

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

3 / 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 – *Riserve di attività e interesse pubblico nel diritto dell'economia. Riflessioni introduttive* (Activity reservation and public interest in Economic Law. Introductory reflections).....223

GIUSEPPE DESIDERIO – *La crisi della cd. «banca di fatto» nel diritto interno e nel diritto dell'Unione Europea* (The crisis of the so- called «de facto bank» in domestic law and EU law)253

FRANCESCO AFFINITO – *Nullità del contratto quadro e dei successivi atti esecutivi: una recente conferma della Corte di Cassazione sul valore funzionale della nullità formale per difetto di sottoscrizione* (Nullity of framework contract and subsequent executive acts: a recent confirmation by the Court of Cassation on the functional value of formal nullity due to lack of signature).....291

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

CATERINA LUISA APPIO – *La Cassazione (a Sezioni Unite) tenta di risolvere qualche dubbio sull'ammortamento alla francese* (The Supreme Court (in United Sections) attempts to resolve some doubts regarding about “ammortamento alla francese”) Nota a Cass. Civ., 29 maggio 2024, n. 15130.....97

PIERGIUSEPPE LAI – *Cessione di ramo d'azienda e successione a titolo particolare nel diritto controverso: il caso della liquidazione ordinata delle “banche venete”* (Transfer of a company branch and succession in the disputed right: the case of the orderly

liquidation of the Veneto banks) Nota a Cass. Civ., 21 giugno 2023, n. 17834.....143

FRANCESCA MANCIOPPI – *Il credit scoring automatizzato: tutela del consumatore e innovazione digitale* (Automated Credit Scoring: Consumer Protection And Digital Innovation) Nota a Sentenza della Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2023.....174

PARTE PRIMA

ARTICOLI

**RISERVE DI ATTIVITÀ E INTERESSE PUBBLICO
NEL DIRITTO DELL'ECONOMIA.
RIFLESSIONI INTRODUTTIVE***

*(Activity reservation and public interest in Economic Law.
Introductory reflections)*

ABSTRACT: *Questo paper analizza la trasformazione che negli ultimi decenni si è verificata nell'agere finanziario incidendo sulla nozione di riserva di attività, indicatore del possesso dei requisiti cui è condizionata l'«appartenenza al settore del credito». Il cambiamento della struttura dei mercati – caratterizzato dall'avvento della dimensione digitale - ha poi dato luogo ad un'apertura operativa verso variegate tipologie di soggetti, i quali si avvalgono di meccanismi informatici. Tale processo si riflette sulla “unitarietà del fenomeno finanziario”, per cui devono ritenersi maturi i tempi per una riconsiderazione in senso unitario dello stesso. Rispetto all'epoca di emanazione del TUB e del TUF, si riscontra infatti un appannamento del sistema di riserve di attività e delle distinzioni tra operatori, ora orientati a svolgere con sempre maggiore frequenza un'operatività di tipo polifunzionale. In tale contesto il sistema dispositivo preordinato alla tutela degli investitori e dei risparmiatori interagisce con la disciplina del contratto, donde la proposizione nella fattispecie della tematica riguardante la applicabilità delle nullità contrattuali ex art. 1418 cod civ. per violazione di norme imperative inderogabili poste a presidio di interessi pubblicistici. Tale problematica è stata recentemente risolta dalla Corte di Cassazione, i cui esiti pongono l'esigenza di valutare se, in presenza di presupposti che legittimano il riferimento ad una causa di nullità, debba essere accettata tout court l'opzione interpretativa che ipotizza la possibilità di caducare il negozio irregolare o se, invece, sia necessario dare spazio ad un diverso giudizio che eviti di porre nel nulla (nella loro interezza) i rapporti in parola.*

* Testo della Relazione tenuta il 15 novembre 2024 al Convegno annuale dell'Adde

This paper analyzes the transformation that, in recent decades, has occurred in the financial agere affecting the notion of 'reservation of assets', an indicator of the possession of the requirements to which "membership in the credit sector" is conditioned. The advent of the digital dimension has then given rise to an operational openness to various types of entities, which make use of mechanisms, activating a process that reflects on the "unity of the financial phenomenon," for which the time must be considered ripe for a reconsideration in a unified sense of the same. Compared to the time of the enactment of the TUB and the TUF, there is in fact a tarnishing of the system of activity reserves and distinctions between operators, now oriented to carry out with increasing frequency a multifunctional type of operation. In this context, the dispositive system aimed at the protection of investors and savers interacts with the regulation of the contract, posing the problem regarding the applicability of contractual nullities under article 1418 of the Italian Civil Code for violation of mandatory rules placed to protect public interests; a problem recently resolved by the Italian Court of Cassation

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le riserve di attività: fondamento giuridico...- 3. *Segue:* ... loro legame all'interesse pubblico.... - 4. *Segue:* implicazioni disciplinari. - 5. La problematica della cd. detta banca di fatto. - 6. Riserve di attività e norme imperative. - 7. *Segue:* il problema delle nullità contrattuali.

1. A partire dall'ultimo ventennio dello scorso secolo si è registrata una trasformazione profonda dell'*agere* finanziario che ha inciso sulla nozione di *riserva di attività*, quale ineludibile corollario delle forme di garanzia (solidità ed efficienza) che sono correlate al possesso dei requisiti cui è condizionata l'«appartenenza al settore del credito». Viene, quindi, superata la pregressa configurazione di questa ultima per lungo tempo e tradizionalmente limitata all'attività bancaria (art. 1 della e ora art. 10 del TUB) e alla negoziazione nelle borse valori da parte degli agenti di cambio (R.D. 815/1932). Nuove riserve di attività ne sono scaturite: tra queste quelle relative

all'attività di gestione su base collettiva, all'attività di intermediazione finanziaria in senso stretto, ai servizi di pagamento, all'emissione di moneta elettronica.

In presenza di un'innovazione comportamentale di sì ampia portata si pone una complessa problematica che spazia dalla individuazione del fondamento giuridico delle riserve tutelate in ambito finanziario al loro legame con il principio dell'interesse pubblico, inteso nella sua valenza primaria di criterio ordinatore la cui essenza si raccorda alle forme di tutela che fanno capo alle istanze della società civile e, nello specifico, a quelle che presiedono le strutture organizzative in cui si articola il nostro ordinamento giuridico.

E' evidente come l'indagine debba aver riguardo ai cardini della nostra costituzione economica e, in particolare, all'interpretazione della portata dispositiva dell'art. 41 cost. che disciplina l'iniziativa economica privata; donde la riferibilità all'esercizio di un'attività che ha riguardo al concetto di "libertà d'impresa" e, in particolare, alle forme operative esercitate in ambito finanziario.

Necessita soffermarsi, quindi, sull'esame del rapporto che intercorre tra il carattere riservato delle attività oggetto della nostra analisi e l'interesse pubblico al fine di accertare la rispondenza delle modalità tecniche attuative della tutela per esse predisposte ad un *agere* in linea con le indicazioni della comunità nazionale, nonché con gli *input* che *in subiecta materia* derivano dalla correlata presenza del processo di integrazione europea.

Viene, al riguardo, in considerazione anche l'attività posta in essere dalle autorità di supervisione nell'esercizio della loro funzione di salvaguardia della regolarità delle linee comportamentali degli appartenenti al settore finanziario; attività che si sostanzia nella verifica, nelle fattispecie in osservazione, dei presupposti che assicurano la tutela dell'interesse pubblico (come, ad esempio, il rispetto del procedimento di *accesso* al mercato finanziario).

In argomento rilevano anche le questioni riguardanti le conseguenze dell'esercizio non autorizzato dell'attività creditizia. Trattasi di una tematica direttamente collegata alla individuazione dei principi base dell'ordinamento del

credito, quali la tutela del risparmio, la riserva di attività per gli appartenenti al settore, l'intervento repressivo nei confronti delle così dette banche di fatto. Va fatto presente, infatti come, a fronte di condotte che sostanziano ipotesi di reato realizzate in ambito bancario e finanziario, la risposta dell'ordinamento non sia circoscritta alla sola applicazione della sanzione penale, bensì estesa ad un intervento che si prefigge di eliminare dal mercato soggetti che sono entrati a farne parte eludendo la normativa e violando le regole poste a presidio della sana e prudente gestione di coloro che in esso operano».

E' evidente come le implicazioni disciplinari della violazione della riserva di attività riportino l'oggetto della nostra indagine alla cultura della legalità; si ha riguardo, infatti, alla necessaria osservanza delle regole comportamentali idonee ad assicurare l'osservanza dei valori di natura economica, cui il nostro ordinamento riconosce rilievo costituzionale. Conseguenza l'identificazione dei presupposti per il ripristino di uno 'stato di diritto', capace di garantire (attraverso le forme di controllo) adeguati livelli di trasparenza e, dunque, un equo bilanciamento tra le forze di mercato.

Da ultimo, il sistema dispositivo preordinato alla tutela degli investitori e dei risparmiatori interagisce con la disciplina del *contratto*, imponendoci di ricercare il nuovo senso che oggi può essere ascritto all'autonomia negoziale, nonché di individuare i criteri posti a presidio del suo corretto esercizio. Ed invero, quest'ultimo verosimilmente si compendia vuoi nell'assunzione di comportamenti adeguati a garantire una corretta relazionalità intersoggettiva, vuoi nel riferimento dell'*agere* ai principi guida indicati nelle fonti normative per lo svolgimento dell'attività finanziaria.

In tale contesto si colloca la proposizione nella fattispecie della tematica riguardante la applicabilità delle nullità contrattuali ex art. 1418 cod civ. per violazione di norme imperative inderogabili poste a presidio di interessi pubblicistici.

A ben considerare, la presenza di un recente orientamento della giurisprudenza della Cassazione *in subiecta materia* dà adito a dubbi in ordine agli esiti di un precedente indirizzo. Da qui l'esigenza di valutare se, in presenza di presupposti che legittimano il riferimento ad una causa di nullità, debba essere accettata *tout court*

l'opzione interpretativa che ipotizza la possibilità di caducare il negozio irregolare o se, invece, sia necessario dare spazio ad un diverso giudizio che eviti di porre nel nulla (nella loro interezza) i rapporti in parola.

2. Come si è anticipato, la nozione di 'riserva di attività', oggetto della nostra analisi, trova a livello legislativo un'espressa formulazione nel disposto dell'art. 10 TUB, dalla quale è dato desumere un'implicita estensione all'intero *agere* finanziario ascrivibile a soggetti abilitati.

In tale premessa, si spiega il prioritario riferimento, formulato in passato dagli studiosi, alla materia bancaria e, dunque, alla «raccolta di risparmio tra il pubblico» ed al congiunto «esercizio del credito»; formule operative legate da un collegamento funzionale che, secondo la dottrina dominante, consente di ravvisare nelle medesime gli elementi caratterizzanti che connotano lo svolgimento dell'attività creditizia.

Il profondo cambiamento della struttura dei mercati - verificatosi negli ultimi anni con l'avvento della dimensione digitale - ha poi dato luogo ad un'apertura operativa verso variegate tipologie di soggetti, i quali si avvalgono di meccanismi informatici, utilizzando ingenti quantità di dati a loro disposizione che vengono impiegati in processi automatizzati. Tale realtà ha ulteriormente trasformato la struttura dei mercati per la presenza di *piattaforme* che consentono l'incontro di investitori che dispongono di capitale da impiegare tramite prestiti, con altri che invece necessitano di risorse finanziarie.

Consegue la verifica dei principi che governano gli scambi, dando contenuto alla realtà economica che trova espressione nel mercato, inteso nella larga accezione di centro di produzione e di lavoro, che necessita pertanto di adeguate forme di tutela della «controparte negoziale, del consumatore, dell'investitore [...] penetra[ndo] anche negli istituti privatistici che sono strumenti di azione del mercato», come venne precisato da Giorgio Oppo¹.

¹ Cfr. *Principi*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2001, Sez. I, Tomo I, p. 47.

Come correttamente osserva Marco Sepe nella relazione svolta in un convegno dell'ADDE dello scorso anno detto processo incide sulla "unitarietà del fenomeno finanziario", per cui devono ritenersi maturi i tempi per una riconsiderazione in senso unitario dello stesso. Rispetto all'epoca di emanazione del TUB e del TUF, si riscontra un *appannamento* del sistema di riserve di attività e delle distinzioni tra operatori, ora orientati a svolgere con sempre maggiore frequenza un'operatività di tipo *polifunzionale*; come quelli disciplinati dall'art. 106 TUB che possono, ove siano autorizzati, emettere moneta elettronica e attivare servizi di investimento, laddove gli istituti di pagamento possono concedere crediti in relazione ai servizi prestati (art. 114-octies TUB)².

Nel contempo nuove forme di finanziamento sono realizzate dall'espandersi delle forme di finanziamento dell'economia reale dovute all'attività di soggetti che, per variegate ragioni, scelgono di operare al di fuori delle regole bancarie (per cui si sottraggono a stringenti requisiti di adeguatezza patrimoniale, restando comunque impegnati al rispetto dei principi di correttezza operativa indicati dall'ordinamento). Mi riferisco al fenomeno conosciuto come *shadow banking system* che, analizzato nelle sue varie componenti, ha indotto la dottrina ad inquadrarne l'essenza nel processo evolutivo del sistema bancario tradizionale, rispetto al quale esso si connota alla stregua di «un arbitraggio regolamentare», attuato al fine di contrastare la redditività calante riscontrabile in quest'ultimo³.

In tale contesto la nozione di *riserva di attività* si disancora dalla stretta riferibilità alla definizione di 'attività bancaria', estendendosi a ricomprendere anche attività finanziarie *altre* le quali sono poste in essere sulla base di un provvedimento abilitativo e sono in ogni caso riconducibili a soggetti impegnati nell'osservanza di corrette regole di condotta. Conseguenza che la riserva diviene indicativa dell'esercizio di

² Cfr. SEPE, *Integrazione orizzontale: verso un testo unico delle attività finanziarie*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 100, p. 78 ss.

³ Cfr. LEMMA, *The shadow banking system*, England, London, 2016, p.16, ove si puntualizza: "another risk profile concerns the possible elusive nature of the shadow banking operations and, therefore, the possibility that they are incorporated in a given country for the sole purpose of obtaining the benefits of a circumvention of rules and, then, a regulatory arbitrage".

determinate libertà e diritti nella conduzione di determinati schemi operativi. Essa, peraltro, non individua soltanto lo spazio d'attività coperto da una peculiare qualificazione pubblicistica (rappresentata dalla presenza di una *licenza* o dalla osservanza di un'obbligatoria iscrizione in appositi albi) in quanto detta locuzione ha riguardo anche all'affermazione di un significativo «carattere d'impresa» nelle fattispecie operative di cui trattasi⁴.

Va, peraltro, sul punto fatto presente che l'inquadramento in chiave imprenditoriale dell'attività finanziaria non fa venir meno i profili d'interesse pubblico che sono immanenti alla stessa, i quali discendono dalla possibilità di ricondurne i contenuti al disposto degli artt. 41 e 47 Cost., norme che individuano il fondamento giuridico della materia qui oggetto d'esame.

La dottrina si è soffermata a lungo sull'analisi di tali disposizioni costituzionali, nella prima delle quali, unitamente alla affermazione che «l'iniziativa economica privata è libera», si precisa che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» e che «la legge determina i programmi e i controlli perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

A ben considerare, la previsione nell'art. 41 Cost di una *riserva di legge* per la determinazione di programmi e controlli finalizzati al coordinamento dell'attività svolta con scopi sociali sottende la riferibilità ad una *funzione* imprenditoriale; sicchè può dirsi che *in subjecta materia* per la rilevanza degli interessi sociali coinvolti, «il confine tra libertà e controllo ... (si sposta) ... secondo l'apprezzamento concreto dell'utilità sociale»⁵.

Da qui la proposizione di ipotizzabili gerarchie tra interessi privati ed interessi generali; di certo dalla consacrazione della libertà dell'iniziativa economica e del rispetto dell'utilità sociale, disposti in tale norma, emerge poi la tendenza verso un

⁴ Di ciò v'è conferma nella previsione normativa in base alla quale dall'11 novembre 2023 possono operare in Italia esclusivamente i fornitori di servizi di *crowdfunding* per le imprese che abbiano ottenuto l'autorizzazione ai sensi del regolamento UE n. 2020/1503 e che, conseguentemente, sono iscritte nel Registro dei fornitori di servizi di *crowdfunding* tenuto dall'Esma (art. 14 del citato regolamento).

⁵ Cfr. OPPO, *Commento sub art. 41 Cost.*, in AA.V.V., *Codice commentato della banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 6.

sistema concorrenziale. Può dirsi, quindi, che l'art. 41 cost. legittima una *liberalizzazione* delle forme operative, la quale apre lo spazio a ulteriori, possibili forme esplicative dell'attività finanziaria, purché svolte nel riferimento a criteri ordinatori che salvaguardino l'efficienza economica e, nel riferimento a questa, la concorrenza. In tale logica trova spiegazione la salvezza, attuata dall'ultimo comma dell'art. 10 TUB, delle «riserve di attività previste dalla legge», disposizione che, se per un verso attesta la presenza di una pluralità di riserve di attività, anche diverse da quella bancaria, all'indomani della emanazione del TUB, venne indicata dalla dottrina come preordinata alla realizzazione di «scelte di specializzazione» in linea con l'esigenza di «tutelare la neutralità dell'intermediazione finanziaria»⁶.

È in tale premessa che vanno esaminati i risultati dell'analisi condotta sulla normativa costituzionale e, in particolare, sulle disposizioni degli artt. 41 e 47 Cost. in precedenza, richiamate. La dottrina ha proceduto ad un raccordo dei precetti costituzionali in parola con le indicazioni comunitarie e con le norme di recepimento delle direttive, ravvisando in essi il nucleo centrale della cd. *costituzione economica*; formula utilizzata in letteratura per indicare il complesso dispositivo che la nostra Carta in via *formale* dedica alla regolazione dei rapporti economici (dall'impresa, alla proprietà, alla cooperazione, al risparmio)⁷.

Da qui la configurabilità di una pari valenza del momento imprenditoriale e del potere impositivo di limiti allo svolgimento dell'attività economica e finanziaria; donde la prospettiva di un implicito rinvio ai cambiamenti della regolazione nazionale conseguenti al processo di adeguamento a quella dell'UE.

Si individua la premessa logica di una costruzione sistemica nella quale il diritto assolve ad una funzione determinante nella produzione di risultati economici. Esso si pone, infatti, a presupposto di una azione volta a definire l'*apparato organizzatorio*

⁶ Cfr. LAMANDA, *La società per azioni bancaria*, Roma, 1994, cap. II.

⁷ Cfr. Tra gli altri FERRARI, *Il diritto pubblico dell'economia: oggetto, modelli ed evoluzione storica*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2019, p. 9 ss.; AA.VV., *La nuova costituzione economica*, a cura di Cassese, Roma-Bari, 2021; AMOROSINO, *La "costituzione economica"*, in AA.VV., *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di Pellegrini, Milano, 2023, p. 95 ss.

necessario al conseguimento di risultati utili a fini di sviluppo; a ciò si aggiunga la formulazione delle regole attraverso le quali trova compiuta espressione l'*autonomia*, nelle sue possibili estrinsecazioni di tipo privatistico (*i.e.*: capacità decisionale e di iniziativa) ricorrenti nella definizione delle formazioni sociali.

In tale premessa, l'analisi - a mio avviso - va orientata all'identificazione dei principi che sovrintendono all'esercizio dell'attività finanziaria al fine di verificarne la *conformità* alle esigenze dello sviluppo economico; essa, nello specifico, va rivolta all'esame delle "autorità di controllo" che connotano il nostro ordinamento, soffermando l'indagine sulle indicazioni da queste fornite nello svolgimento (in modalità indipendenti) delle relative funzioni. Per completezza va fatto presente che la ricerca, con riguardo al fenomeno delle cd. amministrazioni indipendenti, ha evidenziato come queste consentano oggi di delineare un quadro ordinatorio della funzione pubblica diverso da quello conosciuto in epoche passate. Ed invero, la attivazione di tali autorità, caratterizzata da ampia autonomia, si qualifica rispetto al sistema previgente per la peculiare *neutralità* che oggi contraddistingue l'azione interventistica pubblica; ne consegue che essa finisce con l'incidere sulla sfera dei poteri dello Stato, sottraendo a quest'ultimo il governo ed il controllo di comparti che richiedono un costante riscontro di conformazione giuridica⁸.

Da ultimo, significativo, al riguardo, è il riferimento al *principio di sussidiarietà*, che assume valenza centrale nella ricerca di adeguate soluzioni alle questioni concernenti sia la presenza di eventuali diseconomie, sia l'identificazione di appropriati assetti di governo territoriale (anche attraverso l'individuazione dei soggetti, privati o pubblici, più adatti a svolgere compiti di pubblica utilità). Analogamente, assume rilievo il *principio di proporzionalità* che fa riferimento ad una logica regolamentare introdotta in Europa, la quale è particolarmente idonea ai fini di una compiuta graduazione della disciplina applicabile ai dati caratterizzanti, alla rischiosità e alla dimensione della

⁸ Cfr. tra gli altri NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli, 2010, p. 319 ss.; CAPRIGLIONE, *Struttura ordinamentale del settore finanziario*, in AA.VV., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, p. 112 ss.

operatività finanziaria; principio finalizzato alla cura di diritti, valori e interessi pubblici e privati rilevanti, la cui applicazione nell'ordinamento bancario consente di affrontare talune incertezze e contraddizioni emerse nella prassi operativa dell'ultimo decennio con riguardo al bilanciamento tra gli interessi in campo⁹.

3. Passando all'esame dell'interazione della materia che ci occupa col principio del *pubblico interesse*, è d'obbligo premettere che quest'ultimo va inteso nel suo riferimento ai criteri ordinatori propri della società civile e, in particolare, all'insieme degli interessi della collettività. Si è in presenza di un principio che, nel tempo, ha innovato la portata dispositiva della relativa nozione, oggi estesa a ricomprendere anche gli interessi che contraddistinguono taluni settori specifici del mondo operativo, come quello finanziario.

Ciò premesso, va precisato che il carattere imprenditoriale delle attività sottoposte a riserva non è in alcun modo di ostacolo al riconoscimento di uno stretto nesso tra le riserve di attività e la tutela dell'interesse pubblico. Tale assunto si deduce, in particolare, dalla correlazione tra lo svolgimento di queste ultime e le finalità di carattere pubblicistico che, come si è puntualizzato, connotano l'essenza dell'ordinamento finanziario. Mi riferisco, in primo luogo, all'osservanza del criterio della "tutela dei risparmiatori"; questo si pone a fondamento del complesso disciplinare riguardante i controlli ai quali sono sottoposti i soggetti che esercitano attività finanziarie riservate al fine di assicurare un'operatività dei medesimi che non leda in alcun modo gli interessi dei risparmiatori.

Come correttamente è stato puntualizzato in dottrina, l'art. 47 Cost. ha costituzionalizzato l'interesse pubblico alla tutela del risparmio; ciò in quanto la affermazione di tale principio esprimerebbe un globale e sintetico riferimento al fenomeno risparmio-credito, essendo a fondamento della disposizione in parola l'intento legislativo di assegnare alla Repubblica il dovere di regolare il settore bancario

⁹ Cfr. per tutti GRECO G.L., *L'equilibrio delle regole nei mercati dinamici. Metodo e prassi della proporzionalità nell'ordinamento bancario*, Bari, 2023.

mediante la disciplina della vigilanza (demandata ad apposite autorità) sulla organizzazione e sul buon funzionamento del settore finanziario. Orienta in tal senso il riferimento al *coordinamento* ed al *controllo* dell'esercizio del credito, donde la possibilità di considerare il disposto di tale norma come una «specificazione» del precedente art. 41; per cui (con riguardo al settore del credito) viene consentita l'adozione di una tecnica (amministrativa) d'intervento aderente alla realtà economico finanziaria sulla quale è destinata ad esplicare la propria azione¹⁰. Conseguente, altresì, la legittimazione delle leggi che regolano le modalità di svolgimento dell'attività bancaria, nel presente affiancata dalle altre forme operative, di cui si è detto, riconducibili in un ambito di riserva.

Va da sé che l'intervenuto cambiamento dello scenario che oggi caratterizza l'ordinamento del credito interagisce sulla mutata estensione dell'ambito entro il quale si articola la *tutela del risparmio* prevista dal legislatore costituzionale, estensione che al presente esprime un'ampiezza non riconoscibile in epoche passate. Ad essa infatti sono riconducibili, oltre l'attività bancaria in senso stretto, anche tutte le forme operative che danno contenuto al mercato finanziario e, dunque, l'attività assicurativa, il risparmio previdenziale e le tecniche di conferimento delle disponibilità monetarie che transitano nei circuiti automatizzati. Conseguentemente, a giusta ragione, può ritenersi che la disposizione dell'art. 47 Cost. assume carattere fondante nella costruzione legislativa finalizzata ad assicurare la tutela del risparmio e, più in generale, a creare un adeguato raccordo della materia in esame al principio del pubblico interesse.

Quale necessario corollario del principio di tutela del risparmio viene, poi, in considerazione *in subjecta materia* l'interesse pubblico al mantenimento della *stabilità* del sistema finanziario; obiettivo che si correla anche alla finalità di assicurare lo sviluppo economico. Quest'ultimo necessita, infatti, di una compiuta

¹⁰ Cfr., al riguardo, PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 353 ss; CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 47 ss.; PORZIO, *Lezioni di diritto e legislazione bancaria*, Napoli, 1985, p. 55 ss; diversamente MERUSI, *Rapporti economici*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Roma – Bologna, 1980, sub art. 47, p. 153 ss.

regolamentazione giuridica volta a superare le diversità che si rinvenivano nel mercato finanziario ed a creare una situazione d'equilibrio operativo, necessaria ai fini della stabilità.

Per vero le turbative finanziarie che si sono verificate nei primi due decenni di questo millennio a partire dall'anno 2007 hanno compromesso la stabilità degli appartenenti al settore, donde la prospettiva di incorrere in pericolose situazioni patologiche. A distanza di alcuni lustri dall'insorgere di tali eventi il sistema di vigilanza rivela ancora limiti e, in talune situazioni di tensione dei mercati, si evidenziano profili di rischio sistemico che possono dar luogo a situazioni di instabilità finanziaria, aggravata dal fatto che l'estensione dell'operatività, dianzi richiamata, determina l'amplificazione degli *shock* che finiscono talora col propagarsi.

E' avvertita, quindi, l'esigenza di presidi disciplinari che garantiscano il corretto svolgimento delle attività finanziarie essendo preordinati a prevenire le crisi ovvero, nel caso in cui queste abbiano a verificarsi, ad evitare che si verifichino casi di *contagio*. Conseguentemente, altresì, la necessità di conseguire forme ottimali dell'azione di vigilanza, correlandone la portata all'obiettivo di evitare contesti di potenziale distorsione del mercato che possano dar luogo ad ipotizzabili stati di instabilità degli appartenenti al settore.

Da quanto precede si evince che l'interesse pubblico assurge a fattore catalizzatore nella ricerca di rimedi adeguati a superare situazioni di possibili crisi e, più in generale, nella definizione di innovativi schemi dell'azione di supervisione. Detto interesse promuove gli interventi delle autorità e guida le scelte correlate all'esigenza di riconoscere, nello svolgimento dell'attività finanziaria, crescente attenzione al perseguimento del 'benessere comune'; sicchè esso si pone a fondamento di una dinamica evolutiva che consenta di realizzare concretamente le opportunità che si presentano nella realtà del mercato.

Va fatto, poi, presente che la regolazione europea attualmente dedica anch'essa significativa attenzione al problema della stabilità sistemica. Da qui il 'volto nuovo' dell'Unione che, dopo le tristi esperienze delle crisi dei primi due decenni di

questo millennio, sembra nel presente più rispettosa dei *valori*. Si individua un diffuso intento volto a trasformare l'UE in una economia moderna, che abbia riguardo ad uno schema ordinario incentrato, tra l'altro, sull'equilibrio di mercato, inteso come indicatore di una innovazione progettuale che ha di mira uno sviluppo finanziario, tecnologico e industriale rispettoso della natura e delle prospettive di crescita delle generazioni future¹¹.

