la risoluzione dei problemi giuridici, che non si ritiene possano desumersi esclusivamente dalla lettura della proposizione normativa, ma

preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo"¹⁸. Entrambi i saggi, pur contenendo sapienti riflessioni all'avanguardia, risalgono a circa un decennio fa. In particolare, il secondo scritto è *ante* riforma che ha determinato l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Non pare a chi scrive che da allora vi siano stati contributi di dottrina a carattere sistematico sul tema specifico, se non sulla già evidenziata e più generale tematica dell'efficienza nel processo amministrativo¹⁹, anche in relazione al fenomeno della crisi economico-finanziaria²⁰.

Invece, "l'argomento" dell'abuso del processo è stato trattato di recente in un'opera monografica²¹, in chiave interdisciplinare e, *last but not least*, comparata. Si tratta di uno studio critico affrontato in un'ottica di completezza.

Con riferimento allo specifico profilo dell'applicabilità dei principi, regole e teoremi di analisi economica al processo amministrativo²², rispetto alla recente

si sostiene vadano ricercati anche (e forse soprattutto) all'interno del contesto sociale su cui la norma interviene ed in cui è destinata ad operare».

¹⁸F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., 281 ss., in premessa, evidenzia che: "L'applicazione del ragionamento economico allo studio del processo amministrativo"...è certamente utile al fine di ricostruire in maniera corretta il profilo funzionale degli istituti e, di conseguenza, per ridurre il contenzioso nonché ottimizzare "la complessiva efficienza del sistema giudiziario".

¹⁹G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, collana studi diretta da F. G. Scoca, Torino, 2012, *passim*.

²⁰Certamente meritevoli di un'analisi economica sono quegli istituti processuali che possono contribuire ad accelerare la definizione dei giudizi, ovvero a diminuire i costi transattivi, *lato sensu* intesi, ossia comprensivi dei costi per il funzionamento del sistema giudiziario, che gravano pur sempre sulla collettività. Cfr. a tal proposito F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 6.

²¹G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 1-690, a cui pare opportuno rinviare per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

²²Specialmente nelle controversie attinenti a mercato e concorrenza, i modelli mentali del giudice amministrativo sono inevitabilmente influenzati dall'attuale «predominio dei valori economici su quelli tecnico-giuridici». Pertanto, i parametri economici vengono impiegati anche in sede giudiziaria sia per esercitare «un sindacato sulla discrezionalità tecnica più penetrante» e, allo stesso

analisi critica di tale autorevole dottrina, si vorrebbe tentare, sia pure in via meramente ipotetica, nonché mediante applicazioni in concreto, di verificare la possibilità di una compatibilità di una ricostruzione in chiave giuseconomica del processo amministrativo, sempre tenendo fermi, quali riferimenti costanti, i principi costituzionali.

In un'ottica di *favor* rispetto all'*Economic Analysis of Law*, si vorrebbe altresì sperimentare un'applicazione pratica, in tale fase in via esemplificativa, del teorema del *free rider* (*id est*: libero battitore) alla figura del ricorrente potenziale nel processo amministrativo, verificando altresì la compatibilità (*melius*: l'applicabilità) in concreto di altri teoremi dell'analisi economica al processo amministrativo. Ci si riferisce in particolare alla teoria della scelta pubblica (*Public Choice*)²³ che ha ad oggetto l'analisi dei processi politici finalizzati alle scelte pubbliche (*id est*: collettive)²⁴.

Pare a chi scrive che emergano *ictu oculi* profili di collegamento tra la teoria

tempo, più attendibile. Inoltre, concetti giuridici indeterminati come, a titolo esemplificativo, "abuso di posizione dominante", "intese restrittive" *et similia* vengono interpretati grazie all'apporto di «criteri dotati di una maggiore validità tecnica rispetto a quelli derivanti dalla comune esperienza»: la teoria dei giochi, criteri del calcolo matematico, ecc. Pone in luce tali aspetti F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 13.

²³La teoria *de qua* è stata elaborata negli Stati Uniti negli anni Sessanta e sviluppata negli anni Settanta, principalmente ad opera di James M. Buchanan che nel 1986, per tali studi, vinse il Premio Nobel per l'economia. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 3, che intravede "la tendenziale convergenza tra analisi economica e teoria della scelta collettiva" e ritiene, pertanto, che sia nell'ambito della *public choice* che «i criteri euristici dell'analisi economica...siano destinati ad operare con maggiore efficacia».

²⁴«...L'utilizzazione dei modelli analitico-economici in funzione di evidenza dell'efficienza allocativa delle decisioni pubbliche in generale – e tra loro, non ultime, quelle amministrative – può consentire una ricognizione più precisa dei "costi sociali" connessi a scelte di questo tipo ed una migliore comprensione dei meccanismi combinatori degli interessi in gioco...». Si esprime così A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*

de qua e le acute riflessioni della dottrina²⁵ in tema di atto politico²⁶, specie con riferimento all'evoluzione delle "politiche" giurisprudenziali del giudice amministrativo, alla luce di nuove chiavi di lettura quali l'effettività della tutela²⁷, la concorrenza, il mercato, la giustizia quale servizio pubblico, la sussidiarietà orizzontale nonché il rilievo sempre più intenso dei diritti fondamentali (ad. es. di azione, di difesa) negli ordinamenti multilivello²⁸.

Le politiche pubbliche attuate al fine di sostenere i costi del processo nonché le progressive applicazioni giurisprudenziali dell'"argomento" dell'abuso del processo costituiscono aspetti strettamente connessi tra loro.

I frequenti interventi legislativi finalizzati a contrastare l'abuso del processo amministrativo si sono concretizzati nelle modifiche dell'art. 26 c.p.a. nonché nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato²⁹ che, nel rito in materia di appalti *ex*

²⁵G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *www.giustamm.it*, 2012.

²⁶Il forte richiamo, tradizionalmente appartenente all'EAL, verso l'esigenza di dare spazio ai profili concreti che le questioni di composizione degli interessi sociali presentano, tende a manifestarsi quale "contestazione dell'adeguatezza dello strumentario legislativo" e nella «conseguente richiesta di una sostanziale *deregulation*» in contesti meramente privatistici, ovvero nei soli ambiti economici cui risulta totalmente applicabile il c.d. teorema di Coase. Invece, in un contesto di parziale indisponibilità dei valori in gioco, il richiamo *de quo* sposta l'attenzione dell'interprete verso il profilo di adeguatezza del contenuto della singola decisione pubblica. L'EAL si accosta per tale via alla teoria della decisione pubblica (*id est: populica*, politica). Diviene pertanto essenziale verificare l'attitudine delle categorie dell'EAL a razionalizzare le scelte dell'apparato pubblico, nell'ambito di "un'amministrazione orientata al risultato", tenuta a produrre, mediante la propria azione, "un'utilità sociale maggiore del costo sociale complessivo che questa stessa azione comporta". Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 6 e 7.

²⁷F. MANGANARO, *Effettività della tutela giurisdizionale e riammissione alla gara di un concorrente illegittimamente escluso*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, *passim*.

²⁸Sulla cd. tutela multilivello dei diritti umani, connessa con i limiti al potere amministrativo cfr. ID., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, *passim*.

²⁹Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 25 Maggio 2015, n. 40, pubblicato nella G.U. del 5 Giugno 2015.

art. 120 ss. c.p.a., ha normativizzato la dimensione dei ricorsi e degli altri scritti difensivi³⁰.

Autorevole dottrina³¹ ha definito l'abuso del processo come un istituto del diritto vivente³², espressione di valori costituzionali, che si pone, in linea con la ragionevole durata del giudizio, quale canone di interpretazione delle norme processuali, nonché quale argomentazione utilizzata per suffragare la continua opera riformatrice delle regole codicistiche.

2. La teoria dell'abuso del diritto³³, in chiave moderna, nasce in Francia alla fine del diciannovesimo secolo, senza alcun riferimento legislativo, quale istituto di origine giurisprudenziale finalizzato a convalidare una concezione relativistica della proprietà.

Nell'ambito della *quaestio* dei rapporti tra potere legislativo e quello giudiziario, in ossequio al principio di separazione dei poteri, le opinioni contrarie all'ammissibilità del principio del divieto dell'abuso del diritto hanno evidenziato il

³⁰Cfr. inoltre la recente riforma sui principi di sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo, in particolare la disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti difensivi, contenuta nel c.d. Decreto "sinteticità" del 22 Dicembre 2016 (D.P.C.S. n. 167/2016), modificato dal Decreto 16 Ottobre 2017, n.127 nonché le regole per la redazione in forma sintetica delle pronunce del giudice amministrativo (Nota del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016).

³¹M.F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, *passim*.

³²Il riconoscimento al giudice di poteri officiosi, anche estesi e penetranti, nella trattazione della domanda, può avvenire nel nostro ordinamento qualora previsto *expressis verbis* dal legislatore mediante disposizione, comunque soggetta al sindacato di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza con riferimento alle finalità perseguite. Anche questo aspetto contribuisce a rendere delicate certe fattispecie come il c.d. abuso del processo che non ha riferimenti diretti nel c.p.a. ma si fonda su "giudizi di bilanciamento/proporzionalità" effettuati dal g.a. nel processo amministrativo. V. su questo A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 464.

³³M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, *passim*.

rischio di un *vulnus* alla “certezza del diritto”³⁴.

In Italia, dopo un lungo periodo caratterizzato da scetticismo e da ferma chiusura da parte di Autori come Scialoja e Santoro Passarelli, dalle imponenti note critiche di Rotondi³⁵, tra la fine degli anni Cinquanta e gli anni Sessanta, la tematica³⁶ viene riabilitata con saggi di grande rilievo quali l’opera di Ugo Natoli³⁷ e la voce enciclopedica di Salvatore Romano³⁸, nonché le monografie di Giorgianni e Rescigno³⁹.

Tra la fine degli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta il tema dell’abuso ritorna alla ribalta nella riflessione della dottrina, specie in talune voci enciclopediche che ricostruiscono la questione in una prospettiva di aggiornamento, in linea con il progressivo rilievo nonché con l’affinarsi della clausola di buona fede e correttezza⁴⁰.

Anche nella fase *de qua* sono state rilevate note critiche, incentrate specialmente sulla sua inutilità alla luce dell’evoluzione che ha interessato la

³⁴ Rispetto a tale principio cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, voce *Certezza del diritto*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 847-850.

³⁵ Cfr. M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, 105 ss., per cui l’abuso del diritto non è una categoria giuridica.

³⁶ Per il profilo ricostruttivo della tematica *de qua*, cfr. G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, 161 ss.; U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, *passim*.

³⁷ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 37 ss.

³⁸ S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, 168 ss.

³⁹ La ricostruzione dottrinale è essenzialmente tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1262 ss., spec. par. 3. Per una disamina approfondita e puntuale dell’aspetto storico-ricostruttivo dell’abuso del diritto, v. altresì G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, I, 2016, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 6, 2008, *passim*.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*.

clausola di buona fede⁴¹.

La giurisprudenza italiana, a differenza di quella tedesca e francese, ha evitato inizialmente di ricorrere unicamente alla figura dell'abuso, utilizzando contestualmente clausole codificate e, pertanto, considerate quali saldi riferimenti. Difatti, nella giurisprudenza il divieto di abuso è stato ancorato al principio della buona fede.

Successivamente nell'ambito del panorama dottrinale è stata rilevata una nuova centralità della tematica, nell'ambito di un più ampio dibattito concernente il tema delle clausole generali⁴² - in particolare la buona fede -, discussione che ha coinvolto sia la dottrina civilistica⁴³ che quella amministrativistica⁴⁴.

Con riferimento al processo amministrativo, pare opportuno evidenziare che, a differenza di altre clausole generali o di altri principi, l'abuso del processo⁴⁵ agisca in compressione del diritto d'azione dell'individuo ex art. 24, comma 1, Cost.. A tal proposito, il principio di proporzionalità viene enucleato quale proporzionalità nel processo.

La tematica, altresì mediante i già citati rivolgimenti in tema di clausole

⁴¹Autorevole dottrina civilistica ha rilevato che la necessità della figura dell'abuso del diritto è messa in discussione proprio per il suo apparire quale "duplicato" della buona fede. V. per tutti G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7, 2011, 653 ss.

⁴²Nell'ambito della dottrina civilistica, v. per tutti i rilievi critici, ma al contempo costruttivi, di G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7; ID., *Clausole generali e ragionevolezza*, in *Atti del II convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile*, Capri, 2008, *passim*; ID., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989.

⁴³A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Il Foro italiano*, n.1, 2010, *passim*.

⁴⁴Cfr. per tutti F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, *passim*.

⁴⁵Per un saggio sull'abuso del processo amministrativo, fra "tradizione" e "rifondazione", v. S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1203 ss.

generalisti⁴⁶, attrae l'attenzione dei filosofi del diritto, anche poiché, come testé evidenziato, è *quaestio* che naturalmente involge il c.d. diritto giurisprudenziale nonché il complesso rapporto fra il giudice e la legge che oggi pare riscontrarsi per di più in chiave critica specialmente nell'ambito del processo.

Si ritiene, in linea con quanto evidenziato da acuta dottrina⁴⁷, che l'“argomento” dell'abuso vada inquadrato sul piano funzionale, quale forma di interpretazione teleologica che si sovrappone all'attività del legislatore⁴⁸.

L'abuso si contraddistingue altresì per la connessione a valori (*melius*: principi) quali la convenienza, l'equità, la ragionevolezza e la proporzionalità, nell'ambito di interpretazioni giurisprudenziali a protezione dell'interesse pubblico.

3. Sotto il profilo giurisprudenziale, la rinnovata attenzione per la tematica dell'abuso del diritto è di certo collegata al noto caso Renault⁴⁹ in cui la Corte di Cassazione⁵⁰ ha affermato l'abusività del recesso *ad nutum* contrattualmente

⁴⁶Cfr. F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

⁴⁷A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. VELLUZZI, Pisa, 2012, 176-177.

⁴⁸Per tale via, l'abuso diviene un «argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso..., eversivo del giuspositivismo». «Con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso diverso, che però è regolato. Sicché l'abuso non opera, come l'analogia, in presenza di una lacuna, bensì, al contrario, in assenza di essa, riconducendo il caso ad una regola diversa derivante da un'altra norma». Il virgolettato è di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 3.

⁴⁹G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Nota a Cass. Civ., Sez. III, 18 Settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 1, 2010, 5-23, esamina acutamente il rapporto tra controllo dell'esercizio del diritto effettuato mediante “il criterio dell'abuso” e controllo attuato attraverso “il canone della buona fede”. A differenza della sentenza annotata, che sovrappone i due tipi di giudizio e di valutazione, l'Autore avanza la tesi per cui “abuso del diritto” e “buona fede” costituiscono nozioni differenti ed originano “tecniche di controllo degli atti di esercizio dei diritti diverse” sia per quel che concerne i presupposti che in relazione ai rimedi.

⁵⁰Cass. civ., sez. III, 18 Settembre 2009 n. 20106.

attribuito alla Renault Italia s.p.a.⁵¹.

Non pare opportuno, in tale sede, soffermarsi *funditus* sulla pronuncia *de qua*. Basti sinteticamente evidenziare come, a livello generale, essa è risultata in linea con la giurisprudenza comunitaria che, fondandosi sulla logica del bilanciamento, sottolinea il carattere relazionale dell'abuso che involge un giudizio di proporzionalità⁵².

A parere di chi scrive, l'impiego di strumenti di integrazione esterna del diritto come l'economia, la morale può *prima facie* determinare incertezza ed aleatorietà, mentre il richiamo ad altre clausole generali, quali la buona fede, la correttezza, rischia di configurare l'abuso come uno strumento inutile. Inoltre, non è certo che il richiamo a principi di diritto positivo possa rivelarsi determinante, qualora nell'opera di bilanciamento le regole disapplicate siano a loro volta estrinsecazione di altri principi.

⁵¹Le argomentazioni conclusive della sentenza *de qua* vengono definite opinabili in G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 4, anche in base alla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento. Tuttavia, in merito al superamento di tale dicotomia si cfr. G. PERLINGERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 18 ss., che già in premessa osserva come la distinzione fra regole di comportamento e di validità si fondi più sulla forza della tradizione che su dati di diritto positivo e che pertanto essa risulti ormai estranea al piano giuridico dell'ordinamento, rimanendo confinata al mero profilo della tradizione concettuale. In merito alla monografia da ultimo citata, V. altresì S. POLIDORI, *Recensione a G. PERLINGERI, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 128, in *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2/2014, 648 – 656 che rileva la netta critica dell'Autore dell'Opera recensita al c.d. principio di "non interferenza" tra regole di comportamento e regole di validità, mediante diverse figure sintomatiche nonché attraverso i profili contraddittori riscontrati nella giurisprudenza di legittimità, che inevitabilmente influenzano il controllo di proporzionalità, congruità e di ragionevolezza del rimedio prescelto.

⁵²Inoltre, essa appare suffragata da alcune sistemiche dinamiche generali: «applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, compreso il giudice amministrativo, tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione, marcata estensione orizzontale dei diritti fondamentali». Si esprime così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 4.

4. Ad avviso di chi conduce l'analisi *de qua*, nell'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali, con riguardo all'esercizio del diritto d'azione, è necessario considerare "il valore delle regole processuali" nonché il loro *status* costituzionale con riferimento alla riserva di legge processuale *ex art. 111 Cost.*.

In relazione al giudizio di bilanciamento che si realizza con riferimento all'art. 111 *de quo*, attenta dottrina⁵³ ha ribadito che all'interno della "clausola generale" del giusto processo⁵⁴ è doveroso far rientrare, in linea col dettato costituzionale, sia la ragionevole durata e l'uso efficiente di risorse scarse sia principi-valori come l'effettività⁵⁵ e la pienezza della tutela giurisdizionale, il contraddittorio⁵⁶ e la parità delle parti⁵⁷, l'imparzialità, l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Nel contesto sin qui evidenziato, l'abuso del processo si manifesta come "clausola generale in potenziale violazione di diritti fondamentali" quali quelli sanciti agli artt. 24⁵⁸ nonché 113 Cost.. Mentre, anche alla luce dell'angolo visuale

⁵³G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁵⁴Sul principio *de qua* la letteratura è vastissima: cfr. ad es. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 4, 2011, 1353 ss; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2011, 596 ss.

⁵⁵M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in www.judicium.it.

⁵⁶Le voci di dottrina - e più in generale gli scritti - sul principio del contraddittorio sono molteplici: v. tra le altre F. BENVENUTI, *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; A. CARACCILO LA GROTTIERA, *Parti e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993; L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) - I Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Ad. plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006; G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, App., Torino, 1981; A. NASI, *Contraddittorio (principio del)*, (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

⁵⁷F. BENVENUTI, *Parte (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, *passim.*; V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 859 ss.

⁵⁸Con riferimento ad un'ipotesi di giurisdizione condizionata, mediante un modello di mediazione pre-processuale obbligatoria, configurando così il tentativo di conciliazione quale condizione di

della scrivente, il principio di proporzionalità si attua in chiave strumentale nella prospettiva “orizzontale” del temperamento fra l’interesse sostanziale del cittadino (*ergo*: il diritto fondamentale d’azione) e l’interesse pubblico al giusto processo⁵⁹ nella sua accezione in termini economico-efficientistici.

Il quadro sinora delineato potrebbe compromettere il pieno rispetto del principio di certezza del diritto⁶⁰, propendendo verso un fulcro creativo giurisprudenziale in senso unidirezionale⁶¹.

5. Autorevole dottrina facente parte della scuola pavese⁶² ha enucleato la distinzione fra abuso *del* e abuso *nel* processo⁶³, fondata sul dato per cui non può

procedibilità della domanda giudiziale, sia la Corte di giustizia che la Corte costituzionale hanno avallato la legittimità della conciliazione obbligatoria con la seguente motivazione: «ogni diritto, compreso il diritto di azione di cui all’art. 24 Cost., è assoggettabile a restrizioni per realizzare interessi generali, quali sono la riduzione del contenzioso e il *favor* verso una composizione preventiva della lite, a condizione tuttavia che il limite non sia sproporzionato rispetto all’obiettivo da perseguire». Cfr. Corte di giustizia, sez IV, 18 marzo 2010, in cause riunite C-317/08, C-318-08, C-319/08 e C-320/08, Alassini e altri; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte cost., n. 272/2012; v. altresì il saggio di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 5.

⁵⁹Ma cfr. anche F. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ius publicum*, 2011, *passim*.

⁶⁰La crescente instabilità giurisprudenziale ha da tempo superato “la normale tollerabilità”. «A prescindere dal problema se sia più giusto un sistema di regole certe o incerte, si vive meglio in una società dove gli elementi di certezza sono quantomeno prevalenti e producono un legittimo affidamento nei confronti della collettività: la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell’agire, *ergo* della decisione giuridica, rappresenta, infatti, un presupposto necessario per l’esercizio della razionalità calcolante, che a sua volta tende ad assumere un ruolo predominante nella società capitalistica». V. sull’aspetto *de quo* F. SAITTA, *Appunti preliminari per un’analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 14; ID., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. Amm.*, 2005, 623 – 624, in cui si auspica un rafforzamento del precedente giudiziale al fine di assicurare una sia pur minimale stabilità giurisprudenziale.

⁶¹Cfr. su tale assunto G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 5.

⁶²M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA. VV., *L’abuso del diritto*, Padova, 1998, 435 ss.

⁶³V. sulla contrapposizione *de qua* A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione*

ritenersi abusivo un comportamento obbligatorio, bensì soltanto qualora la parte abbia margini di discrezionalità.

Alla luce di un'indagine comparata, specialmente con riguardo ai Paesi di *common law*, la dottrina *de qua* si focalizza sull'abuso quale questione che dovrebbe gravare sul difensore, più che sulla parte, mediante l'applicazione di valide sanzioni disciplinari⁶⁴.

Tuttavia, anche chi conduce la presente riflessione, ritiene che l'abuso del processo costituisca uno strumento canonico nei sistemi giuridico-ordinamentali di *common law* in cui la giurisprudenza, tradizionalmente, rientra tra le fonti del diritto; mentre nei sistemi di *civil law* il processo è regolato per legge, come in Italia *ex art. 111 Cost.*.

L'opera corposa di taglio storico-ricostruttivo di Cordopatri ritiene l'abuso quale *quaestio* fondamentalmente connessa alle spese processuali e tale ricostruzione appare oggi in linea col nuovo art. 92 c.p.c..

La rinnovata attenzione della giurisprudenza sull'abuso del processo civile avviene con la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 15 Novembre 2007 n. 23726 sul frazionamento del credito⁶⁵, *revirement* della precedente sentenza n. 108/2000⁶⁶ nonché con le sentenze "gemelle" delle Sezioni unite del 12 Dicembre

giurisprudenziale del c.d. abuso del processo, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016, 50-51.

⁶⁴Si esprime così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6.

⁶⁵G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1457-1458, saggio pubblicato anche su www.judicium.it, rileva che la *quaestio* del "frazionamento del credito" avrebbe potuto essere risolta senza ricorrere alla figura dell'abuso del processo, bensì con la mera applicazione dei principi sul giudicato. Infatti, dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, viene fatto valere l'intero rapporto, sia il dedotto che il deducibile. Cfr. la recente SS. UU., Cass. civ., 16 febbraio 2017, n. 4090, con cui la Suprema Corte ha circoscritto la figura dell'abuso del processo, ribaltando parzialmente il precedente orientamento sul tema.

