

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

1 / 2022

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. Cocozza, 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. Gaspari, 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, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, E. Maria Lombardi, 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:

A. Cilento, L. Di Brina, V. Donativi, L. Di Donna, A. Miglionico, I. Sabbatelli,
A. Sacco Ginevri, M. Sepe, D. Siclari, V. Troiano

PARTE PRIMA

ARTICOLI

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Responsabilità sociale d’impresa e sviluppo sostenibile (Corporate Social Responsibility and Sustainable Development)*.....1

PAOLO GAGGERO – *Forme tecniche di finanziamento e contratti di leasing (Financing techniques and leasing contracts)*.....26

FRANCESCO GUARRACINO – *Information technology e valutazione del merito creditizio (Information technology and creditworthiness assessment)*.....65

VARIETÀ

CIRO ALESSIO MAURO – *La sharing economy nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) tra Stato e mercato (Sharing economy in the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) between State and market)*.....83

CLAUDIA MARASCO – *La circolazione dei titoli di debito e lo sviluppo di un mercato sostenibile: profili di criticità (The circulation of debt securities and the development of sustainable market: critical profiles)*.....137

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

GIUSEPPE MELIS – *La sentenza n. 149/2021 e il trascurabile “onere” del 20 per cento sul patrimonio netto delle BCC irrispettose del disegno legislativo: considerazioni sul “prezzo” della libertà secondo la Consulta (The Court decision No 149 of 2021 and the negligible “duty” of 20% on the net capital of cooperative credit banks in contrast with the normative proposal: reflections about the “price” of liberty according to the Supreme Court), nota a sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2021*.....1

PARTE PRIMA

ARTICOLI

RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA E SVILUPPO SOSTENIBILE *

(Corporate Social Responsibility and Sustainable Development)

ABSTRACT: *This article examines the discipline of 'corporate social responsibility (CSR)', moving from the doctrinal debate which identifies the CSR as a platform of various elements that links the regulatory objectives of the business model that affect the economic strategies.*

The analysis focuses on environmental protection, the need for energy independence, and the need to develop an adequate sanitary framework aimed to provide assistance during the pandemic crises. As a result, there are several questions regarding the suitability of traditional organisation forms of company with respect to the scopes of social sustainability, and the adoption of ethical codes which qualify the decision-making processes. The provisions of the Italian Constitution support the thesis according to which the legislator, through the recent amendments of arts 9 and 41 of the Constitution, has introduced an innovative vision of business based on principles of social sustainability.

Therefore, the idea that at the centre of a new way of business management oriented to 'social' there is the concept of responsibility intended in a sense that goes beyond the technical juridical meaning of terminology. This should be seen in a sense that expands its function to the recognition of implications of ethical/social nature which are paramount in economic turmoil, implications that although enshrined in the Constitution Chart have received for a long time scant consideration in the legal system.

* Testo della Relazione predisposta per il Convegno “L’ecosistema del mercato europeo tra diritto e innovazione” svoltosi a Pisa il 24 giugno u.s., al quale l’Autore non ha potuto partecipare essendo positivo al Covid.

SOMMARIO: 1. Etica dell'impresa e cultura della responsabilità. - 2. Libertà d'iniziativa economica e responsabilità sociale: verso un nuovo modello manageriale. - 3. *Segue:* ...la riforma degli artt. 9 e 41 cost. - 4. I comportamenti socialmente responsabili tra imputabilità e concorrenza. - 5. Responsabilità sociale e sviluppo sostenibile.

1. Il tema della responsabilità è stato da sempre al centro degli interessi dei giuristi per la sua interazione con il libero agire e, dunque, con l'esito delle proprie azioni. Nel tempo la nozione di responsabilità è stata declinata in modalità diverse afferenti ai molteplici aspetti in cui possono articolarsi le attività dell'uomo giuridicamente rilevanti. Il concetto di responsabilità è stato, pertanto, distinto vuoi con riguardo alla natura negoziale dei rapporti privatistici in osservazione (dove il suo dispiegarsi nella fase precontrattuale, contrattuale, extracontrattuale), vuoi nel riferimento a specifici settori di carattere pubblicistico (amministrativo, contabile, penale, costituzionale, internazionale, ecc.). Di fondo, emerge il principio che la creazione negoziale deve preservare dall'arbitrio¹, laddove sul piano amministrativo rileva la tutela dello Stato in presenza di condotte antiggiuridiche, individuabili anche nel caso in cui sussista una mera illegittimità².

Più complessa appare la qualificazione della 'responsabilità politica' la quale vede associati ad un concetto giuridico di base elementi che pongono l'accento sul profilo comportamentale di colui che, investito di una carica politica, è chiamato a rispondere per scelte effettuate nel contesto di una 'operatività libera nel fine', per cui gode della massima indipendenza e fruisce di immunità parlamentari. È evidente come in questo caso la responsabilità è permeata di una valenza etica e filosofica che le deriva dall'esercizio della funzione cui è riconducibile, nel quale dovrebbe comunque essere garantita piena coerenza tra l'attività posta in essere dagli organi

¹Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 15.

²Cfr. PILATO, *La responsabilità amministrativa, dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, 2019.

rappresentativi e gli orientamenti maggioritari espressi dal corpo elettorale.

Da ultimo, la nozione di ‘responsabilità sociale dell’impresa’- oggetto della presente analisi -, secondo un orientamento consolidato della dottrina, si compendia di elementi variegati che raccordano agli scopi che contraddistinguono la tipologia imprenditoriale del modello codicistico *finalità altre*, il cui perseguimento incide sulle strategie aziendali³. Conseguono la configurabilità di elementi definitivi che affiancano alla adeguatezza dei tradizionali strumenti orientati alla produttività - e, dunque, alla creazione di profitto - l’osservanza di regole etico sociali, come il rispetto degli equilibri ambientali e dei diritti umani, intesi nella loro più ampia accezione, vale a dire comprensiva della tutela dei lavoratori e della sicurezza dei prodotti.

Da tempo i giuristi si mostrano interessati alla individuazione dei nominati fattori caratterizzanti di tale responsabilità, ricercandone l’essenza vuoi nelle metodologie che consentono di conciliare la responsabilità giuridica con quella sociale (la quale a differenza della prima ha carattere collettivo), vuoi nell’etica dell’impresa che si riflette sulla sua economicità (*i.e.* equilibrio tra costi e ricavi raccordato ai livelli di profitto). Più in generale, il fenomeno in parola viene collegato al «progressivo sgretolamento dello Stato sociale» ed alla conseguente affermazione degli enti del settore *non profit*⁴, i quali si prefiggono scopi benefici ed assistenziali in linea

³Cfr. *ex multis* FRIEDMAN M., *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970; JONAS, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, traduzione italiana, Torino, 1990; OPPO, *Diritto dell’impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss; DAL MASO, *Introduzione: una definizione di Responsabilità Sociale d’Impresa*, in AA.VV., *Responsabilità Sociale d’Impresa, Concetti e strumenti per le banche*, Roma, 2002, 11 ss; ANTONUCCI, *La responsabilità sociale e l’impresa bancaria*, in AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, Bari, 2007, p. 175 ss; CONTE G., *La disciplina dell’attività d’impresa tra diritto, etica ed economia*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell’impresa*, Bari, 2009, p. 3 ss; MIGLIONICO, *Responsabilità sociale dell’impresa*, in *Mondo bancario*, 2011; ANGELICI, *Responsabilità sociale dell’impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 171. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Napoli, 2018.

⁴Cfr. ALPA, *Dalla riforma degli enti non profit alla nuova disciplina dell’impresa sociale*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell’impresa*, p. 74 ss.

con la formula del capitalismo solidale la quale affonda le sue radici nell'orientamento dottrinale che esclude la finalità lucrativa tra gli elementi essenziali dell'impresa⁵.

Sotto altro profilo, vengono in considerazione i variegati accadimenti che convergono nel causare criticità all'ecosistema, recando profonde turbative negli equilibri indispensabili per assicurare una prospettiva di crescita che guardi anche al futuro delle nuove generazioni. Da qui il soffermarsi della riflessione sul rispetto dell'ambiente al fine di evitarne il degrado (con ovvie conseguenze letali per la salute)⁶, sull'esigenza di una autonomia energetica, sulla predisposizione di un idoneo apparato sanitario in grado di fornire un'adeguata assistenza in presenza di crisi epidemiche.

Si delinea una problematica che spazia dalla identificazione delle cause che danno vita al fenomeno in esame (che vede l'impresa farsi carico di compiti che fuoriescono dalla sua ortodossia concettuale), alla possibilità d'inquadrarne la *ratio* in un ambito di diretta riferibilità al mercato, all'uopo riconducendo quest'ultimo ad un contesto relazionale dominato dalla fiducia e dalla solidarietà⁷. In particolare, si sottolinea che «pur parlando la lingua del mercato» un *agere* che sia qualificato socialmente responsabile si misura «con le forze morali», affrontando la sfida di superare i particolarismi in vista di una nuova forma di coesione delle forze economiche improntata all'affermazione di valori universali.

È evidente come la responsabilità d'impresa, analizzata in un'angolazione siffatta, trovi nel meccanismo della imputazione dell'attività socialmente rilevante il presupposto per la verifica dei profili finalistici dei comportamenti posti in essere.

⁵Cfr. per tutti OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.

⁶Cfr. LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza commerciale, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 203 ss.; PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809 ss.

⁷Cfr. CONTE G., *Introduzione a AAV.VV.*, *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit. p. XI.

Essa assume, quindi, specifico rilievo allo scopo di accertare la rispondenza della attività svolta al disegno di un'impresa orientata ad una progettualità disancorata da mere logiche utilitaristiche per essere finalizzata alla crescita ed al benessere dell'uomo. In tal modo emerge il profilo positivo degli investimenti che siano rivolti alla costruzione di una società nella quale sviluppo del capitale umano, tutela dell'ambiente ed incremento della capacità relazionale con gli *stakeholders* configurano gli obiettivi delle imprese che intendono porsi come "socialmente responsabili". Si comprende, altresì, come la cultura della responsabilità sociale si ponga a fondamento del cd. sviluppo sostenibile, assurgendo a 'nuova frontiera' dell'etica della finanza.

Consegue la proposizione di numerosi interrogativi concernenti in primo luogo l'adeguatezza delle tradizionali forme organizzative dell'impresa con riguardo alla predisposizione di un raccordo funzionale ad obiettivi di carattere sociale nonché all'adozione di codici etici che ne qualifichino l'operatività.

Diviene, quindi, oggetto d'indagine la capacità delle grandi, piccole e medie imprese di gestire in modo efficace le problematiche d'impatto sociale; ciò nel riferimento alle forme operative ed alla dimensione dei destinatari, nonché alla presenza o meno di fattori propulsivi nelle zone d'insediamento dei medesimi. Ciò apre una prospettiva di graduazione nella responsabilità sociale d'impresa, a seconda cioè che se ne valuti l'incidenza sulla gestione delle risorse umane e naturali (dove la riferibilità alla sicurezza nel lavoro ed alla conservazione dell'equilibrio ambientale) ovvero sulle comunità locali e sulla filiera produttiva.

Analogamente, viene in considerazione la responsabilità sociale che si riscontra allorché l'impresa decide di orientarsi non più ai soli profili economici della attività posta in essere, bensì alla creazione di un valore riconducibile al rispetto delle persone, dell'ambiente e del territorio nel quale è insediata. In questo caso, assume un ruolo guida il principio di sostenibilità, quale metro di valutazione per adeguare

l'agere al conseguimento degli obiettivi avuti di mira. Esso sottende, dunque, la osservanza di alcune 'linee guida' che sottolineano la volontarietà, la trasparenza e la qualità dei processi produttivi, ovviamente integrati nei differenti rami aziendali.

In tale contesto logico la *sostenibilità* dell'impresa diviene presupposto per l'attivazione di congrue relazioni, per la definizione di remunerazioni eque agli esponenti aziendali, per correlare l'entità dei livelli reddituali riconosciuti agli azionisti alla effettiva misura dei profitti realizzati, per assicurare adeguate forme di tutela delle minoranze. Ne consegue che essa, a ben considerare, risulta dimensionata agli scopi programmatici dell'«Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile» che ha istituito alcuni macro-obiettivi da raggiungere entro detta data, i quali si connotano, sotto il profilo assiologico, per essere finalizzati alla lotta alla povertà, al contrasto al cambiamento climatico, nonché ad assicurare modelli di organizzazione del lavoro rispettosi della dignità dell'uomo⁸.

Crescita economica, consumo e produzione responsabili divengono, quindi, gli elementi costitutivi di un paradigma imprenditoriale che si pone a fondamento della costruzione di una nuova socialità d'impresa, volta ad incrementare le forme di coinvolgimento e di cooperazione tra le persone, nonché a stimolare i processi creativi aprendosi all'ascolto degli input rivenienti dalla società civile. Consegue l'esigenza di definire linee strategiche che consentano di eliminare ampia parte dei rischi gestionali, promuovendo al contempo l'attuazione di un'adeguata integrazione nel *business* aziendale dei cd. criteri ESG, i quali - com'è noto - rilevano sul piano ambientale, sociale e di *governance*; a questi ultimi, è bene che si accompagni il cd. *bilancio di sostenibilità*, strumento di rendicontazione delle attività che un'impresa

⁸Nella Giornata Mondiale dell'Ambiente, celebrata il 5 giugno 2021, le Nazioni Unite hanno ufficialmente dato l'avvio al Decennio per il Ripristino dell'Ecosistema, indicando gli obiettivi ambientali" dell'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals – SDGs*); se ne veda la specificazione su <https://www.reteclima.it/agenda-2030-e-sdgs-sustainable-development-goals-gli-obiettivi-ambientali-di-sviluppo-sostenibile>.

realizza in linea con le indicazioni sottese ai medesimi.

Un'indagine così orientata consente di verificare se, e in qual misura, una impresa che si proponga in qualità di società responsabile socialmente consegua la possibilità di migliorare costantemente, avendo raggiunto un razionale punto di equilibrio gestionale. Quel che appare certa è l'attivazione, in detta ipotesi imprenditoriale, di una particolare flessibilità interpretativa dei canoni ordinatori dello sviluppo aziendale; fermo restando, comunque, che il dato caratterizzante in parola non può preludere ad un *agere* che si risolva in una sorta di 'beneficenza' a favore dei destinatari dell'attività svolta. Ed invero, la consapevolezza della dimensione sociale da ascrivere allo sviluppo economico - che qui contraddistingue la 'fattispecie impresa' - non può indurre a contrastare le esigenze della collettività, come alcuni lustri or sono ebbe modo di precisare un'illustre dottrina sottolineando che «il diritto sociale espresso dalla società [...] pone sullo stesso piano eticità e professionalità»⁹.

2. Com'è noto, la nostra Costituzione riconosce il principio di libertà riferito all'iniziativa economica (art. 41, comma primo), richiamando peraltro l'essenza imprenditoriale di quest'ultima nell'obbligatorio rispetto dell'utilità sociale (comma secondo) e il possibile intervento legislativo che ne indirizzi e coordini i contenuti a fin i sociali (terzo comma). Si è in presenza di una costruzione normativa per solito interpretata ponendo l'accento sul confine tra «libertà e controllo», individuato avendo riguardo alla rilevanza dell'interesse sociale coinvolto; tesi puntualmente confermata dalla dottrina la quale, con riferimento specifico alla imprenditoria bancaria, ha ravvisato nel testo del successivo art. 47 cost. una estensione dell'intervento del regolatore ai momenti (disciplina, coordinamento e controllo)

⁹Cfr. OPPO, *Una nota conclusiva sulla responsabilità sociale dell'impresa*, in AAV.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit. p. 279.

della sua articolazione¹⁰.

Tale incontro tra libertà di iniziativa economica ed interesse sociale attesta l'attenzione del legislatore per l'esigenza di eticità dell'impresa; si individua un orientamento volto a massimizzare gli effetti della conciliabilità tra «diritto della impresa e morale sociale», ritenuta realizzabile in presenza di una «produttività dell'organizzazione» e di un impiego corretto (o, più esattamente, conforme ai canoni disciplinari) dei fattori della produzione¹¹. Indirizza in tal senso il riferimento a valori che si compendiano in un principio di solidarietà il quale, secondo le indicazioni della Corte costituzionale, è «espressione della profonda socialità che caratterizza la persona»¹².

Si è in presenza di un dato caratterizzante del nostro sistema giuridico che trascende la comune natura sottesa all'esercizio dell'attività imprenditoriale per dare spazio ad una visione fortemente innovativa ispirata ai principi che presidiano il perseguimento e la supremazia dell'utilità sociale; obiettivo che, del resto, si evince da altre significative disposizioni della cd. costituzione economica, quelle degli artt. 45 e 46, nelle quali si evidenzia la «funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità» e rispettivamente «l'elevazione economica e sociale del lavoro», per tal via riportando all'organizzazione della impresa la tutela dei molteplici fattori connessi ai processi di produzione.

Consegue un sempre più diffuso convincimento del 'ruolo sociale' dell'impresa cui si ricollegano numerosi studi della dottrina dedicati all'individuazione dei diversi aspetti di 'un modo nuovo' di gestione della medesima,

¹⁰Cfr. tra gli altri PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 353ss; CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 36 ss; MERUSI, *Rapporti economici*, in *Comm. della Costituzione*, a cura di Branca, Roma - Bologna, 1980, sub art. 47. p. 153 ss; RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc.giur.*, Treccani, Roma, 2001; AMOROSINO, *Costituzione economica: note esplicative di una nozione controversa*, in AA.VV., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Pellegrini, Vicenza, 2016, p. 125 ss.

¹¹Cfr. OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 25 ss, ove si sottolinea l'esigenza di superare, nell'analisi sul diritto d'impresa, l'unità dei singoli, dovendo l'indagine essere orientata a guardare al di dell'«accettazione sociale» delle regole.

¹²Cfr. sentenza n. 75 del 1992.

al centro del quale v'è la *responsabilità* - intesa in un senso che va oltre la portata tecno/giuridica del termine - di coloro che ne guidano l'*agere*. La formula imprenditoriale - la quale, in linea con le indicazioni della più autorevole dottrina giuridica, è stata analizzata nella sua essenza di peculiare momento di sintesi tra «attività ed organizzazione»¹³ - amplia ora la sua portata funzionale; in essa si addivene, infatti, al riconoscimento delle implicazioni di natura etico/sociale che si individuano in presenza dei fenomeni economici, implicazioni la cui fisionomia e rilevanza, pur essendo riconducibile al dettato costituzionale, è stata a lungo scarsamente considerata nell'ordinamento.

Come agli inizi di questo millennio veniva chiaramente sottolineato a livello europeo la *Corporate social responsibility* implica l'ingresso dei principi etici nella gestione strategica dell'azienda, per cui le organizzazioni sono chiamate ad integrare «questioni e ambientali nelle loro operazioni di *business*»¹⁴. Divengono per tal via ipotizzabili nuovi percorsi nelle logiche evolutive dei processi produttivi: il principio di *economicità*, quale criterio metodologico di ogni sana gestione, appare destinato a coniugarsi con nuovi schemi organizzativi e di produzione che sono funzionalizzati all'offerta di adeguate garanzie sociali. L'impresa non rileva soltanto come fattore economico, ma anche come «istituzione sociale», donde la sua nuova *performance* nella quale aspetti qualitativi appaiono equamente congiunti con altri reputazionali e di affidabilità¹⁵.

Da qui una nuova dimensione concettuale dell'impresa che se, per un verso,

¹³Cfr. OPPO, *Realtà giuridico globale dell'impresa nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.; ID., *L'impresa come fattispecie*, ivi., 1982, I, p. 109 ss.

¹⁴Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM (2001) 366 def; ID., *Comunicazione della Commissione. Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, COM (2002) 347 def.

¹⁵Cfr. CAPRIGLIONE, *Cultura delle responsabilità ed etica della finanza*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di Conte, Bari, 2008, p. 140 ss.

affonda le sue radici nella dottrina sociale della Chiesa¹⁶, per altro deve ritenersi coerente con la ricerca di una *progettualità* che non si esaurisce nel conseguimento del massimo profitto, ma si estende alla «creazione durevole di valore in termini di produzione ed equa distribuzione della ricchezza verso la collettività ed i suoi rappresentanti, prestando particolare attenzione alle risorse umane ed all'ambiente naturale»¹⁷. A quest'ultima si accompagna il convincimento che i risultati dell'attività imprenditoriale non devono misurarsi solo in base ad un mero calcolo del valore aggiunto economico, ma anche nel riferimento alla conservazione del patrimonio ambientale ed alla consistenza di livelli occupazionali, nonché avendo riguardo al superamento di finalità individualistiche mirate alla creazione di valore per i soli azionisti.

Si tende, quindi, ad una trasformazione della cultura aziendale e, dunque, alla configurazione di un modello manageriale che accetti come parte integrante della sua essenza la responsabilità, la quale sia indicativa di una piena adesione alle regole del mercato e rispettosa di taluni obiettivi a rilevanza etica che l'impresa deve fare propri. È questa una visione che riconduce l'etica tra le componenti del mercato: essa costituisce un *prìus* nell'attività economica e fa sì che quest'ultima si riproponga con una forza nuova; ed invero, la dignità, la solidarietà e l'uguaglianza identificano i valori ai quali ancorare le regole della produzione e dello sviluppo di un sistema capitalistico che non deve dar vita ad un'arida idolatria dell'accumulazione, bensì costituire una 'nuova frontiera' nella realizzazione di obiettivi sociali¹⁸.

L'esigenza di una modifica funzionale dell'impresa è avvertita già agli inizi di questo millennio allorché l'obbligo di conformarsi alle regole viene posto a base di una significativa funzione delle imprese - la *compliance* - che si fonda su specifiche

¹⁶Cfr. PELLEGRINI, *Impresa e finanza alla luce della dottrina sociale della Chiesa*, in AA.VV., *Finanza impresa e nuovo umanesimo*, a cura di Capriglione, Bari, 2007, p. 31 ss.

¹⁷Cfr. CARRASSI, *Aspetti etico sociali in economia aziendale*, Bari, 2004, p. 5.

¹⁸Cfr. CAPRIGLIONE, *Il Rapporto tra etica e mercato alla luce dell'insegnamento di Papa Giovanni Paolo II*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, a cura di Loiodice e Vari, Roma, 2003, p. 677 ss.

competenze tecniche ed è preordinata al raggiungimento di elevati livelli di eticità nelle imprese¹⁹. Viene data così concretezza alla 'responsabilità della gestione', destinata a trovare espressione nel controllo sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti aziendali; donde la possibilità di assicurare l'efficienza e la stabilità degli operatori, la parità tra questi e la presenza di adeguate garanzie nei confronti dei risparmiatori investitori.

È evidente come dal formalismo delle regole si passi agli effetti positivi della conformità ai precetti di cui le prime sono portatrici. L'intreccio tra responsabilità ed eticità trova, infatti, nell'osservanza delle regole un naturale punto di convergenza che - favorendo la crescita dei livelli reputazionali dell'impresa ed evitando la possibilità di crisi (di per sé causa di disvalore) - reca un apprezzabile contributo alla formazione di una realtà aziendale a dimensione d'uomo. La cultura della responsabilità sociale - nel rivelare piena rispondenza alle logiche di una società a struttura pluralistica - pone a fondamento dell'azione svolta dagli operatori la doverosità di talune linee comportamentali: queste ultime riguardano non solo le singole gestioni aziendali, ma anche la ricerca di adeguati rimedi ai grandi problemi insoluti, sia interni ai diversi paesi sia internazionali.

Si delineano scenari futuri che, nell'acuta previsione di un economista, sono stati considerati in grado di condurre a nuovi equilibri tra mercato e democrazia fondati su «nuove forze, altruiste ed universali, [...] all'opera [...] sotto l'imperativo di una necessità ecologica, etica, economica, culturale e politica»²⁰.

3. Le considerazioni dianzi esposte trovano conferma nella significativa sensibilità del regolatore nazionale per la tutela dell'ambiente, la quale ha trovato innovativa espressione agli inizi del 2022 nella riforma degli artt. 9 e 41 della Costitu-

¹⁹Cfr. CAPRIGLIONE, *Introduzione a AA.VV., Finanza impresa e nuovo umanesimo*, cit., p. 21.

²⁰Così ATTALI, *Introduzione a Breve storia del futuro (Une Brève histoire de l'avenir, 2006)*, trad. Eleonora Secchi, Roma, 2007.

zione, normativa che ha ampliato il paradigma delle tutele costituzionali del patrimonio paesaggistico, storico e artistico della nazione, ora estese anche all'ambiente, alla biodiversità, agli ecosistemi ed agli animali.

È bene far presente che la nostra Costituzione nel testo elaborato dai padri costituenti nel 1948, nonostante la presenza di alcune norme riguardanti l'ambiente, ad avviso di parte della dottrina, non mostrava piena «consapevolezza riguardo a temi, ora preminenti, come quello della sostenibilità ambientale delle attività umane e quello della conservazione di un equilibrato rapporto fra sviluppo e ambiente»²¹. Tale lettura della Carta, già alla fine del secolo scorso, non era condivisa da un autorevole studioso secondo il quale, invece, la «nozione globale d'ambiente [per quanto] difficilmente afferrabile [esprime] unità di finalità [correlate] alle esigenze di una società industriale complessa, come la nostra»; donde la sua rispondenza ad «un'orditura che si ritrova nel tessuto normativo costituzionale»²². Da qui il raccordo ipotizzato in letteratura tra la tutela prevista dall'art. 9 e i contenuti del successivo art. 32, procedendo ad una aggregazione tra la funzione afferente alla salute/servizi sociali e quella del governo del territorio²³.

Da tali divergenze interpretative sembra potersi dedurre che il tenore della previgente normativa costituzionale abbia avallato un orientamento della Carta circoscritto alla valutazione delle interazioni tra interessi diversi (in parte pubblici, in parte privati); ciò con il risultato che la salvaguardia di tali interessi appariva subordinata alla realizzazione di complesse scelte, fondate su un criterio di ponderazione (alla base del quale si rinviene un'attività conoscitiva/informativa). D'altronde, l'opinione in ordine alla opportunità di dar corso - in vista della tutela di siffatti inte-

²¹Cfr. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009, p. 611 ss.

²²Cfr. PREDIERI, *Paesaggio*, (voce) in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, p. 509 ss.

²³Cfr. CAPACCIOLI e del PIAZ, *Ambiente(tutela dell')*, in *Nss. D.I.*, Appendice, 1980, p. 258 ss; CORASANITI, *Profili generali di tutela giurisdizionale contro il danno ecologico*, in *AA.VV.*, *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, *passim*; PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 13 ss.

ressi - ad «una organizzazione degli ordinamenti di convivenza, degli apparati istituzionali e del loro modo di agire»²⁴, non sembra idonea a ricondurre l'efficacia dell'attività da promuovere al di là di una valenza 'precauzionale' e, dunque, ad una forma di «tutela della salute [disposta] in una logica preventiva», per cui si addivene alla configurabilità di una «*dimensione sociale dell'ambiente*»²⁵.

Ciò posto, è evidente come la recente riforma legislativa che ha inserito la tutela ambientale tra i principi fondamentali della Carta costituzionale italiana segni una importante svolta nella valutazione di una tematica il cui contenuto oggettivo e finalistico (*i.e.* «la tutela dell'ambiente»), fin dal secolo scorso, dal Giudice delle leggi è stato ritenuto «come elemento determinativo della qualità della vita», la cui protezione «non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività»²⁶. Un significativo passo su tale linea interpretativa della Consulta si ha a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nel 2001, allorché viene ribadita la tesi secondo cui 'la tutela dell'ambiente' - in ragione del profilo teleologico della relativa disciplina - «rappresenta un compito primario dello Stato, nell'esercizio del quale quest'ultimo «conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi in tutte le Regioni e non derogabili da queste»²⁷.

Si è, peraltro, in presenza di una costruzione nella quale la «tutela del paesaggio», senza alcun'altra specificazione, fa riferimento all'«ambiente nel suo aspetto visivo»²⁸, ponendosi quale «limite inderogabile alle competenze dei legislatori

²⁴Cfr. PREDIERI, op. cit., p. 511

²⁵Cfr. ROVITO, *L'ambiente nella Costituzione italiana tra presente e futuro dopo la bocciatura del referendum costituzionale*, visionabile su www.tuttoambiente.it/commenti-premium/ambiente-costituzione-italiana-presente-futuro-bocciatura-referendum-costituzionale

²⁶Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 641 del 1987.

²⁷Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 232 del 2005; nello specifico l'«ambiente» viene considerato un 'valore' che denota una sorta di 'trasversalità' riferibile alle discipline finalizzate alla tutela della salute ambientale, necessaria per evitare ripercussioni negative sulla persona umana.

²⁸Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 367 del 2007, nella quale si precisa che l'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle 'bellezze naturali', bensì «l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni che presentano valore paesaggistico».

territoriali»²⁹. Si è, quindi, lontani dalla identificazione delle ragioni che, solo di recente, hanno indotto il nostro legislatore a rimodulare i contenuti ed il fondamento della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che oggi sono stati inseriti nel più ampio contesto di una rivisitazione della parte prima della costituzione, relativa ai 'diritti e doveri dei cittadini'; ciò in una logica che riconosce l'«ambiente» non solo come patrimonio naturalistico, bensì come valore primario ed assoluto da cui dipende la stessa sopravvivenza della nostra specie³⁰.

La lettura del nuovo testo dell'art. 9 cost. - ora integrato dalla statuizione che attribuisce alla Repubblica la «tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», prevedendo altresì che «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali» - non può prescindere dal contestuale riferimento alle modifiche recate dal legislatore al successivo art. 41. Entrambe tali disposizioni devono, infatti, essere analizzate nel riferimento al loro impatto ecologico in quanto anche l'esercizio della iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno «alla salute e all'ambiente», oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, già previste nel testo della disposizione in parola. Ne consegue che l'attività economica pubblica e privata può/ deve essere indirizzata e coordinata non solo a fini sociali, ma anche «ambientali»; per cui la 'riserva di legge' prevista dall'art. 41 cost. deve intendersi volta ad ampliare l'ambito oggettivo di riferimento dei programmi e controlli praticabili dalla legge *in subiecta materia*.

In tale contesto la tutela dell'ambiente finisce col coincidere con quella della cittadinanza, che la Repubblica annovera tra le sue funzioni in un'accezione più ampia rispetto al passato; l'*ambiente* riceve il riconoscimento di principio fondante della Costituzione, a fronte di una semplice menzione prevista dall'art. 117, secondo

²⁹Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 234 del 2010.

³⁰Cfr. BENEDETTO, *L'ambiente tra i principi fondamentali: così la nostra Costituzione è ancora più bella*, editoriale visionabile su www.ilfattoquotidiano.it/2022/02/13/lambiente-tra-i-principi-fondamentali-la-nostra-costituzione-e-ancora-piu-bella.

comma, cost. e di taluni riferimenti interpretativi della giurisprudenza costituzionale formulati previa estensione esegetica della nozione di 'paesaggio' (come si evince dalle sentenze dianzi richiamate). Le numerose decisioni della Consulta nelle quali l'ambiente viene considerato un valore (che trasversalmente abbraccia molteplici materie) hanno trovato oggi la politica particolarmente sensibile nel recepire il messaggio di cui sono portatrici. Si è compreso, infatti, che solo la protezione - e, dunque, il rispetto - dell'ambiente, delle biodiversità e degli ecosistemi assicura e favorisce condizioni di vita necessarie a pianificare l'avvento di una *realtà sociale nuova*, meno egoistica e più solidale. Si spiega, quindi, il riferimento all'«interesse delle future generazioni», espressione (utilizzata per la prima volta dal legislatore) che assume un valore sintomatico per l'impegno dello Stato nel garantire il diritto ad una vita non ostacolata da situazioni di squilibrio dell'ecosistema e, in particolare, dalle turbative climatiche che per solito a queste si accompagnano.

Sotto altro profilo, la modifica dell'art. 9 cost. riflette l'orientamento UE in materia di tutela 'paesistico/ambientale', recepito dal Giudice delle leggi nella nota sentenza n. 71 del 2020, nella quale si evidenzia che la disciplina in parola non è più confinata nell'ambito nazionale «in considerazione della Convenzione europea del paesaggio, adottata a Strasburgo dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e ratificata con legge del 9 gennaio 2006, n. 14»³¹. Si assiste, quindi, ad un'evoluzione interpretativa che porta ad escludere l'individuazione dell'ambito interventistico dello Stato in una ben definita area protetta («l'ambiente») in quanto detta tutela, in ragione del suo carattere valoriale, è destinata a svolgere anche una funzione sociale, donde il richiamo all'interesse delle *generazioni future*.

Siamo in presenza di un positivo riscontro dell'intreccio di interessi che ruo-

³¹In argomento va fatto presente che la rilevanza in sede UE della tutela dell'ambiente si desume anche dall'art. 37 della *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* nel quale si prevede che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

tano attorno all'ambiente, alla biodiversità ed all'ecosistema, interessi ritenuti meritevoli di tutela per la loro interazione con la natura, ora considerata come un valore a sé. Si individua, quindi, un ampio campo d'intervento per l'attivazione di strategie che apportino benefici alle imprese ed agli attori coinvolti, dando spazio al cd. sviluppo sostenibile; quest'ultimo, come si specificherà qui di seguito, si pone a fondamento del successo economico delle imprese, il quale non è più riconducibile unicamente alla massimizzazione dei profitti a breve termine, bensì al perseguimento di obiettivi sociali e ambientali attuati nell'interesse dei consumatori.

È evidente come le modifiche della Carta costituzione sopra esaminate integrino gli obiettivi della responsabilità sociale delle imprese sotto variegati profili.

La peculiare rilevanza della tutela ambientale si traduce, infatti, in un *agere* orientato alla valutazione dei risultati ambientali, delle ecotecnologie e dell'eco-efficienza dei prodotti; attività queste la cui esecuzione richiede un impegno degli operatori di significativa importanza sul piano della responsabilità in quanto - a fronte di un attento e continuo controllo del rapporto tra la quantità dei prodotti e il loro impatto sull'ambiente - non può trascurarsi l'esigenza di sensibilizzare, nel contempo, i consumatori all'osservanza delle norme ambientali e sociali.

Sotto altro profilo, l'estensione degli obblighi connessi all'esercizio della iniziativa economica alla sicurezza della *salute* e dell'*ambiente*, entrambe perseguite nel rispetto della *utilità sociale*, introduce nella logica regolamentare la necessità di fissare «parametri condivisi che qualifichino e orientino l'impresa in tale direzione»³². Si giustifica l'affermazione di strumenti come la *compliance*, di cui prima si è detto, in grado di controllare ed orientare la funzione delle imprese, favorendo l'ingresso nel mercato di valori che tutelano la persona nella sua interezza³³.

Concludendo sul punto può dirsi che le recenti modifiche della nostra Carta

³²Cfr. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, IV, p. 124.

³³Cfr. ADDANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2007, p. 1131.

costituzionale hanno conferito una specifica vettorialità alla responsabilità sociale dell'impresa, traslandone l'essenza da mera forma di raccordo fra l'operatività aziendale ed i meccanismi della *self-regulation*³⁴ ad innovativo strumento delle modalità disciplinari del settore economico. Detta riforma esprime una presa d'atto del significativo ruolo che l'ambiente e la salute ricoprono nell'assicurare adeguati livelli della qualità della vita. È questo un chiaro segno dell'intento del legislatore italiano di conformarsi alla logica di ammodernamento del Paese che, nell'ultimo biennio, sembra stia orientando la politica ad uscire dalla stagnazione nella quale, purtroppo, l'hanno condotta la conflittualità tra i partiti, nonché il carattere divisivo che di sovente contraddistingue talune opzioni di questi ultimi.

Ed invero, pare vada affermandosi la consapevolezza di dover dare spazio ad una logica riformatrice che proceda ad una rivisitazione dei pilastri normativi del sistema disciplinare, muovendo dalla specificazione dei criteri che presiedono alla tutela dei diritti e delle libertà. La prospettiva di un nuovo modello di sviluppo - nel quale siano valorizzati gli aspetti positivi che da sempre qualificano l'Italia (creatività, cultura, arte, ecc.) - anima la 'speranza' che ravvisa nella «transizione al verde», intesa in un'accezione ampia (*i.e.* comprensiva del sostegno della natura e del raggiungimento degli obiettivi climatici), una meta ineludibile del percorso da compiere negli anni a venire.

4. L'identificazione del soggetto cui va riferito un comportamento rilevante sul piano giuridico costituisce - com'è noto - il criterio fondante, a livello civilistico, per l'imputazione della responsabilità non solo di una determinata attività, ma anche della organizzazione funzionale al suo esercizio. Il nostro codice civile identifica, infatti, l'esistenza di un legame inscindibile tra il soggetto, riguardato nella sua qualità di attore, e l'attività posta in essere con particolari modalità strumentali, che ne

³⁴Cfr. DE SCHUTTER, *Corporate Social Responsibility European Style*, in *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n. 2, pp. 203-261.

consentono la specificità definitoria; tale legame è a base della riconducibilità all'autonomia del primo dell'*agere* che deve considerarsi a lui imputabile in una logica che salda unitariamente aspetti personali e patrimoniali³⁵.

Tale impianto sistemico assume una peculiare configurazione - e, dunque, è destinato a subire modifiche - quando si è in presenza di una realtà contraddistinta dal dialogo tra diritto, etica ed economia. In particolare, non può trascurarsi di osservare che, in linea con quanto la creazione e la conservazione di 'utilità sociale' costituisce, per espressa indicazione della Carta costituzionale, un criterio derogatorio rispetto al principio della libertà dell'iniziativa economica, destinata a subire limitazioni in ragione della medesima. È evidente l'intento legislativo di ricondurre in una dimensione sociale il progetto di una nuova società, nella quale dovrebbe trovare affermazione una *modernità* rispettosa dei valori che conferiscono forza propulsiva al cammino umano.

In tale contesto, la 'responsabilità sociale' diviene presupposto di un protagonismo che vede gli operatori economici impegnati a valutare «gli effetti della attività...(svolta)...sui suoi destinatari e sull'ambiente», contribuendo per tal via «alla formazione di un'etica sociale»³⁶. Ciò interagisce sulla valutazione dei loro comportamenti, per cui dovrà essere imputata a loro carico l'aggressione all'ambiente, l'espansione di bisogni fittizi, le condotte opache nelle negoziazioni di mercato, ecc.; per converso, dovranno essere considerati aspetti operativi premianti l'assistenza sociale, la promozione della ricerca scientifica e della cultura, la capacità di coniugare il profitto economico alla solidarietà sociale.

Si delinea uno scenario nel quale il modello della responsabilità sociale, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, interagendo sulle variegate componenti dell'attività economica, affianca al conseguimento della redditività degli

³⁵Cfr. OPPO, *Principi*, Torino, 2001, p. 18

³⁶Cfr. ALPA, *Dalla riforma degli enti non profit alla nuova disciplina dell'impresa sociale*, in AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit., loc. cit.

operatori del mercato la tutela degli interessi della collettività. Si addviene alla realizzazione di precisi obiettivi rilevanti sul piano semantico; ed invero, pur restando ferme le finalità lucrative di talune iniziative, si impedisce a queste ultime di risolversi in negativo a livello sociale e ambientale. Più in generale, si individuano i presupposti di una società a struttura pluralistica, nella quale i meccanismi di imputazione dell'*agere* fanno ravvisare come *doverose* talune linee comportamentali che riguardano non solo le singole gestioni aziendali, ma anche la ricerca di rimedi ai grandi problemi insoluti, interni ai diversi paesi.

Ne consegue che l'adozione di politiche aziendali volte ad armonizzare l'obiettivo del profitto con quello della salvaguardia del patrimonio sociale ed ambientale (in un'ottica di sostenibilità futura) finisce inevitabilmente col riflettersi sulle modalità esplicative della concorrenza. Ciò in quanto la responsabilità sociale - nel promuovere la competitività ed il dinamismo operativo - è orientata ad un miglioramento quantitativo e qualitativo dell'occupazione, al rispetto degli interessi altrui, in sintesi alla realizzazione di una maggiore coesione sociale; essa esclude, quindi, comportamenti che possano risolversi in forme di concorrenza sleale ovvero che si presentino poco trasparenti e contrari ad una corretta fiscalità.

In tale realtà si prospetta un'apertura della logica di mercato segnata dalla opzione per la qualità dei beni forniti, la cui specificazione avviene nel riferimento ai diversi profili del processo di produzione e di distribuzione. Da qui l'inquadramento della responsabilità sociale come parte integrante della «catena del valore»; ad essa è, infatti, ascrivibile l'attenzione crescente dei consumatori per le caratteristiche immateriali (*i.e.* condizioni della fornitura, servizi di assistenza, personalizzazione del prodotto, ecc.) delle cose che acquistano, atteggiamento reso possibile dalla presenza di tecniche strumentali che favoriscono la trasparenza ed una valutazione informata. È evidente come gli attori del mercato diventino consapevoli delle aspettative della società civile e - grazie alla innovativa modalità d'essere della responsa-

bilità - adottino linee comportamentali rispondenti alle aspettative sociali, economiche ed ambientali dei destinatari della loro azione.

Si individuano i presupposti di una competitività caratterizzata dalla presenza di un impegno etico che interagisce positivamente sulle condotte poste in essere; e ciò nel senso di evitare la violazione della correttezza concorrenziale che è contraria agli interessi dei consumatori, in quanto - oltre a violare la libertà di partecipare alla gara che può essere vinta solo adoperando mezzi tipicamente leciti - si risolve per solito in una mancata armonizzazione tra gli obiettivi di profitto e quelli sociali/ambientali.

Consegue la possibilità di specificare la tesi della «conciliabilità tra diritto dell'impresa e morale sociale», ipotizzata da Giorgio Oppo avendo riguardo ad una «produttività della organizzazione» fondata su un impegno corretto; la quale, nel pensiero del grande Maestro, attestava la sua conformità ai canoni disciplinari dei «fattori di produzione»³⁷. A ben considerare, infatti, la tematica della responsabilità sociale dell'impresa - ponendo l'accento sulla fondamentale importanza del fattore umano nei processi economici e sociali - finisce col promuovere un modello concorrenziale che si caratterizza per la sua coerenza con *standard* di comportamenti etici che danno vita ad un modo di fare impresa volto non solo a soddisfare gli obblighi giuridici, ma anche a dare riscontro alle motivazioni morali che risultano integrate nella cultura d'impresa.

Si addivene ad una visione sistemica che riconduce l'etica tra le componenti del mercato, per cui diviene ammissibile un'attenuazione della rigida applicazione delle categorie della scienza economica (l'interesse, il profitto, l'efficienza, ecc.), nonché un'impostazione dei rapporti intersoggettivi che non sacrifichi a rigide valu-

³⁷Cfr. *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 15 ss, ove si sottolinea che sulla base di tale raccordo va fondata «la teoria giuridica e la disciplina dell'impresa».

tazioni tecniche i diritti umani³⁸. La responsabilità sociale consente di assumere in modo etico l'interdipendenza tra gli uomini, essendo di ostacolo ad una logica di mercato che non assolve alla finalità di una crescita di tutti, che è bene comune dell'intera società civile³⁹.

5. L'acquisita consapevolezza di dover orientare lo sviluppo in modalità che ne riconducono l'essenza ad un *agere* socialmente responsabile induce a ricercare una *formula* che, anche a livello terminologico, riesca a rappresentare l'esigenza di porre in essere un nuovo paradigma dell'attività economico finanziaria. È questa una ricerca risalente nel tempo allorché, a seguito della globalizzazione, si afferma il convincimento che lo sviluppo non può essere circoscritto nella angusta ed egoistica visione di uno schema strategico proteso allo sfruttamento delle risorse naturali, in modalità incuranti delle condizioni e compatibilità ambientali⁴⁰.

Ciò ha comportato la riferibilità ad una locuzione specificamente idonea per la definizione di un modello operativo orientato ad una flessibilità programmatica volta a promuovere l'adozione di soluzioni concrete nella integrazione tra fattori variegati, congiuntamente protesi al conseguimento di una meta comune: evitare le gravi irregolarità comportamentali che possono causare in futuro pericolosi danni alla comunità. In tale premessa logica è stato identificato nel termine *sostenibilità* l'indicatore di una innovazione progettuale che ha di mira uno sviluppo tecnologico e industriale rispettoso della natura; all'uopo imponendo di procedere nel processo economico attraverso un'attenta utilizzazione delle risorse rinnovabili.

³⁸Cfr. CAPRIGLIONE, *Il Rapporto tra etica e mercato alla luce dell'insegnamento di Papa Giovanni Paolo II*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, cit., loc. cit.

³⁹Cfr. CHARRIER, *La 'Sollicitudo rei socialis'. Principi di solidarietà e di interdipendenza e loro riflessi sulla pastorale della carità*, in *Carità, cooperazione, solidarietà sociale*, Roma, 1989, p. 23 ss.

⁴⁰Cfr. tra gli altri AA.VV., *Sviluppo, territorio e patti*, a cura di BOTTA, Bari 1998; COLLIER e DOLLAR, *Globalization, Growth and Poverty: Building and Inclusive World Economy*, World Bank, 2002, Oxford University Press.

Ben presto la sostenibilità diviene un *valore* ampiamente condiviso, declinato in molteplici modalità le quali convergono verso l'unitario obiettivo di sistematizzare gli esiti di una cultura incentrata sulla responsabilità sociale; da qui il riferimento dei comportamenti che caratterizzano le attività economiche a parametri etico sociali, si come ebbi modo di sottolineare in tempi ormai lontani⁴¹.

In siffatto contesto si comprendono le posizioni teoriche che, nell'intento di contrastare gli estremismi e di ricercare le ragioni della speranza, sono portate ad incentrare la riflessione relativa allo sviluppo economico sulla cosiddetta *teoria della liberazione*, che propone di coniugare gli esiti del processo produttivo all'istanza storica della liberazione dal bisogno e dalla povertà⁴². La sostenibilità in dette posizioni assume valenza etica, assurgendo ad ipotesi di cambiamento che rechi la massimizzazione dei risultati economici (in vista dei suoi benefici effetti) previa salvaguardia delle risorse e degli ecosistemi. Nel contempo, essa supporta il convincimento che l'economia debba essere considerata alla stregua di mezzo, vale a dire «come un aspetto, una dimensione della attività umana [e non] ne esaurisce i fini»⁴³; per cui possono e devono essere ricercate forme di conciliazione tra le esigenze della economia e quelle della solidarietà e della pari dignità.

È evidente come venga, per tal via, a delinarsi una 'visione pluralistica del benessere' che tiene conto dell'urgenza di ridare un senso umano all'economia ed ai suoi fini⁴⁴; essa si compendia nel riconoscimento di una modalità d'impiego delle ricchezze del pianeta coerente con la salvaguardia dell'ambiente e con l'osservanza

⁴¹Cfr. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza mercato globalizzazione*, cit., p. 192 ss.

⁴²Cfr. BOFF L., *La teologia, la Chiesa, i poveri. Una prospettiva di liberazione*, Torino, 2003; ID., *L'aquila e la gallina*, Milano, 1999.

⁴³Cfr. CARBONE, *Globalizzazione dell'economia, libertà dell'uomo e valori cristiani*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia, Itinerari per il terzo millennio*, a cura di Loiodice e Vari, Roma, 2003, p. 680; in senso conforme FLICK, *Economia ed etica nell'Europa della globalizzazione*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2003, n. 4., p. 138.

⁴⁴Cfr. BOTTA, *Della globalizzazione, dello sviluppo sostenibile e degli altri giochi possibili*, Bari, 2001.

di forme di equilibrio tra produzione e profitto⁴⁵. Viene, in tal modo, contestualizzato il tema della sostenibilità economica e ambientale attraverso la creazione di un circolo virtuoso che valorizza in chiave sociale il ritorno dell'investimento; di conseguenza la valutazione dell'impatto decisionale delle imprese, degli investitori e dei regolatori trova estrinsecazione in progetti che riescano a coniugare liberazione dal bisogno, libertà politica e coesione relazionale, valori tra loro convergenti ove siano ricondotti nell'alveo di un sano processo di sviluppo economico⁴⁶.

È evidente come la sostenibilità si presti ad essere declinata in una pluralità di modi i quali - nel riferimento comune ad una crescita duratura del sistema economico - afferiscono, per un verso, alla salvaguardia della società civile (e, dunque, degli individui che ne costituiscono l'essenza), per altro alla conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali. Di fondo, si individua l'esigenza di attivare, come puntualmente è stato sottolineato a livello internazionale, il processo di sviluppo economico in modalità volte ad evitare che i benefici conseguibili nel presente si producano a danno delle «generazioni future» alle quali, per evidenti ragioni di giustizia equitativa, devono essere garantiti gli stessi beni di cui oggi possiamo fruire noi⁴⁷; sicché va contestata l'aggressione al pianeta ed alle sue risorse attuata in una logica che supporta l'arbitrio dell'uomo nel convincimento di poter assoggettare la terra senza riserve alla sua volontà⁴⁸.

Si delinea uno scenario caratterizzato da un modo nuovo di valutare gli investimenti previa riferibilità della loro funzione alla costruzione di una società civile

⁴⁵Cfr. IANNARELLI, *La tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile tra diritto dell'economia e valori supremi*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia, Itinerari per il terzo millennio*, cit. 660 ss.

⁴⁶Cfr. tra gli altri DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Bari, 1996.

⁴⁷E' appena il caso di ricordare che fin dal secolo scorso importanti organizzazioni internazionali quali le Nazioni Unite, la World Bank e l'OECD, oltre ad influenti esponenti dell'Unione Europea hanno segnalato l'esigenza di innovare i modelli di produzione e consumo, al fine di proteggere la funzionalità degli ecosistemi naturali e di garantire una maggiore equità *intergenerazionale*; si veda per tutti il *Report of the United Nations Conference on the Human environment* del 1972 nel quale si evidenzia la necessità di una cooperazione tra gli Stati per la tutela ambientale.

⁴⁸Cfr. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, *passim*.

nella quale sviluppo del capitale umano, tutela dell'ambiente e crescita della capacità relazionale in ambito sociale si raccordano in un processo dinamico che coniuga unitariamente detti fattori. Questi ultimi, su un piano fattuale, sono legati da un rapporto di interdipendenza, per cui devono essere analizzati congiuntamente al fine di accertare la loro contestuale presenza indispensabile in un riscontro di conformità al criterio ordinatorio in parola.

Ciò posto, la *sostenibilità* denota specifica centralità in quanto appare portatrice di una 'metodologia' operativa che si contraddistingue per l'«interazione strategica» tra le nominate componenti del settore economico finanziario in vista di un cambiamento orientato ad una gestione delle risorse in termini rispettosi dei diritti dell'uomo. Detta caratterizzazione, per un verso, spiega la mancanza di una specifica coerenza degli obblighi che danno contenuto ad un *agere* sostenibile, per altro, esclude l'esigenza di uno specifico riferimento normativo all'applicazione di tale principio nelle variegate forme operative in cui si estrinseca la realtà economico finanziaria. Ed invero, versandosi in presenza di un criterio metodologico, deve ritenersi determinante (ai fini di ogni decisione da concretizzare sul piano operativo) la verifica di compatibilità tra l'*ethos* (sotteso ad una ottimale conformità agli obiettivi perseguiti sulla base di esso) e il comportamento che si intende tenere.

È altresì evidente come la logica che muove l'itinerario di rinnovamento gestionale delle risorse orientandolo in chiave sociale (oltre che rispettoso degli equilibri dell'ecosistema), induce a ipotizzare il superamento dell'«economia lineare», che punta al profitto senza tener conto dei danni che possano derivare da tale modello di sviluppo economico. A quest'ultimo dovrà essere sostituito un innovativo schema organizzativo che consenta uno sfruttamento razionale delle risorse (necessario ai fini della sopravvivenza del genere umano) realizzabile nel riferimento ad un modo di operare responsabile, quale si individua in presenza di una «economia circolare», definita in letteratura come *«framework per soluzioni di sistema [...] che*

costruisce resilienza a lungo termine, genera opportunità commerciali ed economiche, e offre vantaggi ambientali e sociali»⁴⁹.

Concludendo sul punto, può dirsi che la presa d'atto dell'esigenza di proteggere l'ambiente non deve essere circoscritta in una visione antropocentrica che ricorda la finalità di detta tutela alla mera conservazione dei luoghi in cui l'uomo vive. Significative, in proposito, devono ritenersi le indicazioni della dottrina sociale della Chiesa cattolica secondo cui l'ambiente non è un bene da salvaguardare in una logica di mercato, che ne impone la conservazione per il suo valore intrinseco. Ci si riferisce, in particolare, all'esortazione formulata nell'enciclica di Papa Giovanni Paolo II *Ecclesia in Europa* del 2003, nella quale si sostiene la necessità di «impegnarsi in modo nuovo per un corretto uso dei beni della terra stimolando quell'attenzione che oltre a tutelare gli *habitat* naturali, difenda la qualità della vita delle persone».

Francesco Capriglione

⁴⁹Cfr. *The circular economy as a de-risking strategy and driver of superior risk-adjusted returns*, White Paper Università Bocconi – Intesa Sanpaolo – Ellen MacArthur Foundation, 2021, p. 5.

FORME TECNICHE DI FINANZIAMENTO E CONTRATTI DI LEASING *

(Financing techniques and leasing contracts)

ABSTRACT: *The essay outlines a unitary account of the leasing contract, starting from its function in the national experiences from which it originates to determine which practical transactions can be properly ascribed to the concept. Moreover, the essay critically examines the judicial approaches to the leasing contract in Italy, and thus cautions against the limits of legislative definitions.*

SOMMARIO: 1. Il leasing nella disciplina di Vigilanza. - 2. Le strutture del leasing. - 3. La ricostruzione unitaria del leasing sul piano funzionale. - 4. L'allocazione convenzionale del rischio e i suoi riflessi. - 5. Il leasing nelle interpretazioni domestiche. - 6. (segue): la supposta affinità con figure tipiche. - 7. (segue): l'originale distinzione tra leasing operativo, traslativo e di godimento. - 8. L'accessorietà dell'effetto reale. - 9. Il leasing e il legislatore. - 10. La tipizzazione legislativa e i suoi limiti.

1. Il leasing finanziario¹ è un'operazione economico-giuridica che costituisce l'oggetto d'un contratto che configura una peculiare forma tecnica di finanziamento² che si colloca all'interno del mercato dei capitali³ di cui alimenta la competitività⁴. Ne è riprova il provvedimento della Banca d'Italia, 29 luglio 2009,

*Contributo approvato dai revisori.

¹Espressione preferibile al sintagma "locazione finanziaria" per De Nova [G.], *Leasing*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1995, 462 ss., e, *amplius*, Id., *Il contratto di leasing*, Milano, 1995. S'evita così di operare un'equivoca associazione al tipo della locazione. Tra i primi ad affrontare il problema dell'inquadramento dell'operazione economica in esame, v. Alpa [G.], *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 370 ss.

²Riassuntivamente, v. Herst [A.C.C.], *Lease or Purchase. Theory and Practice*, Hingham, 2012, *passim*.

³Cfr. Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *The Economic Impact of Leasing*, London, 1988, 13 ss., 145 ss.

⁴V. già Lewellen [W.G.], Long [M.S.] e McConnell [J.J.], *Asset Leasing in Competitive Capital Markets*, 31 [1976] *J. of Finance* 787 ss.

intitolato alla “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, nel testo risultante dalle modifiche di suo adeguamento alle disposizioni di recepimento sia della direttiva n. 2014/92/UE (c.d. PAD – *Payment account directive*)⁵; sia della direttiva n. 2015/2366/UE (c.d. PSD2 – *Payment services directive*)⁶; sia, prima ancora, agli orientamenti dell’EBA concernenti i dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio⁷. Il leasing finanziario vi è menzionato, in particolare in seno alla disciplina dei fogli informativi (sez. I, § 3) che le banche e gli altri intermediari creditizi non bancari hanno l’obbligo di mettere a disposizione dei clienti; e che debbono contenere informazioni sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell’operazione o del servizio oggetto di offerta e sull’intermediario. Ma l’operazione in discorso, in quel provvedimento, riceve specifica considerazione: vi si dice che per i contratti di leasing finanziario, in luogo del tasso di interesse è indicato il tasso interno di attualizzazione per il quale si verifica l’uguaglianza fra costo di acquisto del “bene locato” (al netto di imposte) e valore attuale dei canoni

⁵Si allude al provvedimento della Banca d’Italia, 18 giugno 2019, con cui si sono adeguate le disposizioni di vigilanza alla citata direttiva e al capo II-ter, titolo VI, t.u.b. in materia di conti di pagamento offerti a o sottoscritti da consumatori.

⁶Il riferimento è ai provvedimenti della Banca d’Italia, 19 marzo 2019 e 30 giugno 2021, intesi a conformare la disciplina di vigilanza alla direttiva da ultimo menzionata. Il primo, di più ampia portata, di iniziale adeguamento della detta normativa alla PSD2 e al capo II-*bis*, titolo VI, t.u.b. in tema di trasparenza dei servizi di pagamento (ma pure alle disposizioni di recepimento delle direttive n. 2014/17/UE, c.d. MCD – *Mortgage Credit Directive*, e n. 2008/48/CE, c.d. CCD – *Consumer Credit Directive*, così come modificate dal Regolamento n. 2016/1011/UE, cd. Regolamento *Benchmark*, in materia di informativa precontrattuale sugli indici di riferimento; agli Orientamenti dell’EBA su politiche e prassi di remunerazione per il personale preposto all’offerta dei prodotti bancari e per i terzi addetti alla rete di vendita; e agli orientamenti del *Joint Committee* delle Autorità Europee di Vigilanza o ESAs, *i.e.* EBA, ESMA ed EIOPA, relative alla gestione dei reclami; e all’esperienza maturata dalla Banca d’Italia nell’esercizio dei controlli sul rispetto della disciplina posta a tutela della clientela). Il secondo, specificamente inteso a modellare quella disciplina sull’articolo 106 della PSD2, là dove è stato con esso previsto che i prestatori di servizi di pagamento mettano a disposizione in modo facilmente accessibile nei rispettivi siti web e su supporto cartaceo l’opuscolo della Commissione europea illustrativo dei diritti dei consumatori nell’ambito dei sistemi di pagamento nell’UE.

⁷L’adeguamento, in proposito, è avvenuto con provvedimento della Banca d’Italia, 5 dicembre 2018, con cui è stata data attuazione ai richiamati orientamenti dell’Autorità Bancaria Europea 22 marzo 2016, EBA/GL/2015/18.

e del prezzo dell'opzione di acquisto finale (al netto di imposte) contrattualmente previsti. Con l'ulteriore precisazione che per i canoni comprensivi dei corrispettivi per servizi accessori di natura non finanziaria o assicurativa, andrà considerata solo la parte di canone riferita alla restituzione del capitale investito per l'acquisto del bene e i relativi interessi.