Il raccordo tra le riserve di attività e l'interesse pubblico si rinviene, inoltre, avendo riguardo agli interventi di vigilanza prudenziale che l'organo di controllo utilizza per sollecitare gli appartenenti al settore a realizzare le finalità previste dalla legge. Tra tali interventi spiccano quelli volti ad attuare forme di prevenzione dei rischi (legali, operativi e di mercato) presi in considerazione dagli accordi di Basilea, nonché taluni criteri di *governance* che coinvolgono i diversi aspetti della vita delle imprese finanziarie, imponendo a queste ultime specifici obblighi volti ad assicurare elevati livelli di *efficienza* e di *trasparenza* dell'operatività aziendale.

E' evidente come venga per tal via perseguita la funzionalità del mercato contrastando l'opacità che in esso è d'impedimento al regolare esercizio dell'attività finanziaria, opacità che - come è noto - costituisce un freno alla concorrenza tra gli operatori e quindi anche allo sviluppo degli stessi; a ciò si aggiungano gli ulteriori benefici rivenienti dalle disposizioni relative alla cd. «trasparenza» delle condizioni contrattuali, imposte dall'ordinamento sia nell'ambito dei servizi bancari, sia di quelli finanziari e, in particolare, di investimento e di pagamento.

Sul punto è bene richiamare l'attenzione dedicata dal regolatore alla *chiarezza* cui devono essere improntati i rapporti tra gli appartenenti al settore abilitati e la propria clientela. Mi riferisco anche alla presenza nel TUB di disposizioni mirate a rafforzare i presidi a tutela della clientela enfatizzando, come è stato puntualizzato in letteratura, "la puntuale indicazione nel contratto di tutte le condizioni economiche ad esso relative", sì da pervenire ad una graduazione delle informazioni da fornire, le quali

¹¹ Cfr. in proposito le considerazioni formulate da DRAGHI nel noto *Report* intitolato *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, Settembre 2024.

devono essere correlate alla tipologia dei servizi offerti ed alle caratteristiche della clientela¹².

Concludendo può dirsi che l'interesse pubblico, come ho cercato di evidenziare, identifica un pilastro portante dell'impianto regolatorio posto a presidio dell'integrità del sistema finanziario; ciò in quanto la normativa offre un chiaro quadro delle modalità in cui le attività riservate, opportunamente indirizzate, sono in grado di assicurare la loro piena conformità alla tutela del predetto interesse, garantendo al contempo la stabilità dell'ordinamento finanziario.

Tale assunto trova conferma nell'esame delle implicazioni disciplinari a carico di coloro che, privi di qualsivoglia legittimazione, svolgono attività bancaria o finanziaria, andando incontro alle gravi reprimende previste dall'ordinamento, le quali - a mio avviso - attestano, ancora una volta, il forte nesso che la materia oggetto della mia indagine presenta con la riferibilità alla tutela dell'interesse pubblico.

4. Collegato all'osservanza dei principi fondanti dell'ordinamento del credito in tema di tutela del risparmio e di riserva di attività è l'intervento repressivo praticabile nei confronti delle così dette banche di fatto e di coloro che hanno esercitato abusivamente l'attività finanziaria senza aver conseguito alcun provvedimento abilitativo. Tale intervento è previsto da specifiche prescrizioni normative che - a fronte del fenomeno della criminalità economica organizzata, valutato nelle sue variegate e molteplici ramificazioni - riaffermano la cultura della legalità, ponendo nel contempo le basi giuridiche per riportare gli operatori del mercato finanziario all'osservanza dei "valori" di natura economica, cui il nostro ordinamento riconosce rilievo costituzionale.

Mi riferisco agli articoli da 130 a 132 del TUB ed all'art. 166 del TUF, disposizioni nelle quali si sanzionano variegata forme di abusivismo bancario e finanziario. Si conferma l'intento del legislatore di proteggere i risparmiatori, perseguendo nel contempo l'obiettivo di prevenire la diffusione di attività non autorizzate che possano

¹² Cfr. URBANI, *La «trasparenza» nello svolgimento dell'attività*, in AA.VV, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, p. 608.

mettere a rischio la fiducia nel sistema finanziario e, in conseguenza, la stessa stabilità di quest'ultimo.

In tali disposizioni vengono affrontate alcune tra le più significative questioni del diritto bancario e finanziario in quanto si investe una tematica direttamente collegata alla individuazione dei principi base dell'ordinamento del credito. In presenza di condotte che sostanziano ipotesi di reato realizzate in ambito bancario finanziario, la risposta dell'ordinamento non è circoscritta alla sola applicazione della sanzione penale, bensì estesa ad un intervento che si prefigge di eliminare dal mercato soggetti che sono entrati a farne parte eludendo la normativa e violando le regole poste a presidio della «sana e prudente gestione» di coloro che in esso operano.

Naturalmente, nel delineato contesto assume specifica rilevanza il ruolo svolto dalle autorità di settore. E' dei giorni scorsi la notizia fornita dalla Consob di aver ordinato l'oscuramento di 6 nuovi siti *web* che offrivano abusivamente servizi finanziari; ciò facendo salire a 1162 il totale di quelli complessivamente oscurati dal mese di luglio 2019, vale a dire da quando a detta autorità è stato conferito il potere di attivare tale tipologia di interventi¹³. Si è data attuazione, quindi, ad una forma di tutela del risparmio che, come è stato precisato in dottrina, «si fonda su intervento integrato degli strumenti amministrativi e penali»¹⁴; ed invero, le misure repressive adottate dall'organo di vigilanza bancaria trovano adeguato compendio nella sanzione penale prevista dal legislatore per coloro che ne disattendono le prescrizioni e svolgono abusivamente un'attività che la normativa speciale sottopone a rigide forme di controllo.

Da tale premessa si evince che primaria finalità delle disposizioni in esame è quella di garantire la tutela dei risparmiatori nei confronti dei soggetti non autorizzati; tutela che si estrinseca vietando a questi ultimi l'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria (si da impedire forme di alterazione della concorrenza nel mercato dovute

¹³ Cfr. *Comunicato stampa* della Consob del 31 ottobre 2024.

¹⁴ Cfr. LEMMA, *Autorizzazione all'attività bancaria e tutela del risparmio*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2009, II, p. 98.

alla presenza nel medesimo di intermediari non assoggettati ai controlli ed ai vincoli cui sottostanno i soggetti autorizzati). Da qui l'implicita affermazione del regime di «riserva», quale criterio caratterizzante la operatività creditizia e finanziaria che, nel qualificarne l'essenza, assurge a presupposto per un «ordinato e corretto funzionamento del mercato», come si precisa nella Relazione governativa all'art. 31 del d.lgs. n. 481/1992, disposizione normativa nella quale erano confluiti i contenuti del disposto dall'art. 96 della legge bancaria del 1936, che per prima aveva disciplinato la materia dell'abusivismo.

Come puntualmente è stato sottolineato in dottrina, la *ratio* dei reati previsti nelle disposizioni di cui trattasi deve ritenersi correlata all'individuazione degli elementi integratori delle nozioni di attività bancaria e finanziaria; ciò in quanto il contenuto del divieto si riferisce non alla sola «raccolta del risparmio tra il pubblico senza autorizzazione ... (ma anche) ... alla destinazione del denaro raccolto alla attività creditizia, ... (entrambi) ... aspetti indissolubilmente legati alla funzione di banca... (e dunque) ... oggetto comune dell'illecito»¹⁵. Conseguente l'esigenza di chiarire l'*elemento oggettivo* delle fattispecie delittuose in esame; esigenza avvertita dalla dottrina che si è soffermata ad analizzare le variegate ipotesi di condotta illecita che danno contenuto alle forme di abusivismo che qui ci occupano¹⁶.

A ben considerare il legislatore ha ritenuto opportuno specificare il raccordo tra l'attività di raccolta di risparmio (cui ha riguardo il disposto dell'art. 11 TUB) e l'esercizio del credito, donde la riferibilità alla nozione di attività bancaria (disciplinata dal disposto dell'art. 10 TUB). Se ne deduce che per la configurabilità di una fattispecie penalmente rilevante necessita una reiterazione abituale degli atti di raccolta abusiva di risparmio in funzione dell'esercizio del credito ovvero di forme operative finanziarie; sicchè deve ricorrere una continuità ed abitualità dell'*agere* in cui si sostanzia la condotta delittuosa. Non a caso la Corte di Cassazione ha ritenuto necessario

¹⁵ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1999, vol. I, ed. aggiornata ed integrata da Conti, p. 399.

¹⁶ Cfr. SALOMONE, *I reati della legge bancaria*, in AA.VV., *I reati bancari*, a cura di Agostino, Salomone, Santoriello, Padova, 2004, p. 222 ss.

nell'abusivismo l'esercizio *professionale* dell'attività posta in essere, vale a dire la circostanza che quest'ultima venga svolta attraverso un adeguato apparato organizzativo e con criteri di economicità della gestione¹⁷.

Sotto un profilo di carattere generale va, poi, osservato che la normativa sopra richiamata tiene conto del fatto che la riorganizzazione dell'ordinamento del credito e della finanza è avvenuta sulla base di un principio di tipizzazione degli intermediari, vale a dire procedendo ad una costruzione sistemica che inquadra «ogni soggetto finanziario operante nel mercato ... in una delle figure d'impresa disciplinate dalla legge», come è stato puntualizzato dalla dottrina¹⁸. Da qui la considerazione che il regime penale dell'abusivismo deve ritenersi direttamente collegato ad esigenze di tutela della regolamentazione del sistema finanziario.

Infine, in un'angolazione più strettamente societaria, la disciplina di cui trattasi appare preordinata a rafforzare la salvaguardia dell'oggetto sociale delle imprese creditizie e finanziarie; essa, infatti, è finalizzata ad evitare l'esercizio illegittimo dell'attività bancaria e finanziaria la quale non è ammessa negli statuti di soggetti estranei al settore. Inoltre la normativa, in aggiunta al profilo penalistico (proteso ad individuare l'insieme dei mezzi idonei a contrastare la patologia del sistema), assolve ad una funzione di difesa avverso i fenomeni del riciclaggio del denaro di provenienza illecita e dell'usura¹⁹.

5. Questione particolarmente rilevante connessa alla tematica della riserva di attività, come si è anticipato nel precedente paragrafo, è quella della *banca di fatto o abusiva*, in relazione alla quale, già sotto il regime normativo previgente, ebbe modo di svilupparsi un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, i cui esiti non riuscirono, tuttavia, ad eliminare completamente i dubbi e le incertezze sorti nella

¹⁷ Cfr. Sez. II, sentenza n. 10795 del 16 dicembre 2015.

¹⁸ Cfr. DONATO, *Commento degli artt. 130-143 T.U.B.*, in AA.VV., *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Capriglione, Padova, 2000, p. 646

¹⁹ Cfr. ZANNOTTI, *La tutela dell'accesso al mercato nella prospettiva della lotta contro il riciclaggio: il caso dell'abusivismo*, in *L'indice penale*, 2003, p. 925 ss.

analisi di tale problematica.

Va tenuto presente che in passato la giurisprudenza, richiamando la natura (dichiarativa) del provvedimento abilitativo all'esercizio dell'attività bancaria, ritenne che dovesse essere riconosciuto un diritto (dei privati) alla costituzione di una banca; da qui l'impossibilità di negare l'esistenza di un'impresa bancaria «per mancanza della prescritta autorizzazione»²⁰. La dottrina, salvo rare eccezioni, considerò giustificato tale orientamento che venne reputato coerente con le finalità della legge bancaria, atteso l'intento di quest'ultima «di sottoporre a controllo l'intero settore dell'attività creditizia... (in questo comprendendo anche) ... quelle imprese che detta attività esercitano abusivamente»²¹.

Successivi approfondimenti della tematica sottolinearono che l'abusivo esercizio dell'attività creditizia fa «scattare quella protezione che lo Stato ha inteso assicurare a tutto il risparmio che si rivolge al sistema bancario», come venne precisato da un attento studioso²². È la premessa logica per le costruzioni orientate a ricondurre nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa qualsivoglia impresa bancaria, «indipendentemente dal fatto che il soggetto fosse stato autorizzato ad esercitare il credito», come ebbe a precisare Renzo Costi²³. Anche la giurisprudenza accettò tale orientamento, donde la puntualizzazione che «l'A.G.O. non ha competenza giurisdizionale a dichiarare il fallimento di un'impresa» bancaria²⁴.

Dopo l'emanazione del TUB la giurisprudenza innova il proprio indirizzo, affermando che deve ritenersi inadeguata la sottoposizione a liquidazione coatta di «alcune forme di intermediazione finanziaria che tuttavia non rivestono i caratteri veri

²⁰ Cfr. sentenza della Cass., sez. un., 13 marzo 1965, n. 425.

²¹ Cfr. PRATIS, *Poteri degli organi preposti alla disciplina dell'attività creditizia sulle imprese bancarie abusive. In particolare: sottoposizione di dette imprese a liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, II, p. 18.

²² Cfr. DE VECCHIS, *Spunti per una rinnovata riflessione sulla nozione di banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 758.

²³ Cfr. *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, I ed., p. 684.

²⁴ Cfr. per tutte Cass., sez. un., 10 gennaio 1986, n. 62.

dell'istituto di credito".²⁵ Prevalle, infatti, la tesi secondo cui l'art. 80 TUB deve essere interpretato in senso rigoroso e restrittivo, ravvisandosene il fondamento «nel fatto formale della presenza di una autorizzazione amministrativa». Anche parte della dottrina ritiene inapplicabile la procedura di liquidazione c.a. nelle ipotesi di abusivismo; convincimento derivato dalla dizione del menzionato articolo che limiterebbe l'ambito di riferimento della procedura in parola alle sole «banche», intesa l'espressione nei termini di cui alla definizione legislativa recata dall'art. 1 TUB (*i.e.* fattispecie qualificata dalla presenza di un apposito provvedimento *autorizzatorio*, dato essenziale perché la medesima possa venire a giuridica esistenza)²⁶.

Viene, quindi, prospettata una interpretazione della nuova normativa di settore nella quale si ipotizza la sottrazione delle banche di fatto allo statuto speciale degli enti creditizi. E' evidente come tale orientamento fondi sul requisito formale della preventiva autorizzazione alla costituzione (rilasciata dalla autorità pubblica) la riconduzione della fattispecie di abusivismo sotto l'imperio della legge fallimentare; esso trova riscontro nella giurisprudenza secondo cui la «s.p.a. avente ad oggetto attività bancaria non autorizzata è soggetta, ove si trovi in stato d'insolvenza, alla procedura concorsuale del fallimento»²⁷. I successivi ritorni giurisprudenziali sulla tematica in parola non recano innovazioni in quanto riguarderanno essenzialmente profili che attengono alla definizione dell'elemento oggettivo del reato.

Tale interpretazione comporta il superamento delle argomentazioni di carattere sistemico prospettate dalla dottrina che, per decenni, ha evidenziato il collegamento della nominata procedura amministrativa alla rilevanza degli interessi generali sottesi all'operatività bancaria. Anche la regolazione UE successiva alla costituzione dell'UBE

²⁵ Cfr. Trib. Roma, 20 febbraio 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 69 ss., con nota di Capriglione, *Banca di fatto: nuovo orientamento della giurisprudenza e riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità di controllo bancario*.

²⁶ Cfr. NIGRO, *L'autorizzazione all'«attività bancaria» nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1994, p. 306 ss.; SANTORO, *Le «banche» non autorizzate*, in *Società*, 1994, p. 1671 ss.; PANZANI, *Banca di fatto e fallimento*, in *Fall.*, 1996, p. 321 ss.; TROIANO, *Banca e banche nell'attuale ordinamento creditizio*, in AA.VV., *L'ordinamento del credito*, a cura di Santaniello, vol. XIII, Padova, 1996, p. 105 ss.

²⁷ Cfr. così Trib. Firenze, decr. 18 febbraio 2003, in *Società*, 2004, p. 201, con nota di Colavolpe.

non incide sulla coerenza giuridica dell'indirizzo giurisprudenziale dianzi richiamato, in quanto ipotizza che nei casi di abusivismo bancario costituisca sufficiente misura repressiva la sanzione penale prevista dall'art. 131 TUB.

Concludendo può dirsi che la legislazione speciale si propone di estromettere dal settore del credito i soggetti che si sono in questo inseriti senza osservare le regole che condizionano l'accesso al medesimo. Ed invero non sembra d'ausilio nel sostenere la tesi contraria il riferimento alla «razionalizzazione della disciplina penale», effettuata dal d.lgs. n. 385/1993 che ha provveduto a distinguere la fattispecie dell'abusivismo bancario (art. 131 TUB) da quella della sola raccolta abusiva (art. 130 TUB), nonché dall'attività finanziaria abusiva (art. 132 T.U.B.)²⁸. Di certo, una soluzione della problematica in esame avrebbe potuto essere ricercata disponendo una maggiore *effettività* delle sanzioni; tale, cioè, da rappresentare un efficace deterrente avverso la realizzazione dei reati presi in considerazione dal testo unico. Al contrario, l'entità delle pene previste lascia intendere che – nel concreto (*i.e.* al di là delle recidive ovvero di fattispecie di grande rilievo) – difficilmente le medesime sfociano in pene detentive; donde lo scarso rilievo *special preventivo* ascrivibile a tali misure e, dunque, l'ulteriore conclusione che il fenomeno dell'abusivismo bancario e finanziario non può essere combattuto con la sola strumentazione penale.

Per completezza d'indagine va fatto presente che una svolta interpretativa dei contenuti della normativa in parola venne attuata dal nostro legislatore con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, con cui fu introdotto il disposto dell'art. 132-*bis* TUB nel quale si prevede che «la Banca d'Italia o l'UIC possono denunciare al pubblico ministero» l'attività bancaria o finanziaria espletata «in violazione artt. 130, 131, 131-*bis*, 131-*ter* e 132 ... ai fini dell'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c.». È evidente che il legislatore, nel generalizzare l'ambito soggettivo entro il quale deve ritenersi ipotizzabile l'attivazione dei provvedimenti in parola, ha inteso assicurare la possibilità di una tutela giudiziaria a fronte di ipotesi di abusivismo bancario o finanziario.

²⁸ Cfr. SANTORO, *Le «banche» non autorizzate*, in *Società*, 1994, p. 1673 ss.

Si individua un ampliamento dell'ambito di difesa dei risparmiatori, esteso a ricomprendere anche le fattispecie di abusivismo che non abbiano dato luogo a situazioni di dissesto, fattispecie non coperte da tutela nel previgente sistema normativo. Si è in presenza, dunque, di una logica giuridica che innova la pregressa sistemazione della materia, nella quale la risposta disciplinare avverso le situazioni di abusivismo bancario aveva trovato espressione in interventi non circoscritti alla sola sanzione penale della fattispecie criminosa (ora prevista dall'art. 131 T.U.B.), bensì estesi alla congiunta attivazione di una procedura amministrativa destinata ad allontanare (*rectius*: estromettere) *di fatto* l'ente creditizio dal mercato.

È evidente che il legislatore ha ravvisato l'opportunità di scindere il momento della repressione penale da eventuali, ulteriori reprimende da attuare in forme diverse, a seconda della particolarità dei casi concreti, salvando quindi la possibilità di recuperare i valori aziendali e tutelare, per tal via, i diritti dei terzi interessati. Ciò ha indotto uno studioso della Banca d'Italia a ritenere che, «ferme le conseguenze sul piano penale per gli amministratori responsabili dell'illecito», non vada esclusa la possibilità per la società (dedita all'esercizio abusivo di attività bancaria) «che presenti i requisiti di legge ... (di) ... ottenere dalla Banca d'Italia un provvedimento autorizzativo che salvi la struttura dell'impresa»²⁹.

Non v'è dubbio che tale disposizione è foriera di un ordine nuovo, di un'apertura verso ipotesi innovative delle forme di organizzazione del mercato finanziario nelle quali, in nome della salvaguardia dei relativi contenuti, l'estinzione dell'impresa bancaria di fatto cessa di configurarsi quale *naturale conseguenza* della sua origine abusiva e, dunque, logicamente connessa alla sanzionabilità penale di coloro che ad essa hanno dato vita.

È evidente come la tesi poc'anzi richiamata vuole rappresentare l'esigenza di consentire a determinati organismi (che svolgono un'attività identificabile come bancaria) di continuare nel loro *agere* (ovviamente nel rispetto delle modalità

²⁹ Cfr. DONATO, *Commento agli artt. 130-143 T.U.B.*, in AA.VV., *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Capriglione, Padova, 2000, p. 654.

operative e dei limiti quantitativi previsti dalla disciplina speciale per gli enti creditizi); ciò nel presupposto che il legislatore ha considerato, con tutta probabilità, detta attività di una qualche valenza nel novero complessivo delle forme operative presenti sul mercato. Va da sé che tale orientamento sistemico si presta a valutazioni critiche, essendo ravvisabile in tale logica un'*ambivalenza* di fondo rispetto alla regolazione della materia bancaria.

6. Aspetto particolarmente significativo della tematica in esame è quello del rapporto tra le attività *riservate* e le norme imperative, nell'accezione offertaci dall'art. 1418 c.c.; rapporto che incide sulla regolamentazione dei mercati vigilati, quello finanziario *in primis*, e sul sistema delle nullità civilistiche.

Da qui l'esigenza di far chiarezza sulle fattispecie che si sostanziano nella presenza di interventi operativi posti in essere da soggetti non abilitati – o, comunque, che operano al di fuori di 'riserve espressamente previste dalla legge' - nei confronti di risparmiatori/investitori. In tali casi si pone, infatti, il problema di verificare la validità degli atti compiuti da tali soggetti in quanto l'attività da questi svolta potrebbe essere ricondotta nell'ambito disciplinare dell'art. 1418 c.c., il quale - com'è noto - prevede la nullità del contratto ove questo sia contrario a norme imperative.

Al fine di attivare un'indagine *in subiecta materia* necessita, per un verso, l'accertamento della *effettiva portata* dispositiva della menzionata norma civilistica, per altro l'individuazione della *rilevanza* ascrivibile al provvedimento abilitativo indispensabile per l'esercizio di un'attività riservata. Va da sé che tale verifica dovrà essere effettuata con prevalente riguardo alla realtà di mercato e, in particolare, all'indirizzo giurisprudenziale in materia di inderogabilità delle disposizioni del TUB relative al conferimento del nominato provvedimento.

La nullità del contratto disposta dall'art. 1418 c.c. per contrarietà a *norma imperativa*, vale a dire non derogabile dalla volontà delle parti, identifica un criterio fondante nella disciplina del contratto; ciò in quanto essa è predisposta per la tutela di interessi generali, cui il legislatore ha correlato la disposizione del primo comma, nel

quale si puntualizza che ove sussista detta 'contrarietà' il contratto non produce effetti giuridici e va considerato come se non fosse mai esistito.

Al fine di specificare meglio la portata dispositiva dell'art. 1418 cod. civ. si fa presente, poi, che essendo la nullità un rimedio di carattere eccezionale necessita, affinché possa essere dichiarata, la presenza di una previsione espressa, come si evince dal fatto che il regolatore si è preoccupato di richiamare espressamente, nel secondo comma di tale disposizione alcune ipotesi di nullità previste dalla legge, concludendo nel terzo comma con una disposizione che raccorda la nullità ancora una volta agli "altri casi stabiliti dalla legge".

Ciò ha indotto la dottrina a non escludere che siano configurabili alcune situazioni nelle quali la nullità ex art. 1418 cod. civ. non si applica in modo assoluto. In tale logica sono state prese in considerazione le ipotesi di *nullità relativa*, la quale si caratterizza per l'inosservanza di requisiti di forma (attribuendo carattere incontestabile ed univoco ai rapporti negoziali che si caratterizzano per la loro configurazione di massa) ed è posta in essere nell'esclusivo interesse dell'investitore (il solo legittimato a farla valere) come viene precisato da Raffaele Lener³⁰; analogamente si è dato rilievo ai casi di *nullità di protezione*, azionata «allo scopo di proteggere il contraente debole nei confronti della controparte contrattuale» evocati da Mirella Pellegrini in tempi lontani³¹. E' evidente come la materia in osservazione non abbia trovato anche nel passato facile definizione, prestandosi ad interpretazioni variegata le quali hanno dato luogo ad un'alternanza esegetica che sembra permanga anche nel presente.

Non a caso, anni addietro esaminando la problematica ascrivibile all'art. 1418 cod. civ., avevo modo di sottolineare che talora si rinvenivano 'forzature' nella interpretazione di tale norma, ritenuta ora applicabile in modo assoluto, ora soggetta ad una finalità di protezione di una delle parti negoziali in ragione della sua debolezza³².

³⁰ Cfr. *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (Prime note sul neoformalismo negoziale)*, in *Banca borsa titoli cred.*, 1990, I, p. 780 ss.

³¹ Cfr. *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 171.

³² Cfr. *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della Mifid*, Padova, 2008, p. 52.

A ben considerare, l'esigenza di assicurare livelli ottimali di tutela dei risparmiatori/investitori e di riattivare la *fiducia* di questi ultimi nei confronti degli intermediari si è tradotta in una lettura della normativa in parola che supera la portata dispositiva della stessa, la quale - a mio avviso - deve essere circoscritta ad inficiare le fattispecie riconducibili essenzialmente alle specifiche ipotesi previste dalla legge. Significativo, al riguardo, è l'orientamento espresso dalla Cassazione a SS.UU, la quale - agli inizi di questo millennio - respinse la tesi che invocava l'inosservanza delle regole comportamentali elencate nell'art. 21 t.u.f. come causa di nullità del contratto di investimento per violazione di *norme imperative* (ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.)³³.

Ciò posto, è indubbio che l'analisi del rapporto tra le attività "riservate" e le norme imperative aiuta ad individuare gli eventuali correttivi per garantire la stabilità e la trasparenza del sistema finanziario.

Al riguardo, è bene ricordare che le norme imperative, in ragione della loro inderogabilità, nel settore finanziario devono essere considerate fondamentali per proteggere gli investitori e mantenere l'integrità del mercato. Va osservato, pertanto, che la mancanza di un provvedimento abilitativo che legittimi l'esercizio di determinate attività può essere ritenuta causa di nullità solo ove sia possibile ricondurre a una norma imperativa il provvedimento d'autorizzazione rilasciato a banche, intermediari finanziari e società di gestione del risparmio.

La soluzione di questo quesito è stata di recente data dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 18 marzo 2024, n. 7243, nella quale si precisa che «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 TUB». Ne consegue che dal mancato rilascio della licenza all'intermediario 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». Viene in tal modo

³³ Cfr. la sentenza n. 26724 del 2007.

superato l'indirizzo della giurisprudenza di merito che in fattispecie riguardanti l'esercizio di attività finanziarie aveva qualificato come norme imperative quelle relative all'iscrizione degli operatori negli appositi albi dei soggetti abilitati, dalla cui violazione deriverebbe la nullità ex art. 1418, comma 1, cod. civ.³⁴

A ben considerare non si è in presenza di una valutazione dicotomica tra la regolazione amministrativa riguardante l'impianto organizzativo degli operatori finanziari e quella civilistica che disciplina la contrattualistica che ai medesimi fa capo; valutazione che in passato - con riguardo al rapporto tra *contratto* e *mercato* - ha costituito oggetto di analisi da parte della dottrina³⁵. Ed invero appare del tutto convincente l'osservazione, formulata nella citata ordinanza della Cassazione, nella quale si sottolinea che «in relazione all'interesse tutelato, qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, ma ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di *preminenti interessi generali della collettività o valori giuridici fondamentali*». Da qui la logica conclusione (formulata nella ordinanza in esame) secondo cui non sussistono validi motivi per trasferire «sul piano del rapporto negoziale le conseguenze delle condotte difformi degli operatori al fine di provocare il travolgimento dei contratti ...asseritamente viziati da invalidità derivata».