⁶⁶Nella giurisprudenza *de qua*, alla luce del principio di correttezza e di buona fede anche in ossequio al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, nonché al canone del giusto processo *ex art. 111*

2014 nn. 26242 e 26243 in tema di impugnative negoziali, e, nello specifico, di rapporti tra «azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e nullità contrattuale»⁶⁷.

Nell'ambito dell'*excursus* sull'oggetto del processo e sull'oggetto del giudicato⁶⁸, tematiche non sovrapponibili, considerata la facoltà dell'organo giudicante di definire il processo con celerità, alla luce del principio della ragione più liquida, nonché sulla opportuna demarcazione della nozione di giudicato implicito - di matrice giurisprudenziale -, la giurisprudenza *de qua* avvalorata i principi che fungono da corollario all'osservanza della limitata "risorsa-justitia" fra cui: il principio di corrispettività sostanziale; di stabilità delle decisioni giudiziarie; di armonizzazione delle decisioni, per evitare «la scomposizione delle unità della situazione sostanziale in un' indefinita molteplicità» costituita da "minime unità decisorie"; di concentrazione delle decisioni; di effettività della tutela, nel senso di

Cost., «si è ritenuto precluso al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, il frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo».

Tale pronuncia ha rinnovato l'attenzione sulla tematica, essendosi tenuto ad Urbino il Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile sull'abuso del processo nel settembre 2011.

La motivazione della sentenza *de qua* richiama erroneamente in qualità di sinonimi buona fede e giusto processo, ponendo l'accento sull'aspetto della ragionevole durata.

Se si ragionasse solo sul principio di buona fede, «si troverebbero anche ragioni a favore della frazionabilità, poiché l'azione frazionata potrebbe rispondere nel caso concreto ad un interesse dell'attore meritevole di tutela».

In linea generale, la *quaestio* si sarebbe potuta dipanare alla luce della tesi della preclusione del dedotto e del deducibile, senza richiamare l'argomento dell'abuso. Su tali aspetti v. *amplius* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6.

⁶⁷Tali sentenze si fondano sul dovere di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., richiamano l'antica figura di tradizione romanistica dell'*exceptio doli* e sono orientate «ad evitare che la parte che in qualche modo si sia giovata della dichiarazione solo in motivazione della nullità (o non nullità) del contratto, possa poi in futuro agire (o anche resistere in giudizio) al fine di conseguire risultati che appaiano, rispetto al primo giudizio, arricchenti. Una sorta di strumento antiabusivo *ante litteram*». Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁶⁸F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, *passim*.

scongiurare interpretazioni di tipo formalistico che *inutiliter* aggravano i tempi di decisione della controversia; di giustizia concreta delle decisioni alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 Cedu; di economia (extra)processuale, valorizzando il giusto processo, anche per evitare la moltiplicazione seriale dei processi. Vengono altresì esaltate le esigenze pubblicistiche del processo, che involgono un potenziale definitivo consolidamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio nonché «una decisione tendenzialmente caratterizzata da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con valori della *celerità* e della *giustizia*. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito»⁶⁹.

Si prenda a riferimento anche l'ordinanza di Cass., sez. I, 3 Maggio 2010 n. 10634 in tema di equa riparazione, di cui alla legge n. 89/2001, che censura come abuso del processo la condotta di più soggetti, che dopo aver agito unitariamente nel processo protrattosi eccessivamente, senza operare alcuna diversificazione delle rispettive posizioni, avanzano alla Corte d'appello separate domande di indennizzo, con medesimo patrocinio legale, originando cause in concreto destinate alla riunione. Una simile condotta, secondo la Cassazione, provoca un danno allo "Stato debitore", generando l'aumento degli oneri processuali.

Pertanto, i Giudici di Piazza Cavour, utilizzando la nozione di abuso del processo, richiamando i principi di buona fede e correttezza e i doveri di

⁶⁹Il virgolettato nonché l'enunciazione dei principi su citati sono tratti da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6; ID., *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Volume III*, Napoli, 2017, spec. nota 127, che la scrivente ha avuto l'onore e l'opportunità di revisionare.

solidarietà ex art. 2 Cost., il giusto processo di ragionevole durata ex art. 111 Cost., introducono, anche secondo chi scrive qui, un “filtro” alle domande di tutela, fondato sulla sua non meritevolezza nell’ambito di cause “bagatellari”⁷⁰.

Centrale risulta altresì la giurisprudenza amministrativa, specialmente Ad. Plen., Cons. St., 23 Marzo 2011, n. 3: «il principio dell’insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti, è interessato da un graduale ma chiaro superamento da parte della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell’abuso del diritto, della clausola di buona fede e dell’*exceptio doli generalis*».

6. Recentemente si è connesso il concetto di interesse ad agire al principio di buona fede nonché al divieto di abuso del diritto, nell’accezione di “meritevolezza della tutela richiesta”⁷¹.

A parere critico di chi scrive, la tesi *de qua* rende la categoria della

⁷⁰ V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6. Cfr. altresì Cass., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228. In particolare la Corte ritiene di condividere, senza alcuna violazione dell’art. 24 Cost., recante il diritto d’azione, che «la legge possa richiedere, nelle controversie meramente patrimoniali, che per giustificare l’accesso al giudice il valore economico della pretesa debba superare una soglia minima di rilevanza, innanzitutto economica e, quindi, anche giuridica» poiché la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statale limitata. Inoltre, il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, considerata la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, valore tutelato dall’art. 111 Cost. e dall’art. 6 della Cedu.

⁷¹ L’art. 100 c.p.c. esprime la necessità che «l’affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice» ed anche permette, alla luce di un’interpretazione sistematica di tale norma con gli artt. 6 Cedu e 111 Cost., recanti i principi del giusto processo, di «scrutinare la “causa” della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l’inammissibilità le ipotesi in cui tale “causa” evidenzia che l’attore sta abusando del diritto d’azione». Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

meritevolezza della tutela⁷² come una nozione elastica e di difficile inquadramento.

Strettamente connessa ai sovente confusi rapporti fra buona fede ed abuso del diritto appare la tematica dell'*exceptio doli generalis*, di origine giurisprudenziale, che sembra attualmente sovrapporsi a quella contestata concezione della buona fede quale clausola finalizzata a limitare le pretese del creditore nonché ex art. 2 Cost., in generale, l'esercizio dei diritti.

Per di più, rischiano di mescolarsi anche *exceptio doli generalis* e abuso del diritto che abbraccia la critica «accezione valutativo/correttiva della buona fede»⁷³.

Deriva da qui il passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo⁷⁴.

Una parte della dottrina ha altresì evidenziato la questione dell'«aleatorietà della clausola generale “abuso del processo”⁷⁵» e, perciò, il *vulnus* alla certezza del diritto, nonché al diritto di difesa, per esigenze strettamente collegate

⁷²M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 7, saggiamente, rileva che: «Il diritto amministrativo è segnato da una crisi multipla, che si declina come crisi del legislatore nel dettare regole efficienti, crisi della pubblica amministrazione, ...crisi del procedimento amministrativo nell'essere la sede effettiva delle scelte di composizione degli interessi e nel decidere nei tempi assegnati dall'ordinamento e crisi della giustizia amministrativa, su cui si scaricano queste prevee duplici tensioni. Al punto che l'abnorme contenzioso diviene “alternativa al processo politico”, nella misura in cui “è il giudizio chiamato a selezionare e a comporre gli interessi meritevoli di tutela più che a risolvere conflitti”, con un'insoddisfazione e una diffidenza crescente nei suoi riguardi da parte degli operatori economici e della stessa amministrazione, nonché, da ultimo, da parte anche del legislatore».

⁷³Le parole racchiuse tra virgolette sono tratte da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7.

⁷⁴G. TROPEA, *op. ult. cit.*, delinea chiaramente questo passaggio: «La buona fede penetra nel processo, in tal senso, “sfruttando” le potenzialità — spesso eversive — insite nella figura inespressa dell'*exceptio doli generalis*. Si spiega anche così perché una delle “figure sintomatiche” oggi più ricorrenti, impiegate dalla giurisprudenza, non solo italiana, per individuare l'abuso del processo sia rappresentata dal divieto di *venire contra factum proprium*, principio a sua volta tradizionalmente considerato come concreta manifestazione dell'*exceptio doli generalis*»; v. anche G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 685-739.

⁷⁵M. A. SANDULLI, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line - Treccani*, www.treccani.it, classificatosi *Libro dell'anno del diritto 2013*.

all'amministrazione della giustizia⁷⁶.

Preferibilmente, tali opzioni politico-“macrogiudiziarie” non dovrebbero essere effettuate dal singolo giudice⁷⁷.

Evidenti sono le intenzioni della giurisprudenza⁷⁸ di far prevalere, nell'opera di bilanciamento, «la versione efficientistica del giusto processo»⁷⁹.

Anche la più recente giurisprudenza amministrativa, nell'ambito degli elementi costitutivi dell'interesse a ricorrere, inizia ad esprimersi nel senso che si debba «*escludere che l'utilizzo del processo amministrativo si traduca in un abuso del mezzo giurisdizionale*»⁸⁰.

⁷⁶Per un'analisi filosofica del concetto di giustizia, v. E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 557 ss.

⁷⁷La ricostruzione *de qua*, fondata su un'interpretazione costituzionalmente orientata, pare evidenziare una sorta di strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, «segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo». Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7., a cui ci si permette di rinviare per le ulteriori note di dottrina.

⁷⁸«Sempre in questa logica la giurisprudenza ha declinato il principio della ragionevole durata del processo come principio di leale collaborazione o di solidarietà in ambito processuale, non dissimile da quel dovere delle parti di comportarsi in giudizio con lealtà e probità previsto nel processo civile dall'art. 88 c.p.c.. Di qui la condanna di ogni condotta processuale integrante “abuso del diritto” di una parte in danno dell'altra, quale, ad esempio, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, come nel caso di eccezione di difetto di giurisdizione in sede di appello sollevata dalla parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado. Il disconoscimento della giurisdizione inizialmente invocata si traduce infatti in un prolungamento dei tempi di definizione del giudizio dettato da ragioni puramente utilitaristiche, in contrasto con la garanzia della ragionevole durata del processo». Cfr. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2013, spec. par. 7 nonché nota 103 che evidenzia che è grazie alla giurisprudenza della Corte di Cassazione che è stata elaborata, partendo dal divieto di abuso del diritto, la figura di abuso del processo quale «esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa». V. Cass., sez I, 3 maggio 2010, n. 10634.

⁷⁹L'espressione racchiusa tra virgolette è tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7.

⁸⁰Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1606 per cui «tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica

Tale accezione dell'interesse a ricorrere pare riconnettersi alla questione dell'interesse c.d. "illegittimo", che è risultata centrale nel "passaggio" dall'abuso del procedimento all'abuso del processo amministrativo, nonché in certe opzioni giurisprudenziali incentrate su questioni processuali sensibili e dibattute, quali la tematica dell'ordine di esame dei motivi di ricorso⁸¹.

7. La giurisprudenza sin qui evidenziata pare richiamare, nel contesto giuridico, un'accezione della nozione di giurisdizione⁸² propria di alcuni studi di analisi economica del diritto.

L'affermarsi di tale proiezione economicistica determina il risalto di una visione "macrogiudiziaria" su quella "microgiudiziaria" in quanto, anche l'efficienza⁸³ nel singolo processo è influenzata dal *trend* generale.

Pertanto, l'interesse si traslerebbe "dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti", che permetta di effettuare salde ponderazioni orientate

che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento o prolungamento del giudizio al fine di approdare, attraverso la riduzione dei tempi di giustizia, ad un processo che risulti anche giusto ma solo per chi effettivamente necessita della risposta di giustizia». Cfr altresì Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 nonché Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3829, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2012, 803 ss.; G. TROPEA, L. R. PERFETTI, "Heart of darkness": *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016, 205 ss.

⁸² M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 481 ss., in *apicibus* al par. 2 rileva che: «Il cambiamento in atto in ordine al ruolo occupato dalla giurisdizione è percepibile dalle recenti riforme processuali adottate specialmente in ambito civilistico. La logica sottostante a questo processo di trasformazione è profondamente debitrice dell'impostazione europea di giustizia: la giurisdizione è concepita come una risorsa pubblica non illimitata; la sua scarsità porta a garantirne un impiego economico; l'utilizzo "parsimonioso" e "oculato" della giurisdizione è assicurato in diverse maniere, tra cui filtri di vario genere nell'accesso alla giustizia, ma anche la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie».

⁸³ Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.astrid-online.it.

alla produzione di beni o servizi finalizzati allo scambio⁸⁴.

La giurisdizione⁸⁵ è perciò da intendersi quale servizio pubblico orientato alla risoluzione delle controversie secondo giustizia, in modo tale che “la congruità della risposta al bisogno di tutela sia una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l’efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso”⁸⁶. Per tale via, si considera il principio di proporzionalità⁸⁷ come il mezzo sostanziale per contemperare la prospettiva del singolo processo che concerne “il fattore legislativo” e quella del complesso dei processi che riguarda l’aspetto delle risorse ed il profilo culturale.

Il principio *de quo* sarebbe vigente qualora venisse codificato l’art. 0.8 (*Efficienza del processo civile*) dei principi fondamentali dei processi giurisdizionali del progetto di nuovo c.p.c. redatto da A. Proto Pisani: «È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi»⁸⁸.

Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge *ictu oculi* il nesso fra la definizione del processo come “servizio pubblico” ed il crescente uso dell’argomento dell’abuso del processo nonché fra l’obsolescenza di svariate norme processuali e l’intenso mutamento della nozione di “giurisdizione”, *ab origine*

⁸⁴ V. sul punto le chiare argomentazioni di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 8.

⁸⁵ Per una critica disamina sulla giurisdizione ai tempi dell’abuso del processo, v. G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

⁸⁶ La definizione *de qua* è tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 8.

⁸⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2016, 361 ss.

⁸⁸ A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 43, spec. nota 77.

saldamente ancorata al concetto di sovranità statale.

Si evidenzia quindi il diffuso orientamento della Cassazione che, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata fondata sulla ragionevole durata del giusto processo, disapplica parecchie regole processuali⁸⁹.

8. L'abuso del processo amministrativo⁹⁰ può essere ritenuto «proiezione» dell'abuso del procedimento e degli obblighi di collaborazione a carico sia della p.a., sia dei soggetti privati⁹¹.

In dottrina, il principio di collaborazione procedimentale è stato collocato nell'ambito dei principi di correttezza, buona fede oggettiva, solidarietà ed è stato, pertanto, impiegato per dipanare diverse questioni concrete quali quelle concernenti la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione e la patologia del provvedimento amministrativo.

In giurisprudenza, si è altresì sostenuto che graverebbe un obbligo di non contraddizione in capo al privato, dato che il principio di autoresponsabilità è vigente in qualsiasi rapporto comunicativo che il cittadino instauri con l'amministrazione, «sicché esso può comportare l'inammissibilità del ricorso in sede

⁸⁹ «Emblematico, anche per le connessioni con la giurisprudenza amministrativa in tema di abuso e difetto di giurisdizione (v. art. 9 c.p.a.), il “trittico” del 2008 delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., criticato da gran parte della dottrina civilprocessualistica, se non per l'esito cui porta (la sostanziale abrogazione dell'art. 37), per le poco ortodosse modalità attraverso cui vi perviene». Cfr. SS. UU., Cass., 9 Ottobre 2008 n. 24883: l'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. V. altresì G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

⁹⁰ N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008, 1 ss.

⁹¹ Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *incipit* par. 9.

giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato»⁹².

Si è concluso perciò che, anche «in applicazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, il privato non potrebbe, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai adeguatamente rappresentate in sede di procedimento, pur essendosene avuta la possibilità»⁹³.

Nelle seguenti fattispecie è stata richiamata l'*exceptio doli generalis*, come già evidenziato, oggetto di una recente valorizzazione in giurisprudenza ma sovente affiancata alla buona fede ed all'abuso del diritto, senza concreti approfondimenti dottrinari sul dato normativo.

Per di più tali argomentazioni vengono quindi utilizzate dalla giurisprudenza per applicarle, partendo dal profilo dei rapporti fra procedimento e processo⁹⁴, alle sole questioni di carattere processuale. Ci si intende riferire alla disciplina del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo⁹⁵, alla luce delle intervenute riforme nel C.p.a.

Nel giudizio amministrativo, come già rilevato, l'abuso del diritto diviene abuso del processo⁹⁶ a partire dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del

⁹² Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁹³ V. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁹⁴ E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986. 819 ss.

⁹⁵ Cfr. la recente Ad. Plen., Cons. St., ord., 28 luglio 2017, n. 4, in www.iurisprudenzia.it, per cui «la parte vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo»; v. altresì SS. UU., Cass. civ., 20 Ottobre 2016, n. 21260, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui le Sezioni Unite si uniformano alla posizione espressa dal Consiglio di Stato ed escludono la deducibilità (in appello) del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che, adito il Tar, sia rimasto soccombente nel merito.

⁹⁶ N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

2011⁹⁷, in tema di sindacabilità delle condotte processuali ai fini dell'evitabilità del danno di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.⁹⁸. Come avvenuto nei rapporti fra diritto e processo⁹⁹ civile con «la svolta giurisprudenziale» in tema di frammentazione del credito, ciò determina delle complessità ulteriori ed altresì, secondo chi scrive, uno specifico potere destabilizzante, in quanto concernente soltanto il settore processuale, proprio in linea con quanto accaduto in relazione al processo civile ed al processo penale¹⁰⁰.

Da quanto sin qui evidenziato emerge come «l'argomento dell'abuso, da mero orpello retorico/rafforzativo, tenda a divenire espediente attraverso cui una regola (o un intero istituto) processuale viene re-interpretata»¹⁰¹.

9. Acuta dottrina¹⁰² ha rilevato che nel contesto della c.d. "procedimentalizzazione" del processo amministrativo, nonché di un utilizzo magari poco ortodosso del principio di effettività della tutela, si assista ad un utilizzo eccessivo del principio di conversione delle azioni ex art. 32, comma 2, c.p.a., anche quando

⁹⁷ Nella motivazione della sentenza si legge che: «la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (...), oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo».

⁹⁸ L'art. 30, comma 3, c.p.a. prevede che il giudice, nel determinare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, valuti tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti, escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Cfr., in merito agli attuali profili problematici inerenti, sia d'ordine sostanziale che processuale, il recente saggio di M. RAMAJOLI, *Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato il 27 Ottobre 2016.

⁹⁹ Per una storica e lucida analisi dei rapporti tra diritto e processo, v. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

¹⁰⁰ Cfr., anche per il virgolettato, G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 9.

¹⁰¹ La definizione *de qua* è sempre di G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹⁰² Cfr. per tutti G. TROPEA, *op. ult. cit.*

esso sia previsto *expressis verbis* dal legislatore codicistico ex art. 34, comma 3, c.p.a..

Anche secondo chi conduce l'analisi *de qua*, tutto ciò genera sovente il rischio di una violazione del principio della domanda¹⁰³ nonché del diritto costituzionale d'azione e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

A titolo esemplificativo, si fa riferimento a Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, con cui è stata rimessa alla Plenaria la facoltà, sulla base di principi di equità, quali la proporzionalità, la giustizia del caso concreto, la tutela effettiva o anche ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., di non stabilire l'annullamento - anche se per il vizio sostanziale di mancata predeterminazione dei criteri concorsuali - e di disporre in capo al ricorrente, senza sua previa richiesta, il mero risarcimento del danno, qualora la pronuncia giurisdizionale - in tema di concorsi - sopraggiunga a distanza di parecchi anni dall'approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori rispetto ai quali, l'annullamento causerebbe un effetto pregiudizievole sul già avvenuto consolidamento delle proprie scelte di vita.

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa, alla luce di principi di giustizia del caso concreto, si fa carico dei costi sociali della decisione, richiamando la sentenza n. 2755/2011. Sovente l'argomentazione dell'abuso, pur senza essere menzionata in via diretta, risulta fondamentale nella ricostruzione giurisprudenziale di un istituto, soprattutto quando esso non sia stato disciplinato espressamente dal legislatore¹⁰⁴.

¹⁰³M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2016, 1101 ss.

¹⁰⁴Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., evidenza che «la presunta natura eccezionale e derogatoria dei ricorsi collettivi» ha portato la giurisprudenza ad enucleare due requisiti di ammissibilità del ricorso medesimo, «uno d'ordine positivo (identità sostanziale e processuale in rapporto a domande giudiziali fondate sulle stesse ragioni difensive), l'altro d'ordine

In linea con quanto rilevato da attenta dottrina, si evidenzia la contraddittorietà di tali argomentazioni rispetto ai principi di economia, efficienza e concentrazione processuale, nonché «le confusioni giurisprudenziali tra litisconsorzio necessario e facoltativo», cui si associano ampie perplessità connesse all’oggetto del processo, auspicando sul punto un intervento legislativo, altresì per scongiurare l’approccio casistico, generatore di ulteriore incertezza, rivelandosi insufficiente il rinvio esterno alle disposizioni del c.p.c. (in quanto compatibili o espressione di principi generali) ex art. 39 c.p.a. considerata la riserva di legge processuale di cui all’art. 111, comma 2, Cost.¹⁰⁵.

Pertanto, la giurisprudenza analizza la tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. in combinato disposto coi principi sanciti all’art. 97 Cost., in un’ottica relazionale, finalizzata a valorizzare la “meritevolezza” della tutela, l’uso attento delle risorse giurisdizionali, per evitare un «effetto di moltiplicazione delle azioni».

Alla luce dell’enucleato principio della ragione più liquida¹⁰⁶, la giurisprudenza della Cassazione afferma la necessità di una «verifica delle soluzioni sul piano dell’impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia

negativo (assenza di conflitto di interesse, anche potenziale)». Identità di *ratio* si riscontra nella giurisprudenza che «limita l’ambito di applicazione dei ricorsi cumulativi derivanti da connessione soggettiva», alla luce dell’esigenza di impedire l’elusione delle norme fiscali, dato che «con il ricorso cumulativo il ricorrente chiede più pronunce giurisdizionali provvedendo, però, una sola volta al pagamento dei relativi tributi». V. altresì Ad. plen., Cons. St., 27 Aprile 2015, n. 5, che fa riferimento *expressis verbis* all’«abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato», in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. ancora Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537, *ibidem*.

¹⁰⁵V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

¹⁰⁶Cfr. M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.*, 2, 2015, 647 ss.

processuale e di celerità di giudizio»¹⁰⁷.

Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, in particolare in Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, la graduazione dei motivi da parte del ricorrente vincola il giudice amministrativo nonostante il suo rispetto possa generare, sostanzialmente, un *vulnus* alla piena tutela dell'interesse pubblico o della legalità, specialmente nelle controversie relative a procedure competitive o selettive.

Pare a chi scrive che nel caso di assenza della graduazione, nell'ambito di un giudizio orientato ad un pregnante controllo di legalità giudiziale sull'azione amministrativa, si richiama l'argomento dell'abuso del processo in relazione all'interesse pubblico, quale «interesse generale della collettività ad una corretta gestione della cosa pubblica» nonché come interesse alla gestione giusta del processo-risorsa scarsa, altresì per le ripercussioni finanziarie gravanti sulla collettività¹⁰⁸.