La disciplina di vigilanza regola il leasing finanziario, sia pure limitatamente a un profilo di dettaglio, ma non ne offre la definizione. Analogamente accade in seno al t.u.b. in cui, per un verso, la figura contrattuale in considerazione è solo citata, segnatamente per includerla nella definizione elencativa delle attività ammesse al mutuo riconoscimento (art. 1, co. 2, lett. f); e, per altro verso, è il leasing senza aggettivazione e quale sinonimo di locazione finanziaria (artt. 122, co. 3, e 125-*quinquies*, co. 3, t.u.b.) a essere citato, nel quadro della disciplina delle operazioni di credito ai consumatori (121 ss. t.u.b.), per escludere l'applicazione di talune disposizioni (art. 122, co. 3, t.u.b.) o normare taluni aspetti dell'inadempimento (artt. 125-*quinquies*, co. 3, t.u.b.)⁸. Nell'uno e nell'altro caso, il *nomen* d'una operazione attiva di finanziamento entra nel discorso *lato sensu* legislativo, che però non l'include tra i lemmi d'un vocabolario (im)posto nonostante esso non manchi nei testi normativi che la richiamano. La definizione di leasing finanziario e di leasing o locazione finanziaria è presupposta, data per scontata, sebbene nell'ordinamento domestico la ricostruzione del perimetro e dell'articolazione delle fattispecie riconducibili al leasing abbia dato luogo a incertezze o, senz'altro, a contrasti interpretativi in dottrina e giurisprudenza, anche con riguardo alla natura di, e alla disciplina applicabile a quel contratto (o raggruppamento contrattuale). E indice di un quadro (ancora) disordinato, se non confuso, è la stessa disomogeneità

⁸Per un resoconto delle ricorrenze nel discorso legislativo di espressioni evocative della figura contrattuale in esame, dopo Buonocore [V.], *Il leasing, ne I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato diretto da F. Galgano, I, Torino, 1995, 605 ss., v. Clarizia [R.], *La locazione finanziaria alla ricerca di una propria identità*, nel *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, 613 ss.

delle espressioni impiegate nel t.u.b. in enunciati normativi peraltro anteriori alla l. 4.8.2017, n. 124, in cui compare l'ultima descrizione e una disciplina di un contratto denominato "locazione finanziaria"⁹: espressioni tra le quali la disciplina di vigilanza ha attinto preferendo quella che per prima è colà impiegata con rilevante portata designativa d'una attività ammessa al mutuo riconoscimento, ma che è diversa anche dalla denominazione assegnata all'operazione tipizzata dalla legge da ultimo rammentata.

A comporre il quadro accennato ha probabilmente contribuito l'origine delle operazioni di leasing nell'esperienza nazionale, in cui sono penetrate traendole da prassi di *common law*¹⁰, così alimentandosi il fenomeno della circolazione dei modelli negoziali¹¹ che insinua novità aliene che consegna al campo dell'atipico, con cui gli interpreti debbono confrontarsi per comprenderne i caratteri, operare distinzioni e, sulla base degli uni e delle altre, reperirne una disciplina di fonte interna¹². Un campo in cui dette operazioni sono rimaste a lungo e forse, non ostante l'apparenza, ancora restano a dispetto della ricordata tipizzazione legislativa. Inoltre, si può ipotizzare che non abbia neppure giovato che il prototipo fosse stato rintracciato in ordinamenti in cui il leasing, non infrequentemente, è pure ricondotto a un'area in cui sono aggrumate diverse figure seguendo un criterio che ne coglie le assonanze sul piano economico velandone, invece, le (diverse) funzioni e strutture che riflettono la realtà giuridica delle operazioni¹³.

2. Quel che si attinge è l'idea che, ridotta all'essenziale, sta in ciò: che si possa confezionare un programma negoziale che consenta di finanziare

⁹ Per un primo appressamento, v. Viti [V.], *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma, 2018.

¹⁰ Tra i tanti, v. Clark [T.M.], *Leasing*, London, 1978, e Id., *Leasing Finance*, London, 1991.

¹¹ Sul fenomeno, v. Sacco [R.], *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 1992, 35.

¹² V. De Nova [G.], *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

¹³ Cfr. Blair [W.] et al. (eds.), *Bullen & Leake & Jacob's Precedents of Pleadings*, vol. 1, 19th edn., London, 2022, F, 20-05.

l'acquisizione immediata, da parte di chi abbia interesse a servirsene, del diritto (personale) di godimento di uno specifico bene in vendita e, poi, eventualmente anche della proprietà di esso, evitando il classico schema negoziale dell'acquisto verso il pagamento di una somma, pari al prezzo, prendendola a prestito e, casomai, costituendo in garanzia a favore del sovventore la cosa comprata¹⁴. E l'idea, che postula un soggetto interessato ad acquisire un bene alla propria sfera di utilità e un altro disponibile a sostenerlo nella realizzazione di tale proposito, si precisa nel più esemplare campione di leasing: su richiesta e indicazione del bene da parte del sovvenuto, è il finanziatore a comprare il bene, concedendoglielo poi in godimento verso il pagamento di somme periodiche commisurate al prezzo del bene e a un tasso di rendimento del capitale impiegato dal concedente; e concedendogli pure un'opzione di acquisto del bene a titolo oneroso alla scadenza del termine finale del rapporto. È il finanziatore a pagare il prezzo al venditore del bene; e il rendimento del capitale incorporato nelle somme ricevute dal sussidiato a cui concede il bene in godimento può riflettere anche i costi di finanziamento del primo se abbia acquisito a prestito, in tutto o in parte, il denaro necessario per eseguire la compravendita.

L'operazione negoziale delineata – in cui il sovventore è *lender* e *lessor* e il soggetto finanziato è *lessee* e *borrower* – presenta una struttura che è assai dissimile, anche sul piano degli effetti giuridici che produce, da quella alternativa dianzi additata che, per realizzare lo stesso scopo pratico dell'utilizzatore finanziato, si servisse di un contratto di credito come, a esempio, il mutuo. Ciò non soltanto perché la remunerazione del capitale non è rappresentata da frutti civili consistenti in interessi su un prestito. Indipendentemente che si consideri un *secured* o

¹⁴ Tra i tanti si possono confrontare Bierman [H.] e Smidt [S.], *The Capital Budgeting Decision*, New York, 1960; Philippatos [G.C.], *Financial Management: Theory and Techniques*, San Francisco, 1973; Bloomfield [E.C.] e Ma [R.], *The Lease Evaluation Solution*, *J. of Accounting and Business Research*, 1974, 297 ss.; Brealey [R.A.] e Myers [S.C.], *Principles of Corporate Finance*, New York, 1981.

unsecured loan (sub specie, nel primo caso, di un *loan secured on the good*), nel modello di leasing tratteggiato il *lessor*, durante il periodo di esecuzione del contratto e fino all'eventuale esercizio dell'opzione, conserva la proprietà del bene di cui al *lessee* è attribuita la sola detenzione perché ne goda. Invece, nel programma negoziale in cui l'utilizzatore si serve del prestito, egli è prestatario che consegue la titolarità della cosa (*i.e. il title to the asset*) in luogo del finanziatore che, al più, può riceverlo in garanzia¹⁵. Inoltre, in conformità del disegno che le parti intendono attuare, il rapporto di leasing tende ad assumere una conformazione contrattuale per cui, sebbene il *lessee* non sia proprietario del bene, avendone richiesto l'acquisto e avendone il godimento durante un significativo tratto della vita utile della cosa dal punto di vista economico è tenuto a conservarla in buone condizioni di funzionamento e ad assicurarla contro il rischio di danni, che su di lui grava assumendo per essi responsabilità nei confronti del concedente; può assumere per contratto il rischio di eventuali difetti del bene che, allora, non lo esonerano dall'obbligazione di pagamento delle somme promesse¹⁶; è legittimato ad azionare le garanzie nei confronti del venditore e ad accedere ai servizi da quest'ultimo prestati dopo la vendita; al termine del convenuto periodo di godimento del bene, può acquistarlo dal *lessor* verso il pagamento di una somma prestabilita, ma può essere pure previsto che possa continuare a condurlo in locazione o in affitto (verso il pagamento di canoni d'importo solitamente inferiore rispetto a alle somme periodiche dovute nel periodo di durata del leasing) oppure alienarlo per conto del proprietario concedente trattenendo per sé il corrispettivo o una sua parte.

Sennonché, l'idea si presta a essere – e nella prassi formatasi negli

¹⁵ Dunque, conseguire un *title to the asset* in conseguenza della *security* concessagli sul bene e soggetto a *equity of redemption* a favore del sovvenuto una volta estinto il debito: sull'istituto la ricerca può muovere da Turner [R.W.], *The Equity of Redemption. Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally*, N.Y., 1931 (rist., N.Y., 2013).

¹⁶ Senza alcun diritto di *set-off* se abbia accettato il bene: v. *Olympic Airlines SA v ACG Acquisition XX LLC*, [2013] EWCA Civ 369.

ordinamenti di provenienza è¹⁷ – variamente declinata dall'autonomia privata. Essa è attuata ricorrendo allo schema rappresentato quando ne siano oggetto cespiti dal prezzo elevato, siano singoli beni o complessi di attrezzature di ingente valore aggregato, per la prospettiva che dischiude di costituire un'opportunità più economica rispetto ai contratti di credito bancari, non solo in relazione ai costi di finanziamento, ma in ragione altresì dei vantaggi per il *lessee* in termini di impiego del capitale e di detrazioni o deduzioni fiscali. Ma, nella sua essenza, rimanda a un archetipo (di finanziamento dell'acquisizione immediata del diritto (personale) di godimento di uno specifico bene in vendita) che si può tradurre e specificare altrimenti. L'oggetto del contratto è mutevole, variando – a esempio – la durata della sua vita economica utile e, quindi, l'incidenza dell'obsolescenza sul suo valore, così come mutevole è la durata del godimento di quell'oggetto alla quale l'utilizzatore ha interesse, la quale ben può essere inferiore alla prima. In relazione a tali variabili, il programma negoziale può essere (ed è dalla prassi) rimodellato¹⁸: specie nei casi in cui il contratto serva l'interesse al godimento di un bene per un periodo contenuto rispetto all'estensione della sua vita economica utile, il regolamento contrattuale non contempla che il *lessee* acquisti (*recte*: possa acquistare) il bene concessogli in godimento.

3. Come la figura contrattuale descritta in precedenza, anche questa seconda è caratterizzata dall'acquisto del *title* da parte del *lessor*, ma – diversamente dalla prima – in essa il concedente lo conserva, mancando l'opzione di acquisto della cosa da parte dell'utilizzatore. Coerentemente, costituisce ulteriore tratto differenziale delle due strutture negoziali che nella seconda, sebbene anch'essa contempli la detenzione della cosa da parte del *lessee* in funzione del godimento che ne ha, in

¹⁷ Cenni in Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *The Future of Leasing in the UK*, in Id., *The Economic Impact of Leasing*, cit., 145 ss.

¹⁸ Cfr. Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *The Use of Leasing by Firms*, in Id., *The Economic Impact of Leasing*, cit., 57 ss.

capo a quest'ultimo non si allocano (contrattualmente, ossia nei rapporti con il concedente) i rischi e le utilità immediatamente inerenti alla proprietà del bene, sebbene non siano ignote pattuizioni che gli trasferiscono il rischio di eventuali difetti del bene al momento della consegna escludendo che possano sollevarlo dall'obbligazione di pagare le somme promesse al *lessor*¹⁹. Il concedente, dopo la scadenza del contratto e per la vita economica residua del bene, conservando senz'altro il *title* in relazione alla cosa potrà continuare trarre profitto accordandone il godimento verso il pagamento di ulteriori corrispettivi, che concorrono a ripagarlo dei, e remunerarlo per i costi di acquisizione e dell'eventuale finanziamento per provvedere a essa²⁰.

Anche quest'altra figura, che è denominata *operating lease* per distinguerla dalla precedente che si designa con l'espressione *finance lease*, è funzionale a soddisfare l'esigenza di conseguire il (diritto personale di) godimento di un bene di cui l'interessato dovrebbe altrimenti acquistare la proprietà; e di cui egli non possa o non voglia pagare il prezzo d'acquisto, per l'incapacità di accedere al tradizionale credito bancario, a esempio legata al proprio merito creditizio, o per altre ragioni anche di mera convenienza²¹. L'elemento differenziale rappresentato dall'assenza dell'opzione di acquisto a favore del *lessee* non è sufficiente ad alterare l'essenza che accomuna le due figure o, se si preferisce, a oscurare i tratti comuni a entrambe. Sul piano degli elementi strutturali, l'una e l'altra sono connotate dall'individuazione del bene a cura dell'utilizzatore; dalla sua richiesta a un oblato diverso dal venditore della cosa, dunque a un intermediario, di rendersene

¹⁹ Cfr. *Olympic Airlines SA v ACG Acquisition XX LLC*, cit., e, sull'allocazione del rischio che il locatario diventi insolvente, *Global Knafaim Leasing Ltd & Anor v The Civil Aviation Authority & Ors*, [2010] EWHC 1348.

²⁰ Il *finance lease* tende idealmente, ancorché non necessariamente, a differenziarsi dall'*operating lease* sul piano delle caratteristiche finanziarie dell'operazione economica per l'ammortamento completo dei costi nel corso del contratto: cfr. *Information Sources on Islamic Banking and Economics: 1980-1990*, Abingdon-N.Y., 1994, 24.

²¹ V., a es., Fawthrop [R.A.] e Terry [B.], *The Evaluation of An Integrated Investment and Lease-Financing Decision*, 3 [1976] *J. of Business Finance & Accounting* 79 ss.

acquirente pagandone il prezzo per poi elargirgliela in godimento a titolo oneroso; dall'acquisto del bene a cura del concedente che solleva l'utilizzatore dal relativo costo e, sostituendoglisi nell'impegno patrimoniale (impiegando propri capitali o contraendo debiti) per realizzarne l'interesse al godimento della cosa, attua un'operazione di sua sostanziale sovvenzione²².

Ciò evidenzia un elemento funzionale che consiste nello scopo di finanziamento²³ dell'acquisizione dell'utilità consistente nel (diritto personale di) godimento di uno specifico bene in vendita senza che l'interessato ne paghi il prezzo; che è comune alle due strutture contrattuali in esame; che concorre a farne emergere la riducibilità a un medesimo genotipo, a una nozione unitaria di leasing²⁴. Rispetto a tale scopo, che ha riguardo al solo diritto personale di godimento, la produzione dell'effetto reale in capo al *lessee* è puramente eventuale, persino nel caso in cui un diritto di opzione ad acquistare gli sia contrattualmente attribuito. Sicché, né l'effetto reale del trasferimento né, ancor prima, l'opzione costituiscono *essentialia* della figura organicamente ricostruita, ma soltanto tratto differenziale che distingue il *finance lease* dall'*operating lease*. Tanto più che la ragion d'essere dell'opzione contemplata nel programma negoziale è collegata all'interesse del *lessee* che dipende da articolate variabili decisionali²⁵, dall'andamento della dimensione del periodo di obsolescenza del bene in funzione di queste ultime e, oggettivamente, da quello delle curve di costo in funzione della durata di tale periodo e dall'incidenza dell'obsolescenza sul valore della cosa nel

²² Cfr. Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *Leasing from the Viewpoint of the Lessor*, in Id., *The Economic Impact of Leasing*, cit., 27 ss.

²³ Ciò che tra i *civilians* (v. Moccia [L.], *Sull'uso del termine « civil law » (Contributo ad un programma di ricerche sul «diritto comune europeo»)*, in *Foro it.*, 1980, V, 253 ss.) si traduce nella causa (v., a es., Clarizia [R.], *La locazione finanziaria (financial leasing) come contratto con causa di finanziamento*”, in *Il Tremisse*, 1975, n. 9, 27).

²⁴ V., per tutti, Herst [A.C.C.], *op. cit.*, *passim*.

²⁵ Cfr. Smith [C.W.] e Wakeman [L.M.], *Determinants of Corporate Leasing Policy*, 40 [1985] *J. of Finance* 895 ss., e Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *The Use of Leasing by Firms*, cit., 57 ss.

corso del tempo²⁶. Conseguo all'apposizione di congrui termini all'area degli *essentialia*, tra l'altro, che scolora la causa di trasferimento che, talora, si attribuisce al leasing al di fuori delle esperienze di provenienza²⁷ in cui, invece, è severo il giudizio nei confronti di chi in esse opera riferimenti agli effetti della vendita²⁸.

Dell'unitarietà del leasing finisce, del resto, per essere una manifestazione l'uniformazione del regime di rilevazione dei rapporti di leasing negli stati patrimoniali dei *lessees*. Fino a qualche anno fa, ossia alla modifica apportata, nel quadro degli *International Financial Reporting Standard* (o IFRS), nel 2016 dall'*International Accounting Standards Board* (o IASB) all'Ifrs 16²⁹ relativo per l'appunto a quel regime, i contratti di *operating lease* non erano rilevati negli stati patrimoniali degli utilizzatori³⁰. Il nuovo principio contabile contrasta la prassi del trattamento contabile differenziato degli *operating* e dei *finance leases*, di cui ha imposto una contabilizzazione uniforme nei bilanci degli utilizzatori promuovendo una soluzione orientata all'innalzamento della trasparenza dei loro prospetti

²⁶ Cfr. Weingartner [H.M.], *Leasing, Asset Lives and Uncertainty*, 16 [1987] *Financial Management* 5 ss.

²⁷ A livello istituzionale, individua nel trasferimento della proprietà del bene la preminente causa del leasing Giovagnoli [R.], *Manuale di diritto civile*, 2022, 1691 ss., ancorché non neghi lo scopo di finanziamento.

²⁸ V. Blair [W.] et al. (eds.), *op. cit.*, F, 20-05.

²⁹ L'applicazione del nuovo IFRS 16 è stata prescritta dal regolamento UE della Commissione, 31 ottobre 2017, n. 2017/1986, sul presupposto dell'attestazione dello *European Financial Reporting Advisory Group* (o EFRAG) ch'esso soddisfacesse i criteri di adozione previsti dall'art. 3, par. 2, regolamento (CE) n. 1606/2002, ossia della fonte con cui l'ordinamento UE si è aperto alla penetrazione degli IFRS rendendone obbligatoria l'adozione per la redazione dei bilanci consolidati delle società quotate, nonché per banche e assicurazioni (sul modello funzionale a favorire un diffuso *enforcement* dei principi contabili in discorso, v. a es. Schipper [K.], *The introduction of International Accounting Standards in Europe: Implications for international convergence*, 14 [2005] *Eur. Accounting Rev.* 101 ss.; Gornik-Tomaszewski [S.], *Antecedents and expected outcomes of the new accounting regulation in the European Union*, in Previts [G.J.] (ed.), *Research in Accounting Regulation*, Oxford – Amsterdam, 2005, 69 ss. e, ivi, 94; Quagli [A.] e Ramassa [P.], *L'enforcement dell'informativa contabile*, Torino, 2017, spec. 84). Nell'esercizio di opzioni previste dall'art. 5 del regolamento da ultimo citato, con d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, l'obbligo di impiegare gli IFRS fu estesa ai bilanci d'esercizio dei menzionati soggetti imprenditoriali, ammettendone l'uso facoltativo per redigere i bilanci consolidati di tutte le altre società).

³⁰ Sull'espunzione del bene dalle poste patrimoniali del bilancio del *lessee* limitata a quelle riducibili alla specie di *operating lease*, siccome gli è estraneo il trasferimento della proprietà del bene all'utilizzatore anche in via di mera ipotesi, cfr. Isaac [D.], *Property Finance*, Basingstoke, 1994, 236.

economico-finanziari e della comparabilità di questi ultimi, le quali realizzano istanze di conoscibilità connaturali agli attori del mercato, ma anche della regolazione, che si nutrono di informazioni contenute nei bilanci che forniscano gli elementi per valutare fruttuosamente le ricadute del leasing sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sul risultato economico e sui flussi finanziari propri dell'impresa.

4. Al di là delle varianti del contratto che s'incontrano nella prassi, ciò che, dal punto di vista economico, qualifica la figura del *finance lease* (o *leasing*) e, dunque, nella traduzione italiana, il leasing finanziario è il sostanziale trasferimento al *lessee* dei rischi e delle utilità immediatamente inerenti alla proprietà del bene, che si accompagna alla previsione d'una *call option* a favore dell'utilizzatore che ne rafforza l'interesse a preservare il valore della cosa; e, talora, persino alla pattuizione d'una opzione *put* che, attribuendo al sovventore un diritto potestativo di vendere la cosa all'altra parte, lo protegge dall'incognita di accidentali perdite. Questa caratterizzazione del leasing finanziario può utilmente fondarne la distinzione da altre figure riconducibili all'*operating* (o *standard*) *lease* e, dunque, nella traduzione italiana, al leasing operativo in cui l'eventualità del trasferimento della proprietà è assente dal programma contrattuale, in cui sia unicamente contemplata la restituzione del bene al proprietario alla scadenza del termine di durata contratto, con cui il *lessor* proprietario assume su di sé l'alea del risultato economico dell'operazione composto dalle somme corrispostegli e dal valore residuo della cosa; e, in specie, il rischio inerente all'entità del deprezzamento (più raramente dell'apprezzamento del valore) di essa.

Si tratta di un criterio che può trovare applicazione anche per la classificazione delle operazioni di *(sale and) leaseback*³¹; e che si sovrappone,

³¹ Risalente figura funzionale a soddisfare esigenze di liquidità piegando a tal fine beni di chi le abbia e, nel contempo, abbia pure l'esigenza di conservare il godimento di quelli (cfr., a es., McCord

postulandola, alla ricostruzione unitaria del leasing incentrata sulla natura delle operazioni che abbraccia in relazione agli effetti contrattuali che ne costituiscono il minimo comune denominatore. Rilevano, per un verso, il carattere meramente obbligatorio degli effetti del contratto, ch  quello reale – oltre a essere soltanto accidentale, ipotetico, incerto – consegue all’atto unilaterale di esercizio dell’opzione di acquisto che non solo pu  far difetto, ma   strutturalmente altro dal contratto che la preveda. E, per altro verso, la comune della causa di finanziamento, rispetto alla quale l’eventuale menzionata opzione e l’effetto traslativo congenito al suo servirsene si approssimano a un motivo espresso, ma ancora sospeso, irresoluto la cui aleatoria realizzazione   affidata a un diritto potestativo costituito in capo al soggetto che, per l’istante e certamente, non   che sovenuto nell’acquisizione immediata del diritto personale di godimento d’un bene di suo interesse. L’occorrenza dell’acquisto del bene da parte dell’utilizzatore non   senz’altro irrilevante, siccome la previsione contrattuale dell’evenienza la rende parte del programma negoziale. Ci  giustifica (pu  giustificare) che della potenziale operazione traslativa si tenga conto nell’assegnare la disciplina al rapporto, ossia nell’allocazione di diritti, anche d’azione, obbligazioni, responsabilit , rischi in capo alle parti di esso, come in fin dei conti accade per *accidentalia negotii* tipici. Mentre, per il proprio carattere ancillare che si specifica nell’accessoriet  d’un trasferimento niente affatto ineluttabile, bens  accidentale, che lo degrada a insicura eventualit , l’operazione traslativa puramente ipotizzata dalle parti non altera la funzione economica socialmente tipica del leasing che, nella sua essenza,   una forma

[ed.], *Sale and leaseback financing*, N.Y., 1969, e Prather [C.L.] e Wert [J.E.], *Financing business firm*, Homewood, 1975, spec. 247), nell’ordinamento italiano il *sale and leaseback* ha fatto sorgere dubbi concernenti la sua ammissibilit  in relazione al positivo divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.). In proposito, la giurisprudenza sembra approdata alla formulazione di un canone tal che il divieto   infranto dallo scopo di garanzia a cui il contratto risulti strumentale secondo un apprezzamento da compiersi secondo un criterio rigorosamente casistico (v. Cass., 6 luglio 2017, n. 16646, in *Foro it.*, 2017, I, 3390 ss.).

tecnica di finanziamento³².

In tale loro funzione, le due figure si sono espanse al di fuori delle esperienze in cui il leasing è stato concepito³³, anche per alcuni vantaggi (o semplificazioni) che si possono associare a questo tipo di operatività nel quadro dell'intermediazione creditizia. Così, sul presupposto di un'appropriata selezione del sottostante, che tenga conto della sua qualità, della sua liquidità (*i.e.* convertibilità in denaro), dell'attitudine del suo valore di mercato a mantenersi nel corso del rapporto con il *lessee* al di sopra di quello contabile, il leasing può risultare fonte di crediti con caratteristiche tali da farne oggetto di operazioni di *securitization* munite di un elevato grado di attrattività d'investimenti non speculativi; rende più tollerabili gli scarti tra passività a breve termine e attività a lungo termine; favorisce l'accesso al credito,

attenuando la rilevanza del merito creditizio del sovenuto, ché il rischio di credito ch'egli esprime non è l'unico elemento su cui fare affidamento nel quadro dell'operazione potendosi, dunque, guardare a esso con maggior indulgenza³⁴.

La circolazione dei modelli contrattuali in esame, peraltro, si è talora accompagnata a qualche incomprensione, nelle esperienze che li hanno accolti, della loro funzione e, più in generale, dei loro confini e caratteri. Sia per la *path*

³² Sull'alternativa tra *substitutability* e *complementarity* tra *leases* e *debt*, v., anche per ulteriori riferimenti, Yan [A.], *Leasing and Debt Financing: Substitutes or Complements?*, 41 [2006] *J. of Financial and Quantitative Analysis* 709 ss.

³³ In prospettiva di comparazione, v. tra gli altri De Nova [G.], *La recezione del leasing finanziario in Germania, in Francia, in Italia, alla luce della qualificazione*, in *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale. Profili comparatistici*, cura di P. Verrucoli, Milano, 1978, 117 ss.; Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *The experience in Other Countries*, in Id., *The Economic Impact of Leasing*, cit., 127 ss.; Bussani [M.], *Leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 759 ss.; Cremonese [A.], *Il leasing in Francia*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2004, 144 ss. Il leasing, nella duplice versione dell'*operating* e del *finance lease*, è stato accolto anche tra le operazioni in cui si articola la finanza islamica: sulla *Ijara* (e sulla *Ijara wa-iktina* che se ne discosta, allontanandosi in particolare dal *finance lease*, perché implica l'obbligo di acquisto del bene per l'utilizzatore e, dunque, si approssima a un contratto di *hire-purchase*), v. a es. Nazim [A.] e Naseem [N.A.], *Information Sources on Islamic Banking and Economics: 1980-1990*, cit., 24, e Khorshid [A.], *Islamic Insurance. A Modern Approach to Islamic Banking*, Abingdon-N.Y., 2004, 36 s.

³⁴ Cfr. Fawthrop [R.A.] e Terry [B.], *op. cit.*, 39.

dependence degli interpreti dagli schemi concettuali propri di quelle e, innanzi tutto, da tipi, categorie, discipline in esse positivizzati e consueti, che istintivamente si sovrappongono a fenomeni nuovi alimentati dalla prassi divenendone lenti di lettura. Sia per l'accennata sistemazione che il leasing talvolta riceve negli ordinamenti di provenienza e che accade che si accompagni a descrizioni che non si esita a considerare *misleading* perché, si precisa, esso non è un contratto di vendita³⁵. Al di là delle difficoltà legate alla terminologia straniera³⁶, equivoca può risultare sia la riduzione del leasing all'*hire purchase* che, tra l'altro, è regolato dall'*Hire Purchase Act (1964)*, che è “[a]n Act to amend the law relating to hire-purchase and credit-sale” e anche “to make provision with respect to dispositions of ... conditional sale”; nonché il suo accostamento a (se non inserimento tra) gli *asset purchase agreements*³⁷.

5. Nell'esperienza italiana il leasing e, in particolare, il modello corrispondente al *finance lease*, che è stata tradotta in leasing finanziario o,

³⁵ V. Blair [W.] et al. (eds.), *Bullen & Leake & Jacob's Precedents of Pleadings*, cit., F, 20-05. Cfr. pure Adams [J.N.], *Commercial Hiring and Leasing*, London-Edinburgh, 1989, *passim*; Adams [J.N.] e MacQueen [H.], *Athiah's Sale of Goods*, 12th edn., 2010, 517 e *passim*; Ofer [A.R.], *The Evaluation of the Lease versus Purchase Alternatives*, 5 [1976] *Financial Management* 67 ss.

³⁶ Prendendo a esempio l'esperienza inglese, ferma la peculiarità del *lease* di un bene immobile che è istituito a sé stante (cfr., per gli USA, a es., Lee [J.H.], *Real Estate Leasing and Leases*, St. Paul, 1984), *lease* e *hire (of a chattel)* sono termini intercambiabili (per designare uno scambio tra *possession* e *rent*: v. *TRM Copy Centres (UK) Ltd v Lanwall Services Ltd*, [2009] 1 WLR 1375), di cui il primo suole essere impiegato in relazione a contratti che hanno a oggetto beni costosi; e l'equivalente del *finance lease* si suole denominare *hire-purchase* (v. Blair [W.] et al. (eds.), *op. cit.*, F, 20-05, per cui “[v]irtually all hire-purchase involves three parties: a supplier of the goods, a creditor and a hirer”) – a cui l'operazione andrebbe riportata in ragione del contenuto delle pattuizioni delle parti (acquisto del bene da parte del sovventore accompagnato dalla concessione di un'opzione d'acquisto al locatore) indipendentemente dalla qualificazione del contratto da esse operata (v. *Staffs Motor Guarantee Ltd v British Wagon Co*, [1934] 2 KB 305) –, sebbene quest'ultima figura, tradizionalmente, non richieda l'intervento d'un terzo sovventore, ma si concluda (possa concludersi) tra chi già sia proprietario del bene senza doverlo comprare e chi sia interessato ad averne il godimento, ma pure ad assicurarsi l'opzione di poterlo acquistare (sui tratti distintivi dei contratti di *hire-purchase* v. *Helby v Mathews*, [1895] AC 471; e v. pure, tra gli altri, Wild [D.], *The Law of Hire-Purchase*, London, 1960; Campbell-Salmon [E.], *Hire-Purchase and Credit Sales Law and Practice*, London, 1962; Goode [R.M.], *Hire-Purchase Law and Practice*, London, 1962).

³⁷ Cfr. Blair [W.] et al. (eds.), *op. cit.*, F, 20-05.

senz'altro, in locazione finanziaria³⁸, si è diffuso alimentando il settore c.d. parabancario³⁹ in cui – a fronte della risalente interpretazione riduttiva del perimetro dell'attività bancaria storicamente coerente con il dirigismo che costituì la cifra dell'originario ordinamento del credito⁴⁰ – sono rifluite le fattispecie negoziali che, moltiplicate dalla prassi, non erano (ritenute) bancarie⁴¹, bensì soltanto finitime alle operazioni iscritte nell'attività propriamente bancaria; e che, tendendo a sfuggire alla tradizionale riserva e alla disciplina dell'impresa bancaria,

³⁸ Cfr., per un primo quadro, Ferrarini [G.], *La locazione finanziaria*, Milano, 1977.

³⁹ In tema, v. Porzio [M.], *Il concetto di attività bancaria e il parabancario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, I, 129 ss.

⁴⁰ In tema, fin d'ora, v. Merusi [F.], *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1425 ss.; Cassese [S.], *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, 996 ss. *Amplius*, v. Giannini [M.S.], *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; Vitale [P.], *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977; Capriglione [F.], *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978.

⁴¹ Ciò, innanzi tutto, a causa della recezione della tradizionale, restrittiva nozione di “servizio” nel quadro, ossia ai fini dell'interpretazione dell'art. 2195 c.c. Finché s'intenda il “servizio”, a cui colà è operato riferimento (co. 1, n. 1), nell'accezione classica che lo associa e lo riduce alle (sole) prestazioni di fare (per tutti, v. Galgano [F.], *L'imprenditore commerciale*, ne *L'impresa*, nel *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, 67 ss. e, ivi, 77), s'impiega una nozione di “servizio” che implica la radicale estraneità delle due componenti dell'attività bancaria alle imprese commerciali (industriali) dirette alla produzione di beni o di servizi (art. 2195, co. 1, n. 1, c.c.); la (già ricordata preferenza per la) relegazione di tale attività all'interno di quelle d'intermediazione nella circolazione dei beni (art. 2195, co. 1, n. 2, c.c.), con la conseguenza di respingere al di fuori di essa operazioni economico-giuridiche che non siano immediatamente attuative d'una così circoscritta tipologia d'impresa commerciale, ossia di limitare notevolmente i contratti riducibili all'attività bancaria [tant'è che furono ritenute semplicemente accessorie o complementari, ma estranee a(l *proprium* de)]l'attività bancaria alcune fattispecie negoziali tipiche disciplinate tra i contratti denominati bancari nel codice civile (non solo il già ricordato servizio delle cassette di sicurezza, ma pure il deposito in amministrazione e il conto corrente bancario) in primo luogo proprio perché ricondotte all'area delle prestazioni di meri servizi (v. Libonati [B.], *Contratto bancario e attività bancaria*, estratto dagli *Annali della Facoltà giuridica di Camerino* (XXX, 1964), Milano, 1965, 36, e, ora, negli *Scritti giuridici*, II, Milano, 2013, 529 ss. e, ivi, 548, nt. 62), ossia prima ancora che in applicazione del menzionato, più generale criterio che ha fatto dipendere l'appartenenza del contratto all'attività bancaria dall'essenzialità dell'uno all'altra (Id., *op. cit.*, 548)]. È solo con la penetrazione d'una più lata nozione di servizio di stampo economico a cui s'informa l'interpretazione dell'art. 2195 c.c. (dapprima in sede applicativa: v. Capriglione [F.], *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 29 ss. e, ivi, 30 s.) che l'attività bancaria può riportarsi non più soltanto all'intermediazione nella circolazione dei beni (art. 2195, co. 1, n. 2, c.c.), ma anche alla produzione di beni o di servizi (art. 2195, co. 1, n. 1, c.c.); che si perviene a un approdo che parrebbe coerente con la circostanza che l'attività bancaria sia specificamente indicata separatamente dalle altre tipologie di impresa commerciale (art. 2195, co. 1, n. 4, c.c.); che si espandono i confini di tale attività rendendo possibile ricondurre operazioni economico-giuridiche dianzi da essa escluse (e, così, ad es. il *factoring*: cfr. Troiano [V.], *Qualificazione giuridica dell'impresa di factoring*, n *Mondo bancario*, 1989, n. 1, 42 ss.).

hanno posto l'esigenza di ulteriori interventi normativi di attività e soggetti socialmente tipizzati⁴².

La nuova figura contrattuale ha dato luogo a problematici confronti afferenti la sua collocazione tra i contratti di credito oppure di finanziamento: gli uni caratterizzati dalla funzione di finanziamento⁴³ e ricomposti sull'archetipo del mutuo; e gli altri – per chi li reputi appartenenti a una classe distinta da quella dei primi⁴⁴ – intesi, innanzi tutto negli orientamenti giurisprudenziali⁴⁵, come una famiglia di contratti costituenti una sottospecie dai confini più delimitati⁴⁶ in ragione della funzionalizzazione del prestito a uno scopo specifico che, in prospettiva storica, è ricostruita intorno al, e per includere il mutuo c.d. di scopo⁴⁷. Una volta ascritto il leasing all'area dell'atipicità⁴⁸, nel quadro dell'attività

⁴² Sull'esigenza, prontamente segnalata, cfr. Capriglione [F.], *Controllo bancario e stabilità delle strutture finanziarie*, in *Foro it.*, 1980, V, 169 ss., e Costi [R.], *L'ordinamento bancario*, 4^a ed., Bologna, 2007, 71. Sull'evoluzione del modulo organizzativo delle banche, impressa dall'Autorità di vigilanza a fronte del fenomeno accennato, v. la sintesi di Antonucci [A.], *Diritto delle banche*, 5^a ed., Milano, 2012, 71 s.

⁴³ In proposito, v. Simonetto [E.], *I contratti di credito*, Padova, 1953, rist. 1994, 57 e Luminoso [A.], *I contratti tipici e atipici*, vol. I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, Milano, 1995, 669 ss.

⁴⁴ V., a es., Chiomenti [F.], *Il leasing, il Tribunale di Milano e donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, 271 ss., e Leo [E.M.], *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Jus*, 1977, 23 ss., che include le operazioni di *leasing* nella categoria delle operazioni creditizie, in cfr. con Rescio [G.a.], *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, 166 ss., che nega quell'inclusione sul presupposto della ritenuta incompatibilità tra contratti di scambio e contratti di credito. Sulla categoria v. pure il volume a cura di Pagliantini [S.], *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Padova, 2009.

⁴⁵ Cfr. Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1560; Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in *Foro pad.*, 1969, I, 1014 ss.; Cass., 22 febbraio 1957, n. 662, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1957, II, 341 ss.; App. Firenze, 28 gennaio 1953, in *Giur. tosc.*, 1953, I, 42 ss.; Trib. Napoli, 25 gennaio 1956, in *Dir. e giust.*, 1957, II, 390 ss.

⁴⁶ In tema, v. Falcone [G.], *Art. 38. Nozione di credito fondiario*, nel *Testo unico bancario. Commentario* a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro, cit., 365 ss. e, ivi, 368.

⁴⁷ Cfr. Rispoli Farina [M.], *Mutuo di scopo*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 564 ss. e, ivi, 574; Fauceglia [G.], *I contratti di finanziamento e il mutuo di scopo*, in *Contratti d'impresa. Casi e materiali di diritto commerciale* a cura di V. Buonocore e A. Luminoso, II, 1317 ss.; Mazzamuto [S.], *Mutuo: II) mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 1 ss. Clarizia [R.], *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, 611 ss.

⁴⁸ Secondo una tesi (su cui v., ad es., Gargiulo [M.], *Sulla funzione del leasing*, in *Foro it.*, 1971, I, 38 ss.) ora almeno in parte superata nei limiti della definizione e della disciplina, dunque della tipizzazione legislativa del contratto di locazione finanziaria, operata dall'art. 1, co. 136 ss., l. 4 agosto

interpretativa volta a ricavare la disciplina a esso applicabile, privilegiando tipi e categorie domestiche senza troppo badare alla configurazione del contratto alieno nelle esperienze d'origine, se ne è peraltro anche variamente sostenuta la riducibilità allo schema del contratto misto⁴⁹; e, ancor prima, le divisioni concernenti il suo inquadramento hanno riguardato la struttura dell'operazione.

Si è persino sostenuto, specie in giurisprudenza, che il leasing costituisca un'operazione unitaria e abbia natura di rapporto trilaterale sul presupposto che ciascun soggetto coinvolto sia pienamente consapevole della partecipazione degli altri a essa e acconsenta al complessivo regolamento negoziale risultante dai contratti in cui essa si articola. Un indirizzo interpretativo, questo, che affaccia che il leasing sia un contratto a formazione progressiva che si compie attraverso plurimi atti e condotte di natura negoziali inclusive delle trattative tra venditore e utilizzatore. Ma che si fonda su premesse incostanti, tra cui l'idea che l'acquisto sia effettuato dal finanziatore per conto dell'utilizzatore che intratterrebbe contatti diretti con il venditore con il quale concorderebbe il contenuto della vendita e, poi, l'imporrebbe al sovente: da cui, tra l'altro, deriverebbe l'esenzione di quest'ultimo da responsabilità per vizi e difetti del bene oggetto del leasing e il diritto di azione dell'utilizzatore contro il venditore qualora sussistessero⁵⁰.

2017, n. 124, c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza, anticipato dall'art. 1, co. 76 ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208 – c.d. legge di stabilità per il 2016 – che ha configurato il c.d. *leasing* abitativo, quale operazione di finanziamento finalizzata all'acquisto di immobili residenziali da adibire ad abitazione principale che si profila come un'alternativa, ad es., tanto al mutuo quanto al *rent to buy* di cui all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv., con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, su cui, si può leggere il volume collettaneo *Rent to buy, leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari* a cura di A. Albanese e S. Mazzamuto, Torino, 2016.

⁴⁹ Tra gli altri, v. Vailati [G.], *Aspetti giuridici del leasing finanziario*, in *Dir. econ.*, 1969, 594 ss.

⁵⁰ Cfr., a es., Cass., 16.05.1997, n. 4367, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 772, e Cass., 26.01.2000, n. 854, in *Giur. it.*, 2000, 1136 ss., postulando che invariabilmente ciascun contraente manifesti la volontà di assumere obbligazioni nei confronti degli altri e, segnatamente, che il venditore si obblighi nei confronti sia del concedente a trasferirgli la proprietà del bene, sia dell'utilizzatore a consegnargli il bene e a prestargli le garanzie dovute all'acquirente nella vendita; che il finanziatore s'impegni tanto verso il venditore a pagargli il prezzo della cosa, quanto verso l'utilizzatore a permettergliene il godimento; e che quest'ultimo s'obblighi rimborsare al sovente il capitale impiegato e gli "interessi" e le spese.

L'alternativa che sembra prevalsa – e che non incorre nell'abbaglio di innalzare contingenze occasionali a costanti su cui incentrare la ricostruzione della figura in considerazione – riconosce che il leasing è contratto tra il finanziatore acquirente e concedente, da un lato, e, dall'altro, il sovvenuto utilizzatore che è fonte di un rapporto distinto da quello che intercorre tra il primo e il venditore del bene; ma riconosce altresì un collegamento negoziale tra i due distinti contratti ritenendoli astretti da un nesso economico-funzionale⁵¹, così che le vicende dell'uno possono ripercuotersi sull'altro⁵². Ma, ove faccia difetto l'elemento soggettivo della volontà di tutti i soggetti coinvolti di ricondurre i due contratti (vendita e leasing) nell'alveo di un'operazione unitaria contraddistinta da uno scopo a esse comune, non si tratterà di un collegamento contrattuale in senso proprio⁵³: finché si resti nell'area dell'atipico, non soltanto le parti di ciascun contratto potranno dare separatamente corso al rapporto di cui esso è fonte in conformità del suo contenuto e della sua funzione, ma i profili di interdipendenza giuridicamente rilevante, ossia sotto i quali le vicende relative a uno dei due contratti possono incidere sull'altro, sono tendenzialmente limitati a quelli previamente individuati dai contraenti mediante "clausole di interconnessione"⁵⁴. Persino la circostanza che al venditore sia nota la circostanza che la vendita conclusa con il sovventore è funzionale alla (*i.e.* è conclusa allo scopo della, o – se si preferisce – trova motivo nella) soddisfazione dell'interesse al godimento del bene compravenduto di un soggetto terzo, si concede al più che quest'ultimo sia

⁵¹ Tra le altre, v. Cass., 13.12.2000, n. 15762, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2593; Cass., 01.10.2004, n. 19657, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, II, 611 ss.; Cass., 27.07.2006, n. 17145, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; Cass., 29.09.2007, n. 20592, *ivi*, 2007, 9.

⁵² Se ne è occupata, a es., Imbrenda [M.], *Il leasing finanziario: trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2005.

⁵³ Del resto, ben può il venditore concludere la compravendita senza tener conto del fatto che il bene sarà oggetto di leasing o il finanziatore con lui contrattare scegliendolo in autonomia e autonomamente concordando il regolamento negoziale della vendita: cfr. Cass., Ss.Uu., 5.10.2015, n. 19785, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, 20 ss., con annotazioni di Maugeri [M.R.], *Inadempimento del fornitore e tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, *ivi*, 2017, II, 35 ss.

⁵⁴ V. Cass., 30.04.2014, n. 9417, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 20.07.2007, n. 16158, in *Giust. civ. Mass.*, 2007.

legittimato all'esercizio delle azioni di adempimento e risarcitoria nei confronti del venditore: ma, in mancanza di un'espressa previsione normativa, gli si nega la *legitimatio ad causam* quanto a quelle di risoluzione o di riduzione del prezzo, salvo che con specifica pattuizione gli sia trasferita la posizione sostanziale del sovventore acquirente⁵⁵.

Del resto, finché si resti nell'ambito dell'atipicità, è principalmente compito delle parti conformare il rapporto ed è nell'ambito del regolamento negoziale che, entro il limite della sua meritevolezza, conviene in principio rinvenirne la peculiare disciplina. A integrarla possono certamente concorrere le norme sul contratto generale, a cui è senz'altro dato attingere, o istituti di carattere anch'essi generale di creazione pretoria come la presupposizione. Maggiori precauzioni, invece, richiede il ricorso a quelle di parte speciale, apparendo inappropriato indulgere a forzare un rapporto in sé atipico all'interno di schemi nominati per assoggettarlo alle regole dettate specificamente per essi, al di là d'un misurato uso dell'*analogia legis*.

6. L'osservazione introduce a un'ulteriore tendenza interpretativa in seno alla quale sono emersi differenti orientamenti. All'idea che il leasing sia un contratto misto, a cui sembrano opporsi l'eventualità dell'effetto traslativo che discende già dalla mera opzione d'acquisto da parte del sovvenuto (nel *finance lease*) e l'appartenenza al leasing di fattispecie connotate dalla radicale estraneità di quell'effetto a esse (nell' *operating lease*), si è accompagnata l'inclinazione a riallacciare l'operazione a, se non a sussumerla in figure negoziali nominate⁵⁶. L'indirizzo ha portato a coglierne l'affinità con contratti tipici individuati via via nel

⁵⁵ V. Cass., Ss.Uu., 5.10.2015, n. 19785, cit., 20 ss.

⁵⁶ Cfr. Buonocore [V.], *La locazione finanziaria*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2008, 38 ss.

mutuo⁵⁷, sebbene il leasing sia concepito come una forma tecnica addirittura alternativa al prestito⁵⁸, non contempli – almeno non necessariamente – il rimborso del capitale, né propriamente un piano di ammortamento⁵⁹, ma semmai finanziario, e il pagamento di interessi. Oppure nella vendita a rate con riserva di proprietà⁶⁰, sebbene l’effetto traslativo (ove non sia neppure previsto) sia soltanto potenziale, incerto⁶¹; non vi sia un prezzo se non di esercizio dell’opzione; e nel prezzo non si possano includere le altre somme, di certo non integralmente, dovute nel corso del rapporto (i cc.dd. “canoni”) che hanno la diversa finalità di remunerazione del capitale impiegato dal sovventore comunque dovuta, ossia una natura che non muta, poiché appartiene all’originaria, invariabile essenza di quel debito che l’atto unilaterale del sovvenuto non può alterare e, tanto meno, può cambiare *ex post* in ragione dell’eventuale scelta del sovvenuto di provocare anche l’effetto reale⁶². O,

⁵⁷ V. Clarizia [R.], *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, I, 465 ss., che ha poi virato verso un’interpretazione incline ad accreditare l’atipicità del contratto e ad accreditarne un più sfumato apparentamento con il mutuo: v. Id., *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989, e Id., *I contratti per il finanziamento dell’impresa. Mutuo di scopo, leasing e factoring*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, II, 4, Torino, 2002.

⁵⁸ Pur avendo causa di finanziamento: v. Trib. Monza, 19 settembre 2002, in *Contratti*, 2003, 595 ss.

⁵⁹ V., ma accreditando la causa mista del leasing, Trib. Milano, sez. VI, 2 marzo 2020, in *Redaz. Giuffrè*, 2020. Sui confini dell’obbligo di consegnare il piano di ammortamento al sovvenuto, cfr. App. Milano, sez. III, 21.03.2019, reperibile all’indirizzo *web* corrispondente allo URL <https://www.expartecreditoris.it/wp-content/uploads/2019/03/c.-app-milano-n.-1253-del-21.03.2019.pdf>.

⁶⁰ V. Mirabelli [G.], *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, 228 ss., e Costanza [M.], *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 164 ss.

⁶¹ Lo nota, a es., Trib. Roma, sez. VIII, 5 luglio 2018, reperibile all’indirizzo *web* corrispondente allo URL <https://www.expartecreditoris.it/wp-content/uploads/2018/07/tb-roma-n.-13912.pdf>, atteso che il trasferimento del bene non è un effetto ineluttabile secondo il programma contrattuale convenuto dalle parti, ma consegue a una scelta discrezionale dell’utilizzatore che può liberamente decidere se esercitare il proprio diritto d’opzione ad acquistare la proprietà della cosa.

⁶² Gli accostamenti in discorso hanno anche rilevanti implicazioni pratiche che non si può escludere partecipino alla precomprensione che orienta le scelte interpretative. Quello alla vendita con riserva di proprietà permette di concludere per la trascrivibilità del leasing (v. Gabrielli [G.], *Considerazioni sulla natura del leasing immobiliare e loro riflessi in tema di pubblicità e di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, III, 271 ss.; per la trascrivibilità del leasing immobiliare v. pure Clarizia [R.], *I contratti nuovi*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, 210, e, *contra*, Gazzoni [F.], *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, nel *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, Torino, 2014, 550.

ancora, nella locazione⁶³, sebbene ciò si risolva in una sineddoche che esaurisce l'intero rapporto in una sua parte, dissimulando la funzione economica del contratto e l'accennata finalità dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie verso il finanziatore, che non si determinano per il godimento; e che, inoltre, trascura l'ordinaria traslazione convenzionale sul sovvenuto dei rischi inerenti al bene. O, infine, in plurime figure tipiche in cui il leasing è frantumato: in tale prospettiva di sua frammentazione, esso è stato raffigurato come una sorta di mosaico composto da tre tessere consistenti nel mandato che s'aggiunge al mutuo e alla vendita con riserva di proprietà⁶⁴, sebbene anche dal mandato (o, se si preferisce, della commissione) sia assai lontano. Con la natura del leasing è incompatibile l'obbligo del *lessee*, proprio perché sovvenuto dal *lessor*, di somministrargli i mezzi necessari per l'acquisto (art. 1719 c.c.) e rimborsargli le anticipazioni (art. 1720 c.c.); con la proibizione dei creditori del secondo di far valere le proprie ragioni sui beni oggetto di leasing (art. 1707 c.c.); con la facoltà del primo di sostituirsi al sovventore (art. 1705 c.c.) che non gli abbia trasferito la propria posizione sostanziale e, tanto meno, di rivendicare quel che il finanziatore abbia acquistato (art. 1706 c.c.) per consentirgliene il godimento, ché quest'ultimo ha la piena proprietà finché non sia discrezionalmente esercitata l'opzione d'acquisto da parte del sovvenuto che, inoltre, è persino estranea all'*operating lease*. Il che, in fin dei conti, è coerente con la circostanza che nel leasing non sia neppure configurabile un acquisto (del *lessor*) per conto (del *lessee*): il finanziatore non si obbliga tanto ad acquistare un bene, quanto a concederne il godimento e tutt'al più, cioè nel solo caso di *finance lease*, concedendo in aggiunta un'opzione d'acquisto; e le somme dovutegli neppure hanno la funzione di corrispettivo del

⁶³ V. Tabet [A.], *La locazione finanziaria di beni strumentali (leasing)*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, 329 ss.; Buonocore [V.], *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in *Il leasing. Profili privatistici e tributari* a cura di V. Buonocore, A. Fantozzi, M. Alderighi e G. Ferrarini, Milano, 1975, 21 ss.; Santoro Passarelli [F.], *Variazioni civilistiche sul leasing*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 676 ss.

⁶⁴ V. del Prato [E.], *Le basi del diritto civile*, 2020, 778.

compimento di atti giuridici (artt. 1703 e 1709 c.c.).

Si tratta di ricostruzioni che non di rado innalzano ciò che di regola, di solito, normalmente si ritiene accada a criterio di generale sistemazione (delle articolate configurazioni che nella prassi si registrano) del leasing, di cui snaturano il senso sul piano dell'economia dell'operazione. E che non appaiono neppure coerenti con l'archetipica definizione delle "operazioni di locazione finanziaria" offerta dal legislatore domestico già con l'abrogato art. 17, legge 2 maggio 1976, n. 183, che, peraltro, neppure esauriva, né coglieva o rifletteva del tutto la composita sostanza dei contratti leasing⁶⁵. Anche a non volerne confinare la portata alla conformazione dell'operatività d'uno specifico intermediario⁶⁶, ossia all'individuazione d'una peculiare operazione espressamente consentitagli, la definizione non esauriva tutte le configurazioni del leasing note alla prassi, né recava il divieto di quelle che non includeva, quindi non abbracciava interamente l'atipico preesistente, né implicava il rifiuto della porzione di esso non nominata da parte dell'ordinamento.

7. La distanza delle ricostruzioni domestiche del leasing dalla configurazione ch'esso riceve nelle esperienze d'origine risulta anche dall'adozione di classificazioni innovative. Così, si abbandona il senso e si snatura la distinzione tra *operating* e *finance lease*: si distinguono il leasing finanziario e quello operativo, ma assegnando alla seconda figura un significato originale. Il leasing operativo per solito si

⁶⁵ Così, invece, Cagnasso [O.] e Cottino [G.], *Contratti commerciali*, nel *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, IX, Padova, 2009, 128, con riguardo alla definizione legislativa in considerazione secondo cui "[p]er operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito".

⁶⁶ I.e. la Società finanziaria meridionale costituita in attuazione dell'art. 9, legge 6 ottobre 1971, n. 853, su cui v., a es., Saraceno [P.], *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell'esperienza italiana*, Milano, 1975, 48.

approssima al c.d. leasing diretto⁶⁷, in particolare raggugliandolo a un contratto concluso tra chi già sia proprietario della cosa, a esempio perché ne è il produttore, con chi abbia interesse a servirsene, con cui il primo concede al secondo il diritto personale di goderne verso il pagamento di somme periodiche, nonché il diritto di opzione ad acquistarla verso il pagamento di una somma ulteriore⁶⁸.

È questa, tuttavia, un'operazione che non si articola in due contratti collegati da un nesso economico-funzionale; che si risolve in una locazione a cui accede un'opzione⁶⁹; e che non soltanto assolve a uno scopo di finanziamento sol se latamente inteso, ma lo realizza senza l'intervento di un intermediario che operi su indicazione del soggetto interessato a conseguire il godimento della cosa. Manca, cioè, in essa l'intermediazione d'un soggetto che specificamente assuma il ruolo di finanziatore, la quale costituisce il tratto qualificante e unificante che accomuna le diverse forme di leasing, a cui non conviene riportare contratti eccentrici rispetto all'indicata struttura, in questo senso spurî, poiché lo si renderebbe categoria disomogenea, composta mediante mera elencazione di costituenti difficilmente accostabili.

Altrettanto inedita è, soprattutto nel quadro degli orientamenti applicativi, la

⁶⁷ V. Alpa [G.], *La prassi e i codici deontologici*, in in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi e R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 97 ss. e, ivi, 107; Clarizia [R.], *I contratti di leasing*, ne *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, 2^a ed., Torino, 2011, 1601 ss. e, ivi, 1611; Serra [M.], *Il contratto di leasing*, in *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, a cura di D. Valentino, nel *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 471 ss. e, ivi, 474. V. pure Clarizia [R.], *Il leasing operativo*, ne *I contratti di utilizzazione dei beni*, a cura di V. Cuffaro, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, IX, Torino, 2008, 431 ss. e, ivi, spec. 451 ss. Più articolato pare La Torre [M.R.], *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002, 303, che sembra distinguere due specie di leasing operativo: una, che integra un'operazione di natura finanziaria, che appare corrispondente all'*operating lease*; e un'altra che, invece, si risolve nel leasing diretto.

⁶⁸ Riporta alla locazione finanziaria anche quella diretta del produttore, a esempio, Santoro Passarelli [F.], *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 227. V. pure App. Venezia, sez. II, 22 febbraio 2019, n. 625, in *Redaz. Giuffrè*, 2019.

⁶⁹ Una fattispecie non riducibile a quella contemplata dall'art. 1526, u.c., c.c. che è attratta alla disciplina della vendita rateale siccome ne costituisce dissimulazione, posto che l'acquisto non dipende da una scelta discrezionale del conduttore, bensì è effetto reale originariamente convenuto: cfr. Bianca [C.M.], *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, VII, Torino, 1993, 64.

distinzione tra leasing traslativo e di godimento. Tale dicotomia non si sovrappone a quella tra *operating* e *finance lease*, ma è tutta interna al leasing finanziario che si ripartisce in due specie; sembra ideata eminentemente al fine di assegnare discipline differenziate alla risoluzione per inadempimento del sovvenuto; ma appare di volta in volta fondata su mutevoli criteri. Secondo un primo indirizzo, espresso da un'autorevole giurisprudenza nell'occasione in cui essa ha consolidato sul piano applicativo la classificazione in esame⁷⁰, parrebbe che s'abbia da attribuire rilievo al valore del bene al termine del periodo di durata del leasing (finanziario). Anche a quello di godimento si riconosce uno scopo di finanziamento, ma in esso il bene che ne forma oggetto alla scadenza del rapporto ha un valore residuo assai modesto, se non azzerato, da ciò traendosi che il diritto d'opzione ha rilievo marginale; che le somme periodicamente dovute sono canoni che rappresentano il corrispettivo dell'uso della cosa; e che la risoluzione per inadempimento di chi di essa abbia il godimento resta assoggettata all'art. 1458, co. 1, c.c., che non ne estende gli effetti alle prestazioni già eseguite nel caso di contratti ad esecuzione continuata e periodica. Sarebbe, invece, traslativo il leasing (finanziario) che abbia a oggetto un bene il cui valore al termine del rapporto sia apprezzabile, in particolare superiore al prezzo di esercizio dell'opzione: da ciò dovrebbe desumersi che le somme periodicamente dovute fino alla scadenza del termine finale di efficacia del contratto comprenderebbero una quota del prezzo complessivo del progettato acquisto della cosa; che la concessione in godimento di quest'ultima è strumentale rispetto all'effetto reale⁷¹; e che la risoluzione per inadempimento si presta all'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. che riguarda la vicenda nel quadro della

⁷⁰ V. Cass., Ss.Uu., 13 dicembre 1989, n. 5569, in *Giur. comm.*, 1990, II, 885 ss.; Cass., Ss.Uu., 13 dicembre 1989, n. 5571, in *Foro it.*, 1990, I, 461 ss.; Cass., Ss.Uu., 13 dicembre 1989, n. 5573, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 353 ss.; Cass., Ss.Uu., 13 dicembre 1989, n. 5574, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 742 ss.; e, poi, almeno Cass., 9 febbraio 2016 n. 2538, in *Giust. civ. Mass.* 2016, e Cass., 23 maggio 2019, n. 13965, *ivi*, 2019.

⁷¹ Alla concessione in godimento sembra attribuito un ruolo strumentale e accessorio rispetto alla vicenda traslativa anche da Giovannoli [R.], *op. cit.*, 1692.

vendita con riserva della proprietà.