È questa una soluzione perfettamente in linea con l'esigenza di superare il divario tra i contraenti forti e gli altri rappresentata, in passato, dalla sentenza della Cassazione a SS.UU del 2007 dianzi richiamata. Nell'occasione il Supremo Collegio, muovendo dalla tradizionale distinzione tra *norme di comportamento* dei contraenti e *norme di validità* del contratto, ha puntualizzato che «la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ...(non incide) ... sulla genesi dell'atto negoziale,nel senso che non è idonea a provocarne la nullità».

Sulla base di tali considerazioni ritengo che - esclusa la possibilità di invocare la

³⁴ Cfr. tra le altre Trib. di Civitavecchia, sentenza n. 1516 del 27 dicembre 2023. Va segnalato, peraltro, che la Corte d'Appello di Firenze, con sentenza del 20 settembre 2024, pubblicata il successivo 25 settembre, ha aderito a quanto affermato nella richiamata ordinanza della Corte di Cassazione.

³⁵ Cfr. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, Padova, 2005, vol. VII, p. 193 ss.

nullità ex art. 1418 cod. civ. per rinvenire comunque una soluzione al problema che ci occupa - per una compiuta interpretazione degli interventi operativi posti in essere da soggetti non abilitati nei confronti di risparmiatori/investitori bisogna aver riguardo alla *ratio* di fondo sottesa alla regolazione in esame. Per vero, la finalità di tutela del contraente debole che contraddistingue la materia in esame orienta la normativa ad evitare che possano essere perpetrati dagli intermediari tentativi di sopraffazione a danno della clientela. Si è in presenza di una situazione nella quale, come è stato evidenziato da un'attenta studiosa, dette finalità identificano il naturale presupposto per un sistema concorrenziale sano e, dunque, per addivenire al buon funzionamento di un mercato, efficiente e garantistico.

7. Dalle riflessioni formulate in precedenza emerge con chiarezza che non va trascurata l'esigenza di valutare se, nonostante sussistano i presupposti che legittimano la presenza di una causa di nullità, debba essere accettata *tout court* l'idea che possa essere caducato il negozio irregolare o se, invece, sia necessario dare spazio ad un diverso giudizio in ordine alla configurazione del rapporto in esame, evitando quindi che esso venga nella sua interezza posto nel nulla.

Trova crescente affermazione, inoltre, la possibilità di far ricorso alla forma della c.d. nullità selettiva che integra una fattispecie delle *nullità di protezione* (finalizzate a colmare l'asimmetria informativa tipica dei contratti dei risparmiatori). Si assiste ad una generalizzata accettazione della logica che riconosce l'opportunità di una diffusa protezione riservata dall'ordinamento agli investitori, logica confortata anche dall'orientamento della giurisprudenza non solo nazionale, ma anche della Corte di giustizia europea, la quale in più occasioni si è soffermata sull'analisi della portata dispositiva dell'art. 6 della direttiva n. 93/13 CEE che, nel paragrafo primo, ha riguardo alle «clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista». Ciò mi induce a ritenere che nei contratti d'investimento le nullità assolute (nelle quali la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse) siano destinate ad essere inquadrare progressivamente in una logica di conservazione

della realtà negoziale.

È evidente come la soluzione del problema delle nullità contrattuali evidenzia uno specifico raccordo alla «conformazione giuridico economica del mercato»; ciò in quanto le implicazioni negative rivenienti da ipotizzabili criteri disciplinari che consentono forme generalizzate di invalidità contrattuale finiscono, in concreto, col minare la fiducia nel mercato.

Ciò induce a riflettere sulla interazione esistente tra la materia che qui ci occupa e la *stabilità* dei mercati, atteso che quest'ultima risulta strettamente correlata alla peculiare natura dell'oggetto del rapporto negoziale - vale a dire la «*prestazione dei servizi finanziari*» - che, nel suo variegato dispiegarsi, agisce da fattore catalizzatore nel determinare le linee di sviluppo del mercato e, più in generale, quelle del sistema economico. Ed invero, un attento ricorso all'applicazione delle nullità contrattuali, consente di superare la concezione del cd. *paternalismo contrattuale* utilizzata a fini di tutela di particolari rapporti giuridici³⁶; a ben considerare, l'attivazione di meccanismi processuali volti a invalidare il contratto (ove ne ricorrano i presupposti) è coerente con l'esigenza di un adeguato posizionamento dell'investitore all'interno del rapporto negoziale. Sicché si dà spazio ad una consapevolezza dell'*agere*, che deve considerarsi fattore imprescindibile per gli equilibri complessivi di una relazione contrattuale ora improntata alla dialettica «autonomia - controllo - responsabilità». A ciò si aggiungano le implicazioni negative rivenienti da ipotizzabili criteri disciplinari che consentono forme generalizzate di invalidità contrattuale le quali, sul piano delle concretezze, finiscono col minare la fiducia nel mercato.

Nello specifico, le nullità - nel rendere possibile la modifica di parti significative delle negoziazioni che vengono poste in essere nel mercato e, in taluni casi, anche la totale invalidità delle stesse - incidono sulla tradizionale relazione che intercorre tra le

³⁶ Cfr. tra gli altri KRONMAN, *Paternalism and the Law of the Contracts*, in *Yale Law Journal*, 1988, p. 763 ss.; PERGEL, *Paternalism and Contract: a Critique of Anthony Kronman*, in *Cardozo Law Review*, 1988, p. 593 ss. Per la letteratura italiana, rileva il contributo di COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 120 ss., ove si analizzano le particolari implicazioni del *paternalismo* sulle manifestazioni dell'autonomia privata.

parti, come definita nel riferimento allo schema del *sinallagma giuridico*; donde i significativi riflessi che la dottrina ne ha desunto con riferimento ai contratti di investimento, pervenendo alla conclusione che questi ultimi non rispondono agli ordinari canoni che connotano le relazioni negoziali «fra controinteressati», poiché una delle parti, l'intermediario, è per legge tenuto ad agire nell'interesse esclusivo dell'altra, l'investitore³⁷.

In tale ordine di idee rileva l'osservazione anni addietro formulata da Filippo Sartori, secondo cui il legislatore ha inteso tutelare «la libertà di autodeterminazione dell'investitore e il suo *interesse negativo* a non stipulare un contratto dal contenuto alterato o finanche invalido»³⁸; laddove, su un piano più strettamente economico, è di tutta evidenza il fatto che la presenza di ingenti quantitativi di negoziazioni inficiate da nullità può contrastare gli equilibri del mercato, assurgendo a fattore d'instabilità di quest'ultimo.

Sotto altro profilo, l'indagine deve aver riguardo allo stretto nesso che si individua tra disciplina del contratto, tutela dei risparmiatori ed equilibri complessivi del sistema; esso consente la riconduzione della materia in esame nell'ambito della regolazione pubblicistica del credito e, dunque, giustifica la presenza di specifici interventi da parte delle autorità di settore. Conseguenza la problematica relativa alla possibilità consentita agli organi di vigilanza di fissare alcune «condizioni» delle operazioni poste in essere tra intermediari bancari e clientela. Analogamente è a dirsi della facoltà per la Banca d'Italia di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato», stabilendone la nullità in caso di difformità. Non a caso un autorevole studioso, valutando tale realtà normativa, ha sottolineato come il diritto di settore sovente imponga che «il contratto contenga tutta una serie di elementi, anche non essenziali, la cui mancanza di regola non determinerebbe

³⁷ Sul punto cfr. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 404.

³⁸ Cfr. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (SS.UU.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *www.ilcaso.it*, documento n. 92, p. 4.

nullità»³⁹.

E' evidente come la riflessione sulla tematica della nullità dei contratti di investimento consente di pervenire ad una lettura delle regole sull'invalidità delle negoziazioni nella quale l'incrocio tra profili civilistici, criteri fondanti della legislazione speciale e indicazioni della giurisprudenza nazionale ed europea conseguono un razionale punto di congiunzione, che facilita lo svolgimento della operatività nei mercati finanziari.

Il regime delle nullità, anche grazie alle garanzie di tutela dei consumatori sancite nei Trattati UE, presenta oggi ancor più di quanto non sia avvenuto nel passato una peculiare centralità nell'ambito della disciplina generale del contratto. Le soluzioni proponibili evidenziano, infatti, una innovativa modalità di esecuzione dei contratti finalizzata al riequilibrio delle posizioni delle parti nella dialettica negoziale, evitando le distorsioni di un inadeguato utilizzo del potere decisionale alle medesime assegnato dall'ordinamento.

Conseguentemente la giurisprudenza è chiamata ad assolvere, più di quanto non sia dato registrare nel passato, il compito di aiutare a comprendere quali debbano essere i criteri per valutare la effettiva portata della normativa riguardante la nullità. Essa guida, infatti, l'interprete ad individuare la «violazione di norme dai contenuti sufficientemente specifici» (per usare un'espressione del compianto Mario Nuzzo), accogliendo - ove possibile - la richiesta di utilizzare l'azione di nullità in forma cosiddetta *selettiva*.

Per concludere possiamo dire che resta tuttora difficilmente risolvibile il problema della determinazione dei limiti entro i quali può essere fatta valere la nullità o, più esattamente, del *quando* in presenza di quest'ultima sia possibile attivare una *conversione* del contratto. Nello specifico, la soluzione di tale interrogativo non può prescindere da valutazioni nelle quali si tenga conto della tendenza legislativa che mira alla *conservazione* della efficacia degli atti giuridici, come nel caso disciplinato dall'art.

³⁹ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, pp. 213-214.

1424 cod. civ, che prevede una ipotesi di conversione sostanziale.

Sicché, nella gran parte delle situazioni caratterizzate dalla presenza di elementi di invalidità deve aversi riguardo alla prospettiva di dare riconoscimento ad una nullità *parziale*⁴⁰. Nella ricerca si dovrà tener conto, peraltro, che la normativa speciale mostra un chiaro *favor* per la «salvaguardia del cliente non qualificato»⁴¹, donde la diversità fra la logica (della «uguaglianza formale») a base della disciplina generale del contratto, contenuta nel codice civile, e quella sottesa alla regolazione contenuta nel TUF⁴². Conseguo il convincimento, da me espresso in tempi ormai lontani, che il legislatore, in presenza di situazioni che danno luogo a possibili divari nella relazione pattizia (con inevitabili implicazioni negative sugli equilibri reali della stessa) abbia voluto adottare «misure» idonee a rendere effettivo l'assioma della parità tra le parti negoziali, la quale su un piano generale deve ritenersi rispondente ad apprezzabili ragioni di «equità» sostanziale⁴³.

Francesco Capriglione

⁴⁰ Cfr. tra gli altri PUTTI, *La nullità parziale - Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, *passim*.

⁴¹ Cfr. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 243.

⁴² Cfr., *ex multis* PISANI MASSAMORMILE, *Emissioni obbligazionarie e responsabilità degli intermediari*, in *Banca e borsa*, 2005, I, spec. p. 768; COSTI — ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2004, *passim*, ma spec. p. 368.

⁴³ Cfr. CAPRIGLIONE, *Introduzione a AA.VV., I contratti dei risparmiatori*, Milano 2013, p. 19.

LA CRISI DELLA CD. «BANCA DI FATTO» NEL DIRITTO INTERNO E NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

*(The Crisis of the So-Called «De Facto Bank» in Domestic Law and EU
Law)*

ABSTRACT: *L'articolo prende le mosse dalla ricognizione storica delle soluzioni adottate mentre era vigente la legge bancaria del 36/38 con riguardo alla disciplina concorsuale della banca operante senza autorizzazione (cosiddetta “di fatto” o “abusiva”). Si procede poi ad esaminare le novità introdotte dal T.U. bancario del '93 (e successive modificazioni) alla disciplina della crisi degli enti creditizi per concludere che non hanno modificato le ragioni per ritenere la banca di fatto non soggetta al fallimento, fin quando è stato vigente, ed ora alla liquidazione giudiziale bensì alla liquidazione coatta amministrativa prevista per le banche e disciplinata dal T.U. bancario. A favore di questa conclusione vengono tratti ulteriori argomenti dal diritto UE e dalla corretta valutazione delle definizioni giuridiche in senso proprio rispetto ad espressioni linguistiche riassuntive anche di elementi di disciplina. Infine, si esamina la disciplina della procedura di risoluzione degli enti creditizi e si afferma la sua non applicabilità alla banca di fatto.*

The article begins with a historical review of the solutions adopted while the banking law of 36/38 was in force regarding the bankruptcy discipline of the bank operating without authorization (so called “de facto” or “abusive”). It then proceeds to examine the innovations introduced by the 1993 Consolidated Law on Banking (and subsequent amendments) to the discipline of the crisis of credit institutions to conclude that they have not changed the reasons for considering the bank de facto not subject to bankruptcy, as long as it was in force, and now to judicial liquidation but rather to the

* Contributo approvato dai revisori.

compulsory administrative liquidation provided for banks and regulated by the Consolidated Law on Banking. In favor of this conclusion, further arguments are drawn from EU banking law and from the correct evaluation of legal definitions in the strict sense with respect to linguistic expressions that also summarize elements of discipline. Finally, the discipline of the resolution procedure of credit institutions is examined and its non-applicability to the abusive banking is affirmed.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli orientamenti formati sotto la legge bancaria del '36- '38. - 3. Le novità del T.U. bancario rilevanti per la questione e orientati alla soggezione della banca di fatto al fallimento. - 4. Argomenti spesi a favore della liquidazione coatta della banca di fatto. - 5. (segue) Inadeguata reazione del nostro ordinamento in conseguenza dell'applicazione della liquidazione giudiziale alla banca di fatto. - 6. Ente creditizio e banca di fatto nel diritto UE. - 7. Ulteriori argomenti favorevoli alla liquidazione coatta della banca di fatto - 8. Banca di fatto, riduzione/conversione di partecipazioni o passività e risoluzione.

1. Il tema della c.d. «banca di fatto» e, più precisamente, del regime concorsuale da applicarle non è certamente nuovo; tuttavia, l'insoddisfazione suscitata in chi scrive dallo stesso orientamento espresso, sia pure incidentalmente, su questo punto¹, induce a proporre l'iter di un approfondimento. In ogni caso, l'approfondimento è correlato al profilo più generale della messa a fuoco del concetto stesso di attività bancaria che, come altrove si è avuto modo di evidenziare², si presenta come funzionale anche all'individuazione dei fenomeni abusivi, sanzionati poi penalmente dagli artt. 132 e 133 t.u.b. (concernenti rispettivamente l'attività bancaria abusiva e l'abusiva attività di raccolta di risparmio tra il pubblico)³, sicché di tale specifica

¹ In un precedente lavoro, chi scrive, fermandosi alla considerazione del dato normativo di diritto interno, aveva, come detto, incidentalmente ritenuto che il T.U. bancario contenesse “indizi” significativi per risolvere negativamente la questione della soggezione dell'impresa bancaria abusiva alla liquidazione coatta amministrativa fallimento: G. DESIDERIO, *L'attività bancaria. Fattispecie ed evoluzione*, Milano, 2004, *op. cit.*, p. 510 ss.

² Sia consentito il rinvio a G. DESIDERIO, *op. cit.*, p. 47.

³ Vedi A. MEYER, *La tutela penale dell'accesso*, in *Diritto penale della banca, del mercato mobiliare e finanziario* a cura di AA. VV. autori vari coordinati da A. Meyer e L. Stortoni, Torino, 2002, dove si traccia un profilo storico della repressione penale dei fenomeni abusivi (pp. 65 ss.) per poi arrivare alle disposizioni vigenti (p. 75 ss. e 114 ss.); V. PATALANO, *Reati ed illeciti del diritto bancario*, Torino,

funzione non può non tenersi conto proprio in sede di costruzione del concetto stesso di attività bancaria.

2. La disamina del profilo storico del problema del regime concorsuale della banca di fatto ne delinea chiaramente i contorni. Quando era vigente la legge bancaria del '36-'38 (quindi fino al 1993), si erano profilati due distinti, anzi contrapposti, orientamenti con riguardo al regime giuridico da applicare alla situazione in cui emergeva in tutta la sua complessità il fenomeno dell'attività bancaria esercitata da un soggetto privo di autorizzazione – la cd. «banca di fatto» – cioè quella del suo dissesto⁴.

2003, p. 157 ss.; R. SALOMONE, *I reati della legge bancaria*, in *I reati bancari* a cura di P. d'Agostino, R. Salomone – C. Sartorello, Padova, 2004, p. 222 ss., in *Tratt. Dir. penale dell'impresa* diretto da A. Di Amato, vol. III.

⁴ A tale riguardo P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. materie priv. – sez. comm.*, vol. VII, Torino, s.d. ma 1992, p. 55, riporta il diffuso convincimento secondo cui il fenomeno della «illiceità dell'impresa si presenti in due gradazioni di diversa intensità: c'è un'illiceità “forte” ogni qual volta la produzione di certi beni o di certi servizi è vietata in modo assoluto cioè per tutti e incondizionatamente; c'è poi un'illiceità in senso “debole” quando la produzione è vietata in difetto di certe condizioni ovvero è riservata a date figure soggettive o classi di figure soggettive». Evidentemente la banca abusiva si connoterebbe per una illiceità in senso debole, secondo la classificazione poc'anzi richiamata, ma che lo stesso A. rileva essere in certo modo arbitraria, ritenendo invece metodologicamente corretto disaggregare la disciplina onde individuare un «criterio di selezione della disciplina applicabile fondato sugli interessi tutelati dalle diverse norme dello statuto» (p. 56). Nel prosieguo del discorso si avrà modo di verificare quanto siano, per così dire, “forti” le ragioni di tutela del risparmio sottese al regime di riserva proprio dell'attività bancaria. L'approccio proposto da questo A., certamente persuasivo, si fonda sulla diversità di piani su cui giacciono le prospettive dell'illiceità dell'attività e dell'illiceità degli atti nella quale la si scompone (la più convincente messa a fuoco di questa distinzione si deve a G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 119-120). Quest'ultima esula dalla presente trattazione, comunque, per la giurisprudenza relativa agli effetti della mancanza di autorizzazione all'attività sul contratto in un settore vicino a quello bancario (nel caso si trattava di prestazione di servizi di investimento), si rinvia, tra diverse (peraltro, a quanto consta, generate tutte dal contenzioso generatosi in conseguenza del dissesto di un'impresa non autorizzata – la Gestival s.p.a. – che aveva prestato servizi di investimento), a Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109 e in *I Contratti*, 2002, p. 28; Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1062; Cass. 5 aprile 2001, n. 5052, in *Dir. banc.*, 2002, I, p. 97 (con nota contraria di P. DE BLASI, *Non tutti i gatti sono bigi e neppure lo sono gli strumenti finanziari o i clienti. Sim di fatto e nullità di contratti di swap*, *ivi*, pp. 108 ss., dove la mancanza appunto di autorizzazione è stata ritenuta tuttavia rilevante anche sul piano dell'atto sottostante all'attività e quindi causa di nullità dei contratti stipulati dall'operatore abusivo. Peraltro giova segnalare la circostanza che, per quanto riguarda i contratti con i quali si realizza l'abusiva attività di raccolta del risparmio, cioè quella che desta il maggiore allarme e genera l'esigenza di tutela, la conclusione per cui il contratto (ad es., di deposito connesso o meno con un conto corrente bancario) sarebbe nullo il contratto in quanto posto in essere da un soggetto non autorizzato non determinerebbe un risultato di particolare rilievo in punto di fatto, nel senso che l'effetto restitutorio – conseguente alla eventuale dichiarazione di nullità del contratto – sarebbe comunque assicurato dall'esecuzione del contratto e ciò costituisce un tratto distintivo dei contratti restitutorii, *genus* cui appartiene anche il deposito: cfr. A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti*

Alla stregua di un primo orientamento, per vero maggioritario, si era ritenuto che la banca di fatto fosse soggetta, in caso di dissesto, alla liquidazione coatta amministrativa bancaria prevista dall'allora vigente legge bancaria in quanto esercente l'attività prevista dall'art. 1 l.b. ed indipendentemente dall'autorizzazione. Tale conclusione, da un lato, risultava pienamente compatibile con la circostanza che la legge bancaria non offriva una definizione di banca e, dall'altro, era giustificata con ciò che l'esercizio dell'attività bancaria poteva considerarsi una violazione di norme di eccezionale gravità, tale quindi da integrare il presupposto della liquidazione coatta amministrativa bancaria indicato dall'allora vigente art. 67, 1° comma, lett. a), l.b. rappresentato appunto dall'essere «le violazioni di norme [...] legali [...] di eccezionale gravità».

Sul piano della *ratio* l'esito interpretativo si giustificava in funzione della tutela dei risparmiatori incappati nell'impresa abusiva, quando cioè il pregiudizio dei loro interessi proveniva da imprese che operavano nell'illegittimità, il che esigeva *a fortiori* la tutela apprestata per l'ipotesi normale che ad operare fossero banche autorizzate⁵.

sinallagmatici, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, pp. 855 ss. Per altro verso, la nullità del contratto di deposito di danaro stipulato da soggetto non autorizzato ad esercitare l'attività di raccolta del risparmio sortirebbe l'effetto di rendere inefficaci anche le probabili clausole concernenti la remunerazione del deposito, il che, evidentemente, potrebbe andare anche a vantaggio dell'imprenditore abusivo, perlomeno in situazione in cui il tasso di interesse legale sia basso (come è stato ad es. negli anni 2020/2021 in cui era rispettivamente pari 0,05 e 0,01%; non così invece allo stato attuale, considerato che, per effetto del d.m. del Ministero dell'economia e delle finanze del 31 dicembre 2022, è stato portato al 5%) se si conviene sul punto che gli interessi compensativi, addebitabili a chi ha abusivamente raccolto in sede di restituzione disposta con la sentenza che dichiara la nullità del contratto, non paiono ragionevolmente costituire un ristoro economicamente equivalente agli interessi convenzionali). In giur. Per l'affermazione della nullità *ex art. 1418, 1° comma, c.c.* (escludendo che si tratti di una nullità relativa o di protezione) del contratto di deposito a risparmio stipulato con una banca di fatto v. Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760, in *One Legale*, dove si afferma che, considerato il «necessario assoggettamento di uno dei contraenti ad un complesso ordinamento settoriale, preordinato alla tutela d'interessi che trascendono la sfera individuale», è conseguente ritenere che «qualora il legislatore vieti, in determinate circostanze, di stipulare il contratto, e nondimeno il contratto venga stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa, e non può quindi dubitarsi che ne discenda la nullità dell'atto, per ragioni ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo (cfr. Cass., Sez. Un., 19/12/2007, n. 26724 e 26725)», sicché, per la restituzione delle somme depositate deve considerarsi che detti contratti possono essere convertiti, *ex art. 1424 cod. civ.*, ove, in presenza dei requisiti di forma e di sostanza degli ordinari contratti di mutuo o di deposito irregolare, risulti accertata l'ipotetica volontà delle parti (*ivi*, par. 6.3).

⁵ In questo senso vedi tra i molti B. LIBONATI, *Legge bancaria e «banca di fatto»*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 53 ss.; L. DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981, pp. 10 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*¹, Bologna, 1986, pp. 217-218 e 562-563;

Su tale posizione si era attestata anche la giurisprudenza di legittimità e, salvo talune eccezioni, quella di merito⁶.

Si contrapponeva a questa impostazione quella secondo cui la disciplina speciale bancaria, ivi compresa quella della liquidazione coatta amministrativa, aveva come destinatari esclusivamente i soggetti autorizzati, dandosi luogo altrimenti ad una indebita assimilazione della banca di fatto a quella autorizzata, quasi che la soggezione alla liquidazione coatta costituisse un beneficio, conseguente alla sottrazione al fallimento⁷.

3. L'orientamento favorevole alla soggezione della banca di fatto alla liquidazione coatta è stato poi mantenuto da diversi autori anche dopo l'emanazione del t.u. bancario⁸ nonostante vi fossero le condizioni per «riconsiderare il problema»

P. DE VECCHIS, voce *Aziende e istituti di credito: I*), in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, p. 4; S. FORTUNATO, *Commento sub art. 67 l.b.*, in *Codice commentato della banca* a cura di F. Capriglione e V. Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 798-799; parrebbe orientato nello stesso senso anche E. GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale – Banca d'Italia*, Roma, n. 24, 1991, p. 24-25.

⁶ Così *ex multis*: Cass., sez. un., 13 marzo 1965, n. 425, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1965, II, p. 1; Cass., 19 luglio 1974, n. 2176, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 19; Cass., 11 gennaio 1979, n. 196, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1980, II, p. 52; Cass., sez. un., 9 dicembre 1985, n. 6178, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1398; Cass., sez. un., 10 gennaio 1986, n. 62, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 802. Ma, in particolare nelle ultime applicazioni della legge bancaria, si conta qualche pronuncia di merito favorevole alla soggezione al fallimento della banca di fatto: Trib. Roma, 20 febbraio 1992, *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 69 (con nota critica di F. CAPRIGLIONE, *Banca di fatto, nuovo orientamento della giurisprudenza e riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità di controllo bancario*, *ivi*, pp. 73 ss.); Trib. Venezia, 16 ottobre 1997, *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 226.

⁷ F. MARTORANO, *L'impresa bancaria non autorizzata*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1966, I, p. 147 ss.; LANZA, *Banchiere di fatto, banchiere abusivo e banchiere assimilato*, *ivi*, 1965, I, p. 83 ss.

⁸ Vedi infatti R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁴, Bologna, 2007, pp. 344-345 e 804-805; S. FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il t.u.: lineamenti generali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, p. 769; S. BONFATTI, *Commento sub art. 80*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*² a cura di F. Capriglione, Padova, 2001, p. 617 ss.; ID., *Commento sub art. 80*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, G. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro, Bologna, 2003, t. II, p. 1272 ss.; G. RATTO, *Mancanza di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e disciplina dell'insolvenza*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 80 ss.; B. PETRAZZINI, *Brevi note in tema di banca di fatto e fallimento*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 31; in termini più sfumati vedi anche A. VERONELLI, *Questioni in tema di applicabilità dell'art. 70 ult. comma alla banca di fatto*, in *La crisi del gruppo bancario* a cura di G. Bavetta, Milano, 1997, p. 292-293; V. ALLEGRI, *Le banche fra diritto speciale e diritto comune*, in AA.Vv., *Diritto della banca e del mercato finanziario*², Bologna, 2003, p. 40; M. SANDULLI, *La liquidazione coatta delle banche fra diritto comune e diritto speciale: il rinvio alla legge fallimentare*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 446-447; V. CALANDRA BUONAURA, *La banca come impresa e l'accesso all'attività*

della c.d. banca di fatto⁹, come del resto testimonia la pattuglia niente affatto esigua di coloro che nel nuovo contesto normativo hanno ritenuto che la banca abusiva debba considerarsi soggetta, prima, al fallimento e, dal 15 luglio 2022, alla liquidazione giudiziale¹⁰.

I dati normativi che il t.u. bancario offre sono diversi. In primo luogo, l'autorizzazione è parte integrante della vigente "definizione" di banca, che si riferisce infatti alla «impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria» [art. 1, comma 1, lett. a), t.u.b., rubricato «Definizioni»], sicché ora risulterebbe formalmente inappropriata la stessa locuzione «banca di fatto»¹¹, diventata quindi una sorta di ossimoro. Peraltro, si continuerà ad utilizzare questa locuzione nel prosieguo per indicare – con sintesi verbale di perdurante efficacia – l'impresa bancaria priva di autorizzazione¹².

A questo punto viene in rilievo l'art. 80, comma 1, t.u.b., che disciplina la liquidazione coatta amministrativa appunto «delle banche», richiamando quindi, in virtù della definizione appena richiamata, solo i soggetti autorizzati. Alla stregua di questo dato è risultata agevole l'inferenza secondo cui per i soggetti che sono invece privi di autorizzazione la disciplina applicabile dovrebbe essere non già quella speciale contenuta nel T.U. bancario bensì quella del diritto comune concorsuale, cioè il fallimento ed ora la liquidazione giudiziale. Inoltre, viene rilevato che lo stesso art. 80,

bancaria, in V. CALANDRA BUONAURA – M. PERASSI – C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, Padova, Cedam, 2001, pp. 78-79; L. DI BRINA, *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in *L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2010, t. II, pp. 700-701; R. CUONZO, sub *art. 80*, in S. Bonfatti [a cura di], *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pisa, Pacini Editore, 2021, p. 467.