¹⁰⁷La metodologia *de qua* valorizza una nozione di effettività della tutela in cui «l'interesse sostanziale del cittadino recede a fronte della cura dell'interesse pubblico versato in giudizio, a sua volta sempre più "interno" a quest'ultimo, come attestano i richiami — più o meno espliciti — a ... "meritevolezza della tutela", "abuso del processo", esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio». Tali super-interessi conducono ad «un'esaltazione eccessiva dei poteri del giudice», mentre «potrebbero meglio essere temperati con la valorizzazione di taluni istituti processuali più in linea con un processo soggettivo e di parti (es. ricorso incidentale della p.a. sul motivo condizionato)». Su questo e su altri aspetti correlati, v. *amplius* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim.*; ID., *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, cit., spec. nota 123.

¹⁰⁸La dinamica *de qua* può essere agevolmente intesa facendo riferimento al pensiero di A. Romano Tassone, il quale, specialmente nelle Sue ultime Opere, ha delineato chiaramente il modo in cui la rimodulazione dell'interesse pubblico "concreto" spieghi i suoi effetti sull'accresciuto ambito dei poteri del giudice amministrativo, con conseguente attenuazione del principio della domanda, ancor di più nel c.p.a., che si riterrebbe, in base a diffusa opinione, fondato sui principi del processo soggettivo e di parti. Cfr. su tali profili A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, I, 2013, 461 ss.; ID., *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, in *Annuario Aipda 2012*, Napoli, 2013, 243 ss. Su tali aspetti v. altresì G. TROPEA, *Il processo amministrativo in*

Le questioni di “economia processuale” legittimerebbero «una deroga all’ordine di esame delle censure¹⁰⁹, ammettendosi il rigetto del ricorso “in base alla ragione più liquida”, fatta salva soltanto la verifica della giurisdizione e della competenza»¹¹⁰.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, si assiste ad un’accresciuta rilevanza del principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale¹¹¹, sia nel massimo consesso della recente giurisprudenza amministrativa che in quella civile¹¹², alla luce di esigenze organizzative strettamente connesse al carattere limitato della risorsa-giustizia.

10. Alla luce dell’angolo visuale della scrivente, il giudice amministrativo, attraverso l’argomento formale dell’abuso, nel quadro di una giurisdizione sempre più oggettiva, agisce sovente in veste di “amministratore”. Difatti, nel processo amministrativo, dato anche il carattere pretorio della giurisprudenza, la nozione di abuso permette al giudice «una valutazione pregiudiziale» in merito ad un «super-interesse pubblico» intrinseco al processo stesso: l’efficienza processuale¹¹³.

Intendendo oggi il giudizio amministrativo quale giudizio sul rapporto, il

trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone, cit., passim.

¹⁰⁹ Sul tema *de qua* cfr. S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016, 770 ss., contenente la Relazione al convegno di studi “Sistema e metodo nello studio della giustizia amministrativa”, tenutosi a Milano il 9 Maggio 2016; *contra*, F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9, 2015, 930.

¹¹⁰ I chiari passaggi logico-giuridici racchiusi tra virgolette sono di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 10.

¹¹¹ Il principio di economia processuale costituisce “una direttiva di orientamento per il giudice” secondo L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 323 – 324. V. altresì per l’aspetto ricostruttivo del principio *de quo* il volume I del medesimo Autore.

¹¹² SS. UU., Cass. civ., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹¹³ V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit.

giudice, attraverso l'abuso del diritto, può variare l'intensità del suo sindacato al fine di assicurare «l'interesse generale all'effettività» ex art. 1 c.p.a. e, per tale via, altresì una «giustizia rapida, efficace e lineare», alla luce dell'art. 111 Cost. e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁴.

Significativa sotto tali profili appare, come già rilevato, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011.

Pare opportuno rilevare che, nell'ambito della ricezione da parte del giudice amministrativo della giurisprudenza della Cassazione sull'abuso del processo, si assiste ad un ampio utilizzo di principi e categorie civilistiche da parte del giudice

¹¹⁴Invece, con riferimento alla C.G.C.E., si segnala che T.R.G.A., sez. Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23 ha rimesso all'esame della Corte di giustizia europea la questione pregiudiziale di corretta interpretazione della normativa interna in relazione a quella comunitaria sovraordinata: se i principi stabiliti dalla Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE e s.m.i., che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 13, commi 1-bis, 1-quater e 6-bis, e 14, comma 3-ter, del D.P.R. n. 115 del 2002 (come progressivamente novellato dagli interventi legislativi successivi) che hanno stabilito elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici. «Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 7 maggio 2015, si propone alla Corte quanto segue: La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dei principi di equivalenza e di effettività, non osta ad una normativa nazionale che stabilisce un tariffario di contributi unificati applicabile solo ai procedimenti amministrativi in materia di contratti pubblici, purché l'importo del tributo giudiziario non costituisca un ostacolo all'accesso della giustizia né renda l'esercizio del diritto al sindacato giurisdizionale in materia di appalti pubblici eccessivamente difficile. Non è compatibile con la direttiva 89/665, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta, la riscossione di più tributi giudiziari cumulativi in procedimenti giurisdizionali in cui un'impresa impugna la legittimità di un'unica procedura di aggiudicazione di un appalto ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. b) della direttiva n. 89/665, a meno che ciò possa essere giustificato ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, il che deve essere valutato dal giudice nazionale del rinvio. La sentenza della Corte giust., Sez. V, 6 ottobre 2015 (causa C-61/14), non solo ha confermato le suddette conclusioni, ma le ha anche estese alla riscossione dei tributi giudiziari multipli e cumulativi: anch'essa, infatti, non è stata considerata in contrasto, in linea di principio, né con l'art. della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E, né con i principi di equivalenza e di effettività». Cfr. anche per il virgolettato G. TROPEA, *op. ult. cit.*

amministrativo, sovente al fine di accreditare una soluzione speciale.

L'interesse oggettivo che viene protetto non è quello "esterno" della concorrenza e del mercato ma quello "interno" dell'efficienza del processo e dell'uso proporzionale delle risorse¹¹⁵.

11. Nell'ordinamento italiano, di *civil law*¹¹⁶, la giurisprudenza non rientra tra le fonti del diritto, come invece avviene nei Paesi di *common law*¹¹⁷.

Per di più, nel nostro ordinamento vige una riserva di legge processuale ex art. 111 Cost. che, in linea con quanto rilevato anche di recente dalla dottrina, si ritiene sia riserva altresì in relazione al principio della ragionevole durata

¹¹⁵La connessa giurisprudenza in tema di abuso di posizione dominante sembra rientrare in quell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia che ha riconosciuto «la possibilità che il ricorso al contenzioso da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi concorrenti configuri condotta abusiva e sia qualificato come illecito *antitrust*. La Corte, nell'intento di restringere l'applicazione della clausola dell'abuso del processo e di renderla compatibile coi diritti di difesa e di accesso alla giustizia, ha richiesto la presenza di due requisiti: l'evidenza del carattere vessatorio dell'azione, non volta a tutelare i diritti dell'impresa, e l'inquadramento dell'azione in una più ampia strategia anticoncorrenziale. Il Consiglio di Stato... ha confermato una sentenza del Tar Lazio, circa la legittimità del provvedimento con il quale l'A.g.c.m. accertava una situazione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE.». Ma su questo, v. *funditus* G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹¹⁶Cfr. F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 1, significativamente, sottolinea che: «Tra le ragioni del progressivo affermarsi dell'ermeneusi giuseconomica – generalmente ricondotta al *genus* dell'argomentazione orientata alle conseguenze, criterio interpretativo tradizionalmente analizzato ed applicato anche nei sistemi di *civil law*, pur strutturalmente meno permeabili dalle logiche dell'EAL in considerazione sia del primato e della tendenziale "autosufficienza" delle fonti codificate, sia del diverso ruolo assegnato al giudice, meramente riproduttivo-interpretativo di scelte assunte dal legislatore – v'è sicuramente l'esigenza, in una società caratterizzata dal pluralismo etico, di giustificare le scelte assunte su basi oggettive, nonché il profondo mutamento dei rapporti tra giurisprudenza e legislazione, che frequentemente riserva al giudice, soprattutto mediante l'impiego di clausole generali, ampi margini di apprezzamento discrezionale, funzionali all'adeguamento della *regola iuris* alle peculiarità della fattispecie concreta»; ID., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, cit., 585 ss.

¹¹⁷ Cfr. *The Constitutional Issue* trattato in R. A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard, 1981, 375-386.

del processo.

Pare perciò a chi analizza qui che i stringenti limiti inerenti alla tipicità della tutela *ex art. 113 Cost.* dovrebbero essere modificati solo dal legislatore¹¹⁸, soggetto al sindacato della Corte costituzionale.

Difatti, l'assunto per cui il giudice sia soggetto soltanto alla legge, ai sensi dell'art. 101 Cost., comporterebbe anche un limite alla libertà di interpretazione giudiziale.

12. Rispetto alle applicazioni giurisprudenziali¹¹⁹ sin qui esaminate, la dot-

¹¹⁸M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016, 347 ss., effettua, nel recente saggio testé citato, lucide considerazioni con precipuo riferimento alla legislazione nel procedimento amministrativo ma che, a parere di chi scrive, sono dotate di valore universale e, pertanto, estensibili in un certo senso anche al processo, anche perché «...manca una chiara cesura tra procedimento e processo amministrativo, in quanto il primo non si esaurisce mai ed è sempre in grado di sovrapporsi al secondo, doppiandolo e rendendolo inutile». In particolare, l'Autrice, esaminando il profilo storico-ricostruttivo, riprende, alla nota 23 del suo Saggio, le parole di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 522 ss., che ci si permette di riportare per la valenza dimostrativa che si ritiene esse abbiano ai fini del discorso che qui si sta conducendo, per cui: la giurisprudenza, «non potendo fare a meno delle norme sostanziali per poter decidere sulle controversie che le erano presentate, si trovò quindi in grande imbarazzo...». Fu perciò la giurisprudenza «a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo [...] perché il legislatore non si è mai occupato di fissarle». Con ciò, non vuole sostenersi che sia un bene che i giudici si sostituiscano al legislatore, ma non può sottacersi, nell'ambito delle considerazioni inerenti all'intervento giurisprudenziale con ruolo suppletivo del legislatore, che, purtroppo, questo è stato sovente necessitato.

¹¹⁹ Ma v. altresì la recentissima Cons. St., sez. II, 14 novembre 2019, n.7811 per cui nel giudizio di appello il difetto di giurisdizione e la relativa eccezione non possono essere sollevati da colui che in primo grado abbia adito il giudice amministrativo e, solo all'esito sfavorevole del giudizio, ne contesti la giurisdizione, costituendo una tale azione «una forma di abuso del processo». Ancora, alla luce di Cons. St., sez. V, 19 settembre 2019, n.6247: la parte che abbia adito la giurisdizione amministrativa con l'atto introduttivo del giudizio non è legittimata a contestarla mediante l'eccezione di difetto di giurisdizione in appello, poiché tale contraddittoria condotta integra «un abuso del diritto di difesa», dettato da mere ragioni opportunistiche ed in contrasto con il dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo *ex art. 2, comma 2, c.p.a.*

trina classica¹²⁰ ha rilevato che l'organizzazione del servizio giudiziario ed il conseguimento della sua efficienza siano aspetti che debba mirare a perseguire il legislatore¹²¹ e non i singoli giudici.

La «lotta all'abuso»¹²² è pertanto *in primis* un dovere del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale. Un dato di fatto è però che il legislatore negli ultimi anni, specie con riferimento al processo civile, sia intervenuto troppo spesso e sovente contraddicendo o rendendo meno efficaci alcune norme¹²³.

Ciò non vuol dire che il giudice non debba, ai sensi dell'art. 88 c.p.c., sanzionare l'abuso del processo, tuttavia dovrebbe farlo attraverso «sistemi di tutela risarcitoria» oppure basati sulla «ripartizione delle spese processuali», ai sensi degli artt. 92 e 96 c.p.c.¹²⁴, nonché dell'art. 26 c.p.a., per il proces-

¹²⁰*Ex multis*, v. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.

¹²¹M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit., *passim.*, rileva, in relazione ai codici di diritto amministrativo speciale ma altresì al progetto di riforma della P.A. di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, come "l'attuale cammino riformatorio" utilizzi "la tecnica normativa della c.d. codificazione a diritto costante", di ispirazione francese, dal modello di "codificazione parziale" o *droit constant*, che risponde ad esigenze pratiche di conoscenza, chiarificazione, riordino, semplificazione normativa, fondandosi su equilibri provvisori, non aspirando alla stabilità, ma a soddisfare "l'intrinseca esigenza di frequente aggiornamento" nonché la necessità di razionalizzazione per "porre rimedio all'inflazione e al disordine normativo". Si tratta di una "codificazione dinamica", aderente alla medesima logica di frammentazione del sistema odierno.

¹²²L'espressione *de qua* la si trova in G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par.14.

¹²³«Diversamente il giudice (anche amministrativo) "amministra" un diritto fondamentale bilanciandolo con un interesse pubblico, violando i principi di terzietà e imparzialità, oltre che del giusto processo, rispetto al quale, in un "bilanciamento" con la ragionevole durata, deve prevalere l'aspetto dell'effettività della tutela». Si esprime così G. TROPEA, *op. ult. cit.*; ma v. altresì F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 1, che evidenzia come l'analisi economica può apportare un contributo positivo allo studio del diritto poiché aiuta il giurista sia a capire in modo ottimale gli effetti delle norme sui comportamenti individuali sia a comprendere i costi dei diversi assetti giuridici, rimanendo il bene collettivo quale obiettivo ultimo.

¹²⁴V. la recentissima Cass. Civ., Sez. III, ord. n. 24649, 3 ottobre 2019, per cui si configura abuso del

so amministrativo¹²⁵.

Pare altresì opportuno evidenziare che è sempre più frequente nella giurisprudenza il riferimento alla categoria nordamericana dei c.d. danni punitivi (*punitive damages*)¹²⁶, o, comunque, un inquadramento ibrido e plurioffensivo, sia risarcitorio che, indirettamente, sanzionatorio e deterrente.

13. Oggetto di entrambi i correttivi al c.p.a. nonché di un'ulteriore recente modifica è stato l'art. 26 c.p.a. che al primo comma fa espresso riferimento al

processo per chi agisce contro la giurisprudenza dominante: agire o resistere in giudizio sostenendo tesi che contrastano con numerosi precedenti della Cassazione determina una condanna *ex art. 96, co. 3, c.p.c.*. Qualora la giurisprudenza di legittimità, in numerosi precedenti, abbia sostenuto un'interpretazione della legge di segno contrario rispetto a quella fatta valere dalla parte in giudizio, quest'ultima deve essere condannata per responsabilità processuale aggravata. Tale condotta processuale integra infatti un'ipotesi di colpa grave: agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave significa agire o resistere essendo consapevoli che la propria domanda o la propria eccezione sia infondata o senza essersi adoperati con la normale diligenza per acquisire la coscienza che la propria posizione non abbia alcun fondamento. Nel caso di specie, la parte aveva persistito nella propria posizione nonostante la Corte di cassazione avesse già deciso numerosissimi giudizi, tutti identici e vertenti tra le stesse parti, in maniera differente. Per la Cassazione, condotte che si pongono in maniera così distante dai principi giuridici pacifici, risalenti e più volte affermati costituiscono "un'ipotesi (almeno) di colpa grave, consistente nel *non intelligere quod omnes intelligunt*". Con questa severa critica, la Corte di cassazione ha perciò disposto la condanna d'ufficio della parte, ai sensi del comma 3 dell'articolo 96 c.p.c., a pagare in favore della controparte, a titolo di risarcimento danni, una somma equitativamente fissata, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., in 2.500 euro.

¹²⁵Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit.: «Il richiamo all'abuso come sanzionato dalle predette norme, implica, al di là della questione della corrispondenza o meno dell'abuso con la lite temeraria, che: a) occorre un accertamento del giudice nel merito, in quanto la sentenza di rito non è idonea ad accertare l'elemento oggettivo della fattispecie abusiva; b) occorre la prova della mala fede processuale o della colpa; elementi questi, che mancano nella sopra considerata giurisprudenza amministrativa fiorita sull'onda dei nuovi orientamenti della Cassazione».

¹²⁶V. la recente SS. UU. Cass. 5 luglio 2017 n. 16601 in merito alla compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano. Tra i primi commenti cfr. V. AVENTAGGIATO, *Danni punitivi: il via libera delle Sezioni Unite*, in www.altalex.com; A. MATARRESE, E. NOTARANGELO, *Le SS.UU. accolgono i "danni punitivi" nell'ordinamento italiano*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità ex art. 3, comma 2, c.p.a.¹²⁷, mentre al secondo comma stabilisce che il gettito della sanzione per lite temeraria¹²⁸ vada versato al bilancio dello Stato, al fine di essere riassegnato per spese di giustizia amministrativa.

In accordo con quanto evidenziato dalla dottrina, si ritiene opportuno evidenziare le permanenti criticità di queste norme, auspicandone un utilizzo secondo criteri prudenziali.

Pertanto, con riferimento alle sanzioni, al fine di scongiurare abusi e comportamenti scorretti può farsi riferimento agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., e, per quanto concerne il processo amministrativo, all'art. 26 c.p.a..¹²⁹

Emerge *ictu oculi* a chi scrive che la giurisprudenza¹³⁰, anche con riferimento a tali disposizioni, va oltre il sia pur criticabile dato normativo¹³¹.

¹²⁷Cfr. M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1327 ss. V. altresì la recente riforma di cui all'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a., introdotto attraverso la legge di conversione del "Decreto giustizia" d.l. 31 agosto 2016, n. 168.

¹²⁸G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, cit., 16-17.

¹²⁹La nuova problematica disciplina ai sensi del novellato art. 26 c.p.a., è stata da alcuni ritenuta costituzionalmente illegittima. Il recente decreto del Presidente del Consiglio di Stato disciplina la dimensione dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel rito in materia di appalti, ex artt. 120 ss. c.p.a., nella versione risultante a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 40, comma 1, lett. a), d.l. n. 90/2014, di cui pure la dottrina, «paventando un'irragionevole prevalenza del principio di sinteticità sul diritto di difesa e sugli altri principi del "giusto processo", ha prospettato l'incostituzionalità». V. sul punto G. TROPEA, *op. ult. cit.*; cfr. la recente riforma di cui all'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a., introdotto attraverso la legge di conversione del "Decreto giustizia" d.l. 31 agosto 2016, n. 168, che ha previsto la modifica, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto del Presidente del Consiglio di Stato, del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., nel senso di eliminare il riferimento al principio di sinteticità disciplinato con Decreto del Presidente del Consiglio di Stato per i ricorsi soggetti al rito appalti, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148 ss., con nota di A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*.

¹³¹ Nello specifico, G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 15, evidenzia che: «Pur essendo ormai vigente la riforma dell'art. 26, comma 1, c.p.a., e pur ritenendosi sovrabbondanti gli atti processuali, si esclude che essi configurino ancora piena violazione del

Difatti, essa genera un'estensione del concetto di abuso del processo, privilegiando l'esigenza che venga garantita l'integrità del sistema-giustizia e rispettato il principio di ragionevole durata quale corollario del giusto processo¹³².

L'impostazione *de qua* determina lo spostamento della questione dal profilo dell'esercizio della giurisdizione ex artt. 103 ss. Cost., a quello dell'organizzazione del funzionamento dei servizi connessi alla giustizia, ex art. 110 Cost.

Pare a chi scrive allora che la giurisprudenza, nel riprendere l'argomentazione dell'abuso del processo, nella sua accezione in senso pubblicistico, nell'ambito della dicotomia ragionevole durata-risorsa scarsa, finisce per forzare il dato normativo letterale di cui all'art. 26 c.p.a., che riconnette la violazione dei doveri di sinteticità¹³³ e chiarezza al mero riparto delle spese di lite, senza alcun richiamo all'art. 26, comma 2, c.p.a..

La medesima pronuncia contiene un'interpretazione opinabile del carattere temerario della lite (azione o difesa) - richiesto ai sensi dell'art. 26, comma 2, per come sostituito dal primo correttivo al c.p.a. di cui al d. lgs. n. 195/2011 - che diventa per tale via una clausola generale con ampi margini di discrezionalità del

dovere di sinteticità, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale» sulla questione. Cfr. nota 26 del presente capitolo in merito alla recente riforma sui principi di sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo, in particolare alla disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti difensivi, contenuta nel c.d. Decreto "sinteticità" del 22 Dicembre 2016 (DPCS n. 167/2016), modificato dal Decreto 16 Ottobre 2017, n.127; v. altresì la recente riforma di cui all'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a., introdotto attraverso la legge di conversione del "Decreto giustizia" d.l. 31 agosto 2016, n. 168.

¹³²Cfr. A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, cit., *passim*.

¹³³Sul principio *de qua* v. il recente scritto di R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, contenente la relazione al Convegno presso la Corte di Cassazione "Giornata europea della giustizia civile", tenutosi a Roma il 26 ottobre 2016.

giudice ed un conseguente rischio di violazione del principio di legalità¹³⁴.

14. Secondo chi effettua l'analisi *de qua*, i casi di "abuso" interpretativo del giudice risultano in concreto difficilmente sanzionabili con misure direttamente incidenti sul comportamento o sulla decisione¹³⁵.

Difatti, non corredata di sanzione pare un'eventuale violazione dei doveri di chiarezza e specificità nell'opera di stesura del provvedimento giurisdizionale da parte del giudice¹³⁶.

Di certo, potrebbe sussistere una responsabilità sotto il profilo disciplinare, come nel caso di omesso deposito del dispositivo di decisione *ex art. 119 c.p.a.*, ovvero di mancata o tardiva produzione degli atti del procedimento amministrativo a causa di omissione del giudice *ex art. 46 c.p.a.*.

La tematica dell'"abuso dell'abuso del processo" da parte del giudice amministrativo concerne le pronunce del Consiglio di Stato che la dottrina recente ha ritenuto abnormi, poiché facenti «uso improprio dell'argomento dell'abuso», nonché i connessi possibili rimedi e sanzioni per l'eccesso di potere giurisdizionale, per censurare, nello specifico, «casi di uso abnorme, e *praeter legem*, di poteri giurisdizionali, o che comportino vanificazioni del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale, a causa di un uso improprio dell'argomento dell'abuso del processo,

¹³⁴Sul principio *de qua*, v. l'analisi di C. SALAZAR, *Il principio di legalità*, in AA. VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015.

¹³⁵Si faccia riferimento alla questione dell'assorbimento c.d. improprio dei motivi, di mancato ossequio della disposizione in tema di chiarezza e sinteticità degli atti per cui l'art. 26, comma 1, c.p.a. rinvia alle norme in tema di spese del giudizio, che tuttavia non riguardano il giudice. Su tali aspetti, cfr. *funditus* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

¹³⁶V. G. TROPEA, *op. ult. cit.*: «La violazione dell'art. 88, comma 1, lett. d), c.p.a., infatti, non integra un'ipotesi di nullità della sentenza, né può definirsi sanzionatorio l'eventuale accoglimento di un'impugnazione proposta quale rimedio rispetto all'assorbimento improprio di alcuni motivi di ricorso».

ovvero di istituti, quali il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c. (e l'art. 26 c.p.a. per il processo amministrativo), impiegati con funzione *lato sensu* intimidatoria»¹³⁷.