Di là del già segnalato limite che sconta l'affiancamento a quest'ultima fattispecie legal-tipica del leasing in qualunque sua configurazione, l'orientamento applicativo tratteggiato appare discutibile⁷² fin dalla scelta di denominare "traslativa" una specie di leasing finanziario. Un'opzione che si risolve nell'impiego di un vocabolo equivoco nell'ideazione d'un *nomen* convenzionale, perché nel leasing finanziario, in entrambe le sue due supposte specie, l'effetto reale è sempre eventuale, dipendendo dalla scelta discrezionale del sovvenuto, per cui ambedue sono (potenzialmente) traslative; e che avverte dell'insufficiente attenzione per l'economia del leasing. Il che trova conferma nell'inadeguatezza del criterio, che non sembra soccorra nella ben possibile ipotesi in cui il bene oggetto dell'operazione abbia un valore residuo apprezzabile, ma inferiore al prezzo di esercizio dell'opzione. Anche il riferimento al valore residuo del bene appare inappropriato: perché tale valore è precisamente determinabile solo a scadenza, cioè *a posteriori*, in base a differenti variabili da apprezzare in concreto nel momento in cui l'opzione d'acquisto possa essere esercitata (stato di conservazione, andamento dei prezzi, disponibilità, e così via) discrezionalmente dal sovvenuto⁷³, mentre il rapporto protesta d'essere qualificato immediatamente per ricevere disciplina.

Ancora, se il valore residuo evocato è quello di mercato, l'indirizzo interpretativo trascura altresì che esso non coincide, almeno non necessariamente, con il valore che alla cosa deriva dall'utilità residua che da essa può essere ritratta. Tra le variabili di cui l'orientamento in discorso non tiene conto, cioè, vi è pure l'interesse del sovvenuto (che ne orienta la scelta potestativa rimessagli mediante

⁷² Tra i critici della distinzione, v. pure : Pardolesi [R.], *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, 471 ss., e Pandolfi [A.], *Leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Contratti*, 1999, 692 ss.

⁷³ Cfr. Weingartner [H.M.], *Leasing, Asset Lives and Uncertainty*, cit., 5 ss., e Smith [C.W.] e Wakeman [L.M.], *Determinants of Corporate Leasing Policy*, cit., 895 ss.

l'attribuzione del diritto di opzione) a far comunque proprio il bene, persino se il suo valore di mercato sia inferiore al prezzo di esercizio dell'opzione: a esempio se il bene sia ancora idoneo ad assicurare l'utilità che soddisfa l'utilizzatore e il costo di sostituzione con altra cosa sufficiente a trarne analoga utilità sia superiore a quel prezzo. Dal che consegue un'ulteriore ragione d'inadeguatezza del menzionato criterio discrezionale d'un leasing traslativo e di un altro di godimento, per l'irrelevanza del confronto del valore residuo del bene con il prezzo di esercizio dell'opzione d'acquisto. Quest'ultima non ha mai rilievo marginale, neppure quando detto prezzo sia contenuto, costituendo un elemento qualificante del leasing finanziario.

L'irrazionalità, dal punto di vista economico, su cui riposa l'indirizzo in esame trova conferma in due ulteriori aporie. Innanzi tutto, nell'assunto che i canoni abbiano una funzione variabile: talora, nel caso del leasing di godimento, quella di remunerare l'uso della cosa, secondo una tesi che già entra in contraddizione con lo scopo di finanziamento predicato all'operazione, trascurando che i canoni non hanno che lo scopo di remunerare l'impiego del capitale; e, talaltra, nel caso del leasing traslativo, la funzione di concorrere (in parte tra l'altro ignota) a comporre il prezzo complessivo del progettato acquisto, secondo una tesi che non si avvede che l'acquisto non è punto progettato, ma eventuale, né che, ove l'opzione d'acquisto concessa al sovvenuto non fosse esercitata, i canoni resterebbero interamente acquisiti al finanziatore, ciò che rende incoerente predicare loro la finalità di compensare un effetto reale che può rimanere irrealizzato dipendendo da una scelta discrezionale del finanziato. In secondo luogo e soprattutto, il piano finanziario è il prodotto dell'autonomia privata⁷⁴, a cui è demandata la determinazione del grado di rendimento del capitale e del modo in cui si realizza attraverso la combinazione delle somme periodiche con il prezzo di esercizio

⁷⁴ Cfr. Gudikunst [A.C.] e Roberts [G.S.], *Equipment Leasing Practices and Costs: Comment*, 7 [1978] *Financial Management* 79 ss., e Sorensen [I.W.] e Johnson [R. E.], *Equipment Financial Leasing Practices and Costs: An Empirical Study*, 6 [1977] *Financial Management* 33 ss.

dell'opzione secondo valutazioni economiche di convenienza che competono alle parti; e nel cui quadro non è affatto detto che tale prezzo sia (e tantomeno debba essere) necessariamente commisurato al valore del bene nel momento in cui il sovvenuto ne acquisti la proprietà servendosi del diritto potestativo contrattualmente attribuitogli⁷⁵.

8. L'economia del rapporto di leasing si determina indipendentemente dall'accessorio effetto reale che si può verificare o meno, il che dà ragione del fatto che il prezzo di esercizio dell'opzione non è necessariamente collegato all'ipotetico, incerto valore della cosa oggetto del leasing al momento di quell'esercizio: prezzo di cui neppure è certa la corresponsione in difetto della quale resta a carico del finanziatore il rischio (e il costo) di ricollocazione della cosa medesima e della sua liquidità⁷⁶. I cc.dd. canoni costituiscono sempre remunerazione del capitale impiegato⁷⁷; e una loro supposta mutevole funzione non può porsi a fondamento d'una suddivisione del leasing finanziario nelle due specie del leasing traslativo e del leasing di godimento che s'insinua in una giurisprudenza alquanto creativa strumentalmente al fine di differenziare gli effetti della risoluzione per inadempimento sul terreno delle restituzioni, prima ancora che del risarcimento del danno.

L'idea che l'interesse prevalente dell'utilizzatore sia mutevole – talora, all'uso del bene e, talaltra, all'acquisto della proprietà esercitando l'opzione contrattualmente attribuitagli – è suggestiva, ma incongrua, anche a voler

⁷⁵ Cfr. Myers [S.C.], Dill [D.] e Bautista [A.], *Valuation of Financial Lease Contracts*, 31 [1976] *J. of Finance* 799 ss.; McConnell [J.J.] e Schallheim [J.S.], *Valuation of Asset Leasing Contracts*, 12 [1983] *J. of Financial Econ.* 237 ss.; Myers [S.C.], *The Capital Structure Puzzle*, 39 [1984] *J. of Finance* 575 ss.

⁷⁶ Cfr. Copeland [T.E.] e Weston [J.F.], *A Note on the Evaluation of Cancelable Operating Leases*, 11 [1982] *Financial Management* 68 ss.; Bower [R.S.], *Issues in Lease Financing*, 2 [1973] *Financial Management* 25 ss.; Ang [I.J.] e Peterson [P.], *The Leasing Puzzle*, 39 [1984] *J. of Finance* 1055 ss.

⁷⁷ Cfr. Mayes [D.G.] e Nicholas [C.S.], *Leasing from the Viewpoint of the Lessor*, cit., 27 ss.

trascurare la singolarità del sottinteso che d'un contratto si possa offrire la lettura badando al solo interesse d'una delle sue parti. Nel leasing, incluso quello finanziario, assume sempre assoluta centralità il godimento del bene che forma l'esclusivo oggetto dell'interesse immediato dell'utilizzatore che, solo, trova realizzazione certa con l'esecuzione del contratto. Un tale interesse, addirittura esclusivo nell'*operating lease*, non è mai recessivo nel *finance lease*, in cui semplicemente s'aggiunge una mera possibilità d'acquisto della proprietà per il sovvenuto, che potrebbe neppure coglierla di modo ch'essa nel leasing finanziario si configura come un'occasione ulteriore invariabilmente ipotetica, certo e realizzato essendo il solo interesse al godimento e, invece, sempre eventuale l'acquisto. L'entità del prezzo di esercizio dell'opzione in rapporto all'altrettanto ipotetico valore futuro della cosa nulla dice; né, in particolare, l'inferiorità del primo rispetto al secondo denota alcuna supposta prevalenza dell'interesse all'effetto reale, risolvendosi in una circostanza di fatto che può rendere più o meno allettante l'acquisto della proprietà, ma non permette di affermare neppure che sussista un interesse inequivocabile all'acquisto in capo al sovvenuto e comune al finanziatore, piuttosto confutato dalla scelta convenzionale del più sfumato strumento dell'opzione rispetto all'obbligo bilaterale di contrarre.

Ipotizzare che sia distinguibile un leasing di godimento connotato dall'aver a oggetto un bene predisposto a una rapida obsolescenza (per desumerne che l'utilizzatore non avrebbe, dunque, interesse ad acquisirne la proprietà), da un leasing traslativo concernente invece una cosa che, in tesi, conserva un apprezzabile valore alla cessazione del rapporto, generalmente superiore al prezzo di esercizio dell'opzione (per inferirne che l'utilizzatore avrebbe, dunque, interesse ad acquistarne la proprietà), è assai poco appagante. Di là di quanto in proposito si è già osservato e che ciò che accade "generalmente" è insignificante sul piano delle qualificazioni, la congettura non spiega perché mai sarebbe convenuta l'opzione se

il sovvenuto non avesse interesse anche all'acquisto della proprietà. La supposizione, in altri termini, è contraddetta dalla pattuizione d'un diritto d'opzione anche nei contratti ricondotti al c.d. leasing di godimento: una pattuizione che nega in radice la sussistenza solo in alcune fattispecie d'un prevalente interesse al solo godimento; e, viceversa, attesta l'atteggiarsi dell'interesse comune alle parti in tutti i rapporti di leasing finanziario. L'opzione dimostra che l'interesse del sovvenuto all'acquisto potrà eventualmente sempre sussistere, fermo restando che certo e attuale è solo quello al godimento d'una cosa. Tanto più che l'andamento della curva dell'incidenza dell'obsolescenza sul valore del bene nel corso del tempo è un accidente, che tra l'altro esige una verifica *a posteriori* nel caso concreto dell'ipotesi iniziale sul detto andamento.

Né è più appagante assumere che il contratto sia da ricondurre all'immaginata figura del leasing (finanziario) di godimento se le parti abbiano espresso la chiara volontà di individuare il finanziamento dell'utilizzo del bene quale causa dell'accordo negoziale, destinato a perdere apprezzabilmente per l'utilizzatore il proprio valore alla scadenza contrattuale⁷⁸. La ricostruzione di una tale volontà non può appoggiarsi sul valore di mercato (che presumibilmente avrà) la cosa che formi oggetto delle operazioni in discorso; e, inoltre, la pattuizione dell'opzione tanto nelle ipotesi che darebbero contenuto alla nozione di leasing di godimento quanto nei casi che andrebbero riportati alla figura del leasing traslativo smentisce che si possano individuare differenti cause nelle due supposte diverse specie di leasing. Quella pattuizione, siccome è comune a entrambe le dette specie, dunque propria anche nel leasing di godimento, rende particolarmente incongruo l'assunto che affaccia che nel leasing traslativo la concessione in godimento del bene sia strumentale rispetto all'effetto reale del suo trasferimento: incompatibile con la funzione economica del *finance lease*, oblitera (o volutamente dissimula) che

⁷⁸ V. Trib. Roma, sez. VIII, 17 settembre 2019, in *Redaz. Giuffrè*, 2020.

quest'ultimo ha sempre per scopo immediato e certo il godimento; e sempre contempla il menzionato effetto come mera eventualità rimessa a una scelta discrezionale di convenienza del sovvenuto differita nel tempo⁷⁹.

Il criterio fin qui criticato, del resto, non è stato abbracciato neppure da tutta la giurisprudenza che ha aderito all'artefatta distinzione, entro il *finance lease*, dei contratti leasing (finanziario) tra quelli di godimento e quelli traslativi. In alternativa, s'è a esempio immaginato che possa assumere rilievo l'ammontare dei canoni dovuti dal sovvenuto nel corso della durata del leasing in rapporto al capitale impiegato dal finanziatore, in combinazione con l'importo del prezzo di esercizio dell'opzione⁸⁰: ma si tratta nuovamente di elementi contingenti, insignificanti per ricostruire comuni volontà e scopi in tesi suscettibili di diversamente atteggiarsi in seno al leasing finanziario; e indifferenti al ricordato ruolo dell'autonomia privata nella determinazione convenzionale del piano finanziario dell'operazione. O che, nonostante l'invariabile pattuizione del diritto di opzione a favore dell'utilizzatore (e addirittura nei casi in cui il bene abbia alla scadenza del rapporto un valore residuo superiore al prezzo di esercizio dell'opzione), l'interprete possa distinguere ipotesi in cui il godimento temporaneo esaurisce la funzione economica del bene e, su tale presupposto che la pattuita opzione in radice nega, attrarre l'operazione al leasing traslativo; o, all'incontro, in cui "la durata del contratto sia predeterminata solo in funzione dell'ulteriore differito trasferimento del bene e della rateizzazione del

⁷⁹ Cfr. Schall [L.D.], *The Lease-or-Buy and Asset Acquisition Decisions*, 29 [1974] *J. of Finance* 1203 ss.; Id., *Analytic Issues in Lease vs. Purchase Decisions*, 16 [1987] *Financial Management* 17 ss.; Clark [J.J.], Hindelang [T.J.] e Pritchard [R.E.], *Capital Budgeting: Planning and Control of Capital Expenditures*, New Jersey, 1979.

⁸⁰ Cfr. Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, e Cass., 23 maggio 2019, n. 13965, cit., per cui ricorre la figura del leasing di godimento se l'insieme dei canoni è significativamente inferiore alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di acquisto e concessione in locazione del bene e lascia non coperta una parte rilevante di questo capitale, mentre il prezzo pattuito per l'opzione è di corrispondente livello; ricorre, invece, la figura del leasing traslativo se l'insieme dei canoni remunera interamente il capitale impiegato e il prevedibile valore del bene alla scadenza del contratto sopravanza in modo non indifferente il prezzo di opzione.

prezzo d'acquisto", così malintendendo il senso economico dell'operazione⁸¹. O, addirittura, che debba aversi riguardo a una vafa "sproporzione tra il notevole valore residuo del bene ed il modesto prezzo di riscatto", non intendendo neppure che non vi è nulla da riscattare, ma una scelta discrezionale di convenienza riservata al sovvenuto⁸².

Il leasing non è mai una vendita, neppure rateale, ch  l'effetto reale   sempre eventuale, n  una locazione a cui accede un'opzione, essendo invece concepito come, e per sua natura, un'operazione di finanziamento in cui le somme dovute nel corso del rapporto assolvono eminentemente a una funzione di remunerazione del capitale impiegato dal finanziatore che ha titolo per trattenerle anche se non sia dal sovvenuto esercitata l'opzione di acquisto della cosa oggetto del contratto che caratterizza il leasing finanziario.

9. Nel quadro dianzi delineato, il legislatore   di tanto in tanto intervenuto con disposizioni in cui il leasing finanziario o, pi  spesso, la locazione finanziaria trovano menzione⁸³ e, talvolta, disciplina. Tra le disposizioni pi  rilevanti dopo il gi  citato art. 17, legge 2 maggio 1976, n. 183, non pi  vigente perch  abrogato dall'art. 24, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, si possono annoverare l'art. 72-*quater* l.f., inserito dall'art. 59, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e, poi, modificato dall'art. 4, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; l'art.1, co. 76 ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208; e l'art. 1, co. 136 ss., l. 4 agosto 2017, n. 124.

L'art. 72-*quater* l.f. si riferisce al contratto di locazione finanziaria di cui

⁸¹ V. App. Venezia, 22 febbraio 2019, in *Redaz. Giuffr *, 2019, che si segnala pure per il dianzi criticato allargamento della nozione di leasing (parrebbe finanziario) a quello c.d. diretto.

⁸² V. Trib. Ancona, 12 febbraio 2019, *ibidem*, per cui nel leasing traslativo "si ha una non coincidenza temporale tra il periodo di consumazione (tecnica ed economica) del bene, pi  lunga, e la durata del contratto, pi  breve: la volont  originaria delle parti   diretta a realizzare, con lo strumento del leasing traslativo, il trasferimento della propriet  al termine del rapporto, costituendo l'acquisto stesso una situazione di fatto necessitata per l'utilizzatore, avuto riguardo alla sproporzione tra il notevole valore residuo del bene ed il modesto prezzo di riscatto".

⁸³ Una cronistoria si trova in Clarizia [R.], *La locazione finanziaria alla ricerca di una propria identit *, cit., 613 ss.

presuppone la nozione: senza definirlo stabilisce quali siano gli effetti su di esso del fallimento sia del concedente⁸⁴ sia dell'utilizzatore⁸⁵ se il rapporto sia ancora pendente⁸⁶. La c.d. legge di stabilità 2016, con i commi da 76 a 81 del proprio art. 1, descrive il "contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale" (*breviter* "leasing abitativo") e disciplina alcuni profili del rapporto⁸⁷: tuttavia, tipizzata è solo un'operazione assai specifica di leasing finanziario che non esaurisce le fogge in cui esso si presenta nella prassi, risultando assai

⁸⁴ Ancorché limitatamente al (fallimento del)le società autorizzate alla concessione di finanziamenti sotto forma di locazione finanziaria: si prevede che il contratto prosegua; e che l'utilizzatore conservi la "facoltà" di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito. Per un commento, v. Bellavia [G.], *Nuovi frammenti di disciplina in tema di leasing: la risoluzione del contratto tra interesse del creditore e meccanismi marciiani*, in *Studium iuris*, 2018, 1137 ss.

⁸⁵ Gli effetti del fallimento dell'utilizzatore sul contratto di locazione finanziaria sono quelli previsti dall'art. 72 l.f. che in linea di principio demanda al curatore la scelta di subentrare o sciogliersi dai rapporti pendenti che, nelle more, sono sospesi, con l'eccezione dei contratti a effetti reali in cui sia già avvenuto il trasferimento del diritto. L'art. 72-*quater* l.f. puntualizza che ove sia disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa il contratto continui ad avere esecuzione salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere dal contratto; che in caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; che per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a), l.f. (per cui non sono soggetti all'azione revocatoria fallimentare i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso); e che il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene. Per una bibliografia sulla disposizione, v. Mauceri [T.], *Risoluzione per inadempimento e contratto di leasing*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1517 ss.

⁸⁶ Si reputa che l'art. 72-*quater* l.f. esprima una norma di natura di eccezionale; che, dunque, non esprima principi applicabili a ipotesi diverse (v. Cass., 12 febbraio 2019, n. 3965, in *Giust. civ. Mass.*, 2019); che, in particolare, non sia applicabile per stabilire gli effetti della risoluzione (per inadempimento) del contratto di leasing; e che non lo sia in caso di fallimento dell'utilizzatore dichiarato successivamente allo scioglimento del rapporto. In tale ultimo caso, la giurisprudenza che ha accolto la distinzione tra leasing traslativo e di godimento fa da essa discendere un diverso regime dei crediti del concedente suscettibili di essere insinuati al passivo. Cfr. Cass., 28 febbraio 2018, n. 4698, in *Guida al diritto*, 2018, fasc. 22, 49; Cass., 9 febbraio 2016, n. 2538, cit.; Cass., 29 aprile 2015, n. 8687, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 4 agosto 2000, n. 10265, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1714; da ultimo Cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2021, n. 2061, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2022, II, 219 ss.

⁸⁷ L'esenzione dell'acquisto dell'immobile da revocatoria fallimentare (co. 77); gli effetti della risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore (co. 78); il beneficio della sospensione del pagamento dei corrispettivi periodici (co. 79 e 80); l'azione per il rilascio dell'immobile. Per un commento alla disciplina, v. Semprini [A.], *L'acquisto progressivo della proprietà immobiliare*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1190 ss.

circoscritta⁸⁸ non solo per l'oggetto (un bene immobile) e per il motivo sotteso alla conclusione del contratto da parte dell'utilizzatore (dotarsi dell'abitazione principale), ma anche per la tipologia di intermediario (banca o soggetto iscritto nell'albo previsto dall'articolo 106 t.u.b., *i.e.* d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385). Similmente è accaduto con la c.d. legge annuale per il mercato e la concorrenza 2017 che, con i commi da 136 a 140 del proprio art. 1, fornisce direttamente una definizione d'un contratto denominato "locazione finanziaria" di cui si detta una disciplina concernente alcuni profili del rapporto.

Quest'ultimo intervento legislativo si modella sul precedente, ma se ne distingue. Si riprende la descrizione del leasing abitativo, ma la si amplia. E si detta una disciplina non del tutto coincidente⁸⁹, che si compone anche di disposizioni che sono apparse imperative⁹⁰ sul presupposto che siano poste a presidio dell'interesse dell'utilizzatore per evitare che deroghe pattizie (a esempio relative alla gravità dell'inadempimento) possano nuocergli; ma delle quali si nega l'applicabilità a contratti di leasing perfezionati anteriormente all'entrata in vigore della novella salvo che, in quel momento, il rapporto fosse ancora in corso di esecuzione e non

⁸⁸ La definizione si desume dalla descrizione contenuta nel citato co. 76, secondo cui "[c]on il contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale, la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 [t.u.b.], si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che se ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha la facoltà di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito". In tema v. Clarizia [R.], *La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale nella legge di stabilità 2016: problemi di qualificazione e di coerenza sistematica*, ne *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, a cura di R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio, Padova, 2017, 81 ss.

⁸⁹ Sono tipizzati i presupposti della gravità dell'inadempimento dell'utilizzatore (co. 137); sul piano degli effetti della risoluzione che ne discenda (co. 138 e 139), non collimano le modalità di liquidazione del bene, né di quantificazione del credito che il concedente può ritenere detraendolo da quanto ricavi dalla vendita della cosa; e anche i rapporti con la l.f. pare che presentino differenze (in proposito, cfr. Lucchini Guastalla [E.], *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1, 179 ss.).

⁹⁰ V. Cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., 219 ss.

fossero già integrati i presupposti della risoluzione per inadempimento⁹¹.

Dei due accennati profili, soprattutto il primo assume particolare rilievo. La definizione legislativa della locazione finanziaria⁹² è più ampia perché oggetto ne è un bene quale che sia, anziché un “immobile da adibire ad abitazione principale”. Per ciò il leasing abitativo si configura come una sottospecie della locazione finanziaria che le sopravvive e, in ragione del criterio di specialità tra quelli di risoluzione delle antinomie normative, resisterebbe persino se facesse difetto il citato co. 140 che ne fa salva la disciplina, in uno con quella provvista dall’art. 72-*quater* l.f.

Una tale ampiezza della definizione in esame la rende idonea a fornire indicazioni di carattere generale circa le operazioni di leasing finanziario che abbraccia. L’ascrizione agli *essentialia negotii* del “diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito” – che sembra consistere in un diritto di opzione (secondo la classica impostazione della prassi) piuttosto che di riscatto – senza attribuire alcun rilievo a detto prezzo in rapporto al valore del bene al termine della durata del rapporto, impone il superamento della criticabile distinzione tra leasing (finanziario) traslativo e di godimento⁹³. Soltanto in questo senso, però, sembra potersi ritenere che quella della locazione finanziaria recata dalla legge n. 124 del 2017 sia “una disciplina organica ed unitaria del leasing” che (ossia nel solo senso

⁹¹ V., nuovamente, Cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., 219 ss.

⁹² “Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l’intermediario finanziario iscritto nell’albo di cui all’articolo 106 [t.u.b.] si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell’utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l’utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l’obbligo di restituirlo” (co. 136, cit., su cui, tra i primi, v. Patriarca [C.], *La nuova disciplina della locazione finanziaria (art. 1, commi 136° ss., l. 24 agosto 2017, n. 124)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1116 ss.).

⁹³ Un’anticipazione v’era, dunque, anche nella disciplina del leasing abitativo che, tuttavia, aveva un più circoscritto ambito applicativo e, così, una più limitata portata. Cfr. De Martinis [P.], *Procedimento e leasing abitativo: verso il tramonto del leasing “traslativo”?*, ne *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, a cura di R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio, cit., 97 ss.

che) “super[a] la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo”⁹⁴; e che sia una disciplina che provvede a “una tipizzazione legale del contratto di leasing finanziario” che (ossia nel solo senso che) “f[a] convergere in un unico tipo il leasing di godimento e quello traslativo”⁹⁵.

Entro tali limiti si può ritenere che, con le definizioni offerte dal legislatore, si sia completato il processo di progressivo passaggio dalla tipizzazione sociale⁹⁶ o social-giurisprudenziale⁹⁷ o, ancora, dall’atipicità standardizzata⁹⁸ d’una operazione da tempo ritenuta meritevole di tutela in seno agli orientamenti applicativi⁹⁹ a una tipizzazione propriamente legale che pare che trascenda i limiti della mera connotazione¹⁰⁰.

10. Conviene, invece, evitare di ritenere che si tratti di una disciplina esaustiva del leasing o, in altri termini, che il tipo della locazione finanziaria positivamente tipizzato dalla legge n. 124 del 2017 esaurisca i contratti di leasing ammessi dall’ordinamento, lasciando sopravvivere il solo leasing abitativo, che ne è sottospecie anch’essa tipizzata¹⁰¹, unitamente a tutto concedere ai “casi” di c.d.

⁹⁴ V. Cass., 25 febbraio 2020, n. 5022, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

⁹⁵ V. Cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2021, n. 2061, cit., 219 ss.

⁹⁶ Sulla nozione, v. soprattutto Betti [E.], *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta tipicità del diritto odierno*, negli *Annali della Facoltà giuridica di Macerata*, 1966, 7 ss.; e Id., *Teoria del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, 194. V. pure Roppo [V.], *Contratto*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ., IV*, Torino, 1989, 99 ss., ivi 118.

⁹⁷ V. Sacco [R.], *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 785 ss.

⁹⁸ V. Breccia [U.], *La nozione di tipico e atipico: spunti critici e ricostruttivi*, in *Aa.Vv., Tipicità ed atipicità nei contratti*, Milano, 1983, 3 ss., ivi 11 s.

⁹⁹ Il precedente a cui solitamente si opera riferimento è Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973, II, p. 287 ss. V. Pure Trib. Ancona, 21 gennaio 1981, *ivi*, 1983, II, 103 ss.

¹⁰⁰ Sulla differenza, cfr. De Nova [G.], *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 935 ss.

¹⁰¹ Nel quadro di un orientamento scettico nei confronti della tipizzazione legislativa e, segnatamente, di quella della locazione finanziaria, Clarizia [R.], *La locazione finanziaria alla ricerca di una propria identità*, cit., 630, tende a escludere che “la fattispecie contrattuale” (*recte*, la disciplina relativa alla fattispecie) normata dalla l. n. 124/2017 “possa assurgere a regolamento generale al quale si collegano, seppure con caratteristiche proprie, gli altri contratti di locazione finanziario: l’abitativo, al consumo, il pubblico.

leasing pubblico¹⁰²; e, quindi, abbia svuotato l'area del leasing atipico.

Per quanto ampia, la definizione in discorso opera la tipizzazione di operazioni soggettivamente connotate, poiché il contratto integra la fattispecie legal-tipica solo se una delle parti soddisfi il requisito della sua appartenenza a una peculiare categoria di soggetti: infatti, per il legislatore è locazione finanziaria tipica soltanto quella conclusa in qualità di sovventore concedente da una banca o da un intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 t.u.b. Tuttavia, una tale tipizzazione non si accompagna al divieto per soggetti che non rientrino in nessuna delle due menzionate specie di intermediari di concludere contratti che (solo) oggettivamente corrispondano alla locazione finanziaria nominata. Né risulta altrimenti che, tipizzando la locazione finanziaria, il legislatore abbia istituito una riserva a favore di tali intermediari che restringa a loro soltanto la conclusione di contratti che per i propri caratteri obiettivi si lascino riportare al tipo in considerazione.

Una simile riserva va ricercata altrove, al di fuori della disciplina che ha operato la tipizzazione in esame, e così nel t.u.b. piuttosto che nel t.u.f. stante l'estraneità del leasing alla famiglia degli strumenti finanziari e della conclusione dei relativi contratti alla serie dei servizi e delle attività di investimento¹⁰³, sebbene ci s'interrogchi se una clausola di indicizzazione, segnatamente al rapporto di cambio di una valuta straniera, inserita in un contratto di leasing sia idonea a trasmutarlo in uno strumento finanziario derivato¹⁰⁴. E, in effetti, nel momento in cui al leasing sia riconosciuta la sua propria causa di finanziamento, una riserva colà si coglie nell'art. 106, oltre che nell'art. 10 t.u.b.: tuttavia non riguarda l'atto in sé, bensì l'attività di cui esso costituisca segmento¹⁰⁵, com'è fatto palese non solo dal dato letterale, ma

¹⁰² Su cui, riassuntivamente, Clarizia [R.], *op. ult. cit.*, 613 ss.

¹⁰³ V. Cass., 12 giugno 2018, n. 15200, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

¹⁰⁴ *Contra*, v. Cass., 22 febbraio 2021, n. 4659, in *Foro it.*, 2021, I, 2871 ss.

¹⁰⁵ Ciò sul presupposto che l'attività, per definizione, tende a essere considerata come un insieme di atti coordinati in funzione d'un medesimo scopo ultimo (cfr. Auletta [G.], *Attività (diritto privato)*,

pure dal presupposto al cui solo ricorrere la riserva opera e che è costituito dalla destinazione degli impieghi al pubblico.

Dunque, non sembrano esservi ostacoli al compimento di operazioni che (soltanto) oggettivamente corrispondano al tipo della locazione finanziaria, ma non siano in esso sussumibili perché, nel contempo, sono convenute da soggetti estranei, particolarmente il finanziatore, alle due specie di intermediari la cui partecipazione al contratto è pretesa dalla sua definizione legislativa. Operazioni che, per un verso, rientrano nella nozione social-tipica del leasing non condizionata dalle scelte definitorie del legislatore domestico; e che, per altro verso, formano oggetto di contratti che non pare che vi siano ragioni per ritenere senz'altro diretti a realizzare interessi immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ché, per quanto atipiche, sono modellate s'una nominata e alle quali la disciplina di quest'ultima può essere applicata analogicamente non consistendo di norme eccezionali. Del resto, è ben possibile che un contratto di diritto comune possa trovare speciale normazione quando ne sia parte un contraente appartenente a una specifica categoria di soggetti, come accade per il credito fondiario a cui si riferisce l'art. 38 t.u.b. in rapporto al mutuo¹⁰⁶, che non è neppure collocato tra i contratti bancari nominati che postulano che ne sia parte una banca¹⁰⁷. E, inoltre, alla banca di fatto si tende tradizionalmente a ritenere applicabili persino norme di fonte speciale, finché non siano connotate per l'appunto da eccezionalità¹⁰⁸.

in *Enc. dir.*, III, s.d., ma Milano, 1958, 981 ss. e, ivi, 982), che l'atto può dunque concorrere a realizzare in via mediata o immediata.

¹⁰⁶ Cfr. Tardivo [C.M.], *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006, *passim*.

¹⁰⁷ La partecipazione di un tale soggetto al contratto è elemento tipologico, potendosi al più dare l'alternativa se sia il soggetto (banca) a qualificare l'attività (bancaria) o, all'incontro e preferibilmente, se sia l'una a qualificare l'altro: v. Alpa [G.] e Gaggero [P.], *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contr. e impr.*, 2019, 450 ss. e, ivi, §§ 1 e 4.

¹⁰⁸ Cfr., a es., Libonati [B.], *Legge bancaria e "banca di fatto"*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 67 ss.; Minervini [G.], *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1962, I, 313 ss. e, ivi, 320; in materia contrattuale, Cass., 20 ottobre 1975, n. 3427, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1976, II, 158 ss. Il dissonante orientamento giurisprudenziale emerso vigente la l.b. (v. Trib. Roma, 20 febbraio 1992, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, 69 ss.) e reiterato dopo l'entrata in vigore del t.u.b. (v. Trib. Brindisi, 16 aprile 1996, *ivi*, 1997, II, 97 ss.; Trib. Venezia, 16 ottobre 1997, *ivi*, 1999,

Nello stesso senso della conservazione di spazi non marginali al leasing atipico, si può altresì osservare che la definizione della locazione finanziaria recata dalla legge n. 124 del 2017 non include le fattispecie che nelle esperienze in cui il leasing è stato concepito danno contenuto all'*operating lease* a cui è estranea l'attribuzione al *lessee* d'un diritto d'opzione all'acquisto del bene di cui è concesso il godimento. Certamente il "diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito" è un costituente della fattispecie legal-tipica della locazione finanziaria tipica: ma non è attribuito dal legislatore, che piuttosto ne suppone la pattuizione quale condizione per ricondurre il contratto in concreto concluso al tipo positivamente isolato e normato. Ne è indice inequivoco la precisazione che nella locazione finanziaria debba essere "prestabilito" il prezzo di esercizio, ciò che sta a significare che può mancare tanto il prezzo quanto il diritto.

Né pare immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico un'operazione congegnata come *operating lease*, in cui una parte si determini ad acquistare (o far costruire) un bene con oneri a proprio carico in conformità della scelta e delle indicazioni del proprio contraente per soddisfarne l'interesse ad averne il godimento per un determinato periodo di tempo e che contempli l'assunzione da parte di quest'ultimo di tutti i rischi, anche di perimento, inerenti alla cosa. Un'allocazione del rischio che trova giustificazione nella natura puramente finanziaria dell'impiego di capitale del concedente, ossia di finanziamento rivolto a soddisfare l'altrui interesse all'acquisizione del diritto

II, 226 ss.; Trib. Brindisi, 15 luglio 1999, in *Fall.*, 2000, 1039 ss.; Trib. Firenze, 18 febbraio 2003, in *Società*, 2004, 201 ss.) è criticato (v. Capriglione [F.], *Banca di fatto: nuovo orientamento della giurisprudenza e riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità di controllo bancario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, 74 ss.; Id., *La problematica della «banca di fatto» dopo il d.leg. n. 385/93*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 46 ss.; Bonfatti [S.] e Falcone [G.], *Art. 2. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento*, ne *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, I, Torino, 2010, 42 ss.; cfr. pure Desiderio [L.], *Il regime delle crisi delle banche e dei gruppi bancari: novità e riordino della disciplina nel Testo Unico*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, I, 556 ss., e Id., *La disciplina delle crisi*, ne *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, 291 ss. e, *ivi*, 294.

(personale) di godimento della cosa in vendita, che dà luogo a un'operazione economico-giuridica neppure accostabile alla locazione o all'affitto.

La definizione della locazione finanziaria recata dalla legge n. 124 del 2017, per quanto ampia, opera una tipizzazione che non sembra svuotata del tutto l'area del leasing atipico. Il legislatore ha attribuito un nome a un'operazione specifica, assegnandole una disciplina, ma lasciando sopravvivere forme atipiche del leasing ancora aperte alla configurazione a opera dell'autonomia privata.

Paolo Gaggero

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*

INFORMATION TECHNOLOGY

E VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO *

(Information technology and creditworthiness assessment)

ABSTRACT: *The use of AI systems for the purpose of creditworthiness assessment and credit scoring based on automated processing of personal data significantly reduces operational and transaction time and costs. However, great is the concern that without evaluation by a human being the resulting decisions, often inscrutable, may be unfair, discriminatory and in infringement of fundamental rights. The problem has come to the attention of public authorities in both the USA and Europe. In the latter, recent legislative initiatives intend to introduce new safeguards.*

SOMMARIO: 1. Il caso nordamericano *Apple Card*. - 2. Gli orientamenti della BCE e dell'EBA. - 3. Processo decisionale automatizzato e tutela dei diritti dell'interessato nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e nella "Convenzione 108+" del Consiglio d'Europa. - 4. I dubbi sull'applicabilità dell'art. 22 del RGPD all'attività delle agenzie di valutazione del merito creditizio e sull'effettivo contenuto del diritto di ottenere copia dei propri dati personali. - 5. La valutazione automatizzata del merito creditizio nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui crediti al consumo e nella proposta di regolamento per stabilire regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale). - 6. Conclusioni.

1. Nel corso del 2021 il Dipartimento dei servizi finanziari dello Stato di New York, che in quello Stato svolge funzioni di regolazione e di supervisione dei servizi finanziari e assicurativi ed è responsabile dell'applicazione delle leggi, federali e statali, sui prestiti equi, ha pubblicato un rapporto sull'esito delle indagini condotte a seguito delle accuse di discriminazione di genere che erano state mosse, circa due anni prima, alla gestione della carta di credito *Apple Card*.

La vicenda era in un certo senso paradigmatica dell'intreccio di timori e

*Contributo approvato dai revisori.

pregiudizi che circonda l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale per l'automazione dei processi decisionali, anche se circoscritto, nel caso concreto, alla valutazione del merito creditizio.

Nel novembre 2019 era accaduto che un imprenditore del settore informatico, ideatore di un ambiente per lo sviluppo *web* basato su un noto linguaggio *open source*, in alcuni messaggi su *Twitter* aveva accusato di discriminazione sessuale l'*Apple Card* - cioè la carta di credito creata dalla Apple negli Stati Uniti per essere integrata nei suoi *iPhone* ed emessa da Goldman Sachs - per il fatto che il limite di credito riconosciuto a sua moglie era venti volte inferiore al suo, sebbene fossero in comunione dei beni e presentassero dichiarazioni dei redditi congiunte.

A suo dire, ciò sarebbe stato dovuto a un algoritmo sessista dal funzionamento opaco; il servizio clienti, più volte interpellato, non aveva saputo spiegare l'accaduto ("*... Apple offers a credit card that bases its credit assessment on a black-box algorithm that 6 different reps across Apple and GS have no visibility into ...*").

Le accuse erano state riprese dal co-fondatore della Apple (che oltre trent'anni fa, come è noto, abbandonò l'azienda che aveva contribuito a creare), il quale, a sua volta, aveva affermato che un analogo trattamento discriminatorio aveva subito sua moglie, il cui limite di credito era dieci volte inferiore al suo nonostante avessero in comunione ogni tipo di *asset* e godessero, per le altre carte di credito, di limiti di utilizzo identici.

La notizia, rilanciata dalle agenzie di stampa, aveva dato luogo a molteplici commenti sui principali mezzi di informazione e condotto il Dipartimento dei servizi finanziari di New York all'apertura di un'indagine formale volta a verificare se effettivamente esistessero pratiche discriminatorie nella sottoscrizione della *Apple Card*.

Nel rapporto finale il Dipartimento, premettendo di aver esaminato diverse

migliaia di pagine di documenti e di risposte fornite per iscritto da Goldman Sachs e da Apple, di aver analizzato i dati di sottoscrizione di quasi 400.000 richiedenti avvalendosi della sua unità specializzata nell'analisi statistica dei risultati di prestito (la *Consumer Examination Unit*), di aver sentito testimoni e potenziali clienti che si erano lamentati di un supposto comportamento discriminatorio, ha affermato di non aver trovato prova alcuna di discriminazione, né sotto forma di ricorso intenzionale a classificazioni proibite della clientela, come quelle che sono basate sul sesso o sullo stato civile (*disparate treatment*), né sotto forma di politiche di prestito che, apparentemente neutre, si traducono in risultati ineguali per le classi protette (*disparate impact*).

Al contrario, era risultato che donne e uomini con caratteristiche di credito equivalenti avevano ottenuto un trattamento simile in occasione della sottoscrizione dell'Apple Card.

Nel corso delle indagini l'emittente della carta aveva chiarito quali fossero i fattori che avevano condotto agli esiti contestati dai soggetti che avevano sporto reclamo, tutti concernenti la loro storia individuale di credito (punteggio di credito, indebitamento, reddito, utilizzo del credito, mancati pagamenti etc.), pur se indubbia era risultata la mancanza di trasparenza verso i consumatori (sulla quale circostanza il rapporto si trattiene a lungo).

In particolare, il Dipartimento ha ritenuto erronea la diffusa convinzione che i coniugi avrebbero diritto alle stesse condizioni di credito per il fatto di avere in comune i conti bancari e altri beni, osservando che un più attento esame dei casi concreti avrebbe rivelato le differenze tra i profili di credito che giustificavano offerte di credito diverse tra loro¹.

Il rapporto illustra succintamente il modo in cui l'introduzione di distorsioni

¹Rapporto cit. pag. 10 s.: “*This is because creditors consider an applicant’s experience with and history of managing credit to be a predictor of future credit management, so a credit history with multiple tradelines and mix of credit types, such as a mortgage, student loans, and credit cards with on-time payments may produce more favorable credit terms than a sparser credit history with just one or two credit cards, even if the those cards are always paid off fully and timely*”.

non intenzionali nei modelli di valutazione dell'affidabilità creditizia può finire per influenzare negativamente il *credit scoring* delle fasce di popolazione che sono già vittime di discriminazioni e con un accesso limitato ai servizi finanziari tradizionali, perpetuando situazioni di ineguaglianza sociale e ostacolando il loro accesso al credito o, comunque, a un credito di maggiore qualità e convenienza facendo sì che chi dispone di meno risorse finisca per pagare i costi più alti². A tale riguardo, il rapporto prende sostanzialmente atto del fallimento del programma condotto da Goldman Sachs nei mesi successivi al lancio dell'Apple Card fondato sull'uso di un programma di *second look* basato su dati alternativi a quelli tradizionali come strumento per migliorare l'accuratezza della valutazione dell'affidabilità creditizia e, segnatamente, della capacità di rimborso di clienti che, avendo storie di credito limitate o inesistenti, non possono ottenere affidamenti nel sistema di credito tradizionale³.

D'altronde, più in generale il rischio dell'amplificazione di fenomeni distorsivi già presenti nella realtà è insito nella possibilità che, nell'elaborazione dei dati ad essi somministrati, gli algoritmi incorrano in errori cognitivi tipici come la falsa identificazione di rapporti di correlazione o il rovesciamento del corretto rapporto di causa-effetto⁴; i pericoli sul piano sociale e valoriale emergono nitidamente nel dibattito sull'affidabilità dei sistemi predittivi algoritmici adoperati in alcuni paesi quali gli Stati Uniti e la Nuova Zelanda per la valutare il rischio di recidiva penale e

² Il rapporto ricorda l'indagine del Dipartimento di giustizia che nel 2012 che aveva dimostrato come nel periodo 2004-2009 la Wells Fargo Bank avesse indirizzato i mutuatari neri e latini verso prestiti *subprime*, mentre offriva prestiti di prima qualità a mutuatari bianchi altrettanto qualificati (<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-reaches-settlement-wells-fargo-resulting-more-175-million-relief>).

³ *Interagency Statement on the Use of Alternative Data in Credit Underwriting*, 2019, sul sito dell'agenzia federale FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation) all'indirizzo <https://www.fdic.gov/news/speeches/2019/spdec0319.pdf>

⁴ Per tutti, D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, European Review of Digital Administration & Law – Erdal, 2020, Volume 1, Issue 1-2, pag. 49 s., anche per ulteriori riferimenti.

non solo⁵.

2. Dall'altra sponda dell'oceano, nel marzo 2018 la Vigilanza bancaria della BCE ha adottato una *Guida alla valutazione delle domande di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria degli enti creditizi fintech*, documento di supporto privo di natura giuridicamente vincolante, in cui ricorda che nel vagliare le domande di autorizzazione «[l]a BCE e le ANC valuteranno la documentazione relativa al modello di credit scoring nonché il suo grado di comprensione all'interno della banca, anche da parte degli esponenti aziendali e degli addetti all'approvazione dei finanziamenti e alla gestione della clientela con punteggi inferiori».

Ciò evidenzia la necessità che la logica sottesa al trattamento automatizzato dei dati personali sia trasparente e comprensibile anzitutto all'interno dell'ente creditizio, sia che esso si avvalga di un modello di *credit scoring* interno, sia che utilizzi in *outsourcing* punteggi acquisiti da fornitori di servizi esterni, nel qual caso la Guida avverte che «occorrerà considerare se i rischi di esternalizzazione siano gestiti in modo appropriato e se il processo di credit scoring e le fonti di dati siano adeguatamente documentati e compresi all'interno della banca» e «[s]i valuterà inoltre la capacità del richiedente di esercitare diritti contrattuali che consentano tanto alla banca fintech quanto alle autorità di vigilanza di svolgere verifiche di audit sulle attività di credit scoring esternalizzate».

A sua volta l'EBA, negli *Orientamenti in materia di concessione e*

⁵ L'esempio più conosciuto è costituito dal software statunitense COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), oggetto nel 2016 di una indagine critica condotta da un team di giornalisti investigativi della *newsroom* ProPublica (<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>).

Per la Nuova Zelanda il riferimento è all'algoritmo predittivo *Risk of Reconviction/Risk of Re-imprisonment*, meglio noto come “RoC*RoI”, sulla cui origine H. MAGEE, *The Criminal Character: A Critique of Contemporary Risk Assessment and Preventive Detention of Criminal Offenders in New Zealand*, *Auckland University Law Review*, Vol. 19 (2013), p. 76 ss. (reperibile in rete: <http://www.nzlii.org/nz/journals/AukULawRw/2013/7.pdf>); sulle problematiche legate all'uso del sistema RoC*RoI cfr. O. FREDRICKSON, *Risk assessment algorithms in the New Zealand criminal justice system*, *New Zealand Law Journal*, 2020 (9), pag. 328 ss. (il testo dell'articolo è riprodotto in rete: https://www.lexisnexis.co.nz/en/insights-and-analysis/blogs/article/NZLJ_328-2022).

monitoraggio dei prestiti (ABE/GL/2020/06) del 29 maggio 2020, detta come indirizzo⁶ che nelle politiche e nelle procedure relative al rischio di credito si specifichino le condizioni per l'applicazione di decisioni automatizzate nel processo di concessione del credito (sez. 4.3, punto 38.g) e - dopo aver richiamato gli enti creditizi alla necessità di assicurare che l'organo di amministrazione abbia una comprensione sufficiente dell'uso, dei limiti e dell'impatto dell'innovazione tecnologica sulle procedure di concessione del credito e che i modelli sottostanti utilizzati siano compresi, come compresa sia la qualità dei dati e delle informazioni ivi inserite e rilevate ed evitate, a mezzo di adeguate salvaguardie, le distorsioni nel processo decisionale (sez. 4.3.3) - dedica particolare attenzione all'utilizzo di modelli automatizzati per la valutazione del merito creditizio e per l'assunzione di decisioni sul credito (sez. 4.3.4).

Al riguardo, gli Orientamenti sollecitano, tra le altre cose, l'implementazione di «*politiche e procedure interne che assicurino una valutazione regolare della qualità dei risultati del modello, utilizzando misure adeguate all'utilizzo del modello, compreso il test retrospettivo delle sue prestazioni*» (sez. 4.3.4, punto 54.c) nonché di «*meccanismi di controllo, «override» del modello e procedure di attivazione di livelli successivi di intervento all'interno del regolare framework di riferimento per l'assunzione di decisioni sul credito, compresi gli approcci qualitativi, gli strumenti di valutazione qualitativa del rischio (compreso il giudizio di esperti e l'analisi critica) e i limiti quantitativi*» (sez. 4.3.4, punto 54.d). Inoltre, per gli eventuali modelli

⁶ Ai sensi dell'art. 16, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 1093/2010 del 24 novembre 2010, le autorità e gli istituti finanziari competenti compiono ogni sforzo per conformarsi agli orientamenti e alle raccomandazioni dell'EBA. Entro due mesi dall'emanazione d'un orientamento o d'una raccomandazione ciascuna autorità nazionale di vigilanza competente deve confermare se è conforme o intende conformarvisi, informando l'EBA nel caso in cui non sia conforme o non intenda conformarsi, motivando la decisione.

Orientamenti e raccomandazioni sono gli strumenti di cui l'EBA si avvale per conformare l'esegesi e l'applicazione delle regole di sistema, chiarendo dal suo punto di vista il contenuto normativo di una disposizione o le fattispecie cui questa si applica, e per sollecitare, di conseguenza, i destinatari a tenere o evitare certi comportamenti mediante atti d'indirizzo a carattere generale, con effetti analoghi a quelli delle raccomandazioni e dei pareri delle istituzioni dell'Unione ex art. 288 TFUE; sul punto sia consentito il rinvio a F. GUARRACINO, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Padova, 2012, pag. 109 ss.

automatizzati per l'assunzione di decisioni sul credito, come per la struttura decisionale umana, l'ente dovrebbe articolare in maniera chiara i relativi poteri e limiti decisionali (sez. 4.4, punto 65).

In ambedue i casi, l'approccio delle Autorità bancarie è naturalmente orientato alla considerazione primaria dei profili d'impatto degli strumenti di *rating* o *scoring* automatizzato sulla qualità dell'esposizione creditizia dei soggetti vigilati e quindi, in definitiva, sulla sana e prudente gestione di questi ultimi, anche quando fanno riferimento al pericolo di distorsioni nel processo decisionale.

Perciò per ricercare forme e strumenti di tutela per chi quelle decisioni sollecita e subisce occorre volgere lo sguardo altrove.

3. L'approccio normativo dell'Unione europea all'uso di modelli di intelligenza artificiale a fini di profilazione e di analisi predittiva comportamentale appare improntato a una crescente attenzione man mano che, anche nell'opinione pubblica, aumenta la consapevolezza delle conseguenze del ricorso massivo e pervasivo a tali strumenti.

Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali (d'ora innanzi RGPD)⁷ sancisce nel primo paragrafo dell'articolo 22 (Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione) il principio generale⁸ per cui «*[l]’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la*

⁷ Reg. (CE) del 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE, del Parlamento europeo relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Come è noto, la letteratura sull'argomento è sterminata.

⁸ Con riferimento ai dati sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, già quarant'anni fa la *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale* conclusa a Strasburgo il 28 gennaio 1981 (*European Treaty Series - No. 108*, perciò nota come "Convenzione 108"), ma entrata in vigore il 1° ottobre 1985, aveva stabilito all'art. 6 che «*Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions*». Dell'adozione del Protocollo emendativo per l'aggiornamento della Convenzione ("Convenzione 108+") si dirà più avanti nel testo.

profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», definendo come profilazione «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica».

La disposizione mira a prevenire il pericolo della totale disumanizzazione del processo decisionale proibendo che esso sia basato unicamente su un trattamento automatizzato dei dati dell'interessato (come, esemplifica il *considerando 71*, nel caso del rifiuto automatico di una domanda di credito *online* o di pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani), anche se il successivo paragrafo dello stesso art. 22 restringe in maniera significativa il perimetro della tutela, poiché esso consente l'assunzione di decisioni totalmente automatizzate quando ciò è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento (e la questione diviene allora quando ciò è davvero essenziale e imprescindibile e non semplicemente utile o vantaggioso) o se l'interessato ha espresso il suo consenso esplicito (previsione che, alquanto improvvidamente, rende disponibile il suo diritto, con quanto ne segue nella prassi negoziale) o, infine, quando il trattamento totalmente automatizzato è autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento.

In quest'ultimo caso lo Stato interessato deve apprestare precise e adeguate garanzie a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato, le quali, chiarisce ancora il *considerando 71*, «*dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo*

tale valutazione e di contestare la decisione».

Soggiunge incisivamente il *considerando* che «[a]l fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

Al di fuori dell'ambito regionale del diritto dell'Unione europea l'esigenza di protezione dell'interesse a non subire senz'altro decisioni affidate a una macchina è colta ora nel Protocollo emendativo della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale che è stato adottato a Elsenaur, in Danimarca, il 18 maggio 2018 e che entrerà in vigore tre mesi dopo essere stato sottoscritto e ratificato da tutti gli Stati che aderiscono alla Convenzione⁹.

Il Protocollo, infatti, inserisce nella Convenzione un nuovo articolo 8 (il precedente viene rinumerato) che al paragrafo 1 stabilisce che «*Every individual shall have a right: a. not to be subject to a decision significantly affecting him or her*

⁹ L'Italia lo ha fatto il 5 marzo 2019.

based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration ...» e al paragrafo 2 prevede che «Paragraph 1.a shall not apply if the decision is authorised by a law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights, freedoms and legitimate interests».

Il regime delle eccezioni è più ristretto di quello del regolamento europeo sulla protezione dei dati che, come poc'anzi detto, vi annovera anche il caso in cui la decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento e quello in cui si basi sul consenso esplicito dell'interessato, ma il principio generale è formulato in termini di minor rigore, perché esso non afferma il diritto di non essere sottoposto senz'altro, salvo le deroghe previste, a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, bensì il diritto a non esserlo senza poter esprimere e veder considerata la propria opinione.

4. La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale costituisce un diritto espressamente riconosciuto dall'art. 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 16, paragrafo 1, TFUE e il RGPD ricorda che un'efficace protezione dei dati personali presuppone il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali (cfr. *considerando 11*).

Per molti versi, il quadro normativo che si è brevemente richiamato non soddisfa adeguatamente le esigenze di tutela dei soggetti sottoposti ai procedimenti automatizzati di *rating* o *scoring* adoperati dagli enti creditizi e dagli intermediari finanziari in genere, sia per le finalità e il circoscritto campo di applicazione degli indirizzi di vigilanza che si sono detti, sia per le criticità anche interpretative che presenta la disciplina generale sulla protezione dei dati allorché si

venga alle problematiche specifiche della valutazione del merito di credito.

A questo riguardo occorre ricordare due recenti vicende, la prima sul tema specifico dell'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 22 del RGPD (del cui contenuto si è ampiamente detto al paragrafo precedente) al trattamento automatizzato dei dati personali ai fini della valutazione del merito di credito, la seconda, pur trovando anch'essa occasione nei rapporti con un'agenzia di valutazione, relativa a una questione di più ampio respiro.

La prima vicenda origina da un rifiuto di finanziamento a una consumatrice dovuto allo *scoring* attribuitole da un'agenzia privata tedesca di valutazione del merito creditizio.

In quel caso l'interessata aveva chiesto all'agenzia di accedere ai propri dati e ottenuto la comunicazione del punteggio di *scoring* e informazioni in termini generali sul calcolo del punteggio, senza che, però, le fossero rivelate anche le singole informazioni incluse nel calcolo e il loro peso, sostenendo l'agenzia che i metodi di calcolo sarebbero stati coperti da segreto industriale e commerciale. Tuttavia, secondo l'interessata l'agenzia sarebbe stata obbligata a fornire informazioni sulla logica utilizzata nel trattamento dei dati e sull'importanza e sulle conseguenze del trattamento stesso e della questione ha quindi investito prima il Commissario per la protezione dei dati e la libertà d'informazione del Land Hessen, il quale però ha ritenuto che nulla indicasse che il calcolo del tasso di solvibilità da parte dell'agenzia non avesse rispettato i requisiti indicati dalla legge federale sulla protezione dei dati, e quindi il Tribunale amministrativo di Wiesbaden, il quale ha chiesto alla Corte di giustizia europea¹⁰ di pronunciarsi su due questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione degli articoli 6 e 22 del RGPD.

Per il Tribunale amministrativo tedesco, secondo il quale la disposizione dell'art. 22, paragrafo 1, del RGPD sul diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati sancisce un

¹⁰ Domanda di pronuncia pregiudiziale del 15 ottobre 2021, causa C-634/21.

divieto generale la cui violazione non presuppone un'azione legale individuale, il calcolo del punteggio di *scoring* mediante compilazione automatizzata di dati personali, che rappresenta senza dubbio un caso di profilazione, rientra a pieno titolo nel relativo regime normativo, costituendo esso stesso, a suo avviso, una «decisione» autonoma ai sensi dell'art. 22, paragrafo 1, del RGPD e non una mera profilazione funzionale alla decisione del terzo titolare del trattamento.

Il Tribunale, infatti, contesta la correttezza della comune interpretazione restrittiva che renderebbe la norma non applicabile direttamente all'attività delle agenzie di valutazione del credito sull'assunto – basato su una distinzione concettuale tra il trattamento, da un lato, e la decisione basata sul trattamento, dall'altro, propria del RGPD - che le agenzie si limiterebbero a predisporre la decisione finale del responsabile del trattamento, accertando e compilando i dati personali tramite una profilazione e il conseguente calcolo di un punteggio finale di *scoring*, senza rivolgere normalmente alcuna raccomandazione a favore o sfavore della conclusione del contratto.

In particolare, dopo aver diffusamente riepilogato gli indici testuali che nel RGPD avallerebbero l'importanza di quella distinzione, il Tribunale ha esposto e illustrato con ampiezza di argomenti i dubbi che nascono, sul piano fattuale, dall'importanza che nelle decisioni dei terzi titolari del trattamento assume il punteggio di *scoring* calcolato dalle agenzie (*«Il fatto che i punteggi di scoring abbiano un peso decisivo nella concessione dei prestiti e nella formulazione delle loro condizioni è dimostrato dalle esperienze delle autorità di controllo della protezione dei dati»*) e, sul piano giuridico, dagli obiettivi perseguiti dall'art. 22, paragrafo 1, del RGPD, nonché dalle garanzie di protezione giuridica di cui agli artt. 87 e seguenti dello stesso RGPD¹¹.

¹¹ Osserva tra l'altro efficacemente il Tribunale tedesco: *«La preoccupazione del legislatore europeo è quella di impedire che il processo decisionale avvenga senza una valutazione e deliberazione individuali da parte di un essere umano. L'interessato non deve essere alla mercé di un processo esclusivamente tecnico e imperscrutabile, senza poter comprendere i presupposti e i criteri di valutazione sottostanti e, se necessario, intervenire esercitando i suoi diritti. Infatti, oltre alla*

Da qui il quesito pregiudiziale prioritariamente sottoposto alla Corte di giustizia per conoscere «1. Se l'articolo 22, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 debba essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di un interessato di saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona, qualora tale tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato, sia trasmesso dal titolare del trattamento a un terzo titolare del trattamento e quest'ultimo basi prevalentemente su tale tasso la sua decisione sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con l'interessato». Solo in subordine, nel caso di risposta negativa al precedente quesito, il Tribunale amministrativo tedesco ha posto una seconda questione pregiudiziale, sulla compatibilità dell'art. 31 della legge federale sulla protezione dei dati, esaustiva nel disciplinare la profilazione solo laddove costituisca la base di una decisione fondata su di essa, con l'art. 6, paragrafo 1, e l'art. 22 del RGPD (le cui disposizioni il Tribunale amministrativo tedesco non ha esitato a definire "rudimentali").

Venendo brevemente al secondo caso giudiziario, esso riguarda la determinazione dell'esatto contenuto del diritto riconosciuto dall'art. 15 del RGPD a

protezione contro decisioni discriminatorie basate su programmi di trattamento dei dati asseritamente oggettivi, scopo del regolamento è anche quello di creare trasparenza ed equità nel processo decisionale. Le decisioni sull'esercizio di libertà individuali non devono essere lasciate incontrollatamente alla logica di algoritmi. Infatti, gli algoritmi lavorano con correlazioni e probabilità che non seguono necessariamente una causalità e inoltre non portano necessariamente a risultati «corretti» in base a una valutazione umana. Piuttosto, la sistematizzazione di dati individuali rilevanti può condurre a conclusioni errate, ingiuste o discriminatorie che – se poste alla base di un processo decisionale – influiscono considerevolmente sulle libertà dell'interessato e lo degradano da soggetto a oggetto di una decisione spersonalizzata. Ciò è tanto più vero quando l'interessato non è consapevole dell'uso di algoritmi o – se lo è – non può sapere quali dati concorrano alla decisione, con quale peso e attraverso quali metodi di analisi. Tuttavia, è precisamente tale intenzione del legislatore europeo di rendere obbligatorio, in linea di principio, un correttivo umano per il trattamento automatizzato dei dati e di ammettere deroghe solo in limitati casi eccezionali (articolo 22, paragrafo 2, del RGPD) ad essere vanificata poiché il punteggio di scoring calcolato automaticamente assume sostanzialmente un peso predominante nel processo decisionale del terzo titolare del trattamento».

ogni persona fisica di ottenere una copia dei propri dati personali oggetto di trattamento.