⁹ M. PORZIO, voce *Banca e attività bancaria*, *cit.*, p. 160. Nella prospettiva penalistica vedi V. PATALANO, *op. cit.*, p. 157 ss.

¹⁰ Infatti, con il d.lgs. n. 83/2022 (con uno slittamento di quasi due anni dalla data originariamente prevista, il 15 agosto 2020) è stata confermata la data del 15 luglio 2022 quale momento di definitiva entrata in vigore del «Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza» (d.lgs. n. 14/2019), che appunto ha sostituito la legge fallimentare e introdotto la nuova nozione e relativa disciplina della liquidazione giudiziale quale forma archetipica di procedura concorsuale.

¹¹ In questo senso anche M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, *cit.*, p. 117, il quale rileva come «in questo contesto legislativo la stessa espressione "banca di fatto" non è predicabile: un soggetto che svolgesse attività bancaria senza esserne autorizzato non è "banca" ai sensi del Testo unico».

¹² Per l'uso dell'espressione «banca di fatto» sotto la vigenza del T.U. bancario v. Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760.

comma 1, t.u.b. attribuisce al decreto ministeriale ivi previsto il duplice effetto di revocare l'autorizzazione all'attività bancaria ed aprire la procedura di liquidazione coatta amministrativa «il che fa presumere che il potere di porre in liquidazione, e cioè di eliminare la banca dal mercato, è strettamente correlato al potere di autorizzare lo stesso soggetto ad operare nel medesimo mercato»¹³.

Nello stesso senso parrebbe orientato il comma 6 dello stesso art. 80 t.u.b., dove è altresì disposto che «le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta previste dalle norme della presente sezione», dal che consegue che le banche, in quanto imprese autorizzate, sono sottratte al fallimento/liquidazione giudiziale¹⁴.

Si è ritenuto, infine, di trovare conferma che questa sarebbe l'opzione legislativa anche nella disposizione successivamente introdotta con l'art. 132-bis t.u.b.¹⁵, a norma del quale «se vi è fondato sospetto che una società svolga attività di raccolta del risparmio, attività bancaria o attività finanziaria in violazione degli articoli 130, 131, 131-bis, 131-ter e 132, 131-bis, e 132, la Banca d'Italia o l'UIC possono denunciare i fatti al pubblico ministero ai fini dell'adozione dei provvedimenti previsti dall'articolo

¹³ L. BARBIERA – G. GENTILE, *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003, p. 54.

¹⁴ In dottrina sono favorevoli all'applicazione del fallimento alla banca di fatto V. SANTORO, *Le «banche» non autorizzate*, in *Società*, 1994, p. 1676; ID., *Esercizio di fatto di attività bancaria e finanziaria*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia* a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 323; ancora con nuovi argomenti ID., *La crisi del gruppo bancario di fatto e della banca di fatto appartenente ad un gruppo*, in *La crisi del gruppo bancario* a cura di Bavetta, Milano, 1997, p. 165 ss.; L. PANZANI, *Banca di fatto e fallimento*, in *Fallimento*, 1996, I, p. 321, M. PORZIO, voce *Banca e attività bancaria*, in *Enc. dir.*, IV aggiornam., Milano, 2000, p. 160-161; ID., *Le imprese bancarie*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2007, p. 117 ss.; V. TUSINI COTTAFIVI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in G. BOCCUZZI, *La crisi dell'impresa bancaria*, Milano, 1998, p. 245 ss.; A. NIGRO, *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, I, p. 306; L. BARBIERA – G. GENTILE, *op. cit.*, pp. 53 ss.; M.P. DE TROIA – E. GALANTI, *L'accesso all'esercizio dell'attività*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, in *Tratt. dir. economia* diretto da Picozza e Gabrielli, V, Padova, 2008, p. 420-421; L. DONATO – C. FABBRIO, *La tutela penale dell'attività bancaria e finanziaria*, *ivi*, p. 1319-1320, che ritengono la tesi dell'applicazione della liquidazione coatta alla banca di fatto «del tutto fuori tempo».

¹⁵ Questo articolo è stato introdotto dall'art. 29, d.lgs. n. 342/1999. Su questa novella v. A.A. DOLMETTA - A. PERRONE, *Commento sub art. 29*, in *Le nuove modifiche al testo unico bancario - Commentario al d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342* a cura di Dolmetta, Milano, 2000, p. 110 ss. Sul rilievo che l'art. 132-bis t.u.b. può assumere al fine di confermare la sottrazione della banca di fatto alla disciplina del t.u. bancario v. M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, *cit.*, p. 119.

2409 del codice civile»¹⁶. Con questa disposizione gli esercenti attività bancaria senza autorizzazione sono stati quindi esplicitamente sottratti all'altra procedura tipica della disciplina bancaria, cioè all'amministrazione straordinaria, visto che l'art. 70 t.u.b., al comma 7, primo periodo, espressamente esclude l'applicazione dell'art. 2409 cod. civ. alle banche.

Il T.U. bancario sembra delineare, dunque, un contesto formalmente coerente con l'applicazione della disciplina delle crisi bancarie solo alle banche propriamente dette, cioè quelle autorizzate¹⁷. Del resto, prima dell'introduzione del nuovo e più articolato regime normativo delle crisi bancarie in attuazione della dir. 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, c.d. BRRD), che ha modificato anche i presupposti della liquidazione coatta bancaria (v. *infra* par. 4), non necessitava di particolare dimostrazione l'assunto per cui, nella previgente disciplina bancaria, amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa costituissero un modulo coeso di gestione delle crisi delle banche, sotteso da una evidente omogeneità di presupposti appartenenti al medesimo *genus* e differenziati per grado (di gravità) e non per specie, sicché era risultato perlomeno ragionevole postulare la sottrazione dei banchieri "abusivi" ad entrambe le procedure¹⁸. Pertanto, dal punto di vista della formulazione letterale di diverse disposizioni del T.U. bancario la scelta del legislatore interno parrebbe giustificata dall'opzione per cui lo statuto speciale delle crisi bancarie, che nel quadro definito dalla BRRD comprende dal 2015 anche la risoluzione¹⁹, vada applicato solo alle banche, vale a dire solo ai soggetti autorizzati. Ed in questo senso

¹⁶ R. SALOMONE, *I riflessi processuali e il segreto bancario*, in *I reati bancari*, cit., p. 425.

¹⁷ Vedi in proposito G. DESIDERIO, *op. cit.*, p. 513 ss., che, come detto all'inizio (v. *supra* nota 1), sia pure incidentalmente si era ritenuto sostenibile l'assunto alla luce del solo materiale normativo nazionale. Sia pure in forma dubitativa, vedi anche A.A. DOLMETTA – A. PERRONE, *op. cit.*, p. 112.

¹⁸ Così G. DESIDERIO, *op. cit.*, p. 513-514.

¹⁹ Quest'ultima procedura è stata introdotta dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, recante la «Attuazione della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento», appunto la c.d. BRRD (acronimo di *Banking Recovery and Resolution Directive*). A questo decreto è abbinato il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, che ha provveduto ad apportare le necessarie integrazioni al T.U. bancario onde coordinarlo al nuovo regime delle crisi bancarie.

risulta anche orientata la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del T.U. bancario²⁰.

4. Grave insoddisfazione per questo esito hanno manifestato comunque gli autori che, anche sotto la vigenza del T.U. bancario, hanno confermato l'opzione a favore dell'applicazione della liquidazione coatta amministrativa alla cd. banca di fatto²¹. Le ragioni che vengono invocate riguardano in sostanza il *deficit* di tutela che si determinerebbe in capo ai depositanti quando il loro rischio si presenta particolarmente intenso, allorché si trovano ad essere creditori di una impresa operante *contra legem* e con il pregiudizio di interessi generali. D'altro canto, conserva tutta la sua validità l'argomento per cui – come già sotto la l. bancaria – l'esercizio dell'attività bancaria senza l'autorizzazione può effettivamente integrare il presupposto della violazione normativa di eccezionale gravità già richiesto quale presupposto per la liquidazione coatta bancaria dall'art. 80, comma 1, t.u.b. vecchio stile²². Ma anche dopo il recepimento della BRRD, tra i presupposti delle procedure di gestione delle crisi bancarie figura la situazione in cui «risultano irregolarità nell'amministrazione o violazioni di disposizioni legislative, regolamentarie o statutarie

²⁰ Sotto la vigenza de t.u. bancario, in questo senso v. Trib. Brindisi, 16 aprile 1996, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 97 (con nota di V. SANTORO); Trib. Venezia, 16 ottobre 1997, *ivi*, 1999, II, p. 226 (con nota di L. CRISCUOLO, *Il fallimento della «banca di fatto»: una conferma*, *ivi*, p. 229); Trib. Brindisi, 15 luglio 1999, in *Fall.*, 2000, p. 1039 (con nota di PELLICCIA); Trib. Firenze, 18 febbraio 2003, in *Società*, 2004, p. 201; Trib. Firenze, 20 marzo 2003, *ivi*, p. 205 (con nota di A. COLAVOLPE). Inoltre, L. DONATO – D. MASCIANDARO, *Criminalità e intermediazione finanziaria*, Milano, 1996, p. 248 e 267, riferiscono di altre pronunce conformi ed inedite. Non si discosta invece dall'orientamento prevalso sotto la legge bancaria Trib. Pavia, 22 giugno 2000, in *Foro pad.*, 2000, I, p. 390.

²¹ Vedi in particolare R. COSTI, *op. ult. cit.*, pp. 344-345 e 804-805; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 221-223; M.S. GIANNINI – S. AMOROSINO, sub *art. 1*, in F. Capriglione [a cura di], *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018 (VI ed.), p. 11; V. CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 78-79, il quale anzi paventa che «l'affermarsi di una tendenza giurisprudenziale favorevole all'applicazione della procedura fallimentare potrebbe essere il sintomo di una latitanza delle Autorità creditizie cui la giurisprudenza tenta di supplire con il ricorso alle ordinarie procedure di composizione dell'insolvenza». Così anche M. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano, 2006, p. 304-305; G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società – Riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 80.

²² Nel momento in cui un'impresa esercita l'attività bancaria senza autorizzazione commette in effetti due violazioni, la cui estrema gravità è evidente: la prima riguarda la violazione della riserva di attività (artt. 10, comma 2 e 11, comma 2, t.u.b.); la seconda è l'obbligo di aderire ad un sistema di garanzia dei depositi (art. 96, comma 1, t.u.b.) e la perdurante adesione costituisce una condizione per il mantenimento dell'autorizzazione all'attività bancaria (art. 96-*quater*, comma 4, t.u.b.) e quindi una condizione necessaria per il legittimo esercizio di tale attività.

che regolano l'attività della banca di gravità tale che giustificerebbero la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività» [art. 17, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 180/2015]²³.

Sembra poi di dover convenire sul punto che la liquidazione coatta offre speciali possibilità di intervento (per modalità e tempi di esecuzione) senza cui la tutela degli interessi dei creditori/depositanti e, più in generale, la reazione dell'ordinamento al fenomeno abusivo rischiano seriamente di presentarsi assai meno incisive. Anzitutto per la ragione che, in caso di dissesto (o rischio di dissesto), la liquidazione coatta bancaria richiede, quale presupposto, le perdite di eccezionale gravità già ai sensi dell'art. 80, comma 1, t.u.b e ora dell'art. 17, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 180/2015, che si riferisce a «perdite patrimoniali di eccezionale gravità, tali da privare la banca dell'intero patrimonio o di un importo significativo del patrimonio»²⁴. Anzi la successiva lett. e) attribuisce rilievo, quale presupposto, anche al profilo prospettico vale a dire alla situazione in cui «elementi oggettivi indicano che una o più delle situazioni indicate nelle lettere a), b), c) e d) si realizzeranno nel prossimo futuro». Ciò ha in passato consentito un intervento anticipato rispetto all'insolvenza ex art. 1 l.fall ma lo stesso vale anche rispetto ai presupposti previsti nel nuovo contesto normativo instaurato dal Codice della crisi e dell'insolvenza, sicché possono rilevarsi nella disciplina bancaria profili che continuano a consentire l'anticipazione dell'intervento a carico della banca di fatto²⁵. Infatti, anche nel quadro del Codice della crisi e dell'insolvenza assumono

²³ Quindi, seppure è venuta meno la precedente simmetria anche lessicale tra i presupposti dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta bancaria, consistenti in irregolarità, violazioni di disposizioni e perdite «gravi», per la prima, e «di eccezionale gravità», per la seconda, pare corretto riconoscere una continuità sostanziale tra vecchio e nuovo regime, perlomeno per quanto riguarda il rilievo che la violazione di disposizioni (di legge, regolamento o statuto) assume autonomo rilievo quale presupposto che consente l'apertura di una procedura di rigore, lasciandosi ricondurre alla crisi di legalità non ancorata a profili economico patrimoniali.

²⁴ Si noti che secondo l'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 180/2015, «La banca è considerata in dissesto o a rischio di dissesto in una o più delle seguenti situazioni: [...] c) le sue attività sono inferiori alle passività; d) essa non è in grado di pagare i propri debiti alla scadenza; [...]». Quindi l'incapienza patrimoniale, di cui alla lett. c), e l'illiquidità, di cui alla lett. d), sono considerati autonomi indici del dissesto, il che comporta che le perdite di eccezionale gravità possano essere rilevanti indici del dissesto anche se non comportano incapacienza patrimoniale e illiquidità.

²⁵ Per le banche, comunque, l'insolvenza assume autonomo rilievo alla stregua dell'art. 82 t.u.b., cioè ai soli fini della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza ai sensi dell'art. 297 c.c.i., che costituisce

comunque rilievo, quali presupposti, soltanto profili patrimoniali e/o economico-finanziari. Ma anche considerando per ora solo questi ultimi presupposti, si ha che l'art. 2, lett. a), c.c.i. definisce «“crisi”»: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi» e la successiva lett. b) definisce «“insolvenza”»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

Con riguardo alla prima di queste definizioni può rilevarsi che essa si pone sì in un'ottica di prevenzione, laddove allude a flussi di cassa prospettici, ma limita l'orizzonte temporale a dodici mesi, mentre questa limitazione temporale netta non si rinviene nell'art. 17, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 180/2015 ove non a caso si fa riferimento al «prossimo futuro» purché col supporto di elementi oggettivi. Del resto, non si può escludere che la prognosi negativa sui flussi di cassa relativi all'attività di un'impresa che intermedia danaro possa formularsi in modo attendibile anche oltre i dodici mesi esatti²⁶. Quanto alla nozione di insolvenza, invero non innovata dal Codice della crisi e dell'insolvenza nella sostanza rispetto alla nozione che ne dava l'art. 5 l.fall.²⁷, può osservarsi che – una volta scontato il presupposto che la banca di fatto (come, del resto, la banca autorizzata) utilizza danaro raccolto tra il pubblico – qualora si dovesse attendere appunto l'insolvenza, cioè la mancanza di liquidità e la conseguente incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, allora la liquidazione giudiziale interverrebbe inevitabilmente quando ormai vi sono margini piuttosto scarsi per la salvaguardia delle ragioni dei depositanti in tempi soddisfacenti,

presupposto per l'esperimento delle azioni di revoca degli atti in frode dei creditori (art. 299, comma 2, c.c.i.) e della perseguibilità dei reati previsti a carico dell'imprenditore sottoposto a liquidazione giudiziale, stante il disposto dell'art. 343 c.c.i., secondo cui, a quei fini, «l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza [...] è equiparato alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale».

²⁶ In effetti, basta pensare a criticità derivanti, ad es., dal *mismatching* delle scadenze, potrebbero ben essere rilevate in una prospettiva superiore ai 12 mesi.

²⁷ Infatti, secondo l'art. 2, comma 1, lett. b), c.c.i. si definisce «“insolvenza”»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

visto che il patrimonio gravato dall'obbligo di restituzione è appunto insolvente e cioè, nella migliore delle ipotesi, totalmente immobilizzato tanto da determinare una condizione di illiquidità. Inoltre, la disciplina speciale bancaria prevede istituti quale quello della sospensione dei pagamenti ex art. 74 t.u.b., come intervento prodromico rispetto all'adozione del provvedimento di liquidazione coatta, laddove consente di anticipare la tutela con la temporanea imposizione di una *par condicio* in negativo, impedendo cioè che, temporaneamente, qualunque creditore possa essere pagato. Ciò, evidentemente, al fine di non compromettere la salvaguardia della *par condicio* propriamente detta una volta che la procedura concorsuale sia formalmente aperta²⁸.

Inoltre, l'insolvenza e la crisi nel sistema del Codice della crisi e dell'insolvenza possono condurre anche a esiti diversi dalla liquidazione giudiziale²⁹, tuttavia questi esiti alternativi alla dissoluzione liquidatoria dell'impresa presuppongono in genere la conservazione dell'impresa stessa mentre nel caso della banca di fatto si tratta di impresa abusiva e quindi illecita³⁰. E questo porta a considerare un'altra e assai rilevante differenza tra liquidazione coatta bancaria e liquidazione giudiziale: la possibilità che la prima possa essere disposta non solo nel caso di dissesto patrimoniale

²⁸ Sulla sospensione dei pagamenti vedi R. LENER, *Commento sub art. 74*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*² a cura di F. Capriglione, Padova, 2001, pp. 74 ss.; A. NIGRO, *Commento sub art. 74*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, G. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro, Bologna, 2003, t. I, p. 1198 ss.; M. ROSSI, *Commento sub art. 74*, in R. Costi – F. Vella [a cura di] *Commentario breve al Testo Unico bancario*, 2019, Padova, Cedam, pp. 397 ss. Nella prospettiva aziendalistica è significativo il rilievo secondo cui «i concetti di illiquidità/insolvenza possono essere applicati anche a realtà aziendali non bancarie. Nel caso delle banche emerge però un elemento tipico: il passaggio dalla condizione di illiquidità a quella di insolvenza è in genere molto rapido, e spesso non controllabile dalla singola istituzione»: così S. ZORZOLI, *Le soluzioni esogene alle crisi bancarie* in *Le crisi bancarie* a cura di R. Ruozi, Milano, 1995, p. 194, il che rende ancor più evidente l'esigenza di anticipazione dell'intervento volto a gestire gli effetti della crisi nel caso di impresa bancaria (rispetto a questo dato la sussistenza o meno dell'autorizzazione non sembra rilevante).

²⁹ Si fa qui riferimento agli strumenti di regolazione della crisi disciplinati nel titolo IV del Codice della crisi e dell'insolvenza (artt. 66 ss.) quindi a: piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione, convenzione di moratoria, accordi su crediti tributari e contributivi, piani di ristrutturazione, concordato minore e concordato preventivo.

³⁰ D'altro canto, la dir. (UE) 2019/1023 (c.d. dir. *Insolvency*), attuata dal d.lgs. n. 83/2022, nel considerando n. 2 osserva che «[i] quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero anzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane». Evidentemente un'impresa abusiva difficilmente si lascia ricondurre ad un'impresa sana.

della banca di fatto ma anche in presenza di irregolarità nell'amministrazione nonché per violazioni di disposizioni di legge, regolamentari o statutarie, regolanti l'attività, purché di gravità tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione (alla «eccezionale gravità» faceva riferimento l'art. 80, comma 1, t.u.b. prima di essere novellato in sede di recepimento della BRRD). Su questo punto sarà necessario tornare più avanti (v. *infra* par. 5).

È da rilevare ancora che la liquidazione coatta bancaria, dal punto di vista della sua articolazione procedimentale, presenta una flessibilità assai maggiore della procedura di liquidazione giudiziale: basti pensare alla sequenza prevista per quest'ultima che prevede, per la fase programmatica, la predisposizione del programma di liquidazione da parte del curatore (art. 213, comma 1, c.c.i.) cui segue l'autorizzazione del giudice delegato a sottoporre al comitato dei creditori per l'approvazione (art. 213, comma 7, c.c.i.) e infine l'approvazione del comitato (art. 213, comma 1, c.c.i.). Quanto alla fase esecutiva, è prevista la stima da parte di esperti (art. 216, comma 1, c.c.i.) e le vendite con procedure competitive (art. 216, comma 2, c.c.i.), anche quando si tratti di vendite di azienda o di suoi rami o «beni e rapporti giuridici individuabili in blocco» (cfr. art. 215, comma 2, c.c.i.). Tanto più quando si tratta di procedure concorsuali con un numero potenzialmente elevato di creditori – come possono ragionevolmente essere quelle che riguardano imprese che, ancorché abusivamente, fanno raccolta di risparmio tra il pubblico –, sembra ragionevole ritenere che assuma significativo rilievo la possibilità di ricollocare l'azienda o rami di essa o anche rapporti giuridici individuabili in blocco con tempi assai brevi e, probabilmente, meno compatibili con quelli della liquidazione giudiziale. Infatti, nella liquidazione coatta bancaria «[i] commissari, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere attività e passività, l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco [...]. La cessione può avvenire in qualsiasi stadio della procedura, anche prima del deposito dello stato passivo» (art. 90, comma 2, t.u.b.). Giova qui richiamare appena la circostanza che un'azienda bancaria rischia seriamente di perdere il suo

valore di scambio se tenuta in una situazione di stasi prima della sua cessione, posto che ciò che le conferisce valore è appunto la circostanza di consentire al cessionario il subentro in rapporti “vivi” con la clientela.

Altra facilitazione offerta dalla liquidazione coatta bancaria è che le cessioni aziendali o di rapporti giuridici in blocco ex art. 58 t.u.b. possono avvenire anche verso cessionari diversi dalle banche³¹.

Vi sono poi ulteriori argomenti che vengono portati a corredo della tesi favorevole alla liquidazione coatta amministrativa della banca di fatto. Il primo richiama la disposizione secondo cui la Banca d'Italia ha il potere di accertare d'ufficio l'esistenza di un gruppo bancario non iscritto o di determinarne la composizione anche in difformità da quanto comunicato dalla capogruppo (art. 64, comma 3, t.u.b.), cioè può iscrivere all'albo un gruppo bancario di fatto (o una componente facente parte di fatto del gruppo bancario), dal che si fa conseguire un analogo potere nei confronti della banca di fatto «isolata», vale a dire non facente parte di un gruppo³². Il secondo valorizza la disposizione del contiguo ordinamento assicurativo che espressamente sottopone la compagnia operante in assenza di autorizzazione a liquidazione coatta (art. 265 cod. ass.), che risponde ad una *ratio* di tutela riferibile anche alla banca di fatto³³.

Tali argomenti pur consistenti non sembrano però decisivi, posto che, ad es., la

³¹ La cessione dell'azienda o di suoi rami ovvero ancora di rapporti giuridici individuabili in blocco può poi beneficiare delle semplificazioni previste dall'art. 58 t.u.b. non solo quando la cessionaria sia una banca, in quanto, così come espressamente previsto dall'art. 90, comma 2, t.u.b., nella l.c.a. bancaria: «[s]i applicano le disposizioni dell'articolo 58, commi 2, 3 e 4, anche quando il cessionario non sia una banca o uno degli altri soggetti previsti dal comma 7 del medesimo articolo». Peraltro, quella che sinteticamente si è definita “flessibilità” secondo altri autori – che hanno scritto sotto la vigenza della legge fallimentare – costituisce invece una ingiustificabile condizione di sacrificio dei diritti soggettivi coinvolti nel dissesto, a cominciare da quelli del titolare dell'impresa o di sue quote, il che susciterebbe anche dubbi di costituzionalità: per una breve disamina di tali dubbi vedi A. BONSIGNORI, voce *Liquidazione coatta amministrativa – I*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d. ma 1990, pp. 1-2 e 7-8, che condivide detti dubbi; G. BAVETTA, voce *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXIV, s.d. ma 1974, p. 754.

³² M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 447; S. BONFATTI, *Commento sub art. 80*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli, G. Contento, G. Patroni Griffi, M. Porzio e V. Santoro, cit., p. 1272-1273

³³ S. BONFATTI, *op. ult. cit.*, p. 1272.

proposta analogia tra banca e gruppo di fatto, deve fronteggiare il rilievo che il potere della Banca d'Italia è dato per accertare il gruppo o sue componenti a fini di iscrizione nell'albo dei gruppi, dopodiché è la legge a determinare espressamente il regime concorsuale delle società appartenenti al gruppo bancario. Così pure il conforto ricercato nella disciplina assicurativa, potrebbe infrangersi sulla notazione (ancorché a sua volta niente affatto decisiva) che la legge *ubi voluit dixit*.

5. Prima di proporre un'ulteriori argomentazioni di carattere generale a favore della soggezione della banca di fatto a liquidazione coatta amministrativa – che quindi possa in certo modo rafforzare e cementare le altre passate in rassegna – sembra però necessario dar conto di uno specifico profilo per cui non si ritiene soddisfacente l'assetto di un sistema nel quale invece il fenomeno abusivo bancario dovesse essere lasciato ai rimedi del diritto comune. Ciò definisce, da un lato, il contesto per un'interpretazione del dato normativo orientato alle conseguenze³⁴ e, dall'altro, consente una migliore messa a fuoco della *ratio* della disciplina. Si tratta quindi di evidenziare ragioni dell'insoddisfazione, cui si è già fatto riferimento, per la soluzione favorevole alla soggezione della banca di fatto al diritto concorsuale comune e, segnatamente, alla liquidazione giudiziale, con specifico riguardo all'ottica dell'efficacia della reazione che l'ordinamento esprime rispetto al fenomeno della banca di fatto.

Infatti, l'applicazione della liquidazione coatta bancaria alla banca di fatto consente di arginare ed espellere dal mercato l'impresa abusiva non appena sia stata scoperta anche per la sola circostanza che è stato violato il divieto di raccogliere risparmio tra il pubblico che l'art. 11, comma 2, t.u.b. pone ai soggetti diversi dalle banche e contestualmente anche l'art. 10, comma 2, t.u.b. a norma del quale l'attività bancaria è riservata alle banche, cioè alle imprese autorizzate³⁵. Non sembra, per

³⁴ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss.

³⁵ È stato puntualmente rilevato che «la liquidazione forzata delle banche persegue invariabilmente l'obiettivo della cessazione dell'attività di impresa bancaria, quale che sia l'esito ultimo della procedura

converso, che l'applicazione del regime concorsuale di diritto comune risulti nel complesso parimenti efficiente.

Al fine di dimostrare il contrario di quanto testé affermato, cioè per argomentare a favore dell'adeguatezza della reazione dell'ordinamento al fenomeno della banca di fatto anche senza che vi sia "bisogno" della liquidazione coatta, è stato sottolineato che costituiscono illeciti penali tanto la raccolta del risparmio svolta da un soggetto diverso da una banca autorizzata quanto l'esercizio di fatto dell'attività bancaria (condotte sanzionate dagli artt. 130 e 131 t.u.b.). Sulla base di ciò si è poi ritenuto che l'esercizio dell'attività vietata possa essere «impedito d'autorità a ciò badando la disciplina sanzionatoria (cautelare e definitiva) dettata dal codice penale»³⁶. Più in dettaglio, si è osservato che l'art. 132-*bis* t.u.b. prevede proprio che la Banca d'Italia proceda alla denuncia al pubblico ministero dei fatti di abusivismo bancario (ed anche finanziario) per l'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 cod. civ., il che consentirebbe la successiva iniziativa dello stesso pubblico ministero di invocare in via cautelare gli artt. 290 o 321 c.p.p., relativi rispettivamente all'interdizione dall'esercizio dell'attività ed al sequestro. Inoltre, a corredo alla sentenza definitiva di condanna per abusivismo bancario, vi sarebbero poi i rimedi previsti dagli artt. 32-*bis* e 240 c.p., cioè l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la confisca dell'azienda³⁷.