Acuta dottrina, in linea con la ricostruzione fondata sull'utilizzo da parte del giudice del principio di proporzionalità nel processo, ha rilevato che «la Cassazione dovrebbe avere la competenza di accertare il cattivo uso di questo potere, o addirittura il suo sviamento, comportante violazione dei limiti esterni della giurisdizione»¹³⁸.

Invece, anche secondo chi scrive, in relazione alla giurisprudenza in tema di giurisdizione e abuso del processo per violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, le Sezioni unite sono *naturalmente funzionalmente* competenti, essendo questione relativa al riparto di giurisdizione.

15. Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può affermarsi che l'argomentazione dell'abuso del processo sia stata utilizzata dalla giurisprudenza¹³⁹ e dal legislatore nell'ambito di politiche pubbliche finalizzate al controllo ed alla riduzione dei costi del processo.

Lo sforzo interpretativo che appare necessario è di tipo sistematico, con un

¹³⁷Le parole racchiuse tra virgolette sono di G. TROPEA, *op. ult. cit.*; cfr. altresì le note critiche di G. VERDE, *Non disturbare il manovratore (a proposito di sospensione dell'espropriazione e di condanne punitive)*, in *Corr. giur.*, 2012, 815 – 818; v. anche la recente nota del Presidente del Consiglio di Stato del 22 Dicembre 2016 recante le regole per la redazione in forma sintetica delle pronunce del giudice amministrativo.

¹³⁸Cfr. sempre G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., spec. par. 15, nota 101 a cui si rinvia per ulteriori chiarimenti in tema di rapporti tra eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa, specialmente alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali.

¹³⁹A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 48-49, alla luce del contesto attuale di situazione di crisi generale e di effettiva scarsità della risorsa giurisdizionale, giustifica l'utilizzo dell'abuso del processo «quale espressione di un diritto processuale dello “stato di eccezione” di matrice giurisprudenziale», figura che riflette le contraddizioni del quadro generale in cui è collocata.

approccio metodologico che nell'opera di bilanciamento¹⁴⁰ col principio della ragionevole durata del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., non trascuri la rilevanza del diritto fondamentale di azione e difesa ex art. 24 Cost., nonché della riserva di legge processuale ex art. 111 Cost. e della subordinazione del giudice alla legge ex art. 101 Cost.,¹⁴¹ pur nella consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione della giustizia¹⁴² quale risorsa scarsa.

16. La metodologia che pare utile seguire si fonda *ab initio* su un approccio storico-ricostruttivo, comparatistico, particolarmente attento al dato normativo sia in una prospettiva *de iure condito* che in quella *de iure condendo*, nonché all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza¹⁴³, specie con riferimento all'uso

¹⁴⁰ L'analisi economica del processo può essere utile al fine di individuare la soluzione più efficiente per le diverse questioni che si pongono, ma ragioni di opportunità impongono di tenere ben presente che «solo un attento bilanciamento tra i diversi valori in gioco può garantire che il processo sia, oltre che efficiente, anche “giusto”». Si esprime così F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 17, nella parte conclusiva del suo Saggio.

¹⁴¹ «Lo scontro perenne tra certezza del diritto a garanzia delle parti in causa e semplificazione processuale», nell'ambito di una disciplina processuale in cui la scelta della forma sia rimessa al potere discrezionale del giudice è efficacemente sintetizzato da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (rist. 1965), 664 ss. e sapientemente evidenziato da M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 100 ss.: «un grave problema di legislazione processuale è se le forme debbano essere predeterminate dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta a volta secondo le esigenze del caso concreto. Nella più parte delle leggi prevale il primo sistema, come quello che presenta maggiori garanzie ai litiganti. Certamente l'estensione dei poteri del giudice, anche nel campo delle forme, è un mezzo potente di semplificazione processuale».

¹⁴² Cfr. S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 797 ss.

¹⁴³ La comprensione in chiave giurisprudenziale dello Stato presuppone una visione ampia ed integrata del fenomeno indagato. Pertanto, appare positiva la «tendenziale convergenza, tematica e metodologica, di scienze che, a vario titolo, si occupano dei problemi dell'apparato istituzionale». Con riferimento alla confluenza dei nuovi filoni di ricerca dell'EAL con la tensione verso la c.d. “amministrazione di risultato”, auspicando l'avvento di una nuova (non in senso meramente anagrafico) generazione di giuspubblicisti, si esprime così, nella parte conclusiva del suo Saggio, A.

ricorrente delle tecniche di analisi economica del diritto¹⁴⁴.

Inoltre, si ritiene che costituisca corretta attività ermeneutica l'interpretazione svolta alla luce della tesi del c.d. giuspositivismo temperato¹⁴⁵ (*id est*: costituzionalismo garantista), metodo attento a non tradire la lettera della Costituzione¹⁴⁶ ma pronto ad utilizzarne, nel rispetto dei valori costituzionali, tutti gli spazi lasciati liberi all'interprete¹⁴⁷, nella piena consapevolezza dei mutamenti¹⁴⁸ del contesto storico-politico-economico e sociale che sembrano necessitare una particolare attenzione ai valori del dinamismo¹⁴⁹ e dell'efficienza in chiave giuseconomica¹⁵⁰, sia pure secondo criteri prudenziali.

ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 10.

¹⁴⁴F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 1, in linea generale, rileva che l'analisi economica del diritto può acquisire il ruolo sia di «strumento di analisi critica delle fonti e di indice rilevatore di eventuali lacune del sistema» sia di «criterio di scelta tra le diverse possibili interpretazioni del testo normativo» poiché il «giuseconomista» ...concepisce l'ordinamento come un complesso di «incentivi e disincentivi rivolti ai consociati».

¹⁴⁵A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, *passim*.

¹⁴⁶Cfr. M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2010, 143 ss.

¹⁴⁷V. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2015.

¹⁴⁸V. a tal proposito F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1, 2016, 115 ss.

¹⁴⁹Cfr. F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 1, che evidenzia come l'analisi economica «positiva» sia concentrata sul profilo statico, concernente «il grado di efficienza della singola norma», mentre l'analisi economica «normativa» sia orientata a sviluppare l'aspetto dinamico riguardante l'individuazione della regola più efficiente. Entrambi tali due tipi di analisi economica possono offrire un contributo sia agli interpreti (nello specifico i giudici) sia al legislatore al fine di implementare la complessiva efficienza del processo amministrativo, massimizzando «il rapporto tra i benefici ricevuti da tutte le parti nello stesso coinvolto, al netto dei costi sostenuti».

¹⁵⁰L'analisi giuseconomica può essere di tipo «positivo» (*id est*: «descrittivo») e di tipo «normativo» (*id est*: «prescrittivo»): la prima si incentra sul tentativo di prevedere gli effetti delle norme giuridiche e di individuare le possibili conseguenze di differenti scelte normative applicate alle medesime questioni giuridiche; la seconda, avanzata rispetto alla precedente, mira ad individuare la soluzione più efficiente per i vari problemi giuridici al fine di offrirla ai diversi attori

17. In riferimento all'apporto che lo studio di ricerca *de quo*, potrebbe fornire alla riflessione scientifica nonché ai profili di originalità dei risultati attesi, si vorrebbe tentare di offrire un contributo di dottrina a carattere sistematico rispetto all'applicabilità di principi, regole e teoremi di analisi economica al processo amministrativo¹⁵¹, analizzando nello specifico i profili di interconnessione tra i principi di analisi economica del diritto ed alcune tematiche attuali individuate, profili scelti tra cui l'argomento dell'abuso del processo amministrativo, altresì ipotizzando, anche alla luce del principio del temperamento - *id est*: bilanciamento¹⁵²; *melius*: equilibrata ponderazione - dei contrapposti interessi¹⁵³, una compatibilità in chiave giuseconomica¹⁵⁴ nonché, in una prospettiva *de iure*

del diritto, a partire dal legislatore deputato a sancire la fattispecie astratta fino al giudice che si occupa invece del caso concreto. Tali due tipi di analisi economica del processo possono essere impiegati proficuamente per effettuare una valutazione critica, sotto un angolo prospettico diverso da quello classico dell'interpretazione giuridica, dei risultati della giurisprudenza nonché al fine di una puntuale individuazione delle funzioni degli istituti, in tal modo essendo utili come «strumento di amministrazione professionale delle “parole” della legge». Cfr. per la distinzione *de qua* F. SAITTA, *op ult. cit.*, par. 1.

¹⁵¹L'analisi economica può essere utile per lo studio del processo...in cui entrano in gioco diversi soggetti ... che devono assumere svariate decisioni (a titolo esemplificativo: le parti devono effettuare una serie di valutazioni inerenti alla scelta del difensore da nominare, delle prove da produrre in giudizio...) che possono rientrare in una “logica utilitaristica”, in cui il ricorrente mira ad ottenere il pieno riconoscimento delle proprie pretese mentre le controparti aspirano a far disconoscere tali pretese con il minimo costo possibile. Cfr. F. SAITTA, *op ult. cit.*, spec. par. 1.

¹⁵²A. SPADARO., *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, Vol. II, Milano, 2006, 1261-1262.

¹⁵³“...L'interesse pubblico non può essere predeterminato in via astratta, ma è sempre frutto di un concreto e continuo processo di ponderazione dei numerosi interessi in gioco». Ancora: «...L'interesse pubblico concreto è in grado di racchiudere al suo interno anche il superamento del contenzioso...». Si esprime così M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 3, nonché nelle conclusioni del suo Saggio, auspicando un arricchimento del “catalogo” degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, all'insegna di «una maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia, nonché di una certa *fairness*, intesa come leale collaborazione, tra le parti».

¹⁵⁴«Si tratta, insomma, della proposta-prospettazione di un cammino comune, che amministrativisti e giuseconomisti debbono intraprendere insieme...». Le parole racchiuse tra virgolette sono di A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., spec. par. 7.

condendo, una composizione del conflitto¹⁵⁵ tra principi immanenti dell'ordinamento giuspubblicistico¹⁵⁶, sempre in ossequio al canone di ragionevolezza¹⁵⁷.

Pur nella piena consapevolezza che lo scritto *de quo* rappresenti “una prima tappa” di un percorso *in itinere*, è parso comunque opportuno cristallizzare tali osservazioni, auspicando che possano fungere da ulteriore strumento di riflessione e confronto, ritenendosi realisticamente (*melius*: in concreto) l'intervento giurisprudenziale suppletivo necessario in carenza di azione legislativa utile.

Giuseppina Lofaro

Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia

nell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

¹⁵⁵A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, pubblicato anche in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2007, *passim*.

¹⁵⁶A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. It. di Dir. Pub. Com.*, 2, 2015, *passim*.

¹⁵⁷La possibilità di una piena applicazione del criterio valutativo fondato sulla “pura efficienza allocativa della decisione” può ipotizzarsi soltanto qualora si tratti di comporre interessi di tipo omogeneo e, perciò, i costi della decisione ricadenti sui *losers* (*perdenti*) siano trasferibili sui *winners* (vincitori), alla luce del c.d. “teorema di Kaldor-Hicks” (criterio di efficienza o di compensazione). Invece, qualora si tratti di comporre interessi eterogenei, ossia la decisione negativa aggravi (*id est*: carichi) i perdenti di costi non trasferibili, non pare attuabile una valutazione assoluta rispetto all'efficienza allocativa della decisione. Pertanto, l'utilizzo di categorie giuseconomiche permetterà un mero riscontro in chiave di ragionevolezza della soluzione adottata. Tuttavia, anche in questo secondo caso, «il richiamo all'EAL comporta un consistente arricchimento dello strumentario valutativo del giurista, e la controversa nozione di “ragionevolezza” viene a perdere gran parte della sua carica di sostanziale soggettività ed arbitrarietà, acquistando una più forte valenza oggettiva, *ergo*: un più intenso “potere predittivo”». Cfr. anche per il virgolettato A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., spec. par. 9.

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

SENTENZA DELLA CORTE (PRIMA SEZIONE)

16 LUGLIO 2020

Nella causa C-686/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 18 ottobre 2018, pervenuta in cancelleria il 5 novembre 2018, nel procedimento

[omissis]

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da J.-C. Bonichot, presidente di sezione, R. Silva de Lapuerta (relatrice), vicepresidente della Corte, M. Safjan, L. Bay Larsen e N. Jääskinen, giudici,

avvocato generale: G. Hogan

cancelliere: A. Calot Escobar

[omissis]

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3, degli articoli 63 e seguenti nonché degli articoli 107 e seguenti TFUE, degli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), dell'articolo 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (GU 2013, L 176, pag. 1), dell'articolo 6, paragrafo 4, 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 (GU 2013, L 287, pag. 63), nonché dell'articolo 10 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014, che integra il regolamento n. 575/2013 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti (GU 2014, L 74, pag. 8).

[omissis]

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Il regolamento n. 575/2013

3 Ai sensi del considerando 7 del regolamento n. 575/2013:

«Il presente regolamento dovrebbe contenere, tra l'altro, i requisiti prudenziali per gli enti strettamente correlati al funzionamento dei mercati dei servizi bancari e finanziari e che mirano a garantire la stabilità finanziaria degli operatori su tali mercati, nonché un elevato livello di protezione degli investitori e dei depositanti. (...)».

4 Secondo l'articolo 1, primo comma, di tale regolamento, quest'ultimo stabilisce regole uniformi concernenti i requisiti prudenziali generali che gli enti sottoposti a vigilanza ai sensi 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, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU 2013, L 176, pag. 338), devono soddisfare per quanto riguarda i requisiti in materia di fondi propri, i requisiti che limitano le grandi esposizioni, i requisiti di liquidità, gli obblighi di segnalazione, di leva finanziaria e di informativa al pubblico.

5 In forza dell'articolo 26, paragrafo 1, primo comma, lettera a), di detto regolamento, gli strumenti di capitale costituiscono elementi del capitale primario di classe 1 degli

enti, purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29 del medesimo regolamento.

6 L'articolo 28 del regolamento n. 575/2013, intitolato «Strumenti del capitale primario di classe 1», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«1. Gli strumenti di capitale sono considerati strumenti del capitale primario di classe 1 solo se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

(...)

e) gli strumenti sono perpetui;

(...)».

7 L'articolo 29 di tale regolamento, intitolato «Strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, enti di risparmio ed enti analoghi», così dispone:

«1. Gli strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, da enti di risparmio e da enti analoghi sono considerati strumenti del capitale primario di classe 1 soltanto se le condizioni di cui all'articolo 28 con le modifiche derivanti dall'applicazione del presente articolo sono soddisfatte.

2. Per quanto riguarda il rimborso degli strumenti di capitale sono soddisfatte le seguenti condizioni:

a) ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale applicabile, l'ente può rifiutare il rimborso degli strumenti;

b) se la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti, le disposizioni che governano gli strumenti autorizzano l'ente a limitare il rimborso;

c) il rifiuto di rimborsare gli strumenti o, se del caso, la limitazione del rimborso degli strumenti non possono costituire un caso di default da parte dell'ente.

(...)

6. L'[Autorità bancaria europea (ABE)] elabora progetti di norme tecniche di

regolamentazione per specificare la natura delle limitazioni del rimborso che si rendono necessarie quando la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti di fondi propri.

(...)

Alla Commissione è delegato il potere di adottare le norme tecniche di regolamentazione di cui al primo comma conformemente agli articoli da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010 [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione (GU 2010, L 331, pag. 12)]».

8 L'articolo 30 di detto regolamento, intitolato «Conseguenze del mancato rispetto delle condizioni per gli strumenti del capitale primario di classe 1», è così formulato:

«Quando, nel caso di uno strumento del capitale primario di classe 1, le condizioni di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29 non sono più soddisfatte, si applica quanto segue:

- a) lo strumento in questione cessa immediatamente di essere considerato strumento del capitale primario di classe 1;
- b) i sovrapprezzi di emissione relativi a tale strumento cessano immediatamente di essere considerati elementi del capitale primario di classe 1».

Il regolamento n. 1024/2013

[omissis]

Il regolamento delegato n. 241/2014

12 Il considerando 10 del regolamento delegato n. 241/2014 così recita: «Le norme sui fondi propri da applicare alle società mutue, alle società cooperative, agli enti di risparmio o ad enti analoghi dovrebbero tenere debitamente conto delle specificità di tali enti. È necessario prevedere alcune norme affinché tali enti siano in grado di

limitare il rimborso dei propri strumenti di capitale, se del caso. Quindi, laddove il rifiuto al rimborso degli strumenti sia proibito ai sensi della normativa nazionale applicabile per queste tipologie di enti, è essenziale che le disposizioni che regolano gli strumenti conferiscano all'ente la capacità di rinviare il loro rimborso e limitare l'importo da rimborsare. (...)».

[omissis]

Diritto italiano

15 L'articolo 28, comma 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. [omissis]

16 L'articolo 29 del decreto legislativo n. 385/1993 [omissis]

17 L'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 – Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti (GURI n. 19, del 24 gennaio 2015), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33 (supplemento ordinario alla GURI n. 70, del 25 marzo 2015), nella versione applicabile alle controversie di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «decreto-legge n. 3/2015»), [omissis]

19 La Banca d'Italia, con il 9° aggiornamento, del 9 giugno 2015, della circolare 17 dicembre 2013, n. 285, intitolata «Disposizioni di vigilanza per le banche» (in prosieguo: il «9° aggiornamento della circolare n. 285»), ha dato attuazione agli articoli 28 e 29 del decreto legislativo n. 385/1993.

20 In particolare, sulla base dell'articolo 28, comma 2-ter, del decreto legislativo n. 385/1993, il 9° aggiornamento della circolare n. 285 prevede che lo statuto della banca popolare e della banca di credito cooperativo attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica, su proposta dell'organo con funzione di gestione, sentito l'organo con funzione di controllo, la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni e degli strumenti di capitale del socio uscente per recesso (anche in caso di trasformazione), esclusione o morte di quest'ultimo.

21 Nell'ordinanza di rinvio si afferma che tutte le banche popolari italiane si sono conformate alle summenzionate disposizioni del diritto italiano, tranne due.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

22 Con tre distinti atti introduttivi, i ricorrenti nel procedimento principale hanno proposto ricorsi avverso taluni atti della Banca d'Italia, segnatamente il 9° aggiornamento della circolare n. 285, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), il quale li ha respinti con le sentenze nn. 6548/2016, 6544/2016 e 6540/2016.

23 I ricorrenti nel procedimento principale hanno proposto appello avverso tali sentenze dinanzi al Consiglio di Stato (Italia), giudice del rinvio, il quale ha adottato alcune ordinanze sospensive degli effetti del 9° aggiornamento della circolare n. 285 e ha sollevato questioni di legittimità costituzionale relativamente al decreto-legge n. 3/2015.

24 Con sentenza n. 99/2018, la Corte costituzionale (Italia) ha dichiarato infondate le suddette questioni.

25 Riassunto il procedimento dinanzi al giudice del rinvio, quest'ultimo, con ordinanza n. 3645/2018, ha protratto le sospensioni già disposte fino alla data di pubblicazione della sentenza che deciderà la controversia nel merito, fatta eccezione per quella relativa al decorso del termine di 18 mesi previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 3/2015, il quale era già stato prorogato per legge fino al 31 dicembre 2018.

26 In tale contesto, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art[icolo] 29 del Regolamento [n. 575/2013], l'art[icolo] 10 del Regolamento delegato n. 241/2014, gli art[icoli] 16 e 17 della Carta, anche in riferimento all'art[icolo] 6, par[agrafo] 4, del Regolamento [n. 1024/2013], ostino a una normativa

nazionale, come quella introdotta dall'art[icolo] 1 del [decreto-legge] n. 3/2015 (...), che impone una soglia di attivo al di sopra della quale la banca popolare è obbligata a trasformarsi in società per azioni, fissando tale limite in 8 miliardi di attivo. Se, inoltre, i richiamati parametri [dell'Unione europea] ostino a una normativa nazionale che, in caso di trasformazione della banca popolare in s.p.a., consente all'ente di differire o limitare, anche per un tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente;

2) se gli art[icoli] 3 e 63 e [seguenti] TFUE in materia di concorrenza nel mercato interno e di libera circolazione di capitali, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall'art[icolo] 1 del [decreto-legge] n. 3/2015 (...), che limita l'esercizio dell'attività bancaria in forma cooperativa entro un determinato limite di attivo, obbligando l'ente a trasformarsi in società per azioni in caso di superamento del predetto limite;

3) se gli art[icoli] 107 e [seguenti] TFUE in materia di aiuti di Stato, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall'art[icolo] 1 del [decreto-legge] n. 3/2015 (...), che impone la trasformazione della banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo (fissata in 8 miliardi), prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di recesso, per evitare la possibile liquidazione della banca trasformata;

4) se il combinato disposto dell'art[icolo] 29 del Regolamento (...) n. 575/2013 e dell'art[icolo] 10 del regolamento delegato (...) n. 241/2014 ostino a una normativa nazionale, come quella prevista dall'art[icolo] 1 del [decreto-legge] n. 3/2015 (...), per come interpretata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 99/2018, che consenta alla banca popolare di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo;

5) qualora in sede interpretativa la Corte di Giustizia assuma la compatibilità della

normativa [dell'Unione europea] con l'interpretazione prospettata dalle controparti, si chiede che la medesima Corte di Giustizia valuti la legittimità europea dell'art[icolo] 10 del Regolamento delegato (...) n. 241/2014 (...), alla luce dell'art[icolo] 16 e dell'art[icolo] 17 della [Carta] (...), integrato, anche alla luce dell'art[icolo] 52, comma 3, della medesima Carta (...) e dalla giurisprudenza della [Corte europea dei diritti dell'uomo] sull'art[icolo] 1 del 1° protocollo addizionale alla [Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952]».

Procedimento dinanzi alla Corte

27 Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di sottoporre la presente causa a procedimento accelerato, in applicazione dell'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte.

28 Tale domanda è stata respinta con ordinanza del presidente della Corte del 18 gennaio 2019, Adusbef e a. (C-686/18, non pubblicata, EU:C:2019:68).

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

[omissis]

Nel merito

Sulla seconda parte della prima questione e sulla quarta questione

67 La seconda parte della prima questione e la quarta questione vertono sulla compatibilità con talune disposizioni del diritto dell'Unione di una normativa nazionale che consente alle banche popolari di limitare il rimborso dei loro strumenti di capitale.

68 A tal riguardo, occorre anzitutto rilevare che l'oggetto dell'articolo 6, paragrafo 4, del regolamento n. 1024/2013, come ricordato ai punti 42 e 43 della presente sentenza, è estraneo a una siffatta facoltà di limitare il rimborso di strumenti di

capitale e che, di conseguenza, l'interpretazione di tale disposizione è irrilevante a tale riguardo. È opportuno quindi riformulare tali questioni senza tener conto di tale disposizione.

69 Con la seconda parte della prima questione e con la quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede dunque, in sostanza, se l'articolo 29 del regolamento n. 575/2013, l'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014 nonché gli articoli 16 e 17 della Carta debbano essere interpretati nel senso che essi ostanto alla normativa di uno Stato membro che consente a una banca popolare stabilita in quest'ultimo di rinviare per un periodo illimitato il rimborso della quota del socio recedente e di limitarne l'importo.