Un cittadino austriaco, infatti, aveva chiesto a un'agenzia di valutazione del merito creditizio copia dei propri dati oggetto di trattamento e, avendo ottenuto in risposta una mera tabella coi dati personali basilari (nome, data di nascita e indirizzo), ne era sorta questione prima innanzi all'autorità austriaca per la protezione dei dati e poi in sede giudiziaria, dove l'interessato aveva contestato la decisione dell'autorità per la protezione dei dati per cui l'art. 15 non darebbe diritto al rilascio di una copia sotto forma di duplicato, facsimile etc. dei documenti contenenti i dati personali.

La Corte amministrativa federale austriaca, investita del caso, ha formulato quindi alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale¹² affinché chiarisca, tra l'altro, se il diritto al rilascio di una copia dei dati personali oggetto del trattamento possa ritenersi soddisfatto già con la trasmissione dei dati personali del richiedente con modalità decontestualizzate (tabella o tabulato) oppure questi abbia diritto di ottenerli sotto forma di copie o estratti di eventuale corrispondenza o contenuti di basi di dati o analoga documentazione e quali siano le informazioni che, in base allo stesso articolo, debbono essere fornite in un formato elettronico di uso comune all'interessato, ad esempio i relativi metadati, che possono contenere importanti informazioni relativi agli stessi dati personali.

5. Si è visto come il problema della tutela degli interessi individuali rispetto alle decisioni automatizzate di affidamento creditizio sia pienamente attuale e bisognoso di risposte.

Alcune di queste risposte potrebbero essere fornite dalle recenti iniziative legislative che, muovendosi in una prospettiva più ampia, affrontano anche taluni dei temi fin qui toccati.

¹² Domanda di pronuncia pregiudiziale del 9 agosto 2021, causa C- 487/21.

Il pensiero va alla proposta adottata dalla Commissione europea in data 30 giugno 2021 di direttiva relativa ai crediti al consumo¹³, che all'articolo 18 prevede anche per la conclusione di un contratto di credito o di un contratto per la fornitura di credito tramite *crowdfunding* una verifica approfondita del merito creditizio del consumatore per evitare pratiche di prestito irresponsabili¹⁴ e sovraindebitamento, in un contesto estraneo alla regolamentazione propria degli intermediari fintantoché si verta di piattaforme che si limitano a mettere in contatto la potenziale clientela coi possibili prestatori¹⁵.

Essa intende imporre agli Stati membri di stabilire che prima della conclusione del contratto il creditore o, se del caso, il fornitore di servizi di credito tramite *crowdfunding* svolga una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore nell'interesse di quest'ultimo, da svolgere sulla base di informazioni pertinenti e accurate ma anche proporzionate e opportunamente verificate, se necessario attingendo a documentazione indipendente e verificabile. Nel caso in cui la valutazione dovesse essere condotta scorrettamente, ciò non potrebbe giustificare, in un secondo tempo, la risoluzione o la modifica del contratto salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o falsificato le informazioni fornite.

¹³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo, COM(2021) 347 final.

¹⁴ Cfr. già a suo tempo il *considerando* 26 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori: «... *In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutazione del merito creditizio, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse ...*».

¹⁵ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, L. AMMANNATI - G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e Big Data: il caso del credit scoring*, in AA.VV., *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali*, a cura di L. Ammannati, A. Canepa, G.L. Greco e U. Minneci, Torino, 2021, pag. 206 ss., i quali evocano la possibilità che col crescere dei volumi transatti dalle piattaforme operanti con applicazioni automatizzate sia minata l'efficienza e la stabilità del mercato finanziario e segnalano un problema di concorrenza con gli operatori tradizionali gravati da maggiori costi e vincoli operativi.

Sul tema, nello stesso volume, cfr. anche G.L. GRECO, *L'impatto del FinTech credit nella regolazione dei mercati finanziari*, pag. 257 ss., in part. 264 ss.

Con specifico riferimento al caso in cui la valutazione del merito creditizio comporti il ricorso alla profilazione o ad altro trattamento automatizzato di dati personali, la proposta prevede, sempre all'art. 18, paragrafo 6, che gli Stati membri assicurino *«che il consumatore abbia il diritto:*

(a) di chiedere ed ottenere l'intervento umano da parte del creditore o del fornitore di servizi di credito tramite crowdfunding per riesaminare la decisione;

(b) di chiedere ed ottenere una spiegazione chiara della valutazione del merito creditizio, inclusi la logica e i rischi inerenti al trattamento automatizzato dei dati personali nonché l'importanza e gli effetti sulla decisione;

(c) di esprimere la propria opinione e di contestare la valutazione del merito creditizio e la decisione».

Al riguardo il Garante europeo della protezione dei dati, nel parere reso sulla proposta di direttiva¹⁶, ha raccomandato, tra le altre cose, che si preveda che il consumatore abbia il diritto di chiedere e ottenere la valutazione e non semplicemente l'intervento umano per riesaminare la decisione e che egli sia informato sempre del fatto che la valutazione del merito creditizio si basa su un trattamento automatizzato, e non solo quando la sua domanda di prestito è respinta.

Non minore importanza, soprattutto ove si ripensi a quanto si è detto a proposito del caso *Apple Card*, riveste la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per stabilire regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) adottata dalla Commissione europea il 22 aprile 2021¹⁷.

Questa, infatti, si preoccupa espressamente del pericolo che il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale per valutare il merito di credito o l'affidabilità

¹⁶ Una sintesi del parere è pubblicata in lingua italiana nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 6 ottobre 2021, C 403/5, mentre il testo integrale del parere, in inglese, francese e tedesco, è pubblicato sul sito web del Garante.

¹⁷ COM(2021) 206 final.

creditizia delle persone fisiche possa portare alla discriminazione di persone o gruppi, perpetuare modelli storici di discriminazione ovvero dar vita a nuove forme di effetti discriminatori e, perciò, classifica tali sistemi (salvo, per ragioni di bilanciamento di interessi e di opportunità, che siano messi in servizio da fornitori di piccole dimensioni per uso proprio) tra quelli «*ad alto rischio*» - cioè che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone - «*in quanto determinano l'accesso di tali persone alle risorse finanziarie o a servizi essenziali quali l'alloggio, l'elettricità e i servizi di telecomunicazione*» (così il *considerando* 37).

Essi, dunque, sono inseriti al punto 5 lett. b) dell'Allegato III del progetto di regolamento, che elenca i sistemi ad alto rischio, i quali, in quanto tali, sono soggetti a una stringente disciplina comune sui requisiti obbligatori di sistema, dettata nel Titolo III (artt. 6-29), che comprende, tra le altre, minuziose regole sulla trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti (art. 13), sulla sorveglianza umana sull'utilizzo del sistema per prevenirne o ridurne al minimo i rischi (anche quelli per i diritti fondamentali) (art. 14), sull'accuratezza, robustezza e cibersicurezza del sistema (art. 15), sull'istituzione di un adeguato sistema di gestione della qualità (art. 17).

6. La riduzione dei tempi e dei costi operativi e di transazione non possono costituire una valida ragione per sacrificare sull'altare dell'efficienza i diritti fondamentali dei singoli, neppure considerandoli come meri attori economici piuttosto che persone e cittadini.

Le recenti proposte legislative si collocano in una giusta prospettiva di rafforzamento della protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali delle persone a fronte di un sempre più pervasivo utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale che la ricerca e l'innovazione tecnologica muniscono di

capacità fino a poco tempo fa impensabili. Il microcosmo della concessione del credito è solo uno dei numerosi campi nei quali le nuove tecnologie pongono il problema trasversale ed etico della disumanizzazione delle decisioni, ma non il meno importante.

È una sfida appena iniziata che, tra paure immaginarie e pericoli reali, richiede la massima attenzione di tutti.

Francesco Guarracino

Consigliere di Stato

LA SHARING ECONOMY NEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR) TRA STATO E MERCATO *

*(Sharing economy in the national recovery and resilience plan (PNRR)
between State and market)*

ABSTRACT: *This essay addresses the issue of PNRR according to the paradigm of the sharing economy, outlining the need to reconsider the service market in favor of users in terms of fairness and sustainability. All this, according to solidarity logics aimed at the overall common good*

SOMMARIO 1. Premessa - 2. Introduzione - 3. L'approvazione del *Recovery fund* - 4. Il Quadro finanziario pluriennale - 5. PNRR - struttura e cenni sulla natura giuridica - 6. Cenni storici: su specifici strumenti di risanamento dell'economia - 7. Le Missioni: una ricostruzione trasversale - 7.1 La prima missione - 7.2 La seconda missione - 7.3 La terza missione - 7.4 La quarta missione - 7.5 La quinta missione - 7.6 La sesta missione - 8. Profili conclusivi e finali: dal sistema *Totex* alla *sharing economy*.

1. La recente approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza rappresenta l'occasione per tornare ad affrontare il ruolo che assume la costante dialettica tra diritto ed economia, nei riflessi che ne derivano nel panorama interno ed eurounitario. È nell'esigenza di assicurare il complessivo perseguimento degli obiettivi previsti nel PNRR che appare cruciale l'effettiva realizzazione delle riforme sistemiche e regolatorie nello stesso previste.

L'*eadem ratio* sottesa al comune disegno politico ed istituzionale UE, dettata dalla necessità di consentire il superamento della pandemia, lascia prefigurare l'esigenza che gli interventi dei singoli Stati siano tra loro armonizzati, onde assicurare un mercato uniforme ed omogeneo anche sotto il profilo dell'accesso e dell'erogazione dei servizi.

*Contributo approvato dai revisori.

Al fine di garantire un giusto punto di “contatto” tra organismi sovranazionali e Stati membri, il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza), appare articolato secondo logiche di matrice dinamica, tendenti a valorizzare il reciproco coordinamento tra istituzioni, seppur nei differenti ruoli dagli stessi assunti. L'impronta che complessivamente emerge da una prima analisi del Piano sembra affidata al “doppio binario” delle riforme sistemiche volte alla complessiva ripresa del mercato; lasciando, quanto detto, trapelare scenari *de iure condendo* in quello che all'oggi si potrebbe qualificare un nuovo paradigma sociale ed economico di stampo europeistico di matrice interventista.

Invero, il nuovo modello dell'intervento pubblico nell'economia, riferito al fenomeno pandemico da Covid-19, implica l'abbandono di schemi predefiniti nell'analisi delle forme domestiche di stanziamento dei fondi finalizzati alla tutela della stabilità del sistema sociale, di quello economico - finanziario¹ e, con esso, del mercato visto nell'ottica di una tutela globale e complessivamente considerata. L'avvento della crisi da Coronavirus, che al pari dei fenomeni bellici di significativa estensione territoriale² ha risentito di una marcata diffusione anche su base sovra-

¹ Sul ruolo del Governo ed i relativi poteri di intervento nell'ambito della crisi finanziaria, si veda ampiamente, CAPRIGLIONE, *Il ruolo del diritto nel governo degli effetti della crisi economia. Il mercato finanziario*. Intervento alla seduta inaugurale del VII Congresso giuridico forense per l'aggiornamento professionale - Roma, 15 marzo 2012, in *Rassegna forense* 1.02.2021, pp. 70 e ss. PELLEGRINI, *Corso di diritto pubblico dell'economia. Saggi e monografie di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2019, n. 1, pp. 151 ss. RAGANELLI, *La difesa degli interessi strategici in tempi di crisi: a golden-route for a back-off?*, in ADDE, *Politiche pubbliche nazionali ed europee nel segno dell'inclusione e della sostenibilità*, 2020.

² Per una panoramica sui poteri di intervento in momenti di crisi, si veda MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato*, in *federalismi.it*, n. 20, 11.08.2021; Bassanini-Napolitano-Torchia, *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento nell'economia*, Bologna, 2021. MEZZACAPO, *I “nuovi poteri speciali” del Governo italiano sulle attività d'impresa e sugli assets di “rilevanza strategica” (per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, nonché per i settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni)*, in *Diritto banca e mercati finanziari*, 2012, vol. 26, n. 4. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, pp. 208 e ss.

nazionale, ha posto all'attenzione dei giuristi, degli economisti, nonché della classe politica nazionale e comunitaria, l'opportunità, oltreché l'esigenza, di realizzare forme di finanziamento caratterizzate dal duplice piano prospettico enucleato nel sintagma "ripresa e resilienza", il quale già evoca le linee guida che presiedono il noto sistema conosciuto come *NextGenerationEU*.

La bussola del governo UE non ha mirato esclusivamente alla ripresa economica e sociale dei Paesi membri, bensì assicurato che gli stessi fossero in grado di superare, senza insanabili fratture, la pandemia negli effetti devastanti che, diversamente, avrebbe determinato. Tanto che sul piano etimologico ci si è intesi avvalere dell'accezione "*resilienza*" che evoca, da un lato, il fattore fisico dell'urto e, ad un tempo, la fragilità dell'insieme che è chiamato ad assorbirlo, così da giustificare l'intervento di un fattore esogeno dirimente per il suo superamento.

Conseguentemente al dibattito parlamentare sulla proposta del Piano nazionale di ripresa e resilienza (d'ora innanzi soltanto "PNRR"), indicata dal Governo al Parlamento lo scorso 15 gennaio 2021 (poi conclusosi il 15 aprile dello stesso anno), l'insediato Governo Draghi ha presentato, in data 25 aprile, un nuovo testo del Piano interamente riformulato ed oggetto di comunicazioni alle Assemblee di Camera e Senato il 26 e, rispettivamente, il 27 aprile, per poi essere successivamente trasmesso alla Commissione europea (e, subito dopo, al Parlamento italiano). Come è noto, il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, esprimendosi favorevolmente sulla proposta di PNRR; essa è, peraltro, accompagnata da una dettagliata analisi del Piano (documento di lavoro della Commissione).

Il 13 luglio 2021 lo stesso Piano è stato definitivamente approvato dal Consiglio con apposita Decisione di esecuzione di recepimento della proposta della Commissione europea. Alla Decisione è seguito un allegato in cui vengono illustrate, in relazione a ciascun investimento e riforma, le specifiche finalità cui sono destinati i fondi erogati, nonché la programmazione temporale di esse unitamente alle tem-

pistiche di assegnazione delle risorse, prevista su base semestrale.

Ciò posto, nella presente trattazione si è pensato di assicurare l'esame dei principali ambiti affrontati dall'innovativo strumento in analisi; dapprima, tratteggiando lo scenario europeo di riferimento e le fasi preliminari alla adozione del Piano e, successivamente, disaminando i contenuti strutturali e finalistici che esso intende perseguire, anche in chiave sistemica con quelli già conosciuti a livello ordinamentale. In relazione al sistema tariffario di riferimento, si è inteso illustrare quanto previsto dal Piano anche nel rimando alla regolamentazione di settore. Il tutto, all'impronta di un sistema (*rectius*, mercato dei servizi) equo, compatibile e sostenibile, in applicazione dei nuovi *Pillars* dell'Unione europea, orientati al benessere della persona, *uti singuli* ed *uti cives*, nelle declinazioni sociali, imprenditoriali ed economiche che la caratterizzano³.

Si è, conclusivamente, prospettata una ricostruzione degli scenari che ci si attende dal Piano, senza abdicare all'esame delle eventuali criticità, comunque, correlate ad un così impattante intervento nella zona euro.

2. La pandemia da nuovo Coronavirus, quale evento di unanime e condivisa eccezionalità⁴, ha messo duramente alla prova il mondo intero⁵ intaccandone le

³ Per la portata, sul piano storico, della prefigurazione di una Europa giusta ed unita, si consiglia la consultazione di VICTOR HUGO, Discorso al Congresso della Pace di Parigi, 1849, dove si prospetta l'istituzione degli Stati Uniti d'Europa e, già in tale sede, il primario ruolo del diritto nell'economia per la tutela dei diritti sociali per il benessere comune. Consultabile su: http://www.eurohope.eu/eu_ipotesifuturo.htm.

⁴ L'eccezionalità dell'evento che coinvolge l'intero plesso normativo emanato in questo periodo è in modo inequivoco dichiarata nel primo comma dell'art. 56 (Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19) del D.L.17 marzo 2020, n. 18 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - Edizione Straordinaria n. 70 del 17 marzo 2020), convertito con modificazioni in L. 24 aprile 2020, n. 27 recante: "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi", in G.U. Serie Generale n.110 del 29- 04-2020 - Suppl. Ordinario n. 16, «*l'epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*».

economie, il modo di vivere e, in qualche modo, la capacità di progettare il futuro⁶. I sistemi sanitari in crisi, in particolare in Europa, hanno costretto a riconsiderare⁷ tutte quelle politiche di austerità perpetrate dai Paesi agganciati ad obiettivi di pareggio di bilancio e riduzione del debito⁸. È evidente come in Europa, dopo anni di rigidità sui temi di natura economica, si stia scegliendo di trarre da questa grande crisi una fonte di opportunità⁹. Le scelte normative derivanti da un evento di così spiccata gravità hanno inevitabilmente dato vita ad un “*diritto emergenziale*”¹⁰.

Il grande elemento di novità che ha preso corpo negli ultimi mesi in sede di

⁵“*The coronavirus pandemic is a human tragedy of potentially biblical proportions*”, così l’incipit di un articolo a firma di DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25.03.2020.

⁶ A proposito delle ricadute sulle economie dei Paesi si rinvia agli interessanti spunti offerti nel saggio di BALDWIN-TOMIURA, *Thinking ahead about the trade impact of COVID-19*, in BALDWIN-WEDER DI MAURO (a cura di), *Economics in the time of COVID-19*, Londra, 2020, pp. 59-72. FRANZINI, *Il Covid-19 e le disuguaglianze economiche*, in *Questione giustizia on line*, 8.04.2020. A proposito delle ricadute sulle economie dei Paesi si rinvia agli interessanti spunti offerti nel saggio di BALDWIN-TOMIURA, *op. ult. cit.*, pp. 59-72.

⁷ Le misure drastiche di lockdown hanno condotto a pensare a misure di shut down dei mercati regolamentati. Sul punto si rinvia alla petizione presentata alla Securities and Exchange Commission da COFFEE-MITTS, *Petition for Rulemaking on Short and Distort*, 16.02.2020. Più in particolare vedasi ANDHOV, *Covid-19: Should We Close Stock Exchanges?*, in *Oxford Business Law Blog*, 24.04.2020.

⁸ Sul punto si rinvia a GUERRA, *Governance economica europea e principio democratico: alcuni aspetti problematici*, in *federalismi.it*, n. 1, 2019 e NAPOLITANO, *L’incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n.1, 2012.

⁹ «*Indispensabile un ricorso ad un intervento salvifico della finanza, chiamata a svolgere un’azione di soccorso per superare la grave situazione indotta dal coronavirus*» così sostiene CAPRIGLIONE, *La Finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, I, 1 ss.; E ancora, DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, *Higher public debt levels will become an economic feature and be accompanied by private debt cancellation*, in *Financial Times*, 25.03.2020.

¹⁰ Scrive ANNUNZIATA che «*Molti istituti capisaldi del sistema sono stati sospesi, così come molte riforme, anche recenti, viste come necessarie – ad esempio il nuovo Codice della crisi d’impresa – sono state sterilizzate e la loro applicazione rinviata. Questi interventi hanno interessato la disciplina societaria, fallimentare, contrattuale, contabile e fiscale, giungendo ad interessate anche la disciplina di vigilanza prudenziale sulle banche, con l’introduzione di deroghe e di eccezioni volte ad agevolare il finanziamento del tessuto economico. Molti tabù stanno cadendo, o sono già caduti*». Cfr. ANNUNZIATA, *La distribuzione di prodotti di investimento e l’emergenza sanitaria. Una proposta*, Editoriale del maggio 2020, in *dirittobancario.it*.

Commissione europea¹¹, Parlamento europeo e più in generale tra i Leader dell'UE, è quello per cui una ripartenza passa per una progressione collettiva, senza la quale sembra impossibile riparare i danni causati dalla crisi e preparare un futuro migliore per la prossima generazione¹². Ciò che l'Unione Europea è stata in grado di proporre prende il nome, come è noto, di NextGeneration EU¹³, uno strumento nuovo per la ripresa del valore di 750 miliardi di Euro, integrato in un bilancio a lungo termine dell'UE potente e moderno¹⁴.

¹¹ La Commissione europea a seguito della pandemia è intervenuta con una *Comunicazione in tema di orientamenti sugli investimenti esteri diretti e sulla tutela delle attività strategiche europee in vista dell'applicazione del Regolamento 2019/452* in cui Ursula von der Leyen, in qualità di Presidente della Commissione europea ha dichiarato che “*Dobbiamo adottare misure precauzionali adesso, se vogliamo che l'Europa esca da questa crisi mantenendo immutata la sua forza. Come in ogni crisi, quando il nostro patrimonio industriale e societario può essere in pericolo, dobbiamo proteggere la nostra sicurezza e la nostra sovranità economica. Il diritto europeo e quello nazionale ci danno gli strumenti per affrontare questa situazione e intendo sollecitare gli Stati membri ad avvalersene appieno. L'UE è e rimarrà un mercato aperto per gli investimenti esteri diretti. Ma non si tratta di un'apertura incondizionata*”. Per un approfondimento sugli effetti del suddetto Regolamento si rinvia a NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, consultabile on line in *Riv. della regolazione dei mercati*, n. 1, 2019, nel quale l'autore ritiene con il regolamento possa costituire “*un modello di controllo sugli investimenti esteri in apparenza limitato sul piano teleologico. Il novero degli interessi protetti, infatti, è limitato alla sicurezza e all'ordine pubblico. L'obiettivo è evitare che il controllo sugli investimenti esteri si tramuti impropriamente in uno strumento di politica industriale, corporativa o peggio ancora clientelare. Il tentativo, tuttavia, è improbo ove si consideri la latitudine e l'indeterminabilità della nozione di sicurezza*”.

¹² Scrive ZAGREBELSKY a proposito dei diritti delle generazioni future: “*Le «generazioni future» chiedono moderazione nell'uso delle risorse alla generazione presente e dunque propongono un conflitto tra ciò che esiste e ciò che non esiste, appartenendo esse, per l'appunto, al mondo che deve ancora venire e nemmeno è certo che verrà*”. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017 p. 144.

¹³ Il *NextGenerationEU* costituisce un rimedio per favorire la ripresa attraverso un significativo pacchetto di misure finanziarie. Lo stanziamento economico pari a 1.800 miliardi di euro dovrà servire per risollevarne l'Europa a seguito della pandemia da Covid-19. Lo scopo sarà la costruzione di un'Europa più ecologica, digitale e resiliente. Per maggiori dettagli si rinvia al documento “*EU'S NEXT LONG-TERM BUDGET & NextGenerationEU: KEY FACTS AND FIGURES*” consultabile online al seguente link: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/about_the_european_commission/eu_budget/mff_factsheet_age_ement_en_web_20.11.pdf

¹⁴ Sugli effetti che la pandemia ha avuto nella tutela dei diritti fondamentali si v. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n.6, 2020;

Lo scopo posto a presidio di tale ambizioso programma è chiaramente quello di ripristinare la fiducia dei mercati e delle persone nel futuro per far ripartire l'economia. In questo senso, essendosi presentate enormi differenze per quanto riguarda l'impatto della malattia e il potenziale di ripresa tra i vari Paesi che compongono l'Unione Europea, uno dei primi obiettivi è stato quello di intervenire nell'Unione in misura maggiore laddove si sono avvertite maggiori esigenze¹⁵. È con questo principio generale che si sta traguardando la ripresa verso un'idea di Europa più solidale e, grazie a questo, più "resiliente e più giusta". Gli elementi principali che guidano i diversi piani Nazionali si fondano su alcuni obiettivi primari perseguiti su larga scala come, ad esempio, la transizione digitale e la transizione verde¹⁶. Due *target* fondamentali che, insieme, si crede fortemente possano dare (oppure: possano costituire per l'economia un volano) all'economia la giusta spinta nel breve e nel lungo periodo¹⁷.

3. Come noto, nel contesto emergenziale si è ravvisata la necessità di creare uno strumento di debito comune che renda finalmente effettivi quei principi di coesione e solidarietà¹⁸ spesso invocati sul terreno di un'Europa comune, tuttavia, mai concretizzati ai fini di una compiuta integrazione di politica economica tra gli Stati

CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 31.03.2020, pp. 12-41.

¹⁵ LEONCINI, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?*, in *federalismi.it.*, Editoriale del 29.04.2020, evidenzia come la crisi ha colpito tanto l'offerta con la chiusura di differenti attività produttive quanto la domanda.

¹⁶ Il verde e il *digital* sono i due *asset* della ripresa economica. La transizione verde con il *Green Deal* europeo costituisce una nuova strategia per la crescita dell'Europa che unitamente alla transizione digitale permetterà all'industria e alle PMI di operare più attivamente, garantendo ai lavoratori la possibilità di acquisire nuove competenze traguardandosi verso la decarbonizzazione dell'economia.

¹⁷ Cfr. SACCO GINEVRI, *Supporto alle imprese italiane da parte di un patrimonio destinato che verrà costituito da Cassa depositi e prestiti S.p.A. con apporto di beni dal Ministero dell'Economia*, in *Newsletter* del 20.05.2020, consultabile online al sito www.chiomenti.it.

¹⁸ CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 2, 2020, pp. 167-227.

membri. Una svolta in tal senso si è avuta il 23 aprile 2020, quando il Consiglio Europeo ha finalmente raggiunto un accordo con la costituzione del *Recovery Fund*.

La riunione straordinaria del Consiglio europeo, avvenuta a luglio 2020, ha prodotto uno storico cambio di rotta, permettendo la rivisitazione di quei parametri guida con cui si è sino ad ora immaginato il funzionamento dell'intero contesto europeo. La crisi sanitaria e i rischi che ne sono conseguiti hanno con forza riposizionato il senso della interrelazione tra gli Stati membri.

La perdita di un solo tassello del *puzzle* genererebbe rapidamente il crollo dell'intera Unione. Ed è per questa ragione che combattere contro il nemico comune della pandemia, uniformando i valori e gli obiettivi, potrà rinsaldare i rapporti tra i Paesi membri traghettandoci verso un futuro di coesione e solidarietà.

In sostanza, l'esigenza di perseguire il valore della collaborazione tra gli Stati e della interdipendenza tra di essi ha spinto i medesimi a trovare una risposta comune che tenesse adeguatamente conto degli interessi generali, senza per questo perdere di vista quelli particolari. Ad oggi sembra il risultato migliore che potessimo auspicare in attesa di valutarne gli effetti circa la sua attuazione.

Orbene, si è letto nella letteratura economica e d'informazione come il compromesso a cui i Capi di Stato e di Governo dei Paesi UE sono giunti sull'argomento "Recovery Fund¹⁹", si allinea con quanto proposto dalla Commissione europea²⁰ nell'ambito della strategia denominata "NextGenerationEU". La trattativa ha visto suddividere in ultima istanza gli stanziamenti in contributi a fondo perduto²¹ e prestiti. In particolare, il risultato finale è così caratterizzato: i primi sono

¹⁹ Per un approfondimento sul Recovery fund cfr. CARRÀ, *Cos'è il Recovery Fund presentato dall'Ue e come funzionerà*, 27.05.2020. <https://forbes.it/2020/05/27/cosa-e-come-funziona-il-recovery-fund-da-750-miliardi-di-euro-che-darebbe-piu-soldi-all-italia/>; TESSA, *Recovery fund: che cosa è, come funzionerà*, in *Wall Street Italia*, 24.04.2020; LOSITO, *Recovery fund: cos'è, come funziona, sia al recovery bond*, *The Italian Times*, 24.04.2020.

²⁰ Interessante il rinvio a VILLAFRANCA, *Consiglio Europeo: i tre nodi del Recovery Fund*, in *Ispionline.it*, 24.04.2020.

²¹ Gli aiuti a fondo perduto comprendono quattro strumenti che entrano a far parte del *Recovery Fund*: *React Eu*, *RRF*, *Just transition fund* e *Rural Development*.

stati *ab initio* previsti per 390 mld, i secondi per 360 miliardi di euro. Queste somme hanno quindi rappresentato la scelta dell'Europa di condividere il debito e i rischi che ne conseguono per promuovere la "resilienza e la trasformazione".

Se ciò è vero, non può non evidenziarsi come inizialmente le modalità di attuazione di tale innovativo strumento siano state oggetto di ampia discussione, poi positivamente definita nel documento definitivo del PNRR²².

Già in sede di *Recovery* si è detto come è deferito alla Commissione europea il compito di contrarre prestiti sui mercati dei capitali, per conto dell'Unione, fino a 750 miliardi di euro a prezzi 2018, potendosi approvvigionare a condizioni molto più favorevoli dei singoli Stati, per poi redistribuire i fondi ottenuti. Questa attività di assunzione netta di prestiti cesserà al più tardi alla fine del 2026. Ai singoli Stati, invece, è stato assegnato il compito di formulare specifici piani per la ripresa²³ che contengano riforme e investimenti²⁴ per il periodo 2021-2023 da sottoporre alla valutazione dalla Commissione. I criteri ai quali questi piani sono assoggettati variano in funzione delle diverse raccomandazioni²⁵ che vengono poste ai singoli Paesi e devono necessariamente convergere su elementi quali il rafforzamento del potenziale di crescita, la creazione di posti di lavoro, la resilienza sociale ed economica dello Stato membro e la contribuzione alla transizione verde e digitale.

Del pari, nell'analisi funzionale alla ripartizione tra i vari Stati delle somme che compongono il Recovery Fund concorrono ovviamente anche parametri co-

²² Interessante sul punto la visione di Cfr. CAPUTI, *Se l'Europa rischia di gettare via il biglietto vincente*, consultabile online al seguente link: <https://loccidentale.it/recovery-fund-se-leuropa-rischia-di-gettare-via-il-biglietto-vincente>.

²³ Di ripresa economica necessaria per ricostruire le falle del diritto amministrativo, in specie per quanto attiene il settore degli appalti pubblici, ha parlato anche CINTIOLI nel suo ultimo lavoro "*Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*", Soveria Mannelli, 2020.

²⁴ Sull'importanza di "investire bene" si rinvia a MASERA, *Buoni investimenti in (buone infrastrutture)*, in *La Repubblica, Affari e finanza*, 23.03.2020.

²⁵ Consiglio Europeo, Raccomandazione del Consiglio programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia (che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia), 20.5.2020.

me la popolazione, la grandezza del Paese, il tasso di disoccupazione medio tra il 2015 e il 2019 e l'impatto della crisi sanitaria (*allocation key*). Non da ultimo, si segnala la previsione ai sensi della quale in sede di Consiglio europeo uno o più Stati membri hanno la facoltà di attivare "in via eccezionale" un blocco delle erogazioni per chiedere un maggiore approfondimento circa il rispetto degli impegni assunti da parte dello Stato beneficiario, lasciando con questo supporre che tale procedura sia riservata alle fattispecie rappresentative di "gravi scostamenti dal soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali"²⁶ cui è subordinata la relativa attivazione; tuttavia, non si tratta di un vero e proprio diritto di veto, essendo riservata la decisione finale²⁷ alla Commissione (ferma restando la richiesta di parere del Comitato economico e finanziario, CEF).

In via generale, si consideri che i differenti ambiti raggruppati all'interno del piano cosiddetto "*NextGenerationEU*" ai quali sono attribuite le risorse sono distinti come di seguito illustrato. Il dispositivo per la ripresa e la resilienza: 672,5 miliardi di euro (prestiti per 360 miliardi di euro, sovvenzioni per 312,5 miliardi di euro); il REACT-EU: 47,5 miliardi di euro; l'Orizzonte Europa: 5 miliardi di euro; l'InvestEU: 5,6 miliardi di euro; lo Sviluppo rurale: 7,5 miliardi di euro; il Fondo per una transizione giusta (JTF): 10 miliardi di euro; il rescEU: 1,9 miliardi di euro.

4. Il *Recovery fund* (o *NextGenerationEU*), come si è più volte sostenuto, è un elemento di assoluta novità che si integra in un quadro più ampio quale è il prossimo bilancio a lungo termine dell'Europa. Ancora più nel dettaglio, Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 fissa i massimali annuali che possono essere spesi nelle politiche dell'Unione europea nell'arco temporale di riferimento per il periodo 2021-2027. Il "*mercato unico, l'innovazione e l'agenda digitale*"

²⁶ Riunione straordinaria del Consiglio Europeo (17,18,19,20, 21 luglio 2020) – Conclusioni.

²⁷ Si tratta del Documento di lavoro dei servizi della commissione orientamenti per i piani per la ripresa e la resilienza degli stati membri, Consiglio dell'Unione Europea del 17 settembre 2020.

rappresentano nel novero del QFP 2021-2027 un settore strategico di particolare rilevanza (primo punto); la *“coesione, resilienza e valori”* è al secondo punto delle tematiche che l’Unione europea ha propugnato di perseguire, al fine di favorire la nascita di nuovi spiragli occupazionali, mitigando le diseguaglianze economiche, sociali e territoriali all'interno degli Stati membri e in tutta Europa. Il punto 3 è improntato alla salvaguardia delle *“risorse naturali e ambiente”*, teso alla promozione di una complessiva politica climatica per la migliore tutela dell'ambiente e della biodiversità. La sfera afferente alla *“migrazione e gestione delle frontiere”* (quarto punto) tende a favorire la realizzazione dei programmi di Bratislava e di Roma. In relazione alla tematica della *“sicurezza e difesa”* (quinto punto) si delinea la canalizzazione degli investimenti verso il Fondo Sicurezza interna, per un elevato grado di sicurezza nell'UE (in tale ambito si intende affrontare e dirimere la questione del terrorismo; la criminalità organizzata ivi compresa quella informatica, anche attraverso strumenti di sostegno alle vittime di reato). Del pari, al punto 6 *“vicinato e resto del mondo”*, l’UE si prospettano forme di ausilio agli Stati in procinto di prendere parte all'Unione. Al successivo punto 7 *“Pubblica amministrazione europea”* si profilano investimenti per la realizzazione di un’apparato amministrativo di stampo europeo di larga scala, nel delicato ruolo di fornire strumenti di ausilio in favore della stessa Unione europea nell’assolvimento dei *Pillars* previsti nel comune interesse.

5. Come si è visto, l’Unione europea ha adottato strumenti volti al superamento della crisi pandemica, nel cui ambito ha programmato ambiziose riforme a livello sistemico con la specifica finalità di accompagnare e traguardare gli investimenti previsti verso una complessiva e radicale riforma dello stesso mercato UE.

Lo strumento operativo contemplato in sede dell'Unione europea per poter beneficiare dei fondi di *NextGenerationEU* (di cui all’acronimo, *NGEU*), consiste

nella redazione di un Piano, meglio conosciuto come *Recovery and Resilience Plan*, contenente un dedalo di riforme ed investimenti per il periodo interessato. Per l'Italia il Piano è stato presentato ufficialmente dal Governo in data 30 aprile 2021 ed il 13 luglio scorso è stato, in via definitiva, approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio UE, il quale ha condiviso la già sopra citata proposta di decisione della Commissione europea. Si fa notare come alla Decisione appena citata sono stati inclusi e specificati, in allegato, gli obiettivi perseguibili e, in merito ad ogni singolo investimento, gli stessi sono stati programmati temporalmente, il cui raggiungimento costituisce il presupposto per l'assegnazione delle risorse su base semestrale.

A livello eurounitario si è, dunque, apprezzata la conformità e coerenza del Piano rispetto ai *Pillars* menzionati nell'articolo 3 del regolamento (UE) 2021/241, nonché la sua idoneità in concreto a favorire il potenziale di crescita dell'Italia, anche sotto il profilo delle condizioni del mercato del lavoro e la resilienza sociale. Esso, poi, sempre secondo gli intendimenti della medesima Commissione, non appare pregiudizievole rispetto agli obiettivi ambientali dell'Unione, profilandosi anzi in grado di generare rilevanti cambiamenti nell'economia globale del Paese. Obiettivi, questi ultimi, senz'altro favoriti, quanto alla loro effettiva perseguibilità, anche in relazione alla previsione di un sistema di *governance* che, non a caso, può qualificarsi multilivello, in quanto creato *ad hoc* per garantire l'attuazione ed il monitoraggio del piano.

In definitiva, si tratta di uno strumento assunto in piena coerenza con gli obiettivi specifici per il Paese per come rinvenibili nel novero del Semestre europeo. Lo stesso tiene conto, altresì, delle specifiche prescrizioni indicate nei vari Programmi nazionali di riforma nonché, per quanto in questa sede maggiormente rileva, di quelli predisposti in materia di energia e clima, oltretutto in tema di transizione verde, ivi compresa la tutela della biodiversità e dell'acqua come valori

primari²⁸.

Ed invero, come si legge nelle premesse del documento ufficiale di approvazione del Piano, lo stesso rappresenta per l'Italia un'occasione di "*imperdibile sviluppo*"²⁹ da perseguire anche attraverso l'ammodernamento della pubblica amministrazione, il consolidamento del sistema produttivo, il tutto unitamente alla necessità di superamento della soglia di povertà, lo sviluppo di una crescita economica sostenibile e costante, elidendo gli ostacoli che ne hanno determinato la stasi.

Il solo PNRR assicura, infatti, stanziamenti per 191,5 miliardi di euro, da impiegare nell'arco temporale 2021-2026, di cui 68,9 miliardi erogati a titolo di sovvenzioni a fondo perduto, ed euro 122,6 miliardi di euro in finanziamenti.

Le sei missioni del Piano, consistenti in digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, rivoluzione verde e transizione ecologica, infrastrutture per una mobilità sostenibile, istruzione e ricerca, inclusione e coesione sociale e la salute, risultano pertanto soddisfacenti rispetto ai parametri stabiliti dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che ha istituito il c.d. dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Se sul piano strutturale, infatti, il Piano si presenta articolato in sei ambiti, meglio definiti come missioni, dove come si è visto si ascrivono le sedici componenti necessarie per il perseguimento degli obiettivi; queste ultime, a loro volta, si sviluppano in quarantotto linee di intervento per progetti omogenei. Per ciascuna missione vengono specificati gli interventi di riforma necessaria per un migliore perseguimento degli interventi, assieme agli aspetti più significativi per il raggiungimento delle su richiamate tre priorità previste nel Piano.

²⁸ Sulla materia si veda, GIGANTE, *l'Acqua e la sua gestione, un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012; per una visione internazionale, GAROFALO, *Osservazioni sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, p. 20 e ss.

²⁹ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Nextgenerationitalia, Italia Domani, premesse di DRAGHI, p. 3 e ss.

Per ciò che attiene alla prima missione, qualificata digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, basti considerare che con essa si persegue l'obiettivo più in generale afferente all'innovazione intesa in senso digitale. Per essa sono previste risorse destinate per un complessivo ammontare di 40,32 miliardi di euro³⁰, mentre per la seconda, in tema di rivoluzione verde e transizione ecologica, si mira alla realizzazione della c.d. transizione verde ed ecologica della società e dell'economia. In tale ambito sono state destinate risorse per complessivi 59,47 miliardi di euro³¹. Del pari, la missione tre, sulle infrastrutture per una mobilità sostenibile, è volta a perseguire un asset infrastrutturale innovativo e digitalizzato ed a cui vengono destinate risorse per 25,40 miliardi di euro³². Con la quarta missione, istruzione e ricerca, si è previsto il rafforzamento degli ambiti strutturali di maggior rilievo, quali quelli, ad es., afferenti alla produttività, nonché all'inclusione sociale e all'idoneità del sistema di adattamento alle sfide tecnologiche e ambientali, con previsione di spesa per 30,88 miliardi di euro³³.

³⁰ La Missione M1 Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo è suddivisa in: M1C1, Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA, con fondi previsti in euro 9,75; M1C2, Digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo, con fondi previsti per euro 23,89; M1C3 Turismo e cultura 4.0, per euro 6,68. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 0,80 miliardi di euro e dal Fondo Complementare per 8,74 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 49,86 miliardi di euro.

³¹ La Missione M2, Rivoluzione verde e transizione ecologica è suddivisa in: M2C1, Agricoltura sostenibile ed economia circolare, con stanziamento per 5,27 miliardi di euro; M2C2, Transizione energetica e mobilità sostenibile, per euro 23,78; M2C3, Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici, per euro 15,36, nonché M2C4, Tutela del territorio e della risorsa idrica, per euro 15,06. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 1,31 miliardi di euro e dal Fondo Complementare per 9,16 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 69,94 miliardi di euro.

³² La Missione M3, Infrastrutture per una mobilità sostenibile è divisa in: M3C1, Rete ferroviaria ad alta velocità/capacità e strade, per complessivi 24,77 miliardi di euro; M3C2, intermodalità e logistica integrata, per 0,63 miliardi di euro. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 0,00 miliardi di euro e dal Fondo Complementare per 6,06 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 31,46 miliardi di euro.

³³ La Missione M4, Istruzione e ricerca è distinta al suo interno in due macroaree: M4C1, Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione dagli asili nido alle università, con previsione di 19,44 miliardi di euro; M4C2, Dalla ricerca all'impresa, per euro 11,44 miliardi di euro. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 1,93 miliardi di euro e dal Fondo

La quinta missione, in materia di inclusione e coesione, assume un significativo ruolo laddove con essa si intende assicurare il sostegno all'*empowerment* femminile e, più nel particolare, è volta a garantire un'azione di contrapposizione rispetto alle discriminazioni di genere, nonché il consolidamento dell'occupazione giovanile. A ciò si aggiunge anche il riequilibrio territoriale e l'impulso allo sviluppo del Mezzogiorno. In tutto sono 19,81 miliardi di euro le risorse in tale ambito destinate³⁴. Non da ultimo, con la sesta missione, la tutela della salute, si mira a rafforzare, in chiave di risposta sistemica, il complessivo ambito sanitario nazionale anche attraverso forme di promozione la ricerca, e rispetto alla quale sono stanziati 15,63 miliardi di euro³⁵.

Più nel particolare, con il Piano nazionale di ripresa e resilienza si persegue l'obiettivo di porre rimedio agli effetti derivanti dalla pandemia; ad un tempo, si affrontano, in maniera più generalizzata, anche le criticità principali che presenta il tessuto economico e sociale. Va soggiunto che per l'effettivo perseguimento degli obiettivi previsti nel Piano si profila necessario dirimere molteplici problematiche che costituiscono un ostacolo allo sviluppo ed al rilancio dell'economia nazionale, tra cui si annovera l'inadeguata dinamica degli investimenti, nonché le disparità di genere e territoriali. Inoltre, negli anni si è apprezzata una significativa incidenza negativa sull'andamento della stessa economia per gli ambiti maggiormente esposti

Complementare per 1,00 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 31,46 miliardi di euro.

³⁴ La Missione M5, Inclusione e coesione comprende: M5C1, Politiche per il lavoro, per 6,66 miliardi di euro; M5C2, Infrastrutture sociali e famiglie comunità e terzo settore, per 11,17 miliardi di euro; M5C3, Interventi speciali per la coesione territoriale, per euro 1,98. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 7,25 miliardi di euro e dal Fondo Complementare per 2,77 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 29,83 miliardi di euro.

³⁵ La Missione M6, Salute, contempla: M6C1, Reti di prossimità strutturale e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale, per 7,00 miliardi di euro; M6C2, Innovazione, ricerca e digitalizzazione del servizio sanitario nazionale, per 8,63 miliardi di euro. Le risorse stanziare a tale titolo sono arricchite dallo strumento React EU per 1,71 miliardi di euro e dal Fondo Complementare per 2,89 miliardi di euro. Per un complessivo stanziamento per 20,23 miliardi di euro.

ai fenomeni di calamità naturale e, quindi, dell'inidoneità dell'apparato pubblico a farvi fronte.

Al fine di poter concretamente superare tali criticità appare, dunque, necessario operare in piena linea di conformità con le specifiche Raccomandazioni dell'EU³⁶ che, come è noto, scandiscono le riforme interne essenziali. Il Regolamento UE 2021/241³⁷ del Parlamento e del Consiglio del 12/2/2021 viene definito "Dispositivo" per la ripresa e la resilienza. Fonte secondaria o derivata del diritto dell'Unione esso obbliga, in ogni suo elemento, gli Stati Membri, con diretta applicabilità. In particolare, lo stesso Regolamento prevede obiettivi, fondi per il loro raggiungimento, forme di finanziamento all'interno di una cornice di regole e di un ambito applicativo al quale corrispondono aree di intervento di pertinenza europea, strutturate in sei pilastri³⁸.

La struttura a colonne portanti, "*pillars*" è cara al legislatore europeo e conferisce una sorta di sacralità alla missione e agli obiettivi specifici, evidenziando il carattere innovativo degli stessi e, allo stesso tempo, un punto di rottura rispetto al passato, che in epoca pandemica si autoimpone.

Così, il Trattato di Maastricht del 1992, modificando i Trattati istitutivi, prevedeva la costituzione di un'Unione Europea fondata su tre pilastri (nel 2009 aboliti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) quali: le Comunità europee, la Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) e la Cooperazione in materia di Giustizia e Affari Interni (GAI).

³⁶ Sulle precedenti Raccomandazione del Consiglio, si veda quella sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019, Bruxelles, 05.06.2019, COM (2019) 512 Final.

³⁷ Cfr. Regolamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Consultabile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32021R0241&from=IT>.

³⁸ Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento, i sei pilastri sono i seguenti: transizione verde, trasformazione digitale, crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con PMI forti), coesione sociale e territoriale, salute e resilienza economica, sociale e istituzionale e, infine, politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani.

Un'immagine rappresentativa, quella dei pilastri, che riecheggia la tradizione classica delle colonne del tempio greco sulle quali poggia l'architrave, di una struttura destinata ad attraversare il tempo e giungere ancora ai giorni nostri. Così, anche i principi del pilastro europeo dei diritti sociali "*the European pillar of Social Rights*" hanno costituito un cambio di indirizzo dell'Unione, non più solo Comunità Economica che vedeva la sua massima espressione nei Trattati istitutivi, ma sistema unionale di promozione, riconoscimento, tutela effettiva dei diritti umani, sanciti all'interno di una Carta che ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati.

In virtù del principio di efficacia e di uniformità dell'azione dell'Unione e al fine di aiutare gli Stati membri a concepire, elaborare e attuare le riforme in tutte le principali aree economiche e sociali di intervento, la Commissione agisce per fornire supporto tecnico, a richiesta del singolo Stato Membro. Nello specifico, come si è detto, oggetto del Regolamento, ai sensi dell'art. 1, è la disciplina del dispositivo per la ripresa e la resilienza che si concretizza attraverso il finanziamento degli obiettivi fissati dai PNRR (Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza), in conformità all'art. 12 e come definiti all'art. 17, paragrafo 1. Elaborati dai singoli Stati Membri per il raggiungimento degli obiettivi generici e specifici di cui all'art. 4 del Regolamento, i PNRR sono poi trasmessi alla Commissione per una sua valutazione ed un successivo "follow-up". Il tutto, com'è infatti avvenuto, a seguito della approvazione da parte del Consiglio dell'Unione europea in data 13 luglio 2021. È, dunque, confermato il tradizionale ruolo della Commissione, "*dog-watcher*" del diritto dell'Unione, a garanzia della sua corretta applicazione in tutti gli Stati Membri. Il PNRR costituisce, dunque, uno strumento dinamico tra lo Stato Membro e la Commissione, che opera già in fase di redazione dello stesso piano, per poi proseguire in quella esecutiva attraverso un'attività di valutazione (*evaluation*) ed il monitoraggio (*follow up*), sorretto dai principi di proporzionalità rispetto ai risultati e di efficacia di quanto posto in essere.

Un sistema, in altri termini, di azioni della Commissione e dello Stato

Membro, governato anche dai principi di leale collaborazione e di trasparenza (il PNRR è motivato dettagliatamente ai sensi dell'art. 18), che realizza un meccanismo coordinato di *performance* amministrativa,³⁹ anche al fine di prevenire forme di frode, corruzione e conflitti di interessi, gravi violazioni degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, in particolare, degli accordi relativi all'assistenza finanziaria, tali da giustificare una sospensione dell'erogazione del sostegno, una sua riduzione e il suo recupero.

A garanzia poi dell'effettività dello strumento, dopo la valutazione dei PNRR da parte della Commissione e su proposta della stessa, il Consiglio adotta con una decisione di esecuzione.⁴⁰ La competenza esecutiva del Consiglio risulta quale *conditio sine qua non* di operatività del PNRR.

Segue, a livello cronologico, la definizione concordata e di dettaglio delle modalità operative di natura tecnica e di attuazione dei calendari, degli indicatori dei traguardi e degli obiettivi e accesso ai dati sottostanti⁴¹. Delineandosi in tal modo, un accordo di cooperazione e di sostegno operativo e concordato. Sebbene, la definizione e la descrizione della sua natura giuridica non si rinvergono nel Regolamento, le stesse appaiono deducibili attraverso un'analisi sistematica del "*Dispositivo*", influenzata dai canoni ermeneutici di diritto interno come si seguito brevemente enucleati. Tanto che il termine accordo o piano di cooperazione e di sostegno è così definito dalle Linee guida "I progetti partono da qui" della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Europee - Ufficio di Coordinamento delle Politiche economiche.⁴² La natura giuridica ricorda quella di uno strumento di programmazione (attuativo e di dettaglio), dialogico e flessibile.

Corollario del principio di programmazione è quello della credibilità, in

³⁹ Cenni alla performance sono ricavabili dal combinato disposto dell'art. 14 e del preambolo, paragrafo 53, del Regolamento UE 241/2021.

⁴⁰ Cfr. Paragrafo 53 del preambolo del Regolamento UE 2021/241.

⁴¹ Cfr. Paragrafo 70 del Regolamento UE 2021/241, cit.

⁴² <http://www.politicheeuropee.gov.it/media/5345/linee-guida-pnrr.pdf>

termini di previsione dello strumento, mentre la flessibilità dello stesso non va, come è noto, confusa con la parzialità, l'imprecisione e la vaghezza. Infatti, è stato auspicato⁴³ come gli Stati membri debbano *“continuare a operare a stretto contatto con la Commissione per redigere piani per la ripresa e la resilienza che siano solidi e credibili, così che l'erogazione di fondi possa iniziare il prima possibile, in modo da cogliere le possibilità che si aprono grazie ai finanziamenti del dispositivo, eliminando le strozzature che intralciano le economie e ammodernano le politiche e le pratiche obsolete”*. Uno strumento, in definitiva, caratterizzato da un forte tecnicismo, nei settori di operatività dell'Unione, per il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale⁴⁴. Una specificità ribadita anche all'art. 23 del Dispositivo, laddove il patto è definito *“impegno giuridico specifico”*.

Alla luce dei principi generali di matrice negoziale, presi in prestito dal diritto interno (e per quanto prudenzialmente utilizzabili *in subiecta materia*), non appare intemerato ritenere che lo stesso accordo tra Stato e Unione, come sopra delineato, pur essendo espressione di una indubbia volontà a riguardo, partecipi dei caratteri propri della specialistica finalità che esso intende perseguire. Ciò, infatti, lascia prefigurare, accanto all'elemento finalistico, un temperamento dello stesso concetto dell'autonomia negoziale, alla luce della natura vincolata dello scopo e dei fondi oggetto di finanziamento. Così da far trasparire un accordo caratterizzato da specifici obblighi di garanzia di gestione delle risorse e dei programmi previsti, oltreché da quelli di ripetizione. L'unitaria fonte di regolazione consistente, come si è visto nel dispositivo, conferma il contenuto vincolato dell'accordo, i cui margini di autonomia lasciati agli Stati appaiono specificativi e non sostitutivi di essi. In definitiva, uno *“strumento comune, finanziato da debito comune, verso un obiettivo*

⁴³ Discorso di DOMBROVSKIS in occasione del comunicato stampa del 10 febbraio 2021 della Commissione Europea. Consultabile su https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis_en. Commissione Europea, *Le sei priorità della Commissione*, consultabile su: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_it.

⁴⁴ Nel preambolo del Regolamento ai paragrafi 1, 2, 3, 4 sono contenuti richiami alla politica di coesione, in particolare alle sue modalità e ai sensi degli artt. 120, 121, 148, 174 e 175 del TFUE.

comune”⁴⁵, un “*passo storico impensabile, anche soltanto un anno fa, compiuto dall’Europa sull’onda del terribile shock della pandemia*”⁴⁶. Tale complesso quadro previsionale è, non da ultimo, caratterizzato da analitiche forme di controllo e di monitoraggio circa l’attuazione dei programmi afferenti al Piano. Tanto che a norma del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, pubblicata nella G.U. del 31 luglio 2021, n. 81, si è preveduta la istituzione di specifici organismi di coordinamento. Essi, in particolare, riguardano la costituzione di una c.d. una cabina di regia ed una segreteria tecnica presso la presidenza del Consiglio dei ministri. È, inoltre, previsto un ente a valenza meramente consultiva partecipato dai rappresentanti delle parti sociali, nonché da operatori pubblici e privati come ad. es. gli Enti locali. Altresì, è contemplato un centro operativo nell’ambito del dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della presidenza del Consiglio dei ministri, nonché un centro di coordinamento anche presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze; quest’ultimo ha, nel particolare, il ruolo di effettuare il controllo su base centrale su tutto il territorio nazionale per il necessario raccordo con la Commissione europea e di relazionarsi con le singole strutture locali di coordinamento (investite della gestione degli interventi inerenti al Piano). Conseguentemente, con apposite prerogative di sostituzione riconosciute a specifici organi si può intervenire a scongiurare anomalie e/o mancate o inadeguate attuazioni dei progetti del Piano, anche attraverso il ricorso a strumenti preventivi di risoluzione dei conflitti.

Si fa notare come ai sensi dell’art. 12 (Poteri sostitutivi) del Decreto Semplificazioni 2021, d.l. n. 77/2021, conv. con mod. in L. 11.09.2020, n. 120⁴⁷, è

⁴⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_423

⁴⁶ GENTILONI, Commissario per l’Economia, intervento prestato in occasione della Conferenza Stampa per l’entrata in vigore del Dispositivo.

⁴⁷ Cfr. decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 129 del 31 maggio 2021 - Edizione straordinaria), coordinato con la legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108 recante: «*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento*

stato previsto un articolato sistema regolamentare in forza del quale, in ipotesi di mancato rispetto degli obblighi e gli impegni finalizzati⁴⁸ alla attuazione del PNRR, il Presidente del Consiglio dei Ministri assegna all'interessato un termine non superiore a trenta giorni per provvedere. Nel caso di persistente inerzia si provvederà secondo le prescrizioni sancite dallo stesso art. 12 appena citato, delineandosi un meccanismo di sostituzione con altri soggetti ivi indicati dalla norma, fino alla nomina di un commissario *ad acta*, designato allo scopo di portare a compimento l'opera ineseguita.

Vengono, inoltre, previsti sistemi di superamento di eventuali dissensi al fine di assicurare il celere perfezionamento degli interventi programmati. Il tutto, ai sensi dell'art. 13 del Decreto semplificazioni testé citato, laddove in caso di dissenso e/o diniego oppure opposizione di un Organo dello Stato che sia propedeutico alla realizzazione dell'opera, si prevede che la Segreteria tecnica istituita secondo l'art. 4 del medesimo d.l. n. 77/2021, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, sottopone nei successivi cinque giorni la questioni allo stesso Presidente del Consiglio che, a sua volta, provvederà all'esame di essa nell'ambito del Consiglio dei Ministri per la assunzione delle relative determinazioni⁴⁹.

6. Ciò posto, preme altresì evidenziare come le specificità che lo stesso PNRR presenta ne confermano, da un lato, l'innovatività e l'eccezionalità rispetto agli strumenti all'oggi esistenti e, dall'altro lato, ne favoriscono le differenziazioni rispetto agli ulteriori interventi di sostegno all'economia precedentemente assunti per il superamento di criticità economiche e di sistema.

A mero titolo di *focus* sistemico, si fa richiamo al noto *European Recovery*

delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure». (21A04731) (GU Serie Generale n.181 del 30-07-2021 - Suppl. Ordinario n. 26).

⁴⁸ DI MARZIO, *Il Decreto semplificazioni 2021. Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR)*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, nn. 3-4, 2021, pag. 121 e ss.

⁴⁹ DI MARZIO, *op. ult. cit.*, pag. 122.

Plan, meglio conosciuto come Piano Marshall, dal nome del Ministro statunitense preponente, che già nel 1947 invitava gli Stati europei verso l'istituzione di un mercato interno unico, sul modello americano, sorto *de facto* per la gestione degli aiuti volti al superamento della crisi conseguente alla seconda guerra mondiale. Tali fondi furono, come è noto, seguiti all'interno dell'Organizzazione per la cooperazione economica europea. A partire dal 1950 venne, poi, creata la CE-CA, Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Simili meccanismi sono, quindi, previsti in caso di dissenso e/o diniego di Enti sottordinati.

Nel corso degli anni sono stati, poi, istituiti molteplici strumenti di aiuto onde sopperire alle esigenze degli Stati. Infatti, con l'*Intercreditor Agreement* (Accordo tra i creditori)⁵⁰, nell'acquisita consapevolezza dell'inidoneità degli stessi di superare la crisi a far data dal 2010, a margine della significativa crisi apparsa nella zona euro e tenuto conto delle non trascurabili criticità emerse nell'ambito del mercato obbligazionario, procedendosi con l'adozione del c.d. programma di sostegno finanziario mediante prestiti bilaterali alla Grecia. Il tutto, ai sensi della dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione europea appartenenti all'area euro assunta a *Bruxelles* il 25 marzo 2010 e delle consequenziali decisioni dell'Eurogruppo assunte l'11 aprile e il 2 maggio 2010; a seguito di detta decisione l'Eurogruppo ha promosso un programma triennale di prestiti bilaterali alla Grecia ad opera degli Stati membri, da erogare secondo le prescrizioni stabilite a margine delle determinazioni del Consiglio Europeo dell'11 aprile 2010. Nel delineato ambito si richiama, senza pretesa di esautività, il Regolamento UE n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010, di costituzione del meccanismo di stabilizzazione finanziaria⁵¹, meglio conosciuto come *European stability mechanism*, e con l'acronimo ESM, di circa ottanta miliardi. Al Fondo salva

⁵⁰ CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, pag. 5 ss.