Questi assunti non sembrano però conclusivi. Anzitutto, in conseguenza della riforma del diritto societario i poteri di intervento del pubblico ministero sono stati ridimensionati, sicché questi può ora essere chiamato in causa solo con riguardo alle società che fanno ricorso al capitale di rischio, per cui il suo tramite necessario non ha più valenza generale, tant'è che vige ora la previsione per cui la Banca d'Italia può chiedere direttamente al tribunale l'adozione dei provvedimenti *ex art.* 2409 cod.

sotto il profilo soggettivo»: così A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Diritto concorsuale amministrativo - Studi*, Padova, Cedam, 1997, p. 243.

³⁶ L. BARBIERA – G. GENTILE, *op. cit.*, p. 52.

³⁷ L. BARBIERA – G. GENTILE, *op. loc. ult. citt.*

civ.³⁸, con la conseguenza che risulta comunque depotenziato il ruolo che può attribuirsi al pubblico ministero nel quadro del sistema.

Con riguardo poi agli specifici rimedi “penalistici” che sono stati richiamati, cominciando da quelli cautelari, può osservarsi che in primo luogo si tratta di misure che «possono» essere disposte, non essendo doverose, il che lascia uno spazio di valutazione sull’opportunità della misura medesima, che pertanto non costituisce una conseguenza necessaria dell’accertamento del fatto e, comunque, non necessariamente immediata. Vi è al riguardo un ulteriore profilo rilevante: l’accertamento del fatto, cioè della colpevolezza dell’agente implica accertamenti ulteriori (ad esempio concernenti i profili soggettivi: chi ha effettivamente violato il precetto penale e con quale elemento psicologico) rispetto a quelli necessari per acclarare la sussistenza di un’attività abusiva. Ciò introduce un altro tema più generale e di non poco momento. La disciplina del codice di procedura penale è mirata a governare un procedimento che riguarda uno o più soggetti-persone fisiche, gli imputati, sicché è ad essi che si rivolge e non all’impresa in cui e/o con cui eventualmente essi operino. La conseguenza è che quelle misure come l’interdizione all’esercizio dell’attività non sono in grado di incidere in modo efficace sull’attività dell’impresa che si accerta essere abusiva. In questo contesto anche la misura del sequestro non pare predisporre una risposta adeguata al fenomeno dell’attività bancaria abusiva, in primo luogo, lo si è già detto, perché è oggetto di una valutazione discrezionale (come tutte le misure cautelari) e, quanto all’oggetto, esso non è tipizzato nel senso che dovrebbe trattarsi di un sequestro di azienda, ma il provvedimento – filtrato dalla valutazione del giudice, il quale opera comunque nell’ottica del perseguimento di persone che potrebbero aver commesso dei reati – dovrebbe determinare il contenuto ed i limiti dei poteri del custode. Certo, è ragionevole pensare che in tal caso sarebbe necessitato porre al custode il divieto di compiere nuove operazioni ma ciò non toglierebbe che lo stesso custode dovrebbe comunque gestire

³⁸ Vedi in proposito L. DONATO – C. FABBRIO, *op. cit.*, p. 1320.

la situazione, segnatamente i rimborsi delle somme raccolte – senza il regime di *par condicio*, non essendovi il “supporto” di una procedura concorsuale – pagando quindi *qui primi veniunt*.

Quanto ai rimedi connessi con la sentenza definitiva – nel caso, di condanna per il reato di abusiva attività bancaria ex art. 131 t.u.b. – in primo luogo va rilevata la tardività con cui essi sarebbero assunti, dovendosi attendere la fine del processo. Inoltre, va rilevato che, da un lato, l’interdizione dall’esercizio dell’attività riguarda il condannato non l’impresa e, dall’altro, la confisca dell’azienda lascia intatti i profili evidenziati concernenti la tutela dei depositanti.

Non più confortanti supporti si trovano nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), che pure prevede l’applicazione di sanzioni interdittive riferite all’impresa. Infatti, tale applicazione può avvenire solo in presenza della commissione dei reati espressamente catalogati (cfr. art. 13, comma 1) e, per quanto qui interessa, né l’abusiva attività bancaria né l’abusiva raccolta del risparmio tra il pubblico figurano tra i reati indicati nella sezione III del capo I del decreto³⁹. Ma anche ragioni di sistema sembrano porsi in contrasto con l’utilizzo di

³⁹ Sulla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti si è ormai formata una letteratura piuttosto corposa, per la quale, senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Tratt. di diritto penale* diretto da G.E. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, 2008, Milano, Giuffrè, vol. 4; AA.VV. *La responsabilità da reato degli enti* a cura di A. Di Amato – A. D’Avirro, in *Tratt. di diritto penale dell’impresa* a cura di A. Di Amato, Padova, Cedam, 2009, vol. X; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato - Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, Edizioni ETS, 2012; V. APA – G. CARUSO – P. FELICE, *La responsabilità amministrativa degli enti. Guida operativa al D.Lgs. n. 231/2001*, 2019, Maggioli Editore; *Responsabilità da reato degli enti - vol. I - Diritto sostanziale* a cura di G. Lattanzi e P. Severino, 2020, Torino, Giappichelli e *ivi*, vedi A. GULLO, p. 355, che fa riferimento all’obbiettivo del «contrasto alle manifestazioni criminose sintomatiche di un esercizio patologico dell’attività d’impresa» e ancora alla «criminalità di impresa» (p. 357); *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà, E. Spinelli, Studio BonelliErede Milano, Wolters Kluwer Italia, 2020, con particolare riferimento ai reati presupposto, pp. 176 ss. M. LEVIS – A. PERINI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza – a vent’anni dalla sua promulgazione*, Bologna, Zanichelli, 2021 In ogni caso, quand’anche per pura esercitazione si ipotizzasse, *de iure condendo*, che i reati che qui interessano fossero inclusi nel catalogo dei presupposti delle misure interdittive, non pare che queste ultime potrebbero concretizzare un’adeguata risposta al fenomeno dell’impresa bancaria abusiva: certamente non il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Ma anche l’interdizione all’esercizio dell’attività o la nomina del commissario giudiziale (ex art. 15 del decreto, sussistendone le condizioni) per le loro caratteristiche non sarebbero in grado di determinare, dopo che ne sia accertata (in via amministrativa) la natura abusiva, quella invece desiderabile tempestività dell’effetto di blocco dell’attività.

questa disciplina nella specie della banca di fatto, dove non si pone un problema di criminalità di impresa ma di impresa che è essa stessa criminale, in quanto è illecita l'attività esercitata in difetto di autorizzazione. D'altro canto, alla disciplina nazionale della responsabilità penale degli enti è coesistente il tema dei modelli di organizzazione e gestione e della loro idoneità a prevenire la commissione dei reati previsti, mentre nella banca abusiva non è possibile ipotizzare nessun modello organizzativo, visto che costituisce commissione di reato l'esercizio stesso dell'attività. Ciò conferma quanto – al di là della mancata menzione tra i reati presupposto degli abusivismi bancari e di raccolta del risparmio – il d.lgs. n. 231/2001 appartenga ad un ordine concettuale incompatibile con l'ipotesi di attività in sé abusive.

Secondo l'impostazione qui criticata, vi sarebbero poi altre considerazioni «di carattere tecnico operativo» svolte a favore della soggezione della banca di fatto a fallimento/liquidazione giudiziale, la cui consistenza richiede di essere verificata. Infatti sono stati sollevati dubbi circa il profilo dell'accertamento e segnatamente in ordine alla possibilità che si realizzi la «acquisizione preventiva degli elementi di fatto e, quindi, a seguito di una particolare istruttoria prevista per le sole banche autorizzate» sicché, in difetto di ciò, «è impensabile che la Banca d'Italia e il Ministro del Tesoro, nelle rispettive competenze, possano svolgere le attività di controllo ed intervento previste dalla legge ed adottare i relativi provvedimenti amministrativi e sanzionatori»⁴⁰. Questa argomentazione non pare, per vero, indenne da vizi logici e di

⁴⁰ I passaggi riportati nel testo tra virgolette sono di L. BARBIERA – G. GENTILE, *op. cit.*, pp. 54, i quali aggiungono che «la decisione in ordine alla liquidazione coatta, pure in presenza dei presupposti previsti dalla legge [...] è estrinsecazione di un potere del tutto discrezionale legato a valutazioni di opportunità in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico e non allo stato di insolvenza cui fa riferimento l'art. 5 l.f.». Quest'ultimo accenno porterebbe lontano ed esula dagli scopi del presente scritto, tuttavia, non può non rilevarsi che il riferimento alla discrezionalità cui è sottesa una valutazione di opportunità non pare condivisibile. Infatti, sembra per converso doversi escludere la sussistenza di una discrezionalità in capo alle autorità creditizie che intervengono nel procedimento che porta alla liquidazione coatta amministrativa dell'impresa bancaria. La circostanza per cui nella disciplina bancaria (art. 80, comma 1, t.u.b.) non si fa riferimento all'insolvenza non legittima affatto a ritenere che sia stato definito un regime nel quale lo strumento della procedura concorsuale venga disposto discrezionalmente dalle autorità creditizie. Il riferimento alla discrezionalità, infatti, secondo opinione diffusa allude ad una libertà nella determinazione dei fini in una valutazione comparativa di interessi (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, pp. 573-574; problematico sul punto v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 298 ss.), mentre

contenuto. Infatti, ove pure si convenisse sul punto della difficoltà a reperire prove concernenti l'attività di un operatore bancario abusivo, dovrebbe per questo riconoscersi che la mancata adozione del provvedimento di liquidazione coatta sia l'effetto della carenza informativa. Ma, a quanto pare, nella riferita considerazione, essa diventa in certo modo (con)causa dell'inapplicabilità della liquidazione coatta. Anche a volerne temperare l'assunto, facendone conseguire un semplice giudizio di inadeguatezza della procedura amministrata rispetto alla procedura concorsuale ordinaria, sembra ragionevole ritenere che resti comunque perlomeno "pensabile" l'applicazione della disciplina della liquidazione coatta alla banca di fatto, quand'anche essa possa presentare problemi istruttori maggiori rispetto alla situazione in cui oggetto di indagine sia una impresa bancaria autorizzata. Pare evidente che fin quando non siano disponibili gli elementi di fatto per l'accertamento in via amministrativa dell'esercizio abusivo dell'attività non sarà possibile in concreto l'adozione del provvedimento di liquidazione coatta, senza che ciò comporti la conclusione nel senso dell'impossibilità di adottare quel provvedimento.

nel caso in esame la Banca d'Italia, nel formulare la proposta di liquidazione coatta al Ministro deve operare una valutazione, per quanto ampia, circa l'idoneità dei fatti riscontrati, ad integrare i presupposti di questa procedura che la legge indica espressamente, ancorché con locuzioni di evidente genericità (cfr. irregolarità nell'amministrazione, violazioni di disposizioni e perdite previste, poi di eccezionale gravità) (sul punto si rinvia a S. BONFATTI, Commento *sub* art. 80, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., pp. 1284 ss.; L. DESIDERIO, Commento *sub* art. 80, in *Testo unico bancario – Commentario* a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro, Milano, 2010, p. 692, evidenzia correttamente l'ampiezza dei profili valutativi ma senza riferimenti alla discrezionalità ancorché ID., *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981, pp. 8-9, ma con riguardo alla previgente legge bancaria del '36-'38, riteneva che l'amministrazione disponesse nel caso della liquidazione coatta delle banche di discrezionalità sia tecnica che amministrativa; ma anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*⁴, cit., p. 801, che pure rileva una «notevole discrezionalità» ridimensiona il rilievo osservando che le autorità creditizie «debbono pur sempre fondare la propria valutazione sulla esistenza di una delle circostanze previste dal legislatore»; invece O. CAPOLINO – G. COSCIA – E. GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in *Tratt. di diritto dell'economia* a cura di E. Picozza e E. Gabrielli; Padova, 2008, pp. 941, fanno riferimento ad «una certa discrezionalità» non meglio circostanziata). Pertanto, verrà in rilievo semmai una forma di discrezionalità tecnica (o, come preferisce indicarlo A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 574, un «potere di valutazione tecnica») che ha ad oggetto i fatti non già i fini, e deve a sua volta essere esercitata per i fini anch'essi indicati dalla legge in una elencazione che pone al primo posto la sana e prudente gestione (cfr. art. 5 t.u.b.). Se quanto precede è immune da vizi, può concludersi che nel caso si contrappongono le ipotesi di applicazioni di due procedure concorsuali con differenti presupposti e non già la disapplicazione del regime concorsuale comune in favore di un ambito regolato dalle opportunità così come individuate dalla discrezionalità amministrativa.

Inoltre, con riferimento al contenuto della tesi qui criticata, sembra necessario rilevare che, ai fini della ricognizione dei presupposti per la liquidazione coatta amministrativa della banca di fatto, anzitutto non viene in rilievo una particolare istruttoria ma un'istruttoria – verrebbe da dire normale –, laddove semmai è lo specifico contesto – la banca di fatto – a condizionare le modalità di acquisizione dei dati istruttori. Non può sfuggire che la caratterizzazione, in particolare, della raccolta del risparmio, al fine di configurare la fattispecie penalmente rilevante, sia che tale raccolta debba avvenire tra il pubblico. Pertanto, le modalità con cui si realizza questa proiezione dell'impresa abusiva verso il mercato, nell'intento di acquisire fondi rimborsabili, potranno essere percepite in molti modi e da tanti soggetti proprio per le modalità esteriori con cui si manifesta e perché gli oblati/depositanti non sono un gruppo definito ma appunto un pubblico⁴¹. A tale riguardo può richiamarsi la circostanza che la Banca d'Italia – cioè l'autorità che dovrebbe condurre l'istruttoria – è dotata di una articolazione territoriale, rappresentata dalle sue filiali, di talché può attingere informazioni anche in conseguenza di questa sua presenza sul territorio e, quindi, persino dall'osservazione diretta dei suoi funzionari e dipendenti, oltre che delle forze di polizia nonché dei cittadini che intendano segnalare circostanze o sospetti con denunce o esposti, anche anonimi, ovviamente da verificare appunto in sede istruttoria.

Per concludere su questo punto, non pare convincente l'assunto per cui, essendosi sottratta l'impresa abusiva al regime giuridico, quindi anche dei controlli, cui l'ordinamento sottopone l'attività bancaria, la stessa impresa abusiva per ciò stesso debba rimanervi definitivamente sottratta, poiché per questa via c'è il serio rischio di pretermettere la cura degli interessi che nell'ordinamento generale giustifica il regime specifico dei soggetti che esercitano l'attività bancaria⁴².

Non sembra quindi eludibile la conclusione che, ove si ritenesse che alla banca

⁴¹ In ordine alle modalità della raccolta del risparmio tra il pubblico, sul presupposto che si concreti proprio in particolari modalità con cui si organizza la ricerca dei datori dei fondi v. G. DESIDERIO, *op. cit.*, pp. 295 ss. e in part. pp. 379 ss.

⁴² Sul punto vedi ancora A. ANTONUCCI, *op. loc. ultt. citt.*

di fatto vada applicato il diritto comune e segnatamente la disciplina concorsuale di diritto comune, non sussisterebbe uno strumento giuridico per assicurare l'effetto di espellere immediatamente e con certezza l'operatore abusivo dal mercato nonostante sia sanzionata come reato la sottesa condotta abusiva.

6. Per la compiuta valutazione del problema del regime concorsuale della banca di fatto sembra necessario prendere in considerazione un profilo, che non è stato fin qui considerato. Si tratta della definizione che il diritto UE dà di banca, *rectius* ente creditizio. Qui però una premessa è resa necessaria dalla circostanza che questa nozione nel diritto UE è stata oggetto di un intervento additivo ad opera del reg. (UE) 2019/20133⁴³. Infatti, sotto lo stesso *nomen* di «ente creditizio» nel c.d. CRR (reg. UE n. 575/2013) l'art. 4, par. 1, n. 1) novellato, indica «imprese» che svolgono due ben distinte attività: da un lato quella di «raccolgere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e concedere crediti per proprio conto» [lett. a)], e, dall'altro, quella di «svolgere una qualsiasi delle attività di cui all'allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE» [lett. b)], vale a dire «negoiazione per conto proprio» e «assunzione a fermo di strumenti finanziari e/o collocamento di strumenti finanziari sulla base di un impegno irrevocabile», purché ricorrano condizioni di tipo “dimensionale” legate all'attività dell'impresa.

Quindi, le imprese di investimento – perché tali sono quelle autorizzate alla prestazione dei servizi e attività di investimento di cui ai punti 3) e 6) dell'allegato alla dir. 2014/65/CE (MiFID 2) – sono sussunte nella definizione di ente creditizio a condizione che il valore totale delle attività consolidate dell'impresa considerata sia pari o superiore a 30 miliardi di euro ovvero raggiunga tale soglia dimensionale a livello di gruppo, quando cioè sia pari o superiore a 30 miliardi di euro il valore totale delle attività consolidate di tutte le imprese di tale gruppo che svolgono attività di

⁴³ Per una accurata ricognizione dei contenuti di questa rimodulazione della definizione di ente creditizio nel diritto UE si veda A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea – Le revisioni del 2019-2020*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 34 ss.

negoziazione per conto proprio e assunzione a fermo o collocamento con impegno irrevocabile⁴⁴.

Allora, risulta evidente come la “riclassificazione” delle imprese di investimento “grandi” abbia l’effetto di ibridare la nozione di ente creditizio, nel cui perimetro oggi figurano accanto all’ente creditizio che potrebbe dirsi “tradizionale” – quello, cioè, che raccoglie fondi rimborsabili dal pubblico e concede finanziamenti per proprio conto, riconducibile alla definizione che si è tramandata sostanzialmente intatta a partire dalla dir. 77/780/CEE – anche le imprese di investimento appunto “grandi”. La nozione di ente creditizio, quindi, evolve verso quella di paradigma che denota la significatività

⁴⁴ Con riferimento all’ipotesi che la soglia dimensionale sia raggiunta a livello di gruppo l’art. 4, comma 1, n. 1), lett. b), reg. (UE) 575/2013 contempla una ulteriore alternativa tra l’ipotesi in cui «il valore totale delle attività dell’impresa è inferiore a 30 miliardi di EUR e l’impresa fa parte di un gruppo in cui il valore totale delle attività consolidate di tutte le imprese di tale gruppo che individualmente detengono attività totali inferiori a 30 miliardi di EUR e svolgono una qualsiasi delle attività di cui all’allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE è pari o superiore a 30 miliardi di EUR» [sub (i)] e l’ipotesi in cui «il valore totale delle attività dell’impresa è inferiore a 30 miliardi di EUR e l’impresa fa parte di un gruppo in cui il valore totale delle attività consolidate di tutte le imprese del gruppo che svolgono una qualsiasi delle attività di cui all’allegato I, sezione A, punti 3) e 6), della direttiva 2014/65/UE è pari o superiore a 30 miliardi di EUR, ove l’autorità di vigilanza su base consolidata - in consultazione con il collegio delle autorità di vigilanza - decida in tal senso per far fronte ai potenziali rischi di elusione e ai potenziali rischi per la stabilità finanziaria dell’Unione» [sub (ii)]. Si tratta di ipotesi tra le quali, in effetti, sembra arduo rinvenire la differenza. In proposito è stato osservato che nella «seconda alternativa restano fermi i presupposti della precedente, si prescinde però dalla dimensione individuale delle altre imprese del gruppo e si valorizza invece il ruolo delle autorità competenti cui spetta [...] di presidiare aggiramenti e possibili arbitraggi normativi facilitati, come nel caso di specie, dalla presenza di gruppi transnazionali»: così A. BROZZETTI, *La legislazione bancaria europea*, cit., p. 36. Tuttavia, fermo il rilievo attribuito nella seconda ipotesi alla valutazione delle autorità, resta che i presupposti dimensionali restano gli stessi e, anche se in questa seconda a proposito delle altre società del gruppo non compare il riferimento alla circostanza che esse “individualmente” detengono attività totali inferiori a 30 miliardi di euro (che compare nella formulazione della prima alternativa), nondimeno anche nella seconda alternativa, al pari della prima, il presupposto quantitativo a livello consolidato rimane lo stesso, considerato che in entrambe le ipotesi non sono indicate soglie dimensionali minime per le singole società del gruppo [che svolgono le attività di cui a nn. 3) e 6) dell’allegato alla MiFID II], sicché le situazioni che rientrano nella prima alternativa sembrano rientrare anche nella seconda. In altri termini, ci si sarebbe aspettato che il ruolo delle autorità in funzione antielusiva fosse legato a una soglia dimensionale inferiore ai 30 miliardi di euro sì da giustificare una specifica valutazione da parte appunto delle autorità al fine di integrare la soglia dimensionale, mentre non assume particolare rilievo laddove questo intervento valutativo può aver luogo solo quando sia comunque raggiunta la soglia dimensionale di gruppo che comporta la “riclassificazione” delle imprese di investimento come enti creditizi. Osserva correttamente A. BROZZETTI, *op. ult cit.*, p. 37, come non sia casuale la scelta della soglia dimensionale di 30 miliardi di euro, considerato che essa corrisponde a quella indicata dall’art. 6, par. 4, comma 2, lett. i), reg. (UE) 1024/2013 (sul Meccanismo unico di vigilanza) al fine di classificare gli enti creditizi tra quelli “*more significant*” e quindi assoggettarli alla vigilanza centralizzata della BCE.

dell'intermediario, in relazione ai rischi che può generare sul sistema finanziario, piuttosto che l'attività esercitata. Sembra evidente che sul nuovo assetto definitorio pesi una sorta di confusione tra fattispecie e disciplina⁴⁵, che si percepisce in particolare modo quando si tratta dell'impresa abusiva, per la cui identificazione rileva la fattispecie e non la disciplina. Che, comunque, la scelta del legislatore UE non fosse affatto necessitata dal punto di vista logico-giuridico, è testimoniato dal fatto che nel diritto interno, ferma restando la dovuta fedeltà sostanziale alla matrice normativa europea, si è proceduto – apprezzabilmente – in modo diverso, evitando di riqualificare come banche le imprese di investimento (e quindi le Sim) “grandi”, ma indentificando i presupposti per l'applicazione ad esse della disciplina degli enti creditizi, cioè il reg. (UE) 575/2013⁴⁶. A questo punto non può che prendersi atto che è venuto meno il parallelismo tra l'attività esercitata dall'ente creditizio *tout court* del diritto UE e l'attività bancaria, esercitata dalla banca di diritto interno *ex art. 10, comma 1, t.u.b.*⁴⁷. Poiché, come si è già accennato, il fenomeno dell'esercizio abusivo dell'attività

⁴⁵ Per vero non è la prima volta che la definizione di ente creditizio risulta esteso a imprese diverse da quello “tradizionale”: così è stato, temporaneamente, per gli istituti di moneta elettronica: sia consentito rinviare per notazioni critiche, a suo tempo formulate, a G. DESIDERIO, *op. cit.*, pp. 27 ss. Giova precisare che qui si allude ad una prospettiva analitico-linguistica, nella quale è possibile affermare che «più che fatto *qualificante* gli effetti, la fattispecie è fatto *qualificato* dalla legge» e che «la norma [...] non è in grado di cogliere la materialità, ma solo il valore dell'accadimento», laddove l'efficacia giuridica della norma (*rectius*, disposizione) è un momento meramente logico (A. GENTILI, *Il contratto simulato - Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, ed. Jovine, 1979, rispettivamente, pp. 229 e 242). Analogo approdo è quello di ritenere che la fattispecie rappresenti un momento di sussunzione nella realtà giuridica del fatto alla stregua della sua «rilevanza»: così R. SCOGNAMIGLIO, voce «Fattispecie», in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, s.d. ma 1989, p. 5, ove ulteriori riferimenti.

⁴⁶ Infatti, il d.lgs. 5 novembre 2021, n. 201 ha novellato il TUF introducendo, nell'art. 1, comma 1, la nuova lett. *e-bis*) così formulata «“Sim di classe 1”»: la Sim che soddisfa i requisiti previsti dall'articolo 4, paragrafo 1, punto 1), lettera b), del regolamento (UE) n. 575/2013». Manifesta qualche disagio lessicale il legislatore UE quando intende riferirsi alle imprese di investimento che “diventano” enti creditizi per effetto della nuova nozione allargata e modifica la definizione di «ente» riferendola a «un ente creditizio autorizzato a norma dell'articolo 8 della direttiva 2013/36/UE o un'impresa di cui all'articolo 8-bis, paragrafo 3, della stessa». È appena il caso di notare che per le imprese di investimento “grandi” riqualificate come enti creditizi non si tratta di una disciplina transitoria, da applicare solo a quelle esistenti al momento della modifica della qualificazione e che saranno traghettate verso il nuovo *status*, ma permanente, in quanto è verosimile che non vi possano essere imprese di investimento che al momento della loro costituzione abbiano i requisiti dimensionali per la riclassificazione (o, semmai, ve ne fossero, sarebbero una eccezione), per cui è ragionevole ritenere che gli enti creditizi *ex art. 4, par. 1, n. 1), lett. b)*, reg. UE n. 575/2013, non nasceranno come enti creditizi ma saranno sempre (o quasi sempre) imprese di investimento poi riclassificate.

⁴⁷ Sulla sussistenza di questo preesistente parallelismo tra ente creditizio tradizionale e banca v. G. DESIDERIO, *op. cit.*, pp. 21 ss.

bancaria sul versante del diritto UE riguarda solo l'ente creditizio di cui all'art. 4, par. 1, n. 1), lett. a), reg. UE n. 575/2013, nel prosieguo si farà riferimento a quest'ultimo indicandolo, per brevità, come ente creditizio tradizionale quando necessario distinguerlo dall'ente creditizio cui si riferisce la successiva lett. b).

Fatta questa premessa, può agevolmente costatarsi che la disciplina UE e segnatamente l'art. 4, reg. (UE) 575/2013, recante le definizioni del regolamento, al par. 1, lett. a), allude ad una impresa che, come più volte ripetuto, raccoglie fondi rimborsabili dal pubblico e concede finanziamenti per proprio conto – l'ente creditizio tradizionale – senza fare alcun riferimento all'autorizzazione, definita dal successivo n. 42 come «un atto emanato dalle autorità, sotto qualsiasi forma, dal quale deriva il diritto di esercitare l'attività».

Tale autorizzazione per gli enti creditizi tradizionali è infatti regolata dall'art. 8 della dir. 2013/36/UE, il cui par. 1 così dispone: «Gli Stati membri prevedono l'obbligo per gli enti creditizi di ottenere un'autorizzazione prima di iniziare l'attività [...]»⁴⁸. Questo, del resto, si spiega con ciò che il profilo autorizzatorio riguarda la disciplina e non il destinatario della medesima (cioè quel che comunemente viene indicata come la fattispecie). Risulta quindi chiaro che il concetto di ente creditizio tradizionale così come sopra definito dalla normativa UE, non è il frutto di una espressione isolata o sfuggita alla sua condizione d'uso, essendo bensì oggetto di un uso coerente con la definizione di una specifica impresa (l'ente creditizio tradizionale) in un contesto normativo in cui è inequivoca la separata nozione di autorizzazione all'esercizio di quella attività. Pertanto, entrambe le fonti – reg. (UE) 575/2013 e dir. 2013/36/UE – presuppongono un ente creditizio ed una autorizzazione distinta logicamente dal primo (in base alla distinzione tra soggetto e azione) e normativamente (in base alla distinzione tra fattispecie e disciplina).

⁴⁸ Nella medesima direttiva, con significato ancora più evidente, all'art. 12, (dedicato al capitale iniziale) par. 1, si legge: «Fatte salve le altre condizioni generali previste dal diritto nazionale, le autorità competenti negano l'autorizzazione ad iniziare l'attività di ente creditizio quando un ente creditizio non dispone di fondi propri distinti o nei casi in cui il suo capitale iniziale sia inferiore a 5 milioni di EUR». Qui risultano ben distinti l'ente creditizio, l'attività che esercita e l'autorizzazione.