– Sull'articolo 29 del regolamento n. 575/2013 e sull'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014

70 Dal considerando 7 del regolamento n. 575/2013 risulta che il legislatore dell'Unione ha voluto che quest'ultimo contenesse, tra l'altro, i requisiti prudenziali per gli enti strettamente correlati al funzionamento dei mercati dei servizi bancari e finanziari, che mirano a garantire la stabilità finanziaria degli operatori su tali mercati nonché un elevato livello di protezione degli investitori e dei depositanti.

71 Conformemente all'articolo 1, primo comma, lettera a), di tale regolamento, quest'ultimo stabilisce regole uniformi concernenti i requisiti prudenziali generali che gli enti sottoposti a vigilanza ai sensi della direttiva 2013/36 devono soddisfare per quanto riguarda i requisiti in materia di fondi propri.

72 È in tale contesto che l'articolo 28 di detto regolamento enuncia le condizioni che devono essere soddisfatte affinché strumenti di capitale siano considerati strumenti del capitale primario di classe 1 e che l'articolo 29 del medesimo regolamento prevede condizioni specifiche che devono essere soddisfatte a tal fine per quanto riguarda gli strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, da enti di

risparmio e da enti analoghi.

73 In particolare, secondo l'articolo 29, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 575/2013, l'ente può rifiutare il rimborso di tali strumenti, ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale. In quest'ultimo caso, detto articolo 29, paragrafo 2, lettera b), stabilisce che le disposizioni che disciplinano detti strumenti autorizzano l'ente a limitare tale rimborso.

74 Sulla base del suddetto articolo 29, paragrafo 6, sono state adottate dalla Commissione regole che specificano le modalità di esercizio di tale facoltà di limitare il rimborso degli strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, da enti di risparmio e da enti analoghi. Tali regole sono enunciate all'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014.

75 Così, in forza dell'articolo 10, paragrafo 2, prima frase, di tale regolamento delegato, detta facoltà comprende il diritto di rinviare il rimborso e quello di limitarne l'importo.

76 La seconda frase di tale disposizione precisa che tali diritti possono essere esercitati per un periodo di tempo illimitato in forza dell'articolo 10, paragrafo 3, di detto regolamento delegato, il quale prevede che l'entità dei limiti al rimborso previsti dalle disposizioni che disciplinano gli strumenti di capitale è determinata dall'ente interessato sulla base della sua situazione prudenziale in qualsiasi momento, considerando in particolare, ma non esclusivamente, la situazione generale di tale ente in termini finanziari, di liquidità e di solvibilità nonché l'importo del capitale primario di classe 1, del capitale di classe 1 e del capitale totale rispetto all'importo complessivo dell'esposizione al rischio calcolato conformemente agli specifici requisiti ai quali rinvia l'articolo 10, paragrafo 3, lettera b), dello stesso regolamento delegato.

77 Risulta quindi dall'articolo 29 del regolamento n. 575/2013 e dall'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014, da un lato, che, nell'ipotesi in cui la normativa

nazionale vieti a tali enti di rifiutare il rimborso dei loro strumenti di capitale, gli strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, da enti di risparmio e da enti analoghi sono considerati strumenti del capitale primario di classe 1 a condizione che gli enti di cui trattasi dispongano della facoltà di limitare tale rimborso, che comprende il diritto di rinviare il rimborso e quello di limitarne l'importo, e, dall'altro, che l'entità dei limiti di rimborso è determinata dall'ente interessato tenendo conto, in qualsiasi momento, della sua situazione prudenziale.

78 Nel caso di specie, dall'ordinanza di rinvio emerge che le disposizioni di diritto italiano di cui trattasi nel procedimento principale vietano alle banche popolari italiane di rifiutare il rimborso degli strumenti di capitale. Per contro, esse consentono loro di limitare il rimborso delle azioni nel caso di recesso di un socio laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità degli strumenti di capitale emessi da tali banche come strumenti di capitale primario di classe 1. Da tale decisione risulta altresì che, in forza di tali disposizioni, dette banche possono rinviare tale rimborso per un periodo illimitato e limitare in tutto o in parte l'importo di tale rimborso.

79 Orbene, come risulta dalla formulazione stessa dell'articolo 10, paragrafo 2, seconda frase, del regolamento delegato n. 241/2014, nell'ipotesi in cui il diritto nazionale vieti di rifiutare il rimborso degli strumenti di capitale, la facoltà prevista all'articolo 29, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 575/2013 consente di rinviare tale rimborso e di limitarne l'importo per un periodo illimitato in conformità all'articolo 10, paragrafo 3, di tale regolamento delegato, vale a dire per tutto il tempo e nella misura in cui ciò sia necessario alla luce della loro situazione prudenziale, tenendo in considerazione, in particolare, gli elementi indicati in quest'ultima disposizione.

80 Pertanto, l'articolo 29 del regolamento n. 575/2013 e l'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014 non ostano alla normativa di uno Stato membro che vieta alle

banche popolari stabilite nel territorio di quest'ultimo di rifiutare il rimborso degli strumenti di fondi propri, ma che, laddove ciò sia necessario ad assicurare che gli strumenti di capitale emessi da tali banche siano considerati strumenti di capitale primario di classe 1, consente a dette banche di rinviare per un periodo illimitato il rimborso delle azioni del socio recedente e di limitare in tutto o in parte l'importo di tale rimborso.

– Sugli articoli 16 e 17 della Carta

81 Ai sensi dell'articolo 16 della Carta, è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.

82 La tutela conferita da tale articolo implica la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libera concorrenza (sentenze del 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punto 42; del 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 25, nonché del 12 luglio 2018, *Spika e a.*, C-540/16, EU:C:2018:565, punto 34).

83 Secondo una giurisprudenza costante, la libertà d'impresa non costituisce una prerogativa assoluta. Essa può essere soggetta a un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici atti a stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica (sentenze del 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, punti 45 e 46; del 17 ottobre 2013, *Schaible*, C-101/12, EU:C:2013:661, punto 28, nonché del 26 ottobre 2017, *BB construct*, C-534/16, EU:C:2017:820, punto 36).

84 Conformemente all'articolo 17, paragrafo 1, della Carta, ogni individuo ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità, e nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

85 A tale riguardo, è opportuno ricordare che il diritto di proprietà garantito da tale disposizione non costituisce una prerogativa assoluta e che il suo esercizio può essere oggetto di restrizioni a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo prefissato, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito (sentenza del 20 settembre 2016, Ledra Advertising e a./Commissione e BCE, da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, punti 69 e 70).

86 Peraltro, occorre altresì ricordare che, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, possono essere apportate limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà sanciti da quest'ultima, quali la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

87 La facoltà, che una normativa nazionale riconosce alle banche popolari, di limitare il rimborso dei loro strumenti di fondi propri, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità degli strumenti di capitale da esse emessi come strumenti di capitale primario di classe 1, è prevista dalla legge, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

88 Il contenuto essenziale della libertà d'impresa garantita dall'articolo 16 della Carta e del diritto di proprietà sancito dall'articolo 17 della medesima è rispettato da una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede la facoltà di limitare il rimborso delle azioni in caso di recesso di un socio, intesa a soddisfare la condizione di cui all'articolo 29, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 575/2013 affinché le azioni siano considerate strumenti di capitale

primario di classe 1.

89 Infatti, da un lato, tale facoltà non comporta una privazione della proprietà e non costituisce quindi un intervento che pregiudichi la sostanza stessa del diritto di proprietà. Dall'altro, anche nell'ipotesi in cui tale facoltà sia considerata come una limitazione alla libertà d'impresa, essa rispetta il contenuto essenziale di tale libertà, poiché non impedisce l'esercizio dell'attività bancaria. A tal riguardo, la Corte ha riconosciuto che le società cooperative sono rette da principi di funzionamento peculiari, che le differenziano nettamente dagli altri operatori economici (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e a.*, da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, punto 55).

90 Per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale, oltre al fatto che, prevedendo detta facoltà, la normativa in parola mira ad attuare tale condizione, il giudice del rinvio rileva che tale normativa è preordinata a garantire un adeguamento tra la forma giuridica e le dimensioni di una banca popolare nonché il rispetto delle regole prudenziali dell'Unione che disciplinano l'esercizio dell'attività bancaria. Secondo tale giudice, lo scopo della normativa è quindi quello di rendere la forma societaria delle banche popolari più coerente con le dinamiche del mercato di riferimento, di garantire una maggiore competitività di tali banche, nonché di promuovere una maggiore trasparenza nell'organizzazione, nell'operatività e nella funzionalità delle stesse.

91 Siffatti obiettivi, che sono idonei a garantire la sana amministrazione nel settore bancario cooperativo, la stabilità di quest'ultimo nonché un esercizio prudente dell'attività bancaria, contribuiscono ad evitare il dissesto degli enti interessati, o persino un rischio sistemico, e, di conseguenza, a garantire la stabilità del sistema bancario e finanziario.

92 A questo proposito, è opportuno ricordare che, secondo la giurisprudenza della

Corte, gli obiettivi di assicurare la stabilità del sistema bancario e finanziario nonché di evitare un rischio sistemico costituiscono obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione (v., in tal senso, sentenze del 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, C-526/14, EU:C:2016:570, punti 69, 88 e 91; del 20 settembre 2016, *Ledra Advertising e a./Commissione e BCE*, da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, punti 71 e 74, nonché dell'8 novembre 2016, *Dowling e a.*, C-41/15, EU:C:2016:836, punti 51 e 54).

93 Infatti, i servizi finanziari svolgono un ruolo centrale nell'economia dell'Unione. Le banche e gli istituti di credito sono una fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati. Inoltre, le banche sono spesso interconnesse e molte di loro esercitano le loro attività a livello internazionale. È per tale ragione che la grave difficoltà di una o più banche rischia di propagarsi rapidamente alle altre banche, vuoi nello Stato membro interessato, vuoi in altri Stati membri. Ciò rischia a sua volta di produrre ricadute negative in altri settori dell'economia (sentenze del 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, C-526/14, EU:C:2016:570, punto 50, nonché del 20 settembre 2016, *Ledra Advertising e a./Commissione e BCE*, da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, punto 72).

94 Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 81 e 104 delle sue conclusioni, vi è un chiaro interesse pubblico a garantire che l'investimento nel capitale primario di una banca non venga improvvisamente ritirato e ad evitare in tal modo di esporre detta banca nonché l'intero settore bancario a un'instabilità prudenziale.

95 Di conseguenza, si deve giudicare che le limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà e, ammesso che sussistano, a quello della libertà d'impresa risultanti da una normativa come quella di cui trattasi nel procedimento principale rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

96 Inoltre, tali limitazioni saranno conformi al principio di proporzionalità se non eccedono quanto necessario, tenuto conto della situazione prudenziale delle banche interessate, al fine di garantire che gli strumenti di capitale da esse emessi siano considerati strumenti del capitale primario di classe 1, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. A tal fine esso dovrà tener conto, in particolare, degli elementi di cui all'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento delegato n. 241/2014.

97 Alla luce di tutte le considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla seconda parte della prima questione e alla quarta questione dichiarando che l'articolo 29 del regolamento n. 575/2013, l'articolo 10 del regolamento delegato n. 241/2014, nonché gli articoli 16 e 17 della Carta devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che vieta alle banche popolari stabilite nel territorio di quest'ultimo di rifiutare il rimborso degli strumenti di capitale, ma che consente a tali banche di rinviare per un periodo illimitato il rimborso della quota del socio recedente e di limitare in tutto o in parte l'importo di tale rimborso, a condizione che i limiti di rimborso decisi nell'esercizio di tale facoltà non eccedano quanto necessario, tenuto conto della situazione prudenziale di dette banche, al fine di garantire che gli strumenti di capitale da esse emessi siano considerati strumenti del capitale primario di classe 1, alla luce, in particolare, degli elementi di cui all'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento delegato n. 241/2014, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla seconda questione

98 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 63 e seguenti TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro, che fissa una soglia di attivo per l'esercizio di attività bancarie da parte di banche popolari stabilite in tale Stato membro e costituite in forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata, al di sopra della

quale tali banche sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, a ridurre l'attivo al di sotto di detta soglia o a procedere alla loro liquidazione.

99 Ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

100 A questo proposito, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, in mancanza, nel Trattato FUE, di una definizione della nozione di «movimenti di capitali», ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, la Corte ha riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura dei movimenti di capitali di cui all'allegato I alla direttiva 88/361/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1988, per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato [CE (abrogato dal Trattato di Amsterdam)] (GU 1988, L 178, pag. 5) (sentenze del 27 gennaio 2009, *Persche*, C-318/07, EU:C:2009:33, punto 24; del 10 novembre 2011, *Commissione/Portogallo*, C-212/09, EU:C:2011:717, punto 47, e del 22 ottobre 2013, *Essent e a.*, da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, punto 40).

101 In tal senso, la Corte ha ripetutamente dichiarato che costituiscono movimenti di capitali, ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, in particolare, gli investimenti cosiddetti «diretti», ovvero gli investimenti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consenta di partecipare effettivamente alla sua gestione e al suo controllo, nonché gli investimenti cosiddetti «di portafoglio», ovvero gli investimenti sotto forma di acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione ed il controllo dell'impresa [sentenze dell'11 novembre 2010, *Commissione/Portogallo*, C-543/08, EU:C:2010:669, punto 46; del 22 ottobre 2013, *Essent e a.*, da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, punto 40, nonché del 26 febbraio 2019, *X (Società intermediarie stabilite in paesi terzi)*, C-135/17, EU:C:2019:136, punto 26].

102 Per quanto riguarda queste due forme di investimento, la Corte ha precisato che

devono ritenersi «restrizioni», ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, i provvedimenti nazionali che possono impedire o limitare l'acquisto di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale delle stesse (sentenze del 21 ottobre 2010, *Idryma Typou*, C-81/09, EU:C:2010:622, punto 55; del 10 novembre 2011, *Commissione/Portogallo*, C-212/09, EU:C:2011:717, punto 48, nonché del 22 ottobre 2013, *Essent e a.*, da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, punto 41).

103 Nel caso di specie, la normativa di cui trattasi nel procedimento principale fissa una soglia di attivo per l'esercizio di attività bancarie da parte di banche popolari italiane costituite in forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata e al di sopra della quale tali banche sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, a ridurre l'attivo al di sotto di detta soglia o a procedere alla loro liquidazione.

104 Orbene, limitando l'importanza dell'attività economica che può essere esercitata dalle banche italiane costituite in una determinata forma giuridica, una normativa siffatta può dissuadere investitori di Stati membri diversi dalla Repubblica italiana e di Stati terzi dall'acquisire una partecipazione nel capitale di dette banche e costituisce, di conseguenza, una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di principio, dall'articolo 63 TFUE.

105 Secondo una giurisprudenza consolidata, la libera circolazione dei capitali può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustificano per motivi imperativi di interesse generale, purché siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non eccedano quanto necessario per il suo raggiungimento (sentenza del 10 novembre 2011, *Commissione/Portogallo*, C-212/09, EU:C:2011:717, punto 81 e giurisprudenza ivi citata). La Corte ha inoltre ammesso che una normativa nazionale può costituire un ostacolo giustificato a una libertà fondamentale qualora sia dettata da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale

(sentenza del 22 ottobre 2013, Essent e a., da C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, punto 52 e giurisprudenza ivi citata).

106 A questo proposito, occorre ricordare che, come dichiarato ai punti da 90 a 95 della presente sentenza, la normativa di cui trattasi nel procedimento principale risponde ad obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione.

107 Di conseguenza, a condizione che la soglia di attivo fissata da tale normativa, al cui rispetto quest'ultima subordina l'esercizio dell'attività bancaria da parte di banche popolari italiane costituite in forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata, sia idonea a garantire la realizzazione di tali obiettivi e non ecceda quanto necessario per il loro raggiungimento, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, la restrizione alla libera circolazione dei capitali risultante da detta normativa è giustificata.

108 Ciò considerato, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che gli articoli 63 e seguenti TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro, che fissa una soglia di attivo per l'esercizio di attività bancarie da parte di banche popolari stabilite in tale Stato membro e costituite in forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata, al di sopra della quale tali banche sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, a ridurre l'attivo al di sotto di detta soglia o a procedere alla loro liquidazione, a condizione che tale normativa sia idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi di interesse generale che essa persegue e non ecceda quanto necessario per il loro raggiungimento, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

[omissis]

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'articolo 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le

imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, l'articolo 10 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014, che integra il regolamento n. 575/2013 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti, nonché gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che vieta alle banche popolari stabilite nel territorio di quest'ultimo di rifiutare il rimborso degli strumenti di capitale, ma che consente a tali banche di rinviare per un periodo illimitato il rimborso della quota del socio recedente e di limitare in tutto o in parte l'importo di tale rimborso, a condizione che i limiti di rimborso decisi nell'esercizio di tale facoltà non eccedano quanto necessario, tenuto conto della situazione prudenziale di dette banche, al fine di garantire che gli strumenti di capitale da esse emessi siano considerati strumenti del capitale primario di classe 1, alla luce, in particolare, degli elementi di cui all'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento delegato n. 241/2014, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

2) Gli articoli 63 e seguenti TFUE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro, che fissa una soglia di attivo per l'esercizio di attività bancarie da parte di banche popolari stabilite in tale Stato membro e costituite in forma di società cooperative per azioni a responsabilità limitata, al di sopra della quale tali banche sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, a ridurre l'attivo al di sotto di detta soglia o a procedere alla loro liquidazione, a condizione che tale normativa sia idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi di interesse generale che essa persegue e non ecceda quanto necessario per il loro raggiungimento, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

OSTACOLI AL RIMBORSO DEGLI STRUMENTI DI CAPITALE DELLE BANCHE POPOLARI TRA CRR E COSTITUZIONE *

(Obstacles to the redemption of the capital instruments of the cooperative banks between CRR and the Italian Constitution)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il Regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR) ed il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) nel ragionamento della Corte: i limiti di un approccio atomistico... - 3. (segue): alla luce delle indicazioni della Sentenza della Corte UE nella Causa C-686/18. - 4. Le prospettive di intervento del Consiglio di Stato (tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia della stabilità del mercato).

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal nostro Consiglio di Stato alla Corte UE ha portato alla formulazione di dichiarazioni che, per un verso, attestano l'assenza di ostacoli nel Regolamento (UE) n. 575/2013 (cd. CRR) al rinvio per un periodo illimitato del rimborso degli strumenti di capitale emessi da una banca cooperativa e, per altro, individuano il complesso normativo che ha indotto il legislatore nazionale a privilegiare la stabilità (in sede di riforma della disciplina concernente le banche popolari), mettendo in luce i limiti di una scelta siffatta.

Non vi sono dubbi in ordine alla validità dell'opzione del Consiglio di Stato che, nel rispondere alle istanze a lui formulate, ha dovuto sedare un dubbio interpretativo concernente il rapporto tra le fonti di matrice europea ed il decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2015, n. 33.¹ Ciò, tuttavia, non

*Contributo approvato dai revisori.

¹Utile richiamare i variegati interventi raccolti, in proposito, nel lavoro di AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, a cura di Capriglione, Padova, 2015; tali interventi, nel solco delle considerazioni pubblicate in CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e testo unico bancario*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 39, Roma, 1994; FERRI, *Banca Popolare in Enc. Dir.*, Vol. V, p. 13; OPPO, *L'essenza della cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, p. 369 ss. Significativa, al riguardo, anche l'illustrazione di VISCO, *Intervento al 21° Congresso ASSIOM FOREX*, Milano, 7 febbraio 105; ROSSI, *Audizione presso le Commissioni riunite Finanze e Attività produttive della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame del d.d.l. c. 2844 di conversione in legge*

rappresenta un chiarimento conclusivo, in quanto la sentenza in commento non inficia le ulteriori valutazioni che tale organo dovrà svolgere sulla conformità del rifiuto testé indicato con i principi costituzionali posti a fondamento dell'esercizio dell'attività bancaria.

Trattasi di valutazioni che - come si vedrà - attengono ad in un contesto operativo in cui la misura del capitale è proporzionale alla dimensione dell'operatività (della banca popolare),² sicché l'accoglimento della richiesta di rimborso comporta l'onere (per gli organi amministrativi) di ridurre gli attivi della banca. Ed invero, tale riduzione comporta una rimodulazione degli obblighi quantitativi di vigilanza prudenziale (in ordine alla quantità minima di capitale sociale), pertanto può dirsi che la liquidazione degli attivi è premessa per l'esercizio di diritti patrimoniali personalissimi del socio (in ordine al recupero delle somme investite nel capitale sociale di una banca popolare).³

Diversamente, infatti, le risorse cedute ad una banca uscirebbero dalla sfera volitiva del socio, per cui la restituzione sarebbe soggetta alla discrezionalità dei membri degli organi apicali della banca (con ovvie conseguenze sul piano della responsabilità personale di questi ultimi). E, in tale ipotesi, diverrebbe concreto il *rischio* che gli investitori potrebbero contrarre la domanda di strumenti di capitale emessi dalle banche cooperative, in quanto tali strumenti potrebbero esser percepiti alla stregua di titoli irredimibili; donde la possibilità di effetti sistemici sulla capacità delle banche della

del d.l. n. 3 del 2015, Roma, 17 febbraio 2015; TARANTOLA, *La riforma delle banche popolari. Audizione presso la VI Commissione del Senato*, Roma, 22 giugno 2011.

²Al riguardo, l'interpretazione ascrive significativo rilievo al rapporto tra l'essenza dell'attività bancaria e le finalità dell'imprenditore che l'assume ad oggetto sociale, laddove lo scopo (mutualistico o lucrativo di quest'ultimo) è influente rispetto alla scelta delle opzioni organizzative ed operative; cfr. LEMMA, *Etica e Professionalità Bancaria*, in Aa.Vv., *Banche ed Etica*, Padova, 2013, p. 129 ss.

³Appare doveroso segnalare che tale tesi è stata già sostenuta in passato, cfr. LEMMA, «Too big to be popular»: il limite all'attivo delle banche popolari», in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 173 ss.

Ciò, nel solco di una disamina della 'nuova ipotesi disciplinare delle banche popolari' illustrata al tempo della riforma da CAPRIGLIONE, *La riforma delle 'banche popolari'*, *ibidem*, p. 3 ss.

specie di procedere ad una loro ricapitalizzazione a prezzi di mercato.⁴

Ciò posto, la sentenza in parola pone l'esigenza di mettere in luce i limiti di un (eventuale futuro) pronunciamento del Consiglio di Stato che si adagi sulle considerazioni svolte in sede europea, laddove l'ordinamento del mercato interno rimette agli Stati membri il compito di disciplinare l'organizzazione del capitale delle società della specie (art. 44, direttiva (UE) 2017/1132) e la nostra Costituzione attribuisce ai cittadini il diritto di associarsi (e, quindi, dissociarsi) liberamente, senza autorizzazione (art. 18 Cost. it).