⁵¹ In GUUE, L. 118, 12 maggio 2010. Si consiglia la consultazione: “*Salvaguardia della stabilità finanziaria dell'area euro*”, D.L. 67/2010 - A.C. 3505, Dossier della Camera dei Deputati, n. 349 del 1^a giugno 2010, cfr. art. 1 del progetto di legge.

Stati fece, quindi, seguito la costituzione della società di diritto privato, ubicata in Lussemburgo, *European Financial Stability Facility*, strumento di natura finanziaria avente la specifica finalità di garantire la stabilità finanziaria nell'ambito dell'area dell'euro⁵². Trattasi di un fondo di garanzia istituito dagli Stati membri con possibilità di emettere titoli caratterizzati dalla garanzia assunta dagli Stati medesimi, al fine di assicurare il necessario supporto economico onde sopperire a particolari fattori di significativa eccezionalità ed impatto.

In tale quadro s'inserisce, conseguentemente, il MES (*European Stability Mechanism*), istituito attraverso un trattato intergovernativo, al di fuori del quadro giuridico della UE, nel 2012. La sua funzione primaria è concedere, a condizioni date, la copertura finanziaria ai paesi membri che si trovino in temporanee criticità nel finanziarsi sul mercato⁵³. Da ultimo, non appare secondario menzionare il ruolo della BCE nelle prerogative che alla stessa competono sotto il profilo della garanzia della stabilità del mercato dell'eurozona, basti considerare che, come si legge nella

⁵² CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino, 2019, p. 5 e ss.

⁵³ Banca d'Italia, Eurosistema, https://www.bancaditalia.it/media/fact/2019/mes_riforma/index.html, *“La condizionalità varia a seconda della natura dello strumento utilizzato: per i prestiti assume la forma di un programma di aggiustamento macroeconomico, specificato in un apposito memorandum; è meno stringente nel caso delle linee di credito precauzionali, destinate a paesi in condizioni economiche e finanziarie fondamentalmente sane ma colpiti da shock avversi. Il MES è guidato da un "Consiglio dei Governatori" composto dai 19 Ministri delle finanze dell'area dell'euro. Il Consiglio assume all'unanimità tutte le principali decisioni (incluse quelle relative alla concessione di assistenza finanziaria e all'approvazione dei protocolli d'intesa con i paesi che la ricevono). Il MES può operare a maggioranza qualificata dell'85 per cento del capitale qualora, in caso di minaccia per la stabilità finanziaria ed economica dell'area dell'euro, la Commissione europea e la BCE richiedano l'assunzione di decisioni urgenti in materia di assistenza finanziaria. Il MES ha un capitale sottoscritto pari a 704,8 miliardi, di cui 80,5 sono stati versati; la sua capacità di prestito ammonta a 500 miliardi. L'Italia ha sottoscritto il capitale del MES per 125,3 miliardi, versandone oltre 14. I diritti di voto dei membri del Consiglio sono proporzionali al capitale sottoscritto dai rispettivi paesi. Germania, Francia e Italia hanno diritti di voto superiori al 15 per cento e possono quindi porre il loro veto anche sulle decisioni prese in condizioni di urgenza. La proposta di riforma del Trattato istitutivo del MES interviene sulle condizioni necessarie per la concessione di assistenza finanziaria e sui compiti svolti dal MES in tale ambito, introducendo modifiche di portata complessivamente limitata; la riforma non prevede né annuncia un meccanismo di ristrutturazione dei debiti sovrani, non affida al MES compiti di sorveglianza macroeconomica”*.

letteratura finanziaria in materia, già alla fine aprile 2020, lo stock di titoli acquistati dalla BCE nell'ambito del suo APP (*Asset Purchase Programme*) ammontava ad oltre 2.800 miliardi di euro, di cui l'80 per cento in titoli pubblici⁵⁴.

7.

7.1. La Missione 1 si annovera, a livello più generale, nell'esigenza di assicurare un migliore sviluppo della competitività e della produttività del Paese, attraverso il potenziamento del sistema di connettività con i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni. Essa presenta una connotazione trasversale con le altre missioni del Piano⁵⁵, laddove la necessaria attività di continuo aggiornamento tecnologico nei processi produttivi delle infrastrutture impone un adeguato sistema di monitoraggio per l'efficientamento gestionale e per il miglioramento della qualità dei servizi. Il tutto anche nella prospettiva di favorire lo sviluppo delle missioni 2 e 3, nonché la missione 4 in materia di istruzione nei programmi didattici e nella qualità degli edifici. Analogamente, la digitalizzazione della pubblica amministrazione si pone in chiave dialettica con la 5 e la 6 missione anche sotto il profilo della costante attività di aggiornamento del personale, onde garantire un più elevato *standard* assistenziale. Senza contare l'esigenza di ammodernamento delle strutture degli edifici sanitari, anch'essi interessati dal Piano per ciò che attiene alla realizzazione

⁵⁴ FRATTOLA, Osservatorio conti pubblici italiani, Università Cattolica del Sacro Cuore, *Come funzionano gli acquisti di titoli pubblici della BCE?*, 18.05.2020, su <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-come-funzionano-gli-acquisti-di-titoli-pubblici-della-bce>.

⁵⁵ Cfr. PNRR, Missione 1, p. 83 e ss., ove si legge: “*Lo sforzo di digitalizzazione e innovazione è centrale in questa Missione, ma riguarda trasversalmente anche tutte le altre. La digitalizzazione è infatti una necessità trasversale, in quanto riguarda il continuo e necessario aggiornamento tecnologico nei processi produttivi; le infrastrutture nel loro complesso, da quelle energetiche a quelle dei trasporti, dove i sistemi di monitoraggio con sensori e piattaforme dati rappresentano un archetipo innovativo di gestione in qualità e sicurezza degli asset (Missioni 2 e 3); la scuola, nei programmi didattici, nelle competenze di docenti e studenti, nelle funzioni amministrative, della qualità degli edifici (Missione 4); la sanità, nelle infrastrutture ospedaliere, nei dispositivi medici, nelle competenze e nell'aggiornamento del personale, al fine di garantire il miglior livello di assistenza sanitaria a tutti i cittadini (Missioni 5 e 6)*”.

dei c.d. Ospedali di Comunità, in evidente chiave attuativa dell'intermunicipalità territoriale in materia sanitaria⁵⁶.

Il posizionamento dell'Italia al venticinquesimo posto a livello Europeo per il grado di digitalizzazione (DESI 2020) trova inquadramento nella scarsa diffusione delle tecnologie *cloud* avanzate. Tale circostanza è caratterizzata da una bassa incidenza degli investimenti in materia anche ad opera delle piccole e medie imprese che nel Paese raffigurano una larga parte del tessuto produttivo (*EC Country Report Italy*)⁵⁷.

Un ulteriore finalità perseguita con la prima missione è quella di assicurare il complessivo rafforzamento del sistema produttivo con un elevato grado di digitalizzazione anche attraverso l'incentivazione fiscale che, a sua volta, tende a favorire l'occupazione giovanile. Inoltre, si prevedono strutture ad elevato contenuto tecnologico tra cui si annoverano quelle satellitari,⁵⁸ nonché con l'ausilio di sistemi infrastrutturali, fissi e mobili, con elevata capacità, c.d. *Very High Capacity Network*. Ciò, in linea di continuità con quanto previsto e programmato dal Governo, già nel 2015, quando è stata varata la Strategia Nazionale della Banda Ultra-Larga, garantita attraverso l'utilizzo di significative risorse pubbliche e private, pari a circa 12 miliardi di euro.

Sono di primaria importanza, altresì, gli investimenti in tema di turismo e cultura per il consolidamento dell'immagine del Paese anche a livello internazionale. Tutto ciò è proposto attraverso la valorizzazione degli *asset* e le competenze maturate a riguardo, stimolando la idoneità attrattiva delle strutture turistiche. Ad un tempo, garantendo il corretto bilanciamento dei flussi turistici (*overtourism*), all'insegna della complessiva "*rigenerazione sociale*"⁵⁹, a sua volta assicurata da un elevato livello di *capacity building* per ciò che attiene alle categorie

⁵⁶ PNRR, p. 226 e ss.

⁵⁷ PNRR, p. 83 e ss.

⁵⁸ PNRR, p. 98 e ss.

⁵⁹ PNRR, p. 105 e ss.

operanti in tale specifico ambito.

Brevi cenni meritano, non da ultimo, le aspettative (*rectius*, perseguimento delle specifiche finalità) che l'Unione europea nutre in relazione alla prima missione, evincibili dal documento esecutivo di approvazione del 12 luglio scorso (e relativi allegati). Il complessivo obiettivo della missione in parola si ripropone, *in brevis*, di rendere la Pubblica Amministrazione uno strumento di sostegno attivo alla collettività, da intendersi nelle diverse declinazioni di sostegno ai cittadini ed agli operatori economici. Il tutto, al fine di garantire un'offerta di servizi efficienti e, ad un tempo, agevolmente accessibili e, conseguentemente, in grado di favorire l'interoperatività tra gli stessi enti pubblici, anche in applicazione del principio "*once only*", con snellimento della burocratizzazione *stricto sensu* intesa.

La prima missione in esame si riguarda verso il complessivo miglioramento della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, articolando ben sette investimenti *in subjecta materia* e in tre parallele riforme settoriali. Gli investimenti sono finalizzati al consolidamento delle infrastrutture digitali già esistenti, nonché a favorire lo sviluppo delle piattaforme e dei servizi di dati, con conseguente accessibilità dei dati a mezzo delle c.d. *API – Application Programming Interfaces*. Ad un tempo, si auspica l'efficientamento dei servizi pubblici digitali con lo scopo di aumentare il numero degli stessi utenti. Senza contare l'esigenza di rafforzare gli strumenti difensivi contro gli episodi di criminalità informatica.

Quanto alle riforme ivi previste, esse sono orientate alla semplificazione e velocizzazione delle procedure di dei servizi; queste ultime, sono volte a favorire e stimolare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione. Tutto ciò attraverso ingenti investimenti che appaiono idonei ad assicurare l'attuazione delle raccomandazioni specifiche per paese 2019 e 2020 rivolte all'Italia, quanto alla necessaria ottica di miglioramento dell' "*efficienza della pubblica amministrazione, in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali*"

(raccomandazione specifica per paese 2019, punto 3) “e concentrare gli investimenti sulla transizione verde e digitale, in particolare su [...] un'infrastruttura digitale rafforzata per garantire la fornitura di servizi essenziali” (cfr. raccomandazione specifica per paese 2020, punto 3)⁶⁰.

7.2. La seconda missione assume rilevanza strategica nel *corpus* dell'intero Piano, delineandosi la stessa verso il superamento dei flussi che alterano la stabilità del sistema climatico globale. Conformemente agli obiettivi anche europei, meglio conosciuti come *sustainable development goals*, nonché l'Accordo di Parigi, *Europea Green Deal*⁶¹, la missione in esame mira a rafforzare strumenti di economia circolare per fronteggiare episodi pregiudizievoli per l'ambiente. La transizione ecologica rappresenta una seria ed effettiva occasione per l'Italia stante il percorso virtuoso che con la stessa s'intende perseguire, tanto più se si considera l'unicità del

⁶⁰ Testualmente, cfr. PNRR, A. Missione 1, p. 1 e ss.

⁶¹ Cfr. Accordo di Parigi, Sito web dell'Unione europea, dove si legge: “L'accordo di Parigi stabilisce un quadro globale per evitare pericolosi cambiamenti climatici limitando il riscaldamento globale ben al di sotto dei 2°C e proseguendo con gli sforzi per limitarlo a 1,5°C. Inoltre punta a rafforzare la capacità dei paesi di affrontare gli impatti dei cambiamenti climatici e a sostenerli nei loro sforzi. L'accordo di Parigi è il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato alla conferenza di Parigi sul clima (COP21) nel dicembre 2015. L'UE e i suoi Stati membri sono tra le 190 parti dell'accordo di Parigi. L'UE ha formalmente ratificato l'accordo il 5 ottobre 2016, consentendo in tal modo la sua entrata in vigore il 4 novembre 2016. Affinché l'accordo entrasse in vigore, almeno 55 paesi che rappresentano almeno il 55% delle emissioni globali hanno dovuto depositare i loro strumenti di ratifica. L'accordo di Parigi è un ponte tra le politiche odierne e la neutralità rispetto al clima entro la fine del secolo. I governi hanno concordato di mantenere l'aumento medio della temperatura mondiale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali come obiettivo a lungo termine puntare a limitare l'aumento a 1,5°C, dato che ciò ridurrebbe in misura significativa i rischi e gli impatti dei cambiamenti climatici fare in modo che le emissioni globali raggiungano il livello massimo al più presto possibile, pur riconoscendo che per i paesi in via di sviluppo occorrerà più tempo conseguire rapide riduzioni successivamente secondo le migliori conoscenze scientifiche disponibili, in modo da raggiungere un equilibrio tra emissioni e assorbimenti nella seconda metà del secolo. Quale contributo agli obiettivi dell'accordo, i paesi hanno presentato piani generali nazionali per l'azione per il clima (contributi determinati a livello nazionale, NDC). Questi non sono ancora sufficienti per conseguire gli obiettivi concordati in merito alle temperature, ma l'accordo traccia la strada da seguire per le azioni successive”, consultabile su: https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_it.

patrimonio nazionale, che caratterizza l'identità del sistema Paese. Ancora più nel dettaglio, la seconda missione è volta a perseguire, da un lato, il complessivo miglioramento della gestione dei rifiuti e dell'economia circolare, integrando le infrastrutture esistenti e con ammodernamento di quelle idonee all'uso, anche al fine di mitigare gli effetti del divario tra nord e sud del Paese (tale missione prevede, infatti, la realizzazione di sistemi *flagship* altamente innovativi ed efficienti); dall'altro lato, lo strumento in esame contempla lo sviluppo di una catena alimentare ed agricola sostenibile, con contenimento dell'impatto ambientale, soprattutto attraverso il ricorso ai c.d. *supply chaine* "verdi"⁶². Il tutto, allo scopo di mitigare il ricorso all'importazione di tecnologie attraverso lo sviluppo della ricerca nell'ambito delle aree maggiormente innovative, quindi, nei settori del fotovoltaico, idrolizzatori, batteria per il settore trasportistico e per il settore elettrico.

In tale ambito assume un ruolo centrale anche la catena agroalimentare nei suoi settori della pesca e acquacoltura, silvicoltura, floricoltura e vivaismo. Si è prevista la fioritura di *Green Communities, sub specie* di realizzazione di comunità urbane e metropolitane associate e/o coordinate "attraverso il supporto all'elaborazione, il finanziamento e la realizzazione di piani di sviluppo sostenibili dal punto di vista energetico, ambientale, economico e sociale"⁶³.

Peraltro, la seconda missione contempla forti incrementi della quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile (FER) nell'ambito del sistema ed in conformità con gli obiettivi europei e nazionali di decarbonizzazione. È previsto il potenziamento e la digitalizzazione delle stesse infrastrutture di rete per favorire l'aumento di produzione da FER anche nell'ottica della resistenza rispetto ai fenomeni climatici imponderabili. A ciò si aggiunge, il dichiarato proposito di sviluppare il trasporto locale anche in termini di garantire una migliore qualità della

⁶² PNRR, p. 117 e ss.

⁶³ PNRR, p. 123 e ss.

vita, con riduzione dell'inquinamento sia dell'aria che acustico, altresì, integrando i servizi esistenti con servizi aggiuntivi di nuovo conio. A seguito del noto accordo di Parigi⁶⁴ i Paesi di tutto il mondo hanno assunto l'impegno di contenere il riscaldamento globale a 2°C, adottando le misure più opportune per limitarne la portata all'1.5° C, tanto che l'Unione Europea con lo strumento *European Green Deal* (COM/2019/640 final) ha definito ulteriori obiettivi energetici e climatici di grande impatto, tra l'altro, miranti a garantire la riduzione dei gas climalteranti (*Green House Gases, GHG*), il tutto con percentuali di abbattimento del 55%, mentre per il 2050 si auspica la c.d. neutralità climatica. In siffatto contesto s'innesta il recentissimo intervento Europeo sempre in tema del *Clean energy package*. Ed infatti, è attuale la notizia circa la complessiva revisione dei tassi di emissione per il contenimento dell'inquinamento atmosferico e per il perseguimento dell'efficienza energetica.⁶⁵ Il 4 marzo 2020, più nel dettaglio, la Commissione europea ha presentato la proposta di "*legge europea sul clima*", a cui ha fatto seguito, il 17 settembre dello stesso anno, un emendamento volto alla previsione del tasso di riduzione delle emissioni al 55% entro il 2030 (in relazione ai parametri del 1990). La medesima proposta è stata, poi, approvata definitivamente il 9 luglio 2021 con, conseguente, assunzione del Regolamento 2021/1119/UE in materia.

Quanto detto evidenzia la correlazione tra i nuovi obiettivi climatici ed energetici con le previsioni del PNRR, laddove si annovera la transizione verde come diretta espressione del c.d. *Green Deal*.

Nel novero degli obiettivi previsti si rinviene, inoltre, lo sviluppo del sistema trasportistico locale, in guisa da renderlo più sostenibile anche attraverso il ricorso

⁶⁴ Accordo di Parigi, intercorso tra gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), riguardo alla riduzione di emissione di gas serra, e alla finanza, a partire dall'anno 2020. Cfr. Sito Ufficiale dell'Unione europea, sito ufficiale dell'Unione europea, Azione per il clima, consultabile su: https://ec.europa.eu/clima/policies/international/negotiations/paris_it#tab-0-0

⁶⁵ *Governance* europea e nazionale su energia e clima, Camera dei Deputati, documentazione parlamentare, consultabile su: <https://temi.camera.it/leg18/temi/la-programmazione-energetica-nel-clean-energy-package.html>.

al sistema elettrico a basso impatto ambientale. Il tutto favorito, e stimolato, dalla previsione di circa una *leadership* internazionale, industriale e di ricerca e sviluppo nelle primarie filiere della transizione. Ciò, al fine di assicurare una più celere trasformazione energetica nei prossimi anni, valorizzando, come già detto, le tecnologie avanzate di decarbonizzazione.

Come si evince dal documento di esecuzione da ultimo approvato il 13 luglio scorso dal Consiglio dell'Unione Europea, dalla seconda missione ci si attende il perseguimento degli obiettivi fissati con le raccomandazioni specifiche per Paese 2019 e 2020 rivolte all'Italia in merito all'esigenza di *"concentrare gli investimenti sulla transizione verde e digitale, in particolare sulla gestione dei rifiuti e delle risorse idriche"* (CSR 2020 punto 3) e di *"incentrare la politica economica connessa agli investimenti sulla qualità delle infrastrutture, tenendo conto delle disparità regionali"* (CSR 2019, punto 3).⁶⁶ Inoltre, per quanto riguarda la missione 2, ci si attende un significativo miglioramento del sistema di gestione dei rifiuti ed efficientamento delle risorse idriche.

7.3. La terza missione attiene, invece, all'ambito delle infrastrutture per una mobilità sostenibile, nelle declinazioni degli investimenti sulla rete ferroviaria, intermodalità e logistica integrata; essa si staglia, infatti, nelle categorie d'intervento miranti a ridurre le emissioni attraverso il traffico passeggeri e merci dalla strada alla ferrovia, ad aumentare la connettività e la coesione territoriale a mezzo della drastica riduzione dei tempi di percorrenza e di viaggio.

Venendo agli investimenti sulla rete ferroviaria si fa notare come gli stessi, nel complessivo impianto previsto nel Piano, sono scanditi per aree d'intervento: sviluppo dell'alta velocità; completamento dei corridoi ferroviari TEN-T; perfezionamento ed integrazione dei servizi ferro/gomma; omogeneizzazione degli

⁶⁶ Consiglio dell'Unione europea, fascicolo interistituzionale 2021/0168(NLE), Bruxelles, 13.07.2021, 10160/21, Ecofin 645, p. 208 e ss.

standard di sicurezza; nuove connessioni passeggeri e merci con aeroporti, porti, terminali; ottimizzazione dell'offerta con integrazione tra servizi alta velocità e trasporto pubblico locale. Tra gli interventi ivi previsti appare assumere un indubbio ruolo quello afferente al potenziamento dell'alta velocità verso il sud dei passeggeri, i cui progetti saranno integrati con i sistemi regionali, maggiormente in grado di fornire un più adeguato livello di conoscenza quanto all'effettiva domanda di mobilità locale. È previsto il completamento della tratta Napoli-Bari con tempi di percorrenza di circa 2 ore e 30 minuti, con significativo ampliamento della capacità trasportistica elevando i treni da 4 a 10 treni all'ora sulle sezioni a doppio binario. Negli investimenti è, inoltre, prevista la realizzazione di tratte intermedie, con riduzione dei tempi di percorrenza di circa 60 minuti quanto alla tratta Palermo-Catania-Messina. Anche la Salerno-Reggio Calabria è interessata da un importante progetto di ampliamento e completamento della rete esistente, con riduzione, in tal caso, delle tempistiche di circa 80 minuti.

Il Nord d'Italia è anch'esso caratterizzato da progetti d'investimento infrastrutturale sulla rete viaria: ad es., gli interventi si riferiscono ai tratti Brescia-Verona; Liguria-Alpi; Verona-Brennero. Senza contare gli investimenti a valenza c.d. trasversale per il miglioramento della rete ferroviaria di connessione regionale: le tratte interessate sono, infatti, la Roma-Pescara; Orte-Falconara e Taranto-Metaponto-Potenza-Battipaglia. È previsto un sistema volto al potenziamento del sistema europeo di gestione del trasporto ferroviario (ERTMS), finalizzato ad assicurare la sicurezza, la capacità e la manutenzione dei treni, così garantendo con largo anticipo l'ottimizzazione delle prestazioni della stessa rete.

Accanto a tali ambiziosi progetti, si prevede la elettrificazione del sistema di trasporto ferroviario, il che si aggiunge, senza sostituirsi, agli interventi in ambito portuale. Laddove, infatti, si annovera il progetto c.d. *Gree Ports*, il quale si pone l'obiettivo di assicurare il potenziamento dei sistemi portuali al fine di garantire la riduzione dei consumi energetici, conseguentemente privilegiando la conservazione

del patrimonio naturalistico esistente e la biodiversità⁶⁷. Del pari, la terza missione contempla la intermodalità e logistica integrata, intendendosi traggurdati in tal senso gli interventi volti alla industrializzazione della catena di trasporto tra aeroporti, porti e *dry ports*, anche al fine della migliore gestione del trasporto delle merci su larga scala ed impatto. Il tutto, anche attraverso innovativi sistemi di digitalizzazione della catena logistica. Si mira alla realizzazione di un sistema infrastrutturale più moderno, digitale e sostenibile, tale da poter assicurare entro il 2026 completato siffatto percorso sancito nel Piano, rispondente appieno alle sfide di decarbonizzazione indicate dall'Unione Europea correlate alla *“strategia per mobilità intelligente e sostenibile”*, meglio conosciuta con l'acronimo *European Green Deal*.

Sotto il profilo delle aspettative eurounitarie, ci si attende l'adeguamento del nostro sistema alle raccomandazioni specifiche per l'Italia 2019 e 2020 in cui la Commissione ha avvertito l'esigenza di velocizzare i programmi di investimento di matrice pubblicistica idonei a *“promuovere gli investimenti privati per favorire la ripresa economica e concentrare gli investimenti sulla transizione green e digitale, in particolare sul trasporto pubblico sostenibile”*. Ed infatti, la medesima Commissione ha altresì evidenziato come siano necessari *“investimenti per aumentare la qualità e la sostenibilità delle infrastrutture del Paese e che nel settore dei trasporti, l'Italia non ha realizzato la sua strategia d'investimenti infrastrutturale (Connetti L'Italia)”*⁶⁸.

7.4. Con la quarta missione, in materia di istruzione e ricerca, si persegue l'obiettivo di aumentare l'offerta nell'ambito d'interesse, nonché a mitigare l'incidenza dei tassi di abbandono scolastico nella scuola secondaria; essa si proietta verso l'omogeneizzazione tra apparato universitario e mondo del lavoro, ad un

⁶⁷ PNRR, p. 165 e ss.

⁶⁸ Cfr. PNRR, p. 157 e ss.

tempo, migliorando gli strumenti di indirizzo e di orientamento nella scelta dell'iter prescelto. Emerge tra i vari aspetti interessati dalla missione in esame sicuramente quello afferente all'ampliamento dei servizi di formazione e di istruzione, per il cui perseguimento sono previste riforme a livello sistemico che mirano a ridefinire il quadro normativo esistente, anche al fine della migliore utilizzazione degli investimenti previsti per tale categoria settoriale di intervento.

L'obiettivo è anche quello di realizzare, e al contempo migliorare, gli edifici di riferimento con l'ausilio degli Enti locali chiamati ad assicurare la loro presenza in sede attuativa dell'intervento. Sono previsti, peraltro, circa 1.000 spazi mense entro il 2026. Non secondariamente, si prevedono efficientamenti delle strutture correlate all'attività motoria, delineandosi un progetto volto allo sviluppo dell'inclusione sociale (anche attraverso lo sport) stante la sua valenza trasversale, anche sotto il profilo dello sviluppo, nel confronto e nella dialettica, della persona e dello stile di vita.

Sono previste borse di studio per l'accesso alle Università, nonché una complessiva rivisitazione delle classi di laurea, attraverso un costante adeguamento all'esigenza di far fronte alle *“nuove sfide poste dalla modernità (tra cui: pandemia, trasformazione digitale, transizione ecologica) richiedono, oltre alla specializzazione, conoscenze sempre più ampie. Per questa ragione, sempre impiegando il benchmark internazionale nel mondo accademico e della ricerca”* [...] *La riforma prevede l'aggiornamento della disciplina per la costruzione degli ordinamenti didattici dei corsi di laurea. L'obiettivo è rimuovere i vincoli nella definizione dei crediti formativi [...] La riforma inoltre amplierà le classi di laurea professionalizzanti, facilitando l'accesso all'istruzione universitaria per gli studenti provenienti dagli studenti dei percorsi degli ITS*⁶⁹.

Non da ultimo, si è programmata una serie di interventi volti al potenziamento della didattica digitalizzata, promuovendo la formazione del

⁶⁹ PNRR, p. 183 e ss.

personale scolastico in materia, essendosi inoltre prospettata la istituzione di molteplici iniziative educative anche in coordinamento con il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale. Ed ancora, si mira al rafforzamento della ricerca, infatti, orientata verso modelli innovativi di coordinamento, come sopra detto, tra Università ed impresa. In tale senso, assume un ruolo centrale la misura finalizzata ad integrare le risorse previste dal Fondo Nazionale per l'Innovazione gestito da Cassa Depositi e Prestiti, volto a sostenere lo sviluppo del *Venture Capital* in Italia.

Come, in definitiva, si legge nel documento di esecuzione approvato dal Consiglio dell'Unione Europea lo scorso 13 luglio, rispetto alla quarta missione, la Comunità si attende il netto superamento delle criticità del sistema di istruzione complessivamente considerato, nonché di quelle afferente alla ricerca ed alla formazione, con l'obiettivo di migliorarne i risultati⁷⁰.

7.5. La quinta missione, coesione e inclusione, mira *prima facie* allo sviluppo delle politiche per il lavoro, ad assicurare gli interventi necessari per la coesione territoriale, nonché alla realizzazione delle infrastrutture sociali ed all'efficientamento del terzo settore. La missione, che assume indubbia valenza trasversale rispetto allo stesso Piano, ha il rilevante ruolo di sostegno all'*empowerment* femminile ed al contrasto rispetto alle forme di discriminazione di genere. Altresì, delineandosi verso un più elevato livello occupazionale dei giovani, dello sviluppo del Mezzogiorno e delle Aree interne.

I relativi progetti sono orientati in attività *upskilling, reskilling e lofe-learning*, per l'aumento della produttività e della competitività tra le piccole e medie imprese. Si ritiene che il consolidamento delle conoscenze dei lavoratori in ambito digitale e nelle tecniche scientifiche, sia in grado di favorire la mobilità dei medesimi, anche al fine di fronteggiare le sfide future intrinsecamente correlate

⁷⁰ Consiglio dell'Unione Europea, *cit.*, p. 363 e ss.

allo sviluppo ed alla innovazione tecnologica. Anche le politiche sociali ed il sostegno alle famiglie richiede un notevole incremento dell'offerta resa a riguardo, tanto più se si considera l'esigenza di perseguimento dell'equità sociale, unitamente alla solidarietà intergenerazionale.⁷¹ Il tutto, al fine di favorire la socializzazione ed il sostegno volto a garantire percorsi di vita indipendenti, così da assicurare un complessivo alleggerimento dei carichi domestici a carico delle donne e, ad un tempo, la valorizzazione delle medesime nel mercato del lavoro. Nelle politiche per il lavoro, inoltre, si prevedono percorsi volti a favorire le transizioni professionali, attraverso il consolidamento dei programmi di formazione adeguati. Si è, persino, congegnato un sistema qualificato "*Garanzia di occupabilità dei lavoratori*" di cui all'acronimo GOL, il quale prevede sistemi e strumenti di presa in carico dei disoccupati traggurati verso percorsi personalizzati e di accompagnamento al lavoro.

Non manca, poi, un piano nazionale per la lotta al lavoro sommerso, nonché la previsione del potenziamento del Servizio Civile Universale. Senza contare gli interventi previsti in materia di infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore. Laddove, più in generale, s'intende assicurare adeguato supporto alle classi sociali che a livello familiare sono maggiormente esposte a criticità e difficoltà complessivamente considerate, ivi compresi gli anziani e le persone con disabilità. Il tutto tenuto conto, altresì, delle Raccomandazioni della Commissione relative al semestre 2019 (CSR1) in tema di riequilibrio tra le funzioni *welfare*.

Degni di nota sono gli investimenti previsti in materia di rigenerazione urbana e *housing* sociale, anch'essi finalizzati a contenere fenomenologie di emarginazione e degrado sociale. Intendendosi, a riguardo, per rigenerazione tanto il riutilizzo che la rifunzionalizzazione di aree pubbliche e strutture edilizie pubbliche, ad un tempo, perseguendo il miglior decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale considerato. Per le Città Metropolitane e per le periferie è, in effetti,

⁷¹ PNRR, p. 198 e ss.

previsto l'intervento dei Piani Integrati con indubbio beneficio per l'edilizia e l'urbanistica partecipata, anche nel coordinamento tra Comuni e territori limitrofi. Così, assicurando una migliore utilizzazione del suolo a livello di stretta intermunicipalità. È, dunque, in tale specifico ambito che s'inquadrano gli interventi per il c.d. terzo settore che, secondo il disposto di cui all'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lettera (b), legge 6 giugno 2016, n. 106), potranno essere perseguiti avvalendosi dell'ausilio dei soggetti ed operatori privati nella misura massima del 30% dell'intervento.⁷² A livello sovraordinato si attende dall'Italia il complessivo superamento dei divari di genere, il miglioramento delle aree marginalizzate, anche attraverso la dotazione dei servizi pubblici essenziali, aumento dei tassi occupazionali, nonché sviluppo dei livelli occupazionali femminili.

7.6. Venendo alla sesta missione la stessa, come è noto, attiene alla salute la cui gestione nella fase pandemica ha favorito l'emersione di fenomeni legati alle diversità territoriali nella erogazione dei servizi correlati, nonché un'insoddisfacente capacità di integrazione tra strutture ospedaliere e servizi sociali. Ciò, unitamente ad un significativo incremento dei tempi di attesa per la erogazione delle prestazioni; non da ultimo, si è registrata una *“scarsa capacità di conseguire sinergie nella definizione delle strategie di risposta ai rischi ambientali, climatici e sanitari”*⁷³.

Più nel particolare, tale missione si articola in due componenti. La prima, intende perseguire il complessivo rafforzamento delle prestazioni erogate sul territorio nazionale, anche attraverso la realizzazione ed al potenziamento di strutture e presidi *ad hoc*; altresì, garantendo un elevato livello di assistenza domiciliare, il potenziamento della telemedicina in una con l'integrazione con gli

⁷² PNRR, p. 213 e ss.

⁷³ PNRR, p. 223 e ss.

ulteriori servizi sanitari previsti in materia. La seconda componente, include un pacchetto di interventi volti al rinnovamento e l'ammodernamento dei presidi tecnologici e digitali esistenti, nonché il perfezionamento definitivo del c.d. Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), ivi compresa una migliore erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), con il ricorso più adeguati sistemi informativi.

Nel Piano vengono previste le Case Comunità per rafforzare la idoneità delle SSN di erogare servizi adeguati nell'ambito territoriale, con indubbio potenziamento e riorganizzazione degli stessi servizi offerti al fine del complessivo miglioramento della loro qualità. Sono previsti Ospedali di Comunità, miranti a perseguire l'obiettivo di assicurare ricoveri "a breve" sul piano territoriale. Tali strutture sono congeniate con un minimo di 20 posti letto ed un massimo di 40, a gestione prevalentemente infermieristica. Senza contare la prevista riorganizzazione degli IRCCS, Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico, volta a rafforzare la sinergia intercorrente tra innovazione e cure sanitarie. Atteso, poi, lo stato di marcata obsolescenza degli apparati tecnologici ospedalieri, si prevede un ammodernamento del parco tecnologico e digitale esistente. Ciò, attraverso la acquisizione di 3.133 nuove apparecchiature ad elevata capacità tecnologica, tra cui si annoverano risonanze, acceleratori lineari, sistemi radiologici fissi, *etc.* Resta ovviamente di massima priorità l'obiettivo consistente nell'esigenza di aumentare il numero dei posti letto, così come quelli destinati alla terapia intensiva.

La spesa complessiva per l'investimento è pari a 4.05 miliardi di euro, comprensiva anche della quota già inclusa nei progetti già avviati dal Ministero della Salute relativi al consolidamento del sistema SSN in ambito ospedaliero, predisposti per far fronte all'emergenza socio-sanitaria da Covid-19. L'individuazione, in definitiva, degli *standar* qualitativi, innovativi sul piano tecnologico e organizzativi, omogenei a livello nazionale, concretizza l'intendimento della Commissione quanto ai risultati auspicabili in detto ambito. Ciò, nel particolare, attraverso il superamento della frammentazione territoriale e le disparità locali che si traducono

in diversificati livelli, non corretti, dei servizi offerti. Ad un tempo, occorre dar prova della piena ed effettiva idoneità del sistema sanitario nazionale di resilienza ai fattori di rischio ancorati alla esposizione ambientale, nonché ai cambiamenti climatici, i quali hanno dato luogo all'emersione di scarsi strumenti di controllo e preventivi.

8. Il dedalo di prescrizioni previste nel Piano appare indirizzarsi verso il complessivo miglioramento dell'economia nazionale, favorendo un significativo aumento dei servizi offerti su larga scala in favore della collettività. L'ambizioso disegno posto a presidio del Piano impone, quindi, alcune riflessioni conclusive quanto ai meccanismi volti ad assicurare un equo temperamento dei valori sociali ed economici coinvolti. L'illustrazione che è stata effettuata nel paragrafo che precede, quanto alle sei missioni del Piano, ha manifestato la latitudine degli interventi previsti, che tagliano trasversalmente i settori fondanti dell'economia nazionale; tra questi ultimi, come si è visto, si annoverano il settore energetico, sanitario, idrico, nonché quello trasportistico, ambientale ed infrastrutturale.

Nel descritto contesto emerge, nel particolare, il *favor* nazionale ed eurounitario verso forme di partenariato pubblico-privato che sembrano arricchirsi di nuovi colori alla stregua della ritrovata fiducia rispetto a tali forme di compartecipazione per la gestione della *res publica*. Il Piano sembra, sul punto, contrapporsi alla storica e generalizzata sfiducia riscontrata in siffatto ambito, effetto diretto delle forti diseconomie che si sono nel tempo registrate. Delineandosi, in tal modo, la "doppia anima" del PNRR che appare costruito secondo una geometria di valori, dacché ai criteri per la corretta ripartizione delle risorse si accompagnano tutta una serie di riforme e misure volte a salvaguardare obiettivi molteplici.

Quanto alla corretta ripartizione delle risorse, si osserva come il quadro regolamentare analizzato appaia improntato sulla base di un sistema concorrenziale

idoneo a garantire (*fair play*) la selezione degli operatori economici maggiormente virtuosi.

A tale modello si accompagna, altresì, la complessiva necessità di contenimento dei costi di accesso ai servizi, indirizzando la tariffazione secondo logiche di mercato sostenibili ed improntate a logiche solidaristiche del mercato dei beni e dei capitali. Se, da un lato, infatti il Piano propugna tecniche di ripartizione delle risorse attraverso strumenti competitivi, dall'altro lato, lascia trapelare la delineata esigenza di mitigazione dei prezzi dei servizi, nell'espressione del più nobile principio dell'equità sociale (*"La concorrenza non risponde solo alla logica del mercato, ma può anche contribuire ad una maggiore giustizia sociale"*)⁷⁴. È, pertanto, in base a tale impronta che si coglie l'intento teso a privilegiare un sistema di tariffazione sostenibile, scongiurando meccanismi di mercato che possano favorire l'inasprimento dei costi di accesso ai servizi. Anche tale obiettivo è, infatti, affidato a radicali riforme sistemiche⁷⁵ volte a migliorare l'efficientamento

⁷⁴ Cfr. PNRR, Premesse, laddove si legge: *"(...) la promozione e la tutela della concorrenza. La concorrenza non risponde solo alla logica del mercato, ma può anche contribuire ad una maggiore giustizia sociale. La Commissione europea e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella loro indipendenza istituzionale, svolgono un ruolo efficace nell'accertare e nel sanzionare cartelli tra imprese, abusi di posizione dominante e fusioni o acquisizioni di controllo che ostacolano sensibilmente il gioco competitivo. Il Governo s'impegna a presentare in Parlamento il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza e ad approvare norme che possano agevolare l'attività d'impresa in settori strategici, come le reti digitali, l'energia e i porti. Il Governo si impegna inoltre a mitigare gli effetti negativi prodotti da queste misure e a rafforzare i meccanismi di regolamentazione. Quanto più si incoraggia la concorrenza, tanto più occorre rafforzare la protezione sociale. (...)"*.

⁷⁵ Nel novero degli investimenti previsti assume una posizione di assoluta centralità l'ambito delle utilities, *sub specie*, di energia, gas, idrogeno e trasporti laddove si prevedono innovativi e radicali interventi che si profilano di rilevante impatto per la stessa ripresa economica del Paese. Nel confidare nell'idoneità di essi al perseguimento degli obiettivi del Piano, conseguentemente vi si dedicano elevate percentuali delle risorse complessive. Nell'ottica dell'impianto programmatico del Piano si è pensato, altresì, di contribuire ad assicurare l'effettivo raggiungimento dei traguardi auspicati nell'ambito delle stesse utilities anche attraverso riforme strutturali del sistema, tra cui si evidenzia, senza pretesa di esaustività, una generalizzata tendenza alla deburocratizzazione. In tale ambito, infatti, si annoverano la modifica del codice degli appalti pubblici (strettamente collegato alle procedure selettive per gli investimenti programmati), la rivisitazione dell'amministrazione fiscale, la riduzione dei tempi di pagamento della p.a., senza contare che sono stati previsti specifici

interventi proprio nell'ambito della concorrenza. In particolare, si è pensato di predisporre un più efficiente impianto regolamentare per ciò che attiene alle procedure competitive di aggiudicazione degli appalti per i servizi pubblici locali, specie in tema di rifiuti e trasporti pubblici. Si intende, inoltre, scongiurare l'applicazione incondizionata della *prorogatio* delle concessioni per porti, autostrade, stazioni di ricarica elettrica ed energia idroelettrica in favore dei canonici operatori economici in siffatti ambiti. Ciò contemplando una più adeguata disciplina dei contratti di servizio pubblico e rivisitando, altresì, la regolamentazione sull'aggregazione, assieme all'auspicata e più corretta applicazione del principio di proporzionalità sia sotto il profilo della durata dei contratti di servizio pubblico sia in ordine alla compensazione di essi (Cfr. Consiglio dell'UE, *Allegato interistituzionale*, 8.07.2021, p. 133 e ss.). Si legge, infatti, nel documento tecnico di analisi allegato alla Decisione del Consiglio dell'UE che, in relazione ai c.d. ambiti settoriali (Sui vari settori strategici, cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Fascicolo interistituzionale*, 2021/0168 (NLE), Bruxelles, 8.07.2021, (OR. En), 10160/21, ADD. 1 Rev. Ecofin 645, Cadrefin 340, Uem 340, Fin 521. Commissione Europea, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Analisi del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, Bruxelles, 22.06.2021, SWD (2021) 165 Final) le leggi annuali sulla concorrenza (Sulla concorrenza, si suggerisce la consultazione di: POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 e ss.) dovranno prevedere specifiche misure nei settori dell'energia elettrica, acqua e gas, della gestione dei rifiuti e dei trasporti. Qualificati, infatti, come di "accompagnamento", tali interventi regolamentari dovranno tendere ad assicurare il migliore sviluppo della concorrenza nei mercati e se ne auspica l'adozione entro il prossimo 31.12.2022. In tale contesto appare, non secondariamente, di assoluta rilevanza la circostanza che alla disciplina annuale sulla concorrenza si affida il compito di adottare il piano di sviluppo della rete per l'energia elettrica, favorendo l'installazione di contatori elettrici di ultima generazione, previsti nel Paese in misura di 33 milioni di unità al 31 dicembre 2025 (Sulle prospettive energetiche in campo UE, si veda Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (Testo rilevante ai fini SEE), Pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 22 dicembre 2018, serie n. 328/82. Più recentemente, cfr. *Risparmio ed efficienza energetica*, Camera dei Deputati, Servizio Studi, 27.10.2020). Aggiungasi, tali leggi sulla concorrenza vengono intese come elemento di garanzia del complessivo sviluppo del contesto imprenditoriale, ciò anche mediante l'adeguamento del diritto interno con il diritto dell'UE in materia, con il controllo delle concentrazioni e la digitalizzazione delle autorità di vigilanza del mercato. Si fa notare come nel contesto complessivo del Piano la componente riguardante gli investimenti e le riforme programmate in tema di gestione dei rifiuti (anche a supporto delle filiere agroalimentari e alla transizione ecologica) appaiono di specifica rilevanza. Sul punto, basti considerare che essi si ascrivono nell'ambito delle raccomandazioni indirizzate al Paese nel 2019 e, poi, anche nel 2020 e nel 2019 stante la necessità di "*concentrare gli investimenti sulla transizione verde e digitale, in particolare [...] sulla gestione dei rifiuti e delle risorse idriche*" (CSR 2020, punto 3) e di "*incentrare la politica economica connessa agli investimenti [...] sulla qualità delle infrastrutture, tenendo conto delle disparità regionali*", Consiglio dell'UE, Documento allegato alla Decisione del Consiglio dell'UE al PNRR, punto 3, p. 209. Emerge, ad un tempo, come tali interventi sono compatibili con gli obiettivi ambientali secondo il disposto di cui all'art. 17 del regolamento (UE) 2020/852. Il tutto, alla luce della illustrazione degli interventi in esame e degli strumenti di contenimento ivi previsti nei citati documenti tecnici allegati, congegnati in piena

applicazione degli orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "*non arrecare un danno significativo*" (2021/C58/01). Per ciò che attiene, poi, alla tematica dell'economia circolare, va detto che essa è vista come un innovativo strumento di tracciabilità digitale dei rifiuti, con forti incentivi fiscali volti a stimolare il ricorso alle attività di riciclaggio, nonché ad avvalersi di materie prime secondarie. Senza contare la pure prevista rivisitazione del sistema di tassazione ambientale, unitamente alla riforma della regolamentazione sulla responsabilità del produttore e dei consorzi. A tutto ciò farà, inoltre, seguito il supporto agli strumenti disciplinatori della materia, ad es., la regolamentazione concernente la cessazione della qualifica di rifiuto, o End of Waste, ed ancora i principi ambientali minimi nel novero degli appalti verdi. Il Piano presenta, nel particolare, un programma nazionale per la gestione dei rifiuti, contemplante il ricorso ad un sistema gestionale volto al perseguimento di elevati livelli di preparazione ai fini del relativo riutilizzo: riciclo e recupero dei rifiuti, con minima implicazione dello smaltimento finale. In tale ottica, infatti, si è prevista in sede di programmazione degli investimenti la realizzazione di innovativi impianti di gestione, nonché interventi di vero e proprio ammodernamento degli impianti esistenti. Il tutto, aggiungasi, finalizzato all'efficientamento della raccolta differenziata dei rifiuti urbani. Mentre, i c.d. progetti "faro" di economia circolare afferiscono al sistema di monitoraggio ivi comprese le misure di tracciabilità dei rifiuti, anche a supporto delle autorità e le forze di controllo locali. Di particolare interesse si profilano, poi, le misure ed i programmi per la transizione energetica. Trattasi di una componente del Piano comprendente, come si è visto, importanti riforme volte a sostenere progetti basati sulle fonti di energia rinnovabile ed offshore. Sono, infatti, previste misure d'investimento nell'idrogeno, nonché negli impianti di biometano e smart grid (meglio conosciute come reti intelligenti). Investimenti e misure, come detto, anch'esse favorite e stimulate dall'interpositio legislatoris che avvierà iniziative di riforma traguardate a consolidare la concorrenza proprio sul mercato dell'energia elettrica. Si prevede la semplificazione per le autorizzazioni aventi ad oggetto la realizzazione degli impianti di trasmissione dell'energia elettrica per supportare la fornitura di elettricità alle navi c.d. cold ironing (Consiglio dell'UE, Fascicolo interistituzionale, 8.07.2021, 221/1068/NLE, p. 354 e ss.). Inoltre, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è in procinto di effettuare una modifica dell'attuale sistema per la valutazione degli stessi progetti di cold ironing da parte degli uffici territoriali che si coordinano con il Ministero dello Sviluppo Economico, per una più snella e efficiente conclusione delle relative procedure d'interesse. Tanto che si prevede all'esame degli organi preposti la rivisitazione dell'impianto normativo di settore, al fine di individuare un unico processo di autorizzazione (nel particolare, detto intervento è previsto per i progetti che contemplino una tensione superiore a 132 kV e per il resto, al fine di sfruttare le sinergie di processo). La transizione energetica postula, in definitiva, programmi miranti alla mobilità sostenibile anche attraverso infrastrutture di trasporto rapido (metro, tram, autobus) con il ricorso alla rete elettrica. Come si legge nei documenti presenti agli atti del Consiglio dell'UE, si prevedono importanti riforme volte al superamento della regolamentazione dei prezzi della ricarica elettrica, con conseguente ampliamento della concorrenza in subiecta materia. E ciò anche per quanto attiene alle concessioni dei punti di ricarica, le ferrovie regionali e il trasporto pubblico locale, anch'essi ascrivibili nel novero componente di cui alla missione 2 del Piano. Gli interventi strutturali sopra enucleati sono accompagnati da consistenti riforme miranti al consolidamento del ricorso al biometano pulito, conformemente, e nel rispetto, delle prescrizioni meglio specificate nella Direttiva (UE) 2018/2001 in tema di energie rinnovabili (direttiva RED II; Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento UE e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione). Nel particolare, per ciò che attiene allo sviluppo dell'idrogeno su larga

scala, sono previste almeno 40 stazioni di rifornimento in aree di servizio autostradali, magazzini logistici, nonché nei porti. Con detti interventi, inoltre, si mira a sviluppare la produzione di idrogeno elettrolitico a partire da fonti di energia rinnovabile, secondo la Direttiva (UE) 2018/2001 ovvero dall'energia elettrica di rete. Il tutto al fine del soddisfacimento del parametro di emissioni di gas serra nel percorso di vita del 73,4 % per l'idrogeno o, meglio, del 70 % per i combustibili sintetici, conformemente all'articolo 25, paragrafo 2, e dall'allegato V della direttiva (UE) 2018/2001 (Consiglio dell'Unione Europea, Fascicolo Interistituzionale (2021/0178NLE), Bruxelles 7 luglio 2021, pag. 248). Come evidenziato nell'ambito della letteratura finanziaria e d'informazione in materia, assume una posizione di particolare centralità la c.d. produzione di idrogeno in aree industriali dismesse, meglio conosciuta come hydrogen valleys (distretti dell'idrogeno). Essa è volta a sviluppare la fruizione dell'idrogeno verde nell'industria, con particolare attenzione per il Sud Italia, con la riqualificazione delle aree industriali dismesse a centri di sperimentazione (Hydrogen Valleys, in Europa ci sono una ventina di progetti. Il primato spetta ai Paesi Bassi, Corriere della Sera, 21.06.2021, consultabile su: <https://euractiv.it/section/energia/news/hydrogen-valleys-in-europa-ci-sono-una-ventina-di-progetti-il-primato-spetta-ai-paesi-bassi/>). Come pure si è preveduta una significativa valorizzazione dell'idrogeno in settori hard-to-abate, in quanto tesa all'utilizzo di tale elemento nel novero dei settori industriali in luogo del metano. In tale contesto, peraltro, si intende perseguire anche la ricerca, lo sviluppo dell'idrogeno per la produzione dell'acciaio. Come già si è visto, il Piano di ripresa e resilienza dedica una missione *ad hoc* per il superamento di delicate criticità correlate all'ambito idrico ed alla gestione di esso. Ciò, al fine di sopperire ad eventuali rischi idrogeologici, nonché per assicurare la c.d. biodiversità. Trattasi, nel particolare, di un obiettivo perseguibile in concreto soltanto mediante riforme sistemiche ed investimenti negli ambiti di stretto interesse. Ed invero, gli investimenti riferiti a tale servizio contemplano interventi miranti al migliore utilizzo del settore idrico mitigandone la frammentazione, con una ponderata politica dei prezzi e con la conseguente previsione di specifici incentivi per ciò che attiene, nel particolare, la gestione delle acque reflue. Il Piano affronta, inoltre, il tema della semplificazione, nonché l'attuazione dei vari progetti in materia: sia con riguardo alle infrastrutture sia all'aspetto afferente alla mera gestione del settore idrico. Quanto detto, appare auspicabile anche al fine di un maggiore ed efficiente adattamento ai cambiamenti climatici. Già con la raccomandazione del Consiglio dell'UE del 20 giugno 2020 (Raccomandazione del Consiglio del 20 luglio 2020 sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia (2020/C 282/12), Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 26 agosto 2020: *“Gli investimenti a favore della transizione verde saranno particolarmente rilevanti per sostenere la ripresa e aumentare la resilienza futura. L'Italia è molto vulnerabile ai fenomeni meteorologici estremi e alle catastrofi idrogeologiche, compresi la siccità e gli incendi boschivi. La trasformazione dell'Italia in un'economia climaticamente neutra necessiterà di consistenti investimenti pubblici e privati per un lungo periodo di tempo, in particolare sulla produzione di energia da nuove fonti rinnovabili, l'infrastruttura per l'energia elettrica e l'efficienza energetica. Gli investimenti nell'ambito del Green Deal per affrontare i cambiamenti climatici sono definiti nel piano nazionale per l'energia e il clima dell'Italia. Essi sono essenziali per far fronte alla minaccia rappresentata dai cambiamenti climatici e, nel contempo, hanno un ruolo fondamentale per la ripresa dell'Italia e per rafforzarne la resilienza. Gli investimenti nell'ambito del Green Deal sono fondamentali anche per ridurre l'impatto sulla salute umana dell'inquinamento atmosferico delle città italiane, in particolare nel bacino del Po. Ad esempio, l'attuazione di iniziative di mobilità sostenibile, come il rinnovo dei mezzi di trasporto pubblico locale, rappresenta una*

della complessiva macchina amministrativa e, conseguentemente, alla riduzione dei costi ed alla semplificazione e velocizzazione, dei procedimenti. Nei considerando preliminari al PNRR viene valorizzato il descritto aspetto laddove si afferma che *“L’obiettivo è una marcata sburocratizzazione per ridurre i costi e i tempi che attualmente gravano su imprese e cittadini”*⁷⁶, trattandosi di propositi già presenti nei differenti documenti di programmazione che lo Stato italiano ha nel tempo

delle modalità per risolvere tanto il problema del traffico quanto quello dell’inquinamento atmosferico. I deficit infrastrutturali nell’ambito della gestione delle risorse idriche e dei rifiuti, in particolare nelle regioni meridionali, generano un impatto ambientale e sanitario che comporta costi considerevoli e perdita di entrate per l’economia. Più in generale, la resilienza ai cambiamenti climatici è importante per tutte le infrastrutture, anche quelle sanitarie, e ciò necessita di strategie di adattamento”) infatti, si auspica l’intervento sugli investimenti in materia di transizione verde e digitale ed, in particolare, sulle risorse idriche. Appaiono, inoltre, d’interesse le riforme correlate al dedalo normativo esistente, volte a superare le molteplici procedure di infrazione derivanti dall’inosservanza delle prescrizioni meglio indicate nella Direttiva 91/271/CEE del Consiglio del 21 maggio 1991, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, n. 135/40, 30.05.1991. Il tutto, al fine altresì di mitigare perdite idriche e l’eccessivo utilizzo dell’acqua soprattutto nel novero del comparto agricolo e, come detto, prevenendo una tariffazione più ponderata. A tale espresso fine, infatti, si prevede la sottoscrizione di veri e propri protocolli d’intesa tanto più con le regioni Campania, Calabria, Molise e Sicilia al dichiarato scopo di contenere il numero di operatori che elargiscono servizi idrici. Nell’ottica della deburocratizzazione è stata contemplata la creazione di uno strumento unitario per il finanziamento pubblico degli investimenti di comparto, unitamente alla semplificazione dei programmi di monitoraggio dei progetti finanziati, come pure il ricorso all’ausilio delle varie autorità di regolamentazione nella programmazione degli interventi da intraprendere. Gli obiettivi portanti del Piano saranno, inoltre, caratterizzati da programmi paralleli di ricerca e di supporto allo sviluppo dei nuovi progetti nelle materie sensibili e necessarie per la complessiva ripresa del Paese. In tale prospettiva, infatti, si prevedono progetti di ricerca, in materia di sviluppo e d’innovazione, da adottarsi con specifiche forme di partecipazione in ambito europeo, in particolare nel contesto di Orizzonte Europa. L’intervento, nel particolare, si inquadrerà nell’ambito dei seguenti settori: *high performance computing; key digital technologies; clean energy transition; blue oceans - a climate neutral, sustainable and productive Blue economy ed innovative SMEs*, Consiglio dell’Unione Europea, *Fascicolo Interistituzionale (2021/0178NLE)*, Bruxelles, 7.07.2021, p. 402 e ss.. Come si è visto, inoltre, si prevede un sistema di finanziamento delle start-up, affidato alla gestione di Cassa Depositi e Prestiti, per il complessivo ampliamento dei finanziamenti per il supporto degli investimenti privati, giudicati idonei per lo sviluppo del sistema economico nazionale. La misura è, in ogni caso, subordinata alle condizioni sancite nell’ambito degli obiettivi del regolamento (UE) 2021/241.

⁷⁶ PNRR, p. 4.

formulato,⁷⁷ ad esempio in materia di energia e clima.

Nel PNRR non si rinvengono, tuttavia, disposizioni speciali del sistema tariffario, fatta eccezione per alcuni postulati di principio invece presenti; tra questi ultimi, ad esempio, si annovera la prescrizione finalizzata all'abolizione delle tariffe regolamentate per la fornitura di energia elettrica per la ricarica dei veicoli elettrici, il tutto al fine di favorire ed incentivare la concorrenza. Emerge, inoltre, l'esigenza di assicurare un utilizzo efficiente delle risorse idriche, onde garantire un sistema tariffario coordinato anche con le regioni che nel tempo hanno presentato gestioni diseconomiche. Anche nell'ambito dell'efficientamento energetico degli edifici correlati al settore culturale si è programmato l'abbattimento degli elevati costi di gestione (anch'essi ancorati ad un inadeguato livello del sistema energetico adottato).

In sistemi appartenenti all'area euro, al fine di stimolare gli investimenti secondo il principio *improving quality*⁷⁸, non sono mancate esperienze virtuose quanto all'applicazione di tariffe competitive ed adeguate. La Francia ha, com'è noto, superato il problema della frammentazione delle reti affidando la realizzazione degli investimenti dell'intero settore alle *Agence de l'Eau*, a cui viene complessivamente riconosciuto il 17% della tariffa idrica. Nel caso dell'Italia, si è sviluppato un importante elemento di novità rispetto al passato nel settore dei rifiuti trasformando la tassa in tariffa secondo logiche legate alla politica dei rifiuti complessivamente considerate. Negli intenti del legislatore nazionale la stessa tariffa (proporzionale alla quantità di rifiuti) non assolve al solo fine di coprire i costi del servizio, ma costituisce uno strumento di incentivazione secondo il principio di

⁷⁷ Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Piano Nazionale integrato per l'energia e il clima, 2019.

⁷⁸ Per una panoramica, FAZIOLI, *Obiettivo sostenibilità. Il difficile cammino della transizione energetica*, Tab Edizioni, Roma, 2021, p. 213 e ss. Per una panoramica sulle tariffe del gas, si consulti, tra gli altri, POZZANI, *I parametri di determinazione delle tariffe amministrative. The boundaries of A.E.E.G. Authority competence*, in *Foro Amministrativo*, n. 1, 2012, p. 36 e ss.

“chi inquina, paga” (peraltro, non uniformemente applicato a livello di UE)⁷⁹. Detto

⁷⁹ Sul punto confronta le proposte di integrazione di tale strumento suggerita dalla Commissione europea alla relazione speciale della Corte dei Conti, il principio “Chi inquina paga” non è uniformemente applicato nelle diverse Politiche e misure dell’UE: “71. La Commissione sta intraprendendo azioni a sostegno dell’attuazione del principio “chi inquina paga” negli Stati membri, ma nonostante ciò tale principio non è ancora pienamente applicato. 72. Spetta agli Stati membri garantire che sia fissato un prezzo per l’inquinamento nei limiti consentiti. Per quanto riguarda l’acqua, vi sono i costi delle risorse e dell’inquinamento in relazione all’estrazione (eccessiva). Anche le emissioni nei limiti di legge richiedono investimenti, in quanto tali requisiti giuridici diventano più rigorosi nel tempo. Alcuni impianti più piccoli sono disciplinati dalla direttiva (UE) 2015/2193 relativa alla limitazione delle emissioni nell’atmosfera di taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi. Tale direttiva si applica agli impianti di combustione con una potenza termica nominale pari o superiore a 1 MW e inferiore a 50 MW, indipendentemente dal tipo di combustibile utilizzato. Nonostante il principio “chi inquina paga” non venga esplicitamente menzionato, anche gli impianti interessati sono posti nella condizione di pagare un prezzo per l’inquinamento quando sostengono i costi per conformarsi alle prescrizioni della direttiva (UE) 2015/2193. Raccomandazione 1 – Valutare le possibilità per integrare maggiormente il principio “chi inquina paga” nella normativa ambientale. La Commissione riconosce la necessità di esaminare le modalità di applicazione del principio “chi inquina paga” nell’adempimento degli impegni assunti nel quadro del Green Deal europeo effettuando una valutazione della sua applicazione e collaborando con gli Stati membri all’attuazione di tale principio, prevedendo anche la fissazione dei prezzi e l’eliminazione graduale delle sovvenzioni dannose per l’ambiente. La Commissione accetta la raccomandazione 1, lettera a). All’inizio del 2022 la Commissione proporrà una revisione delle misure dell’UE volte a combattere l’inquinamento provocato dai grandi impianti industriali, come annunciato nel Green Deal europeo. Tale revisione mira a progredire verso l’obiettivo dell’UE di azzerare l’inquinamento per un ambiente privo di sostanze tossiche e sostenere le politiche in materia di clima, energia ed economia circolare. La Commissione accetta parzialmente la raccomandazione 1, lettera b). Nel quadro del Green Deal europeo, la strategia “Dal produttore al consumatore”, la strategia sulla biodiversità e il nuovo piano d’azione per l’inquinamento zero definiscono le azioni che la Commissione intende intraprendere per contrastare l’inquinamento delle acque. Nella sua proposta relativa alla nuova PAC la Commissione ha rafforzato la condizionalità, il che consentirebbe di affrontare meglio l’inquinamento diffuso; tale aspetto è attualmente oggetto di una procedura di codecisione. La Commissione accetta di valutare i costi e i benefici dell’applicazione del principio “chi inquina paga” nei suoi interventi normativi, in linea con i propri orientamenti per legiferare meglio. La Commissione non può tuttavia accettare la raccomandazione di valutare il rapporto costi/benefici e le modifiche normative ed amministrative di misure specifiche qualora siano di competenza degli Stati membri. 73. La ELD definisce i concetti fondamentali e i concetti correlati sono definiti in altre direttive (ad esempio la direttiva quadro sulle acque) strettamente collegate alla ELD. È risultato difficile sviluppare un’interpretazione comune di tutte le implicazioni delle definizioni di questi concetti. Le linee guida della Commissione adottate nel marzo 2021 rispondono all’esigenza di tale interpretazione. Raccomandazione 2 – Valutare come rafforzare l’applicazione della direttiva sulla responsabilità ambientale. La Commissione accetta la raccomandazione 2, lettera a). La Commissione riconosce che nella ELD effettivamente mancano i criteri espliciti per valutare il danno all’acqua e al terreno del tipo

previsto dall'allegato I della ELD per la valutazione del danno alle specie e agli habitat naturali protetti. Potrebbe essere infatti utile disporre di criteri giuridicamente vincolanti per i danni all'acqua e al terreno e la Commissione ne terrà conto nel contesto della valutazione. La Commissione accetta la raccomandazione 2, lettera b). Raccomandazione 3 – Evitare che i fondi dell'UE siano utilizzati per finanziare progetti che dovrebbero essere finanziati da chi ha causato l'inquinamento. La Commissione accetta la raccomandazione. Nell'ambito della gestione concorrente, spetta agli Stati membri selezionare le operazioni in cui le condizioni della Corte dei conti europea dovrebbero essere applicate. a) Attraverso i meccanismi posti in essere nel quadro giuridico della politica di coesione, la Commissione garantirà il rispetto del diritto dell'UE applicabile in relazione alle misure necessarie per far sì che i responsabili sostengano i costi dell'inquinamento da essi causato e garantirà che gli Stati membri siano consapevoli dei loro obblighi al riguardo. b) La Commissione esaminerà questo aspetto in relazione al contesto della raccomandazione 2. 72. Spetta agli Stati membri garantire che sia fissato un prezzo per l'inquinamento nei limiti consentiti. Per quanto riguarda l'acqua, vi sono i costi delle risorse e dell'inquinamento in relazione all'estrazione (eccessiva). Anche le emissioni nei limiti di legge richiedono investimenti, in quanto tali requisiti giuridici diventano più rigorosi nel tempo. Alcuni impianti più piccoli sono disciplinati dalla direttiva (UE) 2015/2193 relativa alla limitazione delle emissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati da impianti di combustione medi. Tale direttiva si applica agli impianti di combustione con una potenza termica nominale pari o superiore a 1 MW e inferiore a 50 MW, indipendentemente dal tipo di combustibile utilizzato. Nonostante il principio "chi inquina paga" non venga esplicitamente menzionato, anche gli impianti interessati sono posti nella condizione di pagare un prezzo per l'inquinamento quando sostengono i costi per conformarsi alle prescrizioni della direttiva (UE) 2015/2193. Raccomandazione 1 – Valutare le possibilità per integrare maggiormente il principio "chi inquina paga" nella normativa ambientale. La Commissione riconosce la necessità di esaminare le modalità di applicazione del principio "chi inquina paga" nell'adempimento degli impegni assunti nel quadro del Green Deal europeo effettuando una valutazione della sua applicazione e collaborando con gli Stati membri all'attuazione di tale principio, prevedendo anche la fissazione dei prezzi e l'eliminazione graduale delle sovvenzioni dannose per l'ambiente. La Commissione accetta la raccomandazione 1, lettera a). All'inizio del 2022 la Commissione proporrà una revisione delle misure dell'UE volte a combattere l'inquinamento provocato dai grandi impianti industriali, come annunciato nel Green Deal europeo. Tale revisione mira a progredire verso l'obiettivo dell'UE di azzerare l'inquinamento per un ambiente privo di sostanze tossiche e sostenere le politiche in materia di clima, energia ed economia circolare. La Commissione accetta parzialmente la raccomandazione 1, lettera b). Nel quadro del Green Deal europeo, la strategia "Dal produttore al consumatore", la strategia sulla biodiversità e il nuovo piano d'azione per l'inquinamento zero definiscono le azioni che la Commissione intende intraprendere per contrastare l'inquinamento delle acque. Nella sua proposta relativa alla nuova PAC la Commissione ha rafforzato la condizionalità, il che consentirebbe di affrontare meglio l'inquinamento diffuso; tale aspetto è attualmente oggetto di una procedura di codecisione. La Commissione accetta di valutare i costi e i benefici dell'applicazione del principio "chi inquina paga" nei suoi interventi normativi, in linea con i propri orientamenti per legiferare meglio. La Commissione non può tuttavia accettare la raccomandazione di valutare il rapporto costi/benefici e le modifiche normative ed amministrative di misure specifiche qualora siano di competenza degli Stati membri. 73. La ELD definisce i concetti fondamentali e i concetti correlati sono definiti in altre direttive (ad esempio la direttiva quadro sulle acque) strettamente collegate alla ELD. È risultato

strumento intende perseguire l'equità, essendo la tariffa lo strumento utilizzato sia per remunerare la gestione del servizio sia per assicurare adeguate politiche d'incentivazione⁸⁰. Sul punto deve, tuttavia, osservarsi come il ricorso a siffatte tecniche di addossamento dei costi dell'inquinamento a carico del singolo operatore potrebbe in concreto determinare la proliferazione di una sorta di mercato dell'inquinamento. Ed invero, proprio la previsione di strumenti volti alla riparazione del danno ambientale potrebbe comportare la nascita di un mercato parallelo che, invece di scongiurare l'inquinamento medesimo, ne favorirebbe in ipotesi lo sviluppo. È in ambito trasportistico che l'*Authority* di settore si ripropone l'adozione di una tariffa fondata su un algoritmo che valorizzi la possibilità di spalmare gli investimenti in un'ottica pluriennale. In tal modo, s'intende traguardare il sistema trasportistico verso un apparato regolatorio ispirato ad *“un unico sistema di pedaggio per tutte le concessioni, vecchie e nuove. Il nuovo sistema, basato sul tetto del «price cap», impone maggiore trasparenza ai gestori, promuove la concorrenza, stimola l'efficienza produttiva e determina quindi un contenimento*

difficile sviluppare un'interpretazione comune di tutte le implicazioni delle definizioni di questi concetti. Le linee guida della Commissione adottate nel marzo 2021 rispondono all'esigenza di tale interpretazione. Raccomandazione 2 – Valutare come rafforzare l'applicazione della direttiva sulla responsabilità ambientale La Commissione accetta la raccomandazione 2, lettera a). La Commissione riconosce che nella ELD effettivamente mancano i criteri espliciti per valutare il danno all'acqua e al terreno del tipo previsto dall'allegato I della ELD per la valutazione del danno alle specie e agli habitat naturali protetti. Potrebbe essere infatti utile disporre di criteri giuridicamente vincolanti per i danni all'acqua e al terreno e la Commissione ne terrà conto nel contesto della valutazione. La Commissione accetta la raccomandazione 2, lettera b). Raccomandazione 3 – Evitare che i fondi dell'UE siano utilizzati per finanziare progetti che dovrebbero essere finanziati da chi ha causato l'inquinamento La Commissione accetta la raccomandazione. Nell'ambito della gestione concorrente, spetta agli Stati membri selezionare le operazioni in cui le condizioni della Corte dei conti europea dovrebbero essere applicate. a) Attraverso i meccanismi posti in essere nel quadro giuridico della politica di coesione, la Commissione garantirà il rispetto del diritto dell'UE applicabile in relazione alle misure necessarie per far sì che i responsabili sostengano i costi dell'inquinamento da essi causato e garantirà che gli Stati membri siano consapevoli dei loro obblighi al riguardo. b) La Commissione esaminerà questo aspetto in relazione al contesto della raccomandazione 2. Consultabile su: <https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=58811>.

⁸⁰ FAZIOLI, *op. ult. cit.*, p. 215.

dei costi per gli utenti, con criteri elaborati in totale indipendenza dagli interessi economici dei soggetti regolati»⁸¹.

Del pari, l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (con l'acronimo A.R.E.R.A.)⁸² ha promosso ed approvato il secondo periodo di regolazione tariffaria per il settore dei rifiuti, meglio conosciuto come MTR-2, operante nel periodo 2022 - 2025; trattasi, anche in tal caso, di un meccanismo tariffario che, pur includendo nella catena della gestione dei rifiuti anche la fase finale (ossia i costi di accesso agli impianti di trattamento, recupero e smaltimento dei rifiuti urbani)⁸³, intende preservare l'accessibilità ed equità del servizio, ciò pur sempre nell'ottica dell'efficienza e corretta allocazione delle risorse.

Nel settore idrico si registra una complessiva difficoltà a concepire il Piano come strumento di definitiva tacitazione delle problematiche in tale ambito esistenti⁸⁴, emergendo l'inadeguatezza delle risorse a tal fine predisposte⁸⁵. Tali

⁸¹ ZACCHEO, *Autostrade, pedaggi sotto controllo: «Stop agli aumenti selvaggi»*, in *Il Mattino*, 12.08.2021, Id., *Compensazione Covid in tariffa per rilanciare gestori e investimenti*, in *Il Sole24 Ore*, 17.06.2021. Consultabile su: <https://www.autorita-trasporti.it/articoli-multimediali/intervista-del-presidente-art-nicola-zaccheo-al-sole-24-ore-compensazione-covid-in-tariffa-per-rilanciare-gestori-e-investimenti/>.

⁸² Per una visione d'insieme della materia, si consiglia la consultazione di: FAZIOLI-LENZA, *Appunti di diritto dell'Energia*, Ferrara, 2021. FAZIOLI, *Obiettivo sostenibilità, Il difficile cammino verso la transizione energetica*, Roma, 2021. GIGANTE, *L'acqua e la sua gestione, un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012. Sui servizi di interesse generale, cfr. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, vol. 18, n. 2, 2010, p. 313 e ss. Cfr. *Quadro Strategico 2022-2025, dell'Autorità di Regolazione per Energia e Reti Ambiente, Risposta 2i Rete Gas, S.p.A. Documento per la Consultazione 465/2021/A*, consultabile: <https://www.arera.it/allegati/audizioni/pubbliche/21/2i%20Rete%20Gas%20-%20Audizioni%202021.pdf>

⁸³ TARI e rifiuti: al via il MTR-2, la regolazione delle tariffe arriva agli impianti di trattamento. AREERA, Autorità di Regolazione per Energia Reti ed Ambiente, 4.08.2021, consultabile su: https://www.arera.it/it/com_stampa/21/210804.htm.

⁸⁴ MASSARUTTO, *Luci e ombre del Pnrr, Rienergia*, 6.07.2021, consultabile su: <https://rienergia.staffettaonline.com/articolo/34800/Servizio+idrico:+luci+e+ombre+del+PNRR/Massarutto>.

⁸⁵ FORMICA, *Servizi idrico disastro italiano. E i Fondi del Pnrr bastano per tappare solo la metà dei buchi*, in *La Repubblica, Economia*, 14.06.2021, consultabile su: https://www.repubblica.it/economia/diritti-e-consumi/energia/2021/06/14/news/servizio_idrico_disastro_italiano_e_i_fondi_del_pnrr_non_basteranno-305597997/.

rilievi debbono tenere in considerazione anche la necessità di superare taluni nodi problematici del settore idrico italiano. Come noto, infatti, in Italia è emerso un grave e persistente problema di gestione delle risorse idriche, in particolare legato ad un consumo eccessivo, specie laddove confrontato con i parametri emersi a livello europeo. Si è, quindi, evidenziata la necessità di predisporre tecniche maggiormente efficienti di sfruttamento e trattamento delle acque reflue. Come propugnato dagli obiettivi rinvenibili nella Prima Missione del documento del PNRR, l'innovazione tecnologica, anche nel settore idrico, dovrebbe rappresentare la bussola per il perseguimento degli scopi pubblici legati al miglioramento della gestione del servizio ed alla protezione del patrimonio ambientale, nell'ottica della implementazione della sostenibilità degli interventi dell'uomo sul territorio (cfr. quanto emerge dal testo della Missione 2, documento del PNRR). In altri termini, i valori di efficienza del mercato non dovrebbero più poter prescindere dalla sostenibilità ambientale ampiamente considerata. Tanto che una volta eliminate le criticità, anche infrastrutturali, nell'ambito della gestione complessiva di tale servizio, sarà possibile delineare con maggiore garanzia di risultato una più adeguata determinazione del sistema tariffario in materia. Avendo, in tempi non sospetti, la stessa dottrina giuridica in materia affermato la necessità di superare i criteri esistenti del *full-cost-recovery*, per *“sviluppare una nuova articolazione tariffaria su differenti “voci” aventi anche aspetti redistributivi per soddisfare la declinazione sociale della sostenibilità e fortemente progressivi nei consumi eccedenti il minimo vitale eticamente predefinito”*.⁸⁶ Conseguentemente scongiurando che la *clean energy transition*, la *climate neutral, sustainable and productive Blue economy ed innovative SMEs*⁸⁷. Quanto all'efficientamento

⁸⁶ FAZIOLI, *op. ult. cit.*, p. 214. Cfr. In materia si veda il contributo di VAIRA, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di “democrazia organizzativa”*, in *federalismi.it*, n. 26, 23.09.2020.

⁸⁷ Consiglio dell'Unione Europea, Fascicolo Interistituzionale (2021/0178NLE), Bruxelles, 7.072021, p. 402 e ss. Sui poteri di intervento, si veda in generale: DELLA CANANEA-FIORENTINO, *I “poteri speciali” del Governo nei settori strategici*, Napoli, 2021. RAGANELLI,

energetico, si sta assistendo ad una complessiva fiducia circa l'impatto delle misure previste nel Piano sull'economia nazionale, essendo plausibile che tutto ciò generi un favorevole effetto sulle tariffe, tanto più a margine delle politiche di incentivazione previste a livello interno ed eurounitario.

Basti considerare sul punto l'istituzione, presso il Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili, di un fondo avente una dotazione di 60 milioni di euro per ciascun⁸⁸ anno dal 2022 al 2026, volto a finanziare il consolidamento nei trasporti del c.d. sistema *European Rail Traffic Management System* (ERTMS). Il tutto, anche attraverso il coordinamento tra la fase di dismissione del precedente sistema rispetto a quello di nuova istituzione, avendo lo scopo di assicurare la riduzione dei costi di acquisto e di manutenzione dei sistemi di segnalamento, ad un tempo, aumentando la velocità dei treni e la sicurezza del medesimo trasporto ferroviario. Viepiù, lo scorso 9 settembre è stata resa nota la bozza del decreto con cui il Ministero dell'Economia e delle Finanze, avallato dalla Ragioneria dello Stato, ha ripartito tra i Ministeri le risorse del Piano e determinato gli obiettivi da perseguire al fine dell'ottenimento del trasferimento dei fondi dall'Unione Europea in materia di efficientamento energetico e antisismica⁸⁹. Complessivamente, si attendono per l'attuazione delle riforme legate al Pnrr 9 decreti legge, 12 leggi delega e un decreto legislativo tra il 2021 e il 2026⁹⁰.

La difesa degli interessi strategici in tempi di crisi: a golden-route for a back-off?, in ADDE, Politiche pubbliche nazionali ed europee nel segno dell'inclusione e della sostenibilità, 2020.

⁸⁸ Cfr. MIMNS, Bozza DI per finanziamenti alle ferrovie, 2.09.2021, in *Il Giornale dei Comuni*, consultabile su: <http://www.gdc.ancitel.it/mims-bozza-di-per-finanziamenti-alle-ferrovie/>. Decreto Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili del 9 maggio 2022, pubblicato su G.U., Serie Generale, n. 148, 27.05.2022.

⁸⁹ *PNRR, ecco il decreto che ripartisce le risorse. 13,95 miliardi per il Superbonus. Le risorse saranno erogate in base ai lavori effettivamente realizzati. Per efficientamento energetico e antisismica, pronti altri 4,56 miliardi del Fondo Complementare*, Edilportale 2000, 9.09.2021, consultabile su: https://www.edilportale.com/news/2021/09/ristrutturazione/pnrr-ecco-il-decreto-che-ripartisce-le-risorse-13-95-miliardi-per-il-superbonus_84548_21.html.

⁹⁰ L'agenda del 2021 è fitta di riforme vincolate dal Pnrr, in *Italia Oggi*, n. 168 del 19.07.2021, consultabile su: <https://www.italiaoggi.it/news/l-agenda-del-2021-e-fitta-di-riforme-vincolate-dal-pnrr-2526994>. Per una analisi dei servizi pubblici traguardati allo Stato sociale, si veda CAVALLO

Ed invero, la costante necessità di garantire la crescita dell'economia, anche attraverso meccanismi d'intervento pubblico, ha trovato nell'esperienza britannica un momento di sintesi tra i valori ed interessi coinvolti, mediante articolate tecniche regolatorie, tra cui si annovera il sistema meglio conosciuto come Totex. Detto modello, sorto a far data dal 2010 ed applicato dalla società Ofgem (che, infatti, nel Regno Unito provvede al controllo dei prezzi nei comparti dell'energia, idrico e del gas), risulta caratterizzato dalla centralità dell'Authority nella regolamentazione del mercato dei servizi, a cui viene affidato il compito di monitorare l'andamento dei prezzi delle *utilities* degli operatori economici ammessi agli incentivi dello Stato. Per rendere, infatti, più trasparenti i criteri di determinazione delle singole voci tariffarie, la stessa Authority di settore è al momento del riconoscimento dell'incentivo che effettua una disamina del *business plan* aziendale, il cui costo globale degli investimenti viene previamente determinato attraverso la consultazione degli *stakeholders*. Tuttavia, a differenza del passato per la determinazione dei costi aziendali si prendono come riferimento sia quelli operativi di gestione, c.d. *opex*, sia quelli per gli investimenti, *capex*. È, dunque, in tal modo che si accrescono notevolmente le potenzialità d'investimento, dapprima limitate alla sola percentuale dei *capex*, ossia dei soli costi operativi.

Talché, a fronte della maggiore *vis expansiva* degli investimenti, l'organo di controllo contempla a carico dell'impresa lo *sharing* dei benefici aziendali, prevedendo il contenimento del prezzo del servizio in favore del consumatore finale. Il tutto nell'ottica di un'economia collaborativa⁹¹. Ed infatti, la peculiarità di tale sistema è da rinvenirsi nel "*progressivo e graduale superamento dell'attuale approccio di riconoscimento dei costi, differenziato tra costi operativi e costi di*

PERIN, *I servizi pubblici tra enti locali e regione*, in DOGLIANI-LUTHER-POGGI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Piemonte*, Torino, 2018, p. 290.

⁹¹ RAIMONDI, *Mercati, utility: arriva il sistema Totex. Le valutazioni degli analisti*, in *Mercati*, 5.072021, consultabile su: <https://www.bluerating.com/mercati/734296/mercati-utility-arriva-il-sistema-totex-le-valutazioni-degli-analisti>.

capitale, a favore di un approccio integrato che responsabilizzi gli operatori. In particolare, il nuovo approccio integrato si focalizza sui seguenti aspetti: previsioni e piani di sviluppo realistici, fondati sulle future ed effettive esigenze dei clienti del servizio; incentivi per il migliorare il livello di performance, in termini di efficienza, economicità e qualità del servizio; rimozione di eventuali barriere regolatorie allo sviluppo di soluzioni innovative⁹². Tanto che “le nuove tariffe saranno applicate ai grandi operatori dal prossimo periodo regolatorio (2026 per la gas distribution e 2024 per gli altri)”⁹³. È, inoltre, dalla recente letteratura finanziaria in materia che si apprende dell’imminente applicazione del sistema Totex alle *utilities* a livello nazionale⁹⁴, essendo stato già valutato dall’A.R.E.R.A. come strumento idoneo alla determinazione dei prezzi a seguito dell’adozione della Deliberazione n. 271 del 28 giugno 2021⁹⁵.

Conclusivamente, a fronte della significativa mole di risorse stanziata e dell’importante ruolo assolto dalle *utilities* nel PNRR appare, dunque, opportuno che *pro futuro* vengano assicurati nel mercato idonei assetti regolamentari in grado di garantire il contenimento del costo del servizio conformemente alle finalità prescritte a livello nazionale ed eurounitario.

De iure condendo, nell’ottica del corretto perseguimento degli obiettivi programmatici contemplati nel Piano potrebbe delinearsi l’istituzione di un organismo nell’ambito di un Autorità amministrativa indipendente, o da creare *ad hoc*, per una ancor più adeguata verifica dell’andamento dei prezzi nel mercato, quale strumento di coordinamento e di controllo delle *utilities* a livello nazionale.

⁹² ARERA, *Regolazione per obiettivi di spesa e di servizio, Quadro strategico 2019-2021*, consultabile su: https://www.arera.it/it/quadrostrategico/1921_OS20.htm#.

⁹³ RAIMONDI, *op. ult. cit.*

⁹⁴ RAIMONDI, *op. ult. cit.*

⁹⁵ La deliberazione dà avvio al procedimento volto alla previsione di innovativi strumenti nei settori dell’energia elettrica e del gas, basate su un approccio di “spesa totale” che viene denominato Totex-base, comune a tutti i servizi suddetti, e che costituisce un primo passo dell’introduzione dell’approccio integrato ROSS (“*Regolazione per obiettivi di spesa e di servizio*” secondo l’obiettivo OS.20 del Quadro strategico dell’Autorità 2019-21).

Ciò all'impronta della c.d. *sharing economy* che, nell'era del *platform capitalism*, assolve alla sua primaria funzione dell'utilità sociale ai sensi dell'art. 41 Cost. Il delineato modello potrebbe apparire, inoltre, conforme all'impianto regolamentare del Piano, a valere quale strumento integrativo dei sistemi di controllo dallo stesso previsti, anche attraverso il ricorso a strumenti di *soft law*⁹⁶ ispirati ai superiori principi della solidarietà e dell'equità del mercato. È nella componente volta a verificare la congruità delle tariffe applicate che l'organismo *de quo* avrebbe, da un lato, l'effetto di postulare un più incisivo controllo sulle scelte di *governance* societarie quanto alle politiche adottate per assicurare il perseguimento dei fini di utilità sociale contemplate nel PNRR; dall'altro lato, permetterebbe di affrontare, sotto una nuova luce, il principio della *business judgement rule*, ben potendosi delineare delle ipotesi in cui sorga contrapposizione tra le esigenze egoistiche del singolo operatore rispetto a quelle solidaristiche del mercato. Salvo, tuttavia, verificare il problema dell'impatto che una regolazione siffatta possa generare rispetto al funzionamento del mercato, nonché riguardo agli strumenti di monitoraggio e disciplinatori all'oggi esistenti. Occorre, inoltre, interrogarsi in ordine alla nuova stagione giuridico-economica che alla luce degli interessi coinvolti nel Piano appare caratterizzare il prossimo futuro europeo, anche tenuto conto delle prescrizioni che il diritto positivo domestico riserva in materia di azioni di responsabilità diretta e sociale (artt. 2476 e 2395 c.c.), infatti, ritagliate esclusivamente sulla scorta di fattori endogeni o, comunque, strettamente connessi

⁹⁶ Per una importante ricostruzione ed analisi degli aspetti legati ai settori speciali, anche dal punto di vista dei riflessi regolatori su base nazionale e eurounitaria, si consiglia la consultazione di: BRUTI LIBERATI-DE FOCATIIS-TRAVI (a cura di), *La Transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati*, Milano, 2019; BRUTI LIBERATI-DE FOCATIIS-TRAVI (a cura di), *Il Teleriscaldamento, la blockchain e i contratti intelligenti*, Milano, 2019; ZEN-NICEFORO, *Il regime delle acque pubbliche*, Padova 2020; BRUTI LIBERATI-DE FOCATIIS-TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia. Gli appalti nei settori speciali, il market design e gli assetti di governance*, Milano, 2017; BRUTI LIBERATI-DE FOCATIIS-TRAVI (a cura di), *Gli Aiuti di Stato. Profilo generali e problematiche energetiche*, Milano, 2021.

alla compagine sociale. Senza contare l'auspicabile necessità che le imponenti riforme previste nel Piano⁹⁷, aventi ad oggetto problematiche congenite alla pubblica amministrazione, possano essere perseguite nei tempi previsti, persistendo l'ulteriore *querelle* se un così ristretto arco temporale possa garantire il cambiamento previsto⁹⁸, a margine dell'impossibilità di programmare tempistiche diverse stante l'imporsi della pandemia.

Ciro Alessio Mauro

*Straordinario di Diritto dell'economia
nella Link Campus University*

⁹⁷ In ordine alle modalità di attuazione del Pnrr, MANCA, PNRR, *Guida all'applicazione del Recovery Plan negli Enti della P.A.*, Bologna, 2021.

⁹⁸ Peraltro, a livello regionale è stato registrato una non uniforme ripartizione delle risorse dei Fondi strutturali, circostanza che, a sua volta, non ha favorito una corretta allocazione della ricchezza secondo criteri di equità. Per una panoramica sulle criticità connesse alla disomogenea allocazione delle risorse su base decentrata, si veda ampiamente, CRESCENZI-IAMMARINO-RODRIGUEZ-POSE, *Multinazionali, Imprese locali e sviluppo economico*, LSE Consulting London School of Economics and Political Science, 2016. Si consiglia la consultazione di SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico, La grande illusione*, Padova, 2021.

LA CIRCOLAZIONE DEI TITOLI DI DEBITO E LO SVILUPPO DI UN MERCATO SOSTENIBILE: PROFILI DI CRITICITÀ *

(The circulation of debt securities and the development of sustainable market: critical profiles)

ABSTRACT: *The purpose of this investigation is to verify the scope of the provision of art. 2483 c.c. in light of current market demands. In particular, it is necessary to assess the advisability of making the national regulatory framework of reference for debt securities more flexible than at present, so as to easily incorporate the new trends towards which the market is moving, which require a necessary paradigm shift in strategic choices. In this sense are the profound changes in investment management methods, which must be geared towards environmental risk mitigation. To this must be added the further need, perceived at international level, to strengthen 'green' financing, i.e. financing aimed at implementing projects that ensure energy efficiency (so-called green bonds). Hence, the proposal put forward here for a revision of the national reference regulatory framework which, in some respects, does not appear adequate to meet the renewed demands for reform.*

SOMMARIO: 1. Premessa: il ricorso al mercato da parte delle PMI e la tutela dell'investitore *retail*. – 2. *Segue*. Il diverso approccio del legislatore in materia di *minibond* - 3. Verso un mercato *sostenibile*: dai titoli di debito ai *green bond*. 4. Considerazioni conclusive.

1. Com'è noto, la riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto nuovi strumenti volti ad agevolare il reperimento da parte delle PMI-S.r.l. di adeguate risorse finanziarie sul mercato, innovando l'impianto normativo previgente che

*Contributo approvato dai revisori.

escludeva, tra l'altro, la possibilità per queste ultime di emettere titoli di debito¹.

La disposizione di cui all'art. 2483 c.c., infatti, ha rimesso all'autonomia statutaria la disciplina dell'emissione e della circolazione dei titoli di debito, affidando dunque all'assemblea sociale il compito di stabilire l'opportunità di ricorrere ai menzionati strumenti finanziari, nonché di determinare le relative condizioni di funzionamento².

Occorre far presente, tuttavia, che la norma *de qua* impone alle società emittenti l'osservanza di specifici obblighi con l'obiettivo principale di contemperare le esigenze delle PMI-S.r.l. di reperire risorse sul mercato con gli interessi di tutela del risparmio diffuso³. Si ha riguardo, nel dettaglio, a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2483 c.c., secondo cui i sottoscrittori di tali titoli devono essere in possesso di particolari requisiti soggettivi, fermo restando il rispetto di alcune regole in caso di circolazione degli stessi. Di qui la previsione secondo cui il rischio di insolvenza dell'emittente non può ricadere sull'investitore *retail* (essendo poco esper-

¹ Si consideri, infatti, che la disciplina di riferimento contenuta nel codice civile del 1942 – probabilmente interpretando la realtà dei mercati finanziari dell'epoca – di fatto non considerava gli strumenti di finanziamento del mercato fonte finanziaria significativa. Cfr. BANFI -DI PASQUALI, *Titoli di debito e riforma del diritto societario: alcune valutazioni critiche*, in *Riv. Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2/2003, p. 408.

A ciò si aggiunga che le politiche di prezzo promosse dalle banche nazionali rendevano conveniente per le imprese in forma di S.p.A. il ricorso al credito bancario, in luogo dell'indebitamento attraverso l'emissione di obbligazioni. In arg. cfr. IRS, *Rapporto IRS sul mercato azionario per il 1999*, pp. 130-131.

Di converso, con la riforma del 2003, il Legislatore ha ritenuto opportuno ampliare le fonti di finanziamento delle società di capitali in genere, ad esempio creando per le società per azioni le norme sui patrimoni destinati ad un unico affare come previsto dagli artt. 2447 *bis* ss. c.c. e dotando anche le S.r.l. di nuovi strumenti destinati a raccogliere investimenti.

² A ben guardare, sul presupposto che la riforma dell'art. 2468 c.c. 1 co. ha espressamente escluso dalla sollecitazione all'investimento le (sole) partecipazioni societarie delle S.r.l., sarebbe stato possibile di converso, dedurre l'ammissibilità di queste ultime a tale pratica tramite strumenti finanziari. Cfr. TASSINARI, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata mediante mezzi diversi dal conferimento*, in G. Laurini (diretta da) *La Riforma della società a responsabilità limitata*, Notariato e nuovo diritto societario, Milano, 2003, pp. 151 ss.

³ In tal senso si esprime anche la Relazione Ministeriale al D.Lgs. 6/2003 il quale, al par. 11, evidenzia testualmente che: "... si è ricercato un equilibrio tra l'esigenza di rendere praticabile ed utile per le società a responsabilità limitata l'accesso a queste forme di finanziamento e quella di assicurare la necessaria salvaguardia degli interessi dei risparmiatori".

to) al quale, infatti, è consentito acquistare titoli di debito soltanto sul mercato secondario.

L'esigenza di tutelare le ragioni del risparmiatore è a fondamento della disposizione del secondo periodo del secondo comma dell'art. 2483 c.c. che prevede una garanzia legale a favore dell'acquirente al dettaglio per il rischio di insolvenza della società emittente⁴. Diversi sono gli orientamenti dottrinali sviluppatisi in ordine al soggetto tenuto a prestare la garanzia in parola. A fronte di quanti ritengono che quest'ultima debba essere concessa dal primo sottoscrittore (e dunque da un soggetto sottoposto a vigilanza prudenziale)⁵, si riscontra l'opinione di coloro che attribuiscono detto obbligo all'ultimo soggetto cedente (a prescindere dunque dalla circostanza per la quale esso sia vigilato o non)⁶. Sul punto, appare condivisibile l'orientamento maggioritario⁷ che considera garante della solvenza dell'emittente (non già l'ultimo degli investitori professionali *tout court*, bensì) l'ultimo dei soggetti sottoposti a vigilanza prudenziale. Tale tesi ci appare, infatti, in linea con l'obiettivo avuto di mira dal legislatore di fornire una tutela adeguata alle ragioni

⁴ L'impianto di garanzia così configurato, allora, pare collocarsi a cavallo fra le regole che disciplinano la responsabilità civile nell'ambito del diritto societario e quelle che ne regolamentano l'operatività nel contesto dell'intermediazione finanziaria. Cfr. SANGIOVANNI, *Commento all'articolo 2483 del codice civile*, in CAGNASSO – MAMBRIANI (a cura di), *Codice della società a responsabilità limitata*, 2015, Molfetta (BA), p. 918.

⁵ Cfr. ZANARONE, *Altre società di capitali*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, p. 303; AULETTA - SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2003, p. 275; BANFI - DI PASQUALI, *Titoli di debito*, cit., p. 409; CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 263; CAMPOBASSO G.F., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2004, p. 195.

⁶ Cfr. LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 464; TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi*, in AA.VV., *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 139 s.

⁷ Cfr. MESSINA – ROSSANO, *Il collocamento dei titoli di debito di S.r.l.: profili causali e limiti operativi*, in Riv. dir. soc. n. 1/2021, pp. 208 ss. Cfr. altresì CAMPOBASSO M., *I titoli di debito delle s.r.l. tra autonomia patrimoniale e tutela del risparmio*, in ABBADESSA – PORTALE-CAMPOBASSO G.F. (a cura di) *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, p. 777; Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5957/I, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 12 novembre 2005; ABI, Parere del 20 settembre 2004, n. 896; STELLA RICHTER, *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in CNN, Studio 5562/I; BUSANI, *Sub art. 2483 c.c.*, in GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, vol. III (Della società – Dell'Azienda - Della Concorrenza, a cura di SANTOSUOSSO), Torino, 2015, p. 929.

dell'investitore *retail*, senza al contempo sacrificare le esigenze di mercato delle imprese⁸. Tale finalità, peraltro, si pone in piena coerenza con gli esiti cui è pervenuta la dottrina con riguardo all'efficacia degli strumenti di regolazione dei mercati secondo cui, al fine di riequilibrare posizioni caratterizzate da asimmetria informativa, è necessario porre divieti e limitazioni all'autonomia contrattuale dei soggetti coinvolti nelle operazioni negoziali⁹.

Va osservato che la garanzia in parola non opera in favore dei soci e degli investitori professionali che abbiano acquistato i menzionati titoli sul mercato secondario. Tali ultimi soggetti sono, infatti, in possesso di competenze tali da ritenerli in grado di valutare criticamente e con cognizione di causa i rischi e i vantaggi connessi all'investimento¹⁰. Va da sé che essi godono di un accesso privilegiato alle informazioni rilevanti con riguardo a detti titoli di debito e dunque sono in condizione di ponderare accuratamente le proprie decisioni¹¹.

⁸ In dottr. sul punto cfr. MESSINA – ROSSANO *op. cit.*; ABRIANI, *Emissioni di titoli di debito*, in ABRIANI, *Codice della Società*, Milano, 2016, p. 2106 ss.

A ben vedere, è la stessa Relazione Illustrativa alla Riforma a confermare tale conclusione, laddove si legge che: “*la soluzione elaborata (...) dall'art. 2483 c.c., sulla base delle indicazioni della legge di delega, è stata quella (...) di imporre, nel caso in cui i titoli vengono successivamente trasferiti, come può risultare economicamente necessario al fine di procacciarsi la provvista, a carico dei sottoscrittori stessi una garanzia ex lege per la solvenza della società sostanzialmente coincidente con quella prevista in materia di cessione del credito*”. La relazione è consultabile al sito <https://www.tuttocamere.it> e, in particolare cfr. il § 11.

⁹ Cfr. BALDWIN - CAVE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, in *Oxford University Press*, 2012, p. 106 ss. Tale considerazione appare avvalorata dalla disciplina prevista all'art. 2412 c.c. che, con riguardo alle S.p.A., ammette l'emissione di obbligazioni per una somma superiore al doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato, esclusivamente se sottoscritte da investitori professionali sottoposti a vigilanza prudenziale. Cfr. LEMMI, *La disciplina dei titoli di debito delle società a responsabilità limitata nel sistema italiano*, in *Riv. dir. e processo*, 2019, p. 199.

¹⁰ Infatti, ai fini della valutazione di operatività della presunzione di conoscenza, è proprio al momento dell'acquisto dei titoli che occorre verificare la qualità di socio e di investitore professionale. Cfr. TOMMASINI, *La garanzia per la solvenza nel trasferimento dei titoli di debito della società a responsabilità limitata* in *Riv. Dir. civ.* n. 2/2007, pp. 209 ss.; BUSANI, *Titoli di debito di S.r.l.: il bilancio dei primi dieci anni*, in *Riv. Le società*, n. 12/2013, pp. 1317 ss.

¹¹ CORSO – DOLZANI, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti alla circolazione*, in *Riv. Contr. e Impr.*, n. 3/2006, pp. 786 ss.

Per converso, come ha evidenziato anche di recente la dottrina¹², i vincoli normativi posti all'autonomia negoziale delle parti coinvolte nelle operazioni di cui trattasi, potrebbero aver costituito un ostacolo al pieno sviluppo del mercato di riferimento. Del resto, i dati statistici confermano che le fonti di approvvigionamento delle PMI -S.r.l. sono rimaste limitate essenzialmente a due canali principali: quello bancario e quello endo-societario (rappresentato dal finanziamento personale da parte dei soci)¹³.

2. Ciò posto, occorre interrogarsi sulle motivazioni in base alle quali il sistema di finanziamento mediante l'emissione di titoli di debito non si sia dimostrato idoneo a conseguire gli obiettivi avuti di mira dal legislatore. L'individuazione delle ragioni a fondamento di tale evenienza è utile al fine di suggerire eventuali accorgimenti che, a nostro avviso, andrebbero adottati in sede tecnica. Costituisce infatti una esigenza non più procrastinabile quella di assicurare alle PMI, specialmente in tale critico momento storico, la possibilità di ricorrere, in modalità sistematica, a forme di etero-finanziamento mediante acquisizione di capitale di debito offerto anche al pubblico dei risparmiatori. Appare, difatti, necessario incoraggiare investimenti produttivi rivolti alle realtà imprenditoriali locali o di ridotte dimensioni, che assumono la veste di società a responsabilità limitata; tipologia societaria che, come è noto, rappresenta quella più diffusa nel contesto imprenditoriale italiano.

¹² Cfr. MESSINA – ROSSANO, *op. cit.* In questo senso depone anche l'opinione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili in uno studio intitolato *Il finanziamento delle società a responsabilità limitata: titoli di debito*, pubblicato ad ottobre 2019 e disponibile al link www.commercialisti.it. Cfr., in particolare, pag. 5 del documento.

¹³ Cfr. PELLEGRINI, *Un'analisi empirica della "Corporate Italy": soggetti giuridici, strutture proprietarie e finanziarie e corporate governance 2004-2012*, di cui ha riferito Il Sole 24 Ore del 7 luglio 2013, nella quale si afferma che delle n. 1.357.936 S.r.l. esistenti in Italia al 31 marzo 2013, solo 256.635 (e cioè il 18,90%) hanno contemplato nel proprio statuto la possibilità di emettere titoli di debito. In tale ricerca si afferma pure che "Non si può verificare se questi strumenti finanziari siano stati effettivamente emessi, perché il nostro database non riporta questi dati. [...] Se per una certa misura le previsioni statutarie possono essere un ragionevole indicatore di adozione, il grado di emissione effettiva di questi titoli non è noto, ma l'impressione aneddotica sembra evidenziare un basso tasso di adozione". Cfr., altresì BUSANI, *Titoli di debito di S.r.l.*, cit., p. 1317 s.

Ebbene, si è dell'opinione che l'*insuccesso*¹⁴ delle operazioni di negoziazione di titoli di debito derivi dalla apposizione di taluni *vincoli* che rendono poco *appetibile* il ricorso all'indebitamento di mercato da parte delle PMI-S.r.l..

Nel precedente paragrafo si è già dato conto di talune criticità che hanno dissuaso le imprese dal ricorrere al mercato dei titoli di debito per reperire le risorse necessarie allo svolgimento della propria attività. Alle problematiche già esposte va aggiunta quella derivante dalla durata - potenzialmente molto lunga - del prestito obbligazionario cui corrisponde analoga esposizione, in termini temporali, al rischio di insolvenza dell'emittente da parte dell'investitore qualificato, tenuto a prestare la garanzia legale.

È solo il caso di rammentare il diverso approccio adottato dal legislatore del 2012 che ha introdotto la disciplina in materia di *minibond*¹⁵. In tale occasione, infatti, l'identificazione di specifici termini e condizioni di utilizzo degli stessi ne ha favorito il maggiore utilizzo rispetto ai titoli di debito *ex art. 2483 c.c.* (che potremmo definire in senso a-tecnico *ordinari*). Vengono in rilievo, ad esempio, i requisiti richiesti per l'accesso alla quotazione, la cui disciplina (art. 32 del D.Lgs. n. 83/2012) appare particolarmente *elastica* proprio al fine di sostenere lo sviluppo del mercato

¹⁴ Già, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, la dottrina aveva messo in luce quello che veniva definito "*un prevedibile insuccesso*" di questo strumento. Cfr. BUSANI, *Titoli di debito*, cit., p. 2; nello stesso senso, BANFI - DI PASQUALI, *Titoli di debito e riforma del diritto societario*, cit. p. 407; DEMURO, *Alcune osservazioni sui titoli di debito nelle s.r.l.*, in *Giust. civ.*, n. 2/2004, p. 519.

¹⁵ Si tratta di obbligazioni (titoli di debito in caso di S.r.l.), che offrono una remunerazione contrattualmente stabilita attraverso il pagamento di cedole periodiche, emesse da società di capitali, anche non quotate, le quali beneficiano di vantaggi amministrativi e fiscali normativamente determinati. La sottoscrizione di tali titoli è riservata ad investitori istituzionali e la negoziazione avviene su un particolare segmento del mercato mobiliare (ExtraMOT PRO).

Siffatta tipologia di titoli è stata introdotta da un complesso di provvedimenti normativi emanati tra il 2011 ed il 2012, unitariamente conosciuti come "Riforma Minibond". Ci si riferisce al D.L. 22 giugno 2012 n.83 ("Decreto Sviluppo") e alle successive integrazioni e modifiche apportate dal D.L. 18 ottobre 2012 n.179 ("Decreto Sviluppo Bis"), dal D.L. 23 dicembre 2013 n. 145 (piano "Destinazione Italia") e al D.L. 24 giugno 2014 n. 91 ("Decreto Competitività").

Per un approfondimento sul tema, cfr. MESSINA, *Minibond e Capital Markets Union*, Bari, 2021.

di riferimento¹⁶. In particolare, il legislatore sembra aver tenuto in debito conto le attuali esigenze del mercato che richiedono scambi veloci ed efficienti al fine di assicurare la disponibilità immediata di liquidità di cui necessitano le imprese. In tale ordine logico, orienta la prassi che limita sensibilmente la durata dei *minibond*¹⁷ rispetto ai titoli *ordinari*, finanche ad un periodo inferiore ad un anno (cd. *short-term minibond*)¹⁸.

L'individuazione, dunque, di un orizzonte temporale più breve rispetto a quello per solito stabilito in sede di emissione di titoli di debito, consente al sottoscrittore di valutare la solidità dell'emittente nel breve periodo e, per tale via, di li-

¹⁶ Sul punto, l'art. 32 del cd. Decreto Sviluppo, in primo luogo, ha esteso la possibilità di emettere obbligazioni (*rectius* titoli di debito) per una somma pari al doppio del patrimonio netto a tutte le società non quotate, che “*emettono obbligazioni destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione*”, purché presentino un fatturato superiore a due milioni di euro e impieghino almeno dieci dipendenti, escludendo banche e microimprese. Ammettendo all'emissione in parola le società individuate secondo la definizione e i criteri di cui alla Raccomandazione del 6 maggio 2003 (2003/361/CE), quindi, la normativa in commento ha allineato la disciplina civilistica e fiscale in materia di emissione di obbligazioni/titoli di debito da parte di S.p.A. ed S.r.l., rendendo per l'effetto più semplice l'emissione dei titoli. Occorre appena osservare, tuttavia, che nel caso delle S.r.l. è necessario che lo statuto preveda la possibilità di emissione di titoli di debito e, quindi, che indichi l'organo deputato a deliberare in materia e le maggioranze necessarie. Anche senza previsioni specifiche statutarie le S.p.A. possono invece emettere *minibond* su decisione dell'organo amministrativo.

Inoltre, l'emittente deve aver pubblicato gli ultimi due bilanci, di cui l'ultimo deve essere certificato da una società di revisione legale iscritta nel Registro dei revisori legali e delle società di revisione (lettera b) del comma 2 dell'art. 32 in commento.

Ai requisiti descritti si aggiungono quelli “di mercato”, che l'impresa emittente deve possedere affinché sia appetibile per il potenziale investitore. Ci si riferisce a: fatturato non inferiore a 5 milioni di euro e in crescita negli ultimi tre anni; *management* serio e di comprovata esperienza; margine operativo lordo (EBITDA) almeno pari al 10% del fatturato; rapporto posizione finanziaria netta (PFN) e EBITDA inferiore a 4; *rating* pubblico (investment grade) emesso da una società di *rating*.

¹⁷ I dati statistici rivelano in particolare che, durante il primo anno di vigenza della normativa, per quanto attiene alla scadenza del prestito avente ad oggetto *minibond*, si è registrato un valore medio (su tutto il campione di imprese emittenti considerato) pari a 6,2 anni ed un valore mediano pari 5 anni. Alcuni *minibond* (e molte cambiali finanziarie) avevano scadenza molto breve e pochi (una decina) di titoli presentavano scadenza superiore a 7 anni. Cfr. *1° Report italiano sui Minibond*, pubblicato dal Politecnico di Milano nel marzo del 2013, p. 10.

¹⁸ Ci si riferisce alla crescente diffusione dell'emissione di titoli per un valore complessivo inferiore ad un milione di euro e scadenza inferiori a 12 mesi che hanno, per solito, l'obiettivo di supportare il capitale circolante dell'emittente. Cfr. *8° Report sui minibond*, pubblicato dal Politecnico di Milano nel marzo 2022, p. 4 s., ove si legge che il vasto panorama delle imprese emittenti *minibond* presenta una serie di titoli *short term* con *maturity* a pochi mesi ed emissioni a più lunga scadenza.

mitare i rischi derivanti da valutazioni effettuate a lungo termine. Siffatta circostanza, a nostro avviso, può costituire dunque una delle ragioni per le quali gli investitori qualificati appaiono più inclini ad acquistare *minibond* piuttosto che titoli di debito emessi ai sensi dell'art. 2483 c.c.

3. Sul piano generale, va osservato che la maggiore *competitività* dei *minibond* rispetto ai titoli *ordinari* non deriva soltanto dalla più breve durata dei primi rispetto ai secondi. Occorre, infatti, tener presente che i *minibond* sono tendenzialmente destinati a mercati nei quali la negoziazione è riservata a soggetti qualificati; tale circostanza esclude che su questi ultimi gravi l'obbligo di fornire la garanzia per l'insolvenza dell'emittente, il quale come si è detto opera soltanto nell'ipotesi in cui il titolo venga acquistato da investitori *retail*. Se ne deduce, dunque, che nell'ipotesi di acquisto di *minibond*, i sottoscrittori dovranno effettuare valutazioni che attengono esclusivamente all'opportunità economica dell'operazione posta in essere. Per converso, in caso di acquisto di titoli *ordinari*, il soggetto vigilato dovrà tenere in debito conto – nelle stime di cui trattasi – la circostanza per cui, per l'intera durata del prestito e nei limiti del complessivo valore dello stesso, esso potrebbe essere chiamato a rispondere dell'insolvenza della società emittente nei confronti dell'investitore *retail*¹⁹.

Detta eventualità, inoltre, assume ancor più rilievo problematico qualora si aderisse alla tesi, già descritta in precedenza, secondo la quale la responsabilità dell'insolvenza dell'emittente debba ricadere sul primo sottoscrittore vigilato. In tal caso, sono evidenti i pericoli connessi all'eventualità che investitori professionali possano assumere comportamenti improntati a logiche di *moral hazard* confidando sulla garanzia legale del primo sottoscrittore. Si abbia riguardo, ad esempio, all'ipotesi in cui essi vengano conoscenza di possibili deterioramenti della situazione

¹⁹ Nello stesso senso, già BANFI – DI PASQUALI, *op. cit.*, p. 417.

patrimoniale dell'emittente e, conseguentemente, valutino conveniente cedere i titoli di debito in proprio possesso a soggetti *retail*, al fine di limitare le perdite, creando al contempo i presupposti per l'*operatività* della garanzia del vigilato di cui all'art. 2483 c.c.

Si è in presenza, pertanto, di una normativa che impone stime particolarmente complesse da parte degli investitori. Questi ultimi, infatti, dovranno effettuare valutazioni spesso dipendenti da eventi difficilmente prevedibili i quali possono contribuire a produrre impatti negativi sull'attività degli operatori del mercato. Si abbia riguardo, ad esempio, alle prospettazioni che i soggetti coinvolti nelle negoziazioni di cui trattasi avrebbero dovuto effettuare con il *senno di poi* in merito agli esiti della pandemia da Covid-19 ovvero della guerra attualmente in corso in Ucraina. È questo il caso di chi abbia sottoscritto titoli di debito in *normali* condizioni di mercato per poi essere chiamato a rispondere dell'insolvenza dell'impresa, colpita dagli imprevedibili e nefasti eventi di crisi. Va da sé che la posizione del soggetto vigilato, in tal caso, è particolarmente *penalizzata*, tenuto conto che quest'ultimo potrebbe aver acquisito siffatti titoli in un'epoca antecedente ai recenti turbamenti e, quindi, in un momento in cui non avrebbe potuto valutarne accuratamente le conseguenze negative.

Alla luce di quanto si è detto, appare dunque condivisibile la posizione di chi, di recente, ha sottolineato come il ricorso a moderne tecniche di approvvigionamento di risorse finanziarie da parte delle PMI appaia ostacolato dall'esistenza di specifici vincoli normativi nazionali introdotti in contesti di mercato affatto diversi da quelli attuali²⁰. Tali limitazioni rendono, nell'ipotesi al nostro vaglio, particolarmente complessa la ricerca di soggetti disposti ad assumersi la responsabilità della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori profes-

²⁰ Cfr. in tal senso MESSINA, *Minibond e Capital Markets Union*, cit., pp. 217 ss.; ma anche MESSINA – ROSSANO, *Il collocamento di titoli di debito*, cit., in part. p. 213.

sionali²¹. Al contempo, esse contribuiscono a creare uno sbilanciamento a favore degli interessi di tutela della categoria degli investitori *retail* rispetto a quelli del buon andamento del mercato.

V'è da chiedersi allora se, sulla base di quanto qui sostenuto, non sia giunto il momento di adeguare la disciplina in materia alle attuali necessità commerciali. Occorre, infatti, valutare l'opportunità di rendere maggiormente *flessibile* la normativa *de qua* analogamente a quanto già avviene in materia di *minibond*. Tale esigenza appare ancor più avvertita in relazione alle nuove tendenze verso le quali si orienta il mercato che, come autorevolmente sostenuto in dottrina, impongono un necessario cambio di paradigma delle scelte strategiche. Depongono in tal senso, tra l'altro, le profonde mutazioni delle modalità di gestione degli investimenti, i quali devono essere rivolti verso la mitigazione del rischio ambientale²².

Significativi, in materia, sono i numerosi provvedimenti assunti in sede UE²³, recepiti anche dall'ordinamento interno²⁴, che confermano l'esigenza di potenziare i finanziamenti cd. *verdi* ovvero tesi a realizzare progetti che assicurino l'efficientamento energetico. In tale prospettiva, specifico rilievo assumono le recenti proposte regolamentari adottate in sede europea in materia di *green bond* mediante le quali si intende definire un quadro normativo che favorisca lo sviluppo di una finanza attenta alle esigenze dell'ambiente, nonché l'affermazione di un

²¹ Siffatta considerazione pare assumere particolare significato allorché il garante sia un istituto bancario, il quale svolge contemporaneamente attività finanziaria e commerciale.

²² Cfr. CAPRIGLIONE, *Emergenza coronavirus e finanza sostenibile*, in ROSSANO (a cura di) *Covid-19 Emergenza sanitaria ed economica*, Bari, 2020, pp. 14 ss.

²³ A tale proposito, cfr. la Direttiva (UE) 2016/2341, riguardante le attività e la supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali attuata con il d.lgs. n. 147/2018, e la direttiva (UE) 2017/828, emanata per incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti, i quali si rivolgono agli investitori istituzionali al fine di renderli più attivi sui temi della sostenibilità.

²⁴ La legislazione nazionale non ha ignorato i cambiamenti in atto, introducendo l'art. 111 *bis* T.U.B., rubricato "*Finanza etica e sostenibile*", il cui testo fornisce una precisa definizione degli "*operatori di finanza etica e sostenibile*", che *prima facie* sembrerebbe tuttavia edulcorata al fine precipuo di riconoscere un'agevolazione fiscale a favore delle banche etiche. Cfr. E. MACCHIAVELLO, *Commento all'art. 111-bis t.u.b.*, CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018, pp. 197 ss.

mercato proteso a conseguire gli obiettivi della sostenibilità²⁵.

4. In conclusione, può dirsi che i recenti turbamenti socio-politici hanno certamente alterato gli equilibri del mercato; da qui la peculiarità dell'azione posta in essere dal Governo che ha assunto specifici provvedimenti volti ad assicurare il sostegno finanziario delle imprese attraverso il sistema bancario facendo ricorso, altresì, alle garanzie prestate dallo Stato²⁶. La reticenza degli istituti creditizi a concedere prestiti alle imprese, soprattutto in una prima fase emergenziale della pandemia tutt'ora in corso, unitamente alle difficoltà di queste ultime di assolvere agli impegni assunti nei riguardi delle banche, inducono ad accogliere con favore le iniziative di provenienza europea che da tempo orientano nel senso di un potenziamento della *finanza alternativa* e dunque degli strumenti *ulteriori* di finanziamento rispetto a quelli tradizionali. Tra questi ultimi vanno annoverati in particolare i *mini-bond* la cui disciplina, come si è detto, si caratterizza per *flessibilità* e capacità di soddisfare le concrete esigenze delle imprese.

Al fine, tuttavia, di definire un *framework* normativo il più possibile capace di rispondere alle necessità delle imprese, auspichiamo possa valutarsi l'opportunità di modificare il disposto di cui all'art. 2483 c.c. al fine di identificare idonee soluzioni

²⁵ *Ex multis*, cfr. DEL GIUDICE, *La finanza sostenibile*, Torino, 2019, pp. 7 ss.; SABATINI, *Finanza d'impatto e Action Plan sulla finanza sostenibile: il percorso delle banche europee*, in *Riv. Bancaria*, n. 4/2019, pp. 23 ss.; BETTI, *La finanza sostenibile e i "principi per la banca responsabile" delle Nazioni Unite: insieme per un'"economia verde"*, in *Credito cooperativo*, n. 1/2019, pp. 38 ss.; MACCHIAVELLO, *Possono esistere "banche etiche"? La nuova definizione normativa di "operatori di finanza etica e sostenibile" tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi*, in *Riv. Trim. dir. dell'ec.*, n. 1/2019, pp. 188 ss.; FERRARI, *La finanza etica e sostenibile in Europa: non una finanza minore, ma una finanza migliore*, in *Credito cooperativo*, n. 2/2019, pp. 44 ss.; MANNINI, *La finanza sostenibile*, in *Quale impresa*, n. 5-6/2018, pp. 30 ss.; QUARTARONE, *Etica in finanza*, in *Riv. Trim. dir. dell'ec.*, n. 1/2018, suppl., pp. 129 ss.; BASILE, *Esiste un modello di finanza sostenibile? Sustainable finance and economic growth: netrends and strategies*, in *Riv. Bancaria*, n. 6/2017, pp. 12 ss.

²⁶ Cfr. ROSSANO, *La finanza alternativa nella Capital Markets Union*, in PASSALACQUA (a cura di) *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2022, pp. 427 ss.; CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 1/2020, pp. 1 ss.; ID, *L'industria finanziaria dopo la pandemia. Il caso Italia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, pp. 1 ss.

alle criticità di cui si è dato conto nel corso della presente trattazione. Tale obiettivo va perseguito ovviamente avendo cura di assicurare un equo contemperamento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni di cui trattasi, senza pregiudicare le istanze di tutela del risparmio.

Sicché, *de jure condito*, ci si chiede se una soluzione alle problematiche qui indicate possa essere rinvenuta in sede negoziale. Ci si riferisce, ad esempio, all'eventualità che la S.r.l. introduca, all'interno del regolamento di emissione, l'espresso divieto di trasferire i titoli in favore dei soggetti *retail*, di tal che i potenziali sottoscrittori – e i successivi investitori vigilati – non incorrano nel pericolo di dover essere chiamati a prestare la garanzia di cui al secondo comma dell'art. 2483 c.c..

Tale soluzione di natura convenzionale salvaguarda la posizione degli investitori qualificati – i quali verrebbero incoraggiati ad acquistare titoli di debito -, e impedirebbe che soggetti professionali senza scrupoli adottino comportamenti opportunistici a danno di terzi. È evidente, tuttavia, che detta clausola regolamentare precluderebbe ai soggetti *retail* di accedere a significative aree di mercato; siffatta evenienza si porrebbe, pertanto, in controtendenza rispetto alle indicazioni di provenienza europea tese invece a favorire lo sviluppo di un mercato inclusivo, liquido e fruibile anche da parte dei risparmiatori.

Analogamente problematico appare l'ulteriore rimedio di carattere convenzionale consistente nello stabilire una durata della garanzia di cui all'art. 2483 c.c. inferiore rispetto a quella del prestito. Si è dell'avviso, tuttavia, che tale disposizione è diretta a tutelare istanze di ordine pubblico e a tutelare interessi della collettività, dovendo essere annoverata tra le norme di carattere imperativo e, in quanto tali, inderogabili^{27, 28 29}.

²⁷ Cfr. STELLA RICHTER, *Commento all'art. 2483 c.c.*, in ABRIANI – STELLA RICHTER (a cura di) *Codice commentato delle società*, Milano, 2010, p. 2122. L'A. ritiene che tale conclusione

Percorribile, invece, è la soluzione che rimette all'assemblea, in sede di identificazione delle caratteristiche dei titoli di debito, di considerare le difficoltà di collocamento degli stessi e stabilire pertanto – similmente a quanto avviene nell'ipotesi di emissione di *minibond* – contenuti limiti di durata del prestito al fine di evitare una prolungata esposizione del soggetto tenuto a prestare la garanzia legale (ferme restando le preminenti esigenze di opportunità economica).

De jure condendo, è auspicabile che il legislatore valuti, in primo luogo, l'opportunità di individuare con precisione il soggetto sul quale dovrà ricadere concretamente l'onere di garantire la solvibilità dell'emittente, mettendo fine per tale via ad una annosa questione di carattere interpretativo. In secondo luogo, appare opportuno che il legislatore si faccia carico di rivisitare la disciplina della garanzia legale, al presente eccessivamente protesa a tutelare le istanze dei risparmiatori.

Occorre evidenziare che l'esigenza di modificare il quadro normativo di riferimento in materia è ancor più avvertita in un contesto come quello attuale nel quale la crisi pandemica e i recenti eventi bellici attualmente in corso in Ucraina, impongono di definire idonee forme di sostentamento finanziario a favore delle piccole e medie imprese (PMI). Si delinea, per tale via, una prospettiva di interventi finalizzati a consentire a queste ultime di ricorrere all'intero ventaglio di opportunità di finanziamento offerte dal mercato.

L'obiettivo di rimuovere i possibili ostacoli normativi che si frappongono al pieno sviluppo degli strumenti di finanza alternativa al canale bancario appare inoltre correlato, come si è detto, all'esigenza di favorire attività di investimento in

sia comprovata dalla circostanza che la lettera dell'art. 2483, II co., c.c. si riferisce in generale agli "acquirenti" (al plurale, e non all'acquirente al singolare).

²⁸ Cfr. SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario. I principi della legge delega e le linee guida della riforma*, Milano, 2003, p. 111.

²⁹ Tale inderogabilità sarebbe posta a sostegno della posizione di coloro che escludono l'ammissibilità dell'emissione dei titoli di debito "al portatore". Infatti, colui che trasferisce i titoli dovrebbe essere facilmente identificabile al fine di individuare il garante sul quale ricade il rischio dell'insolvenza dell'emittente ai sensi dell'art. 2483 II co. c.c. Cfr. CORSO – DOLZANI, cit.

strumenti di debito *sostenibile*³⁰ e dunque volti a promuovere progetti tesi a migliorare le condizioni climatiche, ambientali e sociali dell'intero globo. Nel delineato contesto, la creazione di un quadro normativo puntuale in materia di *green bond* appare funzionale a stimolare il relativo mercato sul quale gli investitori potranno riporre la propria fiducia.

Si ritiene, in conclusione, che la realizzazione di tali importanti obiettivi presupponga una rivisitazione dell'impianto normativo nazionale di riferimento che, per certi versi, non appare adeguato ad accogliere le rinnovate istanze sovranazionali di riforma.

Claudia Marasco

*Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

³⁰ Cfr. PELLEGRINI – DAVOLA, *Il ruolo dello Stato nella transizione della finanza verso la sostenibilità*, in PASSALACQUA (a cura di) *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2022, p. 92.

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

SENTENZA N. 149/2021

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

...Omissis...

Considerato in diritto

1.– Con l'ordinanza iscritta al n. 140 del r.o. 2019 il Tribunale ordinario di Salerno, sezione seconda penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa).

Con l'ordinanza iscritta al n. 149 del r.o. 2019 il Tribunale ordinario di Bari, sezione prima penale, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, «in combinato disposto» con l'art. 595 cod. pen., «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 [recte: 258] euro, invece che in via alternativa». Dal tenore dell'ordinanza di rimessione risulta peraltro che l'art. 595 cod. pen. è menzionato al mero fine di individuare la fattispecie incriminatrice su cui si innesta la speciale circostanza aggravante prevista all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, sulla quale soltanto si appuntano le censure del giudice a quo.

I due giudizi, che sollevano questioni analoghe, sono già stati riuniti ai fini della decisione con l'ordinanza n. 132 del 2020 di questa Corte, di cui si è detto nel Ritenuto in fatto.

Esse pongono, in estrema sintesi, il quesito se sia compatibile con la Costituzione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la previsione di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa. E ciò con riguardo

all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che commina la reclusione in via cumulativa rispetto alla pena pecuniaria, allorché la diffamazione a mezzo stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato; nonché – per ciò che concerne la questione posta dal Tribunale di Salerno – con riguardo anche all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che prevede la reclusione in via meramente alternativa rispetto alla pena pecuniaria per il caso di diffamazione col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

2.– Con l'ordinanza n. 132 del 2020, questa Corte ha già formulato una serie di valutazioni in ordine al thema decidendum, le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate, e alle quali si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione (per il medesimo rilievo, sentenza n. 242 del 2019 rispetto all'ordinanza n. 207 del 2018).

3.– Le questioni sono ammissibili.

3.1.– Rispetto alle questioni sollevate dal Tribunale di Salerno, occorre osservare quanto segue.

3.1.1.– Non è anzitutto fondata l'eccezione di insufficiente motivazione sulla loro rilevanza, formulata dall'Avvocatura generale dello Stato.

Per quanto stringata, la descrizione dei fatti contestati agli imputati (nelle rispettive qualità di autore dell'articolo e di direttore responsabile del quotidiano) compiuta nell'ordinanza di rimessione è sufficiente a comprendere che essi consistono nella diffusione di una notizia lesiva dell'altrui reputazione, consistente in uno specifico addebito successivamente smentito dalle indagini penali compiute dalla competente Direzione distrettuale antimafia. I fatti così descritti certamente corrispondono alla figura legale del delitto di diffamazione, aggravato ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 in quanto compiuto a mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato.

La rilevanza delle questioni prospettate sussiste, tuttavia, anche rispetto all'aggravante di cui all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che punisce, tra l'altro, la diffamazione compiuta a mezzo della stampa. Per quanto tale aggravante sia destinata, nell'attuale quadro normativo, ad essere assorbita in quella di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che si pone rispetto ad essa quale *lex specialis*, l'auspicato accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale formulate dal rimettente rispetto a quest'ultima disposizione renderebbe nuovamente applicabile, nel caso di specie, l'aggravante generale di cui all'art. 595, terzo comma, cod. pen.,

in concorso con quella prevista dal secondo comma, che prevede un inasprimento di pena in ogni ipotesi in cui la diffamazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato; con conseguente applicazione, ai fini della commisurazione della pena, dell'art. 63, quarto comma, cod. pen. Donde la rilevanza – in via condizionata all'accoglimento delle questioni sollevate sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948 – anche delle questioni sollevate in relazione all'art. 595, terzo comma, cod. pen.

3.1.2.– Né merita accoglimento l'eccezione, parimenti formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, relativa all'oscurità del petitum formulato dalla medesima ordinanza del Tribunale di Salerno.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, «l'ordinanza di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale non necessariamente deve concludersi con un dispositivo recante altresì un petitum, essendo sufficiente che dal tenore complessivo della motivazione emerga[no] con chiarezza il contenuto ed il verso delle censure» (sentenza n. 123 del 2021 e, in precedenza, sentenze n. 176 del 2019 e n. 175 del 2018). Nel caso ora all'esame, il dispositivo dell'ordinanza di rimessione rinvia espressamente alle «ragioni di cui in motivazione»; e dalla motivazione si evince come il rimettente non solleci in alcun luogo – come invece ipotizzato dall'Avvocatura generale dello Stato – una «pronuncia manipolativa sulle pene previste», né una «pronuncia additiva in ordine alla delimitazione delle condotte che esse sanzionano»; bensì denunci l'incompatibilità tout court con i parametri costituzionali e convenzionali evocati di entrambe le disposizioni censurate, che comminano una pena detentiva per il delitto di diffamazione anche al di fuori dei casi eccezionali in cui tale pena potrebbe essere giustificata. Il petitum dell'ordinanza è, pertanto, interpretabile come diretto alla radicale ablazione di entrambe le disposizioni sottoposte all'esame di questa Corte.

3.1.3.– Priva di pregio è anche l'ulteriore eccezione, svolta dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui l'eventuale accoglimento delle questioni formulate dal Tribunale di Salerno a proposito dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948 non eliminerebbe i profili di denunciata illegittimità costituzionale, dal momento che la pena detentiva resterebbe comunque prevista dall'art. 595 cod. pen.

Come appena sottolineato, infatti, il rimettente – del tutto coerentemente – estende le questioni anche all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che diverrebbe applicabile laddove fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, censurato in prima battuta.

3.1.4.– L'Avvocatura generale dello Stato ha infine eccepito l'inammissibilità delle questioni sollevate dal medesimo Tribunale in ragione dell'omessa sperimentazione, da parte del rimettente, di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate.

Nemmeno tale eccezione è fondata.

In effetti, il giudice a quo espressamente esclude di potere interpretare le disposizioni censurate nel senso dell'applicazione della pena detentiva «esclusivamente alle condotte diffamatorie a mezzo stampa che rivestano i caratteri dell'eccezionalità», poiché tale interpretazione contrasterebbe, a suo avviso, con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, nonché di soggezione del giudice alla legge, i quali impedirebbero al giudice di «integrare la norma incriminatrice di questo ulteriore requisito». Quanto poi, in particolare, all'art. 595, terzo comma, cod. pen., che prevede la reclusione soltanto in via alternativa, il rimettente sottolinea come a suo giudizio già la stessa previsione astratta della pena detentiva – e dunque la sua comminazione legislativa – limiti eccessivamente il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, a prescindere dunque dalla decisione del giudice di applicarla o meno nel caso concreto.

Se e in che misura queste valutazioni siano condivisibili, attiene al merito, e non all'ammissibilità delle questioni: a quest'ultimo fine è infatti sufficiente – in base alla ormai costante giurisprudenza di questa Corte – che il giudice abbia esplorato, e consapevolmente scartato, la possibilità di una interpretazione conforme alla Costituzione (ex multis, sentenze n. 32 del 2021, n. 32 del 2020, n. 189 del 2019).

3.2.– Per quanto riguarda invece l'ordinanza del Tribunale di Bari, occorre rilevare quanto segue.

3.2.1.– Non è fondata, nemmeno in questo caso, l'eccezione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato relativa al difetto di motivazione sulla rilevanza della questione.

Il giudice a quo chiarisce infatti che, impregiudicata ogni valutazione circa la sussistenza della responsabilità dell'imputato, il fatto di cui quest'ultimo è accusato consiste nell'aver consentito, nella propria qualità di direttore di un quotidiano, la pubblicazione di un articolo in cui si attribuiva alla persona offesa un fatto determinato (la cessione di droga a un atleta), nonostante l'intervenuta assoluzione della stessa persona offesa da ogni addebito con sentenza passata in giudicato. Tanto basta per considerare applicabile nel giudizio principale l'art. 13 della legge n. 47 del 1948, che costituisce in questo caso l'unico oggetto delle censure del rimettente.

3.2.2.– Nemmeno può predicarsi, contrariamente all'avviso espresso dall'Avvocatura generale dello Stato, che il petitum formulato dal rimettente sia oscuro. In questo secondo giudizio, anzi, il petitum è espressamente formulato nel dispositivo, e mira univocamente alla modificazione dell'attuale quadro sanzionatorio dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, imperniato sulla previsione cumulativa di una pena detentiva e di una pena pecuniaria, in modo tale da rendere alternative le due pene.

3.2.3.– Ictu oculi infondata è anche l'eccezione secondo cui l'accoglimento del petitum non eliminerebbe il vizio di illegittimità costituzionale lamentato. Il rimettente, infatti, ritiene che il vizio risieda nell'indefettibilità dell'applicazione della sanzione detentiva, che verrebbe per l'appunto eliminata ove il quadro sanzionatorio fosse modificato nel senso dell'alternatività tra le due pene: ciò che consentirebbe al giudice di evitare di dover irrogare la reclusione, al di fuori dei casi eccezionali in cui tale sanzione sarebbe consentita anche secondo il diritto convenzionale.

3.2.4.– Infine, nemmeno in questo caso è possibile rimproverare al giudice a quo l'omessa sperimentazione di una interpretazione conforme. Il rimettente, infatti, esclude espressamente, con motivazione particolarmente estesa, di poter interpretare la disposizione censurata in modo tale da evitare l'applicazione della pena detentiva nelle ipotesi in cui tale pena risulterebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU. Ciò è sufficiente, come poc'anzi osservato, ai fini della rilevanza della questione proposta.

4.– Le questioni sollevate dal Tribunale di Salerno sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in riferimento agli artt. 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, sono fondate.

4.1.– Come già rilevato, la disposizione censurata prevede una circostanza aggravante per il delitto di diffamazione, integrata nel caso in cui la condotta sia commessa col mezzo della stampa e consista nell'attribuzione di un fatto determinato. Essa costituisce *lex specialis* rispetto alle due aggravanti previste dall'art. 595 cod. pen., secondo e terzo comma, che prevedono cornici sanzionatorie autonome e più gravi rispetto a quelle stabilite dal primo comma, rispettivamente nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato e in quello in cui l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

La pena prevista dall'art. 13 della legge n. 47 del 1948 è quella della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258. Le due pene – detentiva e pecuniaria – sono dunque previste in via cumulativa, il giudice essendo tenuto ad applicarle indefettibilmente entrambe; e ciò a meno che non sussistano, nel caso concreto, circostanze attenuanti giudicate prevalenti o, almeno, equivalenti all'aggravante in esame.

4.2.– Proprio l'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva, in tutte le ipotesi nelle quali non sussistano – o non possano essere considerate almeno equivalenti – circostanze attenuanti, rende la disposizione censurata incompatibile con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU.

Come già rilevato da questa Corte nella ordinanza n. 132 del 2020, una simile necessaria irrogazione della sanzione detentiva (indipendentemente poi dalla possibilità di una sua sospensione condizionale, o di una sua sostituzione con misure alternative alla detenzione rispetto al singolo condannato) è divenuta ormai incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»: esigenza sulla quale ha particolarmente insistito la Corte EDU nella propria copiosa giurisprudenza rammentata nella stessa ordinanza, ma che anche questa Corte condivide.

Per quanto, come si dirà meglio infra (punto 5.3.), la sanzione detentiva non possa ritenersi sempre costituzionalmente illegittima nei casi più gravi di diffamazione, la sua necessaria inflizione, prevista dalla disposizione censurata in tutte le ipotesi da essa previste – che abbracciano, in pratica, la quasi totalità delle diffamazioni commesse a mezzo della stampa,

periodica e non –, conduce necessariamente a esiti incompatibili con le esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, già definita «pietra angolare dell'ordine democratico» da una risalente pronuncia di questa Corte (sentenza n. 84 del 1969).

E ciò anche in considerazione del diritto vivente, che – come parimenti rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020 – condiziona l'operatività della causa di giustificazione del diritto di cronaca nella sua forma putativa (art. 59, quarto comma, cod. pen.) al requisito dell'assenza di colpa nel controllo delle fonti: ammettendo conseguentemente la responsabilità del giornalista per il delitto di diffamazione anche nell'ipotesi in cui egli abbia confidato, seppur per un errore evitabile, nella verità del fatto attribuito alla persona offesa.

4.3.– Dal momento che la funzione della disposizione censurata è unicamente quella di inasprire il trattamento sanzionatorio previsto in via generale dall'art. 595 cod. pen. in termini che non sono compatibili con l'art. 21 Cost., oltre che con l'art. 10 CEDU, essa deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella sua interezza, nei termini auspicati dal ricorrente. Tale dichiarazione non crea, del resto, alcun vuoto di tutela al diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa, diritto che continua a essere protetto dal combinato disposto del secondo e del terzo comma dello stesso art. 595 cod. pen., il cui alveo applicativo si riespanderà in seguito alla presente pronuncia.

4.4.– Restano assorbiti gli ulteriori profili di censura evocati dal rimettente a proposito della medesima disposizione.

5.– La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in accoglimento delle censure formulate dal Tribunale di Salerno, rende superfluo l'esame della questione formulata dal Tribunale di Bari sulla medesima disposizione, mirante a sostituire il regime di cumulatività di reclusione e multa previsto dalla disposizione medesima con un regime di alternatività tra le due sanzioni.

6.– Le questioni sollevate dallo stesso Tribunale di Salerno sull'art. 595, terzo comma, cod. pen. in riferimento agli artt. 3, 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU, devono invece essere dichiarate non fondate nei termini di seguito precisati.

6.1.– L'art. 595, terzo comma, cod. pen. configura – come già rammentato – una circostanza aggravante del delitto di diffamazione, integrata allorché l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico. La pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa non inferiore a 516 euro.

6.2.– La previsione in via, questa volta, soltanto alternativa della pena detentiva da parte della norma censurata non può ritenersi di per sé in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU.

Come rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020, se è vero che la libertà di espressione – in particolare sub specie di diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti – costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona. Aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. – la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via –, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare.

Tra questi strumenti non può in assoluto escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolga la professione giornalistica.

Si deve infatti ritenere che l'inflizione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità (così la stessa Corte EDU, grande camera, sentenza 17 dicembre 2004, Cumpănă e Mazăre contro Romania, paragrafo 115; nonché sentenze 5 novembre 2020,

Balaskas contro Grecia, paragrafo 61; 11 febbraio 2020, Atamanchuk contro Russia, paragrafo 67; 7 marzo 2019, Sallusti contro Italia, paragrafo 59; 24 settembre 2013, Belpietro contro Italia, paragrafo 53; 6 dicembre 2007, Katrami contro Grecia, paragrafo 39). La Corte di Strasburgo ritiene integrate simili ipotesi eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio; ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi.

Chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di “cane da guardia” della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità “scomode”; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali.

Se circoscritta a casi come quelli appena ipotizzati, la previsione astratta e la concreta applicazione di sanzioni detentive non possono, ragionevolmente, produrre effetti di indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica, e della sua essenziale funzione per la società democratica. Al di fuori di quei casi eccezionali, del resto assai lontani dall'ethos della professione giornalistica, la prospettiva del carcere resterà esclusa per il giornalista, così come per chiunque altro che abbia manifestato attraverso la stampa o altri mezzi di pubblicità la propria opinione; restando aperta soltanto la possibilità che siano applicate pene diverse dalla reclusione, nonché rimedi e sanzioni civili o disciplinari, in tutte le ordinarie ipotesi in cui la condotta lesiva della reputazione altrui abbia ecceduto dai limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica.

6.3.– La disposizione ora all'esame – l'art. 595, terzo comma, cod. pen. – deve essere interpretata in maniera conforme a tali premesse.

Il potere discrezionale che essa attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve certo essere esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU; e ciò anche al fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione (per la sottolineatura del dovere «di evitare violazioni della CEDU» in capo agli stessi giudici comuni, nel quadro dei loro compiti di applicazione delle norme, si veda la sentenza n. 68 del 2017, Considerato in diritto, punto 7.).

Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc'anzi declinati; mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi.

Questa lettura, del resto, è stata già fatta propria dalla più recente giurisprudenza di legittimità, nel quadro di un'interpretazione che dichiaratamente si ispira alla giurisprudenza pertinente della Corte EDU e all'ordinanza n. 132 del 2020 di questa Corte (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 9 luglio 2020, n. 26509), e che si estende anche agli autori di diffamazioni aggravate ai sensi dell'art. 595, terzo comma, cod. pen. i quali non esercitino attività giornalistica in senso stretto (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 17 febbraio 2021, n. 13993; sezione quinta penale, sentenza 15 gennaio 2021, n. 13060).

Così interpretata, la disposizione censurata risulta conforme tanto all'art. 21, quanto all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU.

6.4.– Tale interpretazione consente di escludere anche il contrasto della disposizione censurata con l'art. 3 Cost., che il rimettente prospetta sulla base dei medesimi argomenti che sostengono l'allegata violazione degli artt. 21 e 117, primo comma, Cost.

7.– Manifestamente infondata è invece la questione, sollevata dallo stesso Tribunale di Salerno, avente ad oggetto l'art. 595, terzo comma, cod. pen., in riferimento all'art. 25 Cost.

Il rimettente opina che il carattere sproporzionato, irragionevole e non necessario della sanzione detentiva rispetto al bene giuridico tutelato violerebbe il principio di offensività, ricavabile appunto dall'art. 25 Cost.

In senso contrario, deve tuttavia rilevarsi che la diffamazione è, per quanto sopra argomentato, delitto tutt'altro che inoffensivo, essendo posto a tutela di un diritto fondamentale, quale la reputazione della persona, di primario rilievo nell'ordinamento costituzionale; mentre il carattere proporzionato o sproporzionato della sanzione comminata dal legislatore per un fatto comunque offensivo deve piuttosto essere vagliato sotto il profilo della sua compatibilità con altri parametri costituzionali, tra cui segnatamente la libertà di manifestazione del pensiero, secondo le cadenze poc'anzi illustrate.

8.– Non fondato appare infine anche il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal Tribunale di Salerno sulla compatibilità della medesima disposizione con l'art. 27, terzo comma, Cost.

Il giudice a quo non censura qui la sproporzione della pena detentiva rispetto alla gravità del reato, bensì l'«inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa». Il rimettente assume dunque in premessa la contrarietà alla CEDU della pena detentiva nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa, e dunque la sua non irrogabilità in concreto; dal che deriverebbe la radicale inefficacia della sua comminatoria edittale rispetto agli scopi preventivi della pena, tra cui – parrebbe di intendere – la finalità rieducativa menzionata nell'art. 27, terzo comma, Cost.

Mai tuttavia, nella giurisprudenza di questa Corte, la necessaria finalità rieducativa della pena è stata utilizzata a sostegno di dichiarazioni di illegittimità costituzionale miranti a censurare l'ineffettività di comminatorie edittali rispetto agli stessi scopi preventivi della pena, in considerazione della inapplicabilità della pena in essa prevista. L'art. 27, terzo comma, Cost. è piuttosto pertinente nel quadro di censure miranti a denunciare il carattere manifestamente sproporzionato della pena prevista dal legislatore rispetto alla gravità del fatto di reato; ma che la cornice edittale prevista dall'art. 595, terzo comma, cod. pen. sia manifestamente sproporzionata si è già avuto poc'anzi modo di escludere, nei limiti appena precisati.

9.– Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), deve essere dichiarata in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), il quale prevede che «[n]el caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47», dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla presente pronuncia.

Resterà anche in questo caso applicabile la disciplina prevista dall'art. 595, terzo comma, cod. pen. nei termini sopra indicati.

10.– La presente decisione, pur riaffermando l'esigenza che l'ordinamento si faccia carico della tutela effettiva della reputazione in quanto diritto fondamentale della persona, non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro una sanzione detentiva per i casi più gravi di diffamazione (in senso analogo, in relazione al contiguo diritto fondamentale all'onore, sentenza n. 37 del 2019).

Resta però attuale la necessità, già sottolineata da questa Corte con l'ordinanza n. 132 del 2020, di una complessiva riforma della disciplina vigente, allo scopo di «individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività».

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

- 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa);
- 2) dichiara l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale),

dell'art. 30, comma 4, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato);

3) dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 21 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), dal Tribunale ordinario di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, cod. pen., sollevata, in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost., dal Tribunale di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

5) dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, cod. pen., sollevata, in riferimento all'art. 25 Cost., dal Tribunale di Salerno, sezione seconda penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 giugno 2021.

.

**LA SENTENZA N. 149/2021 E IL TRASCURABILE “ONERE” DEL 20 PER
CENTO SUL PATRIMONIO NETTO DELLE BCC IRRISPETTOSE DEL
DISEGNO LEGISLATIVO: CONSIDERAZIONI SUL “PREZZO” DELLA
LIBERTÀ SECONDO LA CONSULTA ***

*(The Court decision No 149 of 2021 and the negligible “duty” of 20% on the
net capital of cooperative credit banks in contrast with the normative
proposal: reflections about the “price” of liberty
according to the Supreme Court)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il disegno legislativo. - 3. La convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli. - 4. Il prelievo censurato: sua natura tributaria e sua possibile ratio. - 5. I profili di incostituzionalità. - 5.1. Violazione degli artt. 3 e 53 Cost. Irrazionalità del prelievo. - 5.2. Incostituzionalità del prelievo per disparità di trattamento. - 5.3. Incostituzionalità per violazione dell’art. 41 Cost. - 5.4. Incostituzionalità per violazione dell’art. 45 Cost. - 6. La sentenza n. 149/2021 e la sua fallacia argomentativa. - 7. Conclusioni.

1. Con una pronunzia bocciata dalla dottrina senza riserve ⁽¹⁾, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Cassazione con la pregevole ordinanza n. 13484/2020, relativa alla violazione degli artt. 3, 41, 45, 47 e 53 Cost., del prelievo previsto dall’art. 2, comma 3-ter, d.l. n. 18/2016, nella versione risultante a seguito della Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49, a carico delle banche di credito cooperativo con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro, procedenti, ai sensi del precedente comma 3, al conferimento dell’azienda

*Contributo approvato dai revisori.

¹Tra questi, G. RAGUCCI, *Quando la riforma incespica pericolosamente sulla nozione di tributo*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2021, che rileva il rischio «di aprire un varco non rimediabile sul versante fiscale»; G. CORASANITI, *Riforma delle Bcc, la negazione irragionevole della natura tributaria del “prezzo” del way out*, in *Norme e tributi*, 2021, n. 9, p. 12 ss.; F. MERUSI, *Sulla costituzionalità della previsione di una tassa abnorme se si fa una riforma*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, p. 666 ss.

bancaria in una S.p.a..

Tale prelievo, consistente in «*un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi*» e da versare al bilancio dello Stato all'atto del conferimento, si colloca all'interno della ben nota riforma delle BCC, finalizzata – subito “a ruota” dell'esperienza riformatrice, appena precedente, delle banche popolari – a garantirne la stabilità finanziaria e a prevenire situazioni di crisi di assai difficile gestione (oltreché suscettibili di contagio ad altri intermediari estranei alla categoria), risultando il modello del c.d. “autofinanziamento” ormai non più adeguato a garantire le rilevanti esigenze di patrimonializzazione dettate dal contesto istituzionale, regolamentare e di mercato, peraltro in presenza di flussi di finanziamento drasticamente diminuiti nel corso degli anni ⁽²⁾.

Il tutto “calato” in una specifica realtà, quella delle BCC, connotate da: *i)* un modello di banca “commerciale” particolarmente esposto all'andamento dell'economia reale, e dunque fortemente colpito dal progressivo aumento della quota di crediti deteriorati e dalla bassa profittabilità dell'attività di intermediazione creditizia attesa la significativa riduzione dei margini di interesse derivanti dalla crisi finanziaria del 2007-2008; *ii)* un'operatività concentrata in ambiti territoriali ristretti; *iii)* un modello di *governance* basato sul modello cooperativo del voto capitario e delle riserve indivisibili, con conseguente limitata capacità di attrarre investitori e di accedere al mercato dei capitali, non sufficientemente remunerati ⁽³⁾; *iv)* l'inevitabile necessità di adeguare ai

²Rileva I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2016, p. 56, «*negli ultimi anni, la sottoposizione a commissariamento di un gran numero di BCC, cui ha fatto riscontro, da parte degli organi federativi della categoria, la ricerca di adeguate forme tecniche idonee a consentire l'incremento dei livelli patrimoniali di tali banche*», delineandosi «*uno scenario nel quale le banche di credito cooperativo risultano esposte a criticità che hanno temere alle autorità di vertice dell'ordinamento finanziario italiano l'eventualità di una caduta degli equilibri sistemici all'interno della categoria*».

³Il tutto è magistralmente illustrato nell'audizione del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca di Italia, dott. Carmelo Barbagallo, resa in data 1 marzo 2016 alla VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei Deputati sulle “*Misure urgenti concernenti la*

tempi un modello di *business* esposto a crescenti pressioni competitive, sostenendo i rilevanti investimenti in risorse tecniche e professionali a ciò indispensabili (4).

Da qui, dunque, la necessità di assicurare alle Bcc una dotazione patrimoniale elevata e la possibilità di ricorrere in modo rapido ed agevole al mercato, oltre che indirizzare i soggetti vigilati verso l'adozione di "asseti" ritenuti più funzionali per l'efficace esercizio dell'attività di supervisione (5).

2. Per raggiungere questi obiettivi, il legislatore italiano si è mosso su due linee di fondo parallele: a) da un lato, far sì che le BCC ritenute prive di una dotazione patrimoniale sufficientemente elevata – legislativamente individuate in quelle con un patrimonio netto inferiore a 200 mln di euro – si aggregassero tra loro onde raggiungere *tutte* insieme una massa patrimoniale ritenuta sufficientemente solida; b) dall'altro, far sì che *tutte* le BCC – ivi comprese quelle non costrette ad aggregarsi, poiché ritenute dal legislatore sufficientemente solide da sole (con un patrimonio netto superiore a 200 mln di euro) – disponessero di strumenti finalizzati ad assicurare loro un modello di *governance* nuovo, "innestando" sul modello cooperativistico quegli elementi del modello "capitalistico" necessari a competere sul mercato.

I due "modelli organizzativi" a tal fine rispettivamente previsti dal legislatore sono stati i seguenti.

Per le BCC non sufficientemente solide dal punto di vista patrimoniale, il modello previsto (6) – salvo l'ipotesi-limite, riservata alle BCC autorizzate alla data di entrata in vigore della Riforma, della fusione *ex art.* 36, d.lgs. n. 385/1993 con banche di diversa

riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria", reperibile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2016/Barbagallo-010316.pdf>.

⁴C. BARBAGALLO, *La riforma delle banche di credito cooperativo: presupposti ed obiettivi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, Supplemento al n. 3/2018, p. 220 ss.

⁵M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al fasc. 4, p. 93.

⁶Art. 1, d.l. n. 18/2016.

natura da cui risulti una S.p.a., tuttavia comportante il drastico (e letale) effetto di devoluzione ai fondi mutualistici per la cooperazione delle riserve indisponibili ex art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993 (come modificato dall'art. 1, co, 4, d.l. n. 18/2016), residuando altrimenti la liquidazione ⁽⁷⁾ oppure la revoca dell'autorizzazione ⁽⁸⁾ – è stato quello dell'adesione al c.d. “gruppo bancario cooperativo” ex artt. 37 e 38 T.U.B., sostanziandosi nella sottoscrizione delle azioni di una S.p.a. “capogruppo” (che, dunque, è *partecipata* dalle BCC), con patrimonio netto non inferiore a 1 mld di euro, e di un “contratto di coesione”, volto ad attribuire alla “capogruppo” poteri di direzione e coordinamento di straordinaria incisività, tra tutti (ma non solo) la capacità di esercitare poteri di intervento nella nomina, revoca, sostituzione degli organi delle controllate. Questi ultimi poteri, originariamente previsti in via “eccezionale” dal d.l. n. 18/2016 – a seguito dei rilievi critici della Banca di Italia e della BCE – sono diventati “strutturali” nella Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49 e resi ancor più pregnanti dai provvedimenti attuativi adottati dall'autorità di vigilanza, al punto da configurare un vero e proprio potere di veto “di fatto” della capogruppo sulle nomine da parte delle BCC aderenti al gruppo ⁽⁹⁾.

Per le BCC invece ritenute dal legislatore sufficientemente “solide” – ferma restando la possibilità di aderire anch'esse al “gruppo bancario cooperativo” – il modello per “contemperare” la conservazione dell'autonomia giuridico-funzionale da un lato, con l'assetto della S.p.a. prefigurato per il “gruppo bancario cooperativo” dall'altro lato, è consistito ⁽¹⁰⁾ nel conferimento dell'azienda bancaria in una S.p.a. (anche congiuntamente ad altre BCC con patrimonio inferiore a 200 mln), secondo un modello organizzativo *«che ricorda, per certi versi, quello sperimentato per la privatizzazione delle Casse di risparmio attraverso il conferimento dell'azienda bancaria*

⁷Art. 2, comma 3, d.l. n. 18/2016.

⁸Art. 2, comma 4, d.l. n. 18/2016.

⁹M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 547.

¹⁰Art. 2, comma 3-*bis*, d.l. n. 18/2016.

e la trasformazione della banca conferente in Fondazione bancaria» ⁽¹¹⁾.

Va detto, peraltro, che per le BCC ritenute sufficientemente solide, lo strumento del “conferimento” rappresenta una novità apportata dalla Legge di conversione, prevedendo infatti il d.l. originario, per tutte le BCC, il diverso strumento della loro trasformazione in S.p.a.. Questo strumento è stato, tuttavia, fortemente osteggiato dalla stessa Autorità di vigilanza per la sua scarsa coerenza con la legislazione cooperativa generale e con quella speciale delle banche di credito cooperativo, tra cui la libertà di iniziativa economica, la tutela della cooperazione amministrativa e quella del risparmio ⁽¹²⁾, ed infatti è venuto meno nella versione definitiva del testo poiché riservato, quale “ultima spiaggia”, ai soli casi «*di recesso o esclusione da un gruppo bancario cooperativo*» ⁽¹³⁾.

Le critiche dell’Autorità di vigilanza coinvolgevano, peraltro, anche un’ulteriore misura contenuta nel d.l. originario.

La possibilità, offerta come detto a tutte le BCC nella versione originale, di trasformarsi in S.p.a., avrebbe infatti comportato in via generale (ed in ossequio ai principi generali) la devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici per la cooperazione – di fatto, pertanto, obbligandole alla chiusura; il d.l. n. 18/2016, sempre nella versione originale, faceva tuttavia salve dall’effetto devolutivo le BCC aventi un patrimonio netto superiore a 200 mln di euro, prevedendo però per esse un’imposta sostitutiva “straordinaria” nella misura del 20% delle riserve indivisibili, al fine dichiarato di «affrancarle». A tale riguardo, rilevava, infatti, l’Autorità di vigilanza, la necessità di valutare «*se la misura prevista per l’imposta straordinaria non conceda vantaggi ingiustificati a chi esercita l’opzione di uscita, risultando inferiore al complesso delle*

¹¹Audizione del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca di Italia, dott. Carmelo Barbagallo, cit., p. 14.

¹²Audizione, cit., p. 12.

¹³Art. 36, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 385/1993, introdotto dal d.l. n. 18/2016 conv. in legge 8 aprile 2016, n. 49.

agevolazioni fiscali ricevute dalla cooperativa nel corso del tempo» ⁽¹⁴⁾, e, in ogni caso, auspicava che fosse chiarito *«il carattere eccezionale della facoltà [di affrancamento], giustificata dal profondo mutamento intervenuto con il passaggio da un assetto atomistico a uno di gruppo»*.

In ogni caso, la Banca di Italia non mancava di sottolineare anche i possibili effetti distorsivi dell'imposta sull'affrancamento delle riserve indivisibili sulla stabilità finanziaria dei soggetti interessati, dovendosi pertanto valutare *«attentamente gli impatti attuali e prospettivi dell'imposta di affrancamento sulla posizione patrimoniale e sulla redditività delle banche risultanti dalla trasformazione»* ⁽¹⁵⁾; aggiungendo, sempre nella medesima direzione di pensiero, che la trasformazione in s.p.a. conseguente all'opzione di way-out andrebbe autorizzata e a tale scopo *«il criterio valutativo è quello della sana e prudente gestione e sarebbe volto a verificare in modo rigoroso la capacità della nuova banca, privata di un ammontare consistente di risorse patrimoniali, di stare sul mercato rispettando tutti i requisiti di capitale, di liquidità, organizzativi e la qualità degli assetti proprietari»* ⁽¹⁶⁾.

3. *La convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli.* - Tanto premesso sui modelli organizzativi previsti, va adesso rilevato che, pur cercando il legislatore *«di evitare di impattare direttamente sulla struttura cooperativa e sull'essenza mutualistica delle BCC attraverso norme che ne mutassero i connotati tipici o addirittura ne imponessero la trasformazione in S.p.A., come avvenuto nel caso delle banche popolari più grandi, [inserendo] nuove disposizioni che, cercando il più possibile di mantenere in essere i loro tratti caratterizzanti, sono finalizzate a permettere di raggiungere una maggiore solidità patrimoniale»* ⁽¹⁷⁾, entrambi i modelli sono

¹⁴Audizione, cit., p. 12.

¹⁵Audizione, cit., p. 13.

¹⁶Audizione, cit., p. 14.

¹⁷M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 542.

caratterizzati da un parziale allontanamento dal modello cooperativo, originandosi in ambo i casi un modello “ibrido” in cui “convivono” aspetti mutualistici e capitalistici.

Per il “gruppo bancario cooperativo”, in disparte il forte svuotamento dei poteri delle singole BCC – sia in termini di nomina dei componenti dell’organo amministrativo, sia in termini di definizione degli stessi modelli di *business*, al punto di parlarsi di «*una sorta di banca unica delocalizzata*»⁽¹⁸⁾ – è stato previsto che la capogruppo sia partecipata *solo in parte* dalle BCC che formano il gruppo, di regola in via maggioritaria (la percentuale è stata poi elevata al 60% a seguito del d.l. n. 91/2018), ma con possibilità per il MEF, sentita la Banca di Italia, allo scopo di garantire l’adeguatezza dimensionale e organizzativa del gruppo e considerate le sue esigenze di stabilità, di fissare soglie di partecipazione ancor più basse, così ammettendo il coinvolgimento di investitori esterni al mondo del credito cooperativo. La stessa “capogruppo” può poi, a sua volta, pacificamente possedere *subholding* dislocate sul territorio, anch’esse banche con forma di S.p.a., sottoposte all’attività di direzione e coordinamento della medesima capogruppo in virtù del possesso azionario⁽¹⁹⁾. È dunque la S.p.a. che diviene “protagonista”, consentendo «*di remunerare propriamente il capitale di rischio e di attribuire diritti di voce ai soci proporzionalmente al loro investimento [avendo] maggiori possibilità di una BCC di attirare investitori disponibili a conferire somme a titolo di capitale*»⁽²⁰⁾.

Pertanto, pur mantenendo le BCC la loro azienda bancaria direttamente in forma cooperativa, la dottrina ha comunque rilevato che «*con l’entrata a regime della riforma delle banche di credito cooperativo – che annovera, inter alia, poteri di eterodirezione forti della capogruppo s.p.a. e un ampio ricorso alle azioni di finanziamento in suo favore ad opera delle BCC controllate – sembra sostanzialmente superata la consolidata*

¹⁸A. SACCO GINEVRI, *Il rapporto tra holding e controllate nel gruppo cooperativo bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 383.

¹⁹M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 545.

²⁰M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 545.

logica del governo democratico (dell'impresa bancaria mutualistica) fondato sul consenso» ⁽²¹⁾.

Per il modello “conferimento”, invece, il modello “ibrido” si sostanzia nel diretto possesso – e non nella sua *eterodirezione*, come nel modello del «gruppo cooperativo bancario» – da parte della S.p.a. dell'azienda bancaria oggetto del conferimento da parte della conferente, la quale ultima rimane tuttavia una cooperativa a mutualità prevalente a tutti gli effetti, con tutti i *vincoli* propri della forma cooperativa.

La BCC “conferente”, infatti: a) permane in vita quale soggetto “autonomo”; b) si obbliga a mantenere tutte le clausole statutarie previste dall'art. 2514 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente ⁽²²⁾; c) “mantiene” altresì tutte le riserve indivisibili, pervenendo pertanto alla conferitaria solo quanto *divisibile* del patrimonio; d) si obbliga, quanto alla c.d. “gestione di servizio”, «*ad assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria, di formazione e informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza*»; e) mantiene i suoi stessi soci, considerato l'espresso divieto di esercizio del diritto di recesso previsto dall'art. 2, comma 3-*quater*, d.l. n. 18/2016 come modificato dalla Legge di conversione, e ciò al precipuo fine di eliminare il rischio di una riduzione significativa dell'area dello scambio mutualistico all'interno della società cooperativa; f) mantiene l'intera partecipazione nella S.p.a. conferitaria, risultando pertanto

²¹A. SACCO GINEVRI, *Quali limiti al diritto di recesso dei soci delle bcc aderenti al gruppo bancario cooperativo?*, cit., p. 209.

²²Art. 2, comma 3-*quater*, d.l. n. 18/2016, conv. dalla legge 8 aprile 2016, n. 49. Si tratta delle seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di 2,5 punti percentuali rispetto al capitale effettivamente versato; b) divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci operatori in misura superiore a 2 punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c) divieto di distribuire le riserve tra i soci operatori; d) obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale (dedotto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati) a fondi mutualistici per la promozione e sviluppo della cooperazione. «*Tali clausole – si è osservato in dottrina – esprimono essenzialmente una compressione del lucro soggettivo della cooperativa e, in un certo senso, si pongono nel segno della continuità col passato, ricalcando quanto già previsto dall'art. 26 della legge Basevi*» (F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, Milano, 2009, p. 176).

destinataria dei relativi utili, i quali, in virtù delle clausole di mutualità prevalente, subiranno il medesimo vincolo di “indivisibilità” degli utili precedentemente prodotti in via diretta.

Obblighi – quelli cui alle lettere b), c) e d) – tutti assistiti da una grave “sanzione”, prevedendo infatti il legislatore che, nel caso di loro inosservanza, «*il patrimonio della conferente o, a seconda dei casi, della banca di credito cooperativo è devoluto ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388*»⁽²³⁾.

In tal modo, lo scopo mutualistico – vuoi nel caso del possesso dell'azienda direttamente in capo alle BCC pur “eterodirette” dalla capogruppo, vuoi nel caso di possesso dell'azienda bancaria in capo alla conferitaria, pur interamente partecipata dalla cooperativa conferente soggetta ai vincoli mutualistici appena indicati – permane, poiché lo scopo “mutualistico” non viene sostituito dal fine di arricchire i soci, dividendo tra di essi un profitto.

Si tratta di conclusione ritenuta pacifica dalla dottrina che più si è occupata del processo di riforma delle BCC, rilevandosi al riguardo che «*è evidente come lo scorporo dell'azienda bancaria e la costituzione della s.p.a. creditizia consentiva – attraverso il mantenimento della causa mutualistica prevalente nella società conferente – la conservazione nella stessa del metodo cooperativo*»⁽²⁴⁾.

Potrà, dunque, discutersi se, in ultima analisi, la riforma nel suo complesso abbia comportato un «*annegamento della cooperazione a scopo mutualistico in una logica imprenditoriale propria di una società per azioni*»⁽²⁵⁾ oppure, come ad avviso di chi

²³Art. 3, comma 3-bis, d.l. n. 18/2016 conv. dalla legge 8 aprile 2016, n. 49.

²⁴I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, p. 120.

²⁵V. ONIDA, *Profili di legittimità costituzionale della riforma delle banche di credito cooperativo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Supplemento al n. 3/2018, p. 239, peraltro a proposito del modello organizzativo delle “piccole” BCC. Analoghe perplessità, con riferimento al primo modello organizzativo (proposto da Federcasse nella prima ipotesi di autoriforma), nel senso che «*tale particolare modalità organizzativa – evidentemente finalizzata al superamento degli impedimenti che la speciale forma giuridica della cooperativa pone all'esigenza di un tempestivo rafforzamento patrimoniale delle banche di credito cooperativo – incide sull'essenza degli enti creditizi in esame, ponendo delicati problemi di conciliazione con i criteri fondanti della mutualità*», sono state rilevate

scrive è più corretto ritenere, se con essa, semplicemente, «*il modello capitalistico viene posto al servizio del modello mutualistico*»⁽²⁶⁾, ma da quanto precede un dato si erge con certezza: ove infatti mai possa predicarsi una simile eventualità di “*annegamento*”, questa va riferita, come in effetti è stato fatto dalla richiamata dottrina, non soltanto per il modello organizzativo “*conferimento*” riguardante le BCC con “*autonoma*” solidità patrimoniale, ma anche per il primo modello organizzativo del c.d. “*gruppo bancario cooperativo*”.

In ogni caso, non solo il secondo modello può ritenersi, per quanto detto, *almeno* “*equiordinato*” nel disegno legislativo al primo, ma:

- da un lato, nel riprendere quanto già sperimentato con la riforma Amato, esso ricorre al conferimento d’azienda quale strumento “*principe*” per separare “*funzioni*” (d’impresa) ed “*obiettivi*” (mutualistici); con la differenza, tuttavia, rispetto alla Legge Amato, di stabilire qui un legame “*solido*”, dovendo la conferitaria esercente l’attività creditizia concorrere al pieno realizzarsi degli obiettivi mutualistici, in forza di quel rapporto con i soci della conferente scolpito dal legislatore con le previsioni sopra enunciate⁽²⁷⁾;
- dall’altro, nel caso del “*gruppo bancario cooperativo*” il possibile *vulnus* al principio mutualistico è paradossalmente più elevato, atteso che gli estesi poteri di cui dispone la capogruppo sono in grado di orientare gli altrui fini mutualistici in misura maggiore rispetto al modello “*conferimento*”, in cui la cooperativa partecipa interamente la controllata azienda-bancaria.

da F. CAPRIGLIONE, *L’autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Contratto e imp.*, 2016, p. 47 ss., che ulteriormente osserva che «*l’integrazione delle BCC in un gruppo, come testé rappresentata, interagisce sulle modalità in cui si realizza lo scambio mutualistico tra la cooperativa e i soci. La struttura del gruppo, infatti, opera uno spostamento dell’asse portante del governo partecipativo dalla persona del socio all’azione della capogruppo, con ovvie conseguenze sulla possibilità di conservare integre le caratteristiche della gestione di servizio*».

²⁶C. BARBAGALLO, *La riforma delle banche di credito cooperativo: presupposti ed obiettivi*, cit., p. 227.

²⁷F. FIORDIPONTI, *Banche di Credito Cooperativo: una riforma a due velocità*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 93 ss.

Vale rilevare, infine, che l'assunzione di partecipazioni da parte delle società cooperative e loro consorzi è espressamente prevista dall'art. 27-*quinquies*, d.lgs. n. 1577/1947 ⁽²⁸⁾, sicché anche sotto questo profilo nulla risulta "innovato", nel modello "conferimento", rispetto ai preesistenti principi della normativa in materia di cooperative.

4. *Il prelievo censurato: sua natura tributaria e sua possibile ratio.* - È nel contesto appena delineato che si inserisce l'art. 2, comma 3-*ter*, d.l. n. 18/2016, nella versione risultante a seguito della Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49, il quale ha previsto, per le sole banche di credito cooperativo (con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro precedenti, e per quelle "minori" eventualmente aggregate al medesimo conferimento) che «*all'atto del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente versa al bilancio dello Stato un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi*».

Dobbiamo, dunque, dapprima interrogarci sulla "natura" di tale prelievo, anche al fine di individuare i "referenti" costituzionali, per poi esaminare la sua possibile *ratio* alla luce del contesto generale della riforma.

Quanto alla relativa natura, la qualificazione come tributo è agevole, anche se, vedremo, non la pensa così la Corte.

La Corte costituzionale ha da tempo delineato una definizione "in positivo" di tributo, affermando che i criteri cui far riferimento per qualificare come tributari alcuni prelievi consistono: 1) nella doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti; 2) nel fatto che la disciplina legale sia diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto

²⁸«*Le società cooperative e loro consorzi possono costituire ed essere soci di società per azioni o a responsabilità limitata*» (articolo inserito dall'art. 18, L. 19 marzo 1983, n. 72).

passivo; e 3) nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante ⁽²⁹⁾.

Viene dunque sottolineato dalla Corte il connotato “finalistico” del tributo, costituito dal collegamento della prestazione (*ergo*, dal “concorso”) alla pubblica spesa, che essa è destinata a finanziare. Secondo la Corte, pertanto, non potrebbe considerarsi tributo né una misura che determini non l’acquisizione di risorse, bensì un risparmio di spesa ⁽³⁰⁾; né un prelievo sulle pensioni più elevate che sia destinato non alla fiscalità generale, bensì al finanziamento del sistema previdenziale ⁽³¹⁾.

Non v’è dubbio che nel prelievo in esame ricorrano i criteri delineati dalla Corte costituzionale, vuoi quanto alla doverosità della prestazione – una volta “optato” per il modello che ne prevede il pagamento, con conseguente decurtazione patrimoniale definitiva – , vuoi per il collegamento alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante, trattandosi di prelievo destinato alla fiscalità generale ed assiso su un presupposto (il patrimonio netto) espressivo di forza economica.

Donde la relativa natura di tributo, i cui referenti costituzionali primari sono, dunque, l’art. 3 Cost. e – una volta esclusa la natura di “tassa”, come qui è parimenti agevole fare, mancando nella specie un’attività amministrativa o giurisdizionale o un servizio pubblico reso a favore della BCC conferente, e certamente sussistendo una abnorme sproporzione del *quantum* rispetto a qualsivoglia attività amministrativa – l’art. 53 Cost..

Sul punto torneremo diffusamente tra breve per commentare la “singolare” ricostruzione della Consulta, laddove attribuisce rilevanza ad un elemento ultroneo, rappresentato dalla (mancata) previsione del recupero coattivo delle somme.

Quanto alla *ratio* di tale prelievo, essa appariva chiara (e giustificata) nella

²⁹Corte cost., nn. 73/2005, 64/2008, 102/2008, 141/2009, 238/2009, 280/2011, 233/2012, 304/2013, 310/2013, 154/2014, 219/2014, 70/2015, 269/2017, 167/2018.

³⁰Ad es., il blocco della rivalutazione delle pensioni, Corte cost., n. 70/2015.

³¹Corte cost., n. 173/2016.

versione originaria del d.l. n. 18/2016.

In tale ipotesi, infatti, il prelievo si ricollegava alla piena “disponibilità” (divisibilità) delle riserve che si sarebbe verificata per effetto della trasformazione in S.p.a. una volta escluso *ex lege* l’obbligo devolutivo altrimenti ordinariamente previsto dall’art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993 a seguito delle modifiche apportate dall’art. 17, L. n. 388/2000⁽³²⁾, che, con norma di interpretazione autentica ritenuta costituzionalmente legittima⁽³³⁾, aveva esteso l’obbligo devolutivo, originariamente previsto per la sola liquidazione, anche ai casi di «*fusione e trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente, in enti diversi dalle cooperative per le quali vigono clausole di cui al citato articolo 26, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali*».

Questa sottrazione delle riserve “indivisibili” agli originari vincoli di “indisponibilità”, le avrebbe rese “divisibili” tra i soci; sicché, una volta esclusa, non per tutte le BCC, ma per le sole BCC patrimonialmente autosufficienti (con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro) la loro destinazione ai fondi mutualistici, esse sarebbero diventate riserve “libere” non solo *civilisticamente*, ma anche *fiscalmente*, senza tuttavia aver mai assolto imposte sul reddito “a monte” in considerazione dell’esenzione (*rectius*, esclusione) da imposta degli utili destinati a tali riserve.

Da qui la necessità di un “recupero” (c.d. *recapture*) dei benefici fiscali accordati in precedenza tramite il pagamento di un’imposta straordinaria al fine di “affrancarle”, tant’è che il legislatore non commisurava il prelievo al “patrimonio netto”, bensì,

³²L. n. 388/2000, art. 17. (*Interpretazione autentica sull'inderogabilità delle clausole mutualistiche da parte delle società cooperative e loro consorzi*) «1. Le disposizioni di cui all'articolo 26 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, ratificato, con modificazioni dalla legge 2 aprile 1951, n. 302, all'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e all'articolo 11, comma 5, della legge 31 gennaio 1992, n. 59, si interpretano nel senso che la soppressione da parte di società cooperative o loro consorzi delle clausole di cui al predetto articolo 26 comporta comunque per le stesse l'obbligo di devolvere il patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici di cui al citato articolo 11, comma 5. Allo stesso obbligo si intendono soggette le stesse società cooperative e loro consorzi nei casi di fusione e di trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente, in enti diversi dalle cooperative per le quali vigono le clausole di cui al citato articolo 26, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali».

³³Corte cost., n. 170/2008.

appunto, alle sole “riserve”, affermando che «*in tal caso* – cioè, una volta escluso l’effetto devolutivo per le BCC “solide” oggetto di trasformazione in S.p.a., n.d.r. – *le riserve sono affrancate corrispondendo all’erario un’imposta straordinaria pari al venti per cento della loro consistenza*».

Ecco, dunque, la *ratio* del testo originario:

- 1) qualsiasi operazione straordinaria, diversa dall’aggregazione, le BCC avessero posto in essere, sarebbe “scattato” l’effetto devolutivo del “patrimonio”: ciò non solo nel caso di trasformazione, ma anche di fusione (come pure previsto dall’art. 17, L. n. 388/2000) e – novità di cui al d.l. n. 18/2016 – anche in caso di «*cessione di rapporti giuridici in blocco e scissione*»³⁴), così ponendo un evidente disincentivo all’adozione, da parte delle piccole BCC, nel presente e nel futuro, di qualsivoglia operazione destinata a distogliere le riserve “indivisibili” dalla loro destinazione originaria;
- 2) per le sole BCC ritenute autonomamente solide, tale effetto devolutivo del “patrimonio” veniva escluso, all’evidente fine di consentire loro di poter effettuare, poiché in grado di “camminare da sole”, altre operazioni straordinarie, dalla semplice trasformazione sino alla fusione con un altro soggetto, senza perdere il patrimonio (al netto del capitale sociale e dei dividendi eventualmente maturati: v. *infra*);
- 3) così facendo, tuttavia, sarebbe naturalmente sorto il problema della diversa

³⁴Il nuovo testo del comma 5, dell’art. 150-*bis*, d.lgs. n. 385/1993, come sostituito dall’art. 1, comma 6, lett. b), d.l. n. 18/2016 – confermato in sede di conversione – recita infatti quanto segue: «*Nei casi di fusione e trasformazione previsti dall’articolo 36, nonché di cessione di rapporti giuridici in blocco e scissione da cui risulti una banca costituita in forma di società per azioni, restano fermi gli effetti di devoluzione del patrimonio stabiliti dall’articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388*». Il precedente comma 5 stabiliva, invece, che «5. L’articolo 2545-undecies, primo e secondo comma, del codice civile si applica in tutti i casi di fusione previsti dall’articolo 36», dove l’art. 2545-undecies stabilisce, a sua volta, che «*La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell’ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione, e lo sviluppo della cooperazione*». In altri termini, le operazioni già “coperte” erano quelle della fusione e della trasformazione, sicché il legislatore del 2016 vi ha aggiunto la “cessione di rapporti giuridici in blocco” e la “scissione”.

destinazione civilistica delle “riserve” indisponibili, che, ormai sciolte dal vincolo dell’indivisibilità, sarebbero state liberamente distribuibili ai soci;

- 4) non avendo, tuttavia, queste riserve mai scontato alcuna imposizione, si rendeva necessario “recuperare” i benefici fiscali accordati in passato, la cui giustificazione era venuta meno, affrancando le “riserve” (si badi bene, non il “patrimonio netto”).

A tale ultimo proposito, la norma utilizza il vocabolo “affrancamento”, ma tale termine ha riguardato, in passato, i fondi e le riserve c.d. “in sospensione d’imposta” – con aliquote originariamente pari al 20% e poi diminuite nel tempo per effetto della diminuzione dell’aliquota IRES – tra le quali, tuttavia, non figuravano le «riserve indivisibili», e ciò proprio in considerazione del fatto che la loro “sottrazione” al regime civilistico di “indivisibilità” – come pure il venir meno dei benefici fiscali, a mente di quanto previsto dall’art. 17, L. n. 388/2000 – avrebbe comportato l’effetto ben più radicale della devoluzione ai fondi mutualistici.

Con questa disposizione il legislatore, dunque, più che un “affrancamento” di una riserva di dubbia qualificazione fiscale, compiva una vera e propria c.d. “recapture”, ossia recuperava, con un’aliquota peraltro molto elevata se paragonata all’aliquota IRES vigente “a regime”, le agevolazioni concesse nel passato sugli utili accantonati a detta riserva e mai oggetto di imposizione.

Nulla di tutto ciò è rimasto, tuttavia, a seguito della conversione, se non il pagamento del prelievo della cui legittimità costituzionale appunto si discuteva.

Occorre, pertanto, esaminare il testo dei commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater* dell’art. 2, d.l. n. 18/2016, a seguito della conversione in legge 8 aprile 2016, n. 49 ⁽³⁵⁾.

³⁵Per comodità del lettore, se ne riporta il testo: «3-*bis*. In deroga a quanto previsto dall’articolo 150-*bis*, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, la devoluzione non si produce per le banche di credito cooperativo che, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presentino alla Banca d’Italia, ai sensi dell’articolo 58 del decreto legislativo n. 385 del 1993, istanza, anche congiunta, di conferimento delle rispettive aziende bancarie ad una medesima società per azioni, anche di nuova costituzione, autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria, purché la banca istante o, in caso di istanza congiunta, almeno una delle banche istanti possieda, alla data del 31 dicembre 2015, un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro,

Ora, gli elementi da considerare al riguardo sono essenzialmente due.

Il primo è che le «riserve indivisibili», come già evidenziato nella ricostruzione della normativa, rimangono in capo alla conferente e rimangono altresì soggette al vincolo di indivisibilità, stante la necessità di riprodurre le clausole mutualistiche di cui all'art. 2514, c.c..

Pertanto, non si pone alcuna questione di loro “distribuibilità” civilistica e, quale ulteriore conseguenza, alcuna questione anche di natura fiscale, poiché, appunto, non distribuibili a chicchessia, ma solo devolvibili ai Fondi mutualistici nelle ipotesi previste dall'art. 17, L. n. 388/2000.

Dunque, a fronte della continuità di causa nel soggetto conferente e della permanenza presso quest'ultimo delle riserve indivisibili, la mancata devoluzione del patrimonio netto ai fondi mutualistici appare fisiologica, proprio perché non si realizza alcuna fattispecie traslativa degli effetti del vantaggio fiscale, nel rispetto della regola della indivisibilità.

Il secondo è che la disposizione apre con un *incipit* («*In deroga a quanto previsto dall'articolo 150-bis, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*»), che potrebbe far intendere, ad una prima impressione, come il prelievo si configuri funzionalmente collegato proprio all'operatività di tale “deroga”.

come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi.

3-ter. All'atto del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente versa al bilancio dello Stato un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi.

3-quater. A seguito del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente, che mantiene le riserve indivisibili al netto del versamento di cui al comma 3-ter, modifica il proprio oggetto sociale per escludere l'esercizio dell'attività bancaria e si obbliga a mantenere le clausole mutualistiche di cui all'articolo 2514 del codice civile, nonché ad assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria, di formazione e informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza. Non spetta ai soci il diritto di recesso previsto dall'articolo 2437, primo comma, lettera a), del codice civile. In caso di inosservanza degli obblighi previsti dal presente comma e dai commi 3-bis e 3-ter, il patrimonio della conferente o, a seconda dei casi, della banca di credito cooperativo è devoluto ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. In caso di mancato ottenimento delle autorizzazioni indicate al comma 3-bis entro il termine stabilito dal comma 1, la banca di credito cooperativo può chiedere l'adesione a un gruppo cooperativo già costituito entro i successivi novanta giorni. In caso di diniego dell'adesione si applica il comma 3»

Ora, tale ipotesi deve escludersi per una semplicissima ragione, cioè quella per la quale, se pur il “conferimento” può astrattamente ricondursi alla “cessione di rapporti giuridici in blocco”, attesa la sua assodata assimilabilità al concetto di “cessione” (si pensi, al riguardo, alla normativa lavoristica sul trasferimento di azienda, alla disciplina della responsabilità solidale civilistica e tributaria del cessionario di azienda, ecc.), qui non si tratta di un conferimento “puro e semplice”, ma di un conferimento soggetto a stringenti vincoli che impediscono che si verifichi proprio quell’effetto “distrattivo” che l’art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993, nella nuova versione, intende evitare.

A fronte, infatti, del “conferimento”, il legislatore fa sì che alla conferitaria possa giungere solo il patrimonio “divisibile”, dovendo permanere le riserve indivisibili tutte in capo alla conferente. E fa altresì in modo che la conferente conservi tutte le clausole proprie delle cooperative a mutualità prevalente, ivi compreso il rapporto tra i soci della cooperativa e la società per azioni conferitaria.

Ebbene, solo se ciò accade – vale a dire se la BCC patrimonialmente solida realizza questa fattispecie di conferimento “sui generis”, secondo le coordinate già delineate *supra* – allora non opera la devoluzione.

Ed infatti, a fronte dell’indicato *incipit* si pone la norma di chiusura, secondo cui in caso di inosservanza di tali obblighi «*il patrimonio della conferente [...] è devoluto ai sensi dell’articolo 18 della legge 23 dicembre 2000, n 388*».

Pertanto, per mutuare una terminologia cara al diritto tributario, si tratta di una “esclusione”, non di una “esenzione”. La deroga, infatti, è solo *apparente*, avendo la disposizione semplicemente la funzione di “precisare” meglio l’ambito applicativo della norma generale sull’obbligo devolutivo: segnatamente nel senso che, pur trattandosi qui di un conferimento astrattamente riconducibile alle fattispecie di devoluzione della “cessione di rapporti giuridici in blocco”, laddove esso si concreti nella configurazione “ibrida” prevista dal legislatore al fine di “innestare” gli elementi capitalistici necessari al raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore in una struttura “di base” che

rimane mutualistica, tale effetto devolutivo non può operare mancandone *in radice* i presupposti “costitutivi”.

Si tratta di risultato che appare evidente anche alla luce della costante dottrina in materia, evidenziandosi, a proposito dell'estensione agli obblighi devolutivi prevista dall'art. 17, L. n. 388/2000, che *«la ratio della devoluzione è rappresentata dalla necessità di impedire forme di elusione rispetto al vincolo di indisponibilità patrimoniale, storicamente regolata dall'art. 26 della legge Basevi e oggi espressa dalla norma di cui all'art- 2545-ter c.c. (...). Rispetto all'obbligo di devoluzione patrimoniale l'elemento qualificante della fattispecie non è quindi l'estinzione della cooperativa in relazione allo scioglimento della società, ma la perdita di qualità di cooperativa del soggetto titolare del patrimonio indivisibile: fattispecie quest'ultima che si riferisce anche a casi diversi dallo scioglimento. Sotto una diversa angolatura si può anche ricostruire concettualmente l'obbligo di devoluzione come lo strumento normativo tendente ad evitare che il patrimonio indivisibile della cooperativa sia indebitamente attribuito ai soci: tale effetto, in mancanza della devoluzione, si realizzerebbe sia attraverso il rimborso della partecipazione sociale in misura superiore al nominale, nel caso dello scioglimento; sia mediante l'attribuzione di una partecipazione sociale di valore superiore al nominale, nel caso della trasformazione o fusione con effetto trasformativo»* ⁽³⁶⁾.

Tale ultimo profilo è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza di legittimità ⁽³⁷⁾ con riferimento al divieto di trasformazione in società ordinarie da parte delle società cooperative, sancito dall'art. 14, L. n. 127/1971, rilevandosi come esso trovi la sua *«ragione ispiratrice (...) nell'intento di prevenire possibili forme fraudolente di accesso ai benefici previsti per l'esercizio di attività mutualistiche da parte di chi, dopo*

³⁶R. GENCO, *Cooperative bancarie e obbligo di devoluzione in favore dei fondi mutualistici per la promozione cooperativa. Applicazione dell'art. 17 legge n. 388/2000*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 2, parte II, p. 175 ss.

³⁷Cass., n. 6349/1997.

averli conseguiti, voglia destinarli ad un'attività lucrativa»; nonché dalla giurisprudenza costituzionale ⁽³⁸⁾, secondo cui la finalità di tale obbligo devolutivo sta nel «*garantire che i benefici conseguiti grazie alle agevolazioni previste per incentivare lo scopo mutualistico non siano destinati allo svolgimento di un'attività priva di tale carattere e, comunque, non siano fatti propri da coloro che ne hanno fruito*».

Nel caso che ci occupa, è evidente che:

- non si verifica la perdita di qualità di cooperativa a mutualità prevalente del soggetto titolare del patrimonio “indivisibile”;
- non si verifica l'attribuzione ai soci del patrimonio “indivisibile”, rimanendo esso in capo alla conferente con i medesimi vincoli di prima;
- non si verifica la destinazione del patrimonio “agevolato” all'esercizio dell'attività lucrativa, dal momento che la parte di patrimonio “indivisibile”, che ha fruito delle agevolazioni, rimane alla cooperativa conferente, potendo essere conferita solo la parte “divisibile” (*ergo*, comunque disponibile, poiché non formata con utili agevolati) del patrimonio della conferente.

Né, del resto, sussiste un “collegamento” tra le riserve “indisponibili” e la base imponibile del prelievo di cui si discute.

L'obbligo di devoluzione ai fondi mutualistici sussiste, infatti, ai sensi dell'art. 17, L. n. 388/2000 (e prima ancora, ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1577/1947), relativamente al «*patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati*», i quali ultimi rimangono pienamente disponibili, mentre nel caso che ci occupa il tributo è applicato su tutto il patrimonio netto.

Da qui l'ennesimo “indice” dell'assenza di un “collegamento” del tributo con l'obbligo di devoluzione.

Concludendo, dunque, su questo profilo:

³⁸Corte cost., n. 170/2008.

- a) da un lato, nella versione definitiva di cui alla Legge di conversione, il prelievo del 20% non trova più alcuna giustificazione, come nella versione provvisoria, quale meccanismo di affrancamento (*rectius*, di “*recapture*”) dei benefici fiscali goduti in precedenza, a fronte di una «riserva», originariamente «indivisibile», tuttavia diventata *civilisticamente* divisibile; la riserva indivisibile permane, infatti, in capo alla conferente con i medesimi vincoli che essa aveva prima, giungendo alla conferitaria soltanto il patrimonio “divisibile”;
- b) dall’altro, siffatto tributo non trova giustificazione neanche quale “contropartita” di una supposta “deroga” all’obbligo devolutivo, posto che il «conferimento», per come deve essere concretamente attuato nelle previsioni legislative pena il pieno dispiegarsi del suddetto obbligo devolutivo, implica il mantenimento dei fondamenti mutualistici delle BCC, con il solo “innesto” di quegli elementi capitalistici minimi funzionali al raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal legislatore, sui quale già ci siamo ampiamente soffermati in precedenza, con l’effetto di escludere di per sé la *ratio* dell’obbligo devolutivo.

5. *I profili di incostituzionalità.* - Così stando le cose, l’incostituzionalità del prelievo, dal punto di vista tributario, appariva davvero manifesta sotto almeno quattro profili.

5.1. *Violazione degli artt. 3 e 53 Cost.. Irrazionalità del prelievo.* - Il primo profilo riguarda la violazione degli artt. 3 e 53 Cost. per l’assoluta irrazionalità del prelievo.

Al fine di dimostrare tale violazione, si impone, in via preliminare, una brevissima ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia.

Come noto, se fino agli inizi degli anni ’80, la Corte ha sottolineato il profilo “soggettivo” e personale del principio di capacità contributiva, considerando la capacità

produttiva quale idoneità soggettiva a sopportare l'obbligazione di imposta ⁽³⁹⁾ e dovendo, pertanto, ogni prelievo avere causa giustificatrice in indici concretamente rivelatori di ricchezza, dai quali sia razionalmente deducibile l'idoneità soggettiva all'obbligazione tributaria, verso la metà degli anni '80 – ma in realtà se ne trovano tracce anche in sentenze precedenti – ha iniziato ad affacciarsi nella giurisprudenza della Corte un profilo “oggettivo”, per affermare la rilevanza ai fini della definizione del presupposto d'imposta di qualsiasi fatto che esprima forza economica in sé, cui conseguirebbe anche l'idoneità alla contribuzione del soggetto tassato (e che, al limite, potrebbe anche mancare del tutto). In tal senso, il concorso diviene non più un limite o una garanzia per il cittadino, bensì un criterio di ripartizione razionale e perequata dell'onere fiscale, con una sostanziale riconduzione del principio di capacità contributiva al principio di eguaglianza e la rivalutazione della “ragionevolezza” del legislatore, intesa come razionalità, coerenza, non contraddittorietà, non arbitrarietà delle sue scelte ⁽⁴⁰⁾.

In ogni caso, se sulla scelta del presupposto la Corte riconosce un'ampia discrezionalità legislativa, tale scelta condiziona, tuttavia – costituendone limite e misura – le successive scelte del legislatore in punto di elementi strutturali del tributo (base imponibile, aliquota, ecc.), che con essa devono essere “coerenti” ⁽⁴¹⁾.

Particolarmente significativa, per l'ampio respiro e la vocazione “programmatica” che essa rivela, è la richiamata sentenza n. 288/2019, in tema di addizionale Ires per gli enti creditizi e finanziari, secondo cui *«in un contesto complesso come quello contemporaneo, dove si sviluppano nuove e multiformi creazioni di valore, il concetto di capacità contributiva non necessariamente deve rimanere legato solo a indici tradizionali come il patrimonio e il reddito, potendo rilevare anche altre e più evolute*

³⁹Corte cost., n. 97/1968: «vi è soggezione all'imposizione solo quando sussista una disponibilità di mezzi economici che consenta di farvi fronte»; n. 91/1972; n. 200/1976.

⁴⁰Corte cost., nn. 288/2019; 249/2017; 162/2008; 156/2001. Sia consentito rinviare a G. MELIS, *Capacità contributiva (principio di)*, in “Digesto discipline pubblicistiche - VII agg.”, Torino, UTET, 2017, p. 106 ss.

⁴¹Così, se l'IRES assume quale presupposto il possesso di un reddito complessivo netto, allora l'IMU deve essere deducibile: Corte cost., n. 262/2000.

forme di capacità, che ben possono denotare una forza o potenzialità economica».

Chiaro è il riferimento alle ben note tesi della capacità contributiva quale “limite relativo”, che ragionano nella logica dell’art. 3 Cost., sposando un’ottica meramente distributiva, ritenendo che siano espressivi di capacità contributiva tutti quei fatti o quelle situazioni che siano in grado di modificare la posizione del consociato all’interno dell’ordinamento e che quindi possano essere soggetti passivi d’imposta anche coloro che pongono in essere presupposti socialmente rilevanti, purché espressivi di una capacità differenziata economicamente valutabile.

Al tempo stesso, come ricorda la sentenza n. 288/2019, se il dovere tributario è inderogabile dovere di solidarietà, perché *«il prelievo fiscale è essenziale (...) alla vita dello Stato, ma soprattutto in quanto esso è preordinato al finanziamento dei diritti costituzionali, i quali richiedono ingenti quantità di risorse per divenire effettivi»*, è anche vero che esso *«si giustifica solo nella misura in cui il sistema tributario rimanga saldamente ancorato al complesso dei principi e dei relativi bilanciamenti che la Costituzione prevede e consente, tra cui, appunto, il rispetto del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.). Sicché quando il legislatore disattende tali condizioni, si allontana dalle altissime ragioni di civiltà giuridica che fondano il dovere tributario, con gravi conseguenze in termini di disorientamento non solo dello stesso sviluppo dell’ordinamento, ma anche del relativo contesto sociale»*.

Sussiste, dunque, l’esigenza di operare uno scrutinio assai rigoroso dell’aderenza di ciascun tributo ai parametri fissati dalla Costituzione ⁽⁴²⁾.

Particolarmente rilevante in chiave ricostruttiva è, infine, la nota vicenda della c.d. “Robin Hood Tax” applicata a carico delle imprese operanti nei settori petrolifero, del gas ed energetico ⁽⁴³⁾, mossa dalla finalità di sottrarre a produttori e venditori di

⁴²G. FRANSONI, *Un’importante sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità delle discriminazioni qualitative*, p. 2, reperibile all’indirizzo <https://fransoni.it/argomenti/unimportante-sentenza-della-corte-costituzionale-sulla-legittimita-delle-discriminazioni-qualitative/>.

⁴³Art. 81, commi 16-18 della L. n. 133/2008.

energia da fonti fossili i margini di profitto extra (c.d. «guadagni di congiuntura») ascrivibili a condizioni di mercato opportunistiche e speculative.

Si tratta di disciplina dichiarata incostituzionale con sentenza n. 10/2015, sia pure evidenziando anche l'esistenza di una maggiore capacità contributiva del settore economico interessato, che ha posto e pone tuttora rilevanti problemi sul piano teorico, da un lato dovendosi scrutinare la ragionevolezza della *ratio* individuata dal legislatore e la corrispondenza ad essa della struttura del tributo e dall'altro, e più in generale, dovendosi verificare la legittimità costituzionale di una discriminazione qualitativa intersoggettiva all'interno della stessa categoria di redditi (per aree economiche o per tipologia di contribuenti).

Ebbene, la Consulta ha ritenuto che una "discriminazione" possa dirsi assistita da "adeguate giustificazioni":

i) nella "misura" ⁽⁴⁴⁾ e nei limiti (anche temporali) in cui sussista una peculiare e differenziata capacità contributiva di un determinato settore economico ⁽⁴⁵⁾ o di una o più categorie reddituali rispetto ad altri ⁽⁴⁶⁾, oppure

ii) ove semplicemente funzionale al perseguimento di determinate finalità extra-fiscali, anche derivanti dal contesto normativo generale in cui l'intervento censurato si colloca, idonee a prevalere nel giudizio di bilanciamento ⁽⁴⁷⁾.

Non costituisce, invece, giustificazione adeguata la mera temporaneità dell'imposizione (Corte cost., n. 288/2019).

Tanto premesso, anche collocandosi nell'impostazione meno garantista ormai recepita dalla giurisprudenza costituzionale, risulta palese l'illegittimità costituzionale del tributo di cui si discute, per via dei numerosi elementi di "irrazionalità" che esso

⁴⁴Ad es., "isolando" gli extraprofiti dai profitti ordinari, sempreché il tributo sia finalizzato a tassare detti extraprofiti: Corte cost., n. 288/2019.

⁴⁵Corte cost., n. 10/2015; n. 288/2019.

⁴⁶Corte cost., n. 42/1980, relativa all'illegittima inclusione dei redditi di lavoro autonomo nel presupposto dell'ILOR, in quanto per sua natura destinato a discriminare qualitativamente tra redditi da lavoro e redditi derivanti da altre fonti.

⁴⁷Corte cost., nn. 288/2019; 201/2014; 21/2005.

presenta, senza che si possa opporre alcun elemento di segno contrario nel giudizio di “bilanciamento”.

Non v'è infatti dubbio che il tributo sia palesemente irrazionale nella misura in cui risulta privo di qualsivoglia *ratio* giustificatrice.

Come si è dimostrato, il tributo non trova più alcuna giustificazione, come nella versione originaria, quale meccanismo di affrancamento (*rectius*, di “recapture”) dei benefici fiscali goduti in precedenza, a fronte di una «riserva», originariamente «indivisibile», tuttavia diventata *civilisticamente* divisibile per effetto della trasformazione in S.p.a..

Nella soluzione “definitiva” risultante dalla Legge di conversione viene meno, infatti, l'opzione della trasformazione e detta “riserva” rimane in capo alla conferente e vi rimane con i medesimi vincoli di indisponibilità che essa aveva prima. Alla conferitaria giunge pertanto solo il patrimonio “divisibile”. Il patrimonio “detassato” rimane nella conferente e vi rimane con i medesimi vincoli mutualistici che vi aveva in precedenza.

Rilevata, dunque, l'assenza di una “specificata” motivazione tributaria, occorre verificare se, nel complesso, sussistano “adeguate giustificazioni”, indagando se:

- i)* tale tributo si conformi alla *ratio* del provvedimento in cui si esso si colloca;
e/o se esso risulti espressione di una “differenziata” capacità contributiva di un determinato settore economico o di determinati soggetti;
- ii)* e/o se esso sia semplicemente funzionale al perseguimento di determinate finalità *extra-fiscali*, anche derivanti dal contesto normativo generale in cui l'intervento censurato si colloca, idonee a prevalere nel giudizio di bilanciamento.

Si tratta di una serie di condizioni che vanno tutte verificate, al fine di avere una visione “complessiva” dell'intervento legislativo, poiché, come pure rilevato dalla sentenza n. 288/2019 «è necessario considerare l'insieme degli interventi legislativi che hanno complessivamente accompagnato quello censurato, il quale deve essere collocato nel contesto di una riforma (anch'essa, per certi versi, di carattere sistemico) che ha

prodotto significativi effetti compensativi in riferimento ai soggetti passivi della nuova imposta», in altre parole se sussistano «elementi che contestualizzano, ridimensionandone l'impatto, l'intervento fiscale censurato».

Il primo elemento da verificare attiene alla *ratio* del provvedimento normativo generale in cui tale prelievo si colloca.

Come rilevato, l'intervento si proponeva quale obiettivo principale quello di assicurare alle BCC una dotazione patrimoniale elevata e la possibilità di ricorrere in modo rapido ed agevole al mercato, oltre che di indirizzare i soggetti vigilati verso l'adozione di "assetti" ritenuti più funzionali per l'efficace esercizio dell'attività di supervisione.

E' palese, allora, come un tributo del 20% sul patrimonio netto collida frontalmente con tale obiettivo generale, avendo rilevato, come visto, la stessa Banca di Italia – a proposito del medesimo prelievo originariamente previsto, peraltro su una base imponibile (le riserve indivisibili) meno ampia di quella assunta dal tributo di cui discute (l'intero patrimonio netto) – la necessità di valutare *«attentamente gli impatti attuali e prospettivi dell'imposta di affrancamento sulla posizione patrimoniale e sulla redditività delle banche risultanti dalla trasformazione»*, i *«seri ostacoli normativi e prudenziali»*, le *«possibili situazioni di crisi da gestire unicamente mediante la procedure di liquidazione coatta amministrativa»*, la necessità di *«verificare in modo rigoroso la capacità della nuova banca, privata di un ammontare consistente di risorse patrimoniali, di stare sul mercato rispettando tutti i requisiti di capitale, di liquidità, organizzativi e la qualità degli assetti proprietari»*.

Il tributo non trova neanche giustificazione neanche quale "compensazione" di una presunta "deroga" all'obbligo devolutivo.

Si è infatti dimostrato che il «conferimento», per come deve essere attuato in concreto nelle previsioni del legislatore pena il pieno dispiegarsi del suddetto obbligo devolutivo, implica il mantenimento dei fondamenti mutualistici delle BCC, con il solo

“innesto” di quegli elementi capitalistici minimi ritenuti funzionali al raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal legislatore, sui quale già ci siamo ampiamente soffermati in precedenza.

Il tributo non denota neanche alcuna “differenziata capacità contributiva” della società conferente, né prevede futuri vantaggi di carattere fiscale in capo alla conferente e/o alla conferitaria.

Con la nuova disciplina non sussiste, infatti, alcun elemento di “vantaggio” né per gli utili futuri, né per gli utili passati.

Quanto agli utili futuri, a seguito del conferimento, gli utili della S.p.a. derivanti dall’esercizio dell’attività bancaria saranno tassati in via ordinaria, per poi rifluire “a cascata” sulla società conferitaria e rimanere soggetti agli stessi vincoli di “indisponibilità” sussistenti in precedenza.

Ciò comporta, peraltro, un sensibile incremento della tassazione rispetto alla precedente situazione. In precedenza, infatti, era possibile evitare la tassazione destinando tutti gli utili a riserva indivisibile. Adesso, invece, gli utili sconteranno, per il loro intero ammontare, la tassazione ordinaria, mentre solo gli utili al netto del tributo IRES confluiranno tra le riserve “indivisibili” della conferente-partecipante. Nessun miglioramento, dunque, semmai un peggioramento.

Ciò è particolarmente rilevante ai fini della giurisprudenza costituzionale, tenuto conto che, nel caso dell’addizionale IRES sulle banche, un fattore “contestuale” atto a risolvere il bilanciamento in senso favorevole al legislatore, è stato individuato proprio nel trattamento migliorativo delle perdite su crediti derivante dalle modifiche contestualmente apportate all’art. 106, TUIR.

Nessun vantaggio si verifica, ovviamente, per gli utili pregressi, che rimangono soggetti al vincolo di “indivisibilità” direttamente in capo alla cooperativa conferente, che mantiene in bilancio tale riserva.

Né al tributo può assegnarsi una legittima funzione “extrafiscale” di scoraggiare

le BCC solide dal ricorrere al meccanismo del conferimento.

Si deve infatti escludere la legittimità di un simile tributo laddove esso dovesse avere la finalità, non dichiarata, di scoraggiare le BCC ritenute sufficientemente “solide” dal ricorrere al meccanismo del conferimento anziché aggregarsi ad un «gruppo bancario cooperativo».

A tale riguardo, merita di essere menzionata la sentenza con cui la Corte costituzionale ⁽⁴⁸⁾ ha esaminato la disposizione che prevede per i dirigenti ed i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nel settore finanziario, un prelievo addizionale del 10% sui compensi erogati sotto forma di *bonus* o di *stock options* che eccedono l'importo corrispondente alla parte fissa della retribuzione.

Infatti, ad avviso della Corte una siffatta norma deve ritenersi costituzionalmente legittima, in quanto animata dalla finalità – coerente con il coevo atteggiamento manifestatosi a livello internazionale – di contrastare quelle modalità retributive aventi l'effetto di incentivare l'assunzione di rischi eccessivi di breve termine pericolosi per la stabilità finanziaria, compiendo così una scelta tutt'altro che irragionevole o arbitraria.

Ebbene, nel caso qui in esame la scelta appare al contrario irragionevole e arbitraria.

Si è infatti rilevato *supra*, come il modello del “conferimento” possa ritenersi almeno “equiordinato” nel disegno legislativo al modello dell'adesione al gruppo bancario cooperativo e comunque rappresenta una scelta, come osserva la Cassazione nell'ordinanza di rimessione, «ritenuta legittima dalla stessa riforma».

Anzi, nel riprendere il modello ben noto della riforma Amato, il legislatore ricorre al conferimento d'azienda quale strumento “principe” per separare “funzioni” ed “obiettivi”; con la differenza, tuttavia, rispetto alla Legge Amato, di stabilire, come visto, un legame “solido”, dovendo la conferitaria esercente l'attività creditizia concorrere al pieno realizzarsi degli obiettivi mutualistici, in forza di quel rapporto con i soci della

⁴⁸Corte cost., n. 201/2014.

conferente scolpito dal legislatore con le previsioni sopra enunciate.

Pertanto, una volta che il legislatore, nella sua discrezionalità (ma evidentemente, sulla base di indicazioni dell'autorità di vigilanza), abbia differenziato tra BCC "solide" (con patrimonio netto maggiore di 200 mln di euro) e "non solide" e abbia previsto strumenti *ad hoc* per ciascuna delle indicate categorie (rispettivamente, il conferimento e l'adesione al gruppo bancario cooperativo), sarebbe del tutto irrazionale una legislazione che, surrettiziamente, imponesse a quelle "solide" di aderire anch'esse al gruppo bancario cooperativo tramite l'imposizione di un tributo che, in evidente contrasto con le finalità di rafforzamento patrimoniale di *tutte* le BCC, le indebolisse minandone le capacità espansive.

Infine, il tributo non può essere giustificato solo dalla sua "straordinarietà".

Come pure rilevato dalla Corte costituzionale, sempre con la sentenza n. 288/2019, non costituisce giustificazione adeguata la mera temporaneità dell'imposizione.

Al fine di giustificare un tributo "straordinario" devono infatti concorrere ulteriori fattori tali da fornire una giustificazione "adeguata".

Come appena visto, tali fattori sono completamente assenti nel caso in esame.

5.2.. Incostituzionalità del prelievo per disparità di trattamento. - Il secondo profilo riguarda la violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della parità di trattamento rispetto alle BCC aderenti al "gruppo cooperativo bancario"

Si è appena visto come il principio di ragionevolezza non esaurisca la propria operatività nell'ambito del giudizio "ternario" (*tertium comparationis*) tipico della disparità di trattamento, dunque all'interno dell'art. 3 Cost., assumendo una portata autonoma, intesa quale intrinseca ragionevolezza delle scelte legislative, divenendo pertanto operativo anche in relazione a parametri costituzionali diversi (nella specie, l'art. 53 Cost.).

Venendo, invece, al suo ambito “elettivo”, è noto come sin dalle sue prime pronunzie, la Corte costituzionale abbia affermato come il principio di eguaglianza formale imponga di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo disuguale situazioni diverse, dovendosi prevedere trattamenti fiscali differenziati per ricchezze diverse⁽⁴⁹⁾.

Il principio di eguaglianza esprime così il limite “relativo” del principio di capacità contributiva, come giustificazione della diversa contribuzione imposta a taluni consociati rispetto ad altri e giustificata razionalmente dalla sussistenza di differenti sintomi di capacità contributiva.

Questa valutazione spetta al legislatore ed è sindacabile dalla Corte solo in caso, appunto, di sua irragionevolezza.

Così stando le cose, è evidente che la norma censurata si presti a critiche insuperabili nel momento in cui riserva siffatta imposizione alle sole BCC che abbiano optato per il modello «conferimento», e non anche per quelle che abbiano optato per il modello «adesione al gruppo bancario cooperativo».

Come ampiamente esaminato *supra*, in entrambi i modelli coesistono elementi mutualistici e capitalistici. Il modello “conferimento” si sostanzia nel diretto possesso – e non nella sua *eterodirezione*, come nel modello del gruppo cooperativo bancario – da parte della S.p.a. dell’azienda bancaria oggetto del conferimento della conferitaria, che tuttavia rimane una cooperativa a mutualità prevalente a tutti gli effetti, con tutti i *vincoli* propri della forma cooperativa.

La BCC “conferente”, infatti: permane in vita quale soggetto “autonomo”; si obbliga a mantenere tutte le clausole statutarie proprie della mutualità prevalente di cui all’art. 2514 c.c.; “mantiene” altresì le riserve indivisibili, giungendo pertanto alla conferitaria solo quanto *divisibile* del patrimonio; si obbliga ad assicurare la c.d. “*gestione di servizio*”; mantiene i suoi stessi soci così come l’intera partecipazione nella

⁴⁹Corte cost., n. 3/1957; anche n. 120/1972 e n. 143/1995.

S.p.a. conferitaria, risultando destinataria della totalità dei relativi utili, i quali, in virtù delle clausole di mutualità prevalente, subiranno lo stesso vincolo di “indivisibilità” degli utili precedentemente prodotti in via diretta. Obblighi, come visto, assistiti dalla specifica “sanzione” di devoluzione del patrimonio.

In tal modo, lo scopo mutualistico – vuoi nel caso del possesso dell’azienda in capo alle BCC pur “eterodirette” dalla capogruppo, vuoi nel caso di possesso dell’azienda in capo alla conferitaria, pur interamente partecipata dalla cooperativa conferente soggetta ai vincoli mutualistici appena indicati – permane, poiché lo scopo “mutualistico” non viene sostituito dal fine di arricchire i soci, dividendo tra di essi un profitto.

Si tratta, dunque, di situazioni omogenee, sicché se al mutare del “modello” di operatività deve accompagnarsi un (pur, come visto, in sé palesemente irrazionale) tributo, questo dovrebbe riguardare tutte le fattispecie “ibride”, e non solo quella relativa al modello “conferimento”. Da qui dunque la violazione dell’art. 3 Cost..

5.3. Incostituzionalità per violazione dell’art. 41 Cost. - Il terzo profilo, sempre nell’ottica fiscale, riguarda la violazione del principio di concorrenza ex art. 41 Cost..

La recente giurisprudenza di legittimità costituzionale ha evidenziato un profilo di violazione della concorrenza conseguente a trattamenti fiscali discriminatori.

Si tratta del caso dell’imposta sostitutiva sui mutui, dove, considerata la natura eccezionale delle norme di agevolazione e negando per l’effetto l’integrazione analogica che pur l’applicazione di altri principi costituzionali avrebbe giustificato, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., richiedendo una pronuncia additiva stante il fondamento (*ratio*) dell’agevolazione comune al caso non espressamente regolato⁽⁵⁰⁾, cui si sono aggiunti, per quanto qui specificamente di interesse, profili relativi alla libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.

⁵⁰Corte cost., n. 111/2016; n. 120/2020.

traducendosi l'esclusività dell'agevolazione in una distorsione della concorrenza nello specifico settore interessato ⁽⁵¹⁾.

In particolare, si verteva dell'applicabilità dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio e lungo termine (art. 15, d.p.r. n. 601/1973), espressamente riferita alle "aziende o istituti di credito" (e "loro sezioni o gestioni"), anche agli "intermediari finanziari".

La Consulta – confermando la natura eccezionale delle norme di agevolazione – ha ritenuto che tale esclusione fosse irrazionale. Poiché, infatti, la *ratio* del beneficio è di favorire investimenti produttivi, tale elemento deve ritenersi "comune" alle fattispecie poste a confronto.

Ebbene, la Corte ha ravvisato in tale circostanza anche una violazione dell'art. 41 Cost., rinvenendo nell'esclusività del beneficio fiscale una chiara discriminazione a danno degli intermediari finanziari e una distorsione della concorrenza nello specifico settore.

Rileva, infatti, la Corte che «*la discriminazione nel conferimento dell'agevolazione fiscale pone obiettivamente in essere un'irragionevole e immotivata deroga al principio di eguaglianza e una contestuale violazione dell'art. 41 Cost. sotto il profilo della libertà di concorrenza, una delle manifestazioni della libertà d'iniziativa economica privata (sentenza n. 94 del 2013). Peraltro, anche il nono "considerando" della direttiva 15 marzo 1993, n. 93/6/CEE (Direttiva del Consiglio relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi), afferma che «in un mercato comune finanziario gli enti, a prescindere dal fatto che siano imprese di investimento o enti creditizi, sono direttamente concorrenti tra di loro». Essendo di palmare evidenza la coincidenza oggettiva dei prodotti offerti, l'esclusività del beneficio fiscale attribuito alle operazioni di finanziamento poste in essere dalle banche costituisce, dunque, una discriminazione a danno degli intermediari finanziari e una distorsione della concorrenza*

⁵¹Corte cost., n. 242/2017.

nello specifico settore. Tale beneficio assicura ai prodotti offerti dalle banche un indebito vantaggio, in termini di appetibilità finanziaria, rispetto a quelli degli intermediari, che risultano gravati da maggiori oneri fiscali inevitabilmente ricadenti sul cliente e – per ciò stesso – influenzanti le sue scelte».

Se, dunque, una minore imposizione “ingiustificatamente” a favore solo dell’uno, si risolve in un pregiudizio alla “concorrenza” a sfavore dell’altro, così – *mutatis mutandis* – anche una maggiore imposizione “ingiustificatamente” a sfavore dell’altro si risolve nel medesimo pregiudizio, con vantaggio a favore dell’uno.

Nel caso che ci occupa, una volta dimostrato che il modello “gruppo bancario cooperativo” e il modello “conferimento” devono ritenersi equiordinati, è chiaro che l’imposizione del tributo alle sole BCC “solide” che abbiano legittimamente optato per il modello “conferimento”, falcidiandone il patrimonio netto, si è risolto in un grave pregiudizio alla loro capacità espansiva, a tutto favore delle altre BCC che siffatto pregiudizio non hanno subito, con rilevanti effetti sulla concorrenza.

Da qui l’assoluta correttezza dell’affermazione dei giudici rimettenti laddove hanno rinvenuto «*un vulnus al principio della concorrenza anche in relazione alla capacità di erogare credito da parte dell’azienda di nuova formazione*».

5.4. *Incostituzionalità per violazione dell’art. 45 Cost.* - Il quarto profilo riguarda la violazione dell’art. 45 Cost.

Presupposto di tutto è che la società conferente, come più volte rilevato, conserva tutte le caratteristiche proprie di una cooperativa a mutualità prevalente tali da garantire la c.d. “gestione di servizio” e l’indivisibilità delle riserve, rimanendo dunque ferma l’assenza di fini di speculazione individuale da parte del singolo socio, vale a dire il c.d. “lucro soggettivo”, che, secondo la pacifica dottrina, costituisce

l'essenza dell'art. 45 Cost. ⁽⁵²⁾.

Ebbene, non vi è chi non veda come il tributo della cui legittimità si discuteva si traduca: *i)* da un lato, in una misura (fiscale) sfavorevole all'esercizio delle attività in forma di cooperativa a mutualità prevalente; *ii)* dall'altro, nella sostanziale destinazione alle casse erariali di somme – quelle relative alle riserve indivisibili “assorbite” dal prelievo di cui trattasi – altrimenti destinate ai fondi mutualistici.

Quanto al primo profilo, non v'è dubbio che l'imposizione “singolare” di cui trattasi finisca per incidere sull'esercizio dell'attività bancaria da parte di un soggetto che, unitariamente considerato, conserva la sua natura di cooperativa a mutualità prevalente, mai potendo i relativi “utili” attribuirsi ai soci e rimanendo il “contatto” tra soci ed attività bancaria – la c.d. “gestione di servizio” - grazie ai vincoli imposti dal legislatore.

Sotto questo profilo, non può che condividersi quanto rilevato nell'ordinanza di rimessione laddove essa afferma che il tributo «*sembra porsi in diretto contrasto con lo stesso riconoscimento costituzionale della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*», trattandosi di un'attività in cui «*pur a seguito delle modifiche statutarie intervenute per effetto del conferimento dell'azienda bancaria nella società per azioni di nuova costituzione, permane il riferimento alla funzione sociale costituzionalmente riconosciuta alla cooperazione a carattere di mutualità, senza fini di speculazione privata*» (par. 20.2).

Con il paradosso che il giudizio di “bilanciamento” tra l'art. 45 e l'art. 53 Cost., anziché servire, come di regola, a “giustificare” un'agevolazione fiscale a favore del settore cooperativo, viene qui addirittura stravolto dall'introduzione di un tributo *ad hoc* in occasione della “transizione” ad un regime voluto dallo stesso legislatore nel solco degli obiettivi di stabilità e *governance* sopra delineati. In altri termini, non solo

⁵²I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, cit. p. 48, ove ampi richiami dottrinali.

non lo *favorisce*, ma addirittura lo *sfavorisce*.

La dottrina tributaria che con maggior fecondità ha approfondito il tema delle cooperative, ha peraltro rilevato che la deducibilità delle riserve indivisibili prevista dall'art. 12, L. n. 904/1977 abbia il «*compito di evitare un prelievo su somme destinate a permanere a livello societario e non a trasferirsi sui soci*», dovendosi dunque qualificare come «*un'esclusione: un abbattimento del prelievo dipendente da ragioni strutturali e di sistema, in quanto applicato nei confronti di somme non destinate a riversarsi nella sfera patrimoniale del socio*» e che tuttavia «*può considerarsi tale fintantoché sussista l'assoluta indisponibilità ed indivisibilità di dette riserve*»⁽⁵³⁾. La non imponibilità delle riserve viene, infatti, sempre inscindibilmente legata alla condizione di indisponibilità delle stesse. Sicché, con questo prelievo abnorme, nella misura del 20% del patrimonio netto – dunque, una base imponibile ancor maggiore delle mere riserve a suo tempo oggetto di agevolazione – la detassazione fruita nel passato viene di fatto integralmente azzerata, colpendo «al cuore» la cooperativa nella sua stessa essenza non (soggettivamente) lucrativa.

Quanto al secondo profilo, va rilevato che il comma 3-*quater*, anch'esso investito dalla questione di legittimità costituzionale, prevede che le riserve “indivisibili” debbano essere ricostituite in bilancio «*al netto del versamento di cui al comma 3-ter*».

In altri termini, il tributo straordinario prelevato finisce per sostanziarsi in una ablazione delle riserve c.d. “indivisibili”, per tutta la parte di esse che trova capienza.

Il legislatore, dunque, con una mano “assegna” le riserve “indivisibili” alla conferente, evitando che il patrimonio “indivisibile” affluisca alla conferitaria e con l'altra mano invece lo preleva, nella misura del 20% della più ampia base imponibile prevista, a proprio favore, sottraendolo alla sua destinazione mutualistica naturale.

Ne risulta, dunque, leso anche il sistema cooperativistico nel suo complesso.

⁵³F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, p. 268 e 274.

6. *La sentenza n. 149/2021 e la sua fallacia argomentativa.* - Le considerazioni che precedono consentono di cogliere i vizi dell'intero ragionamento condotto dalla Consulta nella pronuncia n. 149/2021 con riferimento al prelievo di cui trattasi, la cui *ratio* ultima viene individuata dalla Corte nel costringere queste ultime a ... rinunciare all'alternativa ed aderire anch'esse al gruppo cooperativo onde non far fallire il disegno legislativo, ritenendo tale obbligo giustificato dalla «*preoccupazione del legislatore di preservare comunque la centralità strategica dell'adesione al gruppo bancario cooperativo e di circoscrivere il rischio di depotenziamento della riforma*».

In primo luogo, la Corte travisa completamente la *ratio* sottostante la devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici, considerato dalla Corte quale effetto "naturale" della mancata adesione al gruppo bancario e dell'avvenuto conferimento, in particolare laddove afferma che «*il versamento al bilancio dello Stato si configura, per le BCC con patrimonio netto sopra soglia, come il "prezzo" da pagare per avvalersi dell'opportunità offerta dall'ordinamento di non aderire a un gruppo bancario cooperativo senza per questo devolvere il patrimonio ai fondi mutualistici*» (par. 4).

Così facendo, infatti, la Consulta ignora la pacifica circostanza della permanenza del vincolo di indivisibilità delle riserve, che non avrebbe comportato *di per sé* alcuna devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici, conseguenza naturale, quest'ultima, semmai della possibilità, offerta a tutte le BCC nella versione originale, di trasformarsi in S.p.a.. Là era infatti stata prevista una "deroga" a tale naturale obbligo di devoluzione, prevedendosi la possibilità di "conservazione" di tali riserve, fermo tuttavia restando il loro "affrancamento" (*rectius, recapture*) al 20 per cento per "recuperare" le imposte non precedentemente versate sugli utili che avevano concorso alla sua formazione.

Nel regime oggetto di scrutinio, invece, come sopra rilevato, a fronte della continuità di "causa mutualistica" nel soggetto conferente e della permanenza presso quest'ultimo delle riserve indivisibili, la mancata devoluzione del patrimonio netto ai

fondi mutualistici appare fisiologica, proprio perché non si realizza alcuna fattispecie traslativa degli effetti del vantaggio fiscale, nel rispetto della regola della indivisibilità. Sotto questo profilo, anche l'espressione "way out", ripetutamente utilizzata dalla Consulta nella sentenza n. 149/2021, non è pienamente corretta, rappresentando l'unico vero "way out" la trasformazione in s.p.a. originariamente prevista e poi venuta meno, ben diversa dal conferimento *sui generis* qui attuatosi e in cui aspetti mutualistici e capitalistici convivono tra di loro.

Pertanto, questa prima argomentazione è errata, tanto più che la stessa Corte lo riconosce due periodi dopo, laddove afferma l'esatto contrario, ovvero sia che «*la circostanza che la conferente continui a perseguire uno scopo mutualistico (...) giustifica fra l'altro l'esclusione dell'obbligo di devoluzione dell'intero patrimonio ai fondi mutualistici*»⁵⁴).

Il vero scopo del prelievo, secondo la Corte, è tuttavia un altro, cioè quello di contribuire «*attraverso la forza disincentivante dell'obbligo di versamento*» alla «*realizzazione dell'obiettivo generale di garantire la solidità patrimoniale delle BCC e di superarne il deficit competitivo*», consentendo però a quelle «*con maggiori livelli patrimoniali, e quindi più in grado di operare con autonomia nel mercato, di scegliere una formula alternativa che consenta comunque la prosecuzione dell'attività bancaria*».

Il ragionamento della Corte è stavolta contraddittorio: il legislatore avrebbe infatti perseguito lo scopo di garantire la "solidità patrimoniale" delle BCC, avrebbe poi individuato quelle con maggiori livelli patrimoniali (con un patrimonio di almeno 200 mln, comunque inferiore al valore minimo di 1 mld richiesto per le aggregazioni)

⁵⁴Salvo poi errare nuovamente nella parte conclusiva della sentenza laddove afferma che «*Né a diverse conclusioni si può pervenire configurando la devoluzione patrimoniale come una sorta di sanzione per il mancato versamento di un'imposta, ciò che non farebbe venir meno l'obbligo di pagare la somma dovuta (e quindi la possibilità del suo recupero coattivo). In nessun caso infatti alla devoluzione può essere riconosciuta natura sanzionatoria, stante che l'effetto devolutivo, che si produce in tutte le ipotesi di inosservanza degli «obblighi» indicati al citato comma 3-quater, altro non è che la conseguenza della riespansione della regola generale dettata dall'art. 150-bis, comma 5, t.u. bancario*». La "regola generale", infatti, non si può qui riespandere, per il semplice fatto che in questo conferimento *sui generis*, come dimostrato, non ne ricorrono affatto i presupposti.

suscettibili di rimanere “autonome”, ma poi le avrebbe depauperate del 20% ... di tale patrimonio, già di per sé inferiore alla massa “critica” richiesta dalle aggregazioni, indebolendone la solidità patrimoniale.

Il vero obiettivo, secondo la Corte, è in realtà uno solo: prevedere un cospicuo “prelievo” così da evitare che le BCC più grandi rimanessero autonome, facendo “fallire” il disegno del legislatore. Dunque, un “prezzo” per la libertà, anche a danno della solidità patrimoniale delle BCC “ribelli”.

Fatto sta che queste affermazioni vengono fatte dalla Corte con riferimento alla censura riguardante la violazione dell’art. 45 Cost., con ciò di fatto non attribuendo alcun peso al fatto che la BCC “ribelle” conservi tutte le caratteristiche proprie di una cooperativa a mutualità prevalente tali da garantire la c.d. “gestione di servizio” e l’indivisibilità delle riserve, rimanendo dunque ferma l’assenza di fini di speculazione individuale da parte del singolo socio, vale a dire il c.d. “lucro soggettivo”, che, secondo la pacifica dottrina, costituisce l’essenza dell’art. 45 Cost. ⁽⁵⁵⁾.

Sicché, ciò che la Corte di fatto fa, è affermare che questo “modello” alternativo non persegue affatto finalità cooperative, posto che «*il ben diverso obbligo di assicurare ai propri soci i “servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria” non garantirebbe «agli stessi soci i medesimi vantaggi cooperativi», comportando tale soluzione «l’uscita dell’impresa bancaria da tale settore e la sua continuazione in forma di spa», cui la conferente «esternalizza l’attività creditizia».*

Affermazione, questa, che contrasta con quanto rilevato *sub par.* 3 in ordine alla convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli e, comunque, non giustificando in ogni caso l’eventuale misura del diverso *mix* l’abnorme prelievo previsto.

Il punto davvero eversivo della sentenza riguarda tuttavia il *dribbling* che la Corte

⁵⁵I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, cit. p. 48, ove ampi richiami dottrinali.

fa per (non) esaminare la censura riguardante la violazione degli art. 3 e 53 Cost..

Qui, infatti, la Corte, distaccandosi non solo dalla prospettazione del giudice rimettente, ma persino dalla tesi sostenuta dalla difesa erariale, entrambe pacifiche nell'affermare la natura tributaria del prelievo di cui si discuteva, nega addirittura la natura "coattiva" del prelievo, in quanto difetterebbe il diritto alla riscossione coattiva, non legittimando l'omesso versamento della somma il Fisco a procedere in tal senso, bensì risolvendosi direttamente nella devoluzione ai fondi mutualistici «*secondo la regola generale operante nel caso di mancata adesione della BCC al gruppo*», peraltro non finalizzata a sovvenire a pubbliche spese.

L'argomentazione è fallace sotto ogni punto di vista.

Quanto al profilo qualificatorio, non solo la riscossione coattiva viene qui assorbita dal venir meno "in radice" di qualsiasi patrimonio da escutere – conseguendo *ex lege* al mancato pagamento la devoluzione del patrimonio agli enti mutualistici! –, ma soprattutto, nella consolidata giurisprudenza della Corte, inspiegabilmente taciuta, la natura "coattiva" risiede semplicemente nell'essere il prelievo *istituito* con un atto di autorità, senza che la volontà dell'obbligato vi abbia concorso, a nulla rilevando ulteriori profili procedurali ⁽⁵⁶⁾. La Corte confonde, dunque, la "coattività" intesa come

⁵⁶Sul punto, A. FEDELE, *La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, p. 1 ss. e G. FRANSONI, *La nozione di tributo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV. (a cura di L. Perrone e C. Berliri), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Collana "Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana", Napoli, 2006, p. 123 ss. In particolare, secondo la Corte, la "prestazione imposta" è quella «stabilita come obbligatoria a carico di una persona senza che la volontà di questo vi abbia concorso» (Corte cost., nn. 4/1957, 30/1957, 47/1957, 122/1957, 36/1959, 70/1960, 55/1963), risultando irrilevante la manifestazione di volontà del destinatario di quella imposizione di richiedere il bene o il servizio in mancanza di un vero rapporto sinallagmatico (Corte cost., n. 2/1962, concernente la tassa per l'occupazione del suolo pubblico). Nessuna rilevanza assume, secondo la Corte, la denominazione della prestazione al fine di valutarne il carattere impositivo: rientrano quindi nell'art. 23 Cost. anche il "diritto di contratto" imposto a determinati soggetti dall'Ente nazionale risi (Corte cost., n. 4/1957), il "corrispettivo" dovuto all'E.N.I. dagli utenti di bombole per i servizi posti a carico dell'ente (Corte cost., n. 30/1957), il "contributo" dovuto agli enti provinciali del turismo (Corte cost., n. 47/1957); il "sovracanone" dovuto dai concessionari di grandi derivazioni dai bacini imbriferi montani (Corte cost., n. 122/1957), le "tariffe" dovute ai Comuni per le pubbliche affissioni effettuate dai privati (Corte cost., n. 36/1959), lo "sconto" sui medicinali a favore degli enti mutualistici (Corte cost., n. 70/1960). Con riferimento alla "prestazione patrimoniale" più nello specifico, la Corte ritiene che questa sia

istituzione con atto di autorità, con la realizzazione “coattiva” della pretesa tributaria.

Quanto al profilo della riscossione coattiva, a nulla sarebbe peraltro rilevata una mancata previsione espressa in tal senso, ricadendosi comunque nello strumento generale dell’ingiunzione fiscale, legittimamente utilizzabile dalle Amministrazioni (statali e non) in ogni ipotesi in cui si debba procedere al recupero di somme, certe liquide ed esigibili, aventi la più disparata natura e certamente tributaria ⁽⁵⁷⁾.

Quanto alla destinazione alle pubbliche spese, quel che qui rileva è la destinazione della somma dovuta a titolo di prelievo, e non certamente la devoluzione a terzi dell’intero patrimonio del soggetto in caso di inadempimento al pagamento di tale somma.

A ciò si aggiunge infine la conseguenza, di estrema gravità, derivante dal fatto che, mancando la “coattività”, verrebbe persino meno la natura di prestazione patrimoniale imposta, sicché il “prezzo” potrebbe essere determinato con atto

configurabile non soltanto quando l’obbligazione istituita autoritativamente consista nel pagamento di una somma di denaro, ma anche quando il sacrificio pecuniario derivi dalla riduzione di una parte dell’utile altrimenti spettante (Corte cost., n. 70/1960, concernente gli sconti sul prezzo dei medicinali imposto a produttori e farmacisti a favore degli enti mutualistici: in tal caso, la Corte valorizza, ai fini della prestazione patrimoniale imposta, la decurtazione di quell’utile che i produttori dei medicinali avrebbero conseguito se ad essi non fosse stato imposto lo sconto, escludendone la natura di mero “prezzo differenziato” o “d’imperio” in quanto regolato in modo autonomo rispetto ai prezzi di vendita al pubblico).

Non sono invece riconducibili all’art. 23 Cost. gli interventi di determinazione autoritativa di prezzi e canoni volti a tutelare le posizioni economiche più deboli, al fine di garantire un effettivo equilibrio di posizioni contrattuali. In tali casi, infatti, parametro di legittimità non è l’art. 23 Cost. bensì l’art. 41 Cost.: Corte cost., n. 30/1965, concernente la determinazione del prezzo delle sanse di oliva (secondo la Corte, “l’art. 23 della Costituzione, il cui contenuto si esaurisce nel prescrivere una riserva di legge, non ha nessun ruolo da svolgere là dove altra norma costituzionale – e tale è il caso dell’art. 41 – nel dettare una disciplina sostanziale della fattispecie già l’accompagni con la garanzia formale della riserva di legge”). In una sentenza più recente (Corte cost., n. 279/2006), tuttavia, con riferimento allo sconto obbligatorio sul prezzo dei farmaci rimborsati dal SSN, la Corte qualifica tale misura sia come prestazione patrimoniale imposta ai sensi dell’art. 23 Cost., sia, sulla base dell’art. 41 Cost., come una limitazione della libertà di iniziativa economica tuttavia preordinata a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti (il contenimento della spesa sanitaria su tutti, in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto all’assistenza farmaceutica e comunque tale da lasciare all’imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile).

⁵⁷Cfr. A. PERSIANI, *La riscossione e il rimborso*, in G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, IV ed., Torino, 2022, p. 474 ss.

regolamentare non trovando applicazione la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost..

Una volta negata la “coattività” e, dunque, spalancato il campo all'intervento legislativo censurato, quelli che la legge definisce come “obblighi” sarebbero in realtà, secondo la Corte, *«oneri collegati all'esercizio di una determinata opzione, che la conferente è tenuta ad assolvere, ove intenda realizzare il suo interesse a non aderire a un gruppo bancario cooperativo, evitando, al contempo, di trasformarsi essa stessa in spa e di devolvere conseguentemente il proprio patrimonio ai fondi mutualistici»*. A tal fine essa richiama la sentenza n. 500/1993, riguardante tuttavia l'inconferente questione delle prestazioni poste dal legislatore in capo agli enti creditizi, “per tradizione e statuti” animati da fini di interesse pubblico e di utilità sociale, al fine di sostenere, sia pure indirettamente, le organizzazioni del volontariato – e non già per finanziare le casse pubbliche ⁽⁵⁸⁾ – e tra l'altro considerate dalla stessa pronuncia, quantitativamente, alla stregua di “limitate elargizioni” ⁽⁵⁹⁾.

A fronte di tale “onere” starebbe, secondo la Corte, il *«vantaggio per essa dell'operazione»*, in cui la conferente resta ente mutualistico e conserva una relazione qualificata con l'attività creditizia attraverso la partecipazione senza tuttavia dover confluire in un gruppo e doversi quindi assoggettare ai poteri di direzione e coordinamento di una capogruppo.

La decurtazione patrimoniale sarebbe qui provocata *«solo dallo spontaneo versamento dell'importo, eseguito dalla conferente per ottenere i vantaggi perseguiti, mentre la sua omissione non fa sorgere alcuna pretesa impositiva, semplicemente*

⁵⁸Si legge, infatti, che *«non tutte le prestazioni patrimoniali coattive, e tanto meno gli oneri, hanno natura tributaria (...). Ma ciò non esclude altre prestazioni, pur previste come obbligatorie, per essere destinate direttamente a fini sociali senza passare per i bilanci dello Stato o di enti locali, oppure come oneri collegati a determinate opzioni»*.

⁵⁹G. CORASANITI, *Riforma delle Bcc, la negazione irragionevole della natura tributaria del “prezzo” del way out*, cit., p. 17. Rileva la Corte che *«si tratta quindi di prestazioni estranee al sistema tributario, che il legislatore ha previsto a carico degli enti che liberamente esercitano la facoltà della ristrutturazione, al fine di canalizzare specificamente ad attività rivolte al volontariato un minimo di risorse che già per tradizione e statuti erano genericamente destinate a fini di utilità sociale»*.

impedendo la realizzazione dell'interesse della conferente stessa».

Insomma, secondo la Corte, si tratterebbe di un mero pagamento “spontaneo” per ottenere un determinato vantaggio (un *onere*), dimenticandosi tuttavia che anche le tasse, pacificamente considerate come “coattive”, sono provocate dalla domanda o dal comportamento del soggetto e realizzano uno scambio di utilità, tant'è che originariamente le si qualificava, appunto, come “onere”.

Non basta, infatti, dire che il pagamento, sia pure spontaneo, rappresenta il mezzo attraverso il quale l'onerato consegue, attraverso l'esercizio di una determinata opzione, il *vantaggio* desiderato, perché quando la combinazione tra mezzo, attività e vantaggio è legale e non negoziale, non si può mai parlare di onere ⁽⁶⁰⁾.

Poiché non esistono entrate pubbliche coattive diverse da tributi, sanzioni, indennità di espropriazione, prelievi forzosi ed entrate parafiscali, la qualificazione di questo prelievo come “onere condizionale” rappresenta un'invenzione allo stato puro della Corte all'evidente fine di aggirare l'altrimenti ineludibile incostituzionalità di quella – chiamiamola con il suo vero nome – “imposta” sul patrimonio netto della BCC ribelle.

Non è del resto un caso che per il versamento di questo “prezzo” mediante Modello F24 sia stato istituito un apposito “codice tributo” ⁽⁶¹⁾ e che le somme siano pacificamente confluite nel bilancio statale tra le entrate tributarie al capitolo “1200” (“entrate eventuali diverse concernenti le imposte sul patrimonio e sul reddito”).

Insomma, per l'Agenzia delle Entrate, per la Cassazione e per la stessa Avvocatura si trattava pacificamente di un “tributo”, ma nessuno tra loro si era accorto, secondo la Corte, che si trattava in realtà di un mero “onere” spontaneo, anzi essendosi

⁶⁰G. RAGUCCI, *Quando la riforma inespica pericolosamente sulla nozione di tributo*, cit.

⁶¹Cfr. Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 43/E del 30 maggio 2016, ove si legge: «Tanto premesso, per consentire di effettuare il versamento, tramite modello F24, dell'importo previsto dal citato comma 3-ter dell'articolo 2 del d.l. n. 18/2016, si istituisce il seguente codice tributo: “1200” denominato “Quota del 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015 delle banche di credito cooperativo – art. 2, comma 3-ter, d.l. n. 18/2016”. In sede di compilazione del modello F24, il suddetto codice tributo è esposto nella sezione “Erario”, in corrispondenza delle somme indicate nella colonna “importi a debito versati”; il campo “anno di riferimento” è valorizzato con l'anno in cui è effettuato il conferimento, nel formato “AAAA”.

persino formato, secondo la Consulta, un giudicato interno sulla giurisdizione tributaria, nessuno mai avendola eccepita.

Ma sempre *sub* art. 53 Cost. la Corte travisa anche l'argomento storico, connesso alla circostanza che, mentre nella versione originaria si prevedeva un'imposta del 20% a fronte della trasformazione in spa con conseguente affrancamento delle riserve indivisibili (una sorta di *recapture*), un pari prelievo, pur diversamente denominato, era rimasto nonostante il rinnovato vincolo di indivisibilità.

All'affrancamento delle riserve sarebbe infatti seguito, secondo la Corte, un esercizio diretto dell'impresa bancaria in forma di spa (e non già "vincolato", come nella specie); sicché è errato affermare che il medesimo prelievo si giustifica adesso sol perché l'esercizio dell'attività bancaria viene ... "esternalizzato".

Se così fosse, infatti, la versione "originaria" avrebbe dovuto prevedere due prelievi, l'uno per l'affrancamento delle riserve, divenute liberamente distribuibili; l'altro per l'esercizio in forma puramente "capitalistica" dell'attività bancaria.

Secondo la Corte, dunque, nel meno ... sta il più.

7. In conclusione, un tale sovvertimento delle consolidate categorie giuridiche ed un tale lettura errata del sistema normativo non possono che spiegarsi se non con la volontà della Consulta di voler affermare un messaggio "dirigistico", costi quel che costi: in ultima analisi, il "prezzo" cui allude la Corte è proprio quello della libertà (peraltro "condizionata") di impresa, sottratto ad ogni garanzia costituzionale.

Ma è proprio l'impostazione dirigistica in uno con l'inconsistenza degli argomenti addotti a giustificazione del prelievo ad aprire nuove prospettive di difesa alla BCC "ribelle" sul duplice fronte unionale e della CEDU.

Sotto un primo profilo, nel momento in cui la Corte àncora la *ratio* del prelievo all'avvenuto "sganciamento" dal sistema cooperativo bancario, quest'ultimo finisce con il dover essere irrimediabilmente collegato all'operazione di "conferimento" da cui esso

necessariamente consegue: il che spalanca le porte alla violazione della direttiva n. 69/335/Cee del 17 luglio 1968, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitale, successivamente recepita nella direttiva n. 2008/7/CE, traducendosi in una forma di prelievo con effetti economicamente equivalenti a quello di un'imposta sui conferimenti e prelevata *una tantum* in tale occasione.

Sotto un secondo profilo, l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, che tutela il diritto di proprietà disponendo che «*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*», contiene al secondo periodo del primo paragrafo e al secondo paragrafo norme che autorizzano la limitazione di tale diritto. In base al secondo periodo del primo paragrafo la privazione della proprietà – esproprio o nazionalizzazione – è sottoposta al rispetto di determinate condizioni, ovvero che sussista una «*causa di pubblica utilità*» e che ciò avvenga «*nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*». Il secondo paragrafo, poi, consente agli Stati di comprimere il diritto di proprietà per «*porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*». È chiaro dunque che l'avvenuta esclusione della natura tributaria dell'abnorme prelievo di cui trattasi, a favore di una norma di carattere fondamentalmente “sanzionatorio” per coloro che, pur autorizzati dalla stessa legge a rimanere autonomi per avere una dimensione già giudicata sufficiente per operare sul mercato, mettessero potenzialmente a repentaglio il disegno legislativo, spalanca le porte all'applicazione dell'art. 1 cit..

La partita, dunque, è tutt'altro che chiusa.

Giuseppe Melis

*Ordinario di Diritto tributario
nell'Università Luiss Guido Carli*