Non è allora un caso che lo stesso reg. (UE) 575/2013 introduca, con all'art. 4, par. 1, n. 3), l'ulteriore nozione di «ente» definendolo come «un ente creditizio autorizzato a norma dell'articolo 8 della direttiva 2013/36/UE o un'impresa di cui all'articolo 8-bis, paragrafo 3, della stessa»⁴⁹, da utilizzare appunto quando si allude ad un ente creditizio dotato di autorizzazione. A sua volta, l'art. 4, par. 1, n. 38, dir. 2013/36/UE definisce «“autorizzazione”, un'autorizzazione secondo la definizione di cui all'articolo 4, paragrafo 1, punto 42, del regolamento (UE) n. 575/2013».

Ciò posto, va rilevato come si allinea alla stessa sostanza anche altra normativa UE che fa riferimento all'ente creditizio quale la dir. 2014/49/UE (relativa ai sistemi di garanzia dei depositi), in cui l'art. 4, par. 3, dispone che «[u]n ente creditizio autorizzato in uno Stato membro ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 2013/36/UE non accetta depositi a meno che non sia membro di un sistema ufficialmente riconosciuto nel suo Stato membro d'origine [...]»: il sintagma “ente creditizio autorizzato” nuovamente presuppone che possa esservi un ente creditizio anche prima che venga in rilievo l'autorizzazione⁵⁰. Si noti che tale disciplina sui sistemi di garanzia dei depositi, come recepita nell'ordinamento interno, pone sostanzialmente l'adesione ad un sistema di garanzia dei depositi riconosciuto quale condizione per l'esercizio dell'attività bancaria, posto che alla doverosità dell'adesione (art. 96, comma 1, t.u.b.) fa seguito anche la previsione della revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria in caso di venir meno dell'adesione stessa: art. 96-*quater*, comma 4, t.u.b. Ne consegue che la banca di fatto si trova ad operare in difetto non solo dell'autorizzazione ma anche dell'adesione ad un sistema di garanzia riconosciuto, il che configura un'ulteriore violazione di una

⁴⁹ L'art. 8-bis della dir. 2013/36/UE, rubricato «Condizioni specifiche per l'autorizzazione degli enti creditizi di cui all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1), lettera b), del regolamento (UE) n. 575/2013», disciplina la transizione alla nuova autorizzazione delle imprese di investimento “grandi” riqualificate come enti creditizi. Si nota solo che sarebbe stato apprezzabile l'uso di termini o espressioni un pò più carichi di potere connotativo rispetto a “ente”.

⁵⁰ Lo stesso sintagma ricorre anche nell'art. 2, n. 8), lett. b), reg. (UE) 648/2012 (sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni, c.d. EMIR) che esemplificando le ipotesi di «controparte finanziaria» fa riferimento a «un ente creditizio autorizzato ai sensi della direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio». Fa ancora riferimento a «ente creditizio autorizzato» l'art. 3, n. 3, lett. b), reg. (UE) 2015/2365, che reca la disciplina di trasparenza dei finanziamenti mediante titoli.

disposizione normativa caratterizzata da eccezionale gravità.

Nella dir. 2014/59/UE (cd *Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD), che ha introdotto regole armonizzate per prevenire e gestire le crisi delle banche (e delle imprese di investimento), l'art. 1, par. 1, n. 2) definisce «ente creditizio»: un ente creditizio come definito all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1, del regolamento (UE) n. 575/2013 [...]»⁵¹, quindi recependo la consueta nozione di cui si è dato conto sopra, priva cioè di riferimenti all'autorizzazione. Si tenga presente che, in base al successivo n. 23, per «ente» – diversamente dalla definizione di questo termine nel reg. (UE) 575/2013 – deve intendersi «un ente creditizio o un'impresa di investimento».

La stessa 2014/59/UE, tuttavia, non si occupa dell'ipotesi di imprese che svolgono l'attività dell'ente creditizio tradizionale in difetto di autorizzazione. Quindi, alla stregua dell'ordinamento UE, per l'ente creditizio tradizionale operante in difetto di autorizzazione non è espressamente escluso il ricorso alle procedure di crisi cui si riferisce la dir. 2014/59/UE. Il dato letterale non è ovviamente il solo che porta alla conclusione indicata. Sul piano della *ratio* della disciplina UE ed alla luce degli interessi che essa intende tutelare sembra possano richiamarsi gli argomenti evidenziati in precedenza ed accomunati dalla *ratio* di tutela, non unica ma rilevante, del depositante⁵². Quindi, la scelta interpretativa di escludere l'ente creditizio abusivo dal novero dei soggetti cui si applica la disciplina, in particolare, del dissesto degli enti creditizi sortirebbe l'inequivoco effetto di ridurre la tutela (anche) nei confronti dei depositanti, che vengono in rilievo proprio quando l'impresa che raccoglie risparmio entra in crisi.

È necessario qui ricordare che, nella prospettiva generale del diritto UE, la dir.

⁵¹ Lo stesso n. 2 prosegue per escludere dalla nozione nello specifico contesto le «entità di cui all'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva n. 2013/36/UE», vale a dire particolari soggetti disciplinati dai diritti nazionali degli stati membri ai quali non si applica la disciplina della crisi (nel caso dell'Italia si tratta della Cassa depositi e prestiti).

⁵² La pari o almeno concorrente rilevanza della tutela dei creditori (depositanti) rispetto alle altre finalità perseguite dalle procedura di risoluzione dell'ente creditizio è chiaramente manifestata dall'art. 31, par. 2, BRRD.

2014/59/UE conosce solo l'alternativa tra procedure di insolvenza e risoluzione⁵³, mentre il nostro ordinamento, a valle del recepimento di questa direttiva, contempla, a fianco della risoluzione, la liquidazione coatta amministrativa (bancaria) – che è diversa dalla ordinaria procedura di insolvenza, la liquidazione giudiziale, propria della disciplina concorsuale comune –. Rinviando a quanto si dirà più avanti sulla risoluzione (v. *infra* ...), con riguardo all'alternativa tra liquidazione giudiziale e liquidazione coatta bancaria possono richiamarsi le considerazioni già svolte (v. *supra* par. ...) con riguardo alle specifiche caratteristiche della seconda che possono risultare più efficienti nella protezione della posizione di quel particolare creditore rappresentato da chi ha fornito fondi all'impresa che svolge attività bancaria abusivamente e che successivamente sia entrata in crisi.

È infine da rilevare che la dir. 2013/36/UE (c.d. CRD IV) a proposito di sanzioni amministrative e altre misure prevede che, per l'ipotesi concernente l'«iniziare l'attività di istituto di credito senza aver ottenuto l'autorizzazione in violazione dell'articolo 9» [art. 66, par. 1, lett. b)], gli ordinamenti nazionali nelle misure adottabili includano almeno (tra le altre) anche «un'ordinanza che impone alla persona fisica o giuridica responsabile di cessare la condotta e di astenersi dal ripeterla» [art. 66, par. 2, lett. b)]. Orbene, in assenza dell'applicazione della l.c.a. alla banca di fatto, non vi sarebbe nell'ordinamento interno un provvedimento come quello voluto dalla direttiva, il che denoterebbe il mancato pieno recepimento della direttiva stessa. Queste disposizioni della CRD IV mostrano, più in generale, che le autorità di vigilanza nazionali non possano considerarsi estranee alle vicende che riguardano le banche di fatto.

⁵³ Questa alternativa è chiara nell'articolazione della disciplina definita dalla dir. 2014/59/UE anche se vi sono alcuni passaggi in cui la formulazione risulta perplessa, come nell'art. 15, par. 2, comma 2, secondo cui «[l]a risoluzione di un ente s'intende possibile quando all'autorità di risoluzione risulta fattibile e credibile liquidare l'ente con procedura ordinaria di insolvenza oppure risolverne la crisi applicando all'ente i vari strumenti di risoluzione ed esercitando nei suoi confronti i diversi poteri di risoluzione [...]» (analoga formulazione si trova anche nell'art. 16, par. 1, comma 2): la lettura non contestualizzata di questa disposizione parrebbe suggerire in modo perplessa che la risoluzione sia a un tempo genere (inclusivo della procedura ordinaria di insolvenza) e specie (alternativa alla procedura ordinaria di insolvenza). Ma si tratta evidentemente solo di una redazione non felice della quale non si trova traccia nella disciplina di recepimento.

7. Alla luce di quanto rilevato nel precedente paragrafo, la “definizione” di diritto interno dell’ente creditizio [art. 1, comma 1, lett. *b*), t.u.b.], pur volendo e dovendo recepire la nozione del diritto UE, vi introduce un elemento spurio – cioè il riferimento all’autorizzazione – ma la sua interpretazione non può non tener conto della matrice europea (cfr. art. 6 t.u.b.)⁵⁴. Che la normativa interna voglia e debba essere fedele alla matrice europea è testimoniato dalla circostanza che, pur non seguendo formalmente tale matrice, che sin dalla prima direttiva bancaria (n. 77/780/CEE) e oggi sotto la vigenza del CRR (reg. UE n. 575/2013), come modificato nel 2019, definisce l’ente creditizio tradizionale come l’impresa che esercita una determinata attività (quella di raccolta di fondi rimborsabili dal pubblico e concessione di finanziamenti, cioè l’attività bancaria), il diritto interno ha formalizzato la definizione normativa di quest’ultima, cioè dell’attività, aderendo però alla sostanza della disciplina comunitaria, sicché da questa scelta non pare davvero che possano trarsi conseguenze concernenti una possibile divergenza tra le due definizioni. Anzi, semmai una divergenza sussiste (laddove il diritto interno non richiama direttamente l’impresa ma l’attività che ne ha il carattere) questa si fonda su ambito di tutela più ampia di quella comunitaria – il che è possibile sul presupposto dell’identità di *ratio* – in quanto l’esercizio congiunto di raccolta di risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito ha di per sé carattere di impresa, senza che possa ostacolare la qualificazione dell’attività

⁵⁴ Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno (derivato o concorrente che dir si voglia) v. E. RUSSO, *L’interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2008, p. 283 ss., ove si dà conto della primazia del diritto comunitario, come del resto affermata dalla giurisprudenza comunitaria (p. 284 ss.) ed interna (p. 288 sss.); A. LUMINOSO, *Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione*, in *Contratto impr. Eu.*, 2009, p. 666 ss. Rileva R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2010, pp. 473 ss., in part. pp. 486 ss., che questa primazia è sostanzialmente condivisa tanto dalla giurisprudenza costituzionale nazionale quanto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, non senza evidenziare, da un lato, la realtà del diritto vivente così conformata e, a un tempo, l’implausibilità della costruzione nel contesto formale della gerarchia delle fonti. Per la giur. comunitaria v. Corte Giust. CE, 14 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1385. Si tratta in sostanza di recuperare la base giuridica comunitaria sottesa alla definizione (dell’attività e non del soggetto) ed orientata alla tutela del risparmio, per altro verso condivisa dall’art. 47 Cost.

bancaria l'eventuale svolgimento di quell'attività in forma diversa da quella di impresa⁵⁵.

Sul preteso vincolo interpretativo derivante dalla nozione di banca ex art. 1, comma 1, lett. b), t.u.b., comprensiva del riferimento all'autorizzazione, sembra anzitutto possibile affermare che dal punto di vista formale quella dell'art. 1, comma 1, lett. b), t.u.b. non sia una neppure definizione in senso proprio⁵⁶, mentre lo è quella dell'art. 10, comma 1, t.u.b. In effetti, potrebbe dirsi in maniera provocatoria che, quand'anche ed a tutto concedere, un'impresa bancaria non autorizzata non fosse una banca alla stregua del T.U. bancario, essa è comunque un ente creditizio tradizionale alla stregua del diritto UE ed è in base alla rilevanza che in questo secondo ordinamento assume il fatto dell'esercizio di tale attività che va valutato il regime giuridico cui si sottopone l'esercente abusivo. Se si conviene sul punto che non è ammissibile uno scollamento col diritto UE e, in particolare, sul punto relativo all'individuazione del soggetto destinatario della disciplina, tenuto conto del rilievo giuridico che assume

⁵⁵ Per l'iter argomentativo che posta alla conclusione riportata nel testo, si rinvia a G. DESIDERIO, op. cit., pp. 33 ss.

⁵⁶ Dunque, si tratta di uno strumento di semplificazione del linguaggio realizzato mediante l'indicazione di un termine riassuntivo da utilizzare in sostituzione di un sintagma complesso. Sul piano della teoria generale A. ROSS, *La definizione nel linguaggio giuridico*, (trad. italiana, 1958), in *Diritto e analisi del linguaggio* a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 213, sottolinea come vada distinta la definizione in senso proprio dalla «definizione di termini sistematici» posto che le definizioni di questo tipo «non si propongono di indicare il significato di un termine, le condizioni alle quali si può applicare un termine» mentre invece «funzionano come strumenti nella formulazione di regole giuridiche» sicché «ciò che queste cosiddette definizioni giuridiche rappresentano è quindi in realtà una *speciale tecnica legislativa*». Con specifico riferimento alla disposizione in esame, nel senso invocato nel testo si sono espressi M.S. GIANNINI – S. AMOROSINO, sub *art. 1*, in F. Capriglione [a cura di], *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2018 (VI ed.), p. 8, i quali osservano che, in effetti, l'art. 1 t.u.b. – con la sola eccezione del comma 2, lett. f), concernente le attività ammesse al mutuo riconoscimento – non offre definizioni in senso proprio «ma piuttosto delle indicazioni di qualità o di caratteri giuridici posseduti da alcuni istituti giuridicamente già altrove definiti. Così per le “banche” la definizione si trova negli artt. 10 e 11 del T.U.». Anche F. BELLI, sub *art. 1*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna, 2003, vol. 1, p. 13, coglie anche sul piano lessicale (in particolare la formula «nel presente decreto legislativo l'espressione [...] indica») la mancanza di definizioni in senso proprio; peraltro, proprio con riguardo alla lett. a) del comma 1, lo stesso A. rileva almeno potenzialmente «un punto di partenza, forse non del tutto gracile, per affrontare in termini parzialmente rinnovati la *vexata quaestio* della “banca di fatto”» (p. 14), il che parrebbe però presupporre il riconoscimento di quel contenuto definitorio in principio negato.

l'obbligo degli Stati membri dell'Unione Europea di dare attuazione alle direttive⁵⁷.

Lo stesso vale per la BRRD, che è stata recepita in Italia con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180⁵⁸, il cui art. 1, comma 1, lett. *h*), definisce «“banca”: una banca come definita all'articolo 1, comma 1, lettera *b*), del Testo Unico Bancario», cioè alla «impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria» ed è proprio questo il passaggio non necessitato dal recepimento della direttiva.

In ogni caso, la circostanza che, sulla base dei profili testuali poc'anzi rilevati, la disciplina d.lgs. n. 180/2015 sia applicabile alle imprese autorizzate non implica necessariamente che non si applichi a quelle che sono sprovviste di autorizzazione in base alla lettera. Di fronte al silenzio in ordine alla banca abusiva, può soccorrere il procedimento analogico. A tale riguardo sembra necessario ricordare che non basta qualsiasi somiglianza per l'estensione analogica bensì una «*somiglianza rilevante*», il che rende necessario «risalire dai due casi ad una qualità comune ad entrambi, che sia nello stesso tempo la ragion sufficiente per cui al caso regolato sono attribuite quelle e non altre conseguenze», dove la ragion sufficiente altro non è che la *ratio legis*⁵⁹. Nella specie in esame quella relativa alla identità di attività esercitata dalla banca autorizzata e dalla banca di fatto può ragionevolmente ritenersi una somiglianza rilevante e la *ratio* può rinvenirsi nella tutela (perlomeno anche) dei depositanti, vale a dire la stessa che supporta nell'ordinamento interno la disciplina speciale delle crisi

⁵⁷ Vedi da ultimo l'art. 157 dir. 2006/48/CE da leggersi alla luce degli artt. 249 (già art. 189) e 10 (già art. 5) Tratt. CE.

⁵⁸ Il recepimento è stato completato con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, che reca le modifiche apportate al T.U. bancario e al d.lgs. n. 58/1998 (c.d. T.U. della finanza).

⁵⁹ Così N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 267-268. Si veda più di recente A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 675-677 (ora anche in ID., *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 303 ss.) il quale sottolinea, da un lato, «il largo spazio che il giudice (quindi anche l'interprete) ha, tanto dal lato della fattispecie quanto dal lato dell'effetto» nel procedimento analogico e, dall'altro, che chi giudica, nell'esercizio di tale potere, esercita «una scelta in funzione della congruenza» procedendo «in base ad un confronto fra le *rationes* di tutte le norme teoricamente applicabili al caso non regolato»; scelta quindi espressiva «di ciò che avrebbe fatto un legislatore coerente». Questa impostazione parrebbe, quindi, richiamare l'opinione di chi, come G. CARCATERRA, voce «Analogia I): Teoria generale», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, s.d. ma 1988, vol. II, p. 13, riconosce nel principio di uguaglianza il fondamento dell'analogia.

della banca⁶⁰.

Se è corretto questo rilievo, deve prendersi in considerazione la perdita di forza sostanziale dell'argomento primario speso a favore della sottrazione della banca di fatto alla liquidazione coatta e fondato sulla circostanza che il t.u. bancario sottopone a liquidazione coatta la banca (in quanto "solo" questa sarebbe l'impresa autorizzata).

Risulta, quindi, delinearci un contesto generale che probabilmente consente di aggiungere argomenti significativi da valutare a favore della soggezione della banca di fatto alla liquidazione coatta bancaria, superando gli argomenti letterali della normativa interna, posto che, come osservato, la banca di fatto, quand'anche non fosse una banca, è comunque un ente creditizio, che può essere tale anche quando privo di autorizzazione.

In tale contesto anche gli argomenti già evidenziati assumono una loro più compiuta efficacia: ciò vale tanto per la similitudine con il gruppo bancario di fatto quanto la richiamata simmetria tra banca di fatto e impresa di assicurazioni non autorizzata, espressamente disciplinata dall'art. 265 cod. assic. Quest'ultima in particolare potrebbe essere persuasivamente indicata come conferma che nel caso di impresa abusiva possa trovare applicazione la liquidazione coatta e non anche l'amministrazione straordinaria (ancorché accostate nello strumentario di intervento sulle crisi bancarie), visto che è dichiarata espressamente applicabile alla compagnia assicurativa priva di autorizzazione solo la prima, privando quindi di rilievo determinante (al fine di negare l'applicazione della liquidazione coatta alla banca di fatto) quanto disposto dall'art. 132-*bis* t.u.b.

Può qui solo accennarsi alla circostanza che vi siano le condizioni per una ulteriore riflessione – che qui non si svolge – che potrebbe coinvolgere anche gli istituti di pagamento, cioè operatori, che possono non essere imprese specializzate (cfr. 114-

⁶⁰ Sottolinea l'interesse pubblico sotteso alla tutela dei risparmiatori che si sono affidati a operatori abusivi A. ANTONUCCI, *Il diritto delle banche*, Milano, Giuffrè, 2012 (V ed.), pp. 221-223.

novies, comma 4, e 114-*terdecies* t.u.b.), che maneggiano danaro di terzi⁶¹ e che possono entro certi limiti far credito [art. 114-*octies*, comma 1, lett. *a*), t.u.b.]. Ebbene, gli istituti di pagamento potrebbero trovarsi ad aver operato come banche non autorizzate all'esito di violazioni più o meno rilevanti [ad es., sul versante dei limiti sia relativi alla detenzione del danaro e al relativo uso o della violazione dell'obbligo di costituire il patrimonio separato *ex art.* 114-*novies*, comma 4, lett. *b*), sia ancora alla concessione di credito)].

8. Come richiamato nel precedente paragrafo, la BRRD prevede per gli enti creditizi in situazione di dissesto l'applicazione alternativa della procedura ordinaria di insolvenza o della risoluzione. La disciplina nazionale, definita in sede di recepimento, replica questa dicotomia nell'art. 20, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 180/2015 facendola però precedere da un'ulteriore alternativa, vale a dire «la riduzione o conversione di azioni, di altre partecipazioni, di strumenti di capitale e delle passività computabili [...] quando ciò consente di rimediare allo stato di dissesto o di rischio di dissesto [...]».

Nella prospettiva della banca di fatto, sull'applicabilità della liquidazione coatta bancaria si è argomentato in favore della soluzione positiva. Più complesso e articolato si presenta l'esame circa l'applicabilità degli altri strumenti di intervento in caso di dissesto di enti creditizi.

Il punto di partenza, similmente a quanto rilevato a proposito della liquidazione coatta bancaria, è che il d.lgs. n. 180/2015 indica espressamente i soggetti a cui si applica tra cui figurano in prima posizione le «banche aventi sede legale in Italia» [art. 2, comma 1, lett. *a*)]. Per le banche viene poi richiamata la definizione dell'art. 1, comma 1, lett. *b*), t.u.b., cioè «l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria»⁶². La matrice del diritto UE, nella specie la BRRD, prevede l'applicazione della

⁶¹ Certo il tema è complesso, posto che è necessario tener conto di quanto disposto dall'art. 11, comma, 2-*ter*, t.u.b., secondo cui «[n]on costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento»

⁶² La stessa disposizione menziona quali destinatari della disciplina: le società italiane capogruppo di un gruppo bancario e società appartenenti a un gruppo bancario ai sensi degli artt. 60 e 61 t.u.b.; le società

relativa disciplina, tra gli altri, agli «enti stabiliti nell'Unione» [art. 1, par. 1, lett. b)], e l'«ente» è esemplificato come «un ente creditizio o un'impresa di investimento» (art. 2, par. 1, n. 23). Per l'ente creditizio viene richiamata la consueta definizione del reg. (UE) 575/2013, che non menziona l'autorizzazione, sicché può rinviarsi a quanto già rilevato a proposito dell'interpretazione della nozione interna onde adeguarla al diritto UE (v. *supra* par. 6) così da non precludere l'applicazione della disciplina del dissesto degli enti creditizi per via della sua sola formulazione. Quindi l'applicabilità o meno alla banca di fatto degli altri strumenti di intervento previsti per il dissesto degli enti creditizi deve essere verificata in concreto.

Quanto alla riduzione o conversione di partecipazioni e passività, disciplinata dagli artt. 27 ss. d.lgs. n. 180/2015, la conclusione favorevole all'inapplicabilità alla banca di fatto si fonda sulla considerazione che questa misura ha l'obiettivo di “rimediare” allo stato di dissesto nella prospettiva della conservazione dell'ente – riducendo il valore delle partecipazioni o convertendo in capitale alcune particolari passività⁶³ – ciò che invece confligge con la circostanza che la banca di fatto opera in una condizione di completa illegittimità, tale che l'ordinamento esige che la sua operatività sia interrotta. In altri termini, nella banca di fatto non ricorre l'ipotesi di un'impresa da risanare e ristrutturare (patrimonialmente) ma suscettibile di essere “salvata”.

Per la risoluzione, viene in rilievo l'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 150/2015, secondo cui «[l]a risoluzione è disposta quando, in conformità delle disposizioni del MRU, il Comitato di Risoluzione Unico o la Banca d'Italia ha accertato la sussistenza dell'interesse pubblico che ricorre quando la risoluzione è necessaria e proporzionata

incluse nella vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65, comma 1, lettere *c*) e *h*), t.u.b.; le società aventi sede legale in Italia incluse nella vigilanza consolidata in un altro Stato membro.

⁶³ Si tratta delle: (i) “«passività ammissibili»: gli strumenti di capitale non computabili nei fondi propri e le altre passività e di uno dei soggetti indicati all'articolo 2, non escluse dall'ambito di applicazione del bail-in in virtù dell'articolo 49, comma 1” [art. 1, lett. *qq*)]; (ii) “«passività computabili»: le passività ammissibili che soddisfano le condizioni dell'articolo 16-quater ovvero dell'articolo 16-octies, comma 6, lettera a), le passività indicate dall'articolo 2, comma 1, punto 49-bis, del regolamento (UE) n. 806/2014, nonché gli strumenti di capitale di classe 2 che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 72-bis, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 575/2013” [art. 1, lett. *qq*-bis)]

per conseguire uno o più obiettivi indicati all'articolo 21 e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura». Il richiamato art. 21, al comma 1, dispone che «[l]a Banca d'Italia esercita i poteri ad essa attribuiti dal presente decreto avendo riguardo alla continuità delle funzioni essenziali [...], alla stabilità finanziaria, al contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, alla tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela»⁶⁴.

L'esame dei presupposti per la risoluzione conduce a ritenere che non possa riconoscersi la sussistenza dell'interesse pubblico con riferimento alla continuità delle "funzioni essenziali", che essenziali non possono essere in quanto sono state sempre esercitate *contra legem* e, quindi, non pare congruo seguire un percorso che porterebbe a conservare ciò che non doveva essere iniziato. Senza incorrere nella censura di fallacia descrittivistica, si può inoltre affermare come sia del tutto improbabile la sussistenza del presupposto dell'interesse pubblico sotto altri profili indicati nell'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 180/2015, per la ragione che, ad es., bisognerebbe postulare che un'attività bancaria abusiva possa essersi sviluppata fino al segno di determinare, ove interrotta, non solo l'interruzione di servizi essenziali per l'economia ma addirittura rischi di instabilità finanziaria⁶⁵. Al raggiungimento di tali

⁶⁴ Gli obiettivi della risoluzione sono così indicati dall'art. 14, reg. (UE) 806/2014 (c.d. MUR): «a) garantire la continuità delle funzioni essenziali; b) evitare effetti negativi significativi sulla stabilità finanziaria, in particolare attraverso la prevenzione del contagio, anche delle infrastrutture di mercato, e con il mantenimento della disciplina di mercato; c) salvaguardare i fondi pubblici riducendo al minimo il ricorso al sostegno finanziario pubblico straordinario; d) tutelare i depositanti disciplinati dalla direttiva 2014/49/UE e gli investitori disciplinati dalla direttiva 97/9/CE; e) tutelare i fondi e le attività dei clienti». Il presupposto dell'interesse pubblico è richiesto dall'art. 18, par. 1, lett. c), reg. (UE) 806/2014, e viene precisato dal successivo par. 5, secondo cui «[a]i fini del paragrafo 1, lettera c), del presente articolo, l'azione di risoluzione è considerata nell'interesse pubblico se è necessaria al conseguimento di uno o più obiettivi della risoluzione di cui all'articolo 14 ed è ad essi proporzionata e se la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura»

⁶⁵ Giova ricordare che secondo la definizione che ne dà l'art. 2, par. 1, n. 35, dir. 2014/59/UE, per «funzioni essenziali» si intendono «attività, servizi o operazioni la cui interruzione porterebbe verosimilmente, in uno o più Stati membri, all'interruzione di servizi essenziali per l'economia reale o potrebbe compromettere la stabilità finanziaria a motivo della dimensione, della quota di mercato, delle

proporzioni dovrebbe ostare perlomeno la circostanza che l'esercizio di attività bancaria abusiva su larga scala difficilmente potrebbe sfuggire alla percezione del fenomeno da parte del mercato, dei *competitor* e delle autorità e, prima fra tutte, della Banca d'Italia.