Da qui, la prospettiva di un intervento del giudice amministrativo italiano che analizzi i rapporti tra diritti individuali (dei soci di una banca popolare) ed interessi (alla stabilità dell'industria bancaria),⁵ addivenendo ad una soluzione che non leda i diritti individuali dei soci al fine di far prevalere la volontà politica di realizzare una *trasformazione* delle banche cooperative.⁶

2. La sentenza che si annota interviene in un'articolata vicenda processuale che registra, sinora, *ricorsi* avverso taluni provvedimenti della Banca d'Italia - segnatamente il 9° aggiornamento della circolare n. 285 - dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italia), il quale li ha respinti con le sentenze nn. 6548/2016, 6544/2016 e

⁴Della scarsa capacità di raccolta del capitale di rischio da parte di enti creditizi sottoposti a regolazioni si è discusso a lungo in passato, RAGUSA MAGGIORE, *Le contraddizioni dell'ordinamento bancario: imprenditorialità e interesse pubblico*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1983, p. 315 ss.; DINI, *Trasformazioni delle strutture finanziarie. Causali, necessità, caratteristiche*, in *Il diritto dell'economia*, 1993, p. 15 ss.; BIANCHI, *Riflessioni sulle considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia. Relazione tenuta presso la sala delle assemblee della Banca popolare commercio e industria*, in *Il diritto dell'economia*, 1994, p. 295 ss.

Si veda, al riguardo, BROGI, *La riforma delle banche popolari. Esigenze di rafforzamento patrimoniale anche per contrastare il credit crunch*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 37 ss.

⁵Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 28*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, p. 296 ss.

⁶Cfr. SEPE, *I nodi irrisolti nell'assetto del credito cooperativo, tra localismo e mutualità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2019, I, p. 51 ss.; DI CIOMMO, *Il diritto di recesso nella riforma delle banche popolari*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 100.

6540/2016⁷ e, successivamente, *appelli* avverso tali sentenze dinanzi al Consiglio di Stato il quale - nell'adottare alcune ordinanze sospensive degli effetti del 9° aggiornamento della circolare n. 285 - ha sollevato questioni di legittimità costituzionale relativamente al decreto-legge n. 3/2015, che - con sentenza n. 99/2018 - la Corte costituzionale ha dichiarato infondate (avendo riguardo anche al quadro normativo delineato dal Regolamento UE 575/2013).⁸

⁷Cfr., in proposito, ROMANO, *Trasformazione di banca popolare, recesso e limiti al rimborso delle azioni: il d.l. n. 3/2015 di fronte alla giustizia civile, amministrativa e costituzionale. Nota a C. Cost. 21 dicembre 2016, n. 287; ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277; ord. TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548; ord. Trib. Napoli sez. spec. Impresa 1 agosto 2016; ord. Trib. Napoli sez. spec. Impresa 24 marzo 2016, in Banca borsa e titoli di credito, 2017, II, p. 190 ss.; SALERNO, La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari. Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548, in Giurisprudenza commerciale, 2017, II, p. 10 ss.; BRIZZI, Il recesso del socio di banca cooperativa tra fonti normative nazionali ed europee: una questione aperta. Nota a Trib. Napoli sez. civ. 24 marzo 2016, in Rivista di diritto societario, 2017, II, p. 48 ss.; DE LUNGO, Il nuovo assetto delle banche popolari: appunti sui presupposti costituzionali del decreto-legge, sui poteri normativi della Banca d'Italia e sull'idoneità delle fonti europee ad assolvere riserve di legge nazionali, in federalismi.it, 2016, p. 16 ss.; TOLA, La trasformazione "obbligatoria delle banche popolari al vaglio di costituzionalità". Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 10717, in La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2016, I, p. 1579 ss.*

⁸Cfr. INZITARI, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in Rivista del diritto commerciale, 2018, I, p. 385 ss.; AMOROSINO, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori "in bianco"*. Nota a ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 2017, I, p. 414 ss. con riferimento alle motivazioni della rimessione alla Corte Costituzionale del comma 2 ter dell'art. 28 del testo unico bancario e delle disposizioni di Banca d'Italia in materia di rimborsi contenute negli "Aggiornamenti del 9/6/2015" alla circolare n. 285/2013.

Si veda altresì LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale. Nota a C. Cost. 21 dicembre 2016, n. 287 e ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277*, in *Le Società*, 2017p. 156 ss. il quale osserva che la Corte costituzionale, nel giudizio promosso dalla Regione Lombardia con ricorso diretto del maggio 2015, ha sciolto in senso negativo il dubbio di illegittimità costituzionale della recente riforma delle banche popolari quanto allo strumento normativo utilizzato. Nell'interpretazione dell'A., tale sentenza - mentre ipotizza la soluzione per analoga questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato con ordinanza del dicembre 2016 - non affronta le più circoscritte (ma non meno importanti) questioni di legittimità costituzionale - (anch'esse) dichiarate rilevanti e non manifestamente infondate dal Consiglio di Stato con la medesima ordinanza - inerenti alla disciplina limitativa del diritto al rimborso del socio recedente prevista dalla medesima riforma.

Rileva, inoltre, MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)*. Nota a ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277, in *Rivista delle società*, 2017, p. 230 ss. e, in particolare, le considerazioni sulle argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato per fondare la rilevanza e la non

Ciò posto, è utile muovere dalla considerazione che un approccio atomistico alla materia della cooperazione di credito non consente al giudice di aver una piena cognizione delle modalità in cui è stato esercitato il potere legislativo, né degli effetti che il mutato quadro normativo ha prodotto nel mercato di riferimento e nella sfera soggettiva dei destinatari della regolazione. Non si tratta solo di valutare le opzioni normative adottate - al di fuori dell'ordinarietà e con urgenza - per intervenire sulla cooperazione di credito, ma di comprendere gli effetti di una riforma che, per un verso, proietta le banche popolari di maggior successo verso il paradigma lucrativo della società per azioni⁹ e, per altro, attribuisce alla sottoscrizione del capitale sociale un vincolo di permanenza che comprime oltremodo i diritti patrimoniali dei soci sulle somme all'uopo versate.¹⁰

Ed invero, la modifica del modello organizzativo delle banche popolari, prima, e delle banche di credito cooperativo, poi, ha segnato una discontinuità che ha confinato le prime in ambiti minori (con un attivo contenuto nel limite di otto miliardi di euro) ed ha proiettato le seconde verso la dimensione continentale (attraverso l'adesione ad un gruppo bancario soggetto alla supervisione diretta della Banca Centrale Europea). Da qui, effetti pratici che, per un verso, non promuovono, né favoriscono l'incremento della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata (come sarebbe dovuto essere per dar corso agli obblighi che l'articolo 45 della Costituzione pone in capo alla nostra Repubblica) e, per altro, non sono rispettosi dei diritti

manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dei limiti imposti al rimborso delle azioni del socio recedente

⁹Cfr. LEMMA, «*Too big to be popular*»: *il limite all'attivo delle banche popolari*, cit., ove si concludeva che la trasformazione imposta dalla riforma aziona un meccanismo di diversa configurazione soggettiva, per cui una banca che nasce popolare sarà chiamata a gestire la propria crescita dimensionale in modalità diverse da quelle utilizzate per conseguire il successo che l'ha portata a superare il limite all'attivo dianzi menzionato.

Si veda, altresì, TROIANO, *Le misure urgenti di intervento sulle banche popolari: limite dimensionale e governance*, in AA.VV. *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 73 ss.

¹⁰Cfr. PELLEGRINI, *Il decreto legge n. 3 del 2015. Un'occasione mancata per la ridefinizione della cooperazione di credito*, in AA.VV. *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 55 ss.

patrimoniali dei soci, il cui 'diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso' è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca (e, a gli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi da banche popolari e banche di credito cooperativo).¹¹

A fronte di un approccio siffatto si comprende la limitata valenza della sentenza che si annota rispetto ai problemi posti dalla riforma in parola. Essa, infatti, rappresenta una delimitazione del campo di indagine del giudice amministrativo; limitazione che preclude l'analisi del rapporto tra la riforma delle banche popolari e i limiti posti dal diritto dell'Unione e non anche un orientamento interpretativo in grado di ammettere che gli amministratori delle banche possano comprimere oltremodo i diritti dei soci (a rientrare in possesso delle risorse investite in una banca popolare e rappresentate dagli strumenti computati nei fondi propri di quest'ultima).

Diversamente, anche per questa via, si addiverrebbe ad un'interpretazione che priverebbe i soci di una banca cooperativa di ogni diritto sulle somme che danno contenuto ai menzionati fondi propri e, quindi, suggerirebbe che la sottoscrizione del capitale sociale di una banca della specie diverge significativamente dalla partecipazione ad una società lucrativa di diritto comune (nella quale la decisione di un

¹¹ V. art. 28, comma 2 ter, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, introdotto dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2015, n. 33 e modificato dal d. lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

Ciò posto, è utile anticipare che il dato testuale dell'articolo 28, comma 2 ter, testé citato introduce una condizione che è sempre verificata, in quanto l'art. 26 del CRR indica che "gli elementi del capitale primario di classe 1 degli enti sono ... [gli] ... strumenti di capitale". Da qui, il rinvio al paragrafo successivo in ordine all'esigenza di valutare le regole apposte dalla riforma in materia di dimensione della operatività in considerazione dei principi costituzionali di riferimento: dall'associazionismo (art. 18), all'iniziativa economica (art. 41), alla proprietà privata (art. 42) alla tutela del risparmio (art. 47). Utile richiamare, al riguardo, le considerazioni di ALPA, *La riforma delle banche popolari. riflessioni di metodo sull'utilizzo di un modello innovativo*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 129 ss.

socio di liberarsi dal vincolo associativo non è gravata dal rischio di non ricevere alcun rimborso delle somme che danno contenuto alla propria partecipazione¹² o, addirittura, dal maggior rischio di rimaner parte di una compagine sociale di cui non si vuol più appartenere¹³).¹⁴

In tale ipotesi, infatti, il soddisfacimento del diritto al rimborso (e, quindi, la restituzione delle somme richieste dai soci che recedono) sarebbe, in primo luogo, subordinato a una decisione sulla riduzione del capitale sociale ovvero, in secondo luogo, alla valutazione in ordine alla possibilità di procedere al predetto rimborso in quanto ciò non risulta necessario ad “assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca”. Ciò, in un contesto in cui la prima (i.e. la decisione) potrebbe esser di competenza dell’assemblea (che, ai sensi dell’art. 73 della Direttiva (UE) 2017/1132, delibera secondo le regole di numero legale e di maggioranza stabilite dallo Statuto) e la seconda (i.e. la valutazione) compete agli amministratori (in attuazione dello scopo sociale e del programma di attività comunicati all’autorità di vigilanza).¹⁵

¹² Cfr. SEPE, *Finalità e disciplina del recesso nella riforma delle banche popolari: prime riflessioni*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 109 ss.

¹³ Cfr. ROSSANO, *La Corte costituzionale si esprime sul rimborso dei soci recedenti delle banche popolari: regole europee e aspetti controversi*, in *Gazzetta forense*, 2018, p. 562 ss., il quale - sulla base del dato testuale - evidenzia che le azioni potrebbero continuare ad esistere dopo l’esercizio del diritto di recesso.

¹⁴ Si veda, altresì, URBANI, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 253 ss.

¹⁵ Utile segnalare la contiguità della problematica in esame con quella oggetto di approfondimento da parte di BLANDINI - DE CICCO - LOCASCIO, *Socio e Società nella società per azioni (in crisi): dal diritto di opzione al “bail-in” (con notazioni sulle ragioni di Mazzarò)*, in *Rivista di diritto societario*, 2016, fasc. 4, pt. 1, p. 74 ss. nel quale si affronta la posizione del socio (non receduto) quale *residual claimant*, anche nel riferimento al passaggio dal *burden sharing* al *bail in*; ed invero, nell’ipotizzare che il soggetto che ha sottoscritto le azioni di una banca resti *residual claimant* anche dopo l’esercizio del diritto di recesso, si arriverebbero a conclusioni che potrebbero minare l’interesse dei privati verso le predette azioni, con evidenti effetti recessivi sulla domanda delle stesse e, quindi, sulla dimensione del mercato in cui si attingono le risorse per alimentare i fondi propri delle banche.

3. Le dichiarazioni della Corte UE - che danno contenuto alla sentenza che si annota - dovranno orientare la risoluzione di una pluralità di controversie (pendenti nelle Corti italiane) che, in via pregiudiziale, vertono sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione (e, in particolare, del Regolamento n. 575/2013 e del Regolamento delegato n. 241/2014).¹⁶

Ed invero, nel ragionamento della Corte, i quesiti da risolvere hanno condotto ad una dichiarazione che attiene all'interpretazione del CRR e del TFUE rispetto alla dimensione dell'operatività di una banca popolare, avendo riguardo sia alla conservazione dei fondi propri, sia ai limiti alla crescita dimensionale degli attivi. In particolare, con riferimento al primo profilo, il vaglio della Corte attiene ai limiti apposti dall'art. 29 del CRR rispetto ad una normativa nazionale che vieta "alle banche popolari ... di rifiutare il rimborso degli strumenti di capitale, ma che consente a tali banche di rinviare per un periodo illimitato il rimborso della quota del socio recedente e di limitare in tutto o in parte l'importo di tale rimborso". Con riferimento al secondo profilo, viene in considerazione l'interpretazione degli articoli 63 e seguenti del TFUE rispetto alla fissazione di "una soglia di attivo per l'esercizio di attività bancarie da parte di banche popolari ... al di sopra della quale tali banche sono obbligate a trasformarsi in società per azioni, a ridurre l'attivo al di sotto di detta soglia o a procedere alla loro liquidazione".

Tali dichiarazioni incidono sulle motivazioni recate nella citata Sentenza 99/2018 della Corte Costituzionale, suggerendo chiaramente un percorso argomentativo che il Consiglio di Stato potrà seguire per risolvere i quesiti in ordine all'applicazione del compendio normativo recato dalla riforma in parola.¹⁷ Trattasi di un percorso dirimente

¹⁶Cfr. BLANDINI, *Crediti deteriorati e struttura delle banche: considerazioni di insieme*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2019, secondo supplemento al fasc. 2, p. 264 ss. per talune riflessioni critiche sull'impatto della citata disciplina UE.

¹⁷Le considerazioni formulate nel testo si collocano a valle delle riflessioni di GUARRACINO, *La riforma delle banche di credito cooperativo alla prova del giudizio di costituzionalità. Nota a decr.*

rispetto alla *utilità* del tentativo giurisprudenziale preordinato all'attribuzione di un senso compiuto al testo che disciplina le limitazioni al recesso, dovendosi evitare che il giudice addivenga ad un *inefficiente* bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'integrità patrimoniale di una banca cooperativa e il diritto di un socio di sciogliersi da un vincolo associativo che muta la sua essenza (da mutualistica a lucrativa).

Nel solco del predetto ragionamento, si deve ribadire che l'art. 28, comma 2-ter, del d. lgs. 385 del 1993 reca un contrasto testuale tra il riferimento al "recesso" ed alle "azioni", laddove l'esercizio del primo comporta il venir meno della partecipazione sociale rappresentata dalle seconde (in un contesto in cui - come si è detto - queste ultime sono sempre computabili nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca).¹⁸

È appena il caso di fugare l'ipotesi secondo cui il Consiglio di Stato sarebbe posto dianzi all'alternativa di addivenire ad un'interpretazione della norma in base alla quale essa preveda un "recesso" che non comporta il venir meno della partecipazione sociale (e, quindi delle azioni menzionate dalla norma) ovvero una sospensione dell'esercizio del recesso (e, quindi, la sopravvivenza *tout court* della partecipazione e delle azioni sino a quando perduri una volontà in tal senso da parte degli organi dell'ente da cui il recedente intende dissociarsi).¹⁹

Trib. Firenze sez. spec. Impresa 5 dicembre 2018, n. 1573, in Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia, 2018, fasc. 4, p. 17 ss. sulla discussa legittimità costituzionale della riforma, il quale estende le sue riflessioni sull'onere del giudice di procedere alla tutela dei diritti degli interessati.

Si veda, altresì, MAUGERI, Trasformazione delle popolari e limiti al rimborso delle azioni: frammenti di un diritto costituzionale delle società bancarie, in Orizzonti del diritto commerciale, 2018, fasc. 3, p. 2 ss.; MARTINA, Il diritto del socio di banche cooperative al rimborso delle azioni nella sentenza della Corte Costituzionale del 15 maggio 2018, n. 99: una questione non ancora sopita. Nota a C. Cost. 15 maggio 2018, n. 99, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 2019, p. 547 ss.; MIRONE, Statuto delle banche popolari e riforma del credito cooperativo, in Giurisprudenza commerciale, 2019, p. 211 ss.

¹⁸Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 28, cit.*, con riferimento alla diversa evoluzione delle banche cooperative.

¹⁹Al riguardo, appare utile richiamare l'elencazione degli elementi del capitale primario di classe 1 recata dall'art. 26 del regolamento (UE) n. 575/2013, laddove v'è espressa menzione di : (a) strumenti

Diversamente, all'efficacia del recesso corrisponderebbe un debito della banca nei confronti del socio che lo ha esercitato, debito che ben potrebbe esser subordinato alle altre passività o computabile nel capitale di qualità primaria laddove una norma effettivamente disponesse in tal senso (secondo la disciplina contabile sulla classificazione del patrimonio netto richiamata dall'art. 28, paragrafo 1, lettera c), punto ii), del regolamento (UE) n. 575/2013, con la conseguenza di evitare di escluderne radicalmente la computabilità dal capitale). E una norma siffatta eviterebbe l'effetto espropriativo denunciato, bilanciando (in qualche modo) gli interessi in gioco, imponendo in ogni caso agli amministratori di adoperarsi per adempiere al predetto debito (in modalità compatibili con la sana e prudente gestione e, quindi, procedendo ad una contrazione degli attivi che riduca le esigenze di capitale di qualità primaria della banca).

Nel solco di tale ultimo percorso argomentativo, il Consiglio di Stato recepirebbe le dichiarazioni della Corte UE declinando al meglio l'indicazione della Corte Costituzionale secondo cui, nel caso di banche popolari che si trasformino in società per azioni, è opportuno evitare un'interpretazione della normativa nazionale che assegni "alle azioni di quelle banche un contenuto difforme da quello minimo definito a livello

di capitale, purché siano soddisfatte talune condizioni; (b) sovrapprezzi di emissione relativi agli strumenti di cui alla lettera a); (c) utili non distribuiti; (d) altre componenti di conto economico complessivo accumulate; (e) altre riserve; (f) fondi per rischi bancari generali. Nel riferimento a tale elenco, qualora l'esercizio del diritto del recesso da parte di un socio determini la cessazione della partecipazione (e, quindi, il venir meno di quanto rappresentato dalle relative azioni), si dovrebbe determinare una modificazione dell'assetto patrimoniale di tali elementi, laddove gli la voce relativa agli strumenti di capitale (di cui alla lettera (a))dovrebbe esser decurtata dell'importo dovuto al socio recedente e, al contempo, andrebbe alimentata un'altra voce (presumibilmente di debito) che potrebbe far riferimento alle 'altre riserve' (di cui alla lettera (3)). Da qui, l'esigenza di considerare che, ai sensi del citato art. 26, gli elementi di cui alla lettera (e) sono riconosciuti come capitale primario di classe 1 soltanto se possono essere utilizzati senza restrizioni e senza indugi dall'ente per la copertura dei rischi o delle perdite nel momento in cui tali rischi o perdite si verificano; restrizioni ed indugi che - sul piano delle concretezze - appaiono di immediato riscontro nella fattispecie in esame.

Ciò posto, è bene ribadire che la riforma non ha disposto espressamente la sopravvivenza delle azioni all'esercizio del recesso, donde il rischio che la norma nazionale - pur comprimendo i diritti dei soci recedenti - non sia comunque idonea a soddisfare le condizioni poste dall'ordinamento europeo che disciplina il capitale primario.

europeo ai fini della loro computabilità nella corrispondente classe di fondi propri” (ammesso, ancora una volta, che le azioni stesse sopravvivano al recesso di cui trattasi).

Va da sé che si verserebbe in presenza di una declinazione che supererebbe anche le censure in ordine al sacrificio del diritto dei cittadini di *dissociarsi liberamente*, recuperando un interesse protetto da norme di rango costituzionale senza limiti di sorta (se non quello dei fini vietati ai singoli dalla legge penale, art. 18 Cost. it.) e che difficilmente potrebbe esser bilanciato (*rectius*: sacrificato) per tutelare l’interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell’attività bancaria (cui fa cenno la Corte Costituzionale nella menzionata sentenza).

A ben considerare, le dichiarazioni della Corte UE non avvalorano *tout court* la tesi secondo cui la norma censurata non prevedrebbe la possibilità del rifiuto, ma introdurrebbe lo strumento della limitazione del rimborso sulla base della situazione prudenziale della banca (come è stato affermato dalla nostra Corte). Ed inverò, la Corte UE indica espressamente che il giudice del rinvio deve verificare che la condizione volta a limitare i rimborsi decisi dalle banche popolari “non eccedano quanto necessario, tenuto conto della situazione prudenziale di dette banche, al fine di garantire che gli strumenti di capitale da esse emessi siano considerati strumenti del capitale primario di classe 1, alla luce, in particolare, degli elementi di cui all’articolo 10, paragrafo 3, del regolamento delegato n. 241/2014”. Rispetto a tale verifica, sarà quindi il Giudice del rinvio a dover valutare che la norma si conformi in effetti al criterio del minimo mezzo²⁰,

²⁰Utile ricordare un precedente annotato da SANTAGATA, *Brevi riflessioni in tema di fusione per incorporazione di s.p.a. in banca popolare “a contenuto alternativo” (anche alla luce della nuova legge sulla “tutela del risparmio”)*. Nota a TAR Lazio sez. I 21 giugno 2005, n. 517, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, II, p. 132, nel quale si attestava che i soci della s.p.a. incorporata, avvenuta la fusione, avrebbero subito una drastica compressione delle loro iniziali prerogative patrimoniali ed amministrative avendo la società incorporante struttura diversa dalla precedente.

Si veda, altresì, SCIUMBATA, *La trasformazione bancaria tra legislazione speciale e diritto delle società riformato*. Nota a TAR LA sez. I 5 luglio 2005, n. 5157, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006, II, p. 792 ss. ove ci si sofferma sulla trasformazione da banca di credito cooperativo o da banca popolare in banca società per azioni.

donde i dubbi in ordine alla validità dello strumento della limitazione del rimborso sulla base della situazione prudenziale della banca (prospettato in via generale e decontestualizzata dalla Corte Costituzionale),²¹ laddove ben più efficace e tutelante è l'ordine di procedere alla immediata liquidazione degli attivi della banca in misura tale da consentire la riduzione dei bisogni patrimoniali, e tale ordine potrà trovare immediata esecuzione attraverso la cessione delle attività liquide e la richiesta di rimborso dei crediti a vista.

Non v'è dubbio che un'interpretazione siffatta sacrifica la dimensione operativa della banca (rispetto al diritto del socio di dissociarsi), ma il nostro ordinamento costituzionale non tutela un interesse alla conservazione dei volumi raggiunti da un ente creditizio; da qui l'evidente *suggerimento* - della Corte UE al Consiglio di Stato - di valutare gli elementi in concreto liquidabili prima di sacrificare qualsiasi interesse del socio all'immediato rimborso.

