

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

COMITATO DI DIREZIONE

M. ANDENAS - F. CAPRIGLIONE - M. PELLEGRINI
D. ROSSANO - M. SEPE - V. TROIANO

2 / 2024

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.

Comitato di Direzione

M. Andenas - F. Capriglione - M. Pellegrini -D. Rossano -M. Sepe -V. Troiano

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

N. Casalino - V. Lemma – C. Marasco

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno
essereriprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus
su altreproprie pubblicazioni, in qualunque forma.

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

COMITATO SCIENTIFICO

E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, M. Brogi, R. Calderazzi, M. Clarich, R. Coccozza, G. Colavitti, G. Conte, P. E. Corrias, G. C. Corvese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Donna, F. Guarracino, F. Di Porto, V. Donativi, P. Gaggero, I. Ingravallo, S. Landini, R. Lener, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, A. Mangione, E. Maria Lombardi, G. Martina, R. Miccù, F. Moliterni, G. Napolitano, M. Passalacqua, M. Rabitti, P. Reichlin, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, D. Siclari, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Al fine di assicurare uno standard elevato della qualità scientifica dei contributi pubblicati, nel rispetto dei principi di integrità della ricerca scientifica, la Rivista adotta un modello di revisione dei manoscritti proposti per la pubblicazione che contempla il referaggio tra pari a doppio cieco (*double blind peer review*).

I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte di due valutatori individuati all'interno di un elenco, periodicamente aggiornato, di Professori ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche. L'assegnazione è effettuata dal Comitato di Direzione in accordo con il Direttore Responsabile tenendo conto delle aree di competenza di ciascun revisore e in assenza di conflitti di interessi con l'autore/l'autrice del contributo.

Il contributo è trasmesso dal Comitato editoriale ai *referees* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione.

A seguito del referaggio, attraverso comunicazione telematica da parte del Comitato editoriale, l'Autore riceve la scheda contenente il parere anonimo reso dai valutatori. Se i valutatori si esprimono a favore della pubblicazione senza modifiche, il contributo è avviato alla pubblicazione. Se anche uno solo dei valutatori si esprime a favore della pubblicazione subordinandola a modifiche, i rilievi così formulati sono trasmessi all'Autore (sempre in forma anonima). Nel caso in cui l'Autore decida di uniformarvisi, egli trasmette il contributo modificato al Comitato editoriale che, su indicazione del Comitato di Direzione, può inoltrarlo di nuovo al valutatore oppure procedere direttamente alla pubblicazione. In caso di valutazione finale positiva, il contributo è avviato alla pubblicazione; in caso contrario, il Comitato di Direzione valuta se rifiutare il contributo o procedere a un'ulteriore fase di revisione.

In ogni caso, in presenza di pareri dissenzienti tra i valutatori, il Comitato di direzione si assume la responsabilità di procedere alla pubblicazione, previo parere di un componente del Comitato scientifico scelto *ratione materiae*. Qualora entrambi i valutatori esprimano parere negativo alla pubblicazione, il contributo viene rifiutato a meno che il Direttore non ne autorizzi la pubblicazione se ritiene che esso soddisfi gli *standard* scientifici della Rivista.

Per ogni ulteriore chiarimento si rinvia al Codice Etico pubblicato sul sito internet della Rivista.

PARTE PRIMA

ARTICOLI

FRANCESCO CAPRIGLIONE – <i>La responsabilità per danni delle autorità di controllo del settore finanziario dopo la legge 5/03/2024, n. 21</i> (Liability for damages of financial sector supervisory authorities after law 5 March 2024, N. 21).....	124
DOMENICO SICLARI – DOMENICO ANDRACCHIO – <i>Calcio professionistico e regolazione antiriciclaggio</i> (Professional football and anti – money laundering regulation)	151
PAOLO GAGGERO – <i>Smart contracts e blockchains</i> (Smart contracts and blockchains).....	188
VALERIO LEMMA – <i>Innovazione tecnologica, Esg 2.0 e finanza sostenibile</i> (Technological innovation, ESG 2.0 and sustainable finance)	209

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

ILLA SABBATELLI – <i>Art 106 T.U.B. e crediti cartolarizzati: quale interesse?</i> (Art. 106 T.U.B. and securitized credits: what interest?) nota al decreto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 17 maggio 2024, n. 13749.....	48
CLAUDIA MARASCO – <i>Nullità del contratto di finanziamento per difetto di istruttoria: un orientamento giurisprudenziale</i> (Nullity of the loan agreement due to lack of due diligence: a jurisprudential perspective) nota all’ordinanza del Tribunale di Asti dell’8 gennaio 2024, n. 105.....	75

PARTE PRIMA

ARTICOLI

**LA RESPONSABILITÀ PER DANNI DELLE
AUTORITÀ DI CONTROLLO DEL SETTORE FINANZIARIO
DOPO LA LEGGE 5/03/2024, N. 21**

*(Liability for damages of financial sector supervisory authorities after
law 5 March 2024, n. 21)*

ABSTRACT: *In questo paper si esamina il disposto dell'art. 20 della legge 5 marzo 2024, n. 21, nel quale si individuano i limiti entro cui va circoscritta la responsabilità per danni delle autorità di controllo del mercato finanziario, nonché dei componenti dei loro organi e dei relativi dipendenti, avuto riguardo alle modalità di esercizio delle funzioni istituzionali che ai medesimi competono. È stata, infatti, modificata la legge n. 262 del 2005, integrando la norma dell'art. 24 di quest'ultima che circoscrive la imputabilità delle autorità di controllo del mercato finanziario ai soli casi di dolo o colpa grave. Tale modifica legislativa interagisce in maniera significativa sulle forme esplicative dell'attività di vigilanza, per cui quest'ultima presumibilmente dovrebbe essere revisionata non già nei suoi contenuti, bensì nelle modalità tecniche della sua applicazione.*

This paper analyses the limits set forth under Article 20 of Law No. 21 of 5 March 2024 on the liability for damages of the financial market supervisory authorities, as well as of corporate representatives and employees, considering the procedures for the exercise of their institutional functions. In fact, Law No. 262 of 2005 has been amended, supplementing the provision of Article 24, which provides limits to the liability of the financial market supervisory authorities in cases of intent or gross negligence. This amendment to the law interacts significantly with the explanatory forms of supervisory activity, so that the latter should probably be revised not in terms of content, but in terms of the technical modalities of application.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le ragioni dell'intervento normativo. - 3. Le indicazioni della giurisprudenza: dalla improponibilità dell'azione aquiliana. - 4. *Segue:* ... alla risarcibilità dell'interesse legittimo. - 5. La responsabilità civile delle amministrazioni di controllo del mercato finanziario...- 6. *Segue:* ...riflessi sulle modalità esplicative della vigilanza. - 7. Conclusioni.

1. La recente legge 5 marzo 2024, n. 21, recante disposizioni a sostegno della competitività dei capitali, nonché una delega al Governo per la riforma organica delle disposizioni in materia di mercati dei capitali, è intervenuta anche su un'altra tematica di particolare interesse per gli studiosi di diritto dell'economia. Mi riferisco alla individuazione dei limiti entro cui va circoscritta la responsabilità per danni delle autorità di controllo del mercato finanziario, nonché dei componenti dei loro organi e dei relativi dipendenti, avuto riguardo alle modalità di esercizio delle funzioni istituzionali che ai medesimi competono.

È stata, infatti, modificata la legge n. 262 del 2005, integrando la norma dell'art. 24 di quest'ultima con la seguente statuizione contenuta nell'art. 20 della citata legge n. 21: «6-ter. Fermo restando quanto disposto dal comma 6-bis, chi ha subito un danno per effetto di un atto o di un comportamento posto in essere da un soggetto vigilato da una delle Autorità di cui al medesimo comma può agire contro di essa per ottenere soltanto il risarcimento del danno che sia conseguenza *immediata e diretta* della violazione di leggi e di regolamenti sulla cui osservanza è mancata la vigilanza dell'Autorità stessa».

Si è in presenza di una trasformazione profonda della disciplina del settore finanziario, destinata a segnare una rivoluzione copernicana nelle dinamiche del mercato. La norma in osservazione innova, a mio avviso, la regolazione della risarcibilità dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave da un soggetto vigilato da Banca d'Italia, Consob, Ivass, Covip e Agcom. Significativa al riguardo è, infatti la specificazione secondo cui diviene possibile agire nei confronti di una di queste autorità per «il risarcimento del danno che sia

conseguenza *immediata e diretta* della violazione di leggi e di regolamenti sulla cui osservanza è mancata la vigilanza dell'Autorità».

L'interprete si trova di fronte all'affermazione legislativa di un criterio guida nella identificazione del soggetto destinatario di un'azione aquiliana; per cui suscita perplessità la precisazione - contenuta in una 'memoria' della Banca d'Italia al *Disegno di legge "Interventi a sostegno della competitività dei capitali AS 674¹* - che detto testo normativo si pone in una linea di coerenza con la giurisprudenza in materia. Per converso, sembra opportuno valutare le possibili interazioni di tale modifica disciplinare sulle modalità esplicative dell'attività di vigilanza. Da qui l'esigenza di procedere ad un opportuno accertamento dei limiti entro cui può essere ritenuta circoscrivibile la portata della modifica normativa in parola, dando spazio nel contempo alla verifica dell'ambito attualmente ascrivibile alla responsabilità civile delle *Authorities* per omessa e/o inadeguata vigilanza.

2. Al fine di pervenire ad una compiuta analisi della disposizione in parola necessita muovere dalla identificazione delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre una modifica, a mio avviso, particolarmente significativa del contesto disciplinare relativo alla *immunità* comportamentale delle autorità di controllo del mercato finanziario; ciò tenuto conto che queste ultime fino ad oggi sono state ritenute imputabili per un inadeguato esercizio delle loro funzioni istituzionali nei limiti di cui all'art. 24, comma 6 bis, della l. 262/2005, vale a dire solo per *dolo o colpa grave*.

Mi sembra doveroso, far presente che *prima facie* potrebbe ritenersi, come si sottolinea nella citata 'memoria' della Banca d'Italia, che la disposizione in esame sia volta ad *integrare* la statuizione del menzionato art. 24, comma 6 bis, della l. n. 262/2005 «stabilendo che le autorità rispondano, al pari dei loro organi e dei loro dipendenti, dei soli danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o

¹ Cfr. Senato della Repubblica, sesta Commissione permanente (Finanza e Tesoro), *Memoria della Banca d'Italia*, Roma, 27 giugno 2023.

colpa grave»². In altri termini saremmo in presenza di una limitazione coerente con gli *standard* internazionali in materia; donde la riconducibilità del disposto normativo in questione alle «leggi ...(che) ... tutelano l'autorità di vigilanza e il suo personale contro azioni legali relative a comportamenti e/o omissioni effettuate in buona fede durante l'espletamento dei propri doveri»³ e la conseguente finalità al medesimo sottesa di «enucleare con maggior grado di precisione una regola già inferibile da principi consolidatisi a livello giurisprudenziale», come sostiene la Banca d'Italia.

A ben considerare, tuttavia, un'ipotesi interpretativa siffatta non giustifica la predisposizione di una norma che, ove si accetti l'indicata lettura ad essa data dalla autorità di supervisione bancaria, non avrebbe ragion d'essere, poiché essa nulla aggiunge al complesso disciplinare previgente, dando vita quindi ad una inutile attivazione della funzione legislativa. È d'obbligo, pertanto, valutare se nella fattispecie dispositiva di cui trattasi sia possibile ravvisare gli estremi di un intervento del regolatore mirato a realizzare un ampliamento dell'ambito disciplinare indicato dal citato art. 6, comma bis, ritenuto al presente insufficiente a ricomprendere tutti i casi – compresi, quindi, quelli di 'colpa lieve' – di cui possono rendersi responsabili le nominate autorità nel loro *agere*.

Ed invero, l'interprete è portato a chiedersi - come è accaduto anche a me - quale possa essere stata la motivazione profonda a base di siffatto intervento che, come vedremo qui di seguito, va ben oltre gli indicati orientamenti giurisprudenziali *in subjecta materia*, essendo destinato ad interagire sulle modalità di svolgimento della supervisione, riflettendosi sui criteri ordinatori che oggi sono posti a presidio di quest'ultima. Ciò ponendo una problematica, le cui implicazioni di certo appaiono particolarmente complesse.

La difficoltà di dare un pronto riscontro ad interrogativi di tal genere può indurre finanche a ritenere poco chiara la *ratio* della innovazione normativa di cui trattasi; ciò,

² Cfr. *Memoria della Banca d'Italia*, cit. p. 5.

³ Così i “*Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*” adottati nel settembre 2012 dal Comitato di Basilea visionabili sul sito web della Banca dei Regolamenti Internazionali, all'indirizzo http://www.bis.org/publ/bcbs230_it.

in special modo ove si faccia riferimento (anche sul piano comparativo con la realtà di altri paesi) alla posizione di dichiarata 'non interferenza' (cui le menzionate autorità si conformano) rispetto alla linea comportamentale posta in essere dagli intermediari nei confronti dei risparmiatori investitori. Non a caso nella prassi operativa della Banca d'Italia di sovente viene, al riguardo, rappresentata una sorta di *terzietà* dell'istituzione rispetto al rapporto intermediario creditizio/cliente, prassi interventistica cui io stesso ricordo di essermi, in più occasioni, adeguato nella mia attività professionale svolta presso l'Avvocatura della nostra banca centrale.

In siffatto contesto potrebbe tornare alla mente il noto brocardo latino *lex plus dixit quam voluit* al fine di pervenire ad una interpretazione restrittiva del testo normativo in esame, ridimensionandone la portata in sede applicativa. In altri termini, al fine di trovare una qualche giustificazione alla introduzione della più volte richiamata disposizione dell'art. 20, si potrebbe finanche giungere ad ipotizzare che *forse* la portata dispositiva di quest'ultima debba qualificarsi (*rectius*: leggersi) in chiave restrittiva, andando oltre la effettiva *intentio legis* ad essa sottesa. Si riuscirebbe ad escludere, seguendo tale linea di pensiero, la possibilità che il regolatore, abbia voluto attivare un maggior coinvolgimento delle attività di controllo dell'ordinamento finanziario nell'esercizio delle funzioni di loro competenza; ma si finirebbe, sul piano delle concretezze, con l'ammettere di essere in presenza di una norma priva di ragioni d'essere, come dianzi ho precisato.

Supporta la mia riflessione la linea comportamentale tenuta dalla Banca d'Italia nell'ultimo decennio, a seguito della sostanziale perdita della supervisione bancaria, avvenuta a distanza di qualche lustro da quella del potere monetario. Per stessa ammissione del Governatore Visco, detta istituzione è incorsa in 'incertezze propositive' e 'ritardi'⁴, con ovvii importanti riflessi sull'operatività posta in essere. Da qui la configurabilità di una sorta di «crisi di identità» della nostra banca centrale⁵,

⁴ Cfr. VISCO, *Intervento del Governatore della Banca d'Italia alla Giornata Mondiale del Risparmio del 2017*, Roma, 31 ottobre 2017, p. 9.

⁵ Cfr. CAPRIGLIONE, *Conclusioni a margine del convegno annuale dell'associazione dei docenti di diritto dell'economia (ADDE) su "quali regole per quali mercati?"* (11-12 dicembre 2015), in *Riv. Trim.*

nonché la sua sostanziale adesione ad una logica di *deresponsabilizzazione* che si è risolta in atteggiamenti *dimissionari* ravvisati in talune particolari situazioni⁶ ovvero in forme di «reflusso di dirigismo, che stride con il principio di libertà d'iniziativa economica», come puntualmente è stato sottolineato dalla dottrina⁷.

È evidente, a mio avviso, come - in presenza della descritta realtà - il regolatore abbia voluto adottare una formula disciplinare che, inasprendo il regime della imputabilità, agisce da catalizzatore nell'evitare che perdurino forme di inefficienza operativa delle amministrazioni indipendenti preposte al settore finanziario o addirittura che queste incorrano in situazioni omissive. A tal riguardo, è appena il caso di ricordare che da tempi lontani gli studiosi hanno correttamente sottolineato come il *non facere* (i.e. l'omissione) costituisca di per sé una modalità d'intervento che si estrinseca in un *laissez faire* che si risolve in esiti spesso di valenza contraria alla linea operativa che, invece, avrebbe dovuto essere tenuta.

Ciò posto, non va trascurato di osservare che detta lettura delle motivazioni a base della statuizione in esame sposta l'indagine sul terreno franso della delicata ridefinizione dell'ambito dei poteri e delle responsabilità delle autorità di controllo del settore finanziario, le cui coordinate devono ritenersi, a mio avviso, decisamente modificate.

Sono di tutta evidenza, infatti, i pericoli connessi a valutazioni non improntate ad un coerente inquadramento della problematica di cui trattasi e, dunque, alla ricerca di soluzioni che, abbandonando posizioni di parte, siano volte ad una equilibrata conciliazione tra le forme di garanzia/tutela sottese alla responsabilità regolata dai principi ordinatori civilistici e quelle che, per converso, caratterizzano l'*agere* delle *Authorities* pubbliche, notoriamente autonome e indipendenti dal potere esecutivo. A

Dir. Econ., 2015, p. 317, ove – tra l'altro – si fa riferimento alle affermazioni dell'ispettore generale della vigilanza, Carmelo Barbagallo, il quale - nel corso di un'audizione parlamentare - richiamò «la difficoltà di trovare una soluzione di mercato» alle problematiche che all'epoca interessavano alcuni intermediari bancari.

⁶ Cfr. CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi*, Milano, 2014, pp. 20 ss.

⁷ Cfr. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo?*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2015, *Supplem.* al n. 4, p. 81 ss.

fronte di tali pericoli, si individuano poi i rischi di un ipotizzabile atteggiamento altalenante che, in argomento, potrebbe essere assunto dalla giurisprudenza, con conseguenti, possibili forzature della normativa. La specificità dei controlli cui deve aversi riguardo e l'esigenza, avvertita dalla dottrina già alla fine del secolo scorso⁸, di fare chiarezza nella materia che qui ci occupa suggeriscono che la prudenza è d'obbligo!

Quel che appare certo, comunque, è il definitivo superamento delle tesi conformate al criterio che le attività di vigilanza devono essere ricondotte all'«alta amministrazione»⁹, nonché la riconferma della tesi giurisprudenziale che, come si dirà in appresso¹⁰, si era contrapposta al consolidato indirizzo della Cassazione secondo cui «a fronte dell'esercizio ...(di un)... potere pubblicistico discrezionale e di *alta amministrazione* non è dato ravvisare alcuna situazione soggettiva tutelabile quale diritto soggettivo e neppure quale interesse legittimo»¹¹.

3. Nel riferimento alle considerazioni che precedono ritengo opportuno porre a fondamento dell'indagine, che qui si promuove, la riferibilità all'orientamento della giurisprudenza nella valutazione delle forme tecniche con cui, nel nostro Paese, è stata disciplinata la risarcibilità dei danni subiti dai risparmiatori/investitori che intrattengono rapporti con i soggetti abilitati a svolgere l'attività finanziaria. Va, infatti, ricondotta al processo evolutivo delle indicazioni in detta sede formulate la possibilità di accertare le ragioni che qualificano la recente decisione del legislatore italiano di adottare una innovativa regolazione dei diritti di coloro che operano nel mercato finanziario.

Risale alla metà del secolo scorso l'indirizzo giurisprudenziale che riteneva non

⁸ Cfr. per tutti BLANDINI, *Sulla responsabilità degli organi di vigilanza*, in AA.VV., *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, p. 323 ss.

⁹ Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, p. 95 ss, il quale ricollega a detta qualificazione della attività di vigilanza la conferma della natura non governativa, bensì amministrativa del C.I.C.R.

¹⁰ Mi riferisco alla nota sentenza della Cass. 22 luglio 1999, n. 500, che sarà oggetto di puntuale analisi nel successivo parag. n. 4.

¹¹ Cfr. Cass., sez. Un., 29 marzo 1989, n. 1531.

proponibili per difetto di giurisdizione le domande attoree nei confronti della Banca d'Italia in quanto «la funzione di vigilanza e di controllo sulla raccolta del risparmio e sull'esercizio del credito viene esercitata nell'interesse generale e non già nell'interesse del singolo cittadino»¹².

Tale orientamento trova ampia conferma in numerose sentenze nelle quali viene ribadito che «quando l'atto amministrativo viola soltanto una norma d'azione e non vi è, quindi, lesione di un diritto soggettivo, il privato che abbia fatto valere l'invalidità dell'atto ed abbia ottenuto dal giudice la pronuncia di annullamento dello stesso, non è legittimato all'azione di risarcimento dei danni»¹³. In linea con tali affermazioni è, del resto anche la dottrina pubblicistica alle medesime coeva; significativa, al riguardo, è la puntualizzazione che l'interesse legittimo identifica la pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo, che viene riconosciuta al soggetto che si trovi rispetto all'esercizio di un potere discrezionale della P.A. in una particolare posizione legittimante¹⁴.

Si è in presenza di una tesi che riconduce l'attività di vigilanza alla sola finalità del «sano ed ordinato svolgimento della vita economica e [...] dell'attività bancaria», laddove l'interesse del risparmiatore viene ricondotto ad una protezione giuridica mediata, quale è data riscontrare in conseguenza di una corretta tutela dell'interesse collettivo¹⁵. Nello specifico, si rileva infatti che «il danno risarcibile a norma dell'art. 2043 c.c. è soltanto quello derivante dalla violazione di diritti assoluti o primari, ossia dei diritti protetti *erga omnes* dall'ordinamento», per cui - come si è anticipato nel precedente paragrafo - viene esclusa la possibilità per i depositanti di lamentare un

¹² Cfr. Corte di Appello di Genova, 15 gennaio 1958, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1958, p. 55 e ss. In letteratura tra i primi scritti in argomento si veda PALLINI, *Improprietà dell'azione aquiliana. Carattere interno delle norme della legge bancaria*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1958, p. 52 ss.

¹³ Cfr. Cass. Sez. Un. 6 agosto 1962, n. 2418, in *Foro it.*, 1963, I, p. 64. In senso conforme v. anche Trib. Roma, 30 aprile 1963, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1964, p. 106 ss.; Trib. Milano, 9 gennaio 1986, in *Giur. comm.*, 1986, p. 427 ss.; Cass., Sez. un., 25 marzo 1988, n. 2579, in *Foro it.*, I, 1988, p. 3328 ss.; Cass., Sez. un., 29 marzo 1989, n. 1531, in *Foro it.*, I, 1991, c. 3205 ss.

¹⁴ Cfr. per tutti VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1976, p. 21.

¹⁵ Cfr. Trib. Roma, 27 aprile 1977, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1978, p. 97.

pregiudizio «tutelabile con l'azione di danno aquiliano»¹⁶.

Di fondo rileva la natura *discrezionale* della supervisione finanziaria ritenuta insindacabile da parte del Giudice ordinario, in quanto - in ragione di tale caratteristica - viene considerata sottratta al controllo di quest'ultimo la «potestà di intervento degli organi di vigilanza sul credito (Banca d'Italia, Ministero del tesoro, Consob)»¹⁷; ciò nel presupposto che la medesima risulti ispirata all'interesse generale e alla specifica finalità per la quale è stata concretamente conferita dalla legge a detti organi di controllo la potestà d'intervento¹⁸.

Commentando questo orientamento della giurisprudenza negli anni settanta del secolo scorso avevo modo di osservare che l'attività di vigilanza - nella sua interazione con le varie fasi del processo costitutivo, modificativo ed estintivo dei soggetti abilitati - è riconducibile sempre ad una valutazione di verifica della rispondenza del «provvedimento che viene emanato al pubblico interesse, anche se la particolarità e la riferibilità di quest'ultimo ad un interesse di natura privata può talora rendere difficile quel collegamento»¹⁹. Ciò con la conseguenza che detta valutazione - essendo vincolata al perseguimento delle finalità pubblicistiche cui deve, sotto il profilo teleologico, essere preordinata l'attività di supervisione (*i.e.* tutela del risparmio e stabilità del settore) - necessariamente si presenta caratterizzata da *discrezionalità*; prerogativa che attesta la riferibilità ad una tecnica procedimentale nelle scelte effettuate nella quale l'interesse generale prevale rispetto a quello dei privati che intervengono nella operatività del mercato finanziario. Da qui la implicita giustificazione della mancata attivazione di talune procedure a favore di altre ovvero di un comportamento omissivo che viene ritenuto opportuno sul piano della coerenza

¹⁶ Cfr. Trib. Roma, 27 aprile 1977, cit. p. 98 ss.

¹⁷ Cfr. Trib. Milano, 25 maggio 1987.

¹⁸ Cfr. FRANZONI, *La responsabilità civile delle Authorities per omessa vigilanza*, in AA.VV., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, Padova, 2006, p. 272 ss.

¹⁹ Cfr. CAPRIGLIONE, *Discrezionalità del provvedimento amministrativo di messa in liquidazione coatta di un'azienda di credito e pretesa risarcitoria del socio*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1978, p. 92, ove richiamo alcune mie precedenti considerazioni formulate in un altro mio scritto intitolato *Brevi note sul procedimento amministrativo concernente le concentrazioni bancarie*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1974, II, p. 473 e ss.

funzionale cui dette autorità devono conformare il proprio *agere*.

All'epoca era mio convincimento che la caratterizzazione pubblicitica dell'attività di vigilanza, collocando quest'ultima in uno stretto ambito amministrativo, esplicasse la sua incidenza restringendo il grado di sindacabilità dei provvedimenti adottati dalle autorità di controllo ai soli aspetti di legittimità formale. Sicché, in tale ordine d'idee ritenevo che dovesse essere esclusa la possibilità di ravvisare nell'azione imputabile agli organi di vertice del settore creditizio la fonte di possibili lesioni riscontrabili nei rapporti tra autorità controllante e soggetti controllati. *A fortiori* tale conclusione veniva da me ritenuta praticabile nei confronti di soggetti terzi (*i.e.* risparmiatori e investitori), dovendosi far discendere dalla estraneità di costoro alla relazione tra intermediari ed autorità l'effetto di escludere che l'intervento di quest'ultima potesse ledere i diritti e gli interessi dei terzi, fossero stati essi soci o creditori dell'ente bancario vigilato.

Naturalmente, a monte di tale *iter* logico si pone la constatazione che nel secolo scorso, in base alle consolidate indicazioni della giurisprudenza in argomento, la impugnativa avverso un provvedimento delle nominate autorità di controllo (emanato nell'esercizio delle funzioni istituzionalmente proprie di queste) potesse essere proposta unicamente per vantare una pretesa di illegittimità dello stesso, con la conseguenza che la relativa giurisdizione dovesse incardinarsi davanti al giudice degli interessi.

Va da sé che, nel delineato contesto, peculiare centralità va ascritta alla posizione della Banca d'Italia la quale, come è stato sottolineato in letteratura, è assegnataria di un «un complesso di attività da svolgere in un quadro di riferimento del tutto particolare... tanto che l'assetto istituzionale ed operativo ...(della stessa) ..., non ha eguali nel nostro ordinamento»²⁰. Ciò con la conseguenza che la sua funzione individua una sorta di snodo tra *administrative* e *judicial* che si incrociano nell'applicazione della legge concernente la protezione dei consumatori, dando vita ad

²⁰ Cfr. PERASSI, *Ruolo della Banca d'Italia e dell'autorità giudiziaria nel preservare l'integrità del sistema economico finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, p. 349 ss.,

un «approccio funzionale-rimediabile che... ha segnato il passaggio dal concetto di potere pubblico a quello di servizio ai cittadini»²¹.

4. Accogliendo la tesi, a lungo prospettata in letteratura²², che il «danno ingiusto» non è solo quello che si produce in violazione di un diritto soggettivo, la Cassazione, in una storica sentenza di fine secolo²³, ha ammesso che l'interesse legittimo potesse essere ricondotto nella fattispecie della responsabilità *aquiliana*.

Conseguentemente l'attività illecita della P.A. che abbia causato un «sacrificio dell'interesse alla conservazione ... (o all'acquisizione) ...di una situazione di vantaggio», come si precisa nella sentenza in parola, diviene presupposto per la richiesta di risarcimento. Da qui la proponibilità di una domanda risarcitoria ex art. 2043 cod. civ. davanti al giudice ordinario qualora la sussistenza di un danno ingiusto sia riferibile ad una condotta (positiva od omissiva) della P.A. imputabile a dolo o a colpa di quest'ultima.

La Cassazione - procedendo ad una lettura dell'art. 2043 disancorata dal tradizionale riferimento alla lesione di un diritto soggettivo - ha preso in considerazione l'interesse materiale sotteso all'interesse legittimo sottolineando che la relativa «lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare un danno». Ne consegue che l'interesse legittimo viene correlato alla posizione di vantaggio derivante dal bene o dalla situazione su cui incide il provvedimento amministrativo, prevedendosi

²¹ Così LOMBARDI, *La «responsabilizzazione» delle autorità di controllo del mercato finanziario. Modelli e funzioni*, Napoli, 2016, p. 312. In argomento v. anche CAFAGGI e MICKLITZ, *Administration and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward*, in *EUI Working Papers LAW*, 29, 2008, p. 1 ss.

²² Cfr. *ex multis* CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996; DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione degli interessi legittimi verso una soluzione «sistematica»*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 515 ss; BUSNELLI, *Lesione d'interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 269; PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale?*, *ivi*, 1997, p. 60; FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 253 ss.

²³ Mi riferisco alla sentenza delle Sez. Un. n. 500 del 22 luglio 1999, pubblicata in *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 10 e ss, con nota di CAPRIGLIONE, *Responsabilità e autonomia delle autorità di controllo del mercato finanziario di fronte alla «risarcibilità degli interessi legittimi»*.

al contempo la possibilità per il privato che abbia fatto valere l'invalidità di quest'ultimo di essere legittimato all'azione di risarcimento dei danni. Da qui il richiamo, ben evidenziato nella sentenza, alla necessità di conferire ai soggetti interessati «poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene».

Tale orientamento giurisdizionale deve ritenersi frutto del processo evolutivo che ha subito la nozione di 'discrezionalità' e, dunque, del progressivo restringimento dei relativi margini dovuto ai cambiamenti recati al nostro ordinamento soprattutto dall'integrazione economica europea che ha inciso profondamente sullo statuto speciale degli operatori del settore. Sicchè, a fronte della originaria latitudine di tale nozione - volta finanche a definire *l'adeguatezza delle esigenze economiche del mercato* ed a scegliere le *procedure* applicabili in presenza di situazioni di patologia aziendale degli intermediari - la sentenza in esame registra gli esiti (*rectius*: le conseguenze) dell'impulso alla *obiettivizzazione* del controllo pubblico introdotti dal Testo Unico Bancario del 1993²⁴.

È appena il caso di far presente che il rapporto dicotomico 'autonomia-interventismo', posto a base dell'ordinamento del credito, ha subito una sostanziale modifica a seguito dell'emanazione del TUB, per quanto quest'ultimo abbia lasciato formalmente inalterato lo schema organizzativo del settore. Esso viene ricollegato, infatti, alla modifica dei capisaldi della nuova sistemica creditizia che, sul piano operativo, recepisce le istanze provenienti dal mercato; queste hanno segnato la affermazione del «momento tecnocratico», superando quello «politico» nella dialettica che è a base delle forme di governo dell'economia²⁵. Si comprende, pertanto, come la riduzione del potere discrezionale delle amministrazioni di controllo si collochi in tale processo, del quale costituisce un ineludibile corollario.

Ed invero, il collegamento a valori fondamentali come l'impresa e il mercato,

²⁴ Cfr. CAPRIGLIONE, *Commento sub art. 10 TUB*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, Tomo I, p. 118.

²⁵ Cfr. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, *passim* e in particolare cap. V.

che è a fondamento di detta realtà, postula, da un lato, l'esigenza di non creare sperequazioni a danno degli operatori nazionali rispetto a quelli esteri, dall'altro la necessità di limitazioni nell'esercizio dei poteri connessi all'esercizio delle funzioni di vigilanza. Conseguentemente si sono ridotti i margini liberi dell'azione discrezionale sino alla coincidenza col puro merito amministrativo; in tale contesto ha giocato un ruolo determinante la riaffermazione del principio di legalità e dell'esigenza di «un'effettiva tutelabilità delle pretese del cittadino verso l'amministrazione»²⁶.

5. La sentenza n. 500 del 1999 è stata tempestivamente seguita da altre pronunce della Corte di Cassazione che hanno consolidato il processo di modifica del regime della responsabilità delle autorità di controllo del settore finanziario. Mi riferisco alla sentenza della Cassazione 3 marzo 2001, n. 3132, emessa nei confronti della Consob, nella quale si chiarisce che il risparmiatore ha diritto di vedere tutelati i suoi risparmi da parte dell'Autorità di vigilanza, in ragione della sua posizione di titolare di un diritto soggettivo all'integrità del proprio patrimonio²⁷.

La Suprema Corte ha, per tal via, voluto sottolineare che le *Authorities* che presiedono al mercato finanziario, nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali, attraverso la salvaguardia della integrità del settore e la trasparenza dell'*agere* che in esso viene svolto assolvono alla delicata incombenza di assicurare la «tutela del risparmio» cui il nostro legislatore ha dato specifico rilievo costituzionale. Va da sé che la riferibilità alla Consob, cui sono rivolti gli esiti delle puntuali valutazioni formulate in sentenza, non è preclusiva della potenziale estensione di queste ultime a tutte le altre amministrazioni di controllo del nostro ordinamento finanziario; sicchè, anch'esse devono ritenersi destinatarie dei criteri operativi indicati dalla Cassazione, con la conseguenza che sono tutte tenute ad esercitare l'attività di loro competenza nelle modalità che una attenta dottrina riconduce ai limiti posti dal principio del *neminem*

²⁶ Cfr. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, vol. XIII, p. 53 ss.

²⁷ Se ne veda il testo in *Banca borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 10 ss. con nota di PERRONE, *Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob*.

*laedere*²⁸.

Come è stato sottolineato in dottrina la Corte di Cassazione, con questa sentenza ha fatto alcuni «passi oltre la sentenza 500/99»²⁹, indicando quale avrebbe dovuto essere per il futuro la via da seguire al fine di risolvere la questione della risarcibilità del danno ingiusto da lesione di interessi legittimi. Viene convalidata, quindi, la tesi del ridimensionamento della discrezionalità delle citate *Authorities* e demandato al Giudice ordinario il perseguimento del compito sopra indicato; si ribadisce, altresì, il venir meno della nota dicotomia «diritto soggettivo - interesse legittimo», che tradizionalmente è posto a fondamento dell'individuazione della autorità giudiziaria competente con riguardo al contenzioso da attivare.

Di lì a breve il legislatore italiano tornerà a disciplinare tale materia nella legge n. 262 del 2005, prevedendo all'art. 24, comma 6 *bis*, in precedenza richiamato, che «nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave». Tale disposizione nel recepire le indicazioni dell'orientamento giurisprudenziale dianzi analizzato fissa un punto di non ritorno nella definizione dell'ambito della responsabilità civile ascrivibile alle amministrazioni di controllo in parola, tenute a rispondere dei danni causati nell'esercizio delle loro funzioni; il regolatore ha optato, peraltro, per una linea di *non rigore* che si individua nel circoscrivere la responsabilità civile ai casi di dolo o colpa grave.

È stata attuata, in tal modo, una piena adesione ad un principio generale del nostro ordinamento sancito nell'art. 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3. T.U. degli impiegati civili dello Stato³⁰, opzione normativa che - come è stato sottolineato in

²⁸ Cfr. SCLAFANI, *La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, n. 1, p. 14.

²⁹ Cfr. CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio dell'attività di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99, Danno e resp.*, 2002, p. 224.

³⁰ Art. 23 del d.p.r. 10 gennaio 1957: «È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell'impiegato

letteratura - è finalizzata ad «evitare che l'effetto deterrenza scatenasse una vigilanza di tipo *difensivo*»³¹. Significative, al riguardo, sono alcune pronunce della Corte di Cassazione emanate in questo millennio; mi riferisco, in particolare, alla sentenza in data 27 aprile 2011, n. 9404, in materia risarcitoria per i danni derivati dalla condotta omissiva di Banca d'Italia e Consob, e più recentemente alla pronuncia del 5 settembre 2019, n. 22164. In tali sentenze si ribadisce che i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza da parte degli enti pubblici preposti al controllo su banche ed intermediari, sono risarcibili da detti enti di supervisione vuoi perché la inosservanza dei canoni comportamentali sostanzia una violazione del generale principio del "*neminem laedere*", vuoi in relazione alla presenza di una irregolare condotta degli intermediari; indirizzo consolidato anche in successive sentenze nelle quali viene ribadita la competenza del giudice ordinario *in subiecta materia*³², nonché la necessità di accertare il nesso di causalità tra le condotte lesive per poter configurare la responsabilità solidale dei danneggiati³³.

Si è addivenuti, in tal modo, alla configurazione dell'impianto regolatorio nel quale si colloca il disposto dell'art. 20 della legge n. 21 del 2024. Come si cercherà di evidenziare, si è in presenza di una norma che effettua un sostanziale allargamento della sfera di responsabilità delle autorità di controllo del mercato finanziario; è ciò per variegate ragioni, che si compendiano vuoi nell'esigenza di conformare (in maniera più stringente rispetto al passato) l'operato delle menzionate autorità al principio di legalità, vuoi per indurre queste ultime ad una rivisitazione delle forme di vigilanza attualmente praticate.

Ciò posto, quel che ai fini di una corretta interpretazione della norma in esame rileva a livello sistematico è in collocamento della stessa nell'ampio quadro disciplinare

sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nella omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento».

³¹ Cfr. CAPUTO, *La responsabilità delle autorità di vigilanza nazionali ed europee per omessa vigilanza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 18, febbraio 2023, p. 1550.

³² Cfr. Cass. Civ., S.U., 5 marzo 2020 n. 6324.

³³ Cfr. Cass. S.U., 27 aprile 2022, n. 13143.

dell'art. 2043 cod. civ., collegandone l'essenza al complesso dispositivo dell'ordinamento che condanna determinati comportamenti che abbiano causato un danno, donde l'attribuzione di un autonomo diritto soggettivo al risarcimento. Come chiaramente è dato evincere dalla richiamata sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione, la disposizione codicistica testé menzionata stabilisce che deve essere risarcito ogni danno che sia di per sé ingiusto, dovendo essere configurato come tale qualora sia arrecato senza riferibilità alcuna ad una norma giustificatrice.

Quel che viene in considerazione, quindi, è la lesione di una posizione giuridica soggettiva, la quale diviene presupposto dell'obbligo posto a carico dell'autore della lesione di risarcire le conseguenze negative a livello patrimoniale, le quali sono derivate dalla sua condotta. A fronte della funzione risarcitoria della responsabilità civile, ritenuta prevalente dalla dottrina³⁴, è stata acutamente individuata la presenza di una funzione *preventiva* volta a determinare comportamenti diversi da quelli che hanno causato il danno³⁵; indicazione che ritengo particolarmente utile nel valutare le finalità che oggi possono aver indotto il legislatore a ravvisare l'esigenza di ampliare gli obblighi *in subiecta materia* che già facevano carico alle autorità di controllo del settore finanziario.

Orbene, passando alla identificazione, nel disposto dell'art. 20 della l. 21/2024, degli interessi ritenuti meritevoli di tutela, dalla cui lesione origina l'obbligo di risarcire un danno, che potremmo definire dinamico/relazionale, va detto che una diversa lettura di tale norma - come ho anticipato in apertura - farebbe ritenere poco congruo l'intervento legislativo in parola, risolvendosi in un contesto ripetitivo della previgente disciplina. Da qui la configurabilità di una portata dispositiva dello stesso che va oltre (*rectius*: supera) quella circoscritta ai soli casi di dolo e colpa grave che, fino ad oggi, ne hanno definito l'ambito di applicazione. È evidente come il venir meno di un'univoca

³⁴ Cfr. *ex multis* RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; MONATERI, *La responsabilità civile*, in Tratt. Sacco, 1998; ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma – Bari, 2003; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2021.

³⁵ Cfr. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, V ed., p. 876.

riferibilità ai casi testé menzionati dia spazio ad un criterio di più ampia latitudine nella identificazione degli accadimenti cui accordare l'incidenza economica di un evento dannoso. Nello specifico, mi sembra che debba aversi riguardo agli esiti negativi che un'attività di controllo inadeguata ovvero omissiva sui soggetti abilitati può produrre a carico di coloro che con questi ultimi intrattengono rapporti di carattere finanziario.

Pertanto, è prevedibile che detta modifica disciplinare si traduca in un ampliamento (rispetto al passato) del numero delle situazioni alle quali possano essere ricollegati eventi idonei a determinare una richiesta di danni. Ciò anche in considerazione del fatto che si è in presenza di una realtà procedurale semplificata, essendo circoscritta alla semplice verifica di un rapporto di causa/effetto tra il comportamento lesivo posto in essere da un soggetto vigilato ed il danno subito da colui che agisce nei confronti della autorità di settore per il risarcimento.

E' ben vero che il legislatore ha puntualizzato che il danno deve essere «conseguenza *immediata e diretta* della violazione di leggi e di regolamenti sulla cui osservanza è mancata la vigilanza», ma ad una attenta valutazione ci si accorge che tale specificazione aggiunge poco alle modalità di accertamento della stretta relazione che deve intercorrere tra la 'carezza' riscontrabile nell'attività di vigilanza e l'evento dannoso. A ben considerare, anzi, la prima locuzione «immediata» appare pleonastica nell'economia complessiva del disposto normativo, laddove la seconda «diretta», essendo indicativa del coerente raccordo che deve sussistere tra condotte lesive e responsabilità, assolve ad una mera funzione di rafforzamento dell'*intentio legis* sotteso all'art. 20 in esame.

Per converso, non ci si può nascondere il grave rischio rappresentato da una superfetazione delle ipotesi risarcitorie causata da valutazioni temerarie, effettuate con riguardo a presumibili carenze od omissioni dell'azione di vigilanza. Ancora una volta la prudenza è d'obbligo, dovendo il ricorso alle vie legali (per fattispecie lesive dei diritti di soggetti terzi) essere contenuto in circoscritti limiti, riconducibili - come si tenterà di evidenziare nel prossimo paragrafo - unicamente a condotte che si sostanziano in un'inidonea interpretazione della disciplina speciale o, addirittura,

seguono una distorta logica del 'rapporto tra potere e responsabilità' che talora tracima in un arrogante atteggiamento di noncuranza, sul quale si riflettono gli esiti dell'attività di supervisione.

6. Come si è avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, la modifica legislativa che qui ci occupa interagisce significativamente sulle forme esplicative dell'attività di controllo, per cui quest'ultima presumibilmente dovrebbe essere revisionata non già nei suoi contenuti, bensì nelle modalità tecniche della sua applicazione

È indubbio, infatti, che l'apparato regolatorio, di cui fruisce l'ordinamento finanziario italiano, potendo avvalersi di un complesso dispositivo di 'normativa secondaria' particolarmente incisivo, appare idoneo ad assicurare il perseguimento delle finalità che il legislatore si è proposto con una regolazione che pone sullo stesso piano «competizione, efficienza, stabilità e trasparenza». Si è presenza, infatti, di un sistema disciplinare che si propone di raccordare le condizioni che supportano la potenzialità dell'intermediario di stare sul libero mercato; ed invero, all'uopo sono predisposti meccanismi operativi che consentono di supportare lo sviluppo secondo criteri rispettosi del rapporto tra «fini e mezzi». Va, peraltro, considerato che la capacità dei soggetti abilitati di proporsi in termini profittevoli - e, dunque, di esprimere un'operatività che consenta ai medesimi di permanere con le proprie forze nel mercato - presuppone a monte la necessità che detti soggetti agiscano senza recare pregiudizi alla propria solidità ed a quella di coloro con i quali si relazionano.

Si individua un *modus agendi* degli appartenenti all'ordinamento finanziario che si completa conformando la loro condotta (nei confronti della propria clientela) a criteri di correttezza e trasparenza; si individuano, quindi, i presupposti di una realtà nella quale dovrebbero essere evitate le condizioni che legittimano, in alcuni casi, gli investitori/risparmiatori ad adottare forme di autotutela con richieste di risarcimento danni.

È con riguardo al conseguimento di tali obiettivi che possono evidenziarsi, a mio

avviso, occasioni di inadeguate linee comportamentali, da parte delle autorità di vigilanza nazionali, riconducibili nell'ambito della previsione risarcitoria di cui all'art. 20 della legge in esame.

Sul punto necessita fare una precisazione con specifico riguardo al settore bancario. Com'è noto, l'attuale regime regolatorio è costituito da un *framework* normativo che dispone una intensa collaborazione tra i vertici dell'ordinamento finanziario europeo e le autorità di supervisione nazionali³⁶. L'esercizio della funzione di controllo sul settore nasce dall'incontro tra costoro e si alimenta nel *continuum* con l'attività riveniente da una reciproca collaborazione; ne consegue che le amministrazioni di vigilanza italiane non possono sottrarsi in alcun modo ad eventuali imputazioni di responsabilità adducendo come esimente il fatto che, in base alla regolazione europea, per talune categorie di banche (classificate 'ad alto rischio') denominate *significantive* compiti primari in materia di supervisione sono attribuiti alla Banca Centrale Europea³⁷. Sicchè, le considerazioni che qui di seguito verranno esposte restano ferme anche nelle ipotesi in cui afferiscano ad enti creditizi cd. *significativi*.

³⁶ Si fa presente che nel 2012 gli organismi di vertice dell'UE hanno avvertito la esigenza di assicurare la stabilità finanziaria dell'Unione attraverso una riforma strutturale idonee a superare in via definitiva i rischi rivenienti dalla crisi degli anni 2007 e seguenti. Si è addivenuti così alla realizzazione di un'*Unione bancaria europea*, contraddistinta da un significativo «coinvolgimento della BCE» e dalla presenza di due *Meccanismi unici* di vigilanza e di risoluzione. Significative al riguardo sono le parole del Governatore della Banca d'Italia, Fabio Panetta: «è in risposta alla crisi che fu istituito il Meccanismo di vigilanza unico a livello europeo (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), il c.d. primo pilastro dell'Unione bancaria, cui fece seguito la creazione del secondo pilastro – il Meccanismo di risoluzione unico (*Single Resolution Mechanism*, SRM)»; v. *Indirizzo di saluto*, in AA.VV., *Atti del convegno 'A trent'anni dal Testo Unico Bancario (1993 – 2023)'*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 100. Cfr. tra gli altri WYMEERSCH, *The European Banking Union. A first Analysis*, *Universiteit Gent*, Financial Law Institute, WP, 2012-07, ottobre 2012, p. 1; AA.VV., *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75; CAPRIGLIONE, *L'unione bancaria europea*, Torino, 2013; IBRIDO, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Roma, 2017.

³⁷ Cfr. REGOLAMENTO (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, art. 6, par. 4, secondo cpv, ove si legge: «un ente creditizio o società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista non sono considerati meno significativi.... qualora soddisfino una qualsiasi delle seguenti condizioni: i) il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di EUR; ii) il rapporto tra le attività totali e il PIL dello Stato membro partecipante in cui sono stabiliti supera il 20 %, a meno che il valore totale delle attività sia inferiore a 5 miliardi di EUR; iii) in seguito alla notifica dell'autorità nazionale competente secondo cui tale ente riveste un'importanza significativa con riguardo all'economia nazionale, la BCE decide di confermare tale significatività sulla scorta di una sua valutazione approfondita, compreso lo stato patrimoniale, dell'ente creditizio in questione».

Ciò posto, al fine di individuare alcune tra le molteplici ipotesi in cui sono configurabili, a mio avviso, i presupposti per promuovere una richiesta di risarcimento danni nei confronti delle nominate autorità è bene prendere le mosse dalla valutazione della prassi operativa seguita dalla Banca d'Italia - cui in precedenza ho fatto riferimento - di rappresentare una sorta di *terzietà* dell'istituzione rispetto ai rapporti tra intermediari creditizi e clienti. Tale prassi - che, ovviamente, riflette una logica burocratica - è volta a consentire all'autorità di supervisione di «restar fuori» da accadimenti che non vengono ritenuti strettamente connessi all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali. Essa appare, dunque, finalizzata all'intento di *schivare* i presumibili rischi che possono insorgere nelle relazioni, talora scabrose, che si presentano nel mercato; una linea comportamentale siffatta si presta, tuttavia, a dar spazio a situazioni che, come si tenterà di dimostrare qui di seguito, rientrano a pieno titolo nella previsione normativa di cui trattasi.