In mancanza di adesione a sistemi di tutela dei depositi (o anche di indennizzo degli investitori), da presupporre necessariamente in caso di banca di fatto, e quindi in difetto dell'altra ipotesi di interesse pubblico dato dalla tutela dei depositanti protetti, poiché non ve ne possono essere, resterebbero quali possibili interessi pubblici, sempre alla stregua dell'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 180/2015, il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche e la tutela dei fondi della clientela. Con riguardo al primo, può osservarsi che, da un lato, la questione di eventuali interventi pubblici a favore dei creditori di una banca di fatto presenta una sua autonomia rispetto alla risoluzione, essendo il contenimento degli oneri a carico dello Stato e la tutela dei *tax payer* obiettivo che in effetti pone un limite esterno rispetto alla risoluzione, tant'è che «[i]l piano di risoluzione non presuppone [...]: a) il sostegno finanziario pubblico straordinario, fatto salvo l'utilizzo dei fondi di risoluzione» [art. 102, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 180/2015]. La concessione di aiuti di Stato, sia per l'*an* che per il *quantum*, deve essere valutata in base all'art. 107 TFUE. Inoltre, tale aiuto comunque non potrebbe avere finalità conservative dell'ente o della sua azienda, per le ragioni già evidenziate per cui nell'impresa abusiva non c'è nulla da conservare mentre nell'ambito della risoluzione il contributo straordinario dello Stato, come precisato dalla lett. mmm), dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 180/2015, deve intendersi «fornito per mantenere o ripristinare la solidità, la liquidità o la solvibilità dell'ente [...]»⁶⁶. Quindi,

interconnessioni esterne ed interne, della complessità o delle attività transfrontaliere di un ente o gruppo, con particolare riguardo alla sostituibilità di tali attività, servizi o operazioni»

⁶⁶ Infatti, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. mmm), d.lgs. n. 180/2015 si intende per «sostegno finanziario pubblico straordinario»: un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea o qualsiasi altro sostegno finanziario pubblico a livello sovranazionale che se erogato a livello nazionale configurerebbe un aiuto di Stato, fornito per mantenere o ripristinare la solidità, la liquidità o la solvibilità di uno dei soggetti indicati all'articolo 2», tra cui, per quanto qui interessa, le banche. La definizione riportata riproduce quella contenuta nell'art. 3, par. 1, n. 29, reg. (UE) 806/2014.

sotto questo profilo l'utilizzo della risoluzione non potrebbe essere invocata in quanto idonea a consentire qualcosa di più rispetto alla liquidazione coatta.

Alla medesima conclusione della inapplicabilità della risoluzione alla banca di fatto conducono anche considerazioni di sistema. L'applicazione della risoluzione presuppone un processo articolato che la precede: il piano di risanamento, l'approvazione, la valutazione di risolvibilità, la disciplina di raccordo con gli aiuti di stato (v. art. 19, reg. 806/2014). Da tutto ciò consegue che la risoluzione non risulta complessivamente applicabile alla banca di fatto. A maggior ragione quando non c'è un intervento del Fondo di risoluzione. Infatti, l'Accordo tra gli Stati membri sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al Fondo di Risoluzione Unico (fatto a Bruxelles il 21 maggio 2014 e ratificato ai sensi della legge 22 novembre 2015, n. 188) all'art. 1, comma 2, espressamente dispone che «[i]l presente accordo si applica alle parti contraenti i cui enti sono sottoposti al meccanismo di vigilanza unico e al meccanismo di risoluzione unico, conformemente alle pertinenti disposizioni, rispettivamente, del regolamento (UE) n. 1024/2013 e del regolamento SRM (parti contraenti che partecipano al meccanismo di vigilanza unico e al meccanismo di risoluzione unico)». Ne consegue che, la banca di fatto non è soggetta all'intervento del Fondo in quanto non sottoposta al meccanismo di vigilanza unico e non ha, per questo, contribuito ad alimentare il Fondo stesso. Quindi, se la valutazione dell'esperto indipendente che, ai sensi dell'art. 88, comma 1, d.lgs. n. 150/2015, deve essere effettuata dopo le azioni di risoluzione onde stabilire se azionisti e i creditori avrebbero subito perdite maggiori di quelle che avrebbe subito in una liquidazione coatta amministrativa, la differenza va a carico del Fondo di risoluzione (art. 89, comma 2, d.lgs. n. 150/2015). Non potendosi utilizzare questa misura di salvaguardia nel caso della banca di fatto, è conseguente ritenere applicabile non già la risoluzione bensì la liquidazione coatta, che non necessita di nessuna perequazione postuma.

D'altro canto, per la banca di fatto non ci sarebbe ragione di applicare una misura come il *bail-in*, per trasformare i crediti in partecipazioni, visto che si trasformerebbero in partecipazioni in un ente che deve essere cancellato, in quanto

abusivo. E lo stesso vale per tutte le misure di risoluzione che, pur con diversi strumenti, mirano a conservare, in tutto o in parte, l'integrità dell'ente o della sua impresa.

In conclusione, alla banca di fatto non risulta applicabile la risoluzione non solo per ragioni tecniche, mancando una serie di condizioni prodromiche e di presupposti, ma anche perché le finalità per cui è stata pensata e strutturata la risoluzione, che implicano in qualche modo la conservazione delle funzionalità dell'ente o della sua azienda (o di sue parti), non si attaglia alla banca di fatto.

Giuseppe Desiderio

*Professore associato di Diritto dell'Economia
nell'Università degli studi di Napoli Parthenope*

**NULLITÀ DEL CONTRATTO QUADRO E DEI SUCCESSIVI ATTI
ESECUTIVI: UNA RECENTE CONFERMA DELLA CORTE DI
CASSAZIONE SUL VALORE FUNZIONALE DELLA NULLITÀ FORMALE
PER DIFETTO DI SOTTOSCRIZIONE***

(Nullity of framework contract and subsequent executive acts: a recent confirmation by the Court of Cassation on the functional value of formal nullity due to lack of signature)

ABSTRACT: *La Corte di Cassazione è tornata recentemente a occuparsi del tema della nullità del contratto quadro e dei successivi atti esecutivi per la mancanza di requisiti formali e, in particolare, per il difetto di sottoscrizione di uno dei due coniugi investitori. La decisione della Corte Suprema rappresenta un'occasione per ricostruire i principi giurisprudenziali stabiliti negli ultimi anni, con particolare riferimento alle nullità selettive e alle soluzioni di compromesso finalizzate al bilanciamento degli interessi delle parti contrattuali. Più in generale, sembrerebbe opportuno tornare a una concezione strutturale, piuttosto che funzionale, dei requisiti formali e a un maggiore coinvolgimento dell'Autorità di Vigilanza nella repressione di quei comportamenti che alimentano forme contrattuali asimmetriche.*

Recently the Court of Cassation returned to the issue of the nullity of the framework contract and subsequent executive acts due to the lack of formal requirements, and, in particular, due to the absence of subscription of one of the two investor spouses. The Supreme Court's decision is an opportunity to reconstruct the jurisprudential principles developed in recent years, with particular reference to selective nullities and compromise solutions designed to balance the opposing interests of the contractual

* Contributo approvato dai revisori.

parties. More generally, it would seem appropriate to return to a structural rather than functional conception of formal requirements and a greater involvement of the Supervisory Authority in the repression of those behaviors that fuel asymmetric contractual forms.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. - 2. La mancata sottoscrizione del contratto quadro da parte di un solo coniuge nell'ordinanza della Corte di Cassazione 8 aprile 2024, n. 9331. - 3. La ricostruzione giurisprudenziale sugli effetti della nullità del contratto quadro sui successivi ordini esecutivi. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Nel corso dell'ultimo ventennio il tema dei requisiti formali del contratto quadro ha trovato ampia trattazione in relazione al dibattito sui meccanismi rimediali previsti dal Legislatore¹, focalizzato principalmente sulla sanzione della nullità dello schema negoziale e dell'eventuale travolgimento degli atti esecutivi successivamente posti in essere dall'intermediario.

Il controverso rapporto tra il contratto quadro e i successivi ordini esecutivi origina, da un lato, sin dall'introduzione della Legge 2 gennaio 1991, n. 1, poi seguita dai vari interventi legislativi fino alla disciplina del t.u.f., e, dall'altro lato, dalla normativa regolamentare (più volte revisionata, anche in adeguamento all'evoluzione della disciplina unionale, fino alla versione vigente del Regolamento Consob n. 20307/2018).

Il contratto quadro è volto a regolamentare i servizi prestati dall'intermediario in favore dell'investitore, oggetto delle successive operazioni attuative.

Dunque, con tale locuzione ci si riferisce a un accordo di disciplina sul successivo svolgimento del rapporto, in cui sono prestati uno o più servizi e attività di investimento ad oggetto strumenti finanziari, nei limiti della cornice costituita dal contratto quadro, che racchiude le linee programmatiche e nei cui confini deve svolgersi il rapporto con l'investitore.

¹ D'AMICO, *Considerazioni sulla cd. nullità selettiva*, in *I Contratti*, n. 6, 2020, pp. 633 e ss.

Pertanto, per quanto abbiano natura negoziale e siano tra loro distinti ed autonomi, i successivi atti esecutivi sono tradizionalmente ritenuti momenti attuativi del medesimo accordo, cui, salvo diverse pattuizioni, si riferiscono esclusivamente i requisiti formali indicati dall'art. 23 t.u.f.².

E' in riferimento a tale norma e ai requisiti formali ivi prescritti che muovono le varie tesi nel tempo sostenute a supporto o meno delle ipotesi ricostruttive delle nullità che avvolgono il contratto quadro.

Se il dibattito sulla nullità dell'accordo quadro e su quella dei successivi atti esecutivi ha trovato ampio spazio nel contesto dei mercati finanziari, vi è da evidenziare che le medesime problematiche sono state riscontrate anche con riferimento alla normativa bancaria.

Al di là delle differenze definitorie, si colgono immediatamente aspetti simili tra la disciplina recata dall'art. 117 t.u.b.³, da quella dell'art. 23 t.u.f.⁴, pur restando però una distinzione di base tra i contratti bancari, cui si applicano le norme del testo unico bancario, e i contratti finanziari, il cui riferimento normativo è costituito appunto dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, "*in quanto le regole non sempre sono parallelamente predisposte*"⁵, profili che possono ricondursi

² *In terminis*, v. Cass., Sez. U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, ove le cd. «sentenze gemelle» hanno stabilito che la violazione degli obblighi informativi previsti a tutela del contraente debole danno luogo a responsabilità precontrattuale con obbligo di risarcimento del danno solo se compiute precedentemente o contestualmente alla conclusione del contratto; diversamente, danno luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento laddove si riferiscono a operazioni di investimento o disinvestimento concluse in esecuzione del contratto. Cfr. altresì GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, pp. 393 e ss.

³ Cfr. DE ANGELIS, *Sub art. 117*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, Padova, 2018, t. III, p. 1870; URBANI, *La trasparenza nello svolgimento dell'attività*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, pp. 607 e ss.

⁴ Cfr. ALPA, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di ALPA e CAPRIGLIONE, I, Padova, 1998, pp. 256 e ss.; GABRIELLI, *Commento all'art. 23, d.lgs. n. 58/1998*, in AA.VV., *Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO, Milano, 2006, pp. 688 e ss.; LENER-LUCANTONI, *Commento all'art. 23 TUF*, in *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di FRATINI e GASPARRI, 2012, pp. 401 e ss.

⁵ *In terminis*, ALPA, *Qualche novità sul controllo giudiziale dei contratti bancari*, in *Contratto e impresa*, n. 3, 2023, p. 709, in cui viene ripercorsa la produzione giurisprudenziale della Corte di Cassazione sui profili peculiari della contrattazione bancaria, tra cui gli aspetti attinenti alla sottoscrizione. Inoltre, v. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 3, 2018, p. 277, ove l'autore ritiene che "*non è superfluo, tuttavia, evidenziare*

nel recente e complesso dibattito sull' «integrazione orizzontale» nell'ordinamento finanziario⁶.

Con l'art. 23 t.u.f. il legislatore ha inteso introdurre un'ipotesi di nullità relativa, da intendersi quale nullità di protezione, volta a ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra l'intermediario e il contraente debole e a fornire una tutela adeguata relativamente alle asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti tra le parti nell'ambito dei mercati finanziari.

Se la *ratio* della norma deve essere intesa in tali termini non può sorprendere che le ricostruzioni interpretative sulle cause di nullità del contratto⁷ siano state attratte principalmente dalla contrapposizione tra nullità strutturale e funzionale⁸.

Il tema si inserisce in un dibattito più generale sull'interpretazione della disciplina sulla forma dei contratti⁹, tanto che già in precedenza ai più noti arresti giurisprudenziali (su cui si rinvia ai successivi paragrafi) si discuteva già ampiamente sul cd. neoformalismo contrattuale¹⁰, anche in rapporto alle regole di condotta degli

l'esistenza di alcune permanenti differenze tra la disciplina del t.u.f. e quella del t.u.b., che riguardano servizi caratterizzati da indubbe analogie nella base sottostante degli interessi rilevanti (in particolare dall'asimmetria informativa ed economica tra le parti del rapporto), ma anche da non meno rilevanti distanze (in particolare e in estrema sintesi: la normativa di trasparenza del t.u.f. tende a proteggere il cliente rispetto all'assunzione non consapevole o non adeguata di rischi per il proprio patrimonio investito nelle operazioni finanziarie; quella del t.u.b. tende a proteggere il cliente rispetto all'assunzione non consapevole o eccessiva di costi per i servizi offerti dagli intermediari)". Va evidenziato, inoltre, che la sentenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, 4 novembre 2019 n. 28314, ha evidenziato che *“il confronto tra le norme sopra illustrate pone il luce come, pur in presenza di differenze testuali non prive di rilievo, il tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione sia la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio (...)”*.

⁶ Sul punto si rinvia a SEPE, *Integrazione orizzontale: verso un testo unico delle attività finanziarie*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time. Atti del convegno del 11-12 dicembre 2023*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, n. 100, 2024, pp. 71 e ss.

⁷ Sulle cause di nullità del contratto v. RABITTI, *Della nullità del contratto*, in GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, Torino, 2012, pp. 521 e ss.

⁸ Per un approfondimento sulle ricostruzioni dottrinarie sul punto, v. VIETRI, *La Suprema Corte conferma la validità del contratto-quadro monofirma relativa ai servizi di investimento*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 5, 2022, pp. 964 e ss.

⁹ Cfr. ROBUSTELLA, *Trasparenza informativa e vincoli formali nella contrattazione asimmetrica*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, aprile 2022.

¹⁰ Per un approfondimento v. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di “protezione” e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, n. 6, 2016, pp. 1463-1492; ID., *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata?*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 9, 2016, 2, pp. 1220-1227; LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul «neoformalismo» negoziale)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1990, p. 780; ID., *Forma contrattuale e tutela del contraente*

intermediari¹¹.

E' in tale ambito, pertanto, che deve contestualizzarsi la questione se la nullità del contratto quadro, provocata dal mancato rispetto dei requisiti formali stabiliti nell'art. 23 t.u.f., comporta conseguenzialmente la nullità dei successivi ordini esecutivi, travolgendone la validità e paralizzando gli effetti di tutte o di parte (nullità selettive) delle operazioni eseguite dall'intermediario in favore del cliente (sulla scorta di un contratto quadro privo della forma scritta).

Anche la giurisprudenza ha ritenuto che il riferimento alla forma scritta recato nella predetta disposizione normativa va correlato esclusivamente ai contratti quadro e non ai singoli atti esecutivi¹², seppur i principi stabiliti negli arresti della Corte di Cassazione richiamano operazioni di investimento relative a contratti quadro risalenti nel tempo e disciplinati dalla previgente regolamentazione.

Nel periodo più recente, il rapporto tra la nullità del contratto quadro e l' (in)validità delle successive operazioni negoziali è tornato in evidenza in relazione a una diversa fattispecie rispetto alla casistica sottoposta in precedenza al vaglio della Suprema Corte, ovvero il tema della nullità del contratto quadro e dei successivi ordini esecutivi sottoscritti esclusivamente da uno dei due coniugi, nel difetto pertanto di un'adesione formale anche dell'altro consorte.

A distanza di qualche anno dalle decisioni delle Sezioni Unite, l'ulteriore

«non qualificato» nel mercato finanziario, Milano, 1996, p. 4 e ss.; SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: tra natura e forma*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, pp. 165 e ss.; TUCCI, *Una pura formalità, Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 2, 2017, pp. 535 e ss.

¹¹ Sul punto si rinvia a PANCALLO, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, supp. 2, 2020, pp. 62 e ss.; PELLEGRINI, *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, pp. 187 e ss.; ID, *Regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Milano, 2024, pp. 647 e ss.; SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

¹² In proposito, v. Cass. 22 dicembre 2011, n. 28432, e Cass. 13 gennaio 2012, n. 384. Più recentemente, Cfr. Cass. 31 agosto 2020, n. 18122 (“*tali ordini, infatti, rappresentano un elemento di attuazione delle obbligazioni previste dal contratto di investimento del quale condividono la natura negoziale come negozi esecutivi, concretandosi attraverso di essi i negozi di acquisizione - per il tramite dell'intermediario - dei titoli da destinare ed essere custoditi, secondo le clausole contenute nel contratto quadro*”).

intervento della Corte di Cassazione consente ancora una volta di svolgere delle riflessioni sui principi giurisprudenziali stabiliti in materia.

2. Con l'ordinanza 8 aprile 2024, n. 9331, la Corte di Cassazione è dunque tornata sulla questione inerente la nullità del contratto quadro (di intermediazione finanziaria) e i suoi effetti sulla (in)validità dei successivi atti esecutivi, e, nell'occasione, con particolare riferimento al tema del difetto di sottoscrizione (del contratto quadro) da parte di una coppia di coniugi, entrambi cointestatari del conto corrente da cui provenivano i fondi utilizzati per l'esecuzione delle operazioni di investimento.

La peculiarità della vicenda risiede, inoltre, nella circostanza che sia il contratto quadro, sia i singoli ordini esecutivi, erano stati sottoscritti esclusivamente dal medesimo soggetto, ovvero solo uno dei due coniugi.

Più nel dettaglio, la Suprema Corte ha stabilito che *“in tema di intermediazione finanziaria, il contratto-quadro sottoscritto da uno solo dei due investitori è nullo per difetto di forma scritta, ai sensi dell'art. 23 T.u.f., con conseguente travolgimento degli ordini di acquisto nei confronti di entrambi, senza necessità di valutare se la partecipazione dell'altro (la cui sottoscrizione nella specie è risultata aprocrifa) sia stata essenziale, non essendo il contratto in questione qualificabile come plurilaterale, ai sensi dell'art. 1420 c.c., ma come contratto bilaterale con parte soggettivamente complessa”*.

Nei primi due gradi di giudizio era stata accertata, e, per l'effetto, dichiarata la nullità parziale del contratto quadro solo limitatamente alla posizione del coniuge che non aveva apposto la propria sottoscrizione.

In particolare, tra le varie motivazioni, la Corte di Appello di Roma, adita in sede di gravame, aveva ritenuto che la partecipazione al contratto da parte del coniuge non firmatario non avrebbe potuto considerarsi essenziale ex art. 1420 c.c., in quanto titolare di una «posizione giuridica di contitolarità» ma, comunque, «autonoma e distinta» da quella dell'altro coniuge.

Investita della questione, la Corte di Cassazione ha ribadito l'insegnamento reso

con la precedente sentenza n. 8869/2012, con la quale si è affermato che la nullità è “*destinata a travolgere i singoli ordini, facendone venir meno la causa, e che la forma scritta in cui questi ultimi siano stati redatti non sopperisce al difetto di forma ad substantiam acti del contratto quadro*”.

In altri termini, la tesi similmente offerta nell’ordinanza in esame implica che il rispetto dei requisiti formali nei successivi ordini di acquisto imposti dalla legge non valgono a sanare il difetto di forma del contratto quadro, la cui nullità inficia inevitabilmente la validità delle successive operazioni, pur nella considerazione che, nella specie, che gli atti esecutivi erano stati comunque sottoscritti dallo stesso coniuge che aveva apposto la propria sottoscrizione sul contratto quadro.

Diverso esito avrebbe avuto l’operazione interpretativa se almeno il *master agreement* fosse stato sottoscritto da entrambi i coniugi.

Del resto, la Suprema Corte ha stabilito che la mancata sottoscrizione di un solo coniuge non comporta la nullità parziale del contratto quadro ma dell’intero negozio, laddove la natura dello schema contrattuale in esame presuppone la necessità di acquisire l’adesione di tutti i contraenti che compongono la parte debole «soggettivamente complessa».

Sotto tale profilo è stata esclusa l’applicabilità dell’art. 1420 c.c. in ragione del fatto che il contratto quadro, anche se coinvolge diversi investitori, non può essere considerato quale contratto plurilaterale in quanto le prestazioni dei contraenti non sono dirette a perseguire uno scopo comune, circostanza che induce a ricorrere allo schema di un «contratto di scambio senza uno scopo comune».

In proposito, la Corte di Cassazione evidenzia che il carattere peculiare del contratto plurilaterale non va ricercato nel numero di partecipanti (più di due), ma nello «scopo comune» cui devono convergere le prestazioni delle parti coobbligate, elemento che non può essere rinvenuto nel contratto di intermediazione finanziaria¹³.

¹³ “*Il paradigma di cui all’art. 1420 c.c. (nullità in senso soggettivo) non è pertinente rispetto al contratto in questione che, seppur stipulato da più investitori con la banca, non è qualificabile come “contratto plurilaterale “cioè” con più di due parti”, ma come contratto di scambio senza “uno scopo comune”. Dato rilevante che caratterizza la categoria dei contratti plurilaterali, a cui deve essere applicata la*

Sul punto la decisione sembra prescindere da una valutazione sui rapporti tra i coniugi e sulle loro qualità personali, equiparandone la posizione (per quanto meritevole della medesima tutela di protezione accordata ai clienti) a qualsiasi altro investitore.

Emergerebbe invece la necessità di verificare quanto la sottoscrizione di un contratto quadro da parte di un solo coniuge vincoli anche il rispettivo consorte nei confronti dell'intermediario.

Non sembra che la questione sia stata considerata meritevole di un approfondimento al pari di altri profili, neanche in termini di una responsabilità del coniuge firmatario nei confronti dell'altro.

La sentenza non sembra poi accordare rilevanza all'origine dei fondi utilizzati per alimentare le operazioni oggetto degli atti esecutivi del contratto quadro in contestazione.

La provvista, come detto, proveniva da un conto corrente cointestato, circostanza che conferma che alla base del rapporto vi era comunque una comunione e condivisione tra i coniugi di cui tener necessariamente conto, tanto che l'iter motivazionale adottato dalla Corte di Cassazione esula completamente da ogni valutazione sul regime patrimoniale adottato dalla coppia e della evidente finalità delle singole operazioni negoziali, limitandosi i giudici a un richiamo a una precedente tesi (sentenza 13764/2007), secondo cui la co-intestazione del conto corrente, che funge da provvista per operazioni di investimento, non esplica alcuna efficacia rispetto agli ordini di investimento che restano disciplinati dal contratto quadro.

Diversamente, se va posto in evidenza che le successive operazioni erano comunque riferibili a entrambi i coniugi e finanziate da entrambi, può altresì ipotizzarsi che i fondi siano presumibilmente originati in regime di comunione legale e nell'ambito

disciplina prevista dall'art. 1420 c.c., non è il numero dei partecipanti maggiore di due, ma l'essere le prestazioni di ciascuno di essi dirette al conseguimento di uno scopo comune, per modo che i contratti stessi mettano capo al conseguimento di uno scopo comune o alla costituzione e organizzazione di una comunione di interessi (Cass. n. 4715/1978, n. 3572/1972, S.U. n. 2830/1966, n. 1292/1965), il che non si verifica nel contratto di intermediazione finanziaria”.

anche di una comunione di scopo, volta all'incremento del patrimonio familiare.

In ordine a tale profilo vi è qualche perplessità con l'impostazione di base adottata dalla Suprema Corte, almeno nei limiti della ritenuta insussistenza di uno scopo comune in capo ai coniugi, la cui ricorrenza prescinde dalla contestuale sottoscrizione del contratto quadro da parte di tali soggetti, se non altro perché l'utilizzo dei fondi in giacenza sul conto corrente cointestato deve ritenersi noto anche al coniuge non firmatario, non solo per difetto di deduzione sul punto, ma anche nella considerazione che il compimento delle ripetute operazioni successive era sistematicamente addebitato sul conto corrente dell'investitore che non aveva apposto la propria sottoscrizione.

Per ragioni redazionali si limita l'analisi della pronuncia della Corte di Cassazione alle superiori brevi considerazioni, preferendo per coerenza espositiva dare spazio a una verifica sulla coerenza dei principi che emergono dalla recente ordinanza (in tema di nullità di contratto quadro e dei successivi ordini esecutivi per la violazione delle regole formali) con l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni, che fa discendere la nullità delle singole operazioni negoziali a seguito della declaratoria di nullità del contratto quadro.

3. L'ordinanza della Corte di Cassazione esaminata nel precedente paragrafo ripropone il dibattito sulla questione della nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione e sul (l'eventuale) travolgimento dei successivi ordini esecutivi che ne conseguirebbe.

Tradizionalmente la natura¹⁴ e la funzione del contratto quadro (e dei singoli atti esecutivi) vengono ricondotte nell'ambito di quei profili della dicotomia intermediario-

¹⁴ Per un approfondimento sulle varie tesi sulla natura del contratto quadro, tra i vari, si rinvia a SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: tra natura e forma*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, pp. 167 e ss., il quale (richiamando TUCCI, *Il problema della forma nei contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 2, 2009, p. 42) rievoca la tesi maggioritaria sul punto nella ricostruzione che ravvede nel contratto quadro un mandato conferito all'intermediario per vengano eseguite i diversi incarichi indicati dall'investitore, per i quali, invece, si sostiene sia la natura negoziale che non negoziale.

investitore, connaturati dalle asimmetrie informative e che determinano la necessità di tutelare il cliente oltre i tradizionali vincoli civilistici, tanto che se la nullità del contratto quadro per difetto dei requisiti formali deve intendersi, anche alla luce del disposto normativo, in termini di nullità di protezione, la stessa è sottratta alla legittimazione dell'intermediario, contraente forte, operando nel tentativo di ricomporre un equilibrio tra le parti.

E' in un tale contesto che in dottrina si è formulata la tesi di una «procedimentalizzazione del contatto economico intermediario-cliente», ove sono state individuate le diverse fasi del rapporto, e tra queste, la fase contrattuale, «procedimentalizzata, regolamentata e articolata» dalla disciplina primaria e secondaria nel contratto quadro e nelle successive operazioni correlate o atti esecutivi¹⁵.

Le vicende della anzidetta «articolazione» trovano la fonte dei più intensi dibattiti nell'intensa produzione dottrina e giurisprudenziale sugli aspetti relativi alla questione della (mancata) sottoscrizione e di quale valore possa assumere la stessa nel riquadro del rigorismo formale previsto dalla disciplina a tutela dell'investitore.

In proposito, si ripercorrono le pronunce della Suprema Corte ritenute più

¹⁵ *In terminis*, v. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: tra natura e forma*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, cit., pp. 165 e ss., ove l'autore sostiene "(...) l'insufficienza di tutela accordata al cliente dalla tradizionali figure civilistiche del mandato e dei contratti bancari e assicurativi, ha indotto la disciplina speciale a dettare una «procedimentalizzazione» del contatto-economico «intermediario-cliente», procedimentalizzazione che, muovendo da quando il contatto individualizzato ancora non è in essere (e in tale contesto si collocano le discipline in tema di pubblicità e trasparenza), si estende alla fase pre-contrattuale, a quella conclusiva dell'accordo e a quella esecutiva dello stesso (ivi compresa la fase di rendicontazione e reporting)". Inoltre, «detta articolazione risponde tuttavia non solamente all'interesse del «contraente debole», ma più in generale alla reiterabilità della prestazione e dell'esigenza di tempestività della sua finalizzazione (si pensi al compimento di più ordini di pagamento nell'ambito di un rapporto di conto corrente, o di diversi ordini d'investimento o disinvestimento in un rapporto di gestione individuale), che mal tollerano che la fase esecutiva si caratterizzi ogni volta per la predisposizione ed esame di specifiche ed analitiche regole contrattuali dell'atto o dell'operazione, regole che, per converso, avendo carattere generale (in quanto governanti tutte le singole prestazioni), ben possono essere anticipate al contratto quadro. Se nei contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari è dunque fisiologica l'alterità tra c.d. «contratto quadro» (o «master agreement») ed «atti ed operazioni esecutivi», discussa è la natura dell'uno e degli altri, il rapporto tra gli stessi corrente, l'obbligatorietà del contratto quadro, la disciplina cui sono soggetti con specifico riferimento ai requisiti di contenuto e di forma, nonché le conseguenze relative alla rispettiva illegittimità».

rilevanti, da cui sono originate le riflessioni in tema del cd. contratto monofirma e di uso selettivo delle nullità (dei singoli ordini esecutivi) in rapporto ai canoni di buona fede e all'*exceptio doli generalis*.