4. Alla luce di quanto precede, il Consiglio di Stato può sviluppare taluni aspetti dei percorsi argomentativi segnati dalla Corte Costituzionale, la quale - in argomento - ha affermato che "le regole prudenziali dell'Unione europea non lasciano al legislatore nazionale alcuna facoltà di scelta tra le due presunte opzioni della limitazione quantitativa del rimborso e del suo rinvio, ma gli impongono di attribuire all'ente creditizio la «capacità» di adottare sia l'una che l'altra misura come condizione perché le azioni possano essere considerate strumenti del capitale primario di classe 1". Non v'è dubbio, infatti, che le dichiarazioni conclusive della sentenza in commento, nell'escludere elementi ostativi, evidenziano, dapprima, l'importanza della "situazione

²¹Si veda, in proposito, TROISI, *Considerazioni sulla riforma delle banche popolari nel riferimento all'UBE*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 243 ss.

prudenziale” e, poi, la possibilità di azioni volte a “ridurre l’attivo”.²²

Sicché l’espressione «sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l’importo rimborsabile» che la Corte aveva formulato evidenziandone il “valore coordinativo-aggiuntivo” assurge ora a criterio ordinatorio. Essa impone, infatti, agli organi della banca l’attivazione di un processo che, a fronte dell’esercizio del diritto di recesso, valuti la consistenza di attività e passività, verifichi i requisiti prudenziali (e, in particolare, la misura del capitale di qualità primaria), individui l’ammontare di capitale in eccesso (rispetto ai valori minimi) e, quindi, proceda alla liquidazione degli attivi per un ammontare tale da consentire alla banca di procedere al rimborso conseguente l’esercizio del diritto di recesso. Ovviamente tale processo dovrebbe avere durata pressoché istantanea (almeno sino alla individuazione del capitale in eccesso), laddove la liquidazione degli attivi richiederebbe tempi operativi compatibili con le prassi di mercato (previste per la cessione di attività o la richiesta di pagamento di crediti a vista).

E’ utile precisare, in proposito, che la liquidazione degli attivi realizza non soltanto il mero effetto di raccogliere la liquidità necessaria per procedere ai pagamenti nei confronti dei soci che hanno esercitato il recesso. Essa è anche indicativa della riduzione delle attività che riduce la misura minima di capitale di qualità primaria richiesto dalla regolazione prudenziale. Pertanto, anche nel caso in cui l’esercizio del diritto di recesso comporti rimborsi per un ammontare complessivo tale da incidere sui requisiti patrimoniali richiesti per operare, gli organi saranno tenuti a seguire la predetta procedura al fine di contrarre l’operatività della banca e, quindi, liberare il capitale necessario per i predetti rimborsi.

Infine, occorre osservare che - in un momento in cui si prospetta l’autoriforma

²²Utile richiamare, nel concludere questa annotazione, le considerazioni di MONTEDORO, *Riforma delle banche popolari e profili costituzionali della cooperazione di credito*, in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, cit., p. 27 ss. ove ci si sofferma sull’importanza dell’art. 45 Cost.; importanza che - alla luce della sentenza in commento - viene amplificata dal riferimento all’art. 18 Cost.

delle banche popolari e l'adozione di un modello aggregativo che proietta le stesse oltre la soglia degli otto miliardi di attivo²³ - quel che il Consiglio di Stato dovrà aver di mira è la tutela della *libertà* di un cittadino che ha investito le proprie risorse in un'iniziativa a carattere mutualistico; libertà che, nella fattispecie, si raggiunge mediante il diritto di dissociarsi (per l'appunto liberamente) dal vincolo associativo contratto con una compagine sociale che decide di volgere la propria attività verso fini lucrativi. Trattasi di diritto indefettibile, che come si è visto è compreso oltremodo dall'art. 28, comma 2 *ter*, d. lgs. 385 del 1993, vuoi perché limita il diritto al rimborso, vuoi perché dispone la sopravvivenza delle azioni (e quindi della partecipazione sociale che alle medesime dà contenuto). Trattasi, quindi, di accogliere ricorsi volti ad opporsi ad un'inaccettabile sacrificio, la cui *azione sacra* sarebbe la permanenza delle somme investite da un socio cooperatore al *simulacro* della grande dimensione bancaria (cui è parametrata la dimensione del capitale di qualità primaria dell'ente creditizio da cui si intende recedere).

Valerio Lemma

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi "Guglielmo Marconi" di Roma

²³Cfr. CAPRIGLIONE - SEPE, *L'autoriforma (e l'integrazione) delle banche popolari*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 agosto 2020.

TRIBUNALE DI NAPOLI DEL 5 AGOSTO 2020

Il Giudice, dott.ssa ..., sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 04/08/2020 ha pronunciato, nella causa n. R.G. 12714/2020, la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 15/7/20, ..., premesso di essere titolare dell'omonima impresa individuale, operante nel settore del commercio al dettaglio di carburante per autotrazione e lubrificanti Agip, ha esposto: che, a seguito del dilagare della pandemia da coronavirus e della conseguente grave crisi economica del mercato della vendita di carburante e quindi anche della propria attività commerciale, lo stesso presentava domanda di accesso al Fondo di Garanzia previsto in favore delle piccole e medie imprese e persone fisiche esercenti attività di impresa, al fine di ottenere il finanziamento di € 25.000,00 come previsto per le imprese danneggiate dall'epidemia da Covid-19 (D.L. 23/2020 art. 13, così detto Decreto Liquidità , convertito in legge il 4 giugno 2020); che la ditta otteneva la concessione della garanzia, da parte del Consiglio di Gestione del Fondo (Mediocredito centrale), specificando, contestualmente, il provvedimento, che la garanzia sarebbe decaduta se, entro il 26 agosto 2020 (termine poi prorogato fino al 26 novembre 2020) non fosse stata deliberata l'operazione finanziaria e non ne fosse stata data comunicazione al Gestore (MCC); che pertanto il ... richiedeva il predetto finanziamento all'istituto di credito Intesa-Sanpaolo, il quale, invece, rigettava l'istanza, ritenendo di non poter concedere il finanziamento a causa di criticità emerse dalla breve istruttoria (in specie: *"in esito a tutte le verifiche compiute e in applicazione dei propri prudenziali criteri di valutazione del merito creditizio, la nostra Banca ha ritenuto di non poter concedere il finanziamento come da voi richiesto"*, ... omissis

Si è costituita la controparte, Intesa SanPaolo S.p.a., la quale si è opposta alla richiesta del ricorrente, chiedendo di dichiarare inammissibili in rito, infondate nel merito e, comunque, rigettare le avverse domande

Il ricorso è infondato e, pertanto, deve essere rigettato.

Occorre, in punto di diritto, premettere che, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., l'accoglimento dell'azione cautelare volta ad ottenere l'emissione di un provvedimento d'urgenza risulta subordinato alla contemporanea sussistenza di un duplice requisito, vale a dire il *fumus boni juris* (cioè la verosimiglianza circa l'effettiva esistenza del diritto vantato) e il *periculum in mora* (ossia la sussistenza di un pericolo a cui risulti esposto il diritto vantato durante il tempo necessario per l'esperimento dell'azione in via ordinaria), con la conseguenza che la carenza, anche di una soltanto delle suddette condizioni, impedisce la concessione della misura cautelare. Con particolare riferimento al requisito del *periculum*, occorre osservare come l'espressione utilizzata dalla norma («fondato motivo di temere che (...) il diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile») sottolinei la necessità che il giudice compia una valutazione circa la ricorrenza di una attuale situazione di pericolo da infruttuosità per il ricorrente, nel senso che, nelle more di un giudizio a cognizione piena, egli corra il rischio che, da un momento all'altro, il proprio diritto venga irrimediabilmente compromesso e che, quindi, la tutela allo stesso accordata sia ormai inutile e infruttuosa. Il diritto che si vuol far valere deve essere minacciato da un pregiudizio che abbia la duplice caratteristica della imminenza, nel senso della sua incombente verifica sul piano temporale (incombente e concreto), e della irreparabilità, intesa come irreversibilità della lesione del diritto assoggettato a cautela, tale da precludere definitivamente la possibilità di realizzare e soddisfare nelle forme ordinarie la situazione giuridica vantata. In particolare, quanto al requisito della irreparabilità del pregiudizio, esso può dirsi sussistente solo nel caso in cui sia la reintegrazione in forma specifica che il risarcimento

per equivalente pecuniario non siano in grado di attuare integralmente il diritto dedotto in giudizio, a causa degli effetti dannosi medio tempore manifestatisi. Naturalmente, la ricerca del presupposto del *periculum in mora* richiede una verifica ancora più approfondita e rigorosa quando il pregiudizio paventato abbia natura patrimoniale, dovendo, in questo caso, il ricorrente, specificamente dedurre e provare l'irreparabilità del pregiudizio, determinata dall'insufficienza di una semplice futura riparazione economica del danno (come nel caso in cui l'esecuzione dell'obbligazione possa ripercuotersi sulla stessa esistenza della società o anche sulla prosecuzione dell'attività aziendale).

Ciò premesso, il ricorrente, con riferimento al *periculum in mora*, lamenta il fatto che l'illegittimo diniego del prestito richiesto lo condannerebbe "a trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto agli altri competitor del mercato della distribuzione, che beneficerebbero dell'ingente iniezione di liquidità immediata". Pertanto, il ricorrente fonda la sua richiesta sul fatto che l'omessa concessione del suddetto finanziamento, da parte della Banca, lederebbe il diritto alla protrazione dell'attività economica, facendo sostanzialmente venir meno la liquidità necessaria al fine di consentire all'impresa di agganciare la ripresa economica. Orbene, ritiene, questo tribunale, che le deduzioni della parte e la documentazione allegata dalla stessa, non consentano di ravvisare il *periculum* necessario per l'emanazione di un provvedimento d'urgenza. Non vi è, infatti, l'imminenza del *periculum*, in quanto il diniego della Banca di concedere il finanziamento non impedisce al ... di ricorrere ad altre agevolazioni previste dal Decreto liquidità (D.L. 23/2020 convertito in legge il 4/07/2020) o ad altre fonti di finanziamento, o, infine, di richiedere ad altri istituti di credito, diversi dalla Banca convenuta, il finanziamento in questione. Infatti, come precisato da controparte, la validità della delibera del Fondo di Garanzia è stata prorogata di ulteriori tre mesi, ossia fino al 26 novembre 2020 (non il 26 agosto), ben potendo, pertanto, il ricorrente, attendere l'esito

del reclamo e rivolgersi ad altro istituto di credito, per ottenere l'erogazione del credito senza perdere alcuna opportunità. Né viene dedotto un concreto pregiudizio irreparabile, quale potrebbe essere, ad esempio, il rischio di non riuscire a proseguire l'attività aziendale, in mancanza della concessione del credito, e il rischio di chiusura dell'attività, pericolo non specificamente dedotto (non bastando, a tal fine, il richiamo ad una generica difficoltà di ripresa economica), né tanto meno provato (ad esempio, a mezzo di documentazione contabile, quale il bilancio, attestante la effettiva grave crisi economica della ditta, tale da far intravedere la chiusura definitiva della stessa). In più il lamentato pregiudizio di controparte ha natura esclusivamente patrimoniale, suscettibile, pertanto, di pieno ed integrale ristoro, ciò che esclude l'irreparabilità del pregiudizio; è, infatti, lo stesso ricorrente a definire una pura eventualità il concretizzarsi di una situazione di svantaggio che si realizzerebbe solo nel caso in cui altri dovessero ricevere un finanziamento, con conseguente possibile alterazione del rapporto di forza all'interno del mercato della vendita dei carburanti.

In definitiva, in mancanza di specifiche deduzioni e prove, non si ravvisa il concreto pregiudizio che potrebbe subire l'impresa individuale del ricorrente (né tanto meno il collegamento dello stesso con la condotta della banca resistente), essendosi, quest'ultimo, limitato ad una prospettazione, peraltro in via meramente potenziale e probabilistica, di un danno di natura prettamente economica (e come tale concettualmente non irreparabile).

La riscontrata insussistenza del requisito del periculum ha rilievo assorbente, rendendo irrilevante l'ulteriore indagine in ordine al concorrente presupposto del *fumus boni iuris*. Si impone, quindi, una pronuncia di rigetto del ricorso, con ogni consequenziale provvedimento in ordine al regime delle spese della presente fase cautelare, le quali seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, tenuto conto delle questioni giuridiche affrontate, nonché dell'attività processuale svolta dai procuratori.

P.Q.M.

- 1) Rigetta il ricorso;
- 2) Condanna parte ricorrente alle spese di lite della resistente che si liquidano in € 2.124,00, per compensi professionali, oltre spese forfettarie, IVA e CPA come per legge.

TRIBUNALE DI CALTANISSETTA DELL'8 LUGLIO 2020

...omissis

Il ricorso è volto ad ottenere l'emissione in via d'urgenza di un provvedimento che imponga alla Banca resistente di effettuare il pagamento della somma di Euro 25.000,00 in applicazione della previsione di cui all'art. 13 della d.l. 23/2020 (cd. *decreto liquidità*), nella considerazione che la stessa è titolare della ditta individuale denominata ...

La Ditta è stata iscritta alla Camera di Commercio di Caltanissetta in data 09.09.2015 (v. doc. n. 1) ed esercita la sua attività giusta Comunicazione Suap rilasciata dal Comune di Caltanissetta in data 25.09.15 prot. ... La Ditta ha avuto sempre dipendenti con contratto a tempo indeterminato, determinato e con rapporti intermittenti. Dal primo gennaio 2020 il numero dei dipendenti a tempo indeterminato assunti è di ... unità. La ditta ha subito una quasi integrale falceria del ricavato per il 2020 in ragione della emergenza sanitaria in corso.

Deve premettersi che la norma in esame (art. 13 d.l. cit) interviene in un periodo di grande crisi economica conseguita alla ancora non cessata epidemia pandemica denominata " COVID 2019 " che ha mietuto diverse centinaia di migliaia di vittime nel pianeta ed il cui effetto devastante si è avuto anche in campo produttivo ed economico in genere.

Allo scopo di agevolare l'immissione di liquidità nel sistema il Governo italiano ha deliberato, con il predetto art. 13, un aiuto a sostegno anche delle PMI prevedendo:

- un finanziamento fino a 25.000 mila euro (non sostitutivo di una linea di credito o finanziamento preesistente), rivolto ai soggetti, la cui attività è stata danneggiata dall'emergenza coronavirus già non in difficoltà economica prima del 31.12.2019;

I soggetti interessati che possono accedere al finanziamento del decreto liquidità rientrano nelle seguenti categorie: - PMI, persone fisiche che esercitano impresa arti e/o professioni (anche forfettari), Enti privati (associazioni, fondazioni, consorzi ecc.), solo se iscritti alla Camera di Commercio, startup .

Dalla platea dei beneficiari dei prestiti sono escluse tutte le aziende che hanno finanziamenti in default a febbraio 2020 e restano, in ogni caso, escluse anche le imprese che presentano esposizioni classificate come "sofferenze" ai sensi della disciplina bancaria.

Il prestito prevede una garanzia dello stato è al 100%, concessa con procedure semplificate e gratuita.

. La liquidità con garanzia gratuita, per l'effetto, è assimilabile a un contributo a fondo perduto. Le imprese che utilizzano le garanzie iniziano quindi a "spendere" il plafond messo a disposizione dal quadro degli aiuti temporanei mentre sarà lo Stato (mediante il Fondo di Garanzia per PMI *mirato alle imprese fino a 499 dipendenti e mediante il Sace per le imprese più grandi*) a garantire integralmente gli Istituti bancari eroganti con il ritorno delle somme in cassa.

- L'importo, nella misura massima di € 25.000,00, non dovrà essere superiore al 25% dei ricavi come risultanti dall'ultimo bilancio o dichiarazione fiscale (trattasi del bilancio 2018 depositato) o da autocertificazione per i soggetti beneficiari costituiti dopo il 1.1.2019.

Il limite assoluto di 25.000 € troverà applicazione solo in riferimento a PMI e

professionisti con ricavi/compensi pari o superiori a 100.000 € (100.000*25%).

- I tassi di interesse applicati e le commissioni che tengono conto della copertura dei soli costi di istruttoria e di gestione dell'operazione finanziaria. I prestiti fino a 25.000 euro hanno un tasso abbastanza basso, tra 1,2 e 2%.

- la restituzione del prestito garantito è in sei anni e l'inizio del rimborso del capitale scatta non prima di 2 anni dall'erogazione ;

QUANTO AL FUMUS

Sussiste il *fumus boni iuris* in merito alla pretesa di parte ricorrente ad ottenere il chiesto finanziamento garantito di Euro 25.000,00 da parte della Banca resistente presso la quale intratteneva usuali rapporti bancari caratterizzati da assoluta trasparenza e puntualità già prima della pandemia. Emerge, infatti, documentalmente che la ricorrente ha presentato alla Banca resistente l'istanza specificamente rivolta ad ottenere il beneficio corredata dalla seguente documentazione: Dichiarazione Iva 2019 da cui si evinceva il fatturato relativo all'anno 2018 (v. doc. n.2)

Dichiarazione Iva 2018 relativa ai redditi del 2017 (v. doc. n. 3)

Modulo per la richiesta al fondo di garanzia (v. doc. n. 4)

Il Modello Unico 2018 relativo ai redditi del 2017 (v. doc. n. 5)

Modello Unico 2019 relativamente ai redditi del 2018 (v. doc. n. 6).

Dall'esame della documentazione in questione si evince che la ditta individuale ... non versava in condizioni di dissesto anteriormente alla pandemia, circostanza da cui può desumersi fondatamente che i mancati introiti del periodo Covid abbiano per la prima volta compromesso le sue potenzialità di prosieguo regolare dell'attività.

Inoltre dalla certificazione reddituale del 2019 (relativa ai redditi del 2018) emerge un fatturato per ricavi pari ad Euro ...,00 per l'effetto il finanziamento pari al 25 % ovvero il tetto massimo di Euro 25.000, richiesto risulta congruo e concedibile.

A fronte delle emergenze documentali sopra indicate la Banca ha opposto un generico

veto ascrivibile a suo dire a mancanza dei requisiti non meglio chiarita nei suoi specifici contorni.

La fruizione del finanziamento di Euro 25.000,00 costituisce un importante tassello nelle acquisizioni di liquidità che contribuirà anche ad evitare il licenziamento dei dipendenti.

QUANTO AL PERICULUM

Appare evidente che il ritardo nel provvedere lederebbe oltremodo il diritto alla protrazione dell'attività economica, comportando il rischio di insorgenza di un *default* irreversibile nell'attività della ricorrente, anche in considerazione del fatto che l'attività di ... sta subendo forti arresti anche dopo la recente ripresa, attesa la diffidenza della gente a frequentare posti affollati e le notizie allarmanti che giungono sul fronte "pandemia" .

Proprio tale emergenza impone di concedere la chiesta cautela *inaudita altera parte*, dal momento che la fissazione dell'udienza per assicurare il contraddittorio tra le parti frustrerebbe le esigenze della parte ricorrente;

- Visti gli artt. 669 bis e ss.; 700 cpc;

PQM

ORDINA

Alla Banca ..., Filiale di Caltanissetta, in persona del direttore pro-tempore, il pagamento immediato, in applicazione dell'art. 13 d.l. 23/2020, in favore della ricorrente ... nella qualità di legale rappresentante della ditta individuale ... , della somma di Euro 25.000,00;

... *omissis*

**LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO NEL DECRETO
“LIQUIDITÀ”: NOTA A MARGINE DI DUE
ORDINANZE EX ART. 700 C.P.C. ***

(The assessment of creditworthiness in the “Liquidity” Decree: a commentary on two decisions according to article 700 c.p.c.)

SOMMARIO: 1. Un orientamento ambivalente della giurisprudenza. - 2. Il quadro normativo di riferimento. -3. La necessaria valutazione del merito creditizio. - 4. Conclusioni.

1. Le ordinanze in commento offrono significativi spunti di riflessione in ordine a taluni aspetti problematici della recente normativa emergenziale la quale, come è noto, è stata adottata per rimediare ai danni provocati, sul piano economico e sociale, dalle misure restrittive imposte dal governo per limitare il diffondersi del coronavirus. Nello specifico, occorre aver riguardo al disposto di cui all’art. 13, lett. *m*), del d.l. n. 23, dell'8 aprile 2020 (c.d. Decreto “Liquidity”), convertito con legge n. 40 del 5 giugno 2020, il quale, con riferimento a talune topologie di prestiti (per somme non superiori a 30.000 euro) concessi alle imprese in difficoltà a causa del covid-19, prevede che la garanzia del Fondo centrale PMI copra l’intero importo finanziato.

L’ambigua formulazione del testo della norma, crea alcuni dubbi interpretativi in merito alla circostanza che a carico della banca gravi, in riferimento a tali tipologie di prestiti, un *obbligo di finanziamento*, cui sarebbe correlato un *diritto soggettivo* dell’impresa di ottenere la somma richiesta a mutuo.

Viene, sul punto, in rilievo quanto stabilito dalla menzionata disposizione di legge secondo cui «il soggetto finanziatore eroga il finanziamento coperto dalla

*Contributo approvato dai revisori.

garanzia del Fondo, subordinatamente alla verifica formale del possesso dei requisiti» previsti dalla normativa, senza attendere, peraltro, l'esito definitivo dell'istruttoria effettuata dal gestore del Fondo medesimo. Da qui, le perplessità sull'applicazione, in tali ipotesi, della procedura di valutazione del merito creditizio delle imprese richiedenti che gli istituti creditizi sono tenuti ad eseguire nella fase istruttoria preliminare all'erogazione dei prestiti.

Nel delineato contesto, si collocano le ordinanze in commento le quali, invero, evidenziano la difficoltà di pervenire, in *subiecta materia*, ad inequivocabili soluzioni interpretative. Nello specifico, entrambe le vicende, sottoposte al vaglio dei giudici, riguardavano richieste di finanziamento (interamente coperto da garanzia statale) che erano state tuttavia rigettate dalla banca, nonostante i richiedenti fossero in possesso dei requisiti previsti dalla disciplina emergenziale. Ne è conseguita l'attivazione da parte di questi ultimi della procedura d'urgenza di cui all'art. 700 cod. proc. civ., il cui buon esito, come è noto, è subordinato, altresì, alla verifica della presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Nel dettaglio, il Tribunale di Napoli ha osservato che il ricorrente aveva fondato la propria richiesta «sul fatto che l'omessa concessione del ... finanziamento», da parte della Banca, avrebbe leso «il diritto alla protrazione dell'attività economica, facendo sostanzialmente venir meno la liquidità necessaria al fine di consentire all'impresa di agganciare la ripresa economica». Di contro, ad avviso del giudice, le deduzioni del ricorrente e la documentazione allegata dallo stesso, non consentivano di ravvisare il *periculum* necessario per l'emanazione di un provvedimento d'urgenza; ciò in quanto il diniego della Banca di concedere il finanziamento non avrebbe impedito all'interessato «di ricorrere ad altre agevolazioni previste dal Decreto liquidità (D.L. 23/2020 convertito in legge il 4/07/2020) o ad altre fonti di finanziamento, o, infine, di richiedere ad altri istituti di credito, diversi dalla Banca

convenuta, il finanziamento in questione».