A titolo esemplificativo, ritengo opportuno rappresentare una fattispecie che, più di altre, sembra significativa ai nostri fini. Mi riferisco al caso in cui un investitore presenti un *esposto* all'autorità nel quale viene denunciata una condotta del soggetto abilitato che si presenti manifestamente lesiva dei suoi interessi; denuncia che, per solito, resta senza alcun riscontro per la motivazione cui dianzi facevo riferimento, evenienza quest'ultima da me riscontrata nell'esercizio della mia attività di avvocato del libero foro. Va da sé che al verificarsi dell'evento dannoso preconizzato nella menzionata denuncia il cliente del soggetto abilitato potrà ritenersi legittimato ad attivare (al presente presumibilmente con successo) un'azione risarcitoria nei confronti dell'autorità di controllo.

Passando all'esame di altre fattispecie riscontrabili nella prassi di mercato, presenta specifico rilievo quella che si individua a seguito di ispezioni disposte dagli Organi di vigilanza; ispezioni che abbiano evidenziato l'esistenza di carenze della struttura organizzativa dell'intermediario sottoposto a controllo. Va segnalato in proposito che in occasione di tale eventualità è possibile che si determinino talora nell'azione di vigilanza 'ritardi propositivi' o, addirittura, che vengano adottate misure

le quali finiscono col risolversi a danno di coloro che intrattengono rapporti operativi con il soggetto abilitato.

Orbene, tali modalità operative delle autorità - e soprattutto il riscontro di talune *incertezze* dell'organo di vigilanza nell'assumere congrui interventi al riguardo – sono spesso causa di situazioni aziendali destinate a peggiorare irreversibilmente le criticità dell'intermediario, riscontrate in sede ispettiva; ciò con l'ovvia conseguenza di aprire la strada a richieste di risarcimento ex art. 20 della l. n. 25/2024 da parte dei risparmiatori/investitori coinvolti e travolti da tali eventi.

La storia di talune banche italiane è emblematica in proposito; per tutte valga il richiamo alle vicende della Popolare di Bari e della sua controllata Tercas. Non è questa la sede per ritornare su una tematica a lungo oggetto di dibattito da parte della dottrina che si è soffermata ad analizzare la manifestazione di interesse della Popolare di Bari ad acquistare la Banca Tercas in commissariamento, subordinandola peraltro alla condizione che il *deficit* patrimoniale di quest'ultima venisse interamente coperto dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD)³⁸.

Va segnalato, tuttavia, che le note vicende che si susseguirono nel delineato contesto (identificazione, nell'intervento del FITD, di un aiuto di Stato, ritenuto illegittimo da parte della Commissione UE; sentenza del Tribunale Europeo che ha annullato la decisione della Commissione; conferma di tale decisione nel 2021 da parte della Corte di giustizia) sembrano gettare un'ombra di dubbio sulla linearità comportamentale della Banca d'Italia, come è dato evincere dalle indicazioni della stampa dell'epoca³⁹. Infatti, dai commenti degli analisti «emergono passaggi non

³⁸ Cfr. ROSSANO D., *La Corte di giustizia UE sul caso Tercas: oltre il danno, la beffa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, II, p. 1 ss. Sul connesso problema della configurabilità di «aiuti di Stato» e di possibili responsabilità delle autorità di controllo cfr. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2016, p. 124 ss; LOMBARDI, *La responsabilità delle autorità di sorveglianza del mercato finanziario: regola aurea o «All that glitters is not gold»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1409 ss.

³⁹ Cfr. *inter alios* l'editoriale intitolato *Popolare Bari e Tercas, tutti i rapporti fra Jacobini, De Bustis e Bankitalia*, visionabile su <https://www.startmag.it/economia/popolare-bari-tercas-bankitalia>, ove si legge: «Ma dietro questa storia di risparmio tradito... c'è molto di più... sullo sfondo il ruolo della Banca d'Italia, che già tre anni fa, dopo una lunga ispezione, aveva segnalato importanti criticità... Eppure, nell'ottobre del 2013, poche settimane dopo quella severa reprimenda, proprio da Bankitalia era arrivato

proprio gratificanti sul comportamento della Banca centrale...(in quanto)... Bankitalia è da una parte l'autrice di due ispezioni che mettono in luce il dissesto, i finanziamenti baciati, i possibili raggiri nei confronti della clientela, i prestiti a imprenditori a rischio insolvenza; dall'altra però agli occhi degli inquirenti non sempre sembra in grado di agire per trovare una soluzione»⁴⁰. Ciò a prescindere dagli attriti fra la Banca d'Italia ed i vertici del Fondo interbancario di tutela dei depositi, all'epoca presieduto da Paolo Savona, sui quali a lungo si è intrattenuto quest'ultimo in un libro da lui pubblicato nel 2018⁴¹.

Non compete a me esprimere giudizi su questa 'storia' la quale, ad avviso di acuti studiosi, risponde ad una logica interventistica rinvenibile anche in occasione di «altre vicende bancarie occorse nel torno di quel tempo: in particolare, il riferimento corre alle quattro Casse di risparmio (Etruria, Chieti, Ferrara e Marche), o anche alle «banche venete»⁴²; logica che, con tutta probabilità, affonda le sue radici nel riferimento all'esigenza di dover procedere «nei casi di difficoltà di un intermediario.. ... (ad) ... una ricapitalizzazione sul mercato, alla prassi delle autorità di vigilanza di esplorare la possibilità di un acquisto da parte di altre banche», per usare le parole del Governatore Visco⁴³. Mi impedisce di formulare una chiara valutazione di questi eventi la diffusa opacità normativa che ha caratterizzato la regolazione del settore in epoca immediatamente successiva alla introduzione del 'Meccanismo Unico di Risoluzione'

a Bari l'invito a farsi carico di Tercas, la vecchia Cassa di Teramo che dopo un lungo commissariamento stava per affondare travolta dalle perdite».

⁴⁰ Cfr. l'editoriale *Popolare Bari, ecco come la Procura sculaccia pure la Banca d'Italia*, visionabile su <C:/Users/User/Desktop/ARTICOLI%20SU%20POP%20BARI/download.htm>, ove si riporta il brano riportato nel testo pubblicato da *IlSole24Ore*.

⁴¹ Ci si riferisce alla scritto intitolato *Come un incubo e come un sogno Memorialia e Moralia di mezzo secolo di storia*, per i tipi di Rubettino, ove - tra l'altro - si legge: «La situazione di confusione e autodifesa degli errori di vigilanza della Banca d'Italia si sono ripetuti per altri casi e per altri aspetti dell'intervento, esplodendo in occasione della sistemazione della crisi della Tercas, la Cassa di Teramo, che si trascinava da anni ed era stata malamente condotta per coprire il conflitto di interessi in cui era incappata».

⁴² Cfr. DOLMETTA e LENTINI, *La Corte di Giustizia sul caso Tercas. Primi scenari*, visionabile su www.dirittobancario.it/art/la-corte-di-giustizia-sul-caso-tercas-primi-scenari.

⁴³ Cfr. l'editoriale intitolato «Pronti a rispondere in tutte le sedi. Abbiamo svolto il compito di vigilanza», pubblicato sul *Corriere della sera* del 23 dicembre 2019, ove sono riportate le parole del Governatore Visco menzionate nel testo.

ad opera della direttiva n. 2014/59/UE (cd BRRD)⁴⁴; mi toglie serenità di giudizio soprattutto il legame, che ancora sento vivo in me, di appartenenza all'istituzione Banca d'Italia alla quale ho dedicato circa trent'anni della mia vita professionale.

Ulteriori considerazioni possono essere espone con riferimento ad altre attività, poste in essere nell'esercizio dei poteri di supervisione, che potrebbero dar adito a richieste di risarcimento danni. Mi limito qui a segnalarne una che, con tutta probabilità, sarà accaduto a molti di riscontrare nell'esercizio della professione forense.

Nello specifico, mi riferisco alle fattispecie concernenti l'adozione di misure nei confronti di esponenti degli organi sociali di soggetti abilitati responsabili di situazioni di *mala gestio* o, quanto meno, di comportamenti irregolari; fattispecie per le quali le disposizioni legislative in vigore prevedono finanche l'esercizio dei poteri di *individual removal* (i.e. di rimozione dalla carica) che hanno avuto compiuta definizione normativa nel disposto dell'art. 53-bis T.U.B⁴⁵. Si è in presenza di uno strumento di fondamentale rilievo per «incidere sull'obiettivo di assicurare una buona *governance*», come è stato puntualizzato in dottrina⁴⁶; esso è attivato «dalla Banca d'Italia autonomamente ... perché non subordinato ad altri strumenti»⁴⁷ e si contraddistingue, nel suo impiego, per un'ampia discrezionalità, correlata al carattere prudenziale delle valutazioni ad esso sottostanti⁴⁸.

È indubbio che le caratteristiche che connotano l'esercizio del potere di *removal* possono interagire su un uso inappropriato dello stesso, come sarà accaduto di notare a coloro che avendo presentato *esposti* all'autorità per richiedere - sulla base di una

⁴⁴ CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equi librio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 537 ss.

⁴⁵ Cfr. PILATI, *Commento sub art. 53 bis*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo I, Milano, 2018, p. 630 ss.

⁴⁶ Cfr. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione del gruppo bancario*, Milano Assago, 2017, p. 233; TROIANO, *La Bank Recovery and Resolution Directive e la problematica dei piani di risanamento*, relazione svolta nel convegno *Vigilanza europea e funzione dell'impresa bancaria tra autonomia, stabilità e utilità sociale*, Università di Bergamo, 26 maggio, 2017, par. 4.

⁴⁷ Cfr. PILATI. Op. cit., p. 638.

⁴⁸ Cfr. ANTONUCCI, *I poteri di removal degli esponenti aziendali nell'ambito del Single Supervisory Mechanism*, in *Banca impr. soc.*, 2016, p. 39 ss.,

puntuale rappresentazione di specifiche condotte scorrette o altre criticità ascrivibili ad alcuno dei vertici aziendali - la rimozione di un esponente bancario, ha visto tale richiesta restare senza riscontro alcuno e la sua aspettativa cadere nel nulla.

Da ultimo, va fatto presente che maggiori chiarificazioni interpretative sulla tematica qui esaminata potranno essere fornite in sede di attuazione della 'delega al Governo per la riforma organica delle disposizioni in materia dei mercati di capitali' prevista dall'art. 19, comma 2, lett. i, della l. 5 marzo 2024, n. 21. Tale disposizione, infatti, attribuisce espressamente al legislatore delegato il compito di «aggiornare il regime di responsabilità di cui all' articolo 24, comma 6-bis, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, tenuto conto della disciplina applicabile al sistema di vigilanza italiano nonché delle raccomandazioni e degli standard internazionali». Si è in presenza di una formulazione normativa che fa riferimento ad una puntuale specificazione dei contenuti normativi del successivo art. 20 da attuare attraverso l'*aggiornamento* del previgente regime di responsabilità, locuzione che, a mio avviso, è indicativa di una *intentio legis* che - come ho in precedenza ho segnalato - non vuole essere circoscritta ad una mera ridefinizione delle sole ipotesi di 'dolo' e 'colpa grave'.

7. A conclusione di queste riflessioni sulla responsabilità civile delle autorità di controllo del mercato finanziario a seguito dell'emanazione della legge n. 21 del 2024 mi sembra opportuno evidenziare in sintesi la significativa indicazione che da quest'ultima perviene in ordine in ordine alla definizione di una innovativa posizione delle nominate autorità nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali ora caratterizzate, per quanto concerne la loro responsabilità civile per danni recati a terzi da intermediari in termini più stringenti di quanto non lo fosse stata in passato.

Si è, in primo luogo, sottolineato che la risarcibilità del danno ingiusto causato da mancante e/o carente rispetto della disciplina speciale determina una riduzione dei poteri d'intervento delle amministrazioni di vertice del settore bancario, ora obbligate ad un'osservanza particolarmente attenta degli strumenti ad esse demandati dalla legge, il cui utilizzo deve essere effettuato sulla base di un raccordo alle regole tecniche

più intenso di quanto non fosse dato riscontrare nel passato. La stessa *moral suation* vede affievolita la sua carica propositiva; questa perde la sua volenza di formula integrativa dell'apparato tecnico amministrativo a disposizione di tali autorità le quali, in molteplici occasioni, si sono avvalse di detto 'rimedio informale' fondato sul concorso degli appartenenti al settore bancario⁴⁹.

A ben considerare, trova conferma la tendenza a ricondurre in un ambito di *automatismo* l'attività di vigilanza bancaria: si individuano i presupposti per una rivisitazione in chiave *neutra* del ruolo assegnato alla Banca d'Italia dalla normativa del TUB.

Vengono alla mente i 'poteri neutrali' di *schimttiana* memoria, che - come è stato attentamente evidenziato - fanno riferimento alle istituzioni che trovano la loro ragion d'essere nell'applicazione di criteri tecnici e godono d'indipendenza nei confronti dello Stato, potendo fruire di un regime di autonomia e imparzialità rispetto al potere politico⁵⁰. Da qui la riproposizione della problematica concernente il rapporto fra 'Banche centrali e circuito politico-democratico', recentemente riesaminata in una ampia ricerca nella quale si affronta, da variegate articolazioni, l'analisi dei modelli di coordinamento tra Parlamenti nazionali e Banche centrali, condotta alla luce del processo evolutivo che ha portato alla definizione dell'attuale quadro dell'Unione europea⁵¹.

È evidente come le possibili soluzioni, cui è possibile addivenire con riguardo alla

⁴⁹ La dottrina ha evidenziato da tempi lontani come in virtù di tale pratica sia divenuto possibile attuare forme di tempestivo adeguamento del sistema creditizio alle esigenze recepite al vertice dello stesso, cfr. per tutti GUARINO, *Intervento al secondo convegno dell'Associazione italo-spagnola dei professori di diritto amministrativo*, in *Atti pubbl.* a cura di Nigro M. e Retortillo, *La disciplina pubblicistica del credito*, Milano, 1970, p. 480.

⁵⁰ Così MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 2 ss, ove viene richiamato il noto scritto di SCHMITT, *Die neutralen Größen im heutigen Verfassungsstaat*, in *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958, p. 41 ss ove sono ripresi i contenuti di una conferenza svolta nel 1930 alla Camera dell'Industria e Commercio di Berlino.

⁵¹ Cfr. AA.VV., *Parlamenti e banche centrali: separazione o interazione?*, a cura di Ibrido, Torino, 2024, ove viene puntualizzato nella presentazione della ricerca che in questa sono stati affrontati numerosi interrogativi «in relazione al rapporto fra autorità politica e autorità ...(sorti) ... a seguito delle trasformazioni che hanno investito negli ultimi quindici anni la BCE».

modifica dei «meccanismi di *accountability* democratica nel quadro del SEBC/Eurosistema», interagiscono sulla tematica che qui ci occupa.

Al riguardo, è bene aver presente cosa induce a configurare, in taluni casi, un carente esercizio delle funzioni di vigilanza; accertamento che appare necessario per chiarire la portata dispositiva della logica previsionale seguita dal legislatore nel regolare le nuove ipotesi di risarcibilità dei danni a favore dei terzi che hanno rapporti con gli intermediari finanziari. Con tutta probabilità è questo il profilo problematico di più difficile soluzione che gli studiosi devono affrontare al fine di identificare un razionale punto di equilibrio tra gli interventi di vigilanza che fino ad oggi sono stati adottati e quelli che, nel futuro, sarebbe opportuno disporre. Forse per tal via diviene possibile chiarire i molti dubbi sottesi alle osservazioni sin qui formulate!

La risposta che emerge dalla presente indagine conduce alla individuazione dei criteri interpretativi seguiti dall'autorità nel definire la ampiezza dei propri poteri e, dunque, le forme e modalità di gestione del proprio ruolo. Non a caso il Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, nella intervista dianzi richiamata ha rappresentato, con piena onestà intellettuale, il convincimento di aver «*svolto il compito di vigilanza*», nei limiti della sua competenza e, quindi, correttamente⁵².

Ne consegue che il nocciolo della questione (*rectius*: della problematica) qui affrontata va ricercato nella individuazione dello spartiacque tra indipendenza e *accountability*, che «rappresentano due valori complementari», come è stato precisato in dottrina⁵³. Ciò significa che il riconoscimento di una piena indipendenza decisionale delle autorità di controllo del settore finanziario - e, dunque, la possibilità per le medesime di assumere qualsivoglia tipologia di interventi in una sorta di regime di assoluta impunità - trova oggi un limite che si aggiunge a quello costituito dai casi di sconfinamento nel 'politico' o, più esattamente, di adozione di soluzioni nelle quali si

⁵² Cfr. *supra* nota n. 34.

⁵³ Cfr. C. ZILIOLI, *Accountability and Independence: Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank*, in *Mélanges J.-V. Louis*, vol. 2, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2003, 413; A. GIOVANNINI-J.-F. JAMET, *Matching Accountability with Independence: the ECB's Experience*, in *Il Politico*, 2020, n. 1, 107

tiene conto essenzialmente di esigenze/istanze di natura politica.

Più in generale, deve aversi riguardo alla prospettiva di un necessario potenziamento dei meccanismi di *accountability* democratica in vista della salvaguardia del «raccordo istituzionale... (sotteso alla) ... cornice giuridica che non intende sacrificare la indipendenza decisionale» delle nominate autorità⁵⁴; fermo restando, naturalmente, che queste devono essere sottoposte a precisi obblighi di interlocuzione, evitando comunque di incorrere in situazioni di autoreferenzialità, come purtroppo è accaduto nel passato⁵⁵.

Francesco Capriglione

⁵⁴ Cfr. IBRIDO, *Parlamenti e banche centrali: presentazione della ricerca*, in AA.VV., *Parlamenti e banche...*, cit. p. 14.

⁵⁵ Cfr. CAPRIGLIONE, *Conclusioni generali* del convegno intitolato *A 30 anni dal Testo Unico Bancario (1993 – 2023)*, tenutosi a Roma (11 -12 dicembre 2023), in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 100, p. 296.

CALCIO PROFESSIONISTICO E REGOLAZIONE ANTIRICICLAGGIO*

(Professional football and anti-money laundering regulation)

ABSTRACT: *Il recente inserimento — ad opera del Regolamento 2024/1624/UE — delle società calcistiche professionistiche e degli agenti calcistici tra i soggetti obbligati alla normativa antiriciclaggio costituisce un passo importante nell’ottica di rendere sempre più efficiente questa peculiare forma regolazione giuridica delle attività economiche. Gli ingenti flussi di denaro che muovono le operazioni compiute nel mondo del calcio saranno decisamente più trasparenti per effetto di una normativa dell’ordinamento generale che va ad arricchire, senza comprometterne l’autonomia, l’ordinamento sportivo. Il che determinerà un incremento del senso dell’etica degli affari anche nel mondo del calcio, inducendo gli operatori economici del calcio, in forza del principio di sussidiarietà orizzontale, a costruire processi di controllo interni più rigorosi. Come si atteggia il regime giuridico dell’antiriciclaggio per il settore calcistico? Quali i suoi tratti essenziali? Quali i punti di forza? E quelli di debolezza?*

The recent inclusion — by Regulation 2024/1624/EU — of professional football clubs and football agents among the entities subject to anti-money laundering regulations represents an important step towards making this specific form of legal regulation of economic activities increasingly efficient. The large flows of money involved in football-related transactions will become significantly more transparent as a result of a general regulatory framework that enriches the sporting regulations without compromising its autonomy. This will lead to an increased sense of business ethics within the football world, encouraging football’s economic operators, through the principle of horizontal subsidiarity, to establish more rigorous internal control processes. How does the legal

* Contributo approvato dai revisori.

Il presente contributo è frutto di una riflessione comune degli autori; devono essere comunque attribuiti a D. Siclari il paragrafo 1 e a D. Andracchio i paragrafi 2, 3 e 4, mentre comuni sono le conclusioni.

regime for anti-money laundering apply to the football sector? What are its essential features? What are its strengths? And its weaknesses?

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni fenomenologiche e assiologiche dell'attività sportiva: ludicismo primitivo, valenza sociale e imprenditorializzazione dello sport – 2. L'industria del calcio e la vulnerabilità al riciclaggio di ricchezza illecita – 3. Il calcio professionistico nel *Single Rulebook* AML/CFT tra autonomia dell'ordinamento sportivo e necessitata pervasività della regolazione antiriciclaggio – 3.1. (*Segue*) Il regime giuridico AML degli agenti calcistici e le società calcistiche professionistiche – 4. La sussidiarietà orizzontale delle società calcistiche professionistiche e degli agenti calcistici nella prevenzione del riciclaggio di ricchezza illecita – 5. Brevi spunti conclusivi.

1. La «felicità consiste nel tempo libero, infatti, noi ci impegniamo per essere poi liberi»¹. È una delle tante verità profonde enunciate da Aristotele in quella celeberrima raccolta di lezioni che va sotto il nome di *Etica Nicomachea*. La ricerca del tempo libero è un bisogno inestirpabile dell'uomo. Durante queste frazioni di tempo (più o meno ampie) si ha la possibilità di dedicarsi alle c.d. «attività amate per sé stesse». La storia dell'umanità testimonia che il tempo libero² è stato di sovente dedicato ad una specifica attività: l'attività sportiva.

Curiosando qua e là per le diverse parti del mondo antico, non sorprende scoprire che gli Assiri organizzavano, a scopo ludico, battute di caccia cui prendevano parte financo i re. Le antiche tribù amazzoniche (p. es., Bovero e Yanoama) praticavano il tiro con l'arco e giochi con palle fatte di vesciche essiccate di animali. Gli Aztechi e i Maya praticavano giochi a squadra con palle di caucciù. In Egitto, già durante il regno di Ramses II, la caccia veniva concepita pure come gara con un vincitore da premiare. I Greci, che avevano il culto della bellezza e una maniacale attenzione alla cura del fisico, fecero le cose in grande: dal 776 a.C. al 393 a.C. organizzarono, con cadenza quadriennale, le Olimpiadi, in cui gli atleti si sfidavano negli sport più vari (corsa, pugilato, pentathlon, salto, lancio del disco e del giavellotto, la lotta). I Romani, più

¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (trad. it. Zanatta), Trezzano sul Naviglio, 2022, p. 837.

² Cfr., LANFANT, *Le teorie del tempo libero. Sociologia del tempo libero e ideologie*, Firenze, 1974; BELLONI, *Tempo libero*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1998, pp. 557 ss.

avvezzi alla guerra e alla conquista, si diedero alla costruzione di imponenti strutture cementizie (p. es., l'Anfiteatro Flavio) deputate ad ospitare violente forme di lotta tra gladiatori e tra questi e fiere fameliche. Nei Comuni dell'Europa medievale si diffusero giochi come la palla colpita con piedi, mani o bastoni e il tiro con l'arco. Gli indiani dell'America del nord si divertivano in gare con arco e frecce e in gare di nuoto. In Cina veniva praticato il gioco della trottola e le arti marziali, mentre in Giappone ci si dilettava al tiro con l'arco e alla scherma³.

La rapida gita del mondo può finire. Tutte (o quasi) le manifestazioni sportive nelle più antiche comunità umane lasciavano emergere la prima, e forse più immediata, dimensione dell'attività sportiva. Quale? Quella ludica e ricreativa, peraltro in linea con la stessa origine etimologica della parola sport, che deriva dal francese «*desport*»: divertimento⁴. Le primordiali forme di gioco organizzate dagli uomini miravano a regalare momenti di felice allontanamento da una quotidianità fatta di mestieri logoranti e pericolosi. Il carattere ludico non era, però, l'unico. Per solito, era accompagnato da altri motivi: dal culto della bellezza, proprio dei Greci, alla ricerca di un sano equilibrio tra corpo e anima, propria delle popolazioni asiatiche, passando per l'addestramento alla guerra, proprio dei Romani, etc.

Lo sport era dunque concepito come un qualcosa di divertente (perché consentiva lo svago), di sano (perché migliorava la salute psicofisica) e di utile (perché era un'occasione per perfezionare le abilità di caccia e di battaglia). Difettava, però, di valore sociale. I giochi non erano concepiti per includere e integrare altri. Le manifestazioni sportive erano sovente riservate alle categorie sociali più alte (p. es., capi tribù, notabili, funzionari imperiali, guerrieri, etc.), mentre i più deboli (poveri, prigionieri, stranieri, schiavi) non vi potevano partecipare, se non con ruoli gregari e spesso fatali (si pensi alle manifestazioni dei romani nel Colosseo). Più che includere e superare le differenze sociali ed economiche, l'attività sportiva (per quanto ludica

³ Per questi e altri interessanti elementi storici, HILL, *Sport in history: an introduction*, Basingstoke, 2011; BOOTH, *The field: truth and fiction in sport history*, Abingdon, 2005; MANCUSO, *Percorsi di storia e antropologia dello sport*, Bologna, 2022.

⁴ PITTALIS, *Sport e diritto. L'attività sportiva fra performance e vita quotidiana*, Vicenza, 2022, p. 2.

fosse) finiva con l'accentuare differenze e discriminazioni. Una tale concezione dell'attività sportiva è durata per parecchio. Nel corso dei secoli, però, le cose sono cambiate: lo sport è stato interessato da accadimenti che gli hanno fatto acquisire una straordinaria rilevanza sociale ed economica.

La crescente rilevanza sociale dello sport ha avuto come data di inizio la nascita dell'Olimpismo e la conseguente organizzazione delle prime Olimpiadi moderne del 1896, quale frutto della «immaginazione creativa» del barone Pierre de Coubertin, allora a capo della Union des sociétés françaises de sports athlétiques (USFSA)⁵, nonché ideatore del Comitato Olimpico Internazionale (CIO)⁶. Diversamente dalle Olimpiadi

⁵ Come ricorda, con dovizia di particolari, QUERCETANI, *Temi olimpici: Pierre de Coubertin*, in *Enciclopedia dello sport*, 2004, «è a partire dal 1889, quando aveva solo 26 anni, che Pierre de Coubertin cominciò a sviluppare l'idea di riportare in vita i Giochi Olimpici, che nell'antica Grecia avevano attirato l'attenzione di molti intellettuali. Grazie alla sua posizione sociale, ebbe la possibilità di confrontarsi su questo progetto con importanti esponenti del mondo culturale, politico e sportivo. Lo sport stava proprio in quegli anni cominciando a strutturarsi come fenomeno sociale e organizzativo. De Coubertin si impegnò attivamente attraverso l'Union des sociétés françaises de sports athlétiques (USFSA) e racconta nelle sue *Mémoires olympiques* che la celebrazione del quinto anniversario di questa associazione gli diede l'opportunità tanto attesa. Durante un evento alla Sorbona, il 25 novembre 1892, colse l'occasione per presentare, davanti a figure di rilievo, la sua proposta di ripristinare i Giochi Olimpici, un'idea che più tardi descrisse come "immaginazione creativa". Due influenti personalità straniere, Charles Herbert, segretario dell'AAA, e William M. Sloane, professore a Princeton, compresero la portata del progetto e con loro il barone elaborò un piano articolato in otto punti, che affrontava varie questioni legate al dilettantismo, alle risorse economiche nello sport, e alla possibilità di far rinascere i Giochi Olimpici. Si arriva così al 189. Dal 16 al 24 giugno 1894 a Sorbona si svolse, infatti, il Congresso mondiale dell'educazione fisica, con lo scopo di far rinascere i Giochi Olimpici. Vi parteciparono 79 delegati, provenienti da 14 nazioni e rappresentanti di 49 società sportive, di fronte a un vasto pubblico. In quella sede venne istituito il Comitato Internazionale Olimpico, con Vikelas come presidente, mentre de Coubertin scelse il ruolo di segretario, poiché i primi Giochi si sarebbero tenuti in Grecia. Il 23 giugno, la decisione di ripristinare i Giochi Olimpici venne approvata all'unanimità. Durante il pranzo di chiusura, de Coubertin esprime la sua gioia, affermando che il congresso aveva restituito al mondo un'idea antica di 2000 anni, che ancora oggi ispira profondamente gli uomini, soddisfacendo uno dei loro bisogni più vitali e nobili. Egli sottolineò come l'eredità greca fosse talmente vasta da poter essere riconosciuta da chiunque abbia praticato l'esercizio fisico, sia per la difesa della patria, sia per la ricerca della bellezza fisica e della salute, o semplicemente per il piacere vitale che lo sport trasmette. Tuttavia, secondo de Coubertin, nel corso della storia, a partire dal Medioevo, le qualità fisiche furono relegate in secondo piano rispetto a quelle spirituali, con gravi conseguenze. Egli ribadì che l'uomo non è fatto solo di corpo e anima, ma anche di carattere, che si forma soprattutto attraverso il corpo. De Coubertin concluse il suo discorso affermando che il congresso, spesso criticato dai sostenitori della vecchia filosofia, era stato invece accolto con favore dalla stampa, sempre pronta a sostenere rivoluzioni benefiche».

⁶ Sull'origine, la struttura e le funzioni del Comitato Olimpico Internazionale, si v. BASTIANON-NASCIMBENE, *Diritto europeo dello sport*, Torino, 2011; BOTTARI – FRANCESCHETTI – PARUTO (a cura di), *Elementi organizzativi e gestionali dello sport*, Bologna, 2021; SANINO, *I soggetti istituzionali*, in BELLOMO-CAPILLI – LIVI – MEZZACAPO – SANDULLI (a cura di) *Lineamenti di diritto sportivo*, Torino, 2024, pp. 59 ss.

dell'antica Grecia, dove era fatto divieto di partecipare ai cittadini stranieri, agli schiavi e alle persone disonorate, quelle moderne si aprono alla diversità e al multiculturalismo, promuovendo e incentivando valori fondamentali come l'inclusione, l'integrazione, il divieto di discriminazione, la solidarietà e il rispetto degli altri. L'adozione della prima versione della Carta Olimpica del 1908, quale preminente «fonte autonoma» del diritto dello sport, e il conseguente affermarsi del Movimento olimpico hanno sancito la definitiva consacrazione dello sport come attività capace di veicolare fondamentali valori sociali ed educativi che superano e travalicano il ristretto contesto sportivo. La forte dimensione sociale dello sport costituisce un dato ormai pacifico non soltanto all'interno dell'ordinamento sportivo che — come si dirà — gode di autonomia rispetto a quello generale. Ma è pure quest'ultimo che non ha potuto fare a meno di prendere atto — a livello europeo come nazionale — della impareggiabile *vis expansiva* dello sport ad atteggiarsi a vettore pluri-assiologico e ultra-settoriale.

Oltre alla Carta internazionale dello sport dell'UNESCO, alla Carta europea dello Sport per tutti e alle Carte di Rodi, le due più recenti tappe con cui l'ordinamento generale ha sancito la formale consacrazione del valore sociale dello sport sono l'art. 165 del Trattato di Lisbona (TFUE)⁷ e il comma 7, dell'art. 33 della Costituzione italiana. Il primo ha segnato il passaggio dal periodo in cui lo sport latitava nel costituzionalismo europea a quello nel quale gli è stata assegnata una precisa base giuridica: per l'importanza sociale dello stesso, già riconosciuta nel Libro Bianco sullo sport del 2007⁸, il Trattato di Lisbona ha attribuito all'Unione europea una competenza di sostegno, coordinamento e completamento delle azione degli Stati membri volte a sviluppare la dimensione europea dello sport, a promuoverne l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive, la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport,

⁷ TOGNON, *Unione europea e sport: dalla dichiarazione n. 29 al Trattato di Lisbona. L'irrisolto problema della specialità*, in STELITANO – TOGNON, *Sport, Unione europea e diritti umani*, Padova, 2011, pp. 105 ss.; ID., *Diritto e politiche dello sport nell'Unione europea*, Padova, 2016, pp. 15 ss.

⁸ Cfr., Commissione delle Comunità europee, *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, COM(2007) 391 del 11 luglio 2007.

nonché a proteggere l'integrità fisica e morale degli sportivi⁹.

Sulla stessa lunghezza d'onda la riforma costituzionale del 2023. Non che nella nostra Carta fondamentale lo sport fosse ignorato. Per la verità, ad esso si faceva riferimento nell'art. 117, nonché negli artt. 2, 3, 18, 32, 33 e 34¹⁰. Non era dato, tuttavia, riscontrare una esplicita menzione dello stesso; *vulnus* che è stato recentemente colmato con la L. cost. 26 settembre 2023, n. 11, la quale all'art. 33 Cost. ha inserito un apposito comma (il settimo), a mente del quale «la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme». Trattasi di una previsione costituzionale ricca di potenti significati assiologici. Non si è mancato di osservare, infatti, come la stessa abbia «sancito al più alto grado dell'ordinamento italiano la centralità del valore educativo dello sport, ma anche per aver reso esplicito, nella dimensione individuale, collettiva e sociale, il valore dello sport come “veicolo di valori”»¹¹, provvedendo a dare definitiva consacrazione ad alcune essenziali attitudini *lato sensu* sociali dell'attività sportiva¹².

Sin qui il valore sociale dell'attività sportiva. Ma si è potuto anticipare che v'è stata un'altra fase di trasformazione: quella della imprenditorializzazione, con l'ingresso in scena di soggetti che hanno applicato all'esercizio di attività sportive delle logiche imprenditoriali e manageriali, finendo col dare vita ad una vera e propria «economia dello sport»¹³. L'avvio di questo processo può farsi convenzionalmente

⁹ BIONDI-EECKHOUT-RIPLEY (a cura di), *Eu sport law: the effect of the Lisbon Treaty*, Oxford, 2011.

¹⁰ PITTALIS, *Sport e diritto*, cit., pp. 52-53.

¹¹ BATTELLI, *Una lettura assiologicamente orientata del fenomeno sportivo alla luce del riconoscimento costituzionale dello sport*, in *Riv. dir. sportivo*, 2023, pp. 299.

¹² Il primo aspetto che emerge dall'art. 33, comma 7, Cost. è che l'attività sportiva non può essere considerata soltanto come valore in sé, ma soprattutto come strumento per comunicare valori che promuovono il bene che è negli esseri umani e aiutano a costruire una società più pacifica e fraterna. Il secondo è che essa, oltre a canale preferenziale per il benessere della persona, incarna un prezioso strumento di solidarietà tra i popoli, favorendo un incontro tra culture che, lungi dall'alimentare le rivalità tra le nazioni, ne favorisce il dialogo. Il terzo è che l'attività sportiva è capace, come poche altre, di dare pieno significato a valori quali l'integrazione e il multiculturalismo, con l'apertura e culture diverse, e l'inclusione, con l'abbattimento delle differenze legate alle condizioni economiche e sociali. Infine, il quarto è che lo sport è capace di educare al rispetto delle regole e degli altri, rendendo gli esseri umani meglio propensi alla socialità e alla relazionalità, anche con culture diverse. Per queste e per altre ricche e lucide riflessioni sulla portata assiologica dell'inserimento in Costituzione di un esplicito riferimento allo sport, si v. sempre BATTELLI, *op. cit.*, pp. 302 ss.

¹³ In argomento, NEALE, *The peculiar economics of professional sports*, in *Quarterly Journal of*

risalire alla seconda metà del XX secolo. Le cause sono le più varie. Gli studiosi che si sono occupati del tema concordano nell'individuare la causa prima nella riduzione dell'orario di lavoro e nel connesso aumento di tempo libero, dedicato in misura crescente alla fruizione attiva dello sport (la pratica di una o più discipline) e alla fruizione passiva dello stesso (assistere direttamente o mediante il televisore ad attività sportive). A questa sono venute, via via, aggiungendosene di altre: l'avvento dei mezzi di comunicazione di massa (giornali, radio, televisione, internet), capaci di attrarre l'interesse verso gli sport di una platea vastissima; la globalizzazione, che ha abbattuto le distanze tra le varie parti del mondo, inducendo persone di un paese ad interessarsi a sport praticati in altri paesi e ad ambire a praticare quello sport; l'affermarsi del sistema dei diritti televisivi, che ha ingolosito gli operatori delle comunicazioni ad acquisire dalle competenti istituzioni sportive il diritto a trasmettere le immagini delle manifestazioni sportive; la alluvionale diffusione di contratti pubblicitari e di sponsorizzazione, alimentata dal fatto che il vastissimo seguito di alcuni sport aumentava (e aumenta) la visibilità dei marchi e dei prodotti, così da indurre le imprese a pagare affinché il proprio marchio sia messo in risalto durante lo svolgimento di manifestazioni sportive (p. es, cartelloni pubblicitari negli stadi o nei palazzetti, messaggi promozionali trasmessi negli intervalli televisivi, etc.) ovvero impresso sulle divise degli atleti, etc.

I fattori suddetti hanno reso lo sport, quindi i sodalizi¹⁴ e gli agenti sportivi¹⁵,

Economics, 1964, pp. 264 ss.; ANDREFF – NYS, *L'économie du sport*, Parigi, 1987; GRATTON – TAYLOR, *Economics of sport and recreation*, Londra, 2000; FORT, *Sports economics*, New Jersey, 2002; LEEDS – VON ALLMEN, *The economics of sports*, Boston, 2002; CHADWICK – WIDDOP, *The Geopolitical Economy of Sport. Power, Politics, Money, and the State*, Oxford, 2023.

¹⁴ In dottrina, tra gli altri, PITTALIS, *L'attuazione della legge delega in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *Corr. giur.*, 2021, pp. 737 ss.; CIAN, *Le società sportive: profili di specialità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2022, pp. 1391 ss.; FOLLADORI, *La nuova disciplina degli enti sportivi professionistici e dilettantistici*, in *Studium iuris*, 2022, pp. 397 ss.; GAMBINO – OCCORSIO, *Le società sportive*, in DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, Milano, 2022, pp. 1233 ss.

¹⁵ In argomento, senza pretesa di esaustività, SANTORO, *La disciplina della professione di agente sportivo contenuta nel D.Lgs. n. 37/2021 nel quadro della regolamentazione vigente*, in SANTORO – LIOTTA (a cura di), *Commento alla Riforma dello Sport (L. delega 86/2019 e decreti attuativi 28/2/2021 nn. 36, 37, 38, 39 e 40)*, Palermo, 2021, pp. 105 ss.; LUBRANO-FINILI, *Gli agenti sportivi*, Roma, 2022

delle vere e proprie entità deputate all'esercizio di un'attività economica. Più di ogni altra argomentazione, sono i dati a rendere bene l'idea della dimensione frattanto raggiunta dall'economia (o, se si preferisce, dall'industria) dello sport. Uno studio condotto nel 2006 ha stimato che lo sport producesse un valore aggiunto pari a circa il 3,7 % del PIL europeo, con una ricaduta occupazionale pari al 5,4% della forza lavoro¹⁶. Più di recente i numeri sono stati rivisitati, giungendo nondimeno a stimare che lo stesso valga l'1,76% del PIL europeo e il 2,12 % della forza lavoro¹⁷. Non serve aggiungere altro. Sono numeri impressionati, specie se si tiene conto che le attività sportive sono capaci di generare uno straordinario indotto su altri settori dell'economia (p. es., trasporti, ristorazione, servizi sanitari, servizi di telecomunicazione, etc.).

Che allora? Si è forse in presenza di un segmento dell'economia rispondente alle normali logiche di una qualsiasi altra attività di impresa? Né «sì» e né «no»; diciamo «ni». L'economia dello sport presenta degli elementi che la differenziano dagli ordinari paradigmi dell'economia capitalistica. Il primo risiede in ciò che il prodotto offerto (p. es., incontro di calcio, di basket, volley, etc.) è necessariamente «congiunto», nel senso che nessuna impresa sportiva potrebbe esistere da sola, avendo necessariamente bisogno di imprese concorrenti che offrano atleti con i quali le altre imprese possono far competere i loro. Il secondo risiede, poi, nella circostanza che l'interesse degli utenti ad acquistare il prodotto (p. es., biglietto di ingresso allo stadio o abbonamento alla *pay Tv*, etc.) accresce in misura direttamente proporzionale all'incertezza del risultato

¹⁶ Cfr., Commissione delle Comunità europee, *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, COM(2007) 391 del 11 luglio 2007, p. 11.

¹⁷ Si veda, in proposito, lo studio del Parlamento europeo, *The economic dimension of sport*, 2015, pp. 19-20, in cui si afferma che «the share of sport-related value added for the European Union is 1.13% for the narrow definition and 1.76% for the broad definition of sport. The share of what is generally known as the organised sports sector (sports clubs, public sports venues, sports event organizers) is reflected in the statistical definition. The share of value added according to the statistical definition is 0.28%. Therefore the real share of sport in terms of production and income is about six times as high as reported in the official statistics. [...] The direct effects of sport, combined with its multiplier (indirect and induced) effects, add up to 2.98% (294.36 bn Euro) of overall Gross value added in the European Union. [...] The share of sport in European value added is comparable to the share of agriculture, forestry, and fishing combined and almost two and a half times as large as mining and quarrying, and represents at least more than one fifth of financial service activities, including insurance and pension funds. Every sixtieth Euro generated and earned in the European Union is sport-related».

dell'incontro. Infine, il terzo elemento di differenziazione, quale precipitato logico dei primi due, consiste nel fatto che nessuna impresa sportiva ambisce a diventare monopolista, perché altrimenti non avrebbe più senso di esistere¹⁸, di modo che sussiste un interesse reciproco delle società sportive alla salvaguardia della competitività e della solidità economica dei concorrenti¹⁹.

Le anzidette peculiarità dell'economia sportiva si riflettono sulle scelte manageriali delle imprese sportive. In alcuni studi sono state sostenute teorie secondo cui l'impresa sportiva, pur trovandosi ad operare in un mercato con non poche peculiarità, non differirebbe dalle altre imprese capitalistiche quanto all'obiettivo primo e ultimo: la massimizzazione del profitto²⁰. Non mancano, però, letture diverse e non meno accreditate²¹. L'obiettivo primo e ultimo dell'impresa sportiva non sarebbe tanto la massimizzazione del profitto, quanto piuttosto l'utilità degli azionisti, dei dirigenti, dei giocatori e dei tifosi; utilità che coinciderebbe con il successo dell'impresa sportiva dovuta alla vittoria, ad esempio, del campionato nazionale ovvero di una

¹⁸ CASELLI, *L'economia dello sport nella società moderna*, in *Enciclopedia dello Sport*, Roma 2003, pp. 362.

¹⁹ Cfr., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), *Indagine conoscitiva 27, relativa al settore del calcio professionistico*, 21 dicembre 2006, pp. 3-4, in cui si precisa che «la principale specificità del settore sportivo nei suoi rapporti con le regole di concorrenza attiene alla necessità di un certo grado di interdipendenza e solidarietà tra concorrenti che lo caratterizza. Una squadra di calcio, ad esempio, non ha ragione d'esistere se privata della possibilità di confrontarsi con altre squadre, così come il campionato non può essere portato a termine in mancanza di un numero sufficiente di squadre in grado di concludere la stagione calcistica. Ne consegue che, a differenza di quanto accade in altri settori economici, i soggetti che operano nel campo dello sport non perseguono l'obiettivo di eliminare i propri concorrenti. Esiste, in altri termini, l'interesse reciproco alla salvaguardia delle capacità sportive ma anche della solidità economica dei concorrenti; l'esigenza di tutelare detto interesse appare, dunque, connesso alla stessa esistenza delle competizioni sportive. Un'ulteriore caratteristica del settore concerne l'esigenza di preservare l'incertezza dei risultati: se un campionato fosse palesemente dominato da una squadra, detta incertezza verrebbe a mancare e, in breve tempo, l'interesse degli spettatori scemerebbe, con incidenze negative sul livello della domanda dello spettacolo sportivo. Tale elemento, da cui dipende l'attrattiva dello spettacolo, può nel contempo rappresentare un ostacolo in sede di gestione economica delle attività sportive. Il mantenimento dell'equilibrio tra le opportunità dei concorrenti in gioco, infatti, può comportare restrizioni alla loro libertà di iniziativa economica. Ciononostante, la necessità di garantire l'integrità delle competizioni sportive e l'incertezza dei risultati giustifica, talora, l'introduzione di regole per l'organizzazione ed il funzionamento degli avvenimenti sportivi suscettibili, in principio, di contrastare con le tradizionali regole del mercato».

²⁰ In questo senso, gli studi di ROTTENBERG, *The baseball players labor market*, in *Journal of political economy*, 1956, pp. 242 ss.

²¹ Per questo approccio economico al settore sportivo, SLOANE, *The economics of professional football. The football club as a utility maximizer*, in *Scottish Journal of Political Economy*, 1971, pp. 255 ss.

coppa internazionale. Da un punto di vista contabile, all'impresa sportiva non servirebbero utili, ma un pareggio di bilancio. Quello che è necessario è il successo e la vittoria sportiva sulle concorrenti. Perché? Perché con il successo sarebbero soddisfatti l'utilità degli azionisti, che vanno alla ricerca di rinomanza sociale, quella dei giocatori, che potranno pretendere un aumento dell'ingaggio o il trasferimento in un *club* più blasonato, nonché quella dei tifosi, che vedranno appagato il senso di appartenenza e di identificazione nel sostenere la squadra più forte.

Quale che sia la teoria alla quale si intenda accordare preferenza, non è importate ai nostri fini. Quel che preme porre nella giusta evidenza è che lo sport è diventato anche — se non soprattutto — una attività economica, con tutti i benefici e i rischi che questo comporta. I benefici sono stati, in certa misura, indicati: il valore aggiunto sul PIL, l'offerta di lavoro e il conseguente impatto occupazionale, l'indotto che le manifestazioni sportive (grandi e piccole) sono capaci di creare, sino al punto da dare linfa vitale anche a settori dell'economia che arrancano, etc. Questa è — diciamo così — una faccia bella della medaglia. Purtroppo, come tutte le cose (molto) belle, anche lo sport presenta la faccia brutta della medaglia. I mostruosi volumi di denaro che circolano nei grandi sport di massa aumentano a dismisura il rischio di corruzione, di conflitti di interessi, di frodi, di scommesse illecite, di evasioni e di riciclaggio di ricchezza illecita; prova ne sono — ove mai occorresse — i numerosi scandali che hanno interessato il basket²², la Formula 1²³, il ciclismo²⁴, il tennis²⁵, senza dimenticare il calcio, che, più di tutti gli altri, è stato travolto da scandali epocali.

²² Tra gli scandali più noti v'è quello, registratosi nel 2007, dell'arbitro NBA Tim Donaghy nel 2007, il quale scommetteva su partite da lui stesso arbitrate, manipolandone i risultati per trarre vantaggio dalle scommesse effettuate.

²³ In Formula 1 non si può non ricordare lo scandalo che, nel 2014, ha investito l'ex patron Bernie Ecclestone, accusato di aver pagato una tangente per evitare accuse di corruzione e utilizzo di fondi di dubbia provenienza.

²⁴ Si pensi all'Operazione Puerto del 2006, che portò alla luce un sistema, con a capo il dottor Eufemiano Fuentes, mediante il quale venivano indirizzate, a numerose squadre professionistiche, risorse finanziarie di dubbia provenienza.

²⁵ Nel tennis viene alla mente lo scandalo del campione russo Yevgeny Kafelnikov che, dopo il suo ritiro, ha dichiarato pubblicamente di aver scommesso su alcune partite di tennis e di essere stato pagato da alcuni *sponsor* con risorse di dubbia origine.

2. La Commissione europea, già nel Libro Bianco del 2007, ebbe modo di rilevare come anche lo sport si trovasse «ad affrontare le nuove minacce e sfide emerse nella società europea, come la pressione commerciale, lo sfruttamento dei giovani giocatori, il *doping*, il razzismo, la violenza, la corruzione e il riciclaggio di denaro»²⁶. Di queste, ci si intende soffermare sul riciclaggio (o *money laundering*)²⁷.

Il calcio (o, se si preferisce un approccio più esterofilo, il *football* ovvero il *soccer*) è lo sport con maggiori primati. Alcuni sono primati buoni, altri cattivi. Iniziamo dalle cose buone. È lo sport più popolare al mondo. Non c'è parte del globo in cui non sia praticato. E non c'è Paese al mondo in cui i giovani non sognino di arrivare a giocare in un famoso *club* professionistico. Come è stato fatto notare con una non troppo velata punta di indignata ironia, «ci sono alcuni paesi e villaggi del Brasile che non hanno una chiesa, ma non ne esiste neanche uno senza un campo di calcio»²⁸. L'Europa la fa da padrona. I *club* di calcio più blasonati e ricchi al mondo — nonostante la strategia aggressiva approntata da alcuni Paesi per duplicare e sorpassare i campionati europei (p. es, Stati Uniti d'America, Cina e, più di recente, Arabia Saudita) — continuano ad essere quelli che militano nei cinque grandi campionati di prima fascia organizzati dalla Lega d'Inghilterra (Premier League), della Spagna (LaLiga), dell'Italia (Serie A), della Germania (Bundesliga) e della Francia (Ligue1). Un peso che si riflette, per il tramite della UEFA, anche sull'organismo del governo internazionale del calcio: la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) che, riconosciuta dal Comitato Olimpico Internazionale (CIO), ha il principale compito di regolamentare il corretto

²⁶ Cfr., Commissione delle Comunità europee, *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, COM(2007) 391 del 11 luglio 2007, p. 11.

²⁷ In argomento, COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano, 1990; ESPOSITO, *Il Riciclaggio*, in *Il Finanziere*, 1993; CLAMSI, *Denaro pulito ma a che prezzo*, in *Giorn. Banc. (II)*, 1993, pp. 26 ss.; ROSSI, *Profitti illeciti e riciclaggio*, in *Studi economici e sociali*, 1995, 32 ss.; CORSO, *Il riciclaggio di capitali*, in *Il Finanziere*, 1997; MANES, *Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, pp. 35 ss.; PLANTAMURA, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e confisca*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, Padova, 2011, pp. 844 ss.; RAZZANTE, *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Milano, 2014; PACILEO, *Il riciclaggio e i reati affini*, Milano, 2017, pp. 127 ss.

²⁸ GALEANO, *Splendori e miserie del gioco del calcio*, (trad. it.), Milano, 2015, p. 37.

funzionamento della disciplina calcistica²⁹.

Persino le sue regole di gioco vengono elevate a «ideal-tipo». Non mancano filosofi delle religioni che hanno inteso decodificare il calcio come «immagine ideale o esemplare dei rapporti umani»³⁰, in cui «lo scontro per la vittoria, con tutto il suo temperamento, vivacità e tensione, ma mantenendo la pace propria della rivalità cameratesta»³¹, rappresenterebbe una sorta di anticipazione del Regno di Dio in terra. Il vastissimo seguito di cui gode è testimoniato anche dal numero di persone (fisiche e giuridiche) che ne fanno parte: 128.694 giocatori professionisti, 4.0000 club professionistici, la cui parte preponderante (1.549 club e 68.367 giocatori) sono associati alla UEFA³². Del pari, non meno impressionanti sono le grandezze economiche veicolate in esso mediante consorzi, *private equity*, *venture capital*, Fondi sovrani o uomini ricchissimi³³. Il calcio non è più uno sport popolare, ma un'industria globale³⁴. Le più recenti stime rilevano che nella stagione 2022/2023 i ricavi del mercato calcistico europeo — sospinti dagli introiti della Coppa del Mondo 2022 — sono aumentati del

²⁹ DORDI, *Le federazioni sportive internazionali*, in GREPPI–VELLANO, *Diritto internazionale dello sport*, Padova, 2010, pp. 71 ss.

³⁰ WELTE, *Filosofia del calcio*, Brescia, 2010, p. 38.

³¹ WELTE, *op. cit.*, p. 42.

³² Cfr., FIFA, *Professional Football report (Man's Football)*, 2023, pp. 7.

³³ NICHOLLS, *European Parliament tackles professional football: 6th antimoney laundering directive to apply to professional football clubs, associations, and agents*, in www.soccerex.com, 2024.

³⁴ Cfr., FAFT-GAFI, *Report Money Laundering through the Football Sector*, 2009, par. 28-30, in cui veniva rilevato come «the professional football market has undergone an accentuated growth due to a process of commercialisation since the beginning of the 1990's. Money invested in football surged mainly as result from increases in television rights and corporate sponsorship. Simultaneously, the labour market for professional football players had experienced unprecedented globalisation – with more and more football players contracted by teams outside their country and transfer payments of astounding dimensions. Transfers are carried out all over the world. The cross border money flows that are involved may largely fall outside the control of national and supranational football organisations, giving opportunities to move and launder money. At the same time money from private investors is pouring into football clubs to keep them operating and can give the investor long term returns in terms of media rights, ticket sales, proceeds of sales of players and merchandising. Betting on sports offers another means of allowing substantial money flows to move beyond the control of governing bodies. Due to its particular structure, as well as the considerable need to finance the system at short sight, notably at club level, football offers an interesting platform for irregular betting activities. Football has changed from a popular sport into a global industry with an increasing economic impact at the top and important social functions at lower levels. Football can serve not only as a source of income for many people, but also as a tool for local economic development, social cohesion, education, personal development and the transmission of human and cultural values. Partly due to the industry's growth, football seems to be confronted with various forms of crime and corruption - including money laundering».

16 %, sfondando il muro dei 35,3 miliardi di euro, con i cinque grandi campionati europei che hanno contribuito per circa il 56%, equivalente a 19,6 miliardi di euro³⁵.

Epperò non è tutto oro quello che luccica. Il funzionamento del calcio presenta diverse criticità. Fra tutte, quella di essere vulnerabile all'immissione di capitali di dubbia provenienza, per fini di riciclaggio. Quando gli inglesi sperimentarono, poco più di centocinquant'anni fa, il calcio per come lo intendiamo oggi, gli diedero delle regole di gioco impraticabili: il modulo era un 1-1-8, con un difensore, un centrocampista e ben otto attaccanti, i quali dovevano partire a turno per superare gli avversari e insaccare la sfera della rete. Era un modulo nel quale non c'era squadra e non c'era un gruppo. Per quanto impossibile e confusionario, rappresentava però una «prima ordinata risposta alla indefinitezza del calcio nei tremila anni precedenti»³⁶. Nel corso degli anni i moduli sono diventati sempre più sofisticati, di modo da dare al gioco della squadra un ordine capace di valorizzare il contributo dei singoli all'interno di un gruppo funzionante. La ricerca dell'ordine, della buona gestione e del buon funzionamento della squadra fanno quindi parte della storia stessa del giuoco del calcio. Si dà il caso, però, che la trasformazione del calcio da gioco popolare a industria globale avrebbe dovuto determinare l'esportazione dei continui studi tattici sull'ordine del gioco anche nella gestione delle risorse economiche delle società sportive. Tuttavia, così non è

³⁵ I dati sono presi dal Deloitte Sports Business Group, *Annual Review of Football Finance 2024*, Giugno 2024, p. 2 in cui si precisa che «the 2022/23 season proved to be a story of momentum shifts, in the first season since 2018/19 unmarred by COVID-19 effects, with a pause halfway through the club season for international play. The 2022 FIFA World Cup in Qatar was unique in its timing, played throughout November and December. While fans are usually captivated by domestic football at this time, all eyes turned to the Middle East for the first World Cup to be hosted in the region. With the bolster of the 2022 FIFA World Cup, the 2022/23 season marked another year of record revenues, with the European football market achieving 16% growth to a new height of €35.3 billion. The 'big five' leagues continued to proportionately lead the way, contributing €19.6 billion (56%). The start of the Premier League's new broadcast rights cycle contributed to an 11% increase in the average revenue of English topflight clubs, which surpassed £300m for the first time. With the full return of fans to stadia in Germany and Italy, Bundesliga and Serie A clubs recorded the largest total percentage growth over the previous season (22% each). The 'Lionesses lift' following the team's historic triumph at UEFA Women's EURO 2022 sparked growth and excitement for England's Women's Super League clubs, which generated a record £48m in 2022/23. It's now a seminal time as the independent NewCo prepares to govern the top two divisions ahead of the 2024/25 season, with the objective of leading further growth in finances and following».

³⁶ Per queste e altre riflessioni, SCONCERTI, *L'arte di conquistare spazio: principio e fine del gioco del calcio*, in *Limes*, 5, 2016.

stato.

Sebbene non manchino *patron* e alti dirigenti che, da più anni, insistono sulla necessità che il «calcio vada inteso come impresa»³⁷, il sistema calcistico (a livello internazionale, europeo e nazionale) sembra ignorare la lezione di Camus: «quel poco che so della morale l'ho appreso sui campi di calcio». Tra i grandi sport di massa il calcio continua ad essere assai attraente per i detentori di ingenti volumi di ricchezza di dubbia provenienza. D'altronde, la vicenda giudiziaria che — a detta di molti — deve considerarsi il più grande scandalo della storia dello sport moderno ha interessato proprio il calcio. Il riferimento è al c.d. *Fifagate*: l'indagine, avviata nel maggio del 2015 dalle autorità svizzere, su richiesta del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, che ha messo in luce un sistema ultraventennale fatto di frodi, di corruzione e di riciclaggio di denaro nel quale si muovevano indisturbate le più alte cariche del governo globale dello sport³⁸ e che ha portato all'arresto di diversi dirigenti e alle dimissioni (tra gli altri) degli allora Presidenti della FIFA, Joseph Blatter, e della UEFA, Michel Platini³⁹.

Le ragioni alla base di questo forte interessamento per il calcio sono (almeno) cinque. La prima risiede nella popolarità del calcio, la quale induce gli agenti criminali ad investire in esso anche (se non soprattutto) nell'intento di acquisire notorietà e ottenere le entrate giuste in quei centri di potere che potranno, in futuro, garantire protezione⁴⁰. La seconda risiede nel contatto strettissimo che, per solito, si ha tra funzionari governativi, dirigenti e chiacchierati esponenti della tifoseria e dai quali rapporti sottobanco possono derivare dei non scritti *pactum sceleris*⁴¹. La terza risiede nella popolosità e nella opacità delle figure coinvolte (a vario titolo) nella gestione dei flussi di denaro, la quale facilita l'occultamento dei trasferimenti di dubbia provenienza⁴². La quarta risiede nella varietà di forme giuridiche che possono avere le entità collegate anche una stessa società di calcio, il che rende difficile compiere una

³⁷ Tra gli altri, il Presidente della Società Sportiva Calcio Napoli, Aurelio De Laurentiis.

³⁸ CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

³⁹ Per interessanti e puntuali ricostruzioni di dettaglio, BENSINGER, *Cartellino rosso. Come la FIFA ha sepolto il più grande scandalo della storia del calcio*, Roma, 2018.

⁴⁰ Cfr., FAFT-GAFI, *Report Money Laundering through the Football Sector, cit.*, par. 56.

⁴¹ Cfr., FAFT-GAFI, *Report, cit.*, par. 47.

⁴² Cfr., FAFT-GAFI, *Report, cit.*, par. 48.

efficace funzione di controllo sulle risorse che transitano da essa e verso di essa⁴³. Infine, la quinta ragione è connessa al fatto che, nonostante le somme stratosferiche che circolano, molte società di calcio hanno problemi di bilancio e, per questo, sono talvolta disposte ad accettare anche l'ingresso nella compagine societaria di persone ed entità che conferiscono denaro di dubbia provenienza⁴⁴. E i canali? Quali sono le modalità attraverso cui viene riciclato il denaro nell'industria del calcio? I più frequenti continuano ad essere quello della formalizzazione di somme (per l'acquisto di calciatori) inferiori rispetto ai reali movimenti di denaro, di modo da poter occultare la parte eccedente (frutto di provenienza illecita) e distribuirla tra persone che non compaiono negli atti della negoziazione⁴⁵, nonché lo sfruttamento occulto dei diritti di immagine⁴⁶, la eccessiva "gonfiatura" delle commissioni agli agenti⁴⁷, la compravendita di squadre di calcio⁴⁸, etc.

Quanto poi agli effetti pregiudizievoli che il riciclaggio è idoneo a determinare all'interno del settore calcistico, questi possono essere dirompenti. Le inchieste giornalistiche e, ancor più, le investigazioni giudiziarie con cui vengono portate alla luce casi di riciclaggio di denaro nel mondo del calcio possono minare la fiducia dei tifosi e, di conseguenza la reputazione delle società coinvolte. Dalle singole società, la sfiducia può poi finire con l'estendersi a tutte le partecipanti ad un campionato, con una drastica (e potenzialmente fatale) riduzione degli introiti. Giusto per fare un esempio

⁴³ Cfr., FAFT-GAFI, *Report, cit.*, par. 50.

⁴⁴ Cfr., FAFT-GAFI, *Report, cit.*, 53.

⁴⁵ Celebre è il caso dell'acquisto di Neymar al Barcellona, in relazione al quale furono rivelate discrepanze significative tra la cifra ufficiale annunciata per il trasferimento (57,1 milioni di euro) e quella reale (circa 86 milioni di euro); gran parte di questa differenza, di dubbia provenienza, non era stata dichiarata, per essere distribuita tra vari soggetti, inclusi i genitori di Neymar e alcune società legate al giocatore.

⁴⁶ I diritti di immagine sono stati, per esempio, al centro dello scandalo *Football Leaks*, poiché utilizzati da molti giocatori per ridurre il loro carico fiscale attraverso strutture finanziarie complesse e, in alcuni casi, illegali.

⁴⁷ Si pensi alle commissioni conseguite nel 2016 dall'agente Mino Rajola per aver curato il passaggio del suo assistito Paul Pogba dalla Juventus al Manchester United. La commissione corrispostagli è stata di circa 49 milioni di euro; una cifra monstre, che ha indotto le autorità investigative a sospettare che una buona parte della somma fosse stata fatturata, a titolo di commissioni, al solo fine di dare copertura a somme, già nella disponibilità dell'agente, probabilmente frutto di reati di evasione fiscale.

⁴⁸ Tra i più noti, c'è l'acquisto, nel 2014, del Leeds United da parte di Massimo Cellino, che si avvale, stando alle ricostruzioni investigative, della società inglese per riciclare denaro proveniente da evasioni ed elusioni fiscali.

che renda l'idea, la perdita di fiducia dei *supporters* potrà determinare, in prima battuta, un calo delle vendite dei biglietti allo stadio e dei vari *gadget* della squadra coinvolta nello scandalo e, in seconda battuta, rendere le manifestazioni sportive poco allettanti anche dal punto di vista delle sponsorizzazioni e della pubblicità, così da arrivare ad allontanare alcune delle figure che foraggiano, prima e più di altri, le manifestazioni calcistiche: gli emittenti televisivi e gli *sponsor*. Chi di questi avrebbe interesse a pagare molti denari per uno sport che avrebbe un ridotto seguito e che, quindi, intercetterebbe una platea ristretta di tifosi-potenziali clienti? Evidentemente pochi o nessuno. È per questo che, negli anni, la FIFA ha provveduto ad attrezzarsi con l'adozione di diversi regolamenti preordinati — tra le altre cose — a migliorare la trasparenza e l'integrità dei flussi finanziari e prevenire il riciclaggio di denaro (p. es., il *Regulations on the Status and Transfer of Players*⁴⁹, il *Regulations on Working with Intermediaries*⁵⁰, il *Club Licensing Regulations*⁵¹, etc.).

⁴⁹ Il *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP) fissa le regole che disciplinano il trasferimento e lo *status* dei calciatori professionisti a livello mondiale. Tra le altre cose, al fine di garantire la trasparenza e l'integrità dei flussi finanziari e prevenire l'utilizzo di fondi illeciti anche a scopo di riciclaggio prevede che i trasferimenti dei calciatori tra i *club* appartenenti a Federazioni diverse possano aver luogo solo durante le finestre di mercato stabilite dalle singole Federazioni nazionali e che ogni trasferimento sia registrato attraverso il *Transfer Matching System* (TMS): la piattaforma informatica preordinata a facilitare e monitorare i trasferimenti internazionali di calciatori tra *club* di diverse Federazioni e verificare che siano rispettate tutte le condizioni e i requisiti fissati dai regolamenti FIFA.

⁵⁰ Il *FIFA Regulations on Working with Intermediaries* stabilisce le regole per il coinvolgimento degli intermediari nel calcio. Esso prevede che gli intermediari: a) debbano essere registrati presso le Federazioni nazionali e dichiarare ogni transazione alla Federazione coinvolta; b) debbano essere in possesso di determinati requisiti di onorabilità e professionalità; c) non possano rappresentare contemporaneamente sia il calciatore che il club nella stessa transazione, a meno che non vi sia consenso scritto da entrambe le parti. Inoltre, fissa un tetto alle commissioni che possono essere conseguite dagli intermediari (3% del salario lordo nel caso in cui rappresenti il calciatore ovvero il 10 % del prezzo di trasferimento, nel caso in cui rappresenti la società) e disciplina le sanzioni che la FIFA e le Federazioni Nazionali debbono irrogare nei confronti degli intermediari che agiscono in violazione del regolamento.

⁵¹ Il *FIFA Club Licensing Regulations* fissa, invece, gli *standard* minimi per il conferimento della licenza di partecipazione alle competizioni internazionali da parte dei *club* di calcio professionistici. In estrema sintesi, i regolamenti prevedono diverse categorie di requisiti che i *club* devono rispettare. In primo luogo, criteri sportivi che impongono ai *club* di compiere investimenti adeguati per lo sviluppo dei calciatori, in specie per il settore giovanile e per il personale tecnico qualificato. In secondo luogo, criteri infrastrutturali, che impongono ai *club* di disporre di impianti sportivi conformi agli standard minimi; In terzo luogo, criteri organizzativi che impongono ai *club* di dotarsi una struttura chiara che sia gestita da personale qualificato. In quarto luogo, criteri finanziari che impongono l'obbligo di redigere e rendere pubblici bilanci certificati e ogni documentazione idonea a dimostrare una gestione finanziaria integra e responsabile.

3. Il sistema sportivo — è un dato acquisito — si atteggia ad ordinamento giuridico autonomo rispetto all'ordinamento generale⁵². La configurazione dello sport come ordinamento giuridico è stata teorizzata dal formante dottrinale e giurisprudenziale già nel corso dello scorso secolo. Per quel tanto che più interessa ai nostri fini, valga limitarsi a dare conto che le fondamenta teoriche per un tale configurazione sono state quelle della c.d. «teoria istituzionalista», che ha avuto in Santi Romano il suo più autorevole fautore⁵³. La c.d. «teoria normativista» giungeva a ritenere che non potesse esservi Stato senza diritto e diritto senza Stato, così che il solo ordinamento giuridico ammesso era l'insieme di norme promananti dall'apparato statale⁵⁴. In direzione opposta va invece la c.d. «teoria istituzionalista», per la quale il diritto scaturisce dalle «istituzioni» (gli enti o corpi intermedi) e non necessariamente dallo Stato. Dalle istituzioni nascono e si sviluppano ordinamenti giuridici, poiché «tutte le volte che si ha un organismo sociale di qualche complessità, sua pure lieve, nel suo interno si instaura una disciplina, che contiene tutto un ordinamento di autorità, di poteri, di norme, di sanzioni»⁵⁵. Si danno tanti ordinamenti giuridici per quante istituzioni esistono e si sviluppano nella società⁵⁶.

⁵² Tra i diversi contributi dedicati al rapporto tra ordinamento sportivo e ordinamento generale, quale tema classico con cui fare i conti ogniqualvolta si intenda approcciare ad una tematica che afferisca (direttamente o indirettamente) allo sport, si v. PEREZ, *Disciplina statale e disciplina sportiva nell'ordinamento dello sport*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pp. 507 ss.; GIANNINI, *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1996, pp. 671 ss.; GUARINO, *Lo sport quale formazione sociale di carattere sovranazionale*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 347 ss.; DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, pp. 25 ss.; FRATTAROLO, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, Milano, 2005; LUBRANO, *I rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale nella loro attuale configurazione*, in CANTAMESSA, RICCIO, SCIANCALEPORE, *Lineamenti di diritto sportivo*, Milano, 2008, pp. 1 ss.; SERRA, *Brevi riflessioni sull'autonomia e specificità dell'ordinamento sportivo*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2015, p. 323 ss.; D'ONOFRIO, *Il rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo nell'attuale contesto costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, p. 1 ss. Si vedano, inoltre, le diverse opere di stampo manualistico dedicate al diritto dello sport, tra cui, MAIETTA, *Lineamenti di diritto dello sport*, Torino, 2016; BATELLI, *Diritto privato dello sport*, Torino, 2021; PARISI, *Manuale di diritto dello sport*, Torino, 2021.

⁵³ Sostenuta in Francia da HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1925.

⁵⁴ KELSEN, *Allgemeine staatslehre*, Berlino, 1925.

⁵⁵ ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, p. 113.

⁵⁶ Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, senza pretesa di esaustività, si vv. ALLORIO, *La pluralità*

Non ogni istituzione può però dare vita ad un ordinamento giuridico. Piuttosto è necessaria la contestuale presenza di tre elementi: la plurisoggettività, quale insieme di soggetti e persone che si conformano ad un insieme di norme ritenute vincolanti, l'organizzazione, per tale intendendosi la presenza di strutture deputate a fissare i confini giuridici entro cui può estrinsecarsi l'attività dei vari soggetti dell'istituzione e la normazione, ossia l'insieme di norme vincolanti per i soggetti del gruppo. Tutti elementi che — a ben considerare — ricorrono nel fenomeno sportivo⁵⁷. V'è certamente la «plurisoggettività», stante la variegatissima presenza di soggetti che ne fanno parte (p. es., atleti, tecnici, dirigenti, arbitri, agenti, società, associazioni, etc.), come pure l'«organizzazione», essendo la pluralità di enti che vi operano organizzati secondo un determinato ordine che vede coinvolti ora creature proprie del diritto sportivo, ora invece creature dell'ordinamento generale (p. es., Leghe, etc.), e la «normazione», risultando la presenza di appositi organismi deputati a dettare regole vincolanti per i soggetti che ne fanno parte (p.es., il CIO e i Comitati Olimpici nazionali, le Federazioni, etc.).

Ma quali sono i tratti indefettibili dell'ordinamento sportivo? Innanzitutto, è un ordinamento giuridico «superstatale», poiché non ha come destinatari gli Stati, che quindi finiscono con l'atteggiarsi come sedi delle sue articolazioni nazionali⁵⁸. Inoltre, è un ordinamento giuridico originario, poiché, quanto al livello internazionale, «fonda la propria efficacia esclusivamente sulla propria forza e non su quella di altri ordinamenti che diventato arbitri della sua esistenza o validità»⁵⁹, mentre a livello nazionale è connotato da una derivazione parziale dall'ordinamento statale⁶⁰. Ancora,

degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pp. 247 ss.; CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *ID.*, *Opere*, Milano, 1959, pp. 181 ss.; GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del Congresso internazionale di sociologia*, Roma, 1950; LAMBERTI, *Gli ordinamenti giuridici: unità e pluralità*, Salerno, 1980; PANUNZIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofici-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, 1931, pp. 24 ss.

⁵⁷ CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, pp. 43 ss.; GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, pp. 10 ss.

⁵⁸ GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, *cit.*, p. 10.

⁵⁹ VALORI, *Il diritto dello sport. Principi, soggetti, organizzazione*, Torino, 2005, p. 31.

⁶⁰ QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, pp. 29 ss.

è un ordinamento giuridico a-territoriale, perché l'efficacia delle sue norme non conosce confini politici e geografici⁶¹. È pure un ordinamento giuridico settoriale (o sezionale), dal momento che è «proteso al perseguimento di un fine particolare⁶², non istituito dall'ordinamento generale statale, ma sorto spontaneamente da un gruppo sociale il quale, una volta evoluto, si è creato una propria organizzazione ed ha emanato un proprio corpo di regole»⁶³. Infine, è un ordinamento giuridico privo del carattere della sovranità, perché «privo di un territorio sul quale esercitare l'autorità che deriverebbe da tale condizione»⁶⁴.

Proprio da questi caratteri discende — sul fronte dell'organizzazione e della normazione interna — l'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento generale⁶⁵. Una autonomia che deriva dal fatto che l'ordinamento sportivo, nella sua dimensione nazionale, non è creato dall'ordinamento statale, ma attinge la sua fonte dalle norme promananti dal CIO, che impersonifica l'ordinamento internazionale dello sport. Difatti, l'ordinamento generale riconosce, identifica e accetta l'ordinamento sportivo⁶⁶, ma non in maniera incondizionata, bensì nei limiti in cui gli scopi avuti di mira da questo non si pongano in contrasto con i principi posti dal primo⁶⁷.

A livello nazionale, le ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento generale sono state positivizzate nel D.lgs. 23 luglio 199, n. 242 (c.d. decreto Melandri) e nella L. 17 ottobre 2003, n. 280: il primo ha

⁶¹ PITTALIS, *Sport e diritto*, cit., p. 31.

⁶² Il fine particolare è, in ultima analisi, quello di promuovere la pratica sportiva e diffondere i valori di cui questa è vettore privilegiato.

⁶³ VALORI, *Il diritto dello sport*, cit., p. 31.

⁶⁴ In questi termini, PITTALIS, *Sport e diritto*, cit., pp. 31-32.

⁶⁵ Per approfondimenti, GENTILE, *Ordinamento giuridico sportivo: nuove prospettive*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2014, pp. 45 ss.; BOTTARI, *Le attuali problematiche giuridiche dello sport. Il rapporto e le problematiche tra ordinamenti*, in *Dir. spor.*, 2014, pp. 161 ss.

⁶⁶ SANINO – VERDE, *Il diritto sportivo*, Padova, 2015, p. 658. In giurisprudenza, si v. C. Cass., Sez. III, 11 febbraio 1978, n. 635, che ha chiarito come il rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo è un «rapporto di riconoscimento, da parte dell'ordinamento giuridico statale, dell'ordinamento giuridico sportivo già autonomamente esistente e perciò originario; non già creazione, perché [...] l'ordinamento giuridico sportivo, che è costituito ed agisce nel territorio nazionale italiano, è collegato all'ordinamento giuridico internazionale, donde attinge la sua fonte».

⁶⁷ PITTALIS, *Sport e diritto*, cit., p. 32, osserva come «soltanto il rispetto dei principi posti dall'ordinamento generale in forza della posizione di supremazia dello stesso, potrà assicurare la liceità degli scopi prefissati dall'ordinamento sportivo nazionale».

sancito l'autonomia organizzativa dell'ordinamento sportivo, stabilendo che il Comitato Olimpico Nazionale (CONI) ha personalità giuridica di diritto pubblico e si conforma ai principi dell'ordinamento sportivo internazionale, in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi emanati dal CIO, laddove il secondo ne ha sancito l'autonomia normativa, prevedendo che «i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo». Discende che in tanto le norme dell'ordinamento sportivo saranno garantite da ingerenze dell'ordinamento generale, in quanto le stesse, limitandosi a disciplinare aspetti e profili di esclusivo interesse per l'attività sportiva, non coinvolgono valori e situazioni giuridiche che assumono rilievo anche per l'ordinamento generale. E non v'è dubbio che tra le situazioni soggettive interessate dall'ordinamento sportivo e che assumono indiscusso rilievo anche per l'ordinamento generale debba annoverarsi il diritto di libertà di impresa ex art. 41 Cost. e i limiti dell'utilità sociale, della salute, dell'ambiente, della sicurezza, della libertà e della dignità umana cui esso va incontro.

Del resto, l'attività sportiva esercitata dai sodalizi sportivi professionistici e dagli agenti sportivi è animata da interessi lucrativi e, come tale, costituisce attività economica. Va da sé che ogni qualvolta le istituzioni sportive normino una parte dell'attività sportiva che, esulando da aspetti propriamente tecnici, coinvolga (direttamente o indirettamente) valori rilevanti per l'ordinamento generale, l'autonomia del primo non può che assumere carattere recessivo, risultando giustificata l'incursione di norme statuali⁶⁸.

A livello europeo, il quadro dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento generale non cambia quasi in niente. La sola differenza sta nel fatto che non è consentito riscontrare norme analoghe a quelle dell'ordinamento italiano. Per vero, la fisionomia che è venuta ad assumere il rapporto tra i due ordinamenti è stata

⁶⁸ Giusto per fare un esempio, l'introduzione di norme da parte delle istituzioni sportive che fissino condizioni per la partecipazione di un *club* ad un determinato campionato non può avere un contenuto tale da pregiudicare la concorrenza nel mercato.

modellata dalle pronunce della Corte di giustizia, quali vere e proprie fonti del diritto euro-unionale. In linea con gli indirizzi giurisprudenziali, già nel Libro Bianco del 2007 si precisò che la specificità (*melius*, l'autonomia) dello sport, pur continuando ad essere riconosciuta, non potesse essere intesa «in modo da giustificare una esenzione generale dall'applicazione del diritto dell'UE», dovendo essere piuttosto assoggettato all'applicazione delle norme relative alla concorrenza e al mercato interno, al divieto di discriminazione e alla parità tra uomo e donna⁶⁹, oltreché al rispetto dei diritti fondamentali della persona⁷⁰. Com'è noto, la più celebre delle pronunce del giudice europeo⁷¹ continua ad essere quella resa sul caso Meca-Medina⁷², con la quale è stato enunciato il principio in forza del quale le regole sportive che abbiano l'effetto di incidere, direttamente o indirettamente, sull'attività economica esercitata da soggetti pure appartenenti all'ordinamento sportivo debbono essere compatibili con le norme euro-unionali sul mercato unico ed essere vagliate dal giudice europeo quanto alla

⁶⁹ Cfr., Cfr., Commissione delle Comunità europee, *Libro Bianco sullo sport*, Bruxelles, COM(2007) 391 del 11 luglio 2007, p. 14, in cui si dice che «l'attività sportiva è soggetta all'applicazione del diritto dell'UE, come esposto dettagliatamente nel documento di lavoro dei servizi della Commissione e nei relativi allegati. Le disposizioni relative alla concorrenza e al mercato interno si applicano allo sport in quanto quest'ultimo costituisce un'attività economica. Lo sport è anche soggetto ad altri aspetti importanti del diritto dell'UE, come il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, le norme relative alla cittadinanza dell'Unione e la parità uomo-donna per quanto riguarda il lavoro. [...] La giurisprudenza dei tribunali europei e le decisioni della Commissione europea indicano come la specificità dello sport sia stata riconosciuta e considerata e forniscono orientamenti sul modo di applicare il diritto dell'UE al settore sportivo. In linea con la giurisprudenza invalsa, la specificità dello sport continuerà a essere riconosciuta, ma non può essere intesa in modo da giustificare un'esenzione generale dall'applicazione del diritto dell'UE. Come è spiegato dettagliatamente nel documento di lavoro dei servizi della Commissione e

nei relativi allegati, ci sono norme organizzative dello sport che - in ragione dei loro obiettivi legittimi - non sembrano violare le disposizioni antitrust del trattato CE, purché i loro eventuali effetti contrari alla concorrenza siano pertinenti e proporzionati agli obiettivi perseguiti. Esempi di tali norme sono le “regole del gioco” (ad es. regole che fissano la lunghezza delle partite o il numero di giocatori sul campo), le norme relative ai criteri di selezione per le competizioni sportive, sulle gare “in casa” e “fuori casa”, quelle che vietano il cumulo di proprietà di società, quelle sulla composizione delle squadre nazionali, sul doping e sui periodi di trasferimento».

⁷⁰ LIVI, *La persona nello sport*, in BELLOMO – CAPILLI – LIVI – MEZZACAPO – SANDULLI, *Lineamenti di diritto sportivo*, cit., p. 26, ricorda come «il riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale [...] non impedisce all'ordinamento statale di intervenire (non solo sul piano processuale, ma anche a livello di disciplina) ritenga che i diritti fondamentale della persona non sia sufficientemente tutelati».

⁷¹ Per un'analisi delle pronunce rese sul punto dal giudice europeo, per tutti, BASTIAN, *Lex sportiva*, in *Osservatorio delle fonti*, 2021, pp. 357 ss.

⁷² C. Giust. Ue., 18 luglio 2026, C-519/04 David Meca-Medina c Commissione CE.

congruità e alla proporzionalità rispetto agli obiettivi avuti di mira. Di qui la necessità di tarare l'intensità e l'estensione dell'autonomia dell'ordinamento sportivo sulla base del tipo di regole che dallo stesso promanano. È così che possono aversi «regole di gioco» (p. es., quelle che fissano le dimensioni del campo e della porta, etc.) che, essendo inidonee a produrre effetti su profili rilevanti per l'ordinamento generale, sfuggono ad ogni ingerenza e controllo delle autorità statuali; «regole sportive» (p. es., quelle che disciplinano le modalità di trasferimento dei calciatori tra *club*), che sono destinate ad incidere su aspetti rilevanti sia all'interno dell'ordinamento sportivo che all'interno di quello generale; «regole economiche» destinate, invece, ad occuparsi di aspetti rilevanti solo indirettamente per l'ordinamento sportivo e che, proprio per questo, debbono conformarsi ai principi e alle norme dell'ordinamento generale⁷³.

Proviamo, allora, a mettere un pò a fuoco le cose. Quando nell'ordinamento sportivo vengano registrati fatti, atti, attività o vicende capaci di attentare a valori fondamentali per l'ordinamento generale, l'autonomia del primo deve arretrare, senza troppe storie. E deve farlo per un motivo molto semplice: consentire all'ordinamento generale di intervenire con regole, sue proprie, preordinate a conformare la *lex sportiva* a paradigmi capaci di rendere lo sport un'attività servente ai fini di interesse generale; una «servenza» che, lungi dal guastare e compromettere l'autonomia dell'ordinamento sportivo, finisce per confermarla e rafforzarla, posto che i casi nei quali si registrano incursioni dell'ordinamento generale nell'ordinamento sportivo trovano giustificazione in fatti, atti, attività e vicende che non inferiscono direttamente con le finalità settoriali dello sport. Trattasi, piuttosto, di fatti, di atti, di attività e di vicende «collegate» all'ordinamento sportivo, ma «rilevanti massimamente» per l'ordinamento generale.

Fra questi il riciclaggio di ricchezza illecita. La perpetrazione di operazioni dirette ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita del denaro attenta a valori

⁷³ Al riguardo, BASTIANON, *Regole sportive, regole del gioco e regole economiche nel diritto dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali*, Torino, 2014.

portanti dell'ordinamento generale: l'ordine pubblico economico⁷⁴, l'amministrazione della giustizia, la violazione dei diritti umani (p. es., traffico di stupefacenti, sfruttamento sessuale, immigrazione clandestina, traffico di minori, etc.)⁷⁵ ovvero dei doveri per i titolari di pubbliche funzioni ad una gestione della cosa pubblica sana e trasparente (p. es., la corruzione)⁷⁶, così come la concorrenza, l'integrità e la stabilità del sistema economico e finanziario. È per questo che l'ordinamento generale ha approntato un sistema penale repressivo e un sistema amministrativo di prevenzione: il primo mira a punire l'autore materiale della condotta di riciclaggio, mentre il secondo fonda su misure preventive (obbligo di adeguata verifica della clientela, obbligo di identificazione, obbligo di registrazione e conservazione dei dati, obbligo di segnalazione delle operazioni sospette) e su misure sanzionatorie (p. es., sanzioni amministrative per inosservanza degli obblighi summenzionati e/o di altre misure di prevenzione) rivolte ad alcune categorie di operatori economici (p. es., intermediari bancari, operatori finanziari e non finanziari, professionisti e prestatori di servizi di gioco, etc.). Proprio a causa della capacità del capitalismo criminale di adattarsi ai mutamenti del contesto economico e sociale per sfruttare ogni minima debolezza del sistema, la regolazione di prevenzione del riciclaggio⁷⁷ risulta essere necessariamente dilatabile quanto all'ambito soggettivo di applicazione: dalle prime direttive europee ad oggi⁷⁸ si è passati da una regolazione marcatamente settoriale, nel senso di essere

⁷⁴ PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, pp. 35 ss.; FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1980, pp. 1038 ss.

⁷⁵ In argomento, FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, 2005.

⁷⁶ RAZZANTE, *Corruzione, riciclaggio e mafie. La prevenzione e la repressione della nel nostro ordinamento giuridico*, Napoli, 2015.

⁷⁷ Tra gli altri, si vv. CAPRIGLIONE, *L'antiriciclaggio tra prevenzione sociale e disinquamento del settore finanziario*, in *Banca borsa*, 1998, pp. 418 ss.; CASSESE, *Il controllo pubblico del riciclaggio finanziario*, Milano, 1999; URBANI, *Supervisione bancaria e lotta al riciclaggio*, in DI BRINA – PICCHIO FORLATI (a cura di), *Normativa antiriciclaggio e contrasto alla criminalità economia*, Padova, 2002, 102 ss.; ID., *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005; ID., *Nota introduttiva al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231*, in SALAMONE – SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2014, pp. 933 ss.; ID., *Le mobili frontiere della disciplina antiriciclaggio*, in *Dir. banc. fin.*, 2010, pp. 243 ss.; ID., *Gli strumenti di contrasto dell'economia illegale*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2019, pp. 545 ss.; FRATANGELO, *Prevention and Countering of Money Laundering and Terrorism Financing*, in SICLARI (a cura di), *Italian Banking and Financial Law. Supervisory Authorities and Supervision*, Londra, 2015, 105 ss.

⁷⁸ Per un esame delle cinque direttive europee che si sono succedute negli anni, sino a prima di arrivare

prevalentemente rivolta agli istituti bancari e agli intermediari finanziari non bancari, ad una regolazione plurisettoriale, destinata a trovare applicazione su un amplissimo ventaglio di operatori economici⁷⁹.

Ora, si è avuto modo di dire che il calcio è tra i settori maggiormente esposti al rischio di essere sfruttati per finalità di riciclaggio. Non è un caso che già nel 2009 il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale – GAFI⁸⁰ aveva sviluppato un Rapporto nel quale ne metteva in evidenza la vulnerabilità⁸¹. Analogamente, pure le risultanze rese dalla Commissione europea all’esito dei *risk assessment AML/CFT* del 2019⁸² e del 2022⁸³, dalle quali era emerso che il calcio professionistico fosse esposto ad un elevato

alla sesta direttiva del 2024, ANDRACCHIO, *Profili evolutivi della disciplina antiriciclaggio. Integrazione europea della supervisione e sussidiarietà orizzontale del mercato*, Milano, 2024.

⁷⁹ Ad esempio, sull’introduzione delle nuove regole sul *gambling* v. D. SICLARI (ed.), *The New Anti-Money Laundering Law. First Perspectives on the 4th European Union Directive*, Palgrave MacMillan UK, 2016.

⁸⁰ L’organismo intergovernativo — inizialmente istituito come *task force* provvisoria in occasione dell’incontro del Gruppo dei sette (c.d. G-7) tenutosi a Parigi nel 1989 — con l’obiettivo di contribuire alla protezione del sistema finanziario ed economico dalle minacce del riciclaggio di proventi illeciti e del finanziamento del terrorismo. Posto al centro di una rete globale (*FATF Global Network*) di cui fanno parte, a loro volta, nove reti regionali che sviluppano nelle aree geografiche di competenza le politiche definite centralmente (c.d. *FATF-Style Regional Bodies – FSRBs*), al GAFI aderiscono attualmente trentanove Stati, due organizzazioni regionali e le principali istituzioni finanziarie. Le prerogative del GAFI possono distinguersi in quattro tipologie. La prima è quella delle «funzioni di studio e di analisi», attraverso cui sono identificate le evoluzioni del riciclaggio e delle minacce all’integrità del sistema economico e finanziario. La seconda è quella delle «funzioni di censistica proscrittiva», nell’esercizio delle quali sono identificati i Paesi con un sistema ad alto rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo e quelli con gravi carenze strategiche, di modo da consentire l’adozione di rafforzate misure di prevenzione ogniqualvolta ci si dovesse trovare ad interagire con operatori soggetti a quelle giurisdizioni; identificazione che culmina nell’adozione di apposite liste (la c.d. *black list* e la c.d. *grey list*) suscettibili di mutamenti integrativi ovvero espuntivi. La terza tipologia è quella delle «funzioni di valutazione e di monitoraggio», mediante le quali viene valutato, con controlli documentali e ispettivi svolti da un apposito Gruppo di esperti, il grado di conformità (*technical compliance*) e di efficacia (*effectiveness*) delle legislazioni dei singoli membri rispetto al quadro regolatorio fissato dal GAFI. Infine, la quarta tipologia è quella delle «funzioni di regolazione», che si sostanziano nella elaborazione di raccomandazioni, osservazioni, linee guida e criteri metodologici, tanto che il GAFI può considerarsi il «*first global standard-setter*» in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

⁸¹ Cfr., FAFT-GAFI, *Report*, cit.

⁸² Cfr., Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il documento Relazione della Commissione al Parlamento Europeo E al Consiglio sulla valutazione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere, (COM(2022) 554 final), del 27 ottobre 2022.

⁸³ Cfr., Commissione europea, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che gravano sul mercato interno e relativi alle attività transfrontaliere, COM(2022) 554 final, del 27 ottobre 2022.

rischio di riciclaggio, nonché gli esiti investigativi dell'EUROPOL⁸⁴. Eppure, per quante perplessità possa suscitare, il calcio professionistico è rimasto estraneo all'ambito di applicazione dei presidi antiriciclaggio per davvero molto tempo. La sua attrazione nell'*anti money laundering law* è un qualcosa di soli pochi mesi addietro. Di fatti, in un quadro di complessivo ripensamento della disciplina europea, la Commissione ha presentato (nel 2020) un Piano d'azione per una politica integrata in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo⁸⁵; Piano che è venuto traducendosi nell'adozione del Regolamento 2023/1113/UE⁸⁶, della direttiva 2024/1640/UE (c.d. VI direttiva antiriciclaggio)⁸⁷, del Regolamento 1620/2024/UE⁸⁸ e del Regolamento 2024/1624/UE⁸⁹.

Quest'ultimo costituisce una novità di non poco momento. In discontinuità rispetto alla tradizione legislativa del passato, le Istituzioni europee hanno inteso fissare con lo strumento del regolamento la cornice giuridica comune in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. Tale regolamento contiene disposizioni di impatto nient'affatto trascurabile per il calcio professionistico. Tant'è vero che, muovendo dalla duplice constatazione che «le attività delle società calcistiche professionistiche e degli agenti calcistici sono esposte al rischio di riciclaggio e ai reati presupposto associati a causa di diversi fattori inerenti al settore calcistico, quali la popolarità mondiale del calcio, gli

⁸⁴ Cfr., EUROPOL, *The involvement of organised crime groups in sports corruption, Situation report*, 6 dicembre 2021.

⁸⁵ Cfr., Comunicazione della Commissione relativa a un «Piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo (C(2020) 2800 final)», del 13 maggio 2020.

⁸⁶ Cfr., Regolamento 2023/1113/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2015/849.

⁸⁷ Cfr., Direttiva 2024/1640/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, e modifica e abroga la direttiva (UE) 2015/849.

⁸⁸ Cfr., Regolamento 2024/1620/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024, che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010.

⁸⁹ Cfr., Regolamento 2024/1624/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

importi considerevoli, i flussi di cassa e gli interessi finanziari coinvolti, la prevalenza di operazioni transfrontaliere e talvolta gli assetti proprietari opachi»⁹⁰, e che «in ragione delle loro attività, le società calcistiche professionistiche che competono nelle massime divisioni dei rispettivi campionati nazionali di calcio sono maggiormente esposte a rischi più elevati di riciclaggio e di reati presupposto associati rispetto alle società calcistiche che gareggiano in divisioni inferiori»⁹¹, ha incluso nel novero dei soggetti obbligati ad attuare i presidi antiriciclaggio due degli attori che, nell'economia del calcio, muovono ingenti flussi finanziari e sono esposti ad un elevato rischio di essere (consapevolmente o inconsapevolmente) sfruttati per finalità di riciclaggio: le «società

⁹⁰ Cfr., Considerando 24, in cui si afferma che «le attività delle società calcistiche professionistiche e degli agenti calcistici sono esposte al rischio di riciclaggio e ai reati presupposto associati a causa di diversi fattori inerenti al settore calcistico, quali la popolarità mondiale del calcio, gli importi considerevoli, i flussi di cassa e gli interessi finanziari coinvolti, la prevalenza di operazioni transfrontaliere e talvolta gli assetti proprietari opachi. Tutti questi fattori espongono il calcio a possibili abusi commessi da criminali per legittimare fondi illeciti e rendono così lo sport vulnerabile al riciclaggio e ai reati presupposto associati. Tra i principali settori di rischio figurano, ad esempio, le operazioni con investitori e sponsor, compresi gli inserzionisti, e il trasferimento di giocatori. Le società calcistiche professionistiche e gli agenti calcistici dovrebbero pertanto mettere in atto solide misure antiriciclaggio, compresa l'adeguata verifica della clientela per quanto concerne gli investitori, gli sponsor, compresi gli inserzionisti, e altri partner e controparti con i quali effettuano operazioni. Al fine di evitare oneri sproporzionati per le società di minori dimensioni che sono meno esposte al rischio di abusi criminali, gli Stati membri dovrebbero potere, sulla base di un comprovato minore rischio di riciclaggio, di reati presupposto associati e di finanziamento del terrorismo, esentare talune società calcistiche professionistiche dagli obblighi del presente regolamento, in tutto o in parte».

⁹¹ Cfr., Considerando 25, ove si chiarisce che «in ragione delle loro attività, le società calcistiche professionistiche che competono nelle massime divisioni dei rispettivi campionati nazionali di calcio sono maggiormente esposte a rischi più elevati di riciclaggio e di reati presupposto associati rispetto alle società calcistiche che gareggiano in divisioni inferiori. Ad esempio, le società calcistiche della massima divisione effettuano transazioni finanziarie di maggiore rilievo, come trasferimenti di giocatori e accordi di sponsorizzazione di valore elevato, potrebbero presentare strutture societarie più complesse con vari livelli di proprietà ed è molto più probabile che effettuino operazioni transfrontaliere. Tali fattori fanno sì che le società della massima divisione risultino più attraenti per i criminali e offrano maggiori opportunità di occultare fondi illeciti. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero potere esentare le società calcistiche professionistiche della prima divisione solo nei casi di basso livello di rischio comprovato e purché il fatturato di tali società, per ciascuno dei due anni precedenti, sia inferiore a 5 000 000 EUR o al controvalore in moneta nazionale. Ciononostante, il rischio di riciclaggio non è determinato esclusivamente dalla divisione in cui gareggia la società calcistica. Anche le società di divisioni inferiori possono essere esposte a rischi significativi di riciclaggio e reati presupposto associati. Gli Stati membri dovrebbero pertanto essere in grado di esentare dagli obblighi del presente regolamento solo le società calcistiche delle divisioni inferiori che sono associate a un basso livello di rischio comprovato di riciclaggio, reati presupposto associati o finanziamento del terrorismo».

calcistiche professionistiche»⁹² e gli «agenti di calcio»⁹³.

3.1. Ma come viene atteggiandosi il regime giuridico AML delle società calcistiche professionistiche e degli agenti calcistici? Quali sono i contenuti essenziali?

I suoi profili definitivi sono appaganti e non pongono particolari problemi. Le «società calcistiche professionistiche» e gli «agenti calcistici» vengono definiti — come da consueta tecnica di *drafting* europeo — con una prosa e una semantica contrassegnati da quella genericità capace di assicurargli l'elasticità necessaria ad adeguarsi alle più dettagliate definizioni nazionali. Le società calcistiche vengono, invero, identificate in «qualsiasi persona giuridica che è, che possiede o che gestisce una società calcistica cui è stata concessa una licenza e che partecipa al o ai campionati nazionali di calcio in uno Stato membro, i cui giocatori e il cui personale sono assunti contrattualmente e remunerati in cambio dei loro servizi»⁹⁴, mentre gli agenti sono definiti come «persona fisica o giuridica che, dietro compenso, fornisce servizi di intermediazione e rappresenta calciatori o società calcistiche professionistiche nelle trattative per la conclusione di un contratto per un calciatore o rappresenta società calcistiche professionistiche nelle trattative per la conclusione di un accordo di trasferimento di un calciatore»⁹⁵. A ben considerare, si è in presenza di «definizioni scrigno» capaci, come tali, di sussumere al loro interno le più circostanziate definizioni che è possibile, ad esempio, riscontrare nel nostro ordinamento, senza per questo occasionare antinomie e disallineamenti, spesse volte causa di incertezze

⁹² Cfr., art. 3, par. 3, lett. o), del Regolamento 2024/1624/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

⁹³ Cfr., art. 3, par. 3, lett. n), del Regolamento 2024/1624/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

⁹⁴ Cfr., art. 2, n. 52), del Regolamento 2024/1624/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

⁹⁵ Cfr., art. 2, n. 53), del Regolamento 2024/1624/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

interpretative e applicative⁹⁶.

Per quanto riguarda poi gli obblighi cui sono soggetti le società calcistiche professioniste e gli agenti calcistici, trattasi di quelli ordinariamente previsti per tutti gli altri soggetti obbligati «dalla» e «alla» regolazione antiriciclaggio: dall'esecuzione e aggiornamento di un'adeguata verifica dei rischi di riciclaggio alla adozione di politiche e procedure interne dirette a ridurre la vulnerabilità, dall'adeguata verifica della clientela alla fissazione di regole capaci di consentire la corretta individuazione del titolare effettivo, dalla conservazione dei dati e delle informazioni acquisite alla somministrazione di corsi di formazione e aggiornamento per collaboratori e dipendenti, senza dimenticare il fondamentale obbligo di segnalazione di operazioni sospette alla FIU nazionale⁹⁷. Ma si badi: l'inclusione del calcio professionistico nella regolazione di prevenzione del riciclaggio non è assoluta e incondizionata. La disciplina europea⁹⁸ ha, invece, previsto una serie di misure preordinate a rendere il loro ingresso nel sistema antiriciclaggio poco traumatico. In primo luogo, è stato contemplato un differimento dell'efficacia delle disposizioni, rispetto agli altri operatori: per tutti le norme dettate dal *Single rulebook* AML/CFT diverranno efficaci a far data dal 10 luglio 2027, mentre per le società calcistiche professionistiche e per gli agenti calcistici

⁹⁶ La disciplina nazionale dei sodalizi sportivi e degli agenti sportivi è, rispettivamente, dettata dal D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36 e dal D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37. Il primo non contiene una esplicita definizione, ma in rapporto a quella (esplicita) di associazioni e società sportive dilettantistiche consente di evincere che si tratti di persone giuridiche costituite nella forma della società per azioni o della società a responsabilità limitata che, affiliate ad una o più Federazioni Sportive Nazionali riconosciute dal CONI o dal CIP, hanno ad oggetto lo svolgimento, con finalità lucrativa, di attività sportive ed attività ad esse connesse e strumentali. Il secondo, invece, individua gli agenti calcistici nei soggetti che, in esecuzione del contratto di mandato sportivo, forniscono servizi professionali di assistenza e consulenza o mediazione per mettere in contatto due o più soggetti operanti nell'ambito di una disciplina sportiva riconosciuta dal CONI e dal CIO, ai fini della conclusione, della risoluzione o del rinnovo di un contratto di lavoro sportivo, del trasferimento della prestazione sportiva mediante cessione del relativo contratto di lavoro, del tesseramento di uno sportivo presso una Federazione Sportiva Nazionale.

⁹⁷ Per una ricostruzione dei contenuti nei quali si sostanziano i diversi obblighi antiriciclaggio, CASTALDI – CLEMENTE (a cura di), *La normativa in tema di prevenzione del riciclaggio: autorità, regole e controlli. Quaderni dell'antiriciclaggio*, Roma, 2023.

⁹⁸ Una prima interessante analisi delle misure è fatta da MEZZACAPO, *Antiriciclaggio e contrasto del finanziamento del terrorismo nel "settore del calcio professionistico" ai sensi del nuovo EU Single Rulebook AML/CFT di cui al Regolamento (UE) 2024/1624*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, pp. 447.

esattamente due anni più tardi (10 luglio 2029)⁹⁹. In secondo luogo, per le sole società calcistiche professionistiche, l'intensità e l'estensione degli obblighi *anti money laundering* sono accompagnati da una serie di compressioni. Non qualsiasi operazione impone loro di attuare i presidi AML, ma soltanto alcune: le operazioni con investitori, con *sponsor*, con agenti calcistici (o altri intermediari) e le operazioni di trasferimento di calciatori.

Infine, sempre per le sole società calcistiche professionistiche viene introdotto un peculiare sistema di esenzioni che, fondato sulla valutazione del rischio condotta dallo Stato membro, si articola sulla base di un macro-criterio discrezionale, qual è quello della partecipazione delle società calcistiche professionistiche alla massima serie ovvero a serie inferiori: gli Stati membri possono adottare provvedimenti con i quali siano esentanti (in tutto o in parte) quelle società calcistiche professionistiche, partecipanti alla massima divisione, che non superino determinati limiti di fatturato¹⁰⁰ e che, per natura e dimensioni operative, presentino un comprovato rischio basso di esposizione al riciclaggio; per quelle che, invece, militano in serie inferiori, senza che assuma rilievo il fatturato, l'esenzione dalla regolazione antiriciclaggio potrà essere disposta sulla sola base del comprovato rischio basso¹⁰¹. Di poi, onde evitare forme di abuso, la facoltà accordata agli Stati membri di disporre le esenzioni è stata subordinata ad una forma di controllo preventivo della Commissione europea. Prima che l'esenzione nazionale possa diventare efficace, gli Stati membri debbono infatti notificare la decisione alla Commissione, che potrà confermare o vitare l'esenzione¹⁰².

Le soluzioni approntate dal legislatore europeo sono ispirate — a rigore — al

⁹⁹ Cfr., art. 90 del Regolamento 2024/1624/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

¹⁰⁰ Il limite è di 5.000.000 di euro ovvero il controvalore in moneta nazionale per ciascuno dei due anni civili precedenti.

¹⁰¹ Cfr., art. 5 del Regolamento 2024/1624/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo

¹⁰² Cfr., art. 7 del Regolamento 2024/1624/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2024, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

principio di proporzionalità, poiché tendono a raggiungere un punto di equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare l'integrità del sistema economico e finanziario, da un lato, e l'esigenza di non dare luogo ad un immediato stravolgimento delle dinamiche che hanno sino a qui interessato il calcio professionistico, dall'altro lato. Tuttavia, non paiono andare esenti da potenziali criticità.

Tra le altre, la prima concerne il diverso periodo a decorrere dal quale diverrà efficace la disciplina eurounionale. Si ammetta pure che il settore del calcio professionistico ha sin qui funzionato secondo logiche e dinamiche che non prevedevano stringenti forme di controllo pubblicistico da parte di istituzioni eteronome, indi per cui l'applicazione immediata di una regolazione stringente e pervasiva, quale quella dell'antiriciclaggio, avrebbe potuto essere causa di non poche difficoltà gestionali e operative. Si ammetta ancora che molte delle operazioni su cui poggia il funzionamento del calcio professionistico abbisognano di quel grado di riservatezza necessario ad evitare che la conoscenza e l'intervento di soggetti altri (p. es., autorità pubbliche, investitori, squadre o agenti concorrenti, media, etc.) possa farne saltare il *closing*, di modo da risultare ragionevole la scelta di accordare un sufficiente margine di tempo per permettere al calcio professionistico di «digerire» la novità normativa e attrezzarsi per l'occorrenza, se del caso anche a livello di Federazione e di Lega. Rimane il fatto, però, che una «finestra temporale», anche piuttosto ampia (10 luglio 2027), per consentire al settore del calcio professionistico di prepararsi nell'ottica di conformare le sue attività agli obblighi antiriciclaggio risulta già contemplata per tutti i soggetti obbligati; da qui l'inespugnabilità dei veri motivi alla base di un differimento del differimento.

La seconda, invece, attiene alla scelta di limitare, per le sole società calcistiche e non anche per gli agenti, l'applicazione dei presidi antiriciclaggio al compimento di determinate operazioni di investimento. Se si considera che le operazioni richiamate dalla disciplina europea vedono, quasi sempre e a diverso titolo, il coinvolgimento di agenti calcistici, e se si accetta che le operazioni contemplate (operazioni con investitori, operazioni con *sponsors*, operazioni con agenti calcistici e operazioni di

trasferimenti di calciatori) sono quelle esposte ad un più elevato rischio di riciclaggio, non si vede per quale motivo la delimitazione oggettiva dell'ambito di applicazione della regolazione antiriciclaggio al calcio professionistico sia stata prevista per le sole società e non anche per gli agenti di calcio; a meno di non dovere accedere alla tesi — poco persuasiva — che questi ultimi possano compiere operazioni di investimento legate al mondo del calcio (connotate da un elevato rischio AML) rispetto alle quali non sarebbe coinvolta (né direttamente, né indirettamente) alcuna squadra di calcio.

Infine, la terza riguarda il meccanismo delle esenzioni. Per quale ragione potrebbero essere esentate le sole società calcistiche professionistiche e non anche gli agenti calcistici? Forse che gli agenti calcistici debbano considerarsi sempre e comunque esposti ad un rischio costantemente elevato di riciclaggio e, a prescindere da fatturato e dal livello di complessità della loro organizzazione, non possano essere esentati (in tutto o in parte) dall'applicazione dei presidi antiriciclaggio? Tralasciando la pericolosità di queste esenzioni¹⁰³, la strutturazione di un «sistema di esenzione dinamico» avrebbe dovuto probabilmente interessare pure gli agenti calcistici; non foss'altro che questi e le società calcistiche professionistiche sono spessissime volte coinvolti nelle stesse operazioni e, in quanto tali, esposti agli stessi livelli di rischio di vulnerabilità al riciclaggio di ricchezza illecita. Di più. Il sistema delle esenzioni congegnato dal Regolamento sembra avvitarsi attorno ad una regola poco convincente: ritenere che le società calcistiche professionistiche iscritte ai campionati di seconda serie possano considerarsi esposti ad un rischio AML più basso anche a prescindere dal loro fatturato. Una scelta che però, finisce con l'ignorare due dati: per un verso, che gli agenti riciclatori potranno essere attrattati dalle squadre professionistiche che militano in divisioni inferiori, perché mediaticamente meno esposte e, per altro verso, che proprio l'elevata entità del fatturato di società che competono in serie minori dovrebbe costituire indice sintomatico di vulnerabilità al riciclaggio di ricchezza illecita.

¹⁰³ Ciò in quanto il *risk based approach* che ispira l'intera regolazione antiriciclaggio è di per sé capace di assicurare una modellazione degli obblighi AML alle peculiarità dei vari soggetti obbligati ed evitare, quindi, sproporzionati sovraccarichi procedurali ed economici.

4. Quelle appena compiute sono considerazioni «da combinato disposto». Non possono, però, dirsi bastevoli. In effetti, c'è che la portata che assume l'inclusione delle società di calcio professionistico e degli agenti calcistici nel novero dei soggetti obbligati a dare attuazione ai presidi antiriciclaggio si presta bene ad essere indagata anche sul piano della «politica del diritto», poiché involge e chiama in causa un principio sempre più *good for everything*: quello di sussidiarietà orizzontale¹⁰⁴.

La sussidiarietà, dal latino *subsidiūm*, richiama l'idea di riserva, di rinforzo, di soccorso¹⁰⁵. Trova una delle sue più risalenti e progredite radici ideologiche nella dottrina sociale della Chiesa¹⁰⁶ e, in particolare, nell'enciclica Quadregesimo anno di Papa Pio XI, ove ne fu messo in luce il senso di favorire l'intervento dei singoli e delle formazioni sociali nell'esercizio di attività di interesse generale¹⁰⁷. Tra le formazioni sociali che concorrono a formare il pluralismo del nostro ordinamento figura lo sport, con tutti i soggetti che di esso fanno parte (p. es., Comitati Olimpici, Federazioni, Leghe, associazioni, società, arbitri, direttori tecnici, agenti sportivi, atleti, etc.). Di talché, il

¹⁰⁴ Senza nessuna pretesa di esaustività, tra i moltissimi altri, si vv. BERTI, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 1994, pp. 405 ss.; BIN, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti "privati"*, in *Istit. Feder.*, 1999, pp. 5 ss.; CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quaderni Regionali*, 2002, pp. 453 ss.; MOSCARDINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 433 ss.; FOÀ, *Il principio di sussidiarietà orizzontale come limite al potere normativo regionale: il caso delle fondazioni di origine bancaria*, in *Federalismi.it.*; DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000; D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalistica e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, 2011, pp. 249 ss.

¹⁰⁵ Lo ricorda molto bene SANTUARI, *Le associazioni sportive dilettantistiche tra principio di sussidiarietà e attività di interesse generale: le Convenzioni ex art. 56 del Codice del Terzo Settore*, in *Dir. sport.*, 2023, p. 12.

¹⁰⁶ L'Enciclica di Papa Pio XI ne poneva in evidenza la duplice componente (positiva e negativa): nell'accezione positiva, la sussidiarietà orizzontale implica la necessità dei pubblici poteri di valorizzare le iniziative dei singoli e delle formazioni sociali nel perseguimento di finalità di interesse generale, mentre nell'accezione negativa comporta l'intervento sostitutivo dei pubblici poteri, allorché i singoli e le formazioni sociali non siano in grado, da soli, di svolgere attività dirette alla cura dell'interesse generale. In dottrina, D'ANDREA, *Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della corte costituzionale*, in *L'Ircocervo*, 2011, p. 13, nota 25, ricorda anche come il principio di sussidiarietà percorre l'intera parabola della dottrina sociale della Chiesa, dall'Enciclica di Leone XIII che ne ha segnato (in un certo senso) l'inizio (la *Rerum Novarum*, ai nn. 11 e 28), fino alla recente (29 giugno 2009) Enciclica di Papa Benedetto XVI (*Caritas in Veritate*), ove si qualifica il principio di sussidiarietà "manifestazione particolare della carità e criterio guida per la collaborazione fraterna di credenti e non credenti" e se ne evidenzia l'attitudine a fungere da antidoto efficace contro l'assistenzialismo paternalista (su tale specifico profilo si tornerà più avanti nel testo) ed a governare la globalizzazione orientandola "verso un vero sviluppo umano" (n. 57)».

¹⁰⁷ SANTUARI, *Le associazioni sportive dilettantistiche tra principio di sussidiarietà*, cit., p. 12.

coinvolgimento di alcuni dei soggetti di questo corpo intermedio nell'attuazione di presidi (quelli antiriciclaggio) preordinati ad assicurare il soddisfacimento di rilevanti interessi pubblici (la concorrenza, l'integrità e la stabilità del sistema economico e finanziario, nonché i diritti umani) costituisce ulteriore esempio della duttilità del principio di sussidiarietà orizzontale.

Sarebbe riduttivo e, per certi versi, superficiale arrivare a «bollare» i limiti e le condizioni che la regolazione dell'antiriciclaggio impone all'autonomia privata (organizzativa e procedurale) dei c.d. soggetti obbligati come mera estrinsecazione di quei controlli che il dettato costituzionale ammette ex art. 41 Cost. al fine di indirizzare l'impresa privata verso fini di utilità sociale. Occorre guardare giusto un pò più affondo. Ormai da tempo gli apparati pubblici si avvalgono, mediante il conferimento di funzioni pubblicistiche, dell'ausilio e della intermediazione dei privati nella cura concreta di interessi generali. E il fondamento di questa amministrativizzazione dei privati può rintracciarsi nel principio di sussidiarietà orizzontale che, malgrado alcune iniziali voci contrarie¹⁰⁸, è destinato a trovare applicazione anche per soggetti che svolgono attività di impresa. Gli studi¹⁰⁹ nei quali sono profusi non poche fatiche intellettuali nell'indagare la portata attribuita¹¹⁰ alla sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento tedesco¹¹¹ chiariscono che lo stesso sia alla base di peculiari forme di cooperazione tra lo Stato e i cittadini (imprenditori o meno) dalle quali scaturiscono regolazioni

¹⁰⁸ Il riferimento è al parere Cons. di St., Sez. cons., 3 settembre 2003, n. 1440, con commento anche critico di G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004, pp. 718 ss

¹⁰⁹ SICLARI, *Tutela dell'ordine pubblico del mercato affidata ai privati e sussidiarietà orizzontale ex lege*, in *Diritto e società*, 2005, pp. 253 ss.; ID., *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui ischi di pagamento*, Padova, 2006; ID. *Tutela del risparmio, educazione finanziaria e principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, pp. 79 ss.; ID., *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati in Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, pp. 275 ss.; ID., *Sicurezza della circolazione giuridica, ordine pubblico di protezione e modelli di sussidiarietà orizzontale: l'obbligo di deposito del prezzo dinanzi al notaio*, in *Nel Diritto*, 2014, pp. 214 ss.; ID., *Profili giuridici della società benefit. Forme della sostenibilità nel diritto dell'economia. Un'introduzione*, Milano, 2022.

¹¹⁰ ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlino, 2001.

¹¹¹ Il tema della sussidiarietà orizzontale in Germania è affrontato anche da MILLON-DELSOL, *L'Etat Subsidiaire*, Parigi, 1992; HÖFFE, *Subsidiarität als Staatsphilosophisches Prinzip*, in NÖRR – OPPERMANN (a cura di), *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, Tübingen, 1997, pp. 52 ss.

cooperative¹¹², incentrate sull'idea «della realizzazione dei compiti come un concorso tra attori privati e statali, in una prospettiva che supera i processi amministrativi cooperativi e il cosiddetto diritto cooperativo, comprendendo l'unione funzionale di diverse azioni razionali e regimi giuridici, di attori statali e privati intenti a raggiungere il fine del controllo in determinati settori»¹¹³, senza escludere il coinvolgimento di soggetti con finalità lucrative¹¹⁴.

Aderendo a questa impostazione teorica, se ne ottiene che il modello di sussidiarietà orizzontale rintracciabile nel sistema di prevenzione dell'antiriciclaggio rende le società calcistiche professionistiche e gli agenti calcistici nuovi chiamati in sussidiarietà, considerando la «natura composita del titolo» da cui scaturisce il conferimento a svolgere l'attività di pubblico interesse. Questo non è solo costituito dalla legge, ma anche dai provvedimenti autorizzativi o abilitativi di cui la stessa presuppone l'adozione: per le società calcistiche professionistiche tali provvedimenti paiono rinvenibili nel riconoscimento e nell'affiliazione alla Federazione sportiva, mentre per gli agenti sportivi li si può rinvenire nell'abilitazione all'esercizio di quella che è una vera e propria «attività economica di prestazione di servizi»¹¹⁵ e nell'iscrizione nel Registro nazionale degli agenti sportivi tenuto presso il CONI¹¹⁶.

In secondo luogo, il «carattere duplice della situazione soggettiva». Il lemma impiegato dalla disciplina normativa per qualificare gli atti e le attività cui sono chiamati è quello di obbligo. Ancora una volta, però, le cose devono essere viste più in profondità. Il riferimento all'obbligo coglie soltanto un aspetto della vicenda: quello concernente la posizione degli operatori economici rispetto alla legge. A questa faccia, però, se ne accompagna un'altra: la posizione dei soggetti obbligati rispetto alle controparti contrattuali. In questo rapporto, i soggetti obbligati possono infatti dirsi titolari di una situazione soggettiva di «onere potestativo strutturalmente privato e funzionalmente pubblico»: in quanto privato, si tratta di una situazione soggettiva

¹¹² SICLARI, *Profili giuridici della società benefit*, cit., pp. 26 e 31.

¹¹³ SICLARI, *op. ult. cit.*, p. 34.

¹¹⁴ SICLARI, *op. ult. cit.*, p. 26.

¹¹⁵ Cfr., Trib. Ue, 26 gennaio 2005, T-193/02.

¹¹⁶ Cfr., art. 4, D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 137.

attiva avente una autoritatività dimidiata rispetto alla situazione di potere dello Stato e degli altri soggetti istituzionali (p. es., le controparti contrattuali possono astrattamente decidere di non instaurare il rapporto dinanzi alla prospettazione dei controlli antiriciclaggio che il soggetto obbligato è tenuto a porre in essere); in quanto pubblica, l'esercizio di quella situazione soggettiva è strumentale alla cura concreta di interessi non egoistici¹¹⁷.

In terzo luogo, la «strumentalità dell'oggetto» dell'attività. L'attività di controllo eseguita dai soggetti obbligati si sostanzia in attività di verifica e identificazione della clientela, di conservazione di documenti e di segnalazione di operazioni sospette e di trasmissione delle comunicazioni oggettive, che non sono però capaci di provvedere direttamente alla cura concreta dell'interesse pubblico, ma vi contribuiscono. Per intendersi, se dai controlli di adeguata verifica della clientela non emergano indici di anomalia, l'attività dell'operatore economico si risolve in un fare meramente esecutivo (conservazione dei dati e delle informazioni) in relazione al quale l'interesse pubblico non entra empiricamente in gioco. Diverso il discorso quando si abbiano sospetti di anomalia. In tal caso, entrando l'interesse pubblico in una condizione di potenziale attualizzazione, all'attività meramente esecutiva dell'adeguata verifica della clientela si affianca una attività preparatoria, qual è l'analisi dei sospetti di riciclaggio e la conseguente trasmissione della segnalazione di operazioni sospette. Quest'ultima attività è collegata all'attività amministrativa di analisi finanziaria della UIF, che è l'unica a potersi risolvere nell'adozione di determinazioni capaci di curare concretamente l'interesse pubblico alla prevenzione del riciclaggio di proventi illeciti.

Infine, la «natura privata» dell'attività e degli atti. L'attività di controllo che i soggetti obbligati sono chiamati a compiere nelle loro operazioni economiche, per quanto concorra alla cura dell'interesse pubblico alla prevenzione del riciclaggio e per quanto dispositiva, non può dirsi amministrativa; né gli atti dagli stessi adottati (p.es., le richieste di documenti per l'adeguata verifica, le segnalazioni di operazioni sospette,

¹¹⁷ Sul potere dispositivo dei privati, NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010; ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in OLIVIERI, (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, pp. 3 ss.

etc.) possono dirsi amministrativi. Il motivo è di «stretto diritto positivo»¹¹⁸: scandagliando le previsioni del D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 non può che giungersi a negare la qualifica amministrativa, poiché non è prevista, neppure nei limiti della compatibilità, la applicazione di un regime di diritto pubblico¹¹⁹.

5. Quando nel 2027 — a meno di eventuali modifiche — le nuove norme europee sulla prevenzione del riciclaggio di denaro diverranno efficaci, il mondo del calcio professionistico dovrebbe essere riuscito ad attrezzarsi per superare quelle iniziali difficoltà di adattamento che seguono a tutte le sopravvenienze legislative (p.es., l'esigenza di sviluppare una cultura dell'antiriciclaggio, il dover sostenere i costi per elaborare procedure e politiche interne, il dover sostenere i costi per la eventuale individuazione dei soggetti ai quali esternalizzare l'esecuzione di determinati obblighi, etc.). Tuttavia, il reale apporto che il calcio professionistico potrà dare nella strategia di prevenzione del riciclaggio di ricchezza illecita dipenderà anche dalla cooperazione tra istituzioni dell'ordinamento sportivo e istituzioni dell'ordinamento generale.

Un sistema di prevenzione di riciclaggio che sia davvero efficiente non può basarsi soltanto su regole (foss'anche scritte molto bene) e non può affidarsi completamente sulla sola fiducia che gli operatori economici sapranno dare piena e tempestiva attuazione ai presidi antiriciclaggio. Nella vita dei soggetti economici possono accadere le più disparate vicende che li rendono, volente o nolente, vulnerabili al riciclaggio di denaro e meno disposti ad attuare i presidi AML; su tutte,

¹¹⁸ Secondo l'insegnamento di GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1959, pp. 157 ss., per il quale la natura giuridica degli atti adottati da privati incaricati di esercitare funzioni o attività amministrative è questione che si risolve soltanto guardando al regime legislativo ad essi riservato.

¹¹⁹ Mettono in evidenza la stretta e inestricabile correlazione tra procedimento e potere autoritativo sia BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, pp. 61 ss., secondo cui la «qualificazione della funzione amministrativa comporta una compiuta valorizzazione del suo profilo procedimentale, posto che la rilevanza dell'attività di un organo amministrativo viene in definitiva a risolversi in una disciplina positiva differenziata delle diverse fasi attraverso le quali il potere si trasforma in atto. [...] Esattamente, perciò, sia pure su di un piano più generale, è stato affermato che ogni funzione pubblica si esprime necessariamente mediante procedimenti o che il procedimento è la forma necessaria della funzione pubblica», sia GRECO *Argomenti di diritto amministrativo. Parte speciale*, Milano, 2013, p. 78, per il quale si deve parlare «dell'attività provvedimentoale, come dell'attività procedimentalizzata».

per le società calcistiche, l'esigenza di liquidità per fare quadrare i conti oppure per essere più competitivi nella divisione cui partecipano. Risulta necessaria un'azione complementare alla normazione; un'azione che veda il sinergico coinvolgimento di quei soggetti istituzionali che — in un modo o nell'altro — dovranno vigilare e controllare le società sportive professionistiche e gli agenti sportivi.

E da questo punto di vista l'ordinamento italiano (generale e sportivo) potrà dimostrarsi all'altezza della sfida. È infatti già dotato di giusti strumenti. Con l'istituzione dell'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo (AMLA) e la creazione di un sistema di supervisione incentrato anche su di un meccanismo di «sorveglianza del settore non finanziario», che vede l'AMLA competente a compiere una vigilanza indiretta sulle autorità nazionali competenti per i settori non finanziari¹²⁰, un ruolo centrale nella *governance* nazionale dell'antiriciclaggio potrà essere assolto dalla neoistituita Commissione indipendente per la verifica dell'equilibrio economico e finanziario delle società sportive professionistiche¹²¹, nonché dalle Commissioni CONI e FIGC per gli agenti sportivi; sono queste che, per il mondo calcistico, saranno plausibilmente chiamate a cooperare, a stretto gomito, con l'AMLA.

Domenico Siclari

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

Domenico Andracchio

*Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia
nell'Università di Roma La Sapienza*

¹²⁰ Cfr., artt. 15 ss., del Regolamento 2024/1620/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024, che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010.

¹²¹ Cfr., art. 13-*bis*, del D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36.

SMART CONTRACTS E BLOCKCHAINS*

(Smart contracts and blockchains)

ABSTRACT: *Rispetto a oggetti (di disciplina) con elevata caratterizzazione tecnica e tecnologica, la conoscenza offerta dalla hard science è, sul piano razionale, presupposto indefettibile dell'elaborazione di indirizzi normativi. I problemi della modernità, la soluzione delle questioni anche giuridiche ch'essa pone, esigono un criterio di valutazione e affrontamento che non è più soltanto multidisciplinare o interdisciplinare, ma si plasma sul paradigma della transdisciplinarità che evita all'interprete sfuggevolezze e slittamenti.*

In regard to subject-matters (of legal regulation) with a strong technical character, the knowledge offered from the hard sciences is, on the rational level, an indefectible premise for the elaboration of lawmaking approaches. The problems of modernity, the resolution of the problems - including legal ones - that modernity creates, require a criterion for evaluation and confrontation which is no longer solely multidisciplinary or interdisciplinary, but shaped according to the paradigm of transdisciplinarity, which prevents the interpreter from evading the problem or committing semantic transgressions.

SOMMARIO: 1. Conoscenza tecnica e specola giuridica. - 2. Legislazione e innovazione tecnologica. - 3. Innovazione tecnologica e letteratura giuridica. - 4. *Blockchains* e *smart contracts*. 5. Considerazioni conclusive.

* Contributo approvato dai revisori.

Lo scritto riproduce, con minime integrazioni, il testo della relazione su *Smart contracts e blockchains* al convegno su *L'intelligenza artificiale all'incrocio dei saperi. Aspetti scientifici, etici, giuridici e impatto sociale*, 22 febbraio 2024, Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma, promosso da Fondazione Roma Sapienza.

1. Il titolo del convegno indica una prospettiva di riflessione che il sottotitolo che completa il primo concorre a precisare. Il sottotitolo, per l'articolazione e la composizione con cui si presenta, opera distinzioni, le sottintende, le riverbera e ha il merito di far emergere un'ineludibile esigenza dei giuristi. Esigenza che si fa a esempio notare quando i giuristi trattino di *blockchain* e *smart contract*.

Il titolo ("L'intelligenza artificiale all'incrocio dei saperi") lascia intendere che il convegno convoca invitando allo svolgimento di discorsi che affrontino il tema dell'IA in una prospettiva metodologica che, in particolare, attiene al rapporto tra diverse discipline o aree di studio (i "saperi"), ponendo quel tema al loro incrocio.

Il sottotitolo, per parte sua, discerne. L'"impatto sociale" dell'IA è distinto, aggiuntivo rispetto agli "aspetti scientifici, etici, giuridici" dell'IA; e, all'interno della seconda componente del dittico, sono tenuti separati i piani via via scientifico, etico e giuridico. Questo smembramento non sottende un *bias* nei confronti delle discipline umanistiche, della loro scientificità¹: piuttosto, sembra rimarcare una formale distinzione tra domini della conoscenza e della normatività in un duplice senso. Distinti sono gli ordinamenti normativi espressi dalla morale e dal diritto; distinta da quelli è la conoscenza (dell'IA e dei suoi impatti sociali, ossia) dell'oggetto delle norme morali o giuridiche che su di esso si esercitano per orientare i comportamenti.

L'IA intesa come applicazione o insieme di applicazioni rivenienti dall'IA come disciplina, al pari d'altri costrutti tecnici e – più in generale – tecnologici come le *distributed ledger technologies* e gli *smart contracts*, è il prodotto di scienze dure che ne hanno, dunque, specifica e diretta conoscenza, della quale è tributario il bagaglio culturale che è loro proprio, lo strumentario concettuale inclusivo di lingue speciali (*i.e.* particolari forme di linguaggio²) con il quale quella conoscenza si forma, si trasmette e

¹ Per tutti, v. N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950. Cfr. J.J. BONSIGNORE, *Law as a Hard Science: On the Madness in Method*, 2 [1977] *ALSA F.* 47 ss.

² Cfr. T. DE MAURO, *Prima lezione sul linguaggio*, Roma - Bari, 2002, *passim*, e già Id., *Minisemantica dei linguaggi non verbali e delle lingue*, Roma - Bari, 1990.

si acquisisce³. Così come, parrebbe, la (specifica e diretta) conoscenza degli impatti sociali e – si può aggiungere – di quelli economici dell’IA è eminentemente appannaggio di discipline rispettivamente sociologiche ed economiche.

Rispetto a oggetti (di disciplina) con elevata caratterizzazione tecnica e tecnologica, dunque, la conoscenza offerta dalla *hard science* è, sul piano razionale, presupposto indefettibile dell’elaborazione di indirizzi normativi impressi dalla morale e dal diritto⁴ se non senz’altro appropriati, almeno edotti e pertinenti. Nel contempo, indirettamente lo è pure dei metadiscorsi (scientifici) sui precetti posti dall’una o dall’altro quando siano relativi ai menzionati oggetti⁵, siccome quello immediato dei detti metadiscorsi non s’intende senza (un’adeguata) conoscenza di ciò che a sua volta ne forma oggetto e ne è, pertanto, quello mediato.

La consapevolezza di ciò sembra riverberarsi nella scansione del sottotitolo del convegno che, nel distinguere gli aspetti scientifici da quelli etici e giuridici (oltre che dal profilo dell’impatto sociale) dell’IA, fa intendere che quanto ai primi è la *hard science* a essere chiamata a pronunciarsi, a offrirne (per ragioni logiche) innanzi a tutte la rappresentazione, anche prospettica, così ponendo l’indispensabile premessa per la specola etica e giuridica che attiene, quest’ultima, a ciò che dell’IA pertiene al diritto, è preso o dev’essere preso in considerazione dal diritto. Del resto, lo riflette l’organizzazione del convegno, che premette le relazioni degli informatici.

³ Sul “problema” della comunicazione del sapere, cfr. A. CERRONI, *Comunicazione e società. Individuo, specie sociale e genere nella comunicazione del sapere*, ne *La scienza è una curiosità. Scritti in onore di Umberto Cerroni*, a cura di C. PERROTTA, San Cesario di Lecce, 2004, 25 ss., spec. 32.

⁴ Se si vuole, anche in relazione alla differenziazione di *humanities and social sciences from so-called exact or hard sciences* che si colga in ciò che “[t]he outcomes of research in the humanities and social sciences are in fact very different to the results obtained in exact sciences” (v. R. FABRE, *New Challenges for Knowledge: Digital Dynamics to Access and Sharing*, London – Hoboken, 2016, ch. 12).

⁵ Quanto al diritto, v. spec. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953, e Id., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955. Più in generale, v. a es. J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, 1979 (anche nella trad. Ingl. Id., *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, a cura di G. BENNINGTON e B. MASSUMI, Minneapolis, Minnesota, 1984) sulla rilevanza del metadiscorso quale fattore di legittimazione della scienza in senso moderno e, invece, la cifra del post-modernismo “as incredulity toward metanarratives” (ivi, xxiii s.), tal che un postmodernista “the work he produces are not in principle governed by pre-established rules, and they cannot be judged according to a determining judgment, by applying familiar categories” (ivi, 81).

Quella scansione (del sottotitolo del convegno) non sottintende dubbi epistemologici, interrogativi sulle questioni sempre attuali che, quanto all'area giuridica, attengono all'epistemologia del diritto e all'epistemologia della scienza giuridica⁶. Riservare la rappresentazione del fatto alla scienza dura non pone in questione la scientificità della scienza giuridica che s'occupa delle regole che a esso il diritto riferisce; così come il binomio *Science and Ethics* non implica negazione della scientificità alla disciplina a cui con esso si allude, ossia all'etica della scienza, alla filosofia morale in cui s'inquadra e alla filosofia *tout court*⁷ (del resto attratta a un'area delle scienze, in uno con le musicali e le letterarie, tra quelle a cui attinge la stessa Fondazione promotrice del convegno per comporre il proprio consiglio scientifico).

Una tale riserva, logicamente congruente con l'allocazione della conoscenza (specifica e diretta) del fatto posto al centro della riflessione convegnistica, pone in luce o, almeno, lascia emergere che nell'attuale contesto (o fase) dello sviluppo tecnico e tecnologico e, di riflesso, socio-economico risulta accentuata la dipendenza (culturale) della *soft science* dalla *hard science*⁸ dovendosene apprendere le cognizioni, il sapere in misura sufficiente per comprendere i suoi frutti tecnicamente più complessi ove

⁶ Nell'estesa letteratura, nella dottrina italiana v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, *passim*; Id., *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto & questioni pubbl.*, 2019, 39 ss.; V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012; G. ALPA, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Quaderni regionali*, 2006, 325 ss.; Id., *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 2000, 357 ss.; C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002, 63 ss.; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990, *passim*. In precedenza, cfr. l'antologia E. BETTI, *L'ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito*, a cura di G. MURA, Roma, 1990; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 314 ss.; P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze, metodi*, Napoli, 1988.

⁷ Tra gli altri, si possono confrontare T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. PACCHI, Roma - Bari, 1989, 129 s., per cui "la scienza della virtù e del vizio è la filosofia morale"; S. DE ROSSI, *La vera filosofia morale ovvero scienza della vera onestà e della prudenza umana*, t. 1, rist., 1789; D. PACCHI, *La vera filosofia morale dell'uomo*, 2 voll., Modena, 1791; E. AGAZZI, *Philosophy of Science and Ethics*, 28 (2018) *Axiomathes* 587 ss.; Id., *Scientific Objectivity and Its Contexts*, Cham - Heidelberg - New York - Dordrecht - London, 2014; Id. (ed.), *Varieties of Scientific Realism: Objectivity and Truth in Science*, Cham, 2017; Id. F. MINAZZI (eds.), *Science and Ethics: The Axiological Contexts of Science*, Brussels, 2008.

⁸ Ciò non implica, almeno non necessariamente, che *it was good to be "hard," bad to be "soft"*: per un profilo storico della distinzione, v. S. SHAPIN, *Hard science, soft science: A political history of a disciplinary array*, 60 [2022] *History of Science* 287 ss., per il quale in futuro *the commonplace distinction might wither away*.

divengano o debbano divenire argomento d'interesse di discipline umanistiche.

2. Divengano o debbano divenire poiché, per quanto attiene all'area giuridica, IA, *distributed ledger technologies* e *smart contracts* sono, *de lege data* e *de lege ferenda*, espressamente riguardati dal formante *lato sensu* legislativo.

Viene in rilievo il c.d. *digital finance package* dell'UE e, in particolare, la parte di esso attuativa della c.d. *Digital Finance Strategy* che si è, tra l'altro, tradotta nell'istituzione di un *DLT pilot regime*, ossia un "regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito" a cui ha provveduto il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2022, n. 2022/858⁹; nell'introduzione d'una disciplina strumentale a presidiare la resilienza operativa digitale nel settore finanziario, consistita nel regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 14 dicembre 2022, n. 2022/2554, c.d. *Digital Operational Resilience Act* o DORA¹⁰; e nella promulgazione del *Market in Crypto-assets Regulation* o MiCAR (regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 31 maggio 2023, n. 2023/1114),

⁹ In tema v. N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation, EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford, 2023, 441 s., nt. 6; P. SANDNER, A. FERREIRA e T. DÜNSER, *Crypto Regulation and the Case for Europe*, in D.A. TRAN, M.T. THAI e B. KRISHNAMACHARI (eds.), *Handbook on Blockchain*, Cham, 2022, 661 ss., spec. 675 s., 684; il c.d. libro verde del MEF, *La competitività dei mercati finanziari italiani a supporto della crescita*, Roma, 2022, 17 s., 21, 38; P. LEOCANI, U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI e A. TRANQUILLINI, *Tecnologie di registro distribuito (distributed ledger technologies) per la rappresentazione digitale di strumenti finanziari (security token): tra diritto cartolare e disciplina delle infrastrutture di mercato*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, II, 73 ss.; F. CIRAIOLO, *L'ecosistema digitale e l'evoluzione dei mercati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, suppl. al fasc. n. 4, 342 ss.; V. LEMMA, *Quali controlli per le valute virtuali? (How can cryptocurrencies be controlled?)*, ne *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, a cura di D. ROSSANO, Milano, 2023, 283 ss. e, ivi, 296 ss.

¹⁰ Sulle finalità, cfr. Kourmpetis, *Management of ICT Third Party Risk Under the Digital Operational Resilience Act*, in *Digitalisation, Sustainability, and the Banking and Capital Markets Union: Thoughts on Current Issues of EU Financial Regulation*, a cura di L. BÖFFEL e J. SCHÜRGER, Cham, 2023, 211 ss. e, ivi, 220 s. Per una lettura che lo considera una normazione di cybersicurezza, di contrasto ai rischi informatici, v. pure F. LAUS, *L'amministrazione del rischio. Tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Milano, 2023, 450 s.; e cfr. già E. PALMERINI, G. AIELLO e E. CAPPELLI, *Il Fintech nel contesto della data-driven economy: profili civilistici tra rischi per la clientela e rischi per gli operatori*, in *Aa.Vv., Il Fintech e l'economia dei dati. Considerazioni su alcuni profili civilistici e penalistici. Le soluzioni del diritto vigente ai rischi per la clientela e gli operatori*, in *Quaderni FinTech*, n. 2, Roma - Milano, 2018, 13 ss.

che concerne le cripto attività che non abbiano natura di strumenti finanziari: segnatamente, fatte salve le specifiche esenzioni previste in seno al titolo II del regolamento da ultimo citato¹¹, gli *asset-referenced tokens* (“ARTs” o “token collegati ad attivi”), gli *e-money tokens* (“EMTs” o “token di moneta elettronica”) e gli *utility tokens*. Questi ultimi, peraltro, all’interno della più ampia categoria residuale, comprensiva di tutte le cripto attività che non siano né strumenti finanziari¹², né ARTs, né EMTs, né *non fungible tokens* che non siano frazionati.

De iure condendo, poi, sempre nell’ambito delle iniziative legislative unionali, vengono pure in rilievo le due proposte di normative riguardanti l’IA. Da un lato, la proposta di “regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale”, c.d. *Artificial Intelligence Act* o AIA¹³, accompagnata dalla complementare proposta di

¹¹ Per un’inquadramento del quale cfr. D. ZETZSCHE, F. ANNUNZIATA, D. ARNER e R. BUCKLEY, *The Markets in Crypto-Assets regulation (MiCA) and the EU digital finance strategy*, 16 [2022] *CMLJ*, 2022, 203 ss.; F. ANNUNZIATA, *The Licensing Rules in MiCA*, in D. MOURA VICENTE, D. PEREIRA DUARTE e C. GRANADEIRO (eds), *Fintech Regulation and the Licensing Principle*, Lisboa, 2023, 105 ss.; P. MAUME, *The Regulation on Markets in Crypto-Assets (MiCAR): Landmark Codification, or First Step of Many, or Both?*, 20 [2023] *ECFR* 243 ss.; F.P. PATTI, *L’offerta al pubblico di cripto-attività nel Titolo II del Regolamento MiCA*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 97 ss.

¹² Sui criteri di sussunzione, cfr. D. BOREIKO, G. FERRARINI e P. GIUDICI, *Blockchain Startups and Prospectus Regulation*, 20 [2019] *20 Eur. Bus. Org. L. Rev.* 665 ss.; M. CIAN, *La nozione di criptoattività nella prospettiva del MiCAR*, in *ODCC*, 2022, fasc. speciale, 59 ss.; A. TINA, *Mercati centralizzati, decentralizzati. Prospettive di inquadramento della DeFi nell’attuale orizzonte MiFID*, *ibid.*, 41 ss.

¹³ V. la proposta della Commissione UE 21 aprile 2021, COM (2021) 206 final [e l’emendamento n. 808 del 6.3.2024 (A9-0188/808) del Parlamento europeo alla proposta della Commissione UE]. Tale proposta, per un verso, è stata anticipata dal *Libro bianco sull’Intelligenza artificiale - Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia* [v. Commissione UE, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 final], che aveva fatto seguito all’elaborazione di una prima strategia sull’“Artificial intelligence for Europe” [v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni 25 aprile 2018, COM(2018) 237] e al primo “Coordinated plan on artificial intelligence” [v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni 7 dicembre 2018, COM(2018) 795 final]; e venne affiancato dalla “Relazione sulle implicazioni dell’intelligenza artificiale, dell’Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità” [v. la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo 19 febbraio 2020, COM(2020) 64 final]. La proposta dell’AIA, per altro verso, è stata accompagnata dalla contestuale illustrazione [v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni 21 aprile 2021, COM(2021) 205 final] del programma nel cui quadro s’inserisce; che la menziona; che è volto, secondo la sua intitolazione, a “Promuovere un approccio europeo all’intelligenza artificiale”; che costituisce revisione del primo citato piano coordinato sull’AI; e che si articola in quattro principali serie di suggerimenti. In tema, la ricerca può muovere dalla rassegna di G. TADDEI ELMI e S.

“regolamento sui prodotti macchina”¹⁴ che interviene sul modulo normativo risultante dalla c.d. “direttiva macchine” n. 2006/42/CE¹⁵ ed è approdata al regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 14 giugno 2023, n. 2023/1230. Dall’altro, la proposta di direttiva intesa a introdurre regole puntuali in tema di responsabilità civile extracontrattuale per danni causati da sistemi di intelligenza artificiale, c.d. “direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale” o *AI Liability Directive*)¹⁶. Con essa si profila un regime specifico di responsabilità che è peculiare al danno causato da un software che consista in un sistema di intelligenza artificiale¹⁷; ed è caratterizzato da speciali disposizioni sull’onere della prova. Tale proposito, per un verso, appare coerente sia con gli scopi e i rischi delineati dalla Commissione UE nel libro bianco sull’intelligenza artificiale e nella relazione sulle implicazioni, tra l’altro, dell’intelligenza artificiale in materia di responsabilità a suo tempo confezionati¹⁸, sia con la citata

MARCHIAFAVA, *Sviluppi recenti in tema di Intelligenza Artificiale e diritto: una rassegna di legislazione, giurisprudenza e dottrina*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 123 ss.; G. RESTA, *Cosa c’è di “europeo” nella proposta di regolamento UE sull’intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2022, 323 ss.; M. RABITTI e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La proposta di Regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale nel prisma del settore finanziario: uno sguardo critico*, in *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, cit., 469 ss.; e M. PELLEGRINI, *L’intelligenza artificiale nell’organizzazione bancaria: quali sfide per il regolatore*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, 422 ss.

¹⁴ V. la proposta della Commissione UE 21 aprile 2021, COM (2021) 202 final, su cui v. G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l’intelligenza artificiale?*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1003 ss., §§ 1 e 5.

¹⁵ Per un inquadramento, v. G. ALPA, *L’intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, 2021, 112 ss.

¹⁶ V. la proposta della Commissione UE 28 settembre 2022, COM (2022) 496 final. Ne tratta, a es., A. D’ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 805 ss. *Amplius* sul tema, v. P. KSIEŻAK e S. WOJTCZAK, *Toward a Conceptual Network for the Private Law of Artificial Intelligence*, Cham, 2023, spec. 239 ss.

¹⁷ Cfr. l’art. 1, co. 1, e l’art. 2, nn. 1 e 2, dell’*AI Liability Directive*, in relazione al richiamato art. 3, n. 1, dell’*Artificial Intelligence Act*.

¹⁸ V. rispettivamente COM (2020) 65 final e COM (2020) 64 final citt. In relazione a entrambe, cfr. ALPA [G.], *Quale modello normativo europeo per l’intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1003 ss. v. pure F. BRAVO, *Software di intelligenza artificiale e istituzione del registro per il deposito del codice sorgente*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1412 ss. e, ivi, 1419; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 823 ss. e, ivi, 850; e U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, ivi, 2020, 1246 ss.

proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale. E, per altro verso, si affianca¹⁹ all'intendimento di portata più generale di procedere alla revisione della normativa provvista dalla datata *Product Liability Directive* (PLD)²⁰, che si è tradotta nella proposta di una nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi abrogativa della precedente²¹.

Ancor prima, viene in rilievo anche l'art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, con cui il legislatore italiano, in anticipo rispetto alle iniziative unionali e ad altre esperienze nazionali, ha licenziato proprie definizioni sia delle "tecnologie basate su registri distribuiti", sia dello "smart contract"²².

¹⁹ Cfr. E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno e resp.*, 2023, 153 ss.

²⁰ Ossia la direttiva n. 85/374/CEE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi: per la sua considerazione nell'ambito di un'ampia analisi concernente la responsabilità oggettiva, v. M. CAPPELLETTI, *Justifying Strict Liability: A Comparative Analysis in Legal Reasoning*, Oxford, 2022.

²¹ V. la proposta della Commissione UE 28 settembre 2022, COM (2022) 495 final, su cui cfr. a es. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet. Onere della prova e azioni. II*, Milano, 2023, 112 ss.

²² Su tali temi e in relazione alla citata disposizione, v. G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, cit., 63 ss.; F. BASSAN e M. RABITTI, *Recenti evoluzioni dei contratti sulla blockchain. Dagli smart legal contracts ai 'contracts on chain'*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, I, 561 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?* Bologna 2024, spec. 17 ss., e, prima, Id., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss. (per la preferenza per la conservazione delle categorie consolidate e l'avversione per la creazione di nuove regole, v. pure F. DI CIOMMO, *Smart Contract and (Non-)Law*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2018, 291 ss., e Id., *Smart contract e (non-)diritto. Il caso dei mercati finanziari*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 25 ss.); G. FINOCCHIARO e C. BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *Medialaws*, 2020, 111 ss.; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss.; F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a e responsabilità del giurista. Dallo smart contract al "giusto rimedio" del "re-coding" tra "testo informatico" e "regolamento definitivo"*, Napoli, 2023; I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022; MARI. MAUGERI, *Smart contracts*, in *Contratto*, a cura di G. D'AMICO, nella collana *Enc. Dir. – I tematici*, I, Milano, 2021, 1132 ss., Id., *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021 (in prospettiva di comparazione, cfr. pure A. STAZI, *Automazione contrattuale e "contratti intelligenti": gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019), e già Id., *Smart contracts e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2020, 375 ss. Per taluni più specifici profili, v. altresì A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 411 ss., e Id., *Tecnica, diritto civile e smart contract. Minimalismo o massimalismo*, relazione che può essere ascoltata all'indirizzo web corrispondente allo URL <https://www.youtube.com/watch?v=zTqYkKqXIcc&t=5991s>; D. DI SABATO, *Autonomia negoziale e distributed ledger technology*, in *Nuovi contratti della digital economy. Singoli contratti. Leggi collegate*,

3. Le iniziative legislative hanno concorso a infoltire la letteratura giuridica sui temi in considerazione, che è divenuta copiosa. Su di essa si è peraltro recentemente poggiato lo sguardo critico di un'autorevole dottrina²³, che le ha imputato di stentare ad affrontare le questioni specificamente giuridiche; e i limiti connessi a “una conoscenza di seconda mano” che ha degli oggetti (di disciplina) con elevata caratterizzazione tecnica e tecnologica di cui si occupa. In disparte i non infrequenti casi in cui, in seno a quella letteratura, prevale la divulgazione di atteggiamenti talora panglossiani e talaltra cassandriani²⁴, oltre che di minimizzazione se non derisione o irrisione di innovazioni tecnologiche, si può aggiungere che l'accennato limite d'una conoscenza di seconda mano reca rischi di volgarizzazioni che non rispecchiano le esatte cognizioni tecniche e tecnologiche di partenza²⁵ che passano attraverso l'intermediazione del giurista.

Non è raro che si evochi la nozione di algoritmo – e s'impieghino i derivati del termine – in relazione a prodotti, costrutti, procedure e fenomeni informatici senz'altra precisazione, trascurando che l'algoritmo non nasce con l'informatica, né sussiste biunivoca corrispondenza tra l'uno e l'altra. Più in generale, non è inconsueto che informatizzazione e digitalizzazione, ma persino dematerializzazione siano impiegati come sinonimi.

a cura di D. VALENTINO, II, 2^a ed., Torino, 2020, 245 ss. (cfr. Id., *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2017, 378 ss.; A.U. JANSSEN e F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2020, 31 ss.; e G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019, 293 ss.

²³ A. GENTILI, *Ricchezza digitale e responsabilità patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2023, 1019 ss.

²⁴ *A proposito delle valutazioni sull'impatto della televisione, dell'invasione delle immagini teletrasmesse*, v. Z. BAUMAN, *Society under Siege*, Oxford, 2002, nella trad. it. di S. MINUCCI, Id., *La società sotto assedio*, Bari-Roma, 2005, rist. 2018, 168.

²⁵ Del resto, al di là dei preoccupati accenti che ne caratterizzano la dottrina, è noto l'avvertimento del teorico dell'IA E. YUDKOWSKY, *Artificial Intelligence as a Positive and Negative Factor in Global Risk*, 1 [2008] *Global Catastrophic Risks* 1 ss. (e in N. BOSTROM e M.N. CIRKOVIC (eds.), *Global Catastrophic Risks*, Oxford - New York, 2011, 308 ss.): “By far the greatest danger of artificial intelligence is that people conclude too early that they understand it”.

Ancora, capita che ci si riferisca all'IA, cioè se ne tratti senza operare distinzioni, innanzi tutto tra sue manifestazioni deboli (*artificial narrow intelligence* o ANI) e forti (*artificial general intelligence* o AGI; e *artificial super intelligence* o ASI), fino a includere in essa la mera automazione attuata mediante sistemi informatici; a confondere la robotica nell'IA, a includere la prima nella seconda o persino a identificarle, operando riferimento al robot come se fosse una sicura concretizzazione dell'IA; ancora a ridurre a quest'ultima, a mo' di suoi esempi, pure evenienze applicative di meri metodi statistici classici ed elementari la cui attuazione semplicemente si avvantaggi della capacità computazionale (in termini di potenza e tempo di calcolo) degli elaboratori elettronici, come se la sola superiorità di tale capacità rispetto a quella umana potesse elevarsi a elemento essenziale necessario e sufficiente a qualificare l'IA, così finendosi per associare al puro impiego della prima la presenza della seconda. E così finendosi altresì per (dover) assegnare rilievo anche a mere applicazioni della metodologia computazionale, che è ausilio complementare da tempo sistematicamente impiegato nel campo delle scienze applicate a supporto dell'indagine teorica e della sperimentazione; e che essenzialmente consiste nell'impiego dell'elaboratore elettronico per risolvere problemi complessi, in particolare attraverso procedimenti di simulazione e i relativi risultati²⁶.

Non è soltanto pressoché ignorata la distinzione tra *artificial intelligence* e *machine intelligence*²⁷, che è espressione ritenuta più appropriata per alludere ai

²⁶ La metodologia rimonta alla metà del secolo breve. Via via impiegata nel campo della fisica, della chimica, della meccanica, ma anche della linguistica, si attua attraverso fasi successive, ciascuna appannaggio di diverse discipline, ma interdipendenti: l'identificazione del problema e la sua modellazione, che spettano alla scienza direttamente interessata; l'elaborazione di algoritmi attuativi del modello, di cui si occupa la matematica applicata; la predisposizione di un programma per elaboratore – o codice – che esige la cooperazione dell'informatica e per la cui esecuzione passa la simulazione del problema, la quale sconta compromessi tra accuratezza dell'elaborazione, complessità del modello, potenza e tempi di calcolo. Per primi ragguagli si possono confrontare F.J. VESELY, *Computational Physics: An Introduction*, New York, 1994, *passim*, e P. HARRISON, *Computational Methods in Physics, Chemistry and Biology: An Introduction*, Chichester, 2001, *passim*.

²⁷ Per tutti, v. la serie di sette volumi pubblicati da B. MELTZER, e D. MICHIE, *Machine Intelligence*, Edinburgh, 1967 – 1971, poi proseguita da Donald Michie con diversi curatori fino al XV (K. FURUKAWA, D. MICHIE e S. MUGGLETON, *Machine Intelligence 15: Intelligent Agents*, Oxford, 1999) e, in seguito, da altri.

risultati prodotti dall'IA come disciplina avuto riguardo all'attuale stadio di suo sviluppo, inclusi il *machine learning* (o apprendimento automatico) e, poi, il *deep learning* in uno con le (*artificial*) *neural networks* che dell'apprendimento profondo costituiscono il peculiare mezzo, in particolare quando la rete neurale abbia una profondità, ossia si componga di un numero di strati di nodi sufficiente a integrare un *deep learning algorithm*, che ne richiede almeno tre²⁸. Di più. Per un verso, IA, *machine learning* e *deep learning* sono formule spesso impiegate come se fossero intercambiabili. Per altro verso, si profilano i costrutti attuali dell'IA (nel senso anzidetto) come se fossero manifestazioni particolarmente avanzate di *artificial intelligence*, già connotate da marcate "autonomie" sebbene si tratti ancora di esempi della *weak AI*, siccome finora caratterizzati dalla sola capacità di svolgere uno specifico compito. Il *natural language processing* (o *NPL*) e la visione artificiale, che trovano impieghi nell'automatizzazione delle attività, nella realizzazione di *chatterbots* (o *chatbots*) e, in genere, di assistenti cc.dd. "virtuali" (*recte*, digitali) o di *driverless cars* si collocano nell'area dell'*ANI*. E, d'altro canto, sembra per ora solo un'ipotesi coltivata dalla ricerca senza tangibili rivelazioni la *strong AI*²⁹ che, invece, si connota per la capacità di mimare il comportamento umano con un elevato grado di approssimazione, in particolare sul piano dell'interpretazione (a es. del tono o delle emozioni), distinguendosi le categorie dell'*AGI* e dell'*ASI* in base alla comparazione delle *performances* del sistema di IA con quel comportamento, a seconda che siano equivalenti o superiori rispetto a esso.

Per altro verso ancora, persino in relazione alla *weak AI*, a esempio non ogni *language model*, i.e. un modello probabilistico di linguaggio naturale (cioè basato su

²⁸ Per la distinzione, tra i tanti, A.S. PILLAI e R. TEDESCO, *Introduction to Machine Learning, Deep Learning, and Natural Language Processing*, in A.S. PILLAI e R. TEDESCO (eds.), *Machine Learning and Deep Learning in Natural Language Processing*, Boca Raton - Abingdon, 2024, 3 ss.; R.J. BRACHMAN e H.J. LEVESQUE, *Machines like Us: Toward AI with Common Sense*, Cambridge, MA, 2023, *passim*; e W.D. HOLFORD, *The repression of mētis within digital organizations*, in Prometheus: Critical Studies in Innovation, 2020, v. 36, f. 3, 253 ss.

²⁹ Per un confronto, v. A. KAPLAN, *Artificial Intelligence (AI): When Humans and Machines Might Have to Coexist*, in P. VERDEGEM (ed.), *AI for Everyone? Critical Perspectives*, London, 2021, 21 ss. e, *ivi*, 25 s.

una descrizione probabilistica dei fenomeni linguistici) vi si può riportare solo perché attuato mediante un sistema informatico, ossia perché formi oggetto di un'applicazione risultante dall'interazione di linguistica e informatica. Così, affinché l'elaborazione del linguaggio naturale assuma le consistenze del *NLP* (e in seno a esso, tra i vari processi che vi si possono riportare, del *natural language generation* o *NLG*³⁰) occorre che l'accennata interazione sia completata dal contributo anche dell'intelligenza artificiale (come disciplina), che trova allo stato un'evoluta estrinsecazione nell'elaborazione informatica dei *large language models (LLMs)*³¹. Si allude a sistemi informatici che sono basati (piuttosto che su algoritmi produttivi di alberi decisionali o *decision lists* impiegando funzioni booleane o su altri metodi) su architetture di reti neurali attuative di modelli linguistici capaci di generare espressioni linguistiche ed elaborazioni – come le classificazioni – del linguaggio naturale, in particolare sulla scorta di relazioni statistiche attinte da testi mediante un processo di “apprendimento” (*recte*, istituzione o formazione) consistente in tecniche di *semi-supervised* o *self-supervised* (piuttosto che di radicale *unsupervised*) *learning* ad alta intensità computazionale³².

4. Analogamente parrebbe per altre forme di elaborazione generativa, innanzi tutto di immagini (a esempio mediante sviluppi *text-to-video* a partire da specifici *prompts* testuali), e più in generale per applicazioni funzionali a conclusioni (decisioni, determinazioni) *data-driven*. Con la duplice precisazione – quanto al fatto e utile,

³⁰ Per prime informazioni, si possono cfr. E.M. BENDER e A. LASCARIDES, *Linguistic Fundamentals for Natural Language Processing II: II: 100 Essentials from Semantics an Pragmatics*, Cham, 2022, VIII e *passim*, anche per la distinzione all'interno del concetto di *NLP* dei due compiti (*tasks*) consistenti nel *natural language understanding* (c.d. *NLU* o *natural language interpretation* o *NLI*) e, per l'appunto, nel *NLG*; oppure il libro a cura di A. CLARK, C. FOX e S. LAPPIN (eds.), *Handbook of computational linguistics and natural language processing*, Chichester, 2013, *passim*.

³¹ Non vi è coincidenza tra *NPL* e *LLMs*: per un riferimento, v. L. GAZIT e M. GHAFARI, *Mastering NLP from Foundations to LLMs*, Birmingham, 2024, *passim*.

³² Cfr., a es., C. TIRSI, M. PROIETTI e F. TONI, *ABALearn: An Automated Logic-Based Learning System for ABA Frameworks*, in R. BASILI, D. LEMBO, C. LIMONGELLI e A. ORLANDINI, *AIxIA 2023 – Advances in Artificial Intelligence*, Cham, 2023, 3 ss. e, *ivi*, 10; e ALBY [T.], *Data Science in Practice*, Boca Raton - Abingdon, 2024, § 2.1.7.

parrebbe, al giurista che ne è interprete³³, s’occupi tra l’altro della responsabilità civile che ne derivi, dei relativi criteri di imputazione e, prima ancora, della disciplina dell’IA *de iure condito e de iure condendo* – che, nel quadro delle assai varie tecniche dell’“apprendimento” in discorso³⁴, quelle da ultimo menzionate costituiscono degli ibridi, cioè metodologie intermedie tra i due estremi del *supervised* e dell’*unsupervised learning*; e che la supervisione qui non consiste nell’attuazione generica e, tanto meno, piena del prototipo o principio dello *human-in-command* e neppure dello *human-in* o soltanto *on-the-loop*³⁵, bensì attiene al contributo umano all’identificazione e all’etichettatura dei dati intesa come l’assegnazione, l’aggiunta a ciascuno a mo’ di annotazioni di contrassegni con natura di significanti informativi.

Il *supervised learning*, più costoso e dispendioso in termini di tempo, si contraddistingue per una fase di addestramento attraverso dati forniti a mo’ di esempio specificamente etichettati, allo scopo immediato di far apprendere la relazione tra taluni caratteri – *i.e.* (le caratteristiche dei dati (*features*) – e la risposta corrispondente ai contrassegni significanti assegnati, ossia di far afferrare una regola

³³ Cfr. M. ORLANDI, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, 10.

³⁴ Su di esse, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. J. DEAN, *A Golden Decade of Deep Learning*, in *Daedalus*, 2022, v. 151, f. 2, 58 ss., e Z. ZHENG e L. ZHENG, *Object Re-identification: Problems, Algorithms and Responsible Research Practice*, in B. VAN DER SLOOT e S. VAN SCHENDEL (eds.), *The Boundaries of Data*, Amsterdam, 2024, 21 ss.

³⁵ Si allude a tre differenti tipologie di umano controllo (declinabile in direzione, sorveglianza, governo, dominio, supremazia) dei sistemi in cui si concreti l’*artificial (recte: machine) intelligence*. In conformità alla tassonomia del HLEG AI, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 aprile 2019, par. 65 (p. 18 della versione italiana, reperibile all’indirizzo *web* corrispondente allo URL <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>), lo *human-on-the-loop* si identifica con, e si esaurisce nell’intervento umano nel *design*, nella progettazione di tali sistemi e, poi, cioè *ex post*, nel monitoraggio del loro funzionamento, mentre lo *human-in-the-loop* (“in molti casi ... né possibile né auspicabile”) lo estende postulando la capacità d’intervenire a “ogni ciclo decisionale del sistema” di modo che si precisa nel controllo e nella padronanza di ogni operazione algoritmica che i sistemi in discorso pongano in essere. Lo *human-in-command* è, invece, qualificato dal “controllo dell’attività del sistema di IA nel suo complesso (compresi i suoi effetti generali a livello economico, sociale, giuridico ed etico)” e dalla “capacità di decidere quando e come utilizzare il sistema in qualsiasi particolare situazione”. Sulla distinzione si possono a es. confrontare RODRÍGUEZ-DONCEL [V.] et al., *Introduction: A Hybrid Regulatory Framework and Technical Architecture for a Human-Centered and Explainable AI*, in RODRÍGUEZ-DONCEL [V.] et al. (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII*, Cham, 2021, 1 ss. e, ivi, 5; Longo [E.], *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano, 2023, cap. V, § 4.3., nt. 237; e KOESZEGI [S.], *AI @ Work: Human Empowerment or Disempowerment*, in WERTHNER [H.] et al. (eds.), *Introduction to Digital Humanism: A Textbook*, Cham, 2024, 175 ss. e, ivi, spec. 191.

(o funzione) in modo sorvegliato. Ciò al fine mediato, in uno successivo stadio di c.d. inferenza³⁶, di assolvere il compito (*task*) di provvedere responsi accurati rispetto a nuovi dati che non siano preventivamente qualificati (*inputs*), *massime* per assolvere incombenze di classificazione in categorie predefinite o di regressione per finalità, per esempio, di *image detection* o di *sentiment analysis* di testi. All'opposto, l'*unsupervised learning* si connota per una fase di apprendimento a cui è alieno l'addestramento sorvegliato, poiché quella si svolge mediante l'assimilazione di dati acquisiti senza il corredo di alcuna etichettatura (dunque assorbendo *features* – o *variables* o *attributes* – senza contrassegni significanti) e, così, privi dell'associazione a risposte, ad *a priori* in tesi corretti, lasciando che sia il sistema – senza un'umana guida – a cogliere modelli o strutture implicate, sottintese dai dati. Ciò, esemplificativamente, per *tasks* di (più generico) *clustering*, di riduzione della dimensionalità (*i.e.* del numero di variabili) o di *anomaly detection*, suscettibili d'impieghi che attengono a profilazioni funzionali all'attuazione di attività di raccomandazione (qual è la pubblicità mirata), alla compressione delle immagini senza un significativo decadimento della qualità, e così via. Tra i due estremi, tralasciando qui altre tecniche (come il *reinforcement learning*, il *transfer learning*, l'*active-learning*), si collocano il *semi* (o *weakly*)-*supervised learning*, che contempla una fase di apprendimento in cui all'assimilazione di dati acquisiti senza

³⁶ Si può dubitare che possa dirsi che se l'«“intelligenza” umana ... ragiona sulla base del principio di causalità ... la A.I. ragiona invece per inferenza» (v. U. RUFFOLO, *La decisione algoritmica accanto al primato della decisione umana. Dialogo con Beniamino Caravita*, in *Social Network, formazione del consenso, intelligenza artificiale. Itinerario di un percorso di ricerca di Beniamino Caravita*, a cura di A. POGGI, F. FABRIZZI E F. SAVASTANO, Roma, 2023, 111 ss. e, ivi, 111). A proposito della rappresentazione umana del significato linguistico secondo il modello situazionale, si osserva infatti che essa si svolge attraverso inferenze connettive ed elaborative e che, inoltre, (solo) le prime si fondano sul nesso causale desunto da proposizioni presenti: v. P.N. JOHNSON-LAIRD, *Mental models. Toward a cognitive science of language, inference and consciousness*, Cambridge, 1983, spec. 50 e 106, anche nella trad. it. Id., *Modelli mentali*, Bologna, 1988; e A. MARZANO e R. VEGLIANTE, *Lo sviluppo delle abilità inferenziali di lettura nella scuola dell'infanzia con l'utilizzo della LIM: le premesse di una ricerca*, in *Journal of Educational, Cultural and Psychological Studies*, 2014, 341 ss. e, ivi, spec. 350 ss. Fin dalla logica aristotelica, del resto, parrebbe acquisito che appartengono ai modi dell'umano ragionamento i processi inferenziali della deduzione, dell'induzione e dell'abduzione: cfr., a es., il contributo fondativo del pragmatismo del padre di quest'ultimo, ossia C.S. PEIRCE, *How to Make Our Ideas Clear*, 12 (1878) *Pop. Sci. Monthly* 286 ss., anche in J. BUCHLER (ed.), *Philosophical Writings of Peirce*, New York, 1955, 23 ss.

alcun corredo si combina l'addestramento tramite la somministrazione di dati etichettati per affinare la generazione di un modello (*pattern*); e il *self-supervised learning*, che è caratterizzato dall'apprendimento attraverso l'acquisizione di dati che sono somministrati senza umane annotazioni, cioè senza essere contrassegnati da etichette (esplicite) le quali, tuttavia, sono estratte, generate dal modello informatico cogliendo segnali da quelli attinti in ragione, tra l'altro, di correlazioni o strutture implicite, secondo metodi in cui non compete al giurista troppo addentrarsi che, in quel modo, attuano una supervisione artificiale dell'addestramento³⁷ per impieghi, per esempio, di processamento di testi (uno stadio iniziale, parrebbe, di apprendimento nei modelli di *NLP*).

E, nell'accennato quadro, accade altresì che nella letteratura giuridica all'IA si riportino, in particolare, anche *blockchain* e *smart contract* come se ne fossero costantemente sicure espressioni.

Quanto alla nozione di blockchain, capita che venga affacciata, menzionata, impiegata sia come se designasse il genere, in luogo di cogliere quest'ultimo nelle distributed ledger technologies (o DLTs) e nella prima una loro specie; sia come se l'iniziale Blockchain all'origine del bitcoin fosse un esaustivo archetipo anziché una varietà del tipo blockchain. Delle blockchains e, più latamente, delle DLT's è inoltre raro che vengano in emersione i profili strutturali nella riflessione giuridica, in cui è meno infrequente la considerazione di quelli funzionali rispetto ai quali, tuttavia, le distinzioni

³⁷ L'idea si può fare risalire a Geoff Hinton (cfr. S. BECKER e G.E. HINTON, *Self-organizing neural network that discovers surfaces in random-dot stereograms*, 355 [1992] *Nature* 161 ss., e J. GOLDBERGER, G.E. HINTON, S. ROWEIS e R.R. SALAKHUTDINOV, *Neighbourhood components analysis*, in L.K. SAUL, Y. WEISS e L. BOTTOU (eds.), *Advances in Neural Information Processing Systems*, vol. 17, Cambridge, MA, 2005, 513 ss.) e dal *Turing Award laureate* Yann LeCun (cfr. J. BROMLEY, I. GUYON, Y. LECUN, E. SICKINGER e R. SHAH, *Signature Verification using a "Siamese" Time Delay Neural Network*, 7 [1993] *Int. J. Pattern Recogn. Artif. Intell.* 669 ss.; S. CHOPRA, R. HADSELL e Y. LECUN, *Learning a similarity metric discriminatively, with application to face verification*, in C. SCHMID, S. SOATTO e C. TOMASI (eds.), *Conference on Computer Vision and Pattern Recognition*, vol. 1, Los Alamitos, 2005, 539 ss.; e R. HADSELL, S. CHOPRA e Y. LECUN, *Dimensionality Reduction by Learning an Invariant Mapping*, in A. FITZGIBBON, C.J. TAYLOR, e Y. LECUN (eds.), *Computer Society Conference on Computer Vision and Pattern Recognition*, vol. 2, Los Alamitos, 2006, 1735 ss.).

tra sistemi *permissioned* e *permissionless*, da un lato, e, dall'altro lato, sistemi private e public non di rado sono sovrapposte o ignorate³⁸. Così come, con riferimento al processo di c.d. tokenizzazione che si attua mediante le DLT's – e specialmente le blockchains –, risulta del resto trascurata la distinzione tra coins e tokens³⁹, nonostante le rilevanti sue implicazioni sul piano della natura, configurazione, produzione o rappresentazione (estrazione o creazione) di oggetti che si prestino a essere considerati alla stregua di (cripto-)attivi o attività (ossia di oggetti suscettibili di assumere valore economico); e anche in relazione a più moderne alternative modalità di attuazione di processi tradizionali (come l'emissione di *fully native* o *tokenised bonds* ⁴⁰).

³⁸ Per un impiego, v. A. GENTILI, *Ricchezza digitale e responsabilità patrimoniale*, cit., § 3.2.

³⁹ In argomento, cfr. a es. P. TASCA, *Token-Based Business Models*, in T. LYNN, J.G. MOONEY e P. ROSATI (eds.), *Disrupting Finance: FinTech and Strategy in the 21st Century*, Cham, 2019, 135 ss.

⁴⁰ Più in generale, sul piano del diritto positivo, sull'emissione e sulla circolazione di strumenti finanziari digitali (o, se si preferisce, *digital securities*) v. il d.l. 17 marzo 2023, n. 25 (c.d. "decreto fintech"), che attua il Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 30 maggio 2022, n. 2022/858, relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito (c.d. regolamento *DLT pilot regime*). La disciplina incide innanzi tutto, dal punto di vista infrastrutturale, sulla configurazione delle *trading venues* (le sedi di negoziazione, ossia degli scambi, il cui catalogo è stato ampliato dalla direttiva 2004/39/CE, ossia dalla prima MiFID, che ha allargato i mercati dalle tradizionali sedi regolamentate ad altre, accantonando l'obbligo di concentrazione degli scambi in mercati regolamentati e introducendo sia i sistemi di negoziazione multilaterali – o MTF, cioè *Multilateral Trading Facilites* –, che sono strutture di negoziazione gestite da soggetti privati alternative ai mercati regolamentati che, diversamente da questi ultimi, non hanno oggetto sociale esclusivo, e in particolare possono essere gestiti anche da un'impresa di investimento; sia gli internalizzatori sistematici – o SI, cioè *Systematic Internalisers* – quale terza specie di *trading venue* costituita da sistemi di negoziazione, anch'essi alternativi ai mercati regolamentati, strumentali alla pratica di intermediari autorizzati di negoziare in modo organizzato, frequente e sistematico in mercati bilaterali in contropartita diretta con il cliente: cfr., tra gli altri, E. MANZO, *Commodity derivative market e ruolo dell'informazione: profili istituzionali*, in *Scambi su merci e derivati su commodities: quali prospettive?*, a cura di M. LAMANDINI e C. MOTTI, Milano, 2006, 157 ss. e, ivi, 178 ss.; C. RABITTI BEDOGNI, *Mercati finanziari, tutela del risparmio e ruolo degli operatori*, negli *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, a cura di G. Giacobbe, Milano, 2008, 445 ss. e, ivi, 449 ss.; R. RAZZANTE, *Contratti conclusi sul sistema telematico di borsa*, ne *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, 2^a ed., Torino, 2011, 561 ss. e, ivi, 571 ss.) e il loro funzionamento, quanto a es. all'esecuzione degli ordini (in questa prospettiva guarda al *DLT pilot regime* N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, cit., 441 s., nt. 6). In tema v. pure P. SANDNER, A. FERREIRA e T. Dünser, *Crypto Regulation and the Case for Europe*, in D.A. TRAN, M.T. THAI e B. KRISHNAMACHARI (eds.), *Handbook on Blockchain*, Cham, 2022, 661 ss., spec. 675 s., 684; il c.d. libro verde del MEF, *La competitività dei mercati finanziari italiani a supporto della crescita*, Roma, 2022, 17 s., 21, 38; P. LEOCANI, U. MALVAGNA, A. SCIARRONE ALIBRANDI e A. TRANQUILLINI, *Tecnologie di registro distribuito (distributed ledger technologies) per la rappresentazione digitale di strumenti finanziari (security token): tra diritto cartolare e disciplina delle infrastrutture di mercato*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, II, 73 ss.; F. CIRAULO, *L'ecosistema digitale e l'evoluzione dei mercati*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, suppl. al fasc. n. 4, 342 ss.; V. LEMMA, *Quali*

Non è inoltre inconsueto che sia accreditato un nesso indissolubile tra blockchain (Nakamoto 2009) e smart contract (Szabo 1994), sebbene già una lettura diacronica che badi alla storia delle idee mostri che la seconda nozione è di alcuni lustri anteriore alla prima che, semmai, designa un'infrastruttura che è solo particolarmente favorevole all'impiego degli smart contracts.

5. Con riguardo a questi ultimi, poi, non è raro che l'interprete si conegni all'assonanza e li agguagli a contratti intelligenti. Tuttavia, lo smart contract – prendendo a prestito un'efficace battuta d'altri, diffusa e d'incerto autore⁴¹ - non è né smart, né contract. Se si rapporta l'espressione in esame alla realtà effettuale, al dato di fatto che con essa originariamente e propriamente si designa, la formula risulta cioè doppiamente ambigua, se non puramente decettiva, perché costituisce un *nomen* convenzionale, stipulativo, che evoca due categorie concettuali inadeguate, inconferenti.

Il pericolo per l'interprete di concedersi o senz'altro consegnarsi alle assonanze è noto; e messo in luce, proprio con riferimento all'istituto nostrano del contratto, da chi ha insistito sulla distinzione tra genotipi e fenotipi per avvertire del rischio d'istituire false corrispondenze tra fattispecie legal-tipiche nelle diverse esperienze nazionali⁴².

controlli per le valute virtuali? (How can cryptocurrencies be controlled?), ne *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, a cura di D. ROSSANO, Milano, 2023, 283 ss. e, ivi, 296 ss.

⁴¹ Cfr., a es., J. GRIMMELMAN, *All Smart Contract Are Ambiguous*, 2 [2019] *Pa. J. Law Innov.* 1 ss.; W. BARFIELD (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2020, ove spec. L.H. SCHOLZ, *Algorithms and Contract Law*, ivi, ch. 6; M. FINDLAY, *Globalisation, Populism, Pandemics and the Law: The Anarchy and the Ecstasy*, Cheltenham, 2021, 141.

⁴² Con particolare riguardo alle fattispecie contrattuali, si considerano genotipi diversi il contratto-scambio [il *contract*], il contratto-convenzione e il contratto-impegno e si ritiene che vi siano pure diversi fenotipi (v. R. SACCO, *La nozione del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, I, Torino, 1993, 3 ss.; v. pure Id., *Il contratto in generale*, ne *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 205 ss. e, ivi, spec. 210). A quest'ultimo riguardo, al di là delle assonanze, sul piano della teoria generale si rileva che sussistono differenze tra gli istituti del contratto, del *contrat* e, soprattutto, del *contract*: cfr. M. BESSONE, *Svolgimento storico della Law of Contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 491 ss.; P.G. MONATERI e R. SACCO, *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ., IV*, Torino, 1989, 138 ss.; G. ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, ivi, 148 ss.; Id., *Le contrat «individuel» et sa définition*, in *Rev. int. dr. comparé*, 1988, 327 ss.; L. MOCCIA, *Contract*, in *Enc.*

Qui, tuttavia, s'aggiunge un fattore ulteriore che può aumentare la possibilità di fraintendimenti e che l'equivoca formula dianzi menzionata lascia emergere. Si allude alla tendenza a rappresentare con metafore allusive (*smart contract*, ma anche *cloud*, *mining* e così via) fenomeni nuovi legati alla diffusione dell'informatica e, in particolare, di fenomeni (o, senz'altro, attività) di dematerializzazione, informatizzazione e digitalizzazione niente affatto sovrapponibili, sebbene accada che questi ultimi tre vocaboli siano impiegati sinonimicamente. Sennonché, quel linguaggio ordinario, che occupa una dimensione pragmatica, sconta limiti epistemici: specie se sia impiegato all'interno d'un discorso scientifico, dev'essere depurato dalle ambiguità e dalle imprecisioni connaturate alla logica della conoscenza metaforica (e analogica) che non è identitaria, ma impiega riferimenti dall'aspetto multivoco, polisemico⁴³; e dunque genera apprendimenti inaccurati in confronto con l'istruzione che proviene dal concetto⁴⁴.

Di là della generica aspirazione alla pulizia linguistica che può sollecitare, una tale tendenza acutizza l'esigenza, già di per sé stringente, di superare il citato limite consistente in ciò che una conoscenza di seconda mano si traduca in volgarizzazioni che non riflettono fedelmente la dotazione di cognizioni tecniche e tecnologiche

giur. Treccani, VIII, Roma, 1988, 1 ss.; A. DE MOOR, *Common and Civil Law Conceptions of Contract and European Law of Contract: the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *ERPL*, 1995, 257 ss.; Id., *Agreement in English and French law*, 6 [1986] *Oxford J. of L. Studies* 275 ss.; B. NICHOLAS, *French Law of Contract*, 2nd ed., Oxford, 1992, 61 ss. e 98 ss.; D. TALLON, *A 'French jurist' naive look at a Common Law Contract*, in Clark (ed.), *Comparative and Private International Law. Essays in honour of H.H. Marryman*, Berlin, 1990, 283 ss.; K. ZWIGERT e H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, *Institutionem*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, 1 ss., anche nella trad. it. di E. CIGNA, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, ed. it. a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, 1995, 1 ss.; H. KÖTZ, *I. Abschluss, Gultigkeit und Inhalt des Vertrages; die Beteiligung Dritter am Vertrag*, in H. KÖTZ e A. FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1992, III, *passim* (anche nella trad. ingl. *European Contract Law. Volume one: Formation, Validity, and Content of Contract; Contract and Third Parties*, a cura di T. WEIR, Oxford, 1997). Peraltro, pare che fenotipi diversi si possano isolare anche con riferimento alla responsabilità civile, v. a es. W. VAN GERVEN e alt., *Torts. Scope of protection*, Oxford, 1998, 2 ss.

⁴³ Cfr. G. TRAVAGLINI, *La metafora, l'analogia e le figure dei sensi in Aristotele*, in *Rivista di estetica*, 2009, 121 ss. e, ivi, § 1.

⁴⁴ Per P. RICÉUR, *The Metaphorical Process as Cognition, Imagination and Feeling*, in *Critical Inquiry*, vol. 5, n. 1, 1978, 143 ss. e, ivi, 148 s., “[i]magination is this stage in the production of genres where generic kinship has not reached the level of conceptual peace and rest but remains caught in the war between distance and proximity, between remoteness and nearness”.

dell'*hard science*. Si tratta di un'istanza (o urgenza) di affinamento dell'apprendimento che interessa anche il legislatore, a mente delle ricordate definizioni di "tecnologie basate su registri distribuiti" e di "smart contract", che sono apparse di difficile interpretazione. Si tratta, quanto alla scienza giuridica, del valico di un limite che, per un verso, evita all'interprete sia sfuggevolezze (involontarie o in cui prudentemente rifugiarsi) che danno luogo a lacune; sia slittamenti, come accade quando si tratta delle piattaforme senza chiarirne le consistenze strutturali oltre che funzionali⁴⁵ e, poi, talvolta soggettivizzandole⁴⁶. E che, per altro verso, non riguarda neppure soltanto i casi in cui vengono in rilievo oggetti (di disciplina) con elevata caratterizzazione tecnica e tecnologica che sono il portato della più moderna innovazione informatica, poiché l'accennata dipendenza (culturale) della *soft science* dalla *hard science* quanto alla comprensione del fatto si registra anche in ambiti più classici.

A esempio, nel campo dei rapporti di mutuo con rimborso graduale del capitale si è posta la questione se i contratti che contemplino l'ammortamento alla francese (cioè rate periodiche di eguale importo) siano conformi all'ordinamento giuridico avuto segnatamente riguardo alla disciplina dell'anatocismo. Siccome l'indicata tipologia di ammortamento comporta che l'entità degli interessi complessivamente dovuti dal soggetto finanziato sia superiore rispetto a un mutuo con ammortamento all'italiana, parti della giurisprudenza e della dottrina giuridica hanno sospettato e avanzato che nel maggior costo si annidi un fenomeno anatocistico (riguardato da una regola proibitiva)⁴⁷. Tuttavia, se nei casi indicati vi sia o non vi sia anatocismo è questione (di fatto) la cui soluzione dipende da cognizioni di matematica finanziaria; e l'esito rigoroso a cui essa conduce eclissa – *de iure condito* – la rilevanza dell'obiettivo ideologico della tutela di un supposto contraente debole.

⁴⁵ In tema, v. F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, Roma, 2023, 23 ss. e *passim*.

⁴⁶ In proposito, v. A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, *passim*, anche per la sovrapposizione tra struttura ed elementi nucleari prettamente funzionali dell'attività (ivi, 35).

⁴⁷ In argomento v., ora, Cass., Ss.Uu., 29 maggio 2024, n. 15130, in *DeJure*, e, prima, Cass., 2 ottobre 2023, n. 27823, *ivi*.

I problemi della modernità, la soluzione delle questioni anche giuridiche ch'essa pone, esigono un criterio di valutazione e affrontamento che non è più soltanto multidisciplinare⁴⁸, ossia di (mera) "giustapposizione" delle conoscenze appartenenti a diversi campi che restano isolate l'una dall'altra, non integrate in un rapporto cooperativo. Né è solo interdisciplinare, ossia di "integrazione" di diverse discipline in un dialogo tra esperti portatori di diverse conoscenze o professionalità che attui un proficuo scambio tra i soggetti coinvolti che recepiscano vicendevolmente i rispettivi apporti per approdare a punti di contatto utili a risolvere quesiti e criticità⁴⁹. Quel criterio si plasma sul paradigma della transdisciplinarietà,

Il metodo transdisciplinare è contrassegnato dalla trascendenza, che oltrepassa

⁴⁸ In coerenza con la complessità della persona umana, delle sue manifestazioni, del rapporto tra vita umana e persona (v. G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021; Id., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; Id., *La persona tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992; cfr. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; Id., *Soggetti e persona*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, a cura di F. TESCIONE, Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008, S. Trada (Reggio Calabria), Napoli, 2010, 21 ss.; e, per la persona come prisma, v. pure G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 137 ss., in adesione alla concezione monistica – cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, 2^a ed., Milano, 1957, 600; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, 465 ss.; G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt. 1-10*, Milano, 1996, 159 ss.; Cass., 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.*, 1963, I, 877 ss. – anziché pluralistica – cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, 2^a ed., Milano, 1982, 13 ss.; P. VERCELLONE, *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 1084 ss.; T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 1 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, 144 ss.; P. STANZIONE, *Persona fisica: I) diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 1 s.; e cfr. pure P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss. e, ivi, 5, e S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 125 ss. – dei diritti della personalità), del valore ch'essa esprime (v. P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 178 s.), ossia della persona contemplata in concreto, dunque dell'individuo come entità biologica, dell'uomo in carne e ossa (v. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 96 ss.; sul "concetto 'concreto' di persona, v. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1117 ss.), per il superamento del criterio della multidisciplinarietà, in particolare nell'area dei *Disability Studies*, v. A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, *****, Torino, 2010, 555 ss. e, ivi, 556.

⁴⁹ Cfr. J. PIAGET, *Méthodologie des relations interdisciplinaires*, in *Archives de Philosophie*, n. 34, 1971, 539 ss., e Id., *L'épistémologie des relations interdisciplinaires*, in *Aa.Vv., L'interdisciplinarité: problèmes d'enseignement et de recherche dans les universités*, Paris, 1972, 131 ss.

l'integrazione⁵⁰. Esso sollecita il superamento dei confini, più o meno tradizionali, che separano i diversi domini della conoscenza e, con essi, le differenti discipline⁵¹. Uno scavalcamento che reclama e si realizza con la multidimensionalità⁵², ossia la condivisione dei paradigmi concettuali e metodologici di plurimi settori o aree dello scibile⁵³.

Paolo Gaggero

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

⁵⁰ Ma v., per es., i riferimenti alla transdisciplinarietà in M. GRONDONA, *La responsabilità civile: 'due o tre cose che so di lei'*, in *Danno e resp.*, 2020, 329 ss.; Id., *La lezione metodologica di Guido Calabresi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 48 ss.; Id., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, 603 ss.

⁵¹ Cfr. L. SALVATO, *Intervento alla tavola rotonda su Professioni legali e nuove tecnologie. Come sarà il notaio del futuro?* in *Notariato*, 2021, 5 ss. e, ivi, 19.

⁵² Cfr. M. MONTI, *Introduzione: la disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, in *federalismi.it*, fasc. n. 11/2020, iv ss. e, ivi, xv.

⁵³ Non è, dunque, solo "attenzione alla realtà delle dinamiche economiche, agli interessi e ai valori sottesi al tessuto normativo" da parte della scienza giuridica; o dialogo di quest'ultima con altre discipline scientifiche che si pongono a servizio dell'attività ermeneutica: cfr. M. CIAN, *Il diritto commerciale e le (altre?) scienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1093 ss. Per la negazione della chiusura del diritto a altre discipline, v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 97 ss., 105, 135, nel quadro di una nozione di diritto fondato sulla "forza logica della regola" che ancora la validità della norma giuridica al "principio di non contraddizione" (ivi, spec. 176 s.).

INNOVAZIONE TECNOLOGICA, ESG 2.0 E FINANZA SOSTENIBILE*

(Technological innovation, ESG 2.0 and sustainable finance)

ABSTRACT: *L'articolo muove da una ricognizione delle sfide poste dalla finanza sostenibile, partendo dalle riflessioni condivise durante la Euronext Sustainability Week di Borsa Italiana. Si affronta la tematica della rilevanza crescente della sostenibilità nei processi decisionali degli investitori, analizzando la tendenza operativa verso criteri di nuovo tipo, cd. ESG 2.0. L'articolo esamina anche la recente stratigrafia normativa di matrice europea, a partire dal disposto della direttiva CSRD e del regolamento SFDR, in quanto una loro congiunta lettura induce a ritenere che la via finanziaria verso la sostenibilità debba esser seguita da organi di governo societario che, nel ricercare un miglioramento delle condizioni operative dell'emittente, riescano a migliorare la trasparenza e la rendicontazione in materia di impatto ambientale. Viene affrontato, infine, il tema della digitalizzazione degli strumenti finanziari, avendo riguardo alla possibilità che il collegamento informativo che i medesimi creano tra emittenti, investitori e mercati favorisca la produzione e la circolazione delle informazioni della finanza sostenibile.*

The article begins with a reflection on the challenges posed by sustainable finance, starting from the observations made during the Borsa Italiana's Euronext Sustainability Week. It addresses the issue of the growing relevance of sustainability in investors' decision-making processes, analysing the operational trend towards new types of criteria, known as ESG 2.0. The article also examines the recent stratigraphy of European rules, starting with the CSRD directive and the SFDR regulation, as a combined reading of these pieces of legislation leads us to believe that the financial

* Contributo approvato dai revisori.

Intervento alla Euronext Sustainability Week di Borsa Italiana, Milano 9 settembre 2024

path towards sustainability must be followed by governance bodies that, in seeking to improve the operating conditions of the issuer, manage to improve transparency and reporting on environmental impact. The issue of the digitalisation of financial instruments is also addressed, with regard to the possibility that the informative link that they create between issuers, investors and markets may favour the production and circulation of information on sustainable finance.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. ESG 2.0 tra emergenze climatiche ed esigenze imprenditoriali. - 3. Ultime sovrapposizioni regolamentari in materia di finanza sostenibile. - 4. Sostenibilità e innovazione: le opportunità degli strumenti finanziari digitali.

1. Nel giorno di apertura della Euronext Sustainability Week sono state indicate alcune chiare sfide poste dalla contemporaneità di questi anni Venti, dopo che - spinti dalle parole introduttive di Stéphane Boujnah - sono emersi i temi della deglobalizzazione, dell'insicurezza ai confini dell'Europa, della digitalizzazione e delle sue implicazioni energivore.¹

Sono apparsi subito evidenti i termini di questioni che, riguardando il mercato finanziario ed il suo funzionamento, si collocano nelle concretezze della circolazione dei capitali. È possibile muovere, senza molti dubbi, dalla constatazione che le sfide testé indicate (in ordine ad energia, clima e finanza) sono ormai formulate da ampia parte

¹ Cfr. Euronext Sustainability Week 2024, Opening Panel, Welcome speech by Stéphane Boujnah, CEO and Chairman, Euronext. Va da sé che, da molti punti di vista, gli operatori del mercato appaiono come soggetti passivi di imperativi morali e non come soggetti attivi di scelte individuali volte a migliorare la qualità dei risultati conseguiti dai passati processi di industrializzazione. Ed invero, le imprese, da un lato, e le loro controparti negoziali o finanziarie (i.e. clienti ed investitori), dall'altro, appaiono destinatarie di conoscenze estranee ai processi industriali e, al contempo, vengono poste al centro di un processo di persuasione (più o meno lento e confuso) volto a convincerle della necessità di un approccio eco-compatibile alle iniziative economiche (pubbliche e private). Trattasi, evidentemente, di una condizione individuale che, sul piano gius-economico, non subisce gli effetti di una politica interventistica, in quanto - nelle sedi di governo dell'economia - non è ancora condivisa un'impostazione etica che - dapprima - promuova il superamento dello spirito capitalistico novecentesco (proteso verso un progresso infinito e, per certi versi, indefinito) e - dappoi - raggiunga, nel suo sviluppo, una direzione di significato e validità tali da addivenire all'affermazione di modelli industriali e finanziari che assicurino la sostenibilità intergenerazionale di ogni forma di esercizio delle attività economiche.

della società civile² e che la relativa risoluzione vada rintracciata, in modo consapevole, nelle regole poste a presidio del regolare funzionamento di un mercato proteso verso la crescita sostenibile degli operatori e, per l'effetto, del benessere sociale.³ Al presente, del resto, è autorevolmente riconosciuta l'importanza delle istituzioni sociali per la prosperità di una comunità, in quanto sistemi economici inclusivi comportano benefici, a lungo termine, in termini di crescita economica e di redistribuzione della ricchezza.⁴

Oggi, infatti, la sostenibilità è un elemento fondante le valutazioni in ordine al rispetto del principio di economicità da parte dell'impresa oggetto di esame,⁵ per cui l'informativa relativa alla prima risponde a bisogni cognitivi propri del processo di investimento e non, come alcuni studi passati lascerebbero credere, a preferenze accessorie riferibili alla coscienza dell'investitore.⁶

In tale premessa, si comprende che le scelte in materia di sostenibilità attengono ad un ambito decisionale in cui l'intervento regolamentare rappresenta una componente di un 'gioco delle influenze' riferibile ad un processo decisionale a più stati,⁷ che muove dalla conoscenza, attraverso la persuasione, verso la decisione.⁸

² Numerose riflessioni seguono la lettura del libro del prof. Francesco Capriglione dal titolo 'Clima Energia Finanza', Milano, 2023, raccolte nel contributo Lemma, "Verso la regolamentazione dell'innovability. Riflessioni a margine del volume Clima Energia Finanza del prof. Francesco Capriglione", in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2024, p. 20 ss.

³ Cfr. SEPE, *La solidarietà tra diritti e doveri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 1s/2023, p. 57 ss. ove si rinvergono elementi di continuità con CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 47 ss.

⁴ Cfr. The Royal Swedish Academy of Sciences, Press release, Award the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2024 to Daron Acemoglu, Simon Johnson and James A. Robinson "for studies of how institutions are formed and affect prosperity", 14 Ottobre 2024

⁵ Cfr. PELLEGRINI, *Rileggere la solidarietà in epoca contemporanea: riflessioni intorno a "solidarietà, un principio normativo" (G. Alpa, 2022) nel prisma della "corporate governance"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 1s/2023, p. 42 ss.

⁶ Cfr. GARGANTINI - SIRI, *Informazione derivata e sostenibilità: la regolazione dei "rating" e dei "benchmark" ESG nell'Unione Europea*, in *Rivista delle società*, 4/2023, p. 637 ss.

⁷ Cfr. PANETTA, *Il futuro dell'economia europea tra rischi geopolitici e frammentazione globale*, Lectio magistralis in occasione del conferimento della laurea honoris causa in scienze giuridiche banca e finanza presso l'Università degli Studi di Roma Tre, 23 aprile 2024

⁸ Si versa, dunque, in presenza di un mercato in cui la legittimazione della sostenibilità, da parte dei detentori del potere regolamentare, è un elemento necessario per confermare la validità delle conoscenze acquisite dagli investitori (su stimolazione di un interesse personale o mediante l'introduzione delle idee all'interno dell'informativa al mercato), per cui la partecipazione al dibattito (in ordine alla finanza sostenibile) da parte degli intermediari (e, in particolare, del gestore del mercato) fornisce agli investitori

2. Una spinta in avanti - in apertura della conferenza citata in premessa - ha suggerito un'interpretazione dell'acronimo ESG che valorizzi il ruolo della Governance alla stregua di un input atto a promuovere il conseguimento di risultati di *environmental sustainability*, da intendersi come output di un processo aziendale che sia riuscito ad orientare i risultati empirici delle attività d'impresa verso risultati di particolare meritevolezza.⁹

Non v'è dubbio che, sinora, sono stati utili i passi compiuti verso la sensibilità ecologista da una piccola minoranza di pionieri ed innovatori,¹⁰ la cui influenza sulla porzione maggioritaria potrà esser decisiva per il conseguimento degli obiettivi di qualità ambientale indicati in precedenza. Per vero, nelle società democratiche, le reti di influenza sono numerose, diversificate e specializzate, anche se ogni *ambiente sociale* obbedisce ad un proprio paradigma di scelta.¹¹ Sicché, nel mercato finanziario, i meccanismi di influenza sono fondati su una serie di obblighi di informativa (che danno contenuto ad un primo stadio di comunicazione) e di relazioni personali (qualificate in rapporti di consulenza o nella prestazione di altre tipologie di servizi di investimento, oppur no).

Tutto ciò, proietta le riflessioni *in subiecta materia* verso tre tematiche di matrice regolamentare: poteri delle autorità di vigilanza, obblighi degli emittenti e diritti degli investitori.¹²

Appare, infatti, chiaro che una prima ricaduta pratica per gli operatori del settore riguarda, infatti, i nuovi poteri di vigilanza delle autorità di settore.¹³ Ed invero,

stessi un sostegno collettivo che li rassicura e facilita l'adozione di comportamenti nuovi, protesi verso l'accettazione di strumenti finanziari evoluti (verso il rispetto di criteri ESG).

⁹ Tale spinta viene suggerita da Claudia Parzani, moderatore del panel 'The new frontier of ESG in the Boardroom' Euronext Sustainability Week 2024, Opening Panel

¹⁰ Significativa, al riguardo, è l'analisi di KIRCHHERR - REIKE - HEKKERT, *Conceptualizing the Circular Economy: An Analysis of 114 Definitions*, SSRN Working Paper no. 3037579, 2017

¹¹ Cfr. MENDRAS - FORSÉ, *Il mutamento sociale*, Roma, 1999, pp. 121 - 123

¹² Cfr. SEPE, La sostenibilità nel governo della complessità sistemica: per un approccio valoriale, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2024, p. 12 ss.; si veda, altresì, LENER - LUCANTONI, *Sostenibilità "ESG" e attività bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2023, 1, p. 6 ss.

¹³ Cfr. ANNUNZIATA, La supervisione sul mercato dei capitali dopo due crisi: notarelle minime, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia* 1s3/2022, p. 106 ss.

se la funzione dei poteri in parola è quella di significare una differenza nell'intervento pubblico, i cambiamenti che deriveranno dal relativo esercizio (o meglio, dalla minaccia del relativo esercizio) varieranno secondo le categorie sociali. La dipendenza energetica, le esternalità inquinanti e l'esposizione geopolitica di una grande impresa non sono quelle di un intermediario o di un investitore;¹⁴ per cui le condizioni saranno immutabili in presenza di costi d'impianto irrecuperabili, migliorabili in caso di costi sommersi poco significativi e mutevoli laddove la produzione dipenda da costi variabili e fissi facilmente recuperabili. Non è lo stesso per i profili finanziari, perché gli investimenti hanno delle possibilità di differenziarsi e tutto porta a credere che, reagendo contro il disastro climatico, gli individui utilizzeranno sempre più spesso tutte le possibilità che sono loro offerte per difendersi.¹⁵

Inoltre, nuovi obblighi di trasparenza e disclosure si assommano e gravano sugli emittenti, anche se talora sono accolti con gradi di accettazione differenti dalle imprese che saranno chiamate a perseguire un cambiamento, prima, tecnico e, poi, aziendale.¹⁶ Non v'è dubbio, infatti, che il regolamento europeo non abbia considerato la diffusione delle strategie ambientali come un meccanismo collettivo che aggrega le scelte individuali, ma alla stregua di decisioni di cambiamento adottate all'interno dell'organizzazione aziendale degli emittenti. È evidente, tuttavia, che le grandi organizzazioni presentino un certo grado di resistenza al cambiamento; non si tratta di attaccamento alle routine, né di rigidità aziendale, ma del ritardo generalmente apposto all'attuazione di riorganizzazioni delle competenze o dei rapporti di potere.

Per cui, tutti coloro che si aspettano una valorizzazione dalle nuove strategie, dovranno aver riguardo ad un effettivo orientamento dell'attività imprenditoriale verso strategie e operazioni sostenibili,¹⁷ tali cioè da incidere in maniera favorevole sul

¹⁴ Cfr. CAPRIGLIONE, *La supervisione finanziaria dopo due crisi. Quali prospettive*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 1s/2022, p. 3 ss.

¹⁵ Cfr. BRESCIA MORRA, *Chi salverà il pianeta? Lo Stato o le grandi "corporation"? Esg: una formula ambigua e inutile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 4s/2022, 1, p. 78 ss.

¹⁶ Cfr. BROZZETTI, *La transizione verde europea e lo sviluppo sostenibile: rinnovate coordinate di fondo per sistema finanziario e imprese*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 3/2022, 1, p. 411

¹⁷ Utile aver riguardo a OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss.

profilo di rischio dell'impresa, se valutato in ossequio ai criteri ESG.¹⁸ Sicché, sul piano giuridico, i nuovi obblighi di compliance non esauriscono la loro validità all'interno della relativa funzione aziendale, ma si estendono sino a condizionare le modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale.¹⁹ Ciò, riconduce ad unitarietà i tentativi europei di migliorare il quadro regolamentare della sostenibilità, nel riferimento all'obiettivo di affrontare le sfide globali del degrado ambientale attraverso una strategia finanziaria che, facendo leva sulla fiducia degli investitori, consegua l'allineamento di tutte le risorse disponibili, sia pubbliche che private, sia nazionali che multilaterali.

Qual è, dunque, la forza costitutiva delle norme in esame? Si tratta, infatti, di prescrizioni, la cui funzione tipica è quella di guidare un'azione di disclosure delle conseguenze ambientali dei prodotti finanziari cui le prescrizioni stesse si riferiscono.²⁰ Non servono, quindi, né a prescrivere livelli di sostenibilità, né a suscitare comportamenti eco-compatibili, bensì a 'far sapere' qualcosa sugli auspicabili effetti ambientali dell'impiego delle risorse risultanti dal processo di investimento.

Pertanto, pur conservando un'essenziale affinità coi comandi (delle leggi in materia ambientale), appartengono al discorso descrittivo dell'informativa finanziaria e a quello espressivo delle preferenze d'investimento. Donde, una conclamata variazione nelle norme giuridiche in materia ambientale, che potrebbe finire col significare assai meno di quanto a prima vista si potrebbe supporre, in quanto si tratta solo di una moltiplicazione delle *specie* di informazioni all'interno del medesimo *genere* delle prescrizioni, che resta sempre quello volto a rendere consapevole l'investimento del risparmiatore.

3. Alla luce di quanto precede, le novità normative riferibili al 'Green Deal

¹⁸ Cfr. AMMANNATI - CANEPA, *Intervento pubblico e finanza sostenibile per la transizione ecologica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 4s/2022, 1, p. 136 ss.

¹⁹ Cfr. GENOVESE - ROSSI, *Considerazioni conclusive sulle funzioni dell'informazione non finanziaria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2023, p. 698 ss.

²⁰ Cfr. BASSANINI, NAPOLITANO, TORCHIA, *Introduzione*, in AA.VV., *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, p. 9.

europeo' perseguono chiaramente l'obiettivo di riorientare i flussi di capitali verso investimenti sostenibili, gestendo al contempo i rischi finanziari derivati dai cambiamenti climatici, dall'esaurimento delle risorse, dal degrado ambientale e dalle questioni sociali più recenti (Considerando n. 2, Direttiva UE 2022/2464).

Ora, vi è il dubbio che questa via finanziaria sia ancora troppo angusta per dar corso ad una crescita sostenibile;²¹ tale dubbio è sostenuto da intuizioni, per così dire, esterne alla concezione finanziaria della sostenibilità e da intuizioni a questa interne. Alle prime (i.e. quelle esterne) attiene, infatti, la difficoltà di misurarsi sulle reali implicazioni ambientali delle scelte di investimento operate a valle dell'informativa immessa in circolazione. Alle seconde (i.e. quelle interne), invece, corrisponde la problematica definitoria della tassonomia ambientale, la quale varia e va riveduta con l'ampliarsi dei mutevoli scenari presi a riferimento dalle relative valutazioni d'impatto.

Nell'imporre una migliore rendicontazione di sostenibilità alle imprese, la CSRD si propone di produrre vantaggi in favore dei singoli cittadini e dei risparmiatori, i quali sarebbero - poi - adeguatamente informati e quindi in grado di impegnarsi meglio nel dialogo sociale.²² Da qui, un intervento che postula, come fondamentale criterio di valore, il desiderio di investire in maniera sostenibile e, al contempo, l'esistenza di un sistema economico stabile, sostenibile e inclusivo.

Affinché ciò sia possibile, deve esser affrontato - nei termini indicati in premessa - il problema dell'incidenza della sostenibilità (di un'azione finanziata con il denaro raccolto in un mercato finanziario) sull'economicità dell'impresa;²³ per cui, le informazioni comunicate nelle relazioni annuali delle imprese devono innanzitutto raggiungere gli investitori, in quanto essi necessitano di conoscere i rischi e le

²¹ Cfr. PERLINGIERI, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. A margine di un recente libro, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss. per una indicazione della rilevanza giuridica dell'idea di sostenibilità nel senso di sviluppo sostenibile.

²² Utile evidenziare che, nella fattispecie, può esser di guida il principio secondo cui la creazione negoziale deve preservare dall'arbitrio, laddove l'intervento dello stato è posto a presidio dei soggetti lesi da condotte antiggiuridiche; cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 2002, p. 15

²³ Cfr. DI FAUSTO, *Investimenti sostenibili: analisi empirica e tradizionale dei fattori ESG*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 1s/2021, p. 32 ss.

opportunità che le questioni di sostenibilità presentano per i loro investimenti.²⁴ Appare, quindi, apprezzabile l'impostazione posta a fondamento della CSRD, in quanto essa riflette ad una logica rispondente alla natura mutevole dei rischi a cui sono esposte le imprese ed alla crescente consapevolezza degli investitori riguardo alle implicazioni finanziarie di tali rischi (Considerando n. 11). Da qui, l'obbligo di includere - nella relazione sulla gestione - le informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto dell'impresa sulle questioni di sostenibilità, nonché informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull'andamento dell'impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione. Ciò, anche a livello consolidato, secondo principi di rendicontazione di sostenibilità all'uopo indicati (art. 1, CSRD, che sostituisce l'art. 19 bis, l'art. 29 bis e 29 ter della direttiva 2013/34/UE).²⁵

Di certo, la CSRD non arriva a porsi il problema della maturità finanziaria degli investitori, cioè del loro livello di coscienza delle criticità ambientali e della loro capacità di porre gli interessi permanenti di stabilità (dell'emittente) al di sopra di ogni altra considerazione inerente alle ragioni dell'investimento (e, in particolare, quelle di un vantaggio immediato, conseguito in un impeto di breve periodo, cd. *short-termism*).²⁶ Per converso, tale problema è affrontato dalla Proposta di regolamento sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di

²⁴ Cfr. SCHIMPERNA - LOIZZO, *ESG Disclosure: Regulatory Framework and Challenges for Italian Banks*, in *Bank of Italy Occasional Paper No. 744*, ove gli AA. Indicano che "in line with developments at the global level, the attention of financial regulators on ESG factors, particularly on environmental and climate-related risks, has significantly increased over recent years. In this context, disclosure of relevant climate-related information plays a key role, for both financial and non-financial stakeholders. The EU regulatory framework on disclosure is rather advanced when compared with other jurisdictions and will be almost ready for implementation in the next few months. The Bank of Italy, in line with the ECB and other national supervisors, has started a number of initiatives aimed at actively contributing to major international projects, strengthening the dialogue with the national industry and assessing the progress made by supervised entities. The paper: i) summarises the main regulatory requirements for ESG disclosure; ii) investigates the areas of commonalities at the EU level between the Pillar 3 disclosure requirements and those envisaged by the standards under development by the EFRAG; iii) takes stock of the main supervisory initiatives undertaken so far and presents some preliminary thoughts on the major challenges ahead to be faced by Italian banks".

²⁵ Cfr. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022/4s, p. 174 ss.

²⁶ Cfr. ATANASOV, *Current Trends in European Sustainability Reporting Legislation*, in *Izvestia Journal of the Union of Scientists - Varna. Economic Sciences Series*, 2022, p.77 ss.

governance (ESG), in quanto viene ipotizzata l'autorizzazione dell'ESMA per l'esercizio dell'attività di fornitura di rating ESG (ex art. 5 della citata proposta), la quale riconduce in un ambito di maggiore affidabilità la produzione di un'informativa siffatta e, quindi, semplifica il lavoro dei relativi utilizzatori rispetto alla selezione del compendio nozionistico necessario per supportare le decisioni di investimento.

Tuttavia, l'introduzione di una riserva di attività nell'ambito operativo in considerazione - nel suo significato e nella sua possibilità - non presenta, di principio, alcuna esimente, in quanto essa non reca in sé alcuna forma di deresponsabilizzazione degli utilizzatori dei rating ESG.²⁷ In altri termini, la riconduzione delle agenzie di rating ESG in un ambito di piena supervisione non può esser intesa alla stregua di un'attestazione di qualità dei relativi giudizi. Sicché, resta in capo agli utenti l'onere di valutare l'utilizzabilità del rating ESG ai fini cui ispirano la loro operatività finanziaria.

Per vero, una difficoltà sembra permanere e va anzitutto messa in evidenza. Un giudizio di rating, certo, tende ad interagire in maniera sostanziale sulle dinamiche cognitive degli operatori e, quindi, opera come un fattore di garanzia implicita del comportamento degli emittenti.²⁸ Pertanto, appare agevole assumere come, nel breve o lungo processo di formulazione del giudizio in parola, l'agenzia che si rende autrice di una sintesi siffatta può affermare la metodologia, i modelli, i contenuti e le principali ipotesi a fondamento del giudizio stesso.²⁹ Non a caso, le agenzie di rating sono tenute

²⁷ Cfr. BERG - HEEB - KÖLBEL, *The Economic Impact of ESG Ratings*, SSRN working paper no. 4088545 ove gli AA. rappresentano che "This study examines the impact of ESG ratings on fund holdings, stock returns, and firm behavior. First, we show that among five major ESG ratings, only MSCI ESG can explain the holdings of US funds with an ESG mandate. We document that downgrades in the MSCI ESG rating substantially reduce firms' ownership by such funds, while upgrades increase it. However, this response in ownership is slow, unfolding gradually over a period of up to two years. This suggests that fund managers use ESG ratings mainly to comply with ESG mandates rather than treating them as updates to firms' fundamentals. Accordingly, we also find a slow and persistent response in stock returns. For a one-year holding period, downgrades lead to an abnormal return of - 2.37%. For upgrades, we find a positive but weaker effect. Yet, the extent to which ESG ratings matter for the real economy seems limited. We find no significant effect of up- or downgrades on firms' subsequent capital expenditure. We find that firms adjust their ESG practices following rating changes, but only in the governance dimension."

²⁸ Cfr. TROISI, *Le agenzie di rating*, Padova, 2013, p. 15

²⁹ Cfr. BERG - FABISIK - SAUTNER, *Is History Repeating Itself? The (Un)Predictable Past of ESG Ratings*, in *European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper 708/2020*, 2021, ove gli AA. muovono dalla considerazione secondo cui "The explosion in ESG research has led to a strong

alla comunicazione al pubblico degli elementi utilizzati nelle attività di rating ESG; da qui, un interrogativo in ordine al dovere dell'investitore di valutare tali metodologie, modelli e ipotesi, anche se - a ben considerare - tale dovere incide su un sistema giuridico consolidato da tempo per imporre all'investitore stesso di compendiare l'utilizzo dei rating con le proprie strategie in materia di sostenibilità.

Quanto alle agenzie di rating ESG, la vigilanza dell'ESMA attiene alla richiesta di informazioni, ad indagini generali, ispezioni in loco; sotto la minaccia di sanzioni amministrative e pecuniarie.³⁰ Tuttavia, è difficile guardare a tale vigilanza come ad un'attività puramente tecnica ed efficiente, ad un preciso e accurato adempimento di compiti obiettivi all'interno di un superiore meccanismo burocratico, all'espressione di una "mania d'ordine" che fosse sufficiente a reggere tutto.³¹ Nonostante ciò, non appare possibile ritenere che la vigilanza in parola risponda ad una concezione individualistica delle tutele, anche se la proposta di regolamento in esame, nei riguardi degli utilizzatori, pone in evidenza i diritti conferenti a tale posizione e, nei riguardi del mercato, i doveri di garantire una maggiore trasparenza.

Viene, altresì, in considerazione il Regolamento (UE) 2019/2088 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (cd. SFDR), il quale interviene in maniera trasversale sulle competenze della vigilanza;³² tuttavia, è chiaro l'intento del regolatore europeo di addivenire ad una rappresentazione armonizzata e standardizzata delle informazioni di sostenibilità in ambito finanziario, per facilitarne la comparabilità e supportare gli investitori nell'effettuazione di scelte consapevoli.

Dominante, in siffatta impostazione, è l'assunto di un'autonomia di ogni

reliance on ESG rating providers. We document widespread changes to the historical ratings of a key rating provider, Refinitiv ESG (formerly ASSET4). Depending on whether the original or rewritten data are used, ESG-based classifications of firms into ESG quantiles and tests that relate ESG scores to returns change. While there is a positive link between ESG scores and firms' stock market performance in the rewritten data, we fail to observe such a relationship in the initial data. The ESG data rewriting is an ongoing rather than a one-off phenomenon".

³⁰ Cfr. SCHNEIDER, *Per un approccio sostanziale alla finanza sostenibile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022/4s, p. 242 ss.

³¹ Cfr. WEBER, *Scritti politici*, Roma, 1999, p. 58

³² Cfr. AMMANNATI - CANEPA, *Intervento pubblico e finanza sostenibile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2022/4s, p. 242 ss.

investitore rispetto agli altri e, al contempo, la pari dignità di ciascuno (sia esso professionale o meno). Non v'è, nella costruzione europea, una concezione olistica del mercato, laddove invece si ha riguardo alla libertà (degli investitori) di assumere le scelte (di investimento) che li riguardano; libertà che deriva dal riconoscimento di alcuni diritti in ordine alla cognizione di elementi essenziali dell'oggetto dell'investimento stesso (tra i quali rientra, oggi, a pieno titolo, il relativo profilo ESG).³³

Significativo, al riguardo, il “Richiamo di attenzione n. 1/24 del 25 luglio 2024”, che la Consob ha utilizzato per avviare una specifica azione di vigilanza finalizzata a monitorare le modalità d'implementazione delle previsioni unionali in materia di finanza sostenibile (nella prestazione dei servizi d'investimento da parte degli intermediari).³⁴ Sicché, nell'ambito del processo di armonizzazione dell'informativa in materia ambientale, si manifesta una linea di tendenza - definibile di *specificazione* - che consente un passaggio graduale - ma sempre più accentuato - verso un'ulteriore determinazione dei soggetti titolari di diritti (i.e. gli utilizzatori dei rating ESG), rispetto ad un'idea astratta di informativa al mercato (che si era venuta via via determinando in singoli e concreti obblighi di prospettazione).

4. Nell'interrogarsi sul rapporto tra sostenibilità e mercato va affrontata ogni questione relativa al processo di innovazione che sta interessando gli strumenti finanziari, le sedi di negoziazione e gli altri elementi di un processo che, nei tempi

³³ Cfr. SIRI - ZHU, *Will the EU Commission Successfully Integrate Sustainability Risks and Factors in the Investor Protection Regime? A Research Agenda*, n *Sustainability* 2019, 11, 6292, ove gli AA. concludono che “Building a common EU framework for sustainable finance undoubtedly implies the integration of sound and sustainable processes and skills across the whole structure and governance of financial institutions. Consequently, a new financial paradigm is going to be needed, which will require the strengthening of investor care and protection, so contributing to the restoration of trust in the financial sector.”

³⁴ Cfr. MACCHIAVELLO - SIRI, *Sustainable Finance and Fintech: Can Technology Contribute to Achieving Environmental Goals? A Preliminary Assessment of 'Green FinTech'*, in *European Banking Institute Working Paper Series 2020 – no. 71*, ove gli AA. indicano che “The Fintech Action Plan (see now also Digital Finance Strategy) and the Sustainable Finance Strategy both represent important pillars of the current EU policy agenda. Nonetheless, the two areas have been treated as separate for a long time, while they present certain common features and great potential when combined. In particular, Fintech appears able to respond to some shortcomings in the current sustainable finance framework (e.g. access to retail financing, ESG disclosure, verification and ratings, etc.)”.

recenti, registra l'incontro della domanda e dell'offerta di capitali e rischi. Non v'è dubbio che, in un ambito argomentativo siffatto, l'interesse può volgere prioritariamente verso le prime applicazioni della digitalizzazione telematica e dell'automazione agli adempimenti informativi e, in generale, alla rendicontazione in materia di sostenibilità.³⁵

Trattasi, infatti, di applicazioni che pongono a servizio degli investitori le opportunità rivenienti dagli elementi aggiuntivi, basati sull'interconnessione che si realizza tra l'emittente e il relativo sottoscrittore, che caratterizzano gli strumenti finanziari digitali.³⁶ Ed invero, la presenza di una rete, la disponibilità di un device informatico polifunzionale, la scelta di un linguaggio comune, l'accessibilità a database condivisi e l'avvio di un software consentono all'emittente di inviare flussi informativi continui al titolare dello strumento finanziario digitale e agli altri soggetti all'uopo individuati (dal gestore della sede in cui avvengono le relative negoziazioni, al depositario del titolo, ad operatori di altro tipo ancora).

A ben considerare, si versa in presenza di tecnicismi di nuovo tipo, la cui implementazione risponda a rapporti intersoggettivi di nuovo tipo, cui corrispondono nuove forme di responsabilità. Ed invero, occorre interrogarsi sulla possibilità di configurare regole atte a porre in capo agli operatori del settore doveri specifici in materia di produzione e circolazione della rendicontazione telematica.³⁷ Ciò, dovrà quindi corrispondere al fine di attribuire le responsabilità in caso di informazioni in grado di produrre danni nella platea dei destinatari, dovendosi - in ogni caso - valutare se sia opportuna l'attribuzione di un potere di azione in capo al solo sottoscrittore del titolo cui afferisce l'informazione ovvero anche ai soggetti - diversi da quest'ultimo -

³⁵ Cfr. LUCHENA, Il "nuovo" intervento pubblico nell'economia: come sistema di deroghe e come coprogrammazione a impulso europeo, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, 2022/4s, p. 57 ss.

³⁶ Cfr. ARNER - RATNA - ANIMASHAUN - BEDI, *Interdependencies in Crypto Ecosystems: Drivers, Implications and Policy Responses*, in *University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2023/17*, 2023 ove gli AA. Si soffermano sul "the role of interdependencies in the effectiveness of internal risk management practices and crisis control mechanisms in the crypto ecosystem".

³⁷ Al riguardo, si veda l'impostazione suggerita da SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale: fra scienza e metodo* in PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Milano, 2021, p. 145 ss.

che abbiano utilizzato la predetta informativa. Del resto, l'informativa è, per un verso, risultato dell'attività di produzione e immissione in circolazione di dati o notizie e, per altro, presupposto delle cognizioni necessarie alle scelte di investimento da parte dei gestori di capitali (propri o altrui).³⁸

Inoltre, andrà anche valutato se il soggetto passivo sia solo l'emittente (che ha prodotto l'informativa) ovvero anche gli altri soggetti che, a vario titolo, intervengono nella dinamica delle informazioni in materia ESG.

Va da sé che le scelte del regolatore *in subjecta materia* debbano rispondere al *need of protection* che qualifica la posizione giuridica dei relativi destinatari o utilizzatori. Va, quindi, considerata la *magnitudo* di un'informativa digitalizzata e telematica, potenzialmente continua ed immediata rispetto alle richieste dei destinatari (della informativa in parola); donde l'esigenza di valutare anche le forme della vigilanza che, nel continuo, possano controllare la veridicità e l'utilizzabilità degli elementi cognitivi disponibili sul mercato.

Nel discernere tra agenti informativi e operatori conoscitivi,³⁹ va considerata l'utilizzabilità dei dati che attraverso l'informazione sulla sostenibilità si percepiscono e, in particolare, l'esigenza di introdurre controlli atti a verificare che tali dati presentino elementi minimi di significatività, intellegibilità e veridicità.⁴⁰ Sicché, i relativi contenuti (in ordine alla eco-compatibilità dell'investimento) ed il relativo collegamento informatico (che ne assicura la trasmissione) non possono esaurire la

³⁸ Cfr. BODELLINI, *La gestione collettiva del risparmio davanti alla sfida della sostenibilità tra ambiguità normative e difficoltà applicative*, in *Rivista di diritto bancario*, 3/2022, 1, p. 607 ss.

³⁹ Cfr. ZOPPINI, *Eccesso di informazione e tutela degli investitori*, in andrezoppini.it, ove si evidenzia che, al presente, gli investitori (risparmiatori) sono immersi in un ambiente contraddistinto dalla pluralità delle fonti di informazione, dalla frequenza della loro produzione e dalla facilità del loro reperimento. Ad avviso dell'A., questo scenario condurrebbe a, come indicato da V. Lemma, “una realtà che allontana il momento cognitivo (che è alla base delle determinazioni relative alle scelte di investimento) dalla fase delle trattative commerciali e da quella contrattuale (e, quindi, dal singolo rapporto economico-giuridico di riferimento)”; cfr. LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in AA.VV., *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 259 ss.

⁴⁰ Cfr. LARCKER- POMORSKI - TAYAN - WATTS, *ESG Ratings: A Compass without Direction*, in *Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper*, Available at SSRN no. 4179647 ove gli AA. evidenziano che “ESG ratings firms provide information to investors, analysts, and corporate managers about the relation between corporations and non-investor stakeholders interests.”

loro valenza nella sfera di interessi del sottoscrittore di uno strumento finanziario digitale, ma devono esser proiettate verso un ambito più ampio, in quanto devono contribuire alla determinazione degli andamenti valoriali del mercato di riferimento. Da qui, la significatività del diritto all'interconnessione e della valutazione che il regolatore sarà chiamato ad effettuare in ordine al regime di divulgazione delle informazioni ai soli sottoscrittori dei titoli o anche a terzi (consultando la platea degli stakeholders che va dai relativi custodi ai consulenti dei sottoscrittori, ad altri soggetti ancora).

Si addivene, quindi, ad una considerazione conclusiva che mette in evidenza il profilo oggettivo della sostenibilità, in quanto la funzione dell'informativa ad essa relativa può esser ricondotta all'incremento quantitativo dei livelli di conoscenza del relativo utilizzatore; ciò, ha come conseguenza l'esigenza di tener conto dell'interpretazione soggettiva che la medesima alimenta. Da qui, l'importanza della capacità di interpretare correttamente il *senso ecologico* dell'operazione finanziaria cui (l'informativa) si riferisce e, quindi, la possibilità di riflettere sulla distinzione tra *funzionalità* ed *eco-compatibilità* dei prodotti finanziari, atteso il carattere condizionato della sostenibilità del sistema finanziario.

Valerio Lemma

*Ordinario di Diritto dell'economia
nell'Università G. Marconi di Roma*

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

LA PRIMA PRESIDENTE

1. Il Tribunale di Brindisi, con ordinanza in data 16 aprile 2024, ha sollevato una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-bis cod. proc. civ., chiedendo alla Corte di cassazione di "pronunciarsi sulla validità o meno del contratto di cessione, stipulato con soggetto non iscritto al registro ex art. 106 del testo unico bancario, alla luce della normativa antiriciclaggio di fonte interna e comunitaria, così come del generale principio di trasparenza", "in relazione all'ipotesi in cui la cessione intervenga fra due soggetti entrambi non iscritti e non qualificati, dunque né vigilati, né conformati nel proprio assetto organizzativo". Più nello specifico, il giudice a quo ha chiesto di "chiarire quali rimedi l'ordinamento appresti a fronte dell'eventuale invalidità (nullità o inefficacia o rilievo solo amministrativo della violazione) del predetto negozio". "Premessa la vigenza del livello comunitario della disciplina antiriciclaggio e la sua univocità, nell'ipotesi di ritenuto contrasto con la stessa", secondo il rimettente si tratta di "chiarire se il contratto di cessione possa ritenersi invalido e, nell'ipotesi affermativa, se lo stesso sia da ritenersi nullo o inefficace o disapplicabile, nei suoi effetti, come concluso dalla univoca giurisprudenza di legittimità con riguardo alla norma interna anticomunitaria". In subordine, ove la normativa comunitaria in materia di riciclaggio non dovesse essere ritenuta univoca, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, si tratterebbe, ad avviso del giudice a quo, di "valutare la possibilità di un rinvio pregiudiziale all'organo della giurisdizione comunitaria, per una compiuta interpretazione della normativa sovranazionale".

2. L'ordinanza di rimessione (incardinata con il n. 8999 del 2024 di registro generale) concerne la portata e l'ambito dell'art. 106 del testo unico bancario, approvato con il d.lgs. n. 385 del 1993. Essa interroga la Corte sull'applicabilità di tale disposizione alle operazioni di cartolarizzazione (cessione in blocco di crediti) e, in caso affermativo, sulle conseguenze che ne derivano; in particolare, viene posto il quesito se tali conseguenze si lascino apprezzare esclusivamente sul piano amministrativo, relativo alla vigilanza sugli intermediari finanziari, o se, come sembra propendere il giudice a quo, le stesse operino anche sul piano civilistico, determinando la nullità del negozio, o dei negozi, di cessione.

3. Sotto la rubrica “Albo degli intermediari finanziari”, l’art. 106 del testo unico bancario prevede che l’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia. Oltre a tale attività – prosegue la disposizione – gli intermediari finanziari possono: a) emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento, a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell’art. 114-quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento, a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell’art. 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo; b) prestare servizi di investimento, se autorizzati ai sensi dell’art. 18, comma 3, del testo unico sull’intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. n. 58 del 1998; c) esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

4. Il Tribunale di Brindisi riferisce che il titolo esecutivo azionato da U. è rappresentato da un contratto di mutuo ipotecario, concesso ai sensi dell’art. 38 e seguenti del testo unico bancario, e che entrambi i debitori esecutati sono mutuatari. Ad intervenire in giudizio – prosegue il giudice rimettente – era in origine U., Banca iscritta all’Albo delle Banche e Capogruppo del Gruppo Bancario U., e per essa D. quale mandataria, giusta procura notarile; successivamente, la società M. interveniva nella procedura esecutiva per il tramite della procuratrice speciale B. I.; spiegava, poi, intervento, ex art. 111 cod. proc. civ., la società Ma. e, per essa, quale procuratrice e servicer, la Banca F., che a sua volta agiva per il tramite della mandataria con rappresentanza e subservicer, H. I.

Il Tribunale rimettente osserva che dal contenuto di tale atto di intervento emerge che il credito di U. è stato oggetto di tre differenti cessioni: la prima, con la quale, in forza del contratto di cessione dei crediti individuabili in blocco ai sensi della legge n. 130 del 1999, U. ha ceduto pro soluto, in favore di P., un portafoglio di crediti; la seconda cessione, da P. a S.; la terza cessione, infine, da S. a M. Il giudice a quo rappresenta che nessuna delle cessionarie risulta iscritta nell’albo ex art. 106 del testo unico.

5. Non sussistono le condizioni previste dall’art. 363-bis cod. proc. civ. perché la questione sollevata dal Tribunale di Brindisi possa trovare ingresso.

6. La questione non presenta il requisito della grave difficoltà interpretativa, giacché nella giurisprudenza della Corte di cassazione si rinviene l’enunciazione di principi suscettibili di

orientare la risoluzione del dubbio posto dal rimettente.

Difatti, la Terza Sezione della Corte, con l'ordinanza 20 febbraio 2024, n. 4427, ha già affermato che, al fine di qualificare la cessione del credito quale attività di finanziamento, soggetta alla disciplina dell'art. 106 del testo unico bancario, non è sufficiente che il cessionario operi nei confronti di terzi con carattere di professionalità, ma è necessario che la cessione integri erogazione di un finanziamento, ossia che comporti l'anticipazione di denaro o altra utilità. La Corte – pronunciandosi in una fattispecie di cessione del credito spettante, nei confronti della compagnia aerea, al trasportato ex art. 7 del Regolamento CE n. 261 del 2004 – ha confermato la sentenza impugnata che aveva disatteso l'eccezione di nullità della cessione di credito ai sensi dell'art. 106 del testo unico bancario. Si è così affermata la non riconducibilità dell'operazione all'attività di finanziamento, essendo il versamento del corrispettivo della cessione meramente eventuale in quanto condizionato al buon esito della riscossione del credito ceduto.

La Corte ha anche ricordato che, in attuazione di quanto previsto dal comma 2 del citato art. 106, il Ministero delle finanze, con il decreto ministeriale n. 53 del 2015, ha stabilito, all'art. 2, comma 1, che “per attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma” e che “l'attività comprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso; c) credito ai consumatori, così come definito dall'art. 121 del testo unico bancario; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fidejussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma”.

Al di là della fattispecie concreta sottostante e della tipologia di credito ceduto (relativa ad una cessione del credito spettante, nei confronti di una aerea, al trasportato, ex art. 7 del regolamento CE n. 261 del 2004), tale decisione appare significativa perché distingue la semplice operazione di cessione del credito dalla vera e propria prestazione di servizi di finanziamento, solo al cospetto della quale sorge l'obbligo di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari.

Ora, nella vicenda oggetto dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brindisi, se vi sono plurime cessioni del medesimo credito ipotecario, nondimeno nessun cessionario ha elargito

alcun servizio di finanziamento nei confronti dei mutuatari, essendosi, ciascuno, limitato ad acquisire la titolarità del credito per procedere al suo incasso, direttamente o a mezzo di una diversa società mandataria.

Soccorre, altresì, Cass., Sez. III, 18 marzo 2024, n. 7243, la quale ha stabilito che il conferimento dell'incarico di recupero dei crediti cartolarizzati ad un soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 del testo unico bancario e i conseguenti atti di riscossione da questo compiuti non sono affetti da invalidità, in quanto l'art. 2, comma 6, della legge n. 130 del 1999 non ha immediata valenza civilistica, ma attiene, piuttosto, alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e finanziario, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri, anche sanzionatori, facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati da norme penali, con la conseguenza che l'omessa iscrizione nel menzionato albo può assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con la predetta autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici.

Nella pronuncia da ultimo evocata, la Terza Sezione ha affermato che dall'omessa iscrizione nell'albo ai sensi dell'art. 106 del testo unico bancario del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici. Di qui la conclusione secondo cui, ai fini della validità del controricorso, non rileva che la società (rappresentante sostanziale di altra società, a sua volta mandataria della società veicolo, cessionaria di credito bancario), sia iscritta, oppure no, nell'albo degli intermediari finanziari.

Con la pronuncia da ultimo richiamata, questa Corte si è, pertanto, pronunciata in materia di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari autorizzati, ex art. 106 del testo unico bancario, da parte dello special servicer che agisce per il recupero di un credito cartolarizzato, in qualità di mandatario del creditore precedente. Nel caso di specie era stato eccepito il difetto di rappresentanza dello special servicer resistente, nel giudizio dinanzi alla Corte, con controricorso, in quanto non risultava iscritto all'albo di cui all'art. 106 del testo unico bancario: in sostanza, non avrebbe avuto la legittimazione a contraddire al ricorso per cassazione in quanto tale attività rilevava proprio quale attività tesa al recupero del credito.

Secondo la Corte, il mero riferimento alla rilevanza economica delle attività bancarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni contenute nel

t.u.b.: tali norme, prive di valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e, più in generale, delle attività finanziarie, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri (anche sanzionatori) facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati anche da norme penali. Conseguentemente, non vi è alcuna valida ragione per trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale, o sugli atti di riscossione compiuti, le conseguenze delle condotte difformi degli operatori, al fine di provocare il travolgimento di contratti (cessioni di crediti, mandati, ecc.) o di atti processuali di estrinsecazione della tutela del credito, in sede cognitiva o anche esecutiva (precetti, pignoramenti, interventi, ecc.), asseritamente viziati da un'invalidità "derivata".

7. Le due richiamate decisioni delineano un quadro convergente e forniscono, nel quadro di una nomofilachia circolare, precise indicazioni, utilizzabili dal giudice di merito ai fini della risoluzione del caso sottoposto al suo esame, concernendo, l'una, i presupposti per l'applicazione dell'art. 106 del testo unico bancario (obbligo di iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari), e, l'altra, l'esclusione di tale obbligo per le società incaricate della riscossione, anche coattiva, del credito.

8. Ai sensi dell'art. 363-bis cod. proc. civ., quando il dubbio ermeneutico sollevato è in realtà risolvibile senza gravi difficoltà, non vi è spazio per l'intervento preventivo della Corte di cassazione.

Infatti, la ratio del rinvio pregiudiziale consiste nell'affrontare questioni giuridiche di rilevante complessità che, per il loro carattere di novità, richiedano l'intervento nomofilattico preventivo della Corte al fine di orientare, fin da subito, i giudici di merito. L'istituto è stato disegnato dal legislatore al fine di rendere con tempestività un indirizzo di legittimità in settori di interesse generale, senza che si debba attendere che la questione dibattuta giunga, dopo anni, all'attenzione della Corte attraverso la trafila degli ordinari mezzi di impugnazione.

Se ogni questione interpretativa fosse passibile di essere sottoposta, tramite l'istituto di cui all'art. 363-bis cod. proc. civ., alla decisione della Corte di cassazione, si finirebbe con l'inaridire il compito di interpretare la legge, che è dovere indeclinabile di ogni giudice, anche di merito.

9. L'ordinanza di rimessione, per vero, mostra, in più punti, di voler porre in discussione l'approdo cui è giunta la Corte di cassazione.

Riferendosi specificamente a Cass., Sez. III, n. 7243 del 2024, il Tribunale di Brindisi, per verso,

relega la pronuncia della Corte a un mero inciso espresso incidenter tantum, affermando che essa si è pronunciata sulla validità del mandato con procura, concesso ad una società terza e senza che alla stessa fosse posto anche il problema della coerenza della soluzione, poi prescelta, con la normativa antiriciclaggio nazionale e, soprattutto, di rango comunitario. Secondo il giudice a quo, in particolare, la fattispecie ineriva alla legittimazione del soggetto, incaricato della riscossione e, dunque, del materiale incameramento del credito, non anche del cessionario (in blocco) e, perciò, non atteneva alla validità della cessione quale vicenda traslativa del credito.

Per l'altro verso, secondo il rimettente, la pronuncia della Corte non avrebbe considerato "come il contratto di mandato o il negozio unilaterale di procura, sottesi a tale fattispecie, potrebbero avere la finalità di eludere i controlli amministrativi e penali, specie in materia di contrasto alle operazioni di riciclaggio. Dunque, in applicazione della teorica della causa in concreto, quale sintesi degli interessi perseguiti dalle parti, a mezzo dell'operazione economica nel suo complesso, l'uno o l'altro dovrebbero considerarsi affetti da nullità".

10. In realtà, il rinvio pregiudiziale non può trasformarsi in un improprio meccanismo rivolto a riconsiderare o a censurare, sotto questo o quel profilo, decisioni già adottate in sede di legittimità. Esso non può essere incentrato sul dissenso da un precedente di legittimità.

Il che porta a ritenere, in conclusione, che la novità della quaestio iuris è esclusa dalla presenza di pronunce suscettibili di rappresentare una guida orientativa per il giudice di merito nella soluzione dei casi concreti, non rilevando che il giudice a quo abbia manifestato di non condividere tali pronunce. L'istituto della nomofilachia preventiva non può trasformarsi in un mezzo rivolto a sollecitare impropriamente una riconsiderazione della giurisprudenza di legittimità.

11. Il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Brindisi deve, pertanto, essere dichiarato inammissibile.

P.Q.M.

visto l'art. 363-bis c.p.c., dichiara inammissibile il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Brindisi con l'ordinanza di cui in premessa.

Roma, 17 maggio 2024

La Prima Presidente
Margherita Cassano

ART. 106 T.U.B. E CREDITI CARTOLARIZZATI: QUALE INTERESSE?*

*(Art. 106 T.U.B. and securitized credits:
what interest?)*

SOMMARIO: 1. I giudici di legittimità e il diritto dell'economia— 2. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione - 3. Il principio di diritto -. 4. L'orientamento della giurisprudenza di merito – 5. L'ordinanza della Corte di Cassazione del 18 marzo 2024 — 6. Il decreto di recepimento della direttiva SMD.

1. Il decreto del 17 maggio 2024 in commento pone molteplici e interessanti spunti di riflessione, oltre che su profili di natura prettamente civilistica, su argomenti di ampio respiro propri del diritto dell'economia, disciplina che viene espressamente richiamata dall'ordinanza della Corte di Cassazione del 18 marzo 2024 n. 7243 alla quale la Prima Presidente rinvia aderendovi integralmente¹. Tale richiamo, in primo luogo, è la riprova delle ragioni dell'autonomia disciplinare del settore e quindi del suo carattere identitario² e, in secondo luogo, dato il contesto, conferma il diritto in parola come lo studio che “muove dall'analisi delle esigenze regolative di un dato mercato”³. Per tal via, a prescindere dalle specifiche questioni in concreto esaminate, il decreto evoca temi relativi all'*enforcement*, ai diversi modi di organizzazione giuridica, alle differenti tipologie di interesse (privato, generale e pubblico)⁴ in particolare nelle attività

* Contributo approvato dai revisori.

¹ Richiamo effettuato anche dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nella sua sentenza a SS.UU. del 16 novembre 2022, n. 33719, in materia di limite di finanziabilità del mutuo fondiario.

² Cfr. CAPRIGLIONE, SEPE, *Riflessioni a margine del Diritto dell'economia. Carattere identitario ed ambito della ricerca* in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, n. 3, 1, p. 385 ss.; AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 35 ss.

³ Cfr. SARTORI, *Il diritto dell'economia nell'epoca neoliberale tra scienza e metodo*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2022, p. 309.

⁴ Cfr. PERFETTI, *Commento sub art. 107 TUB*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Milano, 2018, p. 1586, dove è approfondita la questione del controllo pubblicistico e della potestà autorizzatoria; TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, passim.

riservate, nonchè alla nozione di norma imperativa nel contesto della finanza; e lo fa sulla base del presupposto per cui l'idea di rimedio "è intimamente connessa alla situazione giuridica che si intende tutelare"⁵.

Ciò posto, il provvedimento⁶ affronta un argomento di grande attualità e precisamente l'attività dei *servicing* di cartolarizzazione⁷, inquadrato nell'ambito più generale del mercato degli NPL⁸; tematica interessata dalla direttiva UE/2021/2167, la *Secondary Market Directive (SMD)*⁹ sui gestori di crediti e agli acquirenti di crediti, recepita in Italia con il d.lgs. del 30 luglio 2024, n. 116, entrato in vigore il 14 agosto 2024. Nell'esaminare suddetta questione¹⁰, il decreto riporta nuovamente all'attenzione degli studiosi le problematiche giuridiche sottese a quella categoria di operatori un tempo definiti "residuali"¹¹ che sono gli intermediari finanziari non bancari¹². Vengono al riguardo in considerazione la *ratio* alla base della regolamentazione del riferito segmento dell'erogazione del credito, l'esigenza di

⁵ Cfr. SARTORI, *op. cit.*, p. 317.

⁶ Cfr. ZURLO, *Nota a Cass. 17 maggio 2024*, 17 maggio 2024; STIAFFINI, *Sull'ennesima occasione mancata di chiarezza sull'applicazione dell'art. 106 TUB*, 24 maggio 2024, in *dirittodelrisparmio.it*; FIORUCCI, *Special servicer e art. 106 TUB: il triplete della Cassazione*, 28 maggio 2024, tutte in *diritto delrisparmio.it*.

⁷ Cfr. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013, p. 222.

⁸ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, "I non performing loan. Un quadro d'insieme", in *I crediti deteriorati nelle banche italiane*, Torino, 2017; CIOCCHETTA, RENDINA, SCHIAVO, "La classificazione dei crediti deteriorati" in *Il mercato dei Npls tra domanda e offerta*, EGEA S.p.A., Milano, 2017, p. 31 ss.; MIGLIONICO, *Crediti deteriorati – Regolazioni a confronto*, Milano, 2018.

⁹ V. *infra*, par. 6.

¹⁰ Cfr. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, cit., p. 11 ss., dove vengono enucleati i principi costituzionali ex artt. 41 e 47 alla base di questa indagine; SICLARI, *La regolazione bancaria dei mercati finanziaria*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Cafagno e Manganaro, Firenze, 2017, p. 175.

¹¹ Cfr. ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari «residuali» dalla legge antiriciclaggio al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Rass. econ.*, 1994, p. 245.

¹² Cfr. CRISCUOLO, *Gli intermediari finanziari non bancari*, Bari, 2003, p. 110; BELVISO, *Gli «intermediari finanziari» (tra storia e nomenclatura)*, in *Aa. Vv. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli-Contento-Patroni Griffi- Porzio-Santoro, Bologna, 2003, p. 1805; TROIANO, *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, p. 423 ss.; CAPRIGLIONE, LEMMA, *Commento sub art. 106 TUB*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Milano, 2018, II, p. 1566 ss., in particolare per il profilo dell'attività di *servicing*, p. 1575 e 1576; ROTONDO, *Commento sub art. 106 TUB*, in *Testo Unico in materia bancaria*, a cura di Porzio, Milano, 2010, p. 852 ss.

controllo pubblico sullo stesso¹³ e il legame con il regime riservato; in definitiva la costruzione concettuale che fonda la tesi dell'ordinamento sezionale del credito¹⁴.

A ben vedere, infatti, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Brindisi del 16 aprile 2024, oltre ad evidenziare la necessità di chiarezza in ordine all'apparato rimediabile apprestato dall'ordinamento nazionale a fronte dell'eventuale invalidità della procura data ad uno *special service* per il recupero di un credito cartolarizzato, è significativa a livello di scenario. Essa, confermando quella potestà normativa interna dell'ordinamento bancario volta a realizzare una «pianificazione amministrativa» di settore¹⁵, appare condividere le stesse «preoccupazioni», criticità ed esigenze di tutela che sono non soltanto alla base dei percorsi argomentativi delle pronunce di merito sul punto, ma anche del processo normativo e di riforma della categoria degli intermediari finanziari non bancari¹⁶. Orienta in quest'ultimo senso, fra l'altro, la circostanza per cui la disciplina che si ritiene potenzialmente violata dall'attività di *servicing* sia proprio quella in materia di riciclaggio¹⁷.

In tale contesto si osserva, infatti, come il Tribunale di Brindisi motivi la sua

¹³ Cfr. MERUSI, *Interessi e controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, p. 177 ss.; CAPRIGLIONE, LEMMA, *Commento sub art. 106 TUB*, cit.

¹⁴ Cfr. M.S., GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, p. 714 ss.; ID, *Il nuovo testo unico delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in Aa.Vv., *Le banche: regole e mercato*, Milano, 1995, p. 7 ss.; CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, *passim*; PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblicistica*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza e Gabrielli, Padova, 2005, vol. II, p. 120 ss.; AMOROSINO, *L'ordinamento amministrativo del credito*, Roma, 1995; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994; SICLARI, *Gli intermediari bancari e finanziari tra regole di mercato ed interesse pubblico*, Napoli, 2011, il quale evidenzia l'espansione della regolazione pubblicistica e la forza della teoria sezionale del credito facendo riferimento all'aumento dei margini della vigilanza micro e macro prudenziale.

¹⁵ Cfr. MONTEDORO, SUPINO, *Il difficile dialogo fra economia e diritto in una prospettiva istituzionalistica*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, I, p. 210 ss.

¹⁶ Si ricorda che la prima regolamentazione organica del settore dell'intermediazione finanziaria non bancaria è intervenuta con la l. 5 luglio 1991, n. 197, la c.d. legge antiriciclaggio. Cfr. TROIANO, *op cit.*, p. 423. Il remittente fa riferimento anche alla disciplina in materia di trasparenza, ma con meno enfasi.

¹⁷ Cfr. URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005, p. 168, RAZZANTE, *La quinta direttiva antiriciclaggio. Anticipazioni e prospettive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, n. 2, p. 113 ss. BERGHELLA, *L'antiriciclaggio verso un nuovo assetto europeo*, in *Bancaria*, 2022, n. 4, p. 76 ss.

istanza di rimessione, con toni invero eccessivi¹⁸ e ultronei rispetto a quanto richiesto dall'art. 363 *bis* c.p.c., inquadrandola nello scenario del mercato delle cessioni del credito¹⁹. Da tali premesse emerge una palese sfiducia di fondo - confermata anche dalla giurisprudenza di merito - per il meccanismo delle cartolarizzazioni forse spiegabile anche in ragione del fatto che le suddette operazioni sono state una delle concause della crisi dei mutui *subprimes* del 2007²⁰. Il Tribunale qualifica, infatti, il suddetto mercato come un "ginepraio inestricabile", possibile strumento di riciclaggio di denaro di provenienza illecita e terreno per un facile inserimento della criminalità organizzata²¹. In particolare, il fattore che spinge il rimettente ad interrogarsi è la serie di cessioni di crediti effettuata da operatori non iscritti nell'albo dell'art. 106 del T.U.B. per le quali "l'estensione numerica è, in astratto, incontrollata e, spesso, in concreto, difficilmente governabile" (Trib. Brindisi, ord. 16 aprile 2024).

2. Poste queste premesse, il decreto ha ad oggetto due questioni: la prima - che non sarà analizzata nella presente nota - riguarda l'individuazione dei criteri per la qualificazione dell'attività di cessione dei crediti quale attività di finanziamento soggetta alla disciplina dell'art. 106 del T.U.B., risolta nel senso per cui è necessario che la cessione integri erogazione di un finanziamento, ossia che comporti l'anticipazione di denaro o altra utilità²². La seconda, strettamente legata alla prima, attiene al profilo

¹⁸ Ciò trova conferma nelle stesse parole del Giudice rimettente: "tale preoccupazione non è frutto di un atteggiamento catastrofico", parole che appaiono così come una premessa giustificativa.

¹⁹ Sulla cessione in generale, cfr. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub art. 1260, Bologna, 1982, 9 ss.; CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civilistici*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 4, p. 1485. Sulla cessione in ambito di cartolarizzazione, cfr. SCOZZAFAVA, *La cartolarizzazione dei crediti: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1042 ss.

²⁰ Cfr. VISCO, *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, Lezione al Master di II livello in Economia Pubblica presso l'Università La Sapienza, 4 marzo 2009, al sito www.bancaditalia.it; RAJAN-ZINGALES, *Salvare il capitalismo dai capitalisti*, Torino, 2008, *passim*; BORGHESI, *Non-performing loans – L'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, n. 1, suppl., p. 14 ss.

²¹ Il Tribunale di Brindisi, pur facendo riferimento a "primari quotidiani economici" come fonti delle sue affermazioni, non indica quali (p. 4 ordinanza di rimessione).

²² Per quanto attiene alla prima questione la Prima Presidente ribadisce il *decisum* dell'ordinanza del 20 febbraio 2024, n. 4427 della Terza Sezione della Corte, in virtù del quale al fine della qualificazione dell'operazione di cessione del credito quale attività di finanziamento ex art. 106 del T.U.B. non è

relativo alla legittimità del conferimento dell'incarico di recupero dei crediti cartolarizzati ad un soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 del T.U.B., e alla conseguente validità ed efficacia degli atti da quest'ultimo compiuti. Con l'ordinanza del 16 aprile 2024 il giudice remittente ha infatti sollevato questione pregiudiziale concernente la portata dell'art. 106 del T.U.B., chiedendo alla Corte di indicare un canone ermeneutico e i presupposti per l'applicabilità di tale disposizione alle operazioni di cartolarizzazione, sotto il particolare profilo dell'obbligo di iscrizione in tale albo per le società incaricate della riscossione del credito, e in caso affermativo, di indicare le conseguenze che ne derivano. Si è in presenza pertanto di una questione che riguarda l'apparato rimediabile, ossia l'individuazione dell'ambito nel quale apprezzare le ricadute della mancata iscrizione: se su un piano esclusivamente amministrativo, quindi relativo al profilo della vigilanza sugli intermediari finanziari, o se anche civilistico, connesso alla possibile nullità o inefficacia negoziale.

La Prima Presidente della Corte di Cassazione dichiara, con toni monitori, inammissibile per mancanza di presupposti il rinvio pregiudiziale *ex 363 bis c.p.c.*²³ aderendo per tal via a quanto enunciato dai Giudici di legittimità in precedenti provvedimenti. Ad avviso della Prima Presidente, i dubbi posti dal Tribunale non presentano il requisito della grave difficoltà interpretativa e tantomeno della novità. In sostanza il ricorso viene rigettato alla luce del fatto per cui la Corte di Cassazione ha già fornito precise indicazioni sul punto, avendo individuato principi di diritto – evidentemente non condivisi e posti in discussione nell'ordinanza di rimessione – suscettibili di orientare i giudici di merito nella risoluzione dei casi concreti sottoposti al loro esame.

Posta l'inammissibilità, il decreto in commento – per la questione che qui

sufficiente che il cessionario operi nei confronti di terzi con carattere di professionalità, ma è necessario che la cessione integri erogazione di un finanziamento, ossia che comporti l'anticipazione di denaro o altra utilità.

²³ Il principio è pacifico: “Ai sensi dell'art. 363-bis cod. proc. civ. quando il dubbio ermeneutico sollevato è in realtà risolvibile senza gravi difficoltà, non vi è spazio per l'intervento preventivo della Corte di cassazione la *ratio* del rinvio pregiudiziale consiste nell'affrontare questioni giuridiche di rilevante complessità che, per il loro carattere di novità, richiedano l'intervento nomofilattico preventivo della Corte al fine di orientare, fin da subito, i giudici di merito (Cass, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 28727).

rileva -, fa proprie in modo convinto le argomentazioni espresse nell'ordinanza della Terza Sezione della Corte di Cassazione del 18 marzo 2024, n. 7243. In tale ordine, preme evidenziare il dato prettamente letterale del provvedimento che esprime in maniera lapalissiana l'approccio fortemente critico della Prima Presidente al Tribunale rimettente. Quest'ultimo, infatti, viene censurato di "relegare" la pronuncia della Corte a un mero inciso espresso *incidenter tantum*²⁴, oltre che di "trasformare l'istituto della nomofilachia", utilizzandolo come strumento improprio per riesaminare le posizioni di legittimità.

3. Così ricostruito il rinvio pregiudiziale, il decreto conferma il principio di diritto per cui l'attività di recupero del credito da parte di un soggetto non iscritto nell'albo previsto dall'art. 106 del T.U.B., svolta nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione di cui alla legge n. 130/1999²⁵, non incide sulla legittimità dell'azione anche esecutiva da quest'ultimo intrapresa in virtù dell'incarico ricevuto dal titolare del credito. Aderendo *in toto* all'ordinanza n. 7243/2024²⁶, il decreto chiarisce che l'art. 2, comma 6, della legge n. 130/1999 (che prevede che l'attività di riscossione dei crediti ceduti e

²⁴ Il riferimento è a p. 6 dell'ordinanza di rimessione laddove invero il Tribunale di Brindisi fa riferimento ad un commento all'ordinanza n. 7243/2024 – di cui nel rispetto dell'art. 118 disp. att. c.p.c. omette la citazione dell'autore - così affermando: "La pronuncia della Corte - secondo taluni commentatori relegata ad un mero inciso espresso *incidenter tantum*..." (Trib. Brindisi, 16 aprile 2024). Con molta probabilità l'autore è OLIVIERI, *Iscrizione art. 106 Tub*, è davvero intervenuta la Cassazione?, 28 marzo 2024, al sito www.studiocataldi.it.

²⁵Cfr. Cfr. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 265 ss.; FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002; CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli-Lener, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2004, p. 212 ss.; SEPE, voce *Cartolarizzazione*, in *Dig., disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2009, p. 65 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla legge 30 aprile 1999, n. 130 recante Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 489 ss.; TROIANO, *Le operazioni di cartolarizzazione. Profili generali*, Padova, 2003; MESSINA, *Profili evolutivi della cartolarizzazione. Aspetti di diritto pubblico e privato dell'economia*, Torino, 2009; FERRO-LUZZI, *La cartolarizzazione. Commento alla l. 130/99*, Milano, 2005; MAIMERI, *Prime osservazioni sul disegno di legge in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 235.

²⁶ E' bene precisare che vi è differenza tra il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte (e deciso con l'ordinanza n. 7243/2024) e quello indagato dal Tribunale di Brindisi. La diversità si concretizza nell'assenza dell'iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari non bancari solo in capo allo *special service* nel primo caso; in capo invece ad entrambi i soggetti, ossia *master service e special service*, nel secondo caso.

dei servizi di cassa e di pagamento²⁷ possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 del T.U.B.) “non ha immediata valenza civilistica”. La disposizione per i giudici di legittimità attiene piuttosto alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e finanziario, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri, anche sanzionatori, facenti capo all'autorità di vigilanza²⁸ e presidiati da norme penali²⁹.

Il principio di diritto è di grande rilievo per due ordini di ragioni: il primo è dato dalla circostanza per cui la giurisprudenza di merito chiamata a pronunciarsi sul punto, con orientamento pressoché pacifico, aveva concluso invece per la nullità del conferimento dell'incarico e quindi dell'attività esecutiva svolta da operatori non iscritti. In secondo luogo, il principio impatta su un mercato nel quale lo schema generalmente utilizzato è proprio quello nel quale la società veicolo costituita per la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione di crediti ai sensi dell'art. 3 della legge n. 130/1999 conferisce al *master service*, iscritto nell'albo ex art. 106 del T.U.B. procura speciale per compiere ogni attività, adempimento e formalità necessari (o anche solo opportuni o utili) allo svolgimento dell'attività di amministrazione, gestione, incasso e recupero dei crediti. Il *master service* incarica a sua volta uno *special (o sub) service*³⁰ - che opera su licenza ex art. 115 del T.U.L.P.S.³¹ - di svolgere per suo

²⁷ Di cui alla lettera c) del comma 3 della stessa legge n. 130/1999.

²⁸ Si consideri la funzione di controllo sulla regolarità delle linee comportamentali degli appartenenti al settore bancario e finanziario.

²⁹ Il riferimento è alle disposizioni in materia di abusivismo bancario e finanziario, volte anche a contrastare anche riciclaggio e usura, cfr. ALFANO, *Commento sub art. 132 TUB*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2018, p. 2575 ss.; LOSAPPIO, *Sub art. 132. Abusiva attività finanziaria*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, p. 1203 ss.; DONATO, MASCIANDARO, *Criminalità ed intermediazione finanziaria*, Milano, 1997, p. 269 ss.; SALOMONE, *I reati della legge bancaria*, in *I reati bancari*, a cura di D'Agostino, Salomone, Santoriello, Padova, 2004, p. 208 ss.

³⁰ Si ricorda che la distinzione tra *master* e *special servicer* non si rinviene nella lettera della legge n. 130 del 1999 ma è, piuttosto, un precipitato della prassi, cfr. RUMI, *Securitisation*, Milano, 2001, p. 156 ss.; GALLETTI, GUERRIERI, *La Cartolarizzazione dei Crediti*, Bologna, 2002, p. 69 ss.

³¹ L'art. 115, comma 6, del R.D. 773/1931 (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, c.d. T.U.L.P.S.) stabilisce: «Le attività di recupero stragiudiziale dei crediti per conto di terzi sono soggette alla licenza del Questore. A esse si applica il quarto comma del presente articolo e la licenza del questore abilita allo svolgimento delle attività di recupero senza limiti territoriali, osservate le prescrizioni di legge o di regolamento e quelle disposte dall'autorità.»

conto le concrete azioni di recupero anche coattivo del credito. Rileva a tal proposito la Circolare della BI n. 288 del 2015 in materia di intermediari finanziari che prevede la possibilità per i *master service* di esternalizzare le attività di riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di pagamento e di cassa e pagamento, escludendo la possibilità di delega solo per l'attività di controllo sul corretto espletamento delle suddette attività³².

4. Nel contesto sin qui delineato, la questione che si è posta all'attenzione dei giudici di merito, soprattutto dell'esecuzione, è quindi se le società *special service* siano legittimate ad agire per il recupero dei crediti ceduti ai sensi della legge n. 130/1999 su delega delle società *master service*. L'eccezione che è stata infatti sollevata - e definita "artificiosa" dalla Suprema Corte nell'ordinanza n. 7243/2024 - è quella del difetto di rappresentanza dello *special servicer* (o anche del *master service* ove non iscritto anch'esso) proprio in virtù della sua qualità di soggetto non iscritto nel riferito albo.

Come si è avuto modo di anticipare, la giurisprudenza non è pacifica, circostanza che aggrava lo stato del contenzioso, peraltro nuovamente interessato anche dalla questione della prova della titolarità del credito in capo al cessionario e della relativa opponibilità *erga omnes* dell'operazione in materia di cessioni in blocco ex art. 58 del T.U.B.³³. Il tema, che condivide con quello affrontato dal decreto in commento le stesse criticità³⁴ di fondo prima evidenziate in ordine alla materia di

³² L'esternalizzazione può avvenire solo in presenza di taluni presidi di verifica della qualità del servizio offerto dal fornitore, attraverso la definizione di presidi contrattuali e della conseguente opera di monitoraggio sui risultati attesi dal fornitore. A livello organizzativo, la *funzione* di recupero del credito è considerata una c.d. funzione operativa importante (FOI). V. Circolare BI 288/2015, Titolo III, Cap. I, Sez. VII, par. 5, punto 5.1, del 3 aprile 2015, da ultimo aggiornata il 22 febbraio 2022 (agg. N. 5) e relativa Nota di chiarimento del 24 luglio 2023, al sito www.bancaditalia.it.

³³ Cfr. PERRINO, *Commento all'art. 58*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, Torino, 2013, I, p. 663 ss.; MASI, *Commento all'art. 58*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2018, I, p. 726 ss.; DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 1988, II, 297; PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja- Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 40; SCHLESINGER, *Recensione*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 65; CARLETTI, *sub art. 58*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, a cura di Costi e Vella, Milano, 2019, p. 295 ss.

³⁴ Per le diverse tematiche legate al punto, cfr. *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, n. 2, suppl. n. 2.

crediti deteriorati e cartolarizzazioni, è stato nuovamente oggetto di ampio dibattito³⁵. Ciò alla luce di un cambio di passo della Suprema Corte che, mutando il suo precedente orientamento³⁶ della sufficienza della produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale³⁷, ha negato tale valenza probatoria richiedendo al giudice di procedere “ad un accertamento complessivo delle risultanze di fatto” (Cass. 22 giugno 2023 n. 17944).

Ritornando al profilo specifico che ci occupa, per la prevalente – e non condivisibile – giurisprudenza di merito³⁸ l’art. 2 della legge n. 130/1999 sarebbe norma imperativa inderogabile dalla cui violazione deriverebbe la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. del conferimento dell’incarico di recupero (anche forzoso) dei crediti ad un soggetto diverso dagli operatori iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del T.U.B., con la conseguente nullità, sotto il profilo civilistico, dei negozi intersoggettivi (cessione, mandato, ecc.) e degli atti di riscossione compiuti in loro violazione³⁹.

La *ratio* sottesa alle pronunce di detto filone ermeneutico è la valutazione effettuata per cui la norma indagata sarebbe posta a presidio di interessi di natura pubblicistica che porrebbero per tal via limiti inderogabili all’autonomia privata. La

³⁵ Cfr. CORBÒ, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di efficacia probatoria della cessione nella cartolarizzazione di NPL*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, n. 2, suppl. n.2, p. 278 ss. cfr. PICARDI, *Cessione dei crediti e diritto di informazione del debitore ceduto fra disposizioni della Banca d'Italia e orientamenti dell'ABF*, in *Banca Borsa*, II, 2019, 203 ss.

³⁶ Cfr. Cass. 10 febbraio 2023 n. 4277; Cass. 25 febbraio 2016, n. 3708; Cass. 25 luglio 2008, n. 20473; Cass. 17 marzo 2006, n. 5997; Cass. 16 giugno 2006, n. 13954. In via pretoria, cfr. Trib. Torino, ord. 10 gennaio 2024 (Rg.180/2020); Trib. Bergamo, 24 maggio 2023, n. 1081; Trib. Civitavecchia, 27 dicembre 2023, n. 1516; Trib. Perugia, 26 ottobre 2023, n. 1616. In senso contrario, cfr. Il Trib. Ferrara, ord. 21 dicembre 2019.

³⁷ La produzione documentale ritenuta sufficiente prevede la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di un avviso di avvenuta cessione con l’indicazione del cedente, del cessionario e della data della cessione oltre che l’iscrizione dell’operazione ex art. 58 T.U.B. nel registro delle imprese. Cfr. MESSINA, *Requisiti di validità della cessione dei crediti «in blocco»*, *Commento a CASS., ordinanza 13 giugno 2019, n. 15884*, in *Foro.it.*, 2019, n. 12, p. 3988 ss. In sostanza si conferma l’esonero ex art. 58, comma 2, T.U.B. dalla notificazione prevista in generale dall’art. 1264 c.c.

³⁸ Cfr. Trib. Firenze, 31 gennaio 2024, n. 326; Trib. Bergamo, 24 maggio 2023, n. 1081; Trib. Perugia, 26 ottobre 2023, n.1616; Trib. Livorno, ord. 11 novembre 2023; Trib. Bari, ord.20 febbraio 2024; Trib. Catanzaro 18 gennaio 2024; Trib. Cosenza, 9 gennaio 2024; Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024; Trib. Catanzaro, 14 febbraio 2024; Trib. Busto Arsizio, ord. 16 febbraio 2024; Trib. Rimini, 16 febbraio 2024; Trib. Monza, ord. 22 gennaio 2024; Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024; Trib. Siena, ord. 1° febbraio 2024.

³⁹ Nullità che diversamente non potrebbe essere dichiarata ex art. 1418 c.c. in mancanza di espressa previsione normativa, o di illiceità dell’oggetto o della causa del contratto.

valenza pubblica dell'attività giustificherebbe il regime di riserva e il fatto per cui la stessa debba essere svolta solo da soggetti appositamente autorizzati e vigilati: ciò non solo a garanzia della "correttezza e della legalità della condotta da essi direttamente adottata, e quindi da ultimo della sana e prudente gestione" (Trib. Civitavecchia, 27 dicembre 2023, n. 1516), ma anche "nell'interesse dei portatori dei titoli ai fini della remuneratività dell'investimento effettuato e in più in generale della tutela del mercato" (Trib. Monza, ordinanza 22 gennaio 2024). Su questi presupposti, i giudici dell'esecuzione hanno provveduto o disponendo la sospensione delle procedure avviate dai *servicer* che non risultavano iscritti nell'albo degli intermediari finanziari⁴⁰, o concedendo termine *ex art.* 182 c.p.c. per consentire loro di dare la prova dell'iscrizione⁴¹.

A tale orientamento se ne è contrapposto un altro che – con varie declinazioni argomentative - ha escluso la natura imperativa della norma. Nella maggior parte dei casi, tale convincimento è stato desunto da una lettura combinata dell'art. 106 del T.U.B., della legge n. 130/1999 e della Circolare della Banca d'Italia n. 288/2015 prima riferita per la quale lo *special servicer*, alla luce della possibilità dell'esternalizzazione di specifiche attività operative, può rientrare nella nozione di mero "operatore incaricato delle attività di recupero", e con ogni potere rappresentativo anche processuale (Trib. Firenze, 31 gennaio 2024, n. 326)⁴².

5. Va da sé che appare ora necessario analizzare le argomentazioni dedotte dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 7243/2024 poste a sostegno della tesi che nega la

⁴⁰ Cfr. Trib. Treviso, ord. 11 settembre 2023 che peraltro opera un distinguo fra attività di riscossione e di recupero.

⁴¹ Cfr. Trib. Bergamo, 24 maggio 2023, n. 1081; Trib. Perugia, 26 ottobre 2023, n.1616; Trib. Livorno, ord. 11 novembre 2023; Trib. Bari, ord. 20 febbraio 2024; Trib. Catanzaro 18 gennaio 2024; Trib. Cosenza, 9 gennaio 2024; Trib. Arezzo, ord. 24 gennaio 2024; Trib. Catanzaro, 14 febbraio 2024; Trib. Busto Arsizio, ord. 16 febbraio 2024; Trib. Rimini, 16 febbraio 2024.

⁴² Trib. Foggia, 30 gennaio 2024, n. 272; Trib. Torino, ord. 10 gennaio 2024; Trib. Nola, ord. 7 marzo 2024; Trib. Grosseto, 2 maggio 2023, n. 396; Trib. Bergamo, 24 maggio 2023, n.1081; Trib. Perugia, 26 ottobre 2023, n. 1616.

natura imperativa e inderogabile delle norme sin qui oggetto di analisi⁴³.

Premessa la correttezza del provvedimento sotto il profilo sia dei principi generali sui quali si fonda, sia delle conclusioni cui giunge, è tuttavia opportuno evidenziare che la costruzione complessiva dello stesso sembra mancare di qualcosa. L'immagine che si delinea, infatti, assomiglia ad un puzzle carente di una o più tessere. Quello che manca è una maggiore chiarezza dell'iter logico che ha condotto all'affermazione del principio di diritto. In sostanza l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte delle norme interessate e i canoni ermeneutici da questa utilizzati non hanno dissipato i dubbi, come dimostrano le recenti pronunce rese dai giudici di merito in senso difforme⁴⁴ rispetto a quanto stabilito dai giudici di legittimità.

Il *vulnus* è rintracciabile nell' approccio - che si potrebbe definire "in negativo" - che caratterizza l'ordinanza del 18 marzo 2024. La Suprema Corte si limita, infatti, a confermare che sebbene una disposizione di legge in quanto generale e astratta presenti profili di interesse pubblico, tale circostanza non possa essere considerata sufficiente per connotarla in termini imperativi⁴⁵, osservando che la suddetta qualificazione conseguirebbe invece in caso di norme a tutela di "preminenti interessi generali della collettività", o di "valori giuridici fondamentali".

In tale premessa, la Corte – in linea con l'orientamento espresso dalla Suprema Corte a SS.UU. con la sentenza del 16 novembre 2022, n. 33719 cui rinvia – precisa che il riferimento alla rilevanza economica delle attività bancarie e finanziarie non è sufficiente di per sé a qualificare in termini imperativi "tutta l'indefinita serie di

⁴³ Cfr. MESSINA, ROSSANO, *Mancata iscrizione dello Special Servicer all'albo ex art. 106 TUB: una recente Cassazione*, Nota a Corte di Cassazione, Sez. III Civile, ordinanza 18 marzo 2024, n. 7243, al sito www.ntplusdiritto.it. Secondo gli autori la sentenza, riguardando le norme del T.U.B., ha tracciato una "dicotomia" fra la normativa civilista e quella amministrativa e penale assai impattante in prospettiva.

⁴⁴ Cfr. Trib. Viterbo, 3 aprile 2024, che qualifica come "fallace" l'orientamento della Cassazione. Cfr. anche Trib. Alessandria, 17 giugno 2024; Trib. Firenze, 27 Maggio 2024; Trib. Busto Arsizio 10 aprile 2024; Trib. Treviso, 20 settembre 2024, n. 1612; Trib. Modena 26 marzo 2024 ha disposto la trasmissione degli atti del giudizio sia alla Banca d'Italia sia alla Procura della Repubblica.

⁴⁵ Si ricorda che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che nelle ipotesi nelle quali si lamenti che un contratto sia concluso in violazione di norme imperative, vi è l'esigenza di verificare che il rimedio negoziale della nullità risulti effettivamente coerente con la finalità di interesse pubblico che la norma imperativa intende specificamente perseguire (*ex multis*, cfr. Cass. 23 settembre 2019, n. 2361).

disposizioni del cd. "diritto dell'economia", contenute in interi apparati normativi come il T.U.B. o il T.U.F." (Cass. ord. 18 marzo 2024)⁴⁶. Così ragionando quindi, i giudici di legittimità, confermando la rilevanza pubblicistica del settore bancario e finanziario, ritengono che l'art. 2 della legge sulle cartolarizzazioni e l'art. 106 del T.U.B. non esprimano preminenti interessi generali della collettività. In tale contesto, la tutela dei riferiti interessi verrebbe garantita dalle norme penali e dall'apparato di supervisione. Il tutto senza alcun trasferimento delle conseguenze delle "condotte difformi degli operatori" (Cass. ord. 18 marzo 2024) sul piano del rapporto negoziale e sugli atti di riscossione, e senza alcuna forma di invalidità contrattuale derivata.

Dal suddetto approdo ermeneutico emerge la condivisione da parte della Suprema Corte della tesi⁴⁷ basata sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento e sul principio di non interferenza fra le stesse⁴⁸, in virtù della quale ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità. Non lo stesso effetto produce la violazione di norme riguardanti la condotta dei contraenti, la quale può essere eventualmente fonte solo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale degli stessi⁴⁹.

In concreto, quindi, i presidi apprestati dall'ordinamento a tutela degli interessi

⁴⁶ Si ricorda che si è affermato in passato che "dove la legge ha regolato con limiti e vincoli l'attività creditizia, si tratta sempre di norme inderogabili ed imperative, preordinate al regolare andamento dell'attività stessa, che è essenziale nell'economia nazionale" (Cass. 6 maggio 1977, n. 1724; Cass. SS.UU. 13 ottobre 1994, n. 8355; Cass. sez. I, 01 settembre 1995, n. 9219).

⁴⁷ Valorizzata dalle Sezioni Unite nelle sentenze Rordorf del 2007: Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 Cfr. note di ROPPO e BONACCORSI, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 525 ss.; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 93 ss.

⁴⁸ Le seconde prescrivono obblighi alle parti, non attenendo alla struttura del contratto, cfr. GRIMOLIZZI, *L'evoluzione della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nella giurisprudenza*, I, in *Resp. Civ. e prev.*, 2023, n. 6, p. 1946; Parte II, in *Resp. Civ. e prev.*, 2024, n. 1, p. 47 ss.; RABITTI, *Autonomia privata e regole di conformazione del mercato*, in *Accademia*, 2023, n. 3, p. 909 ss., in part. p. 912; MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.; SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, p. 784 ss. Per un ripensamento della distinzione, cfr. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2020, *passim*.

⁴⁹ Cfr. anche Cass. 10 aprile 2014, n. 8462; Cass. 31 maggio 2021, n. 15099.

coinvolti vengono correttamente rintracciati dalla Corte di Cassazione lontano dall'art. 1418 c.c. e dai rimedi della nullità virtuale⁵⁰. Ciò peraltro in linea, ad esempio, con quanto deciso in un altro importante caso – con contorni simili a quello in esame⁵¹ - e che ha riguardato le garanzie fideiussorie rilasciate da confidi minori non iscritti nell'albo speciale di cui al previgente art. 107 del T.U.B. In tale ipotesi è bene ricordare come le SS.UU. abbiano ribadito come la nullità possa discendere solo come conseguenza della violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi applicare il rimedio della nullità in mancanza di tali caratteri “neppure evocando astrattamente valori o interessi generali come la stabilità o l'integrità dei mercati, cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale quali la libertà negoziale e di iniziativa economica” (Cass., SS.UU. 15 marzo 2022, n. 8472)⁵².

In merito alla suddetta opzione interpretativa, allo stesso modo è stata risolta dalla Suprema Corte a SS.UU. (con la prima citata pronuncia n. 33719/2022) anche la questione in materia di limite di finanziabilità del mutuo fondiario⁵³. Al fine qui

⁵⁰ Cfr. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 1, 2017, n. 1, p. 31; RABITTI, *Contratto Illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 66.

⁵¹ In suddetta prospettiva vale ricordare come anche il contratto bancario concluso da istituto provvisto di adeguata autorizzazione, di per sé è nullo, può essere convertito in altro contratto valido se così si può desumere dalla volontà delle parti. Tale nullità per carenza di un requisito della fattispecie legale non osta, in sostanza, alla conversione *ex art.* 1424 c.c. ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti, cfr. Cass., ord. 28 febbraio 2018, n. 4760. Cfr. ALPA, GAGGERO, *I contratti bancari tipici*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, cit., p. 263 ss.; PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, cit., p. 578;

⁵² Cfr. CHESSA, ONNIS CUGIA, *Sulla validità della fideiussione prestata dai confidi minori*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2023, n. 4, p. 494 ss.

⁵³ Cfr. DE CHIARA, *La violazione di norma imperativa nel diritto commerciale ed il limite di finanziabilità nel credito fondiario*. in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2023, nn. 3 - 4, 1, p. 595 ss.; PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un "the end" (più) agro (che) dolce*, in *Giurisprudenza italiana* 2023, n. 3, p. 527 ss.; BONFATTI, *Superamento del "limite di finanziabilità" nel mutuo fondiario (e destinazione del finanziamento alla estinzione di passività pregresse)*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2023, n. 3, p. 340 ss.; -354; PURPURA, *La controversa validità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, n. 3, p. 532 ss. Sul punto è bene ricordare che secondo un primo orientamento di legittimità il cd. mutuo esondante o eccedente non incorre in alcuna nullità negoziale (Cass. Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 22672; Cass. sez. I, 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass. Sez. I, 24 giugno

considerato, e nello specifico dei limiti dell'approccio dell'ordinanza n. 7243/2024, vale evidenziare come le SS.UU. abbiano però motivato in modo approfondito⁵⁴ le ragioni della scelta di non qualificare come imperativa la norma interessata, ossia l'art. 38 del T.U.B. argomentando, quindi, "in positivo". In sostanza, le SS.UU. hanno individuato nella "stabilità patrimoniale della banca" lo specifico interesse che l'art. 38 del T.U.B. intende proteggere con la fissazione del limite di finanziabilità.

Ed è proprio l'enucleazione precipua degli interessi in gioco e la qualificazione in concreto degli stessi che difetta nel processo argomentativo seguito nell'ordinanza n. 7243/2024. La Cassazione omette di chiarire quale sia l'interesse tutelato dall'art. 106 del T.U.B. e dall'art. 2 della l. 130/1999; omissione che assume valore soprattutto alla luce del richiamo alla normativa antiriciclaggio e al regime riservato, rispetto ai quali non sono in alcun modo affrontati né implicitamente risolti i profili di compatibilità⁵⁵. In definitiva nell'ordinanza non vengono precisati gli indici sintomatici della non imperatività, e quindi precisate le ragioni della configurazione delle norme analizzate come precetti di buona condotta bancaria, come *best practice*. Esigenza di specificazione che invece appare assai rilevante soprattutto in considerazione delle istanze di mantenimento della stabilità del sistema finanziario che sono alla base del concetto di riserva di attività⁵⁶, e di quel principio che fonda la regolazione dell'economia per cui l'attività di impresa è caratterizzata da vincoli funzionali. Ciò alla luce dell'interesse perseguito, che utilizza una tecnica che si sviluppa intorno al binomio "impresa-contratto"⁵⁷. Binomio che viene rappresentato da attenta dottrina

2016, n. 13164; Cass. Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31186): secondo un altro, invece la violazione di cui all'art. 38 T.U.B. determina la nullità del mutuo fondiario trattandosi di norma imperativa (Cass. Sez. I, 13 luglio 2017, n. 17352; Cass. Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1193; Cass. Sez. VI, 4 aprile 2022, n. 10788).

⁵⁴ Come anche altre che hanno seguito la tesi della distinzione fra regole di comportamento e di validità, cfr. Cass. Sez. VI, 3 ottobre 2013, n. 22672; Cass. Sez. I, 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass. Sez. I, 24 giugno 2016, n. 13164; Cass. Sez. III, 31 maggio 2021, n. 15099.

⁵⁵ Cfr. STIAFFINI, *Sulla (ennesima) "occasione mancata" di chiarezza sull'applicazione dell'art 106 TUB. Commento al provvedimento della Prima Presidente della Corte Suprema di Cassazione del 17 maggio 2024*, al sito www.dirittodelrisparmio.it, 24 maggio 2024.

⁵⁶ Cfr. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, cit., p. 205 ss.

⁵⁷ Cfr. IANNARELLI, *L'disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 1997, p. 507 ss.

con l'immagine per cui "l'impresa dona l'anima al contratto e ne determina la disciplina"⁵⁸, con la conclusione per cui lo statuto contrattuale assurge a sintesi della convergenza tra interessi generali e individuali.

Ne discende che nel "polimorfismo"⁵⁹ che caratterizza la nozione di nullità negoziale, sarebbe stata opportuna – o perlomeno utile – una motivazione meno concisa. E questo per dare un segnale forte - mettendo forse fine al dibattito sul punto - alla giurisprudenza di merito sempre più caratterizzata da una tendenza a utilizzare i concetti di nullità e di norma imperativa "come strumenti di reazione dell'ordinamento"⁶⁰, e a dimenticare che la nullità è un'eccezione alla regola della libertà negoziale e d'impresa⁶¹. Va da sé come in tale scenario il riferimento sia al "dogma dell'interesse pubblico", lucida espressione con la quale la Corte di Cassazione a SS.UU. intende, in termini critici, l'eccessiva genericità non solo della riferita nozione, ma anche della discrezionalità rimessa al giudice nella individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa (Cass. SS.UU., 15 marzo 2022, n. 8472)⁶².

Nessun riferimento infine - nella suddetta prospettiva chiarificatrice - l'ordinanza del 18 marzo 2024 riserva all'ulteriore circostanza dell'assenza di un'esplicita previsione legislativa di invalidità nel caso di specie, mancanza che orienterebbe a favore dell'esclusione di una *voluntas legis* tendente a sanzionare con la nullità il mandato dello *special service* non iscritto nell'albo dell'art. 106 del T.U.B.

⁵⁸ Cfr. SARTORI, *op. cit.*, p. 320; AMBROSINI, "L'impresa nella Costituzione", Zanichelli, 2024, p. 96 e ss.

⁵⁹ Cfr. Cass. SS.UU., 15 marzo 2022, n. 8472.

⁶⁰ Cass. SS.UU., 15 marzo 2022, n. 8472. Sul punto, cfr. NUZZO, *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, p. 115 ss.

⁶¹ Cfr. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le Corti*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di Ricci, 2018, p. 89 ss. laddove di evidenza come il rimedio oltre che in relazione all'atto in sé, vada considerato anche riguardo all'impatto che può avere sul mercato, precisando inoltre che il rimedio della nullità può "risultare disfunzionale", delineando una struttura normativa non coerente con la funzione specificamente perseguita con la posizione della norma imperativa.

⁶² Cfr. RABITTI, *Autonomia privata e regole di conformazione del mercato*, cit., in *Accademia*, p. 910, la quale riprende la sentenza della Suprema Corte a SS.UU. approfondendo la questione del passaggio dal "dogma della fattispecie" al "dogma dell'interesse pubblico" a cui le SS.UU. fanno riferimento nella sentenza.

6. Nonostante le evidenziate criticità del percorso argomentativo scelto dai giudici di legittimità, le conclusioni in concreto raggiunte trovano conforto anche sotto altri profili.

In primis, vale evidenziare come l’avallo⁶³ da parte dell’Organo di controllo della prassi invalsa sino ad oggi in merito all’attività di recupero dei crediti cartolarizzati⁶⁴, e quindi del punto di equilibrio in materia di autorizzazione fra *master service* e *sub service*, non possa essere considerato irrilevante o neutro⁶⁵. Orienta in tal senso l’attenzione riservata dalla Banca d’Italia alla questione⁶⁶, confermata anche a livello sanzionatorio⁶⁷. In secondo luogo, i risultati in concreto conseguiti sembrano essere unionalmente orientati ai principi recati dalla *Secondary Market Directive* – “SMD” (2021/2167/UE relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti)⁶⁸, e

⁶³ Trib. Nola, ord. 7 marzo 2024.

⁶⁴ Cfr. BANCA D’ITALIA, *Comunicazione, Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischio e linee di vigilanza*, 11 settembre 2021, p. 1.

⁶⁵ Cfr. SIANI, “*L’evoluzione del mercato del credito e le priorità della Vigilanza*”, Convegno UTP&NPL, Summit 2023, Il Sole 24 Ore, 20 giugno 2023; AIELLO, CIANCAGLIONI, MANZELLI, *L’andamento delle attività ponderate per il rischio delle banche italiane ed europee nell’ultimo triennio, Banca d’Italia, Note di stabilità finanziaria e vigilanza*, 2023, p. 34 ss.

⁶⁶Cfr. BANCA D’ITALIA, *Comunicazione, Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischio e linee di vigilanza*, cit., p. 2, laddove si invitano i *servicers* vigilati a porre la massima attenzione alla valutazione delle conseguenze che tali schemi operativi determinano sui propri profili di responsabilità e di rischio e, in generale, sulla trasparenza e l’affidabilità del mercato delle cartolarizzazioni. Lo stesso Governatore della Banca d’Italia, Fabio Panetta, ha ammesso che se “l’ecosistema di operatori specializzati nella gestione del recupero dei crediti deteriorati [...] rappresenta ormai una componente essenziale della filiera del credito“, vi sono spazi di miglioramento messi in evidenza dai controlli sui *master servicer* e dai quali sono emerse carenze organizzative che richiedono di rafforzare i controlli e migliorare la gestione dei rischi e le strategie di recupero,” soprattutto laddove queste ultime sono affidate a terzi “(leggi *special servicer*)”, PANETTA, “*Sviluppi economici e politica monetaria nell’area euro*”, intervento al 30° Congresso ASSIOM FOREX, Genova, 10 febbraio 2024, p. 17.

⁶⁷ Cfr. SIANI, “*L’evoluzione del mercato del credito e le priorità della Vigilanza*”, Convegno UTP&NPL, Summit 2023, Il Sole 24 Ore, 20 giugno 2023; AIELLO, CIANCAGLIONI, MANZELLI, *L’andamento delle attività ponderate per il rischio delle banche italiane ed europee nell’ultimo triennio, Banca d’Italia, Note di stabilità finanziaria e vigilanza*, 2023, p. 34 ss.

⁶⁸ La direttiva modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE. Il termine di recepimento era previsto al 29 dicembre 2023. Cfr. CARRIÈRE, *La direttiva su “gestori” e “acquirenti” di NPL: prospettive per il mercato italiano*, dicembre 2021; ID, *La Direttiva SMD su gestori e acquirenti di NPL in via di recepimento Le prospettive per il mercato italiano prendono forma*, 23 Febbraio 2024, CIPOLLA, BERTOLOTTI, SBLENDORIO, *Credito cartolarizzato e recupero del credito: attività di service*, 2 aprile 2024, tutte al sito www.dirittobancario.it. Per altri aspetti, cfr. NATOLI – *L’escussione*

confermati nel relativo decreto di recepimento, il d.lgs. del 30 luglio 2024, n. 116.

Al fine di tale discorso è però necessario mettere da parte le criticità della questione in generale degli NPL e in particolare dell'istituto della cartolarizzazione⁶⁹, non potendo essere considerato quest'ultimo strumento funzionale ad assolvere unicamente "la reietta funzione"⁷⁰ di consentire alle banche di ripulire i propri bilanci⁷¹ dai crediti in sofferenza, ma anche a consentire ai privati di acquisire liquidità senza passare necessariamente attraverso l'intermediazione bancaria⁷², così contribuendo ad arricchire il mercato di nuovi canali di finanziamento⁷³.

In tale prospettiva costruttiva, il legislatore europeo con la direttiva in parola, nell'ambito dell'*Action Plan* della Commissione europea sulla riduzione dei crediti deteriorati⁷⁴, ha introdotto regole armonizzate per i soggetti che acquistano crediti

stragiudiziale accelerata delle garanzie reali nella proposta di Direttiva sui crediti deteriorati (NPL), in Riv. trim. dir. econ., 2019, n. 2, suppl. n.2, p. 68 ss.

⁶⁹ Cfr. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 253 il quale provocatoriamente riteneva che il trasferimento dei rischi bancari dovesse essere arginato, se non addirittura proibito.

⁷⁰ Cfr. SCOZZAFAVA, *La cartolarizzazione dei crediti: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1042 ss.. V. anche CARRIÈRE, *L'articolazione del regime di responsabilità patrimoniale della "società per la cartolarizzazione"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, n. 2, p. 254; MAGLIANO, *NPL e cartolarizzazioni dei crediti tra attualità e criticità: riflessioni su un fenomeno nuovamente in ascesa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, p. 328.

⁷¹ Sulla questione dell'alleggerimento dei bilanci: cfr. BASSAN, *Unlikely to pay regulation and management, the new challenges*, in *Bancaria*, 2019, n. 3, p. 65 ss.; BLANDINI, *Crediti deteriorati e struttura delle banche: considerazioni di insieme*, *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, suppl., p. 264 ss.; MAGGIOLINO, *Le esposizioni deteriorate ai tempi della pandemia*, in *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, a cura di Malvagna, Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2021, p. 199 ss.; VELLA, *Effetti della cartolarizzazione nei bilanci delle società cessionarie*, in *Bancaria*, 2001, n. 9, p. 31 ss.; SEPE, *La cartolarizzazione: profili giuseconomici e problematiche aperte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 536 ss.; ALTUNBAS-GAMBACORTA-MARQUÉS, *Securitisation and the Bank Lending Channel*, in *European Economic Review*, 2009, v. 53, 8, p. 996 ss.

⁷² Cfr. SABBATELLI, *Il modello bancocentrico tra disintermediazione e finanza alternativa*, in *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2023, p. 411 ss.

⁷³ Cfr. MESSINA, *Minibond e Capital Market Union*, Bari, 2021, p. 138 ss.; SUPINO, *Individuazione delle fonti di finanziamento per le PMI nelle previsioni della Capital Market Union*, in *Contr. e impr.*, 2016, nn. 4-5, p. 495 ss.; MESSINA, ROSSANO, *Il collocamento di titoli di debito di S.r.l.: profili causali e limiti operativi*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, n. 1, p. 209 ss.; GARGANTINI, *Diritto europeo e discipline nazionali dei mercati finanziari: l'armonizzazione normativa dopo la "Capital Markets Union"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2024, n. 1, 1, p. 20 ss.

⁷⁴ Cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca Centrale Europea far fronte ai crediti deteriorati all'indomani della pandemia di COVID-19*, Bruxelles, 16 dicembre 2020 COM(2020) 822 final. E' noto come dal 2023 il mercato degli NPL abbia subito una contrazione, dovuta sia alle erogazioni creditizie assistite da garanzie pubbliche, sia all'irrigidimento dei criteri di assunzione del rischio di credito che le banche hanno adottato, sia al

deteriorati dalle banche aventi sede nell'Unione europea (*credit purchaser*) e quelli che svolgono attività di gestione e riscossione dei crediti NPL per conto degli acquirenti (*credit servicer*), prevedendo una nuova figura di intermediario specializzato nella gestione dei crediti deteriorati, soggetto ad autorizzazione e supervisione. Ciò con l'obiettivo di costruire un mercato secondario dei crediti NPL, trasparente, competitivo ed efficiente e, al contempo, in grado di garantire la protezione dei debitori eliminando gli ostacoli esistenti e stabilendo nuove garanzie (cons. 9, SMD). Il provvedimento - che si applica esclusivamente alle operazioni che hanno ad oggetto crediti *non-performing* di origine bancaria (art. 2, lett. a, SMD) – si è prefissato di istituire un quadro regolatorio comune per i soggetti incaricati di gestire e recuperare crediti *non-performing*, creando a tal fine la figura del “gestore dei crediti” auspicandone l'armonizzazione dei requisiti autorizzativi (art. 4, SMD). Il tutto sul duplice presupposto per cui l'attuazione di una strategia globale per affrontare la questione dei crediti deteriorati è priorità per l'Unione (cons. 1, SMD), e della mancanza di norme comuni a livello di Unione per la regolamentazione dei gestori di crediti, e in particolare dell'attività di recupero (cons. 10, SMD).

In tale contesto, il d.lgs. 30 luglio 2024, n. 116⁷⁵ di recepimento della direttiva ha introdotto nel Titolo V del T.U.B. un nuovo Capo II intitolato “Acquisto e gestione di crediti in sofferenza e gestori di crediti in sofferenza” (articoli da 114.1 a 114.14) e ha creato la figura del “gestore di crediti in sofferenza”, alla quale viene appunto affidata la gestione dall'acquirente degli stessi, in alternativa al conferimento di tale incarico a una banca o un intermediario iscritto nell'albo previsto dall'articolo 106 del T.U.B. Il gestore è autorizzato allo svolgimento dell'attività dopo il rilascio dell'autorizzazione

mancato rinnovo delle GACS. Per i dati cfr. “*Mercato delle transazioni Npl e industria del credito deteriorato, Scenario 2023-2025*”, Banca Ifis, settembre 2023.

⁷⁵ Cfr. CRIVELLARI, *Crediti deteriorati: un fenomeno endemico. Nuove proposte in Parlamento*”, in “*Scritti in onore di Gino Cavalli, in Dir. Banca e merc. finanz.*, 2023, II, p. 71 ss. Sul sito istituzionale del MEF sono stati pubblicati i contributi pervenuti nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2021/2167.

ex art. 114.6 del T.U.B.⁷⁶ da parte della Banca d'Italia⁷⁷ e l'iscrizione nell'apposito albo ex art. 114.5 del T.U.B., ricomprendendo il legislatore nel concetto di gestione sia la riscossione sia il recupero dei crediti, (art. 114.1, comma 1, n. 1, T.U.B.)⁷⁸.

Ai fini di questo lavoro, la circostanza che *in primis* rileva è data dalla previsione dell'art. 114.2 del T.U.B.⁷⁹ per la quale viene esclusa dall'ambito di applicazione della nuova disciplina la gestione dei crediti in sofferenza effettuata in occasione di operazioni di cartolarizzazione di cui alla legge n. 130/1999 quando l'acquirente è una società veicolo per la cartolarizzazione che può essere qualificata tale ai sensi del regolamento (UE) 2017/2402 (cd. *securitisation regulation*).

Alla luce di tali premesse, e sul presupposto - aspetto invero controverso in dottrina⁸⁰ - che il concetto di veicolo di cartolarizzazione di cui al Regolamento (UE) 2017/2402 sia "sovrapponibile" a quello recato dalla legge italiana – la nuova disciplina non troverebbe applicazione alle fattispecie concrete oggetto della nostra analisi, per le quali non sarebbe obbligatorio affidarsi alla nuova figura del gestore ex art. 114 del T.U.B. Per le riferite ipotesi resterebbero così valide le regole recate dalla legge n. 130/1999, con la conferma del modello attualmente in uso che verrebbe altresì legittimato dalla nuova disciplina.

⁷⁶ I cui requisiti sono in parte analoghi a quelli richiesti per l'iscrizione all'albo di cui all'art. 106 del T.U.B.

⁷⁷ All'organo di controllo ex art. 3 delle disposizioni transitorie e finali del decreto n. 116/2024 compete l'adozione delle disposizioni attuative. Il documento è stato posto in consultazione dalla Banca d'Italia il 24 luglio 2024 con chiusura il 23 settembre 2024.

⁷⁸ Cfr. Trib. Treviso, ord. 11 settembre 2023 che opera un distinguo fra riscossione e recupero.

⁷⁹ In applicazione dell'art. 2, par. 4 della Direttiva che così recita: "La presente direttiva lascia impregiudicate le prescrizioni delle legislazioni nazionali degli Stati membri in materia di gestione dei diritti del creditore in forza di un contratto di credito o del contratto di credito stesso quando l'acquirente di crediti è una società veicolo per la cartolarizzazione quale definita all'articolo 2, punto 2, del regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio(20) nella misura in cui tali legislazioni nazionali"

⁸⁰ Il punto controverso è la definizione di "veicolo di cartolarizzazione" impiegata dalla Direttiva che rimanda al Regolamento UE 2017/2014 (c.d. *Regolamento cartolarizzazioni* o "SecReg") che riprende la definizione contenuta nel Regolamento (UE) n. 575/2013 del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, cfr. PARZIALE, *Verso il mercato unico dei crediti deteriorati: la Direttiva 2021/2167 sui non-performing loans (NPL) nel quadro delle strategie europee di gestione dei crediti deteriorati e il suo recepimento in Italia*, p. 415, il quale precisa che la definizione di cartolarizzazione contenuta nel SecReg non comprende *tutte* le operazioni qualificate come "cartolarizzazioni" ai sensi del diritto italiano. Dubbi sono emersi anche dai contributi pervenuti nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di attuazione della SMD.

A ben vedere, infatti, il d.lgs. n. 116/2024 – sebbene non del tutto lineare e chiaro – confermerebbe l'irrelevanza dell'autorizzazione in capo al soggetto mandatario e, quindi, per analogia dello *special service*. In tal senso orientano due previsioni: la prima è l'art. 114.3, comma 6, del T.U.B. che consente l'esternalizzazione di alcune attività di gestione ad un soggetto terzo che è il fornitore di servizi di gestione dei crediti. Nonostante l'assenza nel decreto di recepimento di una definizione del riferito operatore⁸¹, e soprattutto dell'esplicitazione di una distinzione tra "gestore" e "fornitore di servizi", tali mancanze sono colmabili attraverso la lettura della direttiva SMD. Quest'ultima, infatti, prevede in modo chiaro solo per il gestore un regime di riserva di attività e autorizzativo, oltre ad una specifica disciplina comportamentale: vincoli che non riguardano invece il fornitore, mero *outsourcer* (art. 12, comma 1, SMD). Aspetto assai rilevante è che sia la direttiva sia il decreto di recepimento (art. 114.1, comma 6, T.U.B.) prevedono espressamente la responsabilità del gestore per l'operato del fornitore, ponendo in capo al primo il compito di vigilare sul secondo. Ne consegue che per tal via viene costruito un modello che riproduce quello dell'operatore *master service* autorizzato ex art. 106 del T.U.B., responsabile dello *special service* autorizzato ex art. 115 del T.U.L.P.S. sul quale svolge un'attività di controllo. La seconda norma che avvalorata la tesi sin qui suggerita è l'art. 3, comma 5 delle disposizioni transitorie e finali del d.lgs. n. 116/2024, disposizione che, a prescindere dalla sua "infelice collocazione"⁸², esclude dall'ambito di applicazione della disciplina l'attività esercitata, sulla base di un accordo di esternalizzazione di funzioni aziendali, dalle società dotate di licenza di cui all'art. 115 del T.U.L.P.S. per conto, fra gli altri, di banche, intermediari ex art. 106 del T.U.B., anche ai sensi della legge n. 130/1999.

Alla luce di quanto sin qui detto, appare evidente come il legislatore nazionale,

⁸¹ A differenza dal decreto di recepimento, la direttiva ne fornisce una definizione all'art. 1, n. 7 come "un terzo di cui si avvale il gestore di crediti per lo svolgimento di una delle attività di gestione del credito" Si attende maggiore chiarezza dalle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia. Sul punto v. il contributo nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva MSD dello studio HOGAN LOVELLS del 29 febbraio 2024, p. 1.

⁸²Cfr. Contributo nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva SMD di DOLMETTA, MALVAGNA, AROMOLO DE RINALDIS, 29 febbraio 2024, p. 13.

pur essendo stato sollecitato in sede di consultazione sullo schema del decreto di recepimento⁸³, non abbia inteso procedere con quel processo – da alcuni auspicato⁸⁴ di regolamentazione e riforma delle attività della filiera del credito deteriorato⁸⁵.

In conclusione, si potrebbe ritenere che le nuove disposizioni del T.U.B. facciano propendere per rintracciare la soluzione alla questione in esame attraverso una lettura circolare di tutte le norme sin qui indicate correttamente contestualizzate, seguendo così un percorso che eviti gli insidiosi tranelli della quantificazione dello “spessore” pubblicistico delle stesse.

Illa Sabbatelli

Ordinario di Diritto dell'economia

nell'Università Telematica San Raffaele di Roma

⁸³ Cfr. DOLMETTA- MALVAGNA, contributo, cit, p. 13

⁸⁴ Cfr. Contributi nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva SMD al sito del MEF.

⁸⁵ Riforma definita come “dirompente” per il mercato di riferimento, cfr. PARZIALE, *op. cit.*, p. 427, anche alla luce di un possibile ritorno ad internalizzare l'attività di recupero in caso di un'ulteriore contrazione dei flussi di credito deteriorato.

TRIBUNALE DI ASTI
ORDINANZA N. 105 DELL'8 GENNAIO 2024

1. Con ricorso depositato in data 1.3.2023 il creditore ha proposto opposizione avverso lo stato passivo reso esecutivo in data 15.2.2023 e comunicato in data 17.2.2023 nella parte in cui non ammette il credito di Euro 125.291,10 in via chirografaria, in forza del finanziamento chirografario n. (...) di originari Euro 125.000,00 erogato in data 19.11.2021 con l'avvertenza che il finanziamento è assistito dalla garanzia del Fondo pubblico ex L. n. 662 del 1996, nonché chiesto, in subordine, l'ammissione del credito, sempre al chirografo, per Euro 101.095,80 pari al saldo debitore di conto corrente ripianato dall'erogazione del finanziamento, e, in ulteriore subordine, l'ammissione, ancora al chirografo, a titolo di ripetizione di indebitato, per Euro 123.125,00 pari alla somma erogata in occasione del finanziamento.

2. Il fallimento (...) si è costituito chiedendo in via principale il rigetto dell'opposizione per nullità del negozio e contrarietà dello stesso al buon costume, in via subordinata il rigetto dell'insinuazione per la revocabilità dell'operazione ai sensi dell'articolo 67 comma 1 n. 2) l.f e in via ulteriormente subordinata l'esclusione del credito in ragione della compensazione con il controcredito del fallimento.

L'opposto ha sostenuto che il contratto di mutuo sul quale l'opponente fondava le sue pretese era stato stipulato nella consapevolezza da parte della banca dello stato di decozione della (...) senza l'esperimento di alcuna reale attività istruttoria ed al solo scopo di far conseguire all'istituto di credito la garanzia pubblica del Fondo C.G. per le piccole e medie imprese gestito da (...) permettendo quale conseguenza la prosecuzione dell'attività d'impresa con aggravamento del dissesto.

Il fallimento ha rilevato, nello specifico, che il contratto dovrebbe essere dichiarato nullo per contrarietà alle disposizioni penali di cui all'art. 216, comma 3, l. fall., all'art. 217, comma 1, n. 3, l. fall., all'art. 217 comma 1 n. 4 l.f, all'art. 22, all'art. 223 comma 2, n. 2, l. fall. ed all'articolo 316-ter c.p., per illiceità della causa e per illiceità del motivo comune ad entrambi i contraenti.

Ha, inoltre, proposto eccezione revocatoria osservando che l'erogazione costituiva un'operazione solutoria compiuta con mezzi anormali di pagamento entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

In entrambi i casi il fallimento, invocando a sostegno Cass. 16706/2020, ha inoltre rilevato che gli importi non avrebbero potuto comunque essere ammessi al passivo in via chirografaria per altra causa in ragione della contrarietà al buon costume dell'operazione con conseguente irripetibilità di quanto prestato. L'opposto, ancora, ha eccepito la tardività delle richieste subordinate formulate dall'opponente di ammissione al passivo del credito quale ripetizione d'indebito ovvero quale saldo negativo del conto corrente perché avanzate solo in sede di opposizione.

3. L'opponente, stante la disponibilità solo in prossimità dell'udienza fissata per la comparizione delle parti delle difese rassegnate dal fallimento, pur tempestivamente depositate, ha replicato mediante difese scritte autorizzate.

Le parti, infine, hanno depositato memorie conclusive e la causa è stata rimessa al collegio per la decisione. 4. Il titolo posto a fondamento dell'insinuazione, di cui è rilevata la nullità ed eccepita la revocabilità, è costituito da un contratto di mutuo assistito dalla garanzia del fondo PMI di M., il cui importo fu erogato in data 19.11.2021 sul conto corrente n. 38524727 dotato di apertura di credito in conto fino a revoca per l'ammontare di Euro 100.000,00.

La somma erogata in concreto di Euro 123.125,00 estinse il saldo negativo del conto (Euro - 101.095,80) e il residuo fu impiegato per pagare alcuni creditori della (...) e alcune rate di prestiti (cfr. doc. 5 opponente). Il saldo andò poi in negativo a seguito dell'addebito degli interessi e restò tale sino al fallimento della società (istanza del 7.3.2022 e sentenza dichiarativa del 25.3.2022).

5. Vanno vagliati anzitutto i rilievi di nullità del negozio.

In questo senso si deve quindi in primo luogo valutare se la società opponente avesse consapevolezza delle condizioni di dissesto in cui versava la (...) al momento di

perfezionamento del contratto, essendo tale consapevolezza necessario presupposto per l'integrazione delle ipotesi di nullità prospettate.

Il fallimento, a sostegno della tesi per la quale la banca era a conoscenza dello stato d'insolvenza della società mutuataria, ha rilevato che:

- il mutuo si era perfezionato (19.11.2021) circa tre mesi prima del deposito dell'istanza di fallimento (7.3.2022) e circa 4 mesi prima della dichiarazione di fallimento (25.3.2022);

- il finanziamento era stato concesso più di tre mesi dopo il decesso dell'ex amministratore (...), figura centrale nella gestione dell'attività d'impresa;

- lo stato d'insolvenza era evincibile dall'esame dei dati di bilancio, come del resto sostenuto e documentato proprio nel novembre 2021 da un altro creditore nell'agire contro la società;

- l'istituto di credito aveva ricevuto il 12 giugno 2020, come pure altre banche, un atto di pignoramento presso terzi per crediti risalenti al 2018 e 2019 di moderata entità eppure non saldati dalla debitrice principale;

- nei confronti della (...) era stata iscritta un'ipoteca giudiziale il 26.5.2020 sulla scorta di un altro decreto ingiuntivo ottenuto dalla (...)

- la (...) aveva un'altissima percentuale di crediti insoluti emergente dalle rilevazioni della centrale rischi della B.I., derivante dalla pratica di emissione di fatture per consegne in realtà non effettuate e presentazione delle stesse agli istituti di credito per l'anticipazione con successiva sostituzione delle fatture con altre effettivamente corrispondenti a prestazioni compiute, ciò che produceva, laddove non fosse possibile per carenza di liquidità richiamare la prima fattura, il mancato pagamento della stessa con conseguente rilievo dell'insoluto e addebito del credito anticipato da parte delle banche;

- in vista dell'erogazione del mutuo non era stata svolta dall'istituto alcuna seria istruttoria, come emergeva dagli scambi di comunicazioni e-mail intercorsi tra le parti, dai documenti ad

esse allegati e nonostante le indicazioni normative e regolamentari richiedessero di valutare realisticamente le possibilità di rientro delle imprese ai fini dell'erogazione di finanziamenti destinati ad avere accesso alle garanzie pubbliche e le indicazioni operative fornite dal Ministero per lo sviluppo economico demandassero agli istituti bancari la valutazione del merito creditizio e la verifica delle condizioni dell'impresa beneficiaria.

L'opposto fallimento ha, inoltre, sostenuto che l'erogazione del prestito aveva consentito all'impresa di continuare ad operare, con conseguente aggravamento del dissesto derivante dalla nuova esposizione debitoria e dalla prosecuzione stessa dell'attività d'impresa in una condizione di assenza di redditività.

L'opponente ha contestato la sussistenza della consapevolezza dello stato d'insolvenza in capo all'istituto di credito rilevando che;

- il decreto ingiuntivo ed il pignoramento presso terzi, non vennero mai a conoscenza dell'opponente, né ne era stata provata la notifica all'istituto di credito;
- l'ipoteca giudiziale menzionata dal fallimento era stata iscritta per un importo risibile e ne era stata assentita la cancellazione totale nel gennaio del 2021;
- le contestazioni inerenti i dati di bilancio della (...) erano basate su inammissibili considerazioni ex post, relative, per lo più, alla loro valutazione in sede concorsuale, risultavano prive di ogni dimostrazione, oltre a riguardare poste contabili la cui composizione non era conoscibile ai terzi;
- gli indici di bilancio invocati dal fallimento erano il frutto di una predisposizione unilaterale della controparte, comunque contestata, e rilevavano solo ai fini della c.d. "insolvenza prospettica";
- in realtà, dal bilancio relativo all'esercizio 2019 emergeva una modesta perdita, mentre da quello relativo all'esercizio 2020 emergeva un calo del fatturato, del MOL ed un risultato più negativo, dovuto agli effetti della pandemia e comunque un patrimonio netto sufficiente a

coprire i debiti;

- dalle segnalazioni in Centrale Rischi, emergeva che la società non sconfinava dagli affidamenti, se non in pochi casi e per importi risibili, e che gli insoluti, se davvero si erano verificati nei termini sostenuti dal fallimento, erano stati di importo modesto e sempre regolarizzati;

- ogni doglianza relativa alla correttezza dell'istruttoria spettava semmai all'ente gestore del fondo di garanzia e non al beneficiario del finanziamento e che, comunque, la banca aveva fornito tutti i dati che aveva a disposizione a quel tempo, sia sulla situazione economico-finanziaria della società, sia sull'utilizzo che sarebbe stato fatto della somma mutuata ed M. aveva assentito alla concessione della garanzia;

- in ogni caso la prova circa l'esistenza di una negligente istruttoria gravava sul fallimento.

Con riferimento all'allegato aggravamento del dissesto, l'opponente ha osservato, inoltre, che in realtà, all'epoca della concessione del mutuo la società aveva già smesso di operare ed era in fase di sospensione/chiusura in seguito al decesso del vero dominus dell'iniziativa imprenditoriale, onde, a seguito dell'erogazione del prestito, non erano state assunte ulteriori iniziative imprenditoriali idonee ad aggravare il dissesto già in essere.

6. Tanto premesso in riferimento agli elementi evocati dalle parti, si deve premettere che, ai fini della valutazione circa la fondatezza delle rilevate nullità del contratto, la consapevolezza dell'istituto di credito in ordine alle condizioni di dissesto della (...) costituisce un dato che può essere provato anche per presunzioni e dunque sulla scorta del complessivo apprezzamento degli elementi a disposizione.

A questo proposito si osserva quanto segue.

Il bilancio dell'esercizio 2020, approvato il 30.7.2021 reca una consistente perdita di esercizio (pari ad Euro 212.398,00) ed un Margine Operativo Lordo ampiamente negativo (doc. 25 opposto).

Sempre l'esame del bilancio in questione e della correlata nota integrativa, ove si chiarisce come gli aumenti di valore derivino appunto da rivalutazioni e non da acquisizioni (doc. 25 opposto), consente di comprendere come l'apparente sussistenza di garanzie patrimoniali sufficienti a far fronte ai debiti della società derivasse in buona parte da una notevole rivalutazione del fabbricato della società (per Euro 6.621.923,00) e dei macchinari (per Euro 90.000,00), nonché dall'indicazione dell'esistenza di crediti per oltre Euro 1.800.000,00 e rimanenze per Euro 850.000,00 circa.

Non si può, del resto, dubitare che la società si trovasse in stato d'insolvenza già nel 2021, considerato quanto riferito dalla stessa nel ricorso per la dichiarazione di fallimento in proprio (doc. 46 opposto) in relazione alla contrazione dei ricavi, all'entità dei debiti e al precipitare della situazione nel dicembre 2021 a seguito della notifica di decreti ingiuntivi da parte dei creditori (evidentemente per crediti scaduti già in precedenza), nonché tenuto conto di quanto riferito da parte opposta in relazione all'effettiva realizzabilità dei crediti indicati a bilancio.

Le condizioni di crisi in cui versava l'impresa erano percepibili da chi fosse entrato in rapporto con la società ed avesse effettuato una valutazione e analisi dei dati pubblici reperibili, come dimostra il report acquisito da un creditore ((...) - cfr. docc. 27 e 28 opposto) proprio nel novembre 2021, nel quale si dava atto d'indici negativi di bilancio (fatturato - 36,62 %; acquisti - 31,09 %; ebitda - 116,61%; ebit - 153,95 % doc. 28 opposto) e si valutava la società come soggetta ad un rischio massimo di cessazione.

L'esame della corrispondenza intercorsa tra le parti riferita alla stipulazione del mutuo assistito da garanzia statale (docc. 43, 44, 45 opposto) conferma quanto sostenuto dal fallimento in ordine all'assenza di una anche minima attività istruttoria compiuta dall'istituto di credito prima di concedere il finanziamento.

Dall'esame dei documenti appena citati emerge, infatti, in primo luogo la mancata compilazione da parte della società dei moduli con affidamento totale all'istituto di tale attività salva l'apposizione delle firme e, in secondo luogo, il mancato serio riscontro della

società alle iniziali, pur minime, richieste della banca, senza che la circostanza producesse il rifiuto di erogare il finanziamento o la reiterazione delle richieste.

Si vedano in proposito: il doc. 43 opposto, consistente in una e-mail della banca del 9.6.2021 ove, oltre ai moduli, si chiedeva di allegare "provvisorio 2020 ed elenco dettagliato debiti/crediti 19/20"; il doc. 44 opposto, consistente nella risposta nella stessa data della società, alla quale risulta allegato un sintetico elenco nominale dei fornitori e clienti senza alcuna indicazione di crediti e debiti e si riferisce, senza fornire alcun bilancio provvisorio, circa l'esistenza di un "fatturato 2021 alla data odierna ammonta a Euro 1.200.000,00, (con previsioni di aumento per effetto delle agevolazioni fiscali)" e, infine, il doc. 45 opposto, consistente nella mail della banca di risposta con la quale l'istituto si limita a chiedere l'apposizione delle firme.

I dati di bilancio preoccupanti, sintetizzati dalla negatività degli indici sopra richiamati, le risultanze della centrale rischi dalla quale emergeva un utilizzo prossimo al limite ed anzi con qualche sconfinamento delle linee di credito (docc. 32, 33 opposto), nonché l'esistenza di numerosi insoluti dovuti alla pratica della doppia fatturazione (cfr. ancora doc. 32 e 33 opposto con riferimento alla categoria rischi autoliquidanti), avrebbero dovuto indurre la banca opponente a svolgere una reale e approfondita istruttoria circa la solvibilità del cliente, ma, come emerge dalla documentazione in atti, una simile attività non fu in alcun modo esperita ed anzi l'istituto assunse su di sé la compilazione della documentazione necessaria ad ottenere la garanzia statale contentandosi di documentazione evidentemente incompleta ed inutile a svolgere qualsiasi seria valutazione.

A fronte degli elementi in questione l'opponente non ha neppure allegato di aver esperito una qualche forma d'istruttoria, essendosi limitata a rilevare come la prova circa l'assenza d'istruttoria gravasse sul fallimento opposto.

Le circostanze appena considerate complessivamente intese, tuttavia, delineano un contegno dell'istituto di tale distanza dalla diligenza professionale tipica del banchiere da poterne desumere in via presuntiva la piena consapevolezza delle reali condizioni di solvibilità del cliente o, comunque, il completo disinteresse per le stesse, con consapevole accettazione del

rischio di concedere un finanziamento ad un cliente in stato d'insolvenza.

Il fatto che ciò sia avvenuto, del resto, trova unica ragionevole spiegazione nella possibilità, in concreto sfruttata, di accedere, in relazione al finanziamento concesso, alla garanzia statale offerta dal Fondo C.G. per le piccole e medie imprese gestito da M.C., condizione in difetto della quale si può presumere che mai sarebbe stata omessa l'attività istruttoria ed erogato il finanziamento.

7. La consapevole concessione di una somma a mutuo ad un soggetto insolvente e non in grado di restituirla per estinguere un pregresso debito contando sulla garanzia assicurata dallo Stato costituisce un complesso di negozi giuridici funzionalmente collegati la cui causa non è quella del contratto tipico di mutuo e neppure quella del patto di dilazionamento della scadenza del debito. La funzione concreta del negozio, infatti, non è l'erogazione immediata di una somma con assunzione del rischio circa la sua integrale restituzione a fronte dell'impegno del mutuatario al rimborso rateale e neppure la concessione di una dilazione negli obblighi restitutori di un finanziamento già erogato mediante stipulazione di nuove e più sopportabili condizioni, perché, per entrambi i negozi, è assente la stessa astratta possibilità che la restituzione avvenga. La vera causa concreta dell'operazione negoziale è l'assicurazione alla parte mutuante della garanzia statale per una parte nettamente preponderante del già sussistente credito, nella consapevolezza che il debitore principale non potrà mai adempiervi ed a fronte di una non immediata esazione del precedente credito.

Una simile causa del negozio è in contrasto con le disposizioni normative di natura primaria e secondaria che regolano le modalità con le quali va condotta l'attività bancaria (anzitutto art. 5 TUB c contenuto integrativo di cui alla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013) e l'accesso alle garanzie prestate dal fondo (cfr. L. 23 dicembre 1996, n. 662 art. 2 comma 100; D.M. 31 maggio 1999, n. 248 del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato e, in particolare in ordine alle condizioni in cui devono versare le PMI ivi inclusa la ragionevole possibilità che siano in grado di restituire il finanziamento erogato, il D.M. Ministero delle attività produttive 20 giugno 2005 e allegati al D.M. Ministero delle attività produttive 23 settembre 2005).

Tali ultime disposizioni stabiliscono condizioni per l'accesso alle garanzie statali, sono inderogabili dai privati e si deve ritenere abbiano carattere imperativo alla luce degli interessi generali alla cui protezione sono destinate. Si tratta, infatti, di norme regolatrici l'erogazione d'ingentissime somme di competenza dello Stato in relazione alle quali la collettività vanta un interesse assolutamente preminente al loro corretto impiego.

Il contratto, la cui reale causa è contraria a norme imperative, va quindi ritenuto nullo per illiceità della causa ai sensi dell'articolo 1343 c.c.

8. L'intera operazione è, inoltre, in contrasto con l'articolo 316-ter c.p., perché risulta funzionale all'indebito conseguimento da parte dell'istituto di credito di un contributo consistente nella garanzia statale grazie all'omissione d'informazioni che in realtà avrebbero dovuto essere fornite all'ente preposto alla decisione circa l'erogazione dei finanziamenti e cioè l'informazione che il beneficiario del finanziamento era, in realtà, insolvente.

Non si può dubitare, al proposito, che l'istituto di credito abbia il dovere di comunicare lo stato d'insolvenza del beneficiario alla luce delle disposizioni normative di natura primaria e secondaria che regolano l'accesso alle garanzie prestate dal fondo già richiamate (cfr. ancora in particolare allegati al D.M. Ministero delle attività produttive 23 settembre 2005) e delle istruzioni specifiche fornite dalle autorità coinvolte (istruzioni MISE docc. 62-64 opposto e raccomandazioni B.I. docc. 47 e 48 opposto).

In relazione al contrasto con la norma penale richiamata si deve rilevare che risulta irrilevante che il fondo di garanzia abbia in concreto già erogato la garanzia accordata o meno. La disposizione si deve, infatti, ritenere violata quanto meno nella sua forma tentata che, in sé, costituisce dal punto di vista penalistico un delitto autonomo.

La disposizione penale in questione va ritenuta, inoltre, avere carattere certamente imperativo, ancora una volta alla luce del rilievo pubblico degli interessi protetti.

Il contratto va considerato quindi nullo anche ai sensi dell'articolo 1418 c.c.

La complessiva operazione negoziale, sotto un ulteriore profilo, attesa la sua idoneità a procrastinare la dichiarazione di fallimento dell'impresa è in contrasto con l'articolo 217, comma 1, n. 4, l. fall. laddove ne sia conseguenza un aggravamento del dissesto.

Sul punto si deve anzitutto osservare che, alla luce del disposto dell'art. 55 l.f. in ordine al congelamento degli interessi in ambito concorsuale, gli oneri in termini d'interessi derivanti dagli obblighi assunti con il mutuo e per il rinnovato utilizzo dell'apertura di credito in conto, sono stati senz'altro superiori per i creditori concorsuali rispetto all'alternativa apertura di una procedura liquidatoria nel novembre 2021.

Dal bilancio parziale dei primi mesi del 2022 (doc. 61 opposto) emerge, inoltre, un risultato negativo del conto economico per circa 29.000,006 Euro e quindi appunto un aggravamento del dissesto.

Il documento, dal punto di vista della sua apprezzabilità in giudizio, costituisce un documento di formazione ad opera di terzi rispetto alle parti e quindi una prova atipica come tale liberamente valutabile dal giudice. Considerata l'istanza di fallimento in proprio presentata dalla società e l'apertura del fallimento stesso poche settimane dopo, il documento merita di essere senz'altro ritenuto attendibile in ordine al dato negativo espresso.

Quanto in precedenza osservato in ordine alla consapevolezza della banca in ordine alle condizioni reali di solvibilità della mutuataria consente di ritenere sussistente l'esistenza del delitto anche sotto il profilo psicologico.

La norma penale appena scrutinata va ritenuta inoltre avente carattere imperativo alla luce delle condivisibili considerazioni espresse da Cass. 16706/2020 e Tribunale di Torino sez. sesta civile 4.10.2022, in sintesi consistenti nel rilievo e nella natura collettiva degli interessi violati fondati sull'art. 41 Cost.

Ne consegue un ulteriore motivo di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.

9. La domanda principale spiegata dall'opponente va dunque rigettata stante la nullità del

titolo posto alla base dell'insinuazione al passivo.

Le domande subordinate, introdotte per la prima volta in sede di opposizione allo stato passivo, sono inammissibili alla luce della giurisprudenza di legittimità secondo la quale: "Nell'ambito del procedimento di opposizione allo stato passivo, sono inammissibili domande dell'opponente nuove rispetto a quelle spiegate nella precedente fase, non applicandosi il principio, proprio del giudizio di primo grado, secondo cui entro il primo termine di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., è consentita la "mutatio" di uno o entrambi gli elementi oggettivi della domanda, petitum e causa petendi, sempre che essa, così modificata, risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio; il procedimento di opposizione allo stato passivo ha infatti natura impugnatoria, è disciplinato specificamente dall'art. 99 l.fall. e si coordina necessariamente con quanto previsto dall'art. 101 l.fall., non consentendo perciò l'applicazione, neppure analogica, dei principi espressi in tema di opposizione a decreto ingiuntivo. (In applicazione del principio la S.C. ha cassato il decreto del tribunale che aveva ritenuto di ammettere il credito dell'opponente sulla base di una domanda subordinata di arricchimento indebito, ex art. 2041 c.c., proposta per la prima volta in sede di opposizione allo stato passivo)" (Cass. civ. Sez. I Sent., 24/02/2022, n. 6279).

Sul punto pare corretto aggiungere che l'originaria insinuazione al passivo indicava quale unico titolo posto a fondamento dell'insinuazione il mutuo ritenuto nullo e che nelle osservazioni depositate in vista dell'udienza, l'opponente concluse sempre per l'ammissione del credito originario.

L'opposizione va, in definitiva, rigettata.

10. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in prossimità ai valori medi previsti dal D.M. n. 55 del 2014 per le cause di valore corrispondente, tenuto conto dell'attività defensionale esplicata ed effettivamente necessaria e con esclusione della non espletata fase istruttoria.

P.Q.M.

RIGETTA l'opposizione a stato passivo.

CONDANNA l'opponente a rimborsare al fallimento opposto le spese di lite che liquida in Euro oltre 15% spese generali, CPA ed IVA come per legge.

Conclusione

Così deciso in Asti, il 6 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 8 gennaio 2024

NULLITÀ DEL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA: UN ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE*

(Nullity of the loan agreement due to lack of due diligence: a jurisprudential perspective)

SOMMARIO. 1. Il fatto. 2. La valutazione del merito creditizio come regola di condotta. 3. Il sistema rimediabile. 4. Breve riflessione conclusiva.

1. Con ordinanza emessa l'8 gennaio 2024, il Tribunale di Asti ha dichiarato la nullità di un contratto di mutuo bancario chirografario assistito da garanzia pubblica (Fondo di garanzia MCC per le PMI), sul presupposto che la banca erogante fosse a conoscenza dello stato di decozione in cui la società finanziata versava al momento della concessione del credito.

La fattispecie posta all'attenzione del Giudice muove dall'esclusione del credito in parola dallo stato passivo della procedura concorsuale cui la mutuataria è stata sottoposta, in quanto il finanziamento *de quo* sarebbe stato concesso in assenza dei necessari presupposti e con aggravamento dello stato di dissesto preesistente. A fronte dell'opposizione della banca, il curatore fallimentare aveva sollevato eccezione revocatoria in quanto riteneva che l'operazione fosse stata realizzata con mezzi di pagamento *anomali* nell'anno precedente al fallimento, osservando che il prestito era stato accreditato su un conto corrente dotato di scoperto ed era stato utilizzato, tra l'altro, per estinguerne il saldo negativo; sicché, il mutuo erogato avrebbe avuto scopo solutorio di un precedente debito contratto dal mutuatario con il medesimo intermediario. Quest'ultimo discuteva l'assunto della curatela, rilevando che ogni doglianza relativa alla correttezza dell'istruttoria sarebbe spettata, semmai, all'ente gestore del fondo di garanzia e non al beneficiario del finanziamento e che, in ogni caso, la prova dell'esistenza di una negligente istruttoria sarebbe gravata sul

* Contributo approvato dai revisori

fallimento.

Ebbene, il Tribunale adito ha rilevato, nel caso di specie, l'assenza di una diligente attività istruttoria da parte della banca, donde la consapevolezza – o comunque l'indifferenza – da parte di quest'ultima circa le reali condizioni di solvibilità del cliente il quale, appena quattro mesi dopo la presentazione della domanda di finanziamento, aveva dichiarato, in effetti, il proprio fallimento. Per converso, l'andamento economico patrimoniale negativo della società finanziata sarebbe stato facilmente desumibile dall'analisi dei dati risultanti dai bilanci sociali depositati al Registro Imprese, aventi natura pubblica, nonché dal tenore della corrispondenza intercorsa tra le parti in ordine al contratto di mutuo.

Pertanto, la banca avrebbe concesso il finanziamento sul solo presupposto di accedere alla garanzia dello Stato, *“condizione in difetto della quale si può presumere che mai sarebbe stata omessa l'attività istruttoria ed erogato il finanziamento”*. Orienta in tal senso, tra l'altro, l'assenza della compilazione, da parte della società debitrice, dei moduli di richiesta della garanzia statale, che era stata affidata completamente alla banca (salva, naturalmente, l'apposizione delle firme).

Con la pronuncia in esame, dunque, il Tribunale ha rigettato l'opposizione proposta dalla banca avverso l'esclusione dallo stato passivo e ha dichiarato la nullità del contratto di finanziamento assistito da garanzia statale, per illiceità della causa in concreto ai sensi dell'art. 1343 c.c., in quanto *negotium contra legem* ex art. 1418 c.c.

Il provvedimento in commento offre l'opportunità di soffermarsi, sia pure brevemente, sulla disciplina in materia di valutazione del merito creditizio e sui rimedi azionabili in caso di violazione della diligenza professionale da parte dell'intermediario.

2. Appare utile muovere dalla preliminare considerazione secondo cui la valutazione del merito creditizio, come ha evidenziato la dottrina, rappresenta una *“attività connaturata alla concessione di finanziamenti”*, la quale si estrinseca *“in un ‘giudizio probabilistico’ che l'operatore finanziario pone in essere nei confronti del*

richiedente, finalizzato alla verifica delle prospettive di solvibilità”¹.

Si è in presenza di una regola introdotta a livello europeo dalle Dir. 2008/48/CE (cd. CCD)² e 2014/17/UE (cd. MCD)³ (poi recepite nell’ordinamento nazionale dagli artt. 120-*undecies* e 124-*bis* T.U.B. mediante il d.lgs. n. 141/2010); in particolare, in forza degli articoli 8 CCD e 17 MCD l’istituto mutuante è chiamato a verificare, in ottica prognostica, le condizioni di solvibilità del cliente, al fine ultimo di erogare un “finanziamento responsabile”⁴, senza che di quest’ultimo, nel delineato contesto, sia stata fornita un’esplicita definizione normativa⁵.

Tale valutazione «*investe direttamente il profilo delle funzioni della banca e dei moduli di svolgimento della sua attività*»⁶ e costituisce una delle applicazioni del principio di sana e prudente gestione (art. 5 T.U.B.) cui tutti gli enti creditizi sono tenuti a conformarsi⁷. Più in dettaglio, com’è stato recentemente osservato, il creditore “*dev'essere in grado — di valutare opportunamente ... se e quale finanziamento il cliente potrà onorare e come, nel caso, riuscirà a farlo*”⁸, ciò non soltanto mediante l’analisi della documentazione spontaneamente fornita dal richiedente, ma anche alla

¹ D. ROSSANO, *La valutazione del merito creditizio nel decreto “liquidità”*: nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c., in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2020, 3, p. 138.

² Ci si riferisce alla Direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la Direttiva 87/102/CEE del Consiglio, la quale è stata più volte revisionata. Si ha riguardo alle Direttive 2011/90/UE, 2014/17/UE, ai Regolamenti 2016/1011 e 2019/1243, alla Dir. (UE) 2019/2161 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori e, da ultimo, alla Dir. (UE) 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 2008/48/CE (cd. CCD II).

³ Ci si riferisce alla Direttiva in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010.

⁴ In tal senso, A. NIGRO, *Introduzione alla nuova disciplina del credito al consumo – Le novità della Direttiva 2008/48/CE del 22 maggio 2008 in materia di contratti di credito ai consumatori*, in *ilcaso.it*, documento n. 202 del 4 giugno 2010, pp. 8-14.

⁵ Infatti, l’unico riferimento significativo al *responsible lending* è contenuto nel Considerando n. 26 della Dir. 2008/48/CE.

⁶ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, pp. 219 ss.

⁷ U. MINNECI, *La verifica del merito creditizio: una valutazione a sua volta sindacabile?* in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, suppl. n. 2, 2021, p. 354; F. SARTORI, *Disciplina dell’impresa e statuto contrattuale: il criterio della “sana e prudente gestione”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, pp. 150 ss.; A. MIRONE, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, p. 592.

⁸ A. A. DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito nell’accesso al servizio. La prospettiva del contratto d’impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 3, p.

luce delle ulteriori informazioni che la banca acquisirà su propria specifica richiesta⁹.

Chiaro è, dunque, il riferimento in detto contesto all'obbligo posto in capo a quest'ultima di eseguire la predetta attività osservando la diligenza professionale, la cui violazione implica l'irrogazione di sanzioni che andranno valutate nel prosieguo della presente indagine.

Nel citato ambito normativo, non si rinvencono previsioni di generale applicazione in merito alle modalità in base alle quali le banche sono tenute ad effettuare le stime di cui trattasi, né con riguardo alle sanzioni da infliggere in caso di violazione delle disposizioni di riferimento in materia. Come è stato rilevato in dottrina, detta circostanza appare *singolare*, ma potrebbe trovare la propria giustificazione causale nell'intenzione del legislatore di "evitare di "legare le mani" agli operatori del settore"¹⁰.

Fa da compendio a tale impostazione l'assenza di un diritto soggettivo a pretendere la somma richiesta da parte del cliente¹¹, sicché, la banca, tenuto conto altresì dell'impatto che la propria decisione potrà produrre sul mercato, dovrà aver cura di concedere il prestito a soggetti considerati meritevoli, *i.e.* capaci di adempiere all'obbligo restitutorio. Viene dunque in rilievo la natura discrezionale della valutazione posta in essere dall'istituto di credito, la quale sarà incentrata sulla qualità creditizia del richiedente¹², ferma restando l'insindacabilità della scelta effettuata "nei limiti

⁹ L'importanza della valutazione prudente del cliente, in sede di concessione del credito si desume, *inter alia*, dalla disposizione di cui all'art. 142 Reg. UE/2013/575 (CRR), che descrive il metodo basato sui *rating* interni, ai fini della valutazione delle esposizioni di credito.

¹⁰ D. DI SABATO – G. ALFANO, *L'impiego dell'IA per condizionare e valutare le persone tra limitazioni e divieti: qualche considerazione critica sulla proposta di Regolamento sull'IA elaborata dalla Commissione europea*, in Riv. Dir. dell'impresa, 2022, 2, p. 291.

¹¹ Si ha riguardo alla circostanza per la quale la banca, sebbene svolga funzioni pubbliche, non è chiamata ad osservare un "obbligo a contrarre, che sarebbe estraneo all'impresa bancaria in quanto "contrastante, anche se congegnato in modo da escludere le operazioni visibilmente rischiose, con il ruolo tipicamente selettivo che la banca è chiamata a svolgere, in un'economia di mercato, rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse". Cfr. P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in Enc. Dir., vol. XXIX, Milano, 1979, 531; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in Jus, 1981, p. 413. Va tuttavia dato conto dell'esistenza di un orientamento diffuso, in tempi più recenti, il quale riconoscerebbe nell'accesso al credito un diritto umano fondamentale. In tal senso, *ex multis*, M. MEYER, *The right to credit*, in *Journal of Political Philosophy*, 2018, pp. 304 ss.

¹² In tal senso, ABF Napoli, 26 agosto 2015, n. 6128, ABF Roma, 7 aprile 2016, n. 3134 e ABF Milano, 13 marzo 2014, n. 1546, in arbitrobancariofinanziario.it. In dottrina, sul punto, G. LIACE, *Concessione*

della conformità della stessa ai parametri generali di correttezza e buona fede oggettiva”¹³. Di qui, la possibilità di ricondurre l’obbligo di cui trattasi alle regole di condotta cui l’intermediario è tenuto a conformarsi¹⁴.

La giurisprudenza e la dottrina hanno contribuito ad individuare le conseguenze che sorgono in capo alla banca, in seguito alla concessione di credito in favore di soggetti *immeritevoli*; coerentemente con le indicazioni contenute nelle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione del 2006¹⁵ espressesi in argomento, infatti, in letteratura si rinviene l’opinione di chi ha tentato di enucleare gli elementi costitutivi della cd. “abusiva concessione del credito”, quale fattispecie qualificata, con particolare riferimento alla natura della responsabilità dell’intermediario e al danno risarcibile¹⁶. Volendo in questa sede riassumere i tratti essenziali del citato orientamento, può dirsi che la condotta dell’intermediario debba qualificarsi illecita in caso di finanziamento “ad imprese che si trovino già in una situazione d’insolvenza o in ogni caso di crisi, e se tale condizione era conoscibile o “doveva” essere conosciuta dalla banca”¹⁷.

del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia, nota a ABF Napoli, 17 febbraio 2015, n. 1160, in Banca, borsa tit. cred., 2016, 2, p. 243; D. POLETTI, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 1421 ss.

¹³ U. MINNECI, *La verifica del merito creditizio: una valutazione a sua volta sindacabile?* in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2021, 3, suppl. n. 2, p. 335.

¹⁴ Ci si riferisce agli obblighi previsti, a livello europeo, dalla Direttiva 2004/39/CE (cd. MiFID I) e dalla Direttiva 2014/65/UE (cd. MiFID II), nonché alle statuizioni contenute nel T.U.F. in materia – i cui precetti trovano completamento nella normazione secondaria emanata dalle Autorità di settore (in particolare la Consob aggiungere gli Orientamenti ESMA. Per un approfondimento, in materia, cfr. M. PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in F. Capriglione (a cura di) *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, pp. 647 ss.

¹⁵ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir. fall.*, 2006, II, 630, con nota di G.B. NARDECCHIA, *L’abusiva concessione di credito all’esame delle Sezioni Unite*; a Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, 643; in *Fall.*, 2006, 1125 ss., con nota di C. ESPOSITO, *La legittimazione del curatore fallimentare all’esercizio della azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili*, e in *Dir. fall.*, 2006, II, 615 ss., con nota di L. A. RUSSO, *Legittimazione del curatore all’azione per abusiva concessione di credito*; a Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7031, in *Dir. fall.*, 2007, II, 195, e in *Riv. dir. comm.*, 2006, 16 ss., con nota di S. CENNERAZZO, *Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite*. Conforme la giurisprudenza successiva: si veda, per la giurisprudenza di legittimità: Cass., 1° dicembre 2010, n. 13413 e Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, edite entrambe in *Giur. comm.*, 2011, II, 1157 ss.

¹⁶ Per un approfondimento in argomento, cfr. per tutti R. SANTAGATA, *La concessione abusiva del credito*, Torino, 2020.

¹⁷ M. GUARINI, *La responsabilità della banca per “abusiva” concessione del credito alle imprese: obblighi “valutativi” e danni risarcibili*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2021, 2, p. 113.

Da tale premessa, occorre quindi domandarsi quali siano i rimedi applicabili nell'ipotesi in cui la banca abbia concesso credito in assenza dei presupposti necessari, a prescindere dal diritto del creditore di escutere la garanzia eventualmente prestata a *latere* del contratto di finanziamento. Detta indagine muove dal presupposto che la rimessione ai singoli Stati del compito di determinare la natura delle sanzioni in caso di violazione delle regole in materia, così come previsto dall'art. 18 Dir. 2023/2225/UE, ha reso *“incerta la portata di siffatti obblighi di verifica del merito creditizio”*¹⁸.

3. In assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore europeo in merito alle sanzioni da irrogare in caso di valutazioni errate effettuate dalle banche, a livello domestico la giurisprudenza¹⁹ ha provato, non senza difficoltà, a pervenire ad un orientamento condiviso. Sul punto, nel 2018, la Corte di Cassazione ha statuito il principio secondo cui la concessione di un finanziamento che sia il risultato di una mancata o negligente valutazione del merito creditizio può essere fonte di responsabilità risarcitoria in capo alla banca mutuante nei confronti del sovvenuto e degli altri creditori dell'affidato²⁰. Detto principio appare coerente con quanto previsto dall'art. 120-*undecies* T.U.B. che, nel recepire fedelmente il tenore dell'art. 18 co. 4 MCD, stabilisce il divieto per l'intermediario di risolvere il contratto che sia stato concluso in seguito ad una errata valutazione creditizia, *“salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omissso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false”*; circostanza che, invero, come è stato rilevato in dottrina, sarebbe idonea a determinare l'annullamento del contratto per dolo²¹.

La tendenza della giurisprudenza italiana orienta, dunque, nel senso di

¹⁸ R. SANTAGATA, *La concessione abusiva del credito*, cit., p. 10.

¹⁹ Ci si riferisce all'ordinanza n. 18610 del 30 giugno 2018 della Corte di Cassazione.

²⁰ Si ha riguardo al dovere che, ai sensi dell'art. 124-*bis* T.U.B., attiene alla fase pre-contrattuale e determina, perciò, l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria tipica della violazione delle regole di condotta; la rilevanza di siffatta violazione, investendo i soli rapporti interni tra finanziatore e consumatore, può ripercuotersi sugli altri creditori eventualmente coinvolti in una procedura di gestione concorsuale dei debiti di quel medesimo consumatore. Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 447.

²¹ E. CECCHINATO, *Note sulla disciplina della verifica del merito creditizio: per una sua rilettura alla luce della buona fede precontrattuale*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2023, 3, p. 485.

conservare l'efficacia del contratto di finanziamento²² e di ricondurre i comportamenti dell'intermediario, non conformi alla dovuta diligenza, alla violazione delle cd. regole di condotta. Coerentemente con quanto statuito dalla Cassazione del 2018 sopra citata, la giurisprudenza di merito ha enucleato il principio secondo cui l'abusiva concessione del credito *“giammai riverbera i propri effetti in termini di patologia contrattuale, potendo unicamente determinare l'insorgenza di un credito risarcitorio in capo al debitore esecutato”*²³. È soltanto il caso di precisare che anche ai creditori del mutuatario viene riconosciuto il diritto di agire nei confronti della banca a titolo di responsabilità aquiliana per i pregiudizi cagionati al patrimonio del proprio debitore.

Di contro, più di recente la Corte di Cassazione²⁴ sembra aver aderito ad una impostazione diversa da quella tradizionale sopra menzionata e ha considerato irripetibili le somme erogate a titolo di finanziamento quando la finalità concretamente perseguita dai contraenti sia quella di tenere artificiosamente in vita l'impresa finanziata, così ritardandone l'emersione della crisi e turbando le regole del mercato e della concorrenza. Più in dettaglio, *“chi abbia versato una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume”* (punto 17 delle motivazioni della Corte).

In linea con tale decisione, il Tribunale di Asti, con la sentenza qui annotata, ha dichiarato la nullità del contratto di finanziamento, in quanto nel caso di specie la banca non aveva effettuato una benché minima attività istruttoria ed era consapevole delle preesistenti condizioni di dissesto della società finanziata, successivamente dichiarata fallita²⁵. Sulla base delle prove raccolte e delle presunzioni formulate, il

²² In tal senso, *ex multis*, Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., 3900, con la quale la Corte ha stabilito che, in caso di abusiva concessione di credito, l'impresa finanziata ha diritto al risarcimento del danno da parte della banca mutuante e ha ampliato altresì la portata del danno risarcibile, il quale corrisponderebbe alla «diminuita consistenza del patrimonio sociale», in quanto l'intermediario, tra l'altro, non avrebbe dovuto aggravare lo stato di dissesto dell'impresa decotta per tenerla artificiosamente sul mercato.

²³ In questi termini il Tribunale di Torre Annunziata, ord. del 13/09/2021.

²⁴ Si fa riferimento alla sentenza n. 16706 del 5 agosto 2020 della I sezione civile della Corte di Cassazione, reperibile al link <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/24182>.

²⁵ Il Tribunale giunge a rivalutare la causa dell'operazione posta in essere, rinvenendola non nel contratto di mutuo, bensì nell'assicurazione in favore del creditore di *“garanzia statale per una parte nettamente*

Giudice ha dedotto che l'istituto mutuante, titolare di una pluralità di crediti nei confronti dello stesso debitore, gli avesse concesso un ulteriore finanziamento al solo scopo di poter accedere alla garanzia offerta dal Fondo MCC .

In particolare, il giudice *de quo* analizzando la condotta della banca erogante il finanziamento e le finalità concretamente perseguite dai contraenti ha ritenuto che l'operazione posta in essere fosse il frutto di un complesso di negozi giuridici funzionalmente collegati, la cui causa non era riconducibile a quella del contratto tipico di mutuo, *i.e.* alla concessione di una somma a fronte dell'assunzione di un rischio, ma all'assicurazione della parte mutuante mediante offerta della garanzia statale per una parte nettamente preponderante del credito (peraltro, preesistente), nella consapevolezza che il debitore principale non avrebbe mai potuto adempiervi. Una simile causa, ad avviso del Tribunale astigiano, si pone in contrasto con le disposizioni normative di natura primaria e secondaria che regolano le modalità con le quali va condotta l'attività bancaria e l'accesso alle garanzie prestate dal fondo PMI di MCC (l'art. 5 TUB e la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 della Banca d'Italia)²⁶.

Sotto altro profilo, la condotta della banca si pone in contrasto, ad avviso del Tribunale, con il disposto di cui all'art. 217, comma 1, n. 4, L. Fall., in considerazione della sua idoneità a procrastinare la dichiarazione di fallimento dell'impresa e ad aggravarne il dissesto²⁷ e con il disposto di cui all'art. 316 *ter* c.p. (Indebita percezione di erogazioni pubbliche) in quanto il contratto di mutuo oggetto di giudizio era in realtà funzionale all'indebito conseguimento da parte dell'istituto creditizio di un contributo

preponderante del già sussistente credito, nella consapevolezza che il debitore principale non potrà mai adempiervi ed a fronte di una non immediata esazione del precedente credito”.

²⁶ Di qui, il convincimento che il contratto di mutuo debba considerarsi nullo per illiceità della causa in concreto ai sensi dell'art. 1343 c.c. ed in quanto *negotium contra legem* (art. 1418 c.c.). Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *www.ilcaso.it*, secondo cui la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.

²⁷ Il Tribunale ha rilevato come l'aggravamento fosse desumibile (i) dall'analisi del bilancio parziale relativo agli ultimi sei mesi di attività della società, che presentava un risultato economico negativo, nonché (ii) considerando gli oneri in termini d'interessi passivi derivanti dagli obblighi assunti con il mutuo, che non sarebbero maturati in caso di apertura della procedura fallimentare alla data di stipula del finanziamento ai sensi dell'art. 55 L. fall.

consistente nella garanzia statale²⁸.

4. Il provvedimento oggetto della presente analisi solo apparentemente, a nostro avviso, si pone in antitesi rispetto all'orientamento prevalente adottato dalla giurisprudenza in materia di errata valutazione del merito creditizio da parte della banca mutuante.

A ben vedere, le conclusioni rassegnate dal Tribunale di Asti e, dunque, l'irrogazione della sanzione della nullità del finanziamento concesso nei termini sopra delineati, appaiono giustificate non da una negligente violazione delle regole di condotta al cui rispetto, naturalmente, le banche sono tenute per legge, ma dalla circostanza che i contraenti, nel caso di specie, hanno inteso porre in essere un comportamento *contra legem* preordinato a conseguire un vantaggio illecito (negozio-fine) per il tramite di un accordo di finanziamento lecito (negozio-mezzo)²⁹. Pertanto, il giudice ha reputato sussistenti nel caso in esame i presupposti per l'irrogazione della sanzione diversa e più grave rispetto a quella risarcitoria.

Sul punto, la dottrina aveva da tempo condivisibilmente sottolineato³⁰ che per pervenire a tale soluzione non basta che la condotta della banca contrasti con il disposto di una norma di carattere inderogabile³¹ essendo altresì necessario che il

²⁸ Cfr. Cass. penale, 13 gennaio 2022, n. 11246, in *www.dejure.it*, secondo cui “L'erogazione di un prestito a titolo di mutuo garantito dallo Stato attraverso il Fondo centrale di garanzia per le Pmi, previsto, per contrastare la crisi derivante dal Covid – 19, dal decreto legge 8 aprile 2020 n. 23 (cosiddetto “decreto Liquidità”), convertito dalla legge 5 giugno 2020 n. 40 si caratterizza come una forma di aiuto pubblico realizzato non attraverso l'erogazione diretta del finanziamento da parte dello Stato, ma favorendo l'accesso al credito e quindi l'erogazione del finanziamento da parte degli istituti bancari alle imprese e più in generale ai soggetti ammessi al detto beneficio, e rientra tra le “erogazioni” prese in considerazione dall'articolo 316 ter del Cp. Infatti, il rilascio della garanzia per il prestito si basa su quanto autodichiarato dal richiedente, in quanto il soggetto erogatore è chiamato esclusivamente ad operare una presa d'atto dell'esistenza della dichiarazione da parte del privato del possesso dei requisiti autocertificati, e non a compiere un'autonoma attività di accertamento dalla quale possa conseguire una “induzione in errore” tale da consentire di ravvisare il reato di truffa aggravata ex articolo 640 bis del Cp.”.

²⁹ Nello stesso senso, si erano già espressi altri Tribunali italiani; ci si riferisce al decreto del Tribunale di Vicenza del 19.5.2022 reperibile al link https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it/uploads/admin_edit_or/Trib.-Vicenza-19-maggio-2022.pdf; al decreto del Tribunale di Torino del 4 ottobre 2022 reperibile al link https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it/uploads/admin_files/Trib--Torino4-ottobre-2022.pdf.

³⁰ A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2^a ed., Torino, 2000, p. 184.

³¹ Si esprime in termini dubitativi circa la natura imperativa della disposizione di cui all'art. 5 T.U.B., recentemente, A.M. PIOTTO, *Nullità dei mutui garantiti da mcc e difetto di istruttoria: per una lettura*

profilo causale dell'accordo negoziale tra i contraenti sia incompatibile con la finalità di finanziamento.

Depone per tale conclusione anche una recente pronuncia della giurisprudenza di merito³² secondo la quale la banca che abbia erogato credito ad un'impresa in crisi, poi capace di superare lo stato di difficoltà (o di restare proficuamente sul mercato), non incorre nel reato di abusiva concessione di credito purché essa abbia agito in buona fede e vi fossero oggettive possibilità di risanamento della situazione finanziaria secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile.

Il rimedio della nullità non è stato applicato nemmeno nel caso in cui la banca ha concesso credito all'impresa all'esito di un lungo ed ingiustificato protrarsi dell'istruttoria³³ ovvero nel caso in cui essa non aveva valutato prudentemente le condizioni economiche del mutuatario³⁴.

In conclusione, può dirsi che, fermo restando l'obbligo generale imposto alle banche di comportarsi secondo i principi di trasparenza, buona fede e correttezza, tanto in sede pre-contrattuale quanto in fase di esecuzione del rapporto negoziale, al fine di valutare quale siano le sanzioni da irrogare nei casi di cui trattasi, si renderà necessario apprezzare di volta in volta la condotta posta in essere dai contraenti avuto riguardo al regolamento contrattuale nel suo complesso.

Claudia Marasco

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

critica del recente decreto del Tribunale di Pescara del 2 luglio 2024, in Dir. del Risparmio, 2024, 3, p. 13.

³² Cfr. Corte appello Firenze Sez. spec. Impresa, 02/03/2023, n.419.

³³ Cfr. Tribunale Lamezia Terme sez. I, 21/09/2023, n. 765.

³⁴ Cfr. Tribunale Spoleto sez. I, 06/07/2023, n. 529.