Sulla prima questione, con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 16 gennaio 2018 n. 898, intervenuta sulla nota questione del contratto c.d. *monofirma*, è stato affermato che *“in tema d’intermediazione finanziaria, il requisito della forma scritta del contratto-quadro, posto a pena di nullità (azionabile dal solo cliente) dall’art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, va inteso non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione dell’investitore assunta dalla norma, sicché tale requisito deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest’ultimo, e non anche quella dell’intermediario, il cui consenso ben può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti”*¹⁶.

Il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione si pone in stretta continuità con quanto stabilito con la precedente sentenza 22 marzo 2012, n. 4564 (con cui la Suprema Corte aveva già affermato che il requisito formale imposto dall’art. 23 t.u.f. fosse già rispettato con la sottoscrizione dell’investitore)¹⁷.

In particolare, con la richiamata sentenza n. 898/2018, l’intervento della Corte di Cassazione chiarisce che *“la finalità protettiva nei confronti dell’investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza del mercato del credito”*. Posta tale premessa, il vincolo formale imposto al contratto quadro va riferito dunque alla

¹⁶ CHIARELLA, *Le Sezioni unite e l’essenza della forma nei contratti-quadro d’investimento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 3, 2018, pp. 292-303 e ss.; MAFFEIS, *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *il Corriere giuridico*, n. 2, 2019, pp. 177-182; MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto cd. monofirma*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 2, 2018, pp. 275 e ss.; PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, in *I Contratti*, 2018, pp. 143 e ss.

¹⁷ La tesi è stata in seguito ribadita dal Supremo Consesso con la sentenza 23 gennaio 2018 n. 1653 e con la successiva produzione giurisprudenziale sul tema (più recentemente, Cass. 16 giugno 2023, n. 17288), ove viene in evidenza l’ordinanza 17 gennaio 2022, n. 1250. Si segnala, poi, che il medesimo insegnamento, espresso in tema di intermediazione finanziaria, è stato reiterato con la decisione 12.10.2023, n. 28500, in relazione al requisito della forma scritta prescritto dall’art. 117, primo comma, t.u.b.

“funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità”.

Il *decisum* delle Sezioni Unite muove dalla *ratio* dell’art. 23 t.u.f., le cui prescrizioni sarebbero ispirate a un neoformalismo di protezione volto a trasmettere all’investitore le informazioni sul rapporto contrattuale. Pertanto, l’obbligo formale imposto dalla legge sarebbe adempiuto una volta assolta la «funzione strumentale dell’informazione (finanziaria)» resa al risparmiatore¹⁸.

In tale ottica, vi è chi ha evidenziato che tale decisione avrebbe il merito di aver imposto un’interpretazione del neoformalismo negoziale che si spinge oltre i limiti delle prescrizioni normative, e, in quanto tale, si giustifica per originare da logiche differenti rispetto a quelle rispondenti al formalismo tradizionale e per rispondere alle esigenze di funzionamento del mercato di riferimento e alla necessità di bilanciare gli interessi delle parti coinvolte, delineando quella «forma non più ingessata sul modello *ad substantiam*, bensì quale tecnica normativa ispirata all’endiadi tutela del cliente - integrità del mercato»¹⁹.

La pronuncia non ha chiarito comunque alcune perplessità che già erano state sollevate in passato sugli effetti di una tale impostazione, in quanto il risultato pratico di tale argomentazione sarebbe giustificare l’ammissibilità di quelle forme comunque

¹⁸ Per un approfondimento sulle informazioni finanziarie, equilibrio di mercato e tutela dei risparmiatori si rinvia a LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, pp. 259-281.

¹⁹ In tal senso, v. CHIARELLA, *Le Sezioni unite e l’essenza della forma nei contratti-quadro d’investimento*, cit., p. 293, ove l’autrice evidenzia che “la decisione resa si segnala per il pregio di aver optato per una interpretazione del neoformalismo negoziale che evade i contorni normativi tradizionali in tema di forma *ad substantiam*. Il principio emergente dal *decisum* delle Sezioni Unite e ricavato dall’interpretazione dell’art. 23 t.u.f. è che la nullità (intesa come sanzione per la violazione delle norme di protezione), posta a tutela del cliente e a presidio del buon funzionamento del mercato, opera solo ove il comportamento dell’intermediario sia censurabile alla stregua degli standard prescritti dal legislatore; in caso contrario, la stessa non potrà essere comminata in quanto eccessiva o sproporzionata. La decisione, dunque, scardina modelli concettuali di riferimento, estrapolando dal tessuto normativo un *tertium genus* di forma che opera sul piano della verificabilità documentale dell’esatto adempimento, da parte dell’intermediario, dei doveri di comportamento prescritti dal legislatore. Viene chiarita *expressis verbis* la portata di una regola (a ben vedere) di default nella cornice di una fisiologica esecuzione del contratto, dello scopo perseguito dalle parti e degli interessi coinvolti. Con la sentenza si mira a salvaguardare l’impegno reciproco dei contraenti, neutralizzando la minaccia di comportamenti aberranti e presidiando il corretto svolgimento delle negoziazioni”.

asimmetriche da cui il contraente debole deve essere tutelato²⁰.

Non va sottaciuto, poi, che la sottoscrizione del contratto quadro dovrebbe essere intesa in senso sostanziale, ovvero a conferma dell'effettivo recepimento delle informazioni ricevute dall'intermediario in adempimento degli obblighi informativi sussistenti a proprio carico, e non già quale «mero simulacro di tutela», laddove le particolari cognizioni tecniche correlate ai mercati finanziari e le regole di condotta imposte agli intermediari meriterebbero un «equilibrato incontro» nel rapporto tra un'informativa completa e una corretta composizione contrattuale degli interessi²¹.

Tale profilo viene ancor più in rilievo nella considerazione che oggi gran parte degli accordi negoziali si concludono per via telematica, ove le criticità in tema di asimmetria informativa pongono quelle esigenze di tutela, brevemente riassumibili nella disciplina dell'offerta fuori sede e nell'esercizio del diritto di recesso riconosciuto al cliente²².

In ogni caso, l'impostazione funzionale adottata con la richiamata decisione ha posto le basi anche per la successiva pronuncia delle Sezioni Unite sul tema della nullità del contratto quadro e dei successivi ordini esecutivi.

Vi è da dire che già in precedenza, nel corso del 2017, la Prima Sezione della Corte di Cassazione in più di un'occasione aveva affrontato il tema se gli obblighi di sottoscrizione *ad substantiam* ex art. 23 t.u.f., avrebbero dovuto essere ritenuti sussistenti, oltre che in relazione alla sottoscrizione dell'investitore, anche a quella dell'intermediario, e, nell'ipotesi di nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione, se fosse ammissibile l'uso selettivo delle nullità (dei singoli ordini esecutivi) in rapporto ai canoni di buona fede e all'*exceptio doli generalis* eventualmente opposta dall'intermediario²³, senza tuttavia giungere su questo punto

²⁰ Cfr. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: tra natura e forma*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, cit., pp. 178-179.

²¹ In tal senso, LEMMA, *Informazione finanziaria e tutela dei risparmiatori*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, cit., pp. 259 e ss.

²² Per un approfondimento sul tema, v. ARRIGONI, *La disciplina dell'offerta fuori sede nei mercati finanziari moderni*, in *I Contratti*, n. 2, 2023, pp. 127 e ss.

²³ Cfr. Cass. 27 aprile 2017, n. 10447, Cass. 17 maggio 2017, n. 12388, Cass. 17 maggio 2017, n. 12389, Cass. 17 maggio 2017, n. 12390. Per un puntuale approfondimento su tali provvedimenti si rinvia a

a un risultato consolidato.

Con l'ordinanza della Cassazione del 2 ottobre 2018, n. 23927, è stata dunque rinviata alle Sezioni Unite anche la questione inerente l'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro, rimasta assorbita nei precedenti interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴, e della rilevanza attribuibile all'*exceptio doli* sollevata dall'intermediario (per paralizzare l'uso "selettivo" della nullità del contratto quadro e per eventualmente spiegare in via riconvenzionale una domanda di restituzione ai fini compensativi degli importi pagati all'investitore in relazione alle operazioni positivamente portate a compimento)²⁵.

Con la sentenza a Sezioni Unite 4 novembre 2019, n. 28314, il Supremo Consesso ha stabilito che *"la nullità per difetto di forma scritta contenuta nell'art. 23 comma 3 del d.lgs. n. 58 del 1998 può essere fatta valere esclusivamente dell'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro"*²⁶.

MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *I Contratti*, n. 4, 2017, pp. 398-406; MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alla Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 6, 2017, pp. 828 e ss.; MORESCO, *Forma informativa, sottoscrizione della parte protetta e abuso del diritto*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 1, 2018, 1, pp. 215-245; PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *I Contratti*, 2017, pp. 679 e ss.; TUCCI, *Una pura formalità, Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 2, 2017, pp. 535 e ss.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. U., 16 gennaio 2018, n. 898, e Cass., Sez. U., 18 gennaio 2018, n. 1200.

²⁵ Sull'eccezione di compensazione da parte dell'intermediario v. Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, e Cass. 24 aprile 2018, n. 10116.

²⁶ Sulla copiosa produzione dottrina sull'argomento, v. ARRIGONI, *Nullità selettiva degli ordini di investimento ed «eccezione di buona fede»*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2020, 2, pp. 101-121; CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 5, 2020, pp. 705 e ss.; D'AMICO, *Considerazioni sulla cd. nullità selettiva*, cit., pp. 634 e ss.; DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione; l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Rivista di diritto bancario*, n. 1, 2020, 1, pp. 89-111; GALLARATI, *Il «contratto» figurato ex art. articolo 23 TUF*, in *Persona e Mercato*, n. 1, 2022, pp. 79 e ss.; GUIZZI, *Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *dirittobancario.it*, 2019; IULIANI, *Le Sezioni Unite e*

In proposito, la Suprema Corte, dopo aver vagliato nuovamente le soluzioni alternative proposte in precedenti pronunce²⁷, ha ritenuto che l'uso selettivo delle nullità di protezione deve essere valutato sia in merito alla finalità dell'azione di nullità posta in essere dall'investitore (ovvero, se sia diretta ad arrecare un pregiudizio patrimoniale all'intermediario), sia in ordine all'effettivo risultato conseguito dagli ordini non colpiti dall'azione di nullità in rapporto alla domanda complessivamente svolta in giudizio.

In altri termini, si è stabilito che laddove le operazioni relative agli atti esecutivi non contestati dall'investitore sotto il profilo formale (*ad substantiam*) abbiano evidenziato un rendimento economico di entità superiore rispetto al pregiudizio lamentato, allora l'intermediario potrà opporre l'eccezione di buona fede al fine di non subire un immotivato pregiudizio economico.

Posti tali presupposti, l'azione di nullità eventualmente introdotta dall'investitore con riferimento a determinati ordini esecutivi non contrasta con il principio della buona fede solo nei limiti del pregiudizio economico complessivamente subito.

Va evidenziato che la fattispecie prevedeva l'esistenza di un contratto quadro, dalla cui nullità l'investitore lamentava il travolgimento dei singoli ordini successivi

la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione, in *Giurisprudenza Italiana*, febb. 2020, pp. 273 e ss.; LA ROCCA, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in materia di «nullità selettiva» e il sistema della Mifid II (ovvero «dell'obbligo di porgere l'altra guancia»)*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2020, 2, pp. 53-75; MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 2020, 2, pp. 160-162; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 1, 2020, pp. 163 e ss.; PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *I Contratti*, n. 1, 2020, pp. 11 e ss.; PISAPIA, *Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'uso selettivo della nullità di protezione*, in *dirittobancario.it*, 2019; RINALDO, *Quando la nullità ("selettiva") invocata dall'investitore trascende in abuso*, in *Rivista del Notariato*, n. 2, 2020, 1, pp. 327-338; RUGGIERO, *Nullità selettive regime restitutorio unilaterale? Le Sezioni Unite fanno chiarezza e delineano uno statuto normativo unitario per le nullità di protezione*, in *Danno e Responsabilità*, n. 6, 2020, pp. 717 e ss. Sotto altro profilo, la sentenza in esame rappresenta lo spunto per un approfondimento sui rimedi *de dolo* nell'ambito del contenzioso bancario, Cfr. MAGGIOLIO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e della Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2020, 2, pp. 39 e ss.

²⁷ Cfr. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, e Cass. 16 marzo 2018, n. 6664.

eseguiti dall'intermediario, e poi risultati svantaggiosi dal punto di vista del rendimento per il cliente.

Al contrario, l'assenza di un contratto quadro, a prescindere dalla sua validità dal punto di vista formale, avrebbe comportato che l'intermediario non avrebbe potuto legittimamente opporsi all'uso selettivo della nullità (sulla scorta dell'insegnamento reso dalla Suprema Corte con la sentenza della Cassazione 24 aprile 2018, n. 10116²⁸).

La ricostruzione del giudice estensore del provvedimento riferisce lo sforzo della Suprema Corte di adottare una «soluzione di compromesso», tanto da riconoscere i rimedi già concessi esclusivamente agli investitori per l'accertamento dei vizi del contratto quadro anche agli effetti conseguenti (da un tale accertamento), limitandone però l'esperibilità solo alle ipotesi di effettivo pregiudizio economico, vietando alla parte debole di pretestuosamente lucrare dal sistema delle nullità selettive²⁹.

Potrebbe tuttavia opinarsi che l'impostazione "compromissoria" adottata dalla

²⁸ Cfr. punti 14 e 14.1 Cass. 4 novembre 2019 n. 28314: "(...) l'esistenza di un testo completo e sottoscritto da uno dei contraenti....non può essere del tutto ignorata, in relazione all'accertamento della nullità, perché coperta da giudicato, non può essere del tutto ignorata, in relazione alla valutazione della legittimità delle diverse forme di tutela dell'intermediario determinate dall'uso selettivo delle nullità di protezione. In particolare, deve escludersi l'applicabilità, nel caso di specie, dei principi contenuti nell'ordinanza della prima sezione civile, n. 10116 del 2018, secondo i quali l'intermediario non può legittimamente opporsi ad un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità ex art. 23 T.U.F. quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'exceptio doli (di cui si tratterà nei par. 18,19,20), né in ragione della protazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente".

²⁹ In tal senso, RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2020, "la Cassazione mostra di voler ribadire con forza l'importanza che sia assicurata in via di principio al cliente quel maggior grado di tutela, rispetto all'intermediario, che è reso necessario dalla naturale dissimmetria delle rispettive posizioni di partenza (...) Il cliente necessita di un maggior livello di tutela, e la Suprema corte reputa che questa maggior tutela possa dirsi davvero effettiva solo se i rimedi concessi in via esclusiva al cliente si estendano anche al piano delle conseguenze derivanti dall'accertamento del vizio da cui è affetto il contratto: ossia se non soltanto si circoscrive al cliente la legittimazione a far accertare giudizialmente quel vizio, ma si consente unicamente a lui di beneficiare degli effetti dell'accertamento e, quindi, di esperire la conseguente azione di ripetizione (...) Dall'altro lato, però, la stessa Corte si mostra consapevole del rischio che la necessità di tutelare adeguatamente la parte normalmente più debole del rapporto possa tradursi, nel concreto di singole e specifiche vicende, in un'inammissibile pregiudizio negativo in danno della parte avversa, sino al punto da premiare comportamenti dei clienti considerati scorretti perché tesi ad approfittare del favore loro accordato dalla legge oltre il limite entro cui i principi generali dell'ordinamento lo rendono ragionevole e giusto".

Corte di Cassazione, da un lato, vanifica la tutela legale prevista esclusivamente a favore del cliente e, dall'altro, non tiene nemmeno in considerazione il risultato economico conseguito dall'intermediario (anche a titolo di commissioni) nell'esecuzione delle operazioni in contestazione, con il risultato che i limiti imposti al sistema delle nullità selettive consente invece all'intermediario di lucrare dalle stesse operazioni ritenute complessivamente valide, ma compiute in violazione della disciplina di protezione dettata sui requisiti formali.

Paradossalmente, una disposizione normativa introdotta a tutela dell'investitore, da un lato, impedirebbe allo stesso di ottenere l'invocata ristorazione se non nei limiti del pregiudizio effettivamente subito (e tale impostazione potrebbe ritenersi anche corretta), ma dall'altro il meccanismo descritto sembrerebbe presupporre un profilo premiale laddove legittimerebbe l'intermediario a trattenere il risultato economico a propria volta conseguito.

In proposito non può sottacersi che da una tale ricostruzione il guadagno dell'intermediario deriverebbe da un contratto quadro nullo per difetto di forma, da una grave violazione delle norme poste a tutela del cliente e dall'evidente violazione degli obblighi di condotta gravanti sugli intermediari.

Posta la questione in tali termini, allora desta qualche perplessità la decisione di limitare la valutazione economica solo al vantaggio/pregiudizio patrimoniale sopportato da solo uno dei contraenti, peraltro la parte debole, alla cui esclusiva tutela è finalizzata la disciplina dettata dall'art. 23 t.u.f.

In conclusione, la ricostruzione giurisprudenziale che precede consente di ritenere che la pronuncia della Cassazione in commento conferma i principi già affermati in tema di contratto monofirma e con riguardo al rapporto tra la nullità del contratto quadro e dei successivi atti esecutivi, restando invece aperta l'altra questione, relativa alle nullità selettive, ritenuta "assorbita" dalla Suprema Corte.

4. Da un'analisi della costante litigiosità sui profili in esame può sostenersi che l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione non abbia sortito effetto

deflattivo sul contenzioso inerente i requisiti formali del contratto quadro e il correlato regime di nullità.

Tale considerazione ripropone la questione sui risvolti pratici derivanti dall'interpretazione resa dalla Suprema Corte sulla disciplina formale posta a tutela del contraente debole.

La ricostruzione funzionale e non strutturale del requisito della forma scritta sembra nel lungo termine manifestare più di un limite nell'assicurare una stretta coerenza tra le disposizioni legislative (e la loro *ratio*) e la loro applicazione in ambito giudiziale.

E' stata richiamata in precedenza la tesi evidenziata dalla dottrina³⁰, che, seppure non seguita dagli interventi delle Sezioni Unite, sollevava delle perplessità nel giustificare l'ammissibilità delle forme negoziali asimmetriche sotto il profilo della sottoscrizione.

Posto tale presupposto, deve riflettersi anche sull'opportunità o meno di sacrificare la portata di una disposizione normativa, prevista non solo a tutela del singolo investitore, ma del mercato complessivamente inteso.

Analoga considerazione deve svolgersi con riguardo alla ricostruzione giurisprudenziale sull'uso selettivo delle nullità dei singoli ordini esecutivi.

Ad oggi il criterio valutativo resta di competenza del Giudice che opera un bilanciamento di interessi sulla scorta di una verifica sulla positività o negatività dei rendimenti delle operazioni esecutive (anche ai fini della rilevanza attribuibile all'*exceptio doli*).

Ma una tale analisi sembra prescindere da una serie di elementi, tra cui il numero di operazioni, la capacità patrimoniale e le qualità personali degli investitori, il grado di asimmetria informativa e l'effettiva entità dei rendimenti conseguiti, con il risultato che l'equilibrio che l'operazione ermeneutica intende assicurare verrebbe ristabilito aprioristicamente e in termini assolutamente generalizzati.

³⁰ Cfr. SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: tra natura e forma*, in CAPRIGLIONE, *I contratti dei risparmiatori*, cit., pp. 165 e ss.

Al di là di tali premesse e di quanto esposto nel precedente paragrafo (qui solo richiamato per brevità redazionale), dalla produzione giurisprudenziale in materia non può escludersi che gli intermediari siano incentivati a coltivare rapporti negoziali nel difetto dei requisiti formali bilaterali prescritti dalla legge e a compiere atti esecutivi nel difetto di un valido contratto quadro.

Ora, se la tutela del risparmio trova il suo fondamento nel prisma costituzionale al pari della tutela della salute (ove, ad esempio, il rispetto dei requisiti formali previsti in materia di consenso formale non è valutato in ragione del risultato delle singole attività mediche svolte sul paziente) o della tutela dei dati personali (la cui violazione, a prescindere dall'effettivo pregiudizio, provoca comunque l'intervento della competente Autorità Garante ai fini sanzionatori) sembrerebbe più coerente interpretare la disciplina di protezione in termini più rigorosi e accedere a una tutela più stringente, anche attraverso una più stretta sinergia tra tutela giudiziaria e Autorità di Vigilanza.

La disciplina della nullità di protezione e l'uso delle nullità selettive, più che in termini rimediali (che presuppone un rapporto fiduciario esaurito), dovrebbe porsi piuttosto come meccanismo di tutela preventiva accordato all'investitore, disincentivando l'intermediario da condotte anomale e illegittime, quanto contrarie alle disposizioni normative e alle regole di condotta. Del resto, se la nullità è la più grave delle sanzioni contrattuali allora la disciplina non può che applicarsi in tale direzione³¹.

D'altro canto va rimarcato che la violazione dei requisiti di forma di regola non può essere riscontrata solo in relazione a un singolo cliente, ma all'evidenza inquadrata in una prassi presumibilmente in voga nei confronti di un numero indeterminato di investitori.

In relazione a ciò non può considerarsi esaustiva una tutela del mercato affidata

³¹ Sul punto può sostenersi che una condanna dell'intermediario a rifondere il pregiudizio economico subito dall'investitore a seguito della declaratoria di nullità del contratto quadro e dei successivi atti esecutivi può porsi in stretta correlazione con la violazione dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 23, comma 6, t.u.f., laddove la Corte di Cassazione ha pure recentemente ribadito, con la sentenza del 20 marzo 2023, n. 7932, che si presume un nesso di causalità tra la violazione degli obblighi informativi e il pregiudizio subito dall'investitore.

alla risoluzione della controversia individuale e alla giustizia del caso singolo.

In tale ottica, le dimensioni della casistica offerta in sede giudiziale sulla questione qui in esame dovrebbe fungere da ulteriore stimolo per le competenti Autorità per sanzionare quelle omissioni informative e quelle carenze formali dei contratti quadro che limitano il buon funzionamento del mercato. Tanto più che anche la Corte di Cassazione, nella richiamata sentenza 16 gennaio 2018, n. 898, suggerisce che il vincolo di forma è volto anche a garantire la professionalità e la buona organizzazione interna (della banca).

Si pone allora la necessità di un maggior rigore nel garantire l'effettivo rispetto del rigidismo formale prescritto dalla legge, se non altro anche in considerazione del continuo sviluppo delle transazioni telematiche, ove il contrasto tra le criticità derivanti dall'uso dei sistemi di intelligenza artificiale e *chat box* a confronto con il permanere delle difficoltà interpretative sulla mancata sottoscrizione analogica di un contratto quadro inizia a porsi in termini anche paradossali, circostanza che imporrebbe forse un nuovo e quanto mai urgente intervento del Legislatore.

Francesco Affinito

*Assegnista di ricerca di Diritto dell'economia
nell'Università degli Studi di Roma - Unitelma Sapienza*

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE UNITE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. D'ASCOLA Pasquale	- Presidente Aggiunto
Dott. MANNA Felice	- Presidente di Sezione
Dott. CIRILLO Ettore	- Presidente di Sezione
Dott. SCOTTI Umberto Luigi Cesare G.	- Consigliere
Dott. GIUSTI Alberto	- Consigliere
Dott. RUBINO Lina	- Consigliere
Dott. MANCINO Rossana	- Consigliere
Dott. PAGETTA Antonella	- Consigliere
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro	- Rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul procedimento di rinvio pregiudiziale iscritto al n. 15340/2023, disposto

dal Tribunale di Salerno con ordinanza emessa il 19/07/2023

nel procedimento tra:

(omissis);

e

(omissis.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

27/02/2024 dal Consigliere ANTONIO PIETRO LAMORGESE;

uditi i Pubblici Ministeri, in persona dei Sostituti Procuratori Generali

STANISLAO DE MATTEIS e ANNA MARIA SOLDI, i quali hanno chiesto che il rinvio

pregiudiziale venga dichiarato inammissibile per difetto del contraddittorio preventivo e, in subordine, hanno insistito nell'enunciazione della regola iuris riportata nelle conclusioni scritte ("l'omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del tasso annuale nominale TAN, nonché della modalità di ammortamento "alla francese" non comporta né l'indeterminatezza o indeterminabilità del relativo oggetto né la violazione di norme in materia di trasparenza e, segnatamente, di quella di cui all'art. 117, comma 4, TUB"); uditi gli avvocati Antonio Tanza, Astolfo Di Amato, Domenico Rocco Siclari ed Enrico Spirito.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - La signora (omissis). chiese al Tribunale di Salerno di far dichiarare la nullità parziale di un contratto di mutuo ipotecario bancario stipulato, a tasso fisso, con l(omissis) in data 20 dicembre 2007, a causa della mancata pattuizione e indicazione della modalità di ammortamento (c.d. "alla francese") e delle modalità di calcolo degli interessi passivi, in violazione di numerose disposizioni normative, e di far condannare la banca a rimborsare i maggiori interessi "indebitamente" riscossi, pari alla differenza tra gli interessi convenzionali e il tasso minimo dei Bot nell'anno precedente alla stipula del contratto, o alla minore o maggiore somma da accertare in giudizio.

Nella prospettazione attorea la clausola contrattuale relativa agli interessi passivi sarebbe affetta da nullità strutturale per indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.), essendo pattiziamente indicato solo il tasso di interesse e non anche il regime ("composto") di Da capitalizzazione degli interessi passivi, aspetto quest'ultimo che si assume dirimente anche nell'ottica della trasparenza contrattuale (art. 117, comma 4, D.Lgs. n. 395 del 1993, d'ora in avanti T.u.b.).

La Banca convenuta si costituì in giudizio deducendo che il piano di ammortamento

"alla francese" non integra violazione del divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c. e che, in ogni caso, l'omessa esplicitazione della modalità di calcolo degli interessi sarebbe irrilevante, poiché tale informazione sarebbe implicita nel piano di ammortamento allegato al contratto che, indicando il numero delle rate, il loro ammontare e la loro composizione con la distinta indicazione della sorte capitale e degli interessi, fornirebbe una dettagliata rappresentazione dei costi del finanziamento e delle modalità di restituzione del prestito, oltre a recare l'indicazione del TAN (tasso annuo nominale), del TAEG (tasso annuo effettivo globale) e dell'ISC (indicatore sintetico di costo).

2. - Il Tribunale, con ordinanza del 19 luglio 2023, ha disposto il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., dopo avere riferito che il testo contrattuale non indica espressamente che il piano di ammortamento è quello c.d. "alla francese" né che è applicato il regime di capitalizzazione "composto" degli interessi, ma indica l'importo mutuato (Euro 80000,00), la durata del prestito (quindici anni), il numero delle "rate costanti" da restituire con la specificazione della quota per capitale e della quota per interessi, il TAN (tasso annuo nominale) e il TAE (tasso annuo effettivo, "maggiore del TAN"). Il rinvio è stato disposto per la risoluzione della questione di diritto concernente "l'interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del Tasso Annuo Nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento c.d. alla francese, cioè se tale carenza di espressa previsione negoziale possa comportare la indeterminatezza e/o indeterminabilità del relativo oggetto, con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., nonché ... la violazione delle norme in tema di trasparenza e, segnatamente, dell'art. 117, comma 4, T.u.b. che impone, a pena di nullità, che "i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticate, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora", con conseguente

rideterminazione del piano di ammortamento applicando il tasso sostitutivo "B.O.T." (art. 117, comma 7, T.u.b.)" (a pag. 4-5 dell'ordinanza).

Il Tribunale ha evidenziato la necessità di risolvere la suddetta questione, ritenuta "esclusivamente di diritto", per la definizione anche parziale del giudizio, per le gravi difficoltà interpretative in presenza di diverse interpretazioni possibili e la