Sicché, la validità della delibera del Fondo di Garanzia, prorogata, nel caso di specie, di ulteriori tre mesi rispetto alla data originaria, non avrebbe impedito al ricorrente di «attendere l'esito del reclamo e rivolgersi ad altro istituto di credito, per ottenere l'erogazione del credito senza perdere alcuna opportunità». Il Tribunale di Napoli, dunque, non rinviene, nella normativa emergenziale, alcun obbligo di finanziamento posto a carico della banca; ne consegue che il rifiuto opposto dall'ente creditizio non avrebbe comportato alcun pregiudizio per il ricorrente, «essendosi, quest'ultimo, limitato ad una prospettazione, peraltro in via meramente potenziale e probabilistica, di un danno di natura prettamente economica (e come tale concettualmente non irreparabile)».

Di contro, nella vicenda sottoposta al vaglio del Tribunale di Caltanissetta, il giudice ravvisa la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* nella documentazione, presentata dal ricorrente, idonea a dimostrare che i mancati introiti dovuti alla pandemia in corso, avrebbero compromesso le potenzialità di prosieguo regolare dell'attività produttiva dell'impresa. Peraltro, il ritardo nella concessione del prestito, avrebbe leso «oltremodo il diritto alla protrazione dell'attività economica ... comportando il rischio di insorgenza di un default irreversibile nell'attività della ricorrente», donde la sussistenza del *periculum in mora* che ha imposto «di concedere la chiesta cautela *inaudita altera parte*, dal momento che la fissazione dell'udienza per assicurare il contraddittorio tra le parti» avrebbe pregiudicato gli interessi del ricorrente. Di qui, l'ordine alla banca di concedere immediatamente il prestito in favore dell'impresa in possesso dei requisiti formali previsti dalla normativa emergenziale.

2. A fondamento di questa divergente lettura della normativa applicabile nelle fattispecie sottoposte all'osservazione del giudice si rinviene un complesso quadro

normativo costituito dal Decreto-Legge n. 23 dell'8 aprile 2020 (c.d. Decreto "Liquidità", convertito, come si è detto, in legge n. 40 del 5 giugno 2020) che ha abrogato l'art. 49 del Decreto-Legge n. 18 del 17 marzo 2020, n. 27 (c.d. Decreto "Cura Italia", convertito in legge del 24 aprile 2020, n. 27). Quest'ultima disposizione è stata, dunque, sostituita dall'art. 13 del Decreto "Liquidità" il quale ha previsto specifiche misure di supporto offerto alle PMI da parte del Fondo centrale di garanzia PMI (art. 2, c. 100, lett. *a*) della legge 662/1996), estendendole fino al 31 dicembre 2020. Il complesso quadro disciplinare così delineato ha il chiaro obiettivo di far fronte alla contingente situazione di carenza di liquidità attraverso la concessione di prestiti, a condizioni particolarmente vantaggiose e con l'imposizione di apposite limitazioni, a favore di piccole e medie imprese in possesso di specifici requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla normativa¹.

Per completezza, occorre far presente che, nel rispetto dei criteri fissati in materia di aiuti di Stato e delle indicazioni contenute nei diversi *temporary framework* adottati dalla Commissione europea², il Governo italiano ha adottato, altresì, ulteriori provvedimenti per far fronte alla contingente situazione d'urgenza. Ci si riferisce, nello specifico, al Decreto-Legge, n. 34, del 19 maggio 2020 (cd. "Decreto Rilancio") che, completa, unitamente al Decreto-Legge, n. 76, del 16 luglio 2020 (cd. "Semplificazioni") e al Decreto-Legge, n. 104 del 14 agosto 2020, (c.d. Decreto "Agosto") il quadro normativo di riferimento in materia al fine di assicurare il rilancio dell'economia nazionale messa a dura prova dall'emergenza sanitaria.

La lett. *m*) dell'art. 13 del c.d. Decreto "Liquidità" introduce una garanzia, sia in

¹Per una disamina delle misure emergenziali, cfr. gli editoriali intitolati "Speciale Emergenza Covid-19" presenti sul sito www.giustiziacivile.com; CAPRIGLIONE, *La finanza UE ai tempi del coronavirus*, in *Riv. Trim. dir. econ.*, 1, 2020, p. 1 ss.; AA.VV., *Covid-19. Emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, a cura di D. ROSSANO, Bari, 2020.

²Consultabili sul sito <https://ec.europa.eu/>.

forma diretta che in riassicurazione, che copre l'intero importo di nuovi finanziamenti concessi da banche e operatori autorizzati ex art. 106 TUB, alle PMI e alle persone fisiche esercenti attività d'impresa, arti o professioni, nonché alle associazioni professionali e alle società tra professionisti, agli agenti di assicurazione, subagenti di assicurazione e broker iscritti alla rispettiva sezione del Registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi. Tale garanzia è subordinata al: (i) rilascio dell'autorizzazione della Commissione Europea ai sensi dell'art. 108 del TFUE; (ii) circostanza che tali attività siano state danneggiate dall'emergenza COVID-19 (e ciò venga espressamente attestato, mediante autodichiarazione rilasciata dal rappresentante legale dell'impresa richiedente); (iii) al fatto che i finanziamenti concessi, per un importo fino a 30.000,00 euro, prevedano l'inizio del rimborso del capitale non prima di 24 mesi dall'erogazione, abbiano una durata fino a 120 mesi e un importo (nei limiti massimi sopra indicati) determinato sulla base di predefiniti parametri, come risultanti dall'ultimo bilancio depositato o dall'ultima dichiarazione fiscale presentata alla data della domanda di garanzia ovvero, per i soggetti beneficiari costituiti dopo il 1° gennaio 2019, da altra idonea documentazione (da presentare anche mediante autocertificazione ai sensi dell'articolo 47 del DPR 445/2000)³.

Si è in presenza, dunque, di una normativa che prevede la concessione

³La garanzia è altresì concessa in favore di beneficiari finali che presentano esposizioni che, anche prima del 31 gennaio 2020, sono state classificate come inadempienze probabili o esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate ai sensi delle avvertenze generali, parte B), paragrafo 2, della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia, a condizione che le predette esposizioni alla data della richiesta del finanziamento non siano più classificabili come esposizioni deteriorate. Nel caso in cui le predette esposizioni siano state oggetto di misure di concessione, la garanzia è altresì concessa in favore dei beneficiari finali a condizione che le stesse esposizioni non siano classificabili come esposizioni deteriorate. La lettera m-bis specifica che per i finanziamenti di cui alla lettera m) concessi fino alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, i soggetti beneficiari possono chiedere, con riguardo all'importo finanziato e alla durata, l'adeguamento del finanziamento alle nuove condizioni introdotte dalla legge di conversione.

automatica della garanzia fornita dal Fondo PMI, in presenza di prestiti per somme pari o inferiori ad euro 30.000. Di contro, detto automatismo non opererà per finanziamenti di importo superiore a tale cifra per i quali, dunque, la garanzia scatterà soltanto dopo approfondite valutazioni tecniche.

Sullo sfondo, invero, come si è evidenziato in altra sede⁴, si ravvisa il concreto pericolo che la richiesta di prestiti da parte di imprese bisognose possa contribuire ad aggravare la posizione debitoria di queste ultime nei confronti delle banche e dunque ad aumentare il numero di NPL in circolazione. Orientano, in tal senso, le considerazioni espresse, di recente, da esponenti dell'Organo di vigilanza secondo i quali lo shock macroeconomico generato dalla pandemia da Covid-19, a parità di altre condizioni, potrebbe determinare un forte aumento di *Non Performing Loans*⁵.

Si comprendono, pertanto, le perplessità sollevate, in sede tecnica e politica⁶, in merito all'opportunità di ricorrere al canale bancario per far pervenire alle imprese la liquidità necessaria al fine di assicurarne la ripresa delle attività; ciò tenuto conto, altresì, di alcuni profili problematici che sono sorti con riguardo alle modalità

⁴Cfr. D. ROSSANO, *Spunti di riflessione sulle misure a sostegno delle imprese nella normativa emergenziale*, in AA. VV., *Covid-19. Emergenza sanitaria ed economica. Rimedi e prospettive*, cit., p. 65 ss.

⁵In particolare, come è stato osservato in sede tecnica, nel breve periodo i provvedimenti legislativi sulle moratorie e sulla sospensione delle rate dei mutui per l'acquisto di abitazioni, nonché gli interventi a sostegno dei redditi delle famiglie e della continuità aziendale delle imprese «avranno l'effetto di contenere, anche in misura significativa, il flusso di prestiti deteriorati». Di contro, nel medio termine le ricadute dell'epidemia sulla qualità del credito «dipenderanno dalla durata della recessione e dalla rapidità della ripresa». Di qui, l'esigenza, a nostro avviso, di uno specifico intervento che permetta una gestione più flessibile rispetto al passato dei crediti in sofferenza. Orientano, in tal senso, da ultimo, le disposizioni introdotte dal Regolamento (EU) 2020/873 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2020, in vigore dal 27 giugno 2020, secondo cui le banche potranno applicare alle esposizioni garantite da governi nazionali o da altri soggetti pubblici, fattori di ponderazione favorevoli già previsti, ai sensi dell'art. 47-quater, paragrafo 4, del Regolamento (UE) n. 575/2013 (Regolamento "CRR"), per i crediti assistiti dalla garanzia delle agenzie ufficiali per il credito all'esportazione.

⁶Cfr., per tutti, TREMONTI, *Sbagliata liquidità a imprese attraverso banche. Eurobond via migliore*, come riporta *Il Giornale* del 22 aprile 2020, consultabile su <https://www.ilgiornale.it/news/economia/tremonti-sbagliata-liquidit-impres-atravverso-banche-1857008.html>.

operative mediante le quali le risorse vengono erogate alle imprese dagli istituti creditizi. Ci si riferisce alle specifiche difficoltà connesse alle verifiche formali da queste ultime svolte nella fase di valutazione preliminare dei requisiti in presenza dei quali autorizzare la concessione del prestito. È il caso di precisare, sul punto, che gli istituti bancari, soprattutto in una fase di prima applicazione della disciplina, hanno mostrato una certa ritrosia a concedere prestiti alle imprese anche per somme non superiori a 30.000 euro, per le quali la copertura della garanzia come si è detto, è massima. Ragioni di opportunità operativa, unitamente alle preoccupazioni legate alle possibili difficoltà connesse all'escussione delle garanzie, nonché i timori circa le lungaggini burocratiche prevedibili in riferimento alla procedura in parola, hanno indotto, a nostro avviso, le banche ad assumere atteggiamenti attendisti e conservativi.

3. L'analisi della questione sottoposta alla valutazione dei giudici non può prescindere dalla considerazione che la c.d. valutazione del merito creditizio è connaturata all'attività di concessione di finanziamenti⁷ e consiste, in estrema sintesi, in un 'giudizio probabilistico' che l'operatore finanziario pone in essere nei confronti del richiedente, finalizzato alla verifica delle prospettive di solvibilità di questo

⁷Sottolinea, da ultimo, che il vaglio del merito del credito imposto alla banca finanziatrice non si esaurisce nel momento genetico del rapporto creditizio, richiedendosi una ulteriore e non meno rigorosa verifica in sede di eventuale rinegoziazione dei contratti, posto che il dovere della banca di prevenire il protrarsi dell'agonia della società debitrice non si sostanzia unicamente nel negare ulteriori approvvigionamenti di denaro, ma anche nell'impedire la rinegoziazione di esposizioni debitorie scadute in termini tali da consentire ad un'impresa irreversibilmente insolvente di permanere sul mercato, grazie a queste dilazioni, distruggendo la ricchezza residua destinata (anche) alla soddisfazione degli altri creditori che su tale situazione facciano affidamento, ABRIANI - BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banc borsa tit. cred.*, 1, 2020, p. 44 s.

ultimo⁸.

Viene, dunque, in rilievo la *ratio* sottesa alle verifiche di cui trattasi, la quale è stata rinvenuta, per solito, nel prevenire fenomeni di sovraindebitamento del richiedente e, al contempo, nella salvaguardia del corretto svolgimento delle dinamiche di mercato, oltre che nell'esigenza di assicurare la stabilità del sistema bancario nel suo complesso⁹. Come è stato opportunamente osservato in dottrina, la correttezza dello svolgimento della procedura di valutazione circa il merito creditizio delle imprese interessate ad ottenere finanziamenti, favorisce, più in generale, l'accesso al credito, essendo finalizzata a salvaguardare le ragioni dei soggetti interessati, in osservanza del principio della sana e prudente gestione¹⁰. Si comprende, per tale via, l'attenzione che il legislatore presta alla materia in esame, avuto riguardo alla necessità di tutelare le esigenze dei clienti, unitamente a quelle delle imprese operanti nel contesto produttivo «con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche»¹¹.

Sotto altro profilo rileva l'orientamento della normativa (europea e nazionale) che fornisce specifiche indicazioni sulle modalità mediante le quali dette valutazioni devono essere effettuate al fine di evitare giudizi errati o, comunque, approssimativi.

⁸In questi termini, CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. Trim. dir. Econ.*, 4, 2019, p. 399.

⁹Sul punto cfr., per tutti, GRASSO, *Commento all'art. 120-undecies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Milano, 2018, p. 2018 ss.; SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 183 ss. e Corte Giust. CE, Sez. IV, 24 marzo 2014, causa C-565/12, in *Giur. it.*, 2015, (2), 285 ss., con nota di AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*.

¹⁰In questi termini, opportunamente, SABBATELLI, *Covid-19 e merito di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, in corso di pubblicazione. Per un'attenta analisi del nesso fra «sana e prudente gestione» e funzione di controllo dei rischi, con alcune notazioni critiche, v. SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove Disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, p. 147 ss., spec. p. 167 ss.).

¹¹In tal senso Cass. civile sez. I, 07/06/1999, n.5562.

Ci si riferisce, in particolare, alla regolazione europea che richiama l'esigenza di identificare un «insieme di metodi, processi, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informativi che fungono da supporto alla valutazione del rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a classi o aggregati (di rating e alla stima quantitativa dei default e delle perdite per un dato tipo di esposizione» (art 142, comma 1, punto 1, del Regolamento 575/2013, CRR). Particolarmente avvertita è inoltre la necessità che ciascun ente creditizio si doti di solidi criteri cui riferirsi in sede di erogazione del credito, nonché di valide procedure decisionali (cfr. 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, CRD IV).

Analogamente, venendo al contesto regolamentare nazionale, la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 «*Disposizioni di Vigilanza per le banche*», con specifico riguardo al disposto di cui agli artt. 120-*undecies* e 120-*duodecies* TUB in materia di contratti di credito ai consumatori, richiamando gli Orientamenti forniti in materia dall'EBA¹², sottolinea come il creditore dovrebbe adottare misure idonee a verificare la capacità di reddito attuale e pregressa del soggetto finanziato, tenere in debito conto gli eventuali andamenti irregolari nel corso del tempo e avere cura di predisporre solide procedure per valutare la capacità del richiedente di adempiere agli obblighi stabiliti dal contratto di credito.

Si è in presenza, pertanto, di indicazioni tese a realizzare un temperamento tra diversi interessi in gioco, vale a dire quelli delle imprese a conseguire le risorse necessarie per assicurare la ripresa della propria attività produttiva, e quelli degli istituti bancari, tenuti ad erogare finanziamenti a favore di soggetti che siano in grado

¹²Cfr. Orientamenti del 2015, consultabili https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1162894/36a26446-212c-4641-968a-94cd4b628b45/EBA-GL-2015-11_IT_GL%20on%20creditworthiness.pdf

di assolvere agli impegni assunti. La necessità di rinvenire un difficile equilibrio tra differenti esigenze è, del resto, correlata alla circostanza che l'inadempimento degli obblighi di rimborso posti a carico dei richiedenti possa produrre conseguenze negative non solo sugli *assets* della singola banca (limitando altresì la possibilità di quest'ultima di sostenere gli investimenti), ma anche sul piano sistemico. Da qui la condivisibile considerazione secondo cui la corretta valutazione del merito creditizio dell'impresa beneficiaria del prestito, assume rilevanza per la collettività stessa, ponendosi a presidio di interessi anche di carattere pubblicistico¹³.

Ne consegue che, se il legislatore emergenziale avesse inteso introdurre deroghe alle procedure di valutazione di cui trattasi, lo avrebbe fatto per via espressa. Non ci sembra, infatti, che l'inciso presente nell'art. 13, lett. *m*) del Decreto "Liquidità", secondo cui le banche sono tenute ad effettuare una verifica formale in ordine al possesso dei requisiti di legge delle imprese interessate, legittimi gli istituti creditizi a prescindere dalle consuete verifiche del merito creditizio dei richiedenti, senza incorrere, peraltro, nelle relative sanzioni (anche) di carattere penale.

Alla luce di quanto si è detto, ragioni di coerenza sistematica, inducono a prediligere un'interpretazione della citata norma che vada nel senso di riconoscere, in presenza di determinate condizioni, l'attivazione automatica della garanzia pubblica, ferma restando l'autonomia decisionale dell'istituto creditizio in merito alla scelta di erogare o meno il finanziamento richiesto¹⁴. Confermano tale assunto le indicazioni rinvenibili sul sito internet di uno dei principali gruppi bancari italiani, secondo cui, in

¹³Cfr., per tutti, SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, in *Commentario alla Direttiva 2014/17/UE*, a cura di Sirena, Gruppo24Ore, 2016, p. 3 ss

¹⁴Contra RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *i Contratti*, 4, 2020, p. 467, secondo la quale, per le tipologie di prestiti di cui in discorso, il finanziamento viene concesso "automaticamente, gratuitamente, e senza valutazione", in quanto la sua erogazione sarà subordinata soltanto ad un'istruttoria del finanziatore limitata ad una verifica essenzialmente formale del possesso dei requisiti.

riferimento per l'appunto ai prestiti di cui alla lettera *m*) dell'art. 13 del Decreto "Liquidità", la garanzia pubblica è concessa automaticamente, laddove il finanziamento *può* essere erogato dalla banca, *successivamente all'esito positivo della valutazione del merito creditizio*¹⁵.

4. Alla luce di quanto precede, può ribadirsi che la normativa emergenziale non prevede deroghe alle procedure di valutazione del merito creditizio delle imprese interessate ad ottenere prestiti di importo non superiore ad euro 30.000, per i quali - lo si ripeta - la copertura della garanzia del Fondo centrale PMI è invece totale e automatica. Sicché, non sembrano porsi, con riguardo alla citata normativa, profili di legittimità costituzionale derivanti dall'imposizione di obblighi di finanziamento a carico degli istituti bancari¹⁶. Anzi, in tale contesto, ci appare ancora più avvertita l'esigenza di assicurare verifiche accurate, in considerazione della circostanza per la quale il peso di un eventuale inadempimento degli obblighi restitutori, in ultima istanza, graverebbe sulla collettività.

Sotto altro profilo, si è dell'avviso che l'eventuale decisione di rigetto della richiesta di finanziamento presentata dall'impresa in difficoltà a causa dell'attuale situazione d'urgenza, debba comunque essere motivata. Orientano, in tal senso, le considerazioni di carattere generale espresse, in materia, dall'ABF secondo cui sussiste un «diritto del cliente a ricevere indicazioni, anche se di carattere generale (in quanto applicazione di criteri elaborati per la generalità della clientela), ma pur sempre adeguatamente rapportate alle concrete circostanze individuali, circa le ragioni dell'eventuale diniego di credito». Tuttavia, il principio della «discrezionalità

¹⁵Consultabili sul sito <https://www.unicredit.it/it/piccole-imprese/iniziative-per-le-imprese-decreto-liquidita-per-le-imprese.html>

¹⁶Dubbi di incostituzionalità al riguardo sono mossi da DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, cit., p. 259.

imprenditoriale nella concessione del credito» rende insindacabili gli «orientamenti dell'intermediario», essendo di pertinenza di quest'ultimo «valutare ogni richiesta di credito ... "sulla base di criteri ... propri"», tenuto conto delle «caratteristiche personali del richiedente»¹⁷. Se ne deduce, dunque, che la banca sarà tenuta a motivare la decisione di rigetto della richiesta di finanziamento presentata dall'interessato, ferma restando l'insindacabilità della scelta adottata.

Sicché, l'eventuale violazione dell'obbligo di motivare la scelta adottata, può acquisire una autonoma rilevanza sotto il profilo risarcitorio, ma non è idonea ad incidere sulla validità del provvedimento assunto che afferisce a valutazioni di opportunità e convenienza, riservate unicamente all'istituto creditizio. Depone per tale conclusione, quanto risulta dal Bollettino della Banca d'Italia (n. 10/2007), secondo cui «laddove si decida di non accettare una richiesta di finanziamento, è necessario che l'intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente (e) ... andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito». Richiamando tali istruzioni, il collegio dell'ABF di Napoli, con decisione n. 8100 del 21 settembre 2016, ha concluso pertanto che, in caso di diniego del fido, gli intermediari debbono darne conto al cliente e anche specificarne, sia pure in forma generica, il motivo.

Pertanto, con riferimento al caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Caltanissetta in commento, potrebbe acquisire significativo rilievo la circostanza, che risulta dal testo dell'ordinanza, secondo cui «a fronte delle emergenze documentali ... la Banca aveva opposto un generico veto ascrivibile a suo dire a mancanza dei requisiti non meglio chiarita nei suoi specifici contorni». L'assenza di chiare indicazioni in merito alle ragioni che hanno indotto l'istituto creditizio a rigettare l'istanza di prestito, potrebbe dunque giustificare un'azione risarcitoria attivata dal soggetto

¹⁷Decisione del Collegio di coordinamento dell'ABF n. 6182 del 29 novembre 2013.

richiedente, non essendo invece idonea a permettere a quest'ultimo di conseguire il finanziamento negato.

Più in generale, va osservato che il ricorso alla procedura d'urgenza ex art. 700 c.p.c. proposto da coloro la cui richiesta di finanziamento, presentata ai sensi della normativa emergenziale, sia stata respinta, difficilmente potrà essere accolto. Infatti, il richiedente non può essere considerato titolare di un *diritto al finanziamento*, eventualmente leso nell'ipotesi di diniego della concessione del credito, non essendogli peraltro preclusa la possibilità di rivolgersi ad altri istituti creditizi. Tale ultima circostanza rende, altresì, *diabolica* la prova del *periculum in mora* consistente nella insorgenza di una posizione di oggettivo svantaggio nella quale l'impresa richiedente verrebbe a trovarsi, rispetto agli altri soggetti operanti in quel determinato settore economico, sì da rendere concreto il pericolo di un suo *default* irreversibile. Del resto, orientate nel senso qui rappresentato appaiono le stesse dichiarazioni espresse dal Premier Conte che, all'indomani dell'entrata in vigore del Decreto "Liquidità", invitò le banche a compiere «un atto d'amore per l'Italia»¹⁸. È evidente la consapevolezza di chiedere interventi non giustificati sul piano della razionalità economica, bensì da contingenti motivazioni di natura 'sentimentale' necessarie in un momento difficile come l'attuale.

Diego Rossano

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

¹⁸Cfr. la notizia riportata sul sito del giornale "Il Fatto Quotidiano" in data 29 aprile 2020, consultabile qui: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/04/29/coronavirus-conte-alle-banche-chiedo-un-atto-damor e-per-litalia-uno-sforzo-per-erogare-subito-liquidita-alle-imprese/5786287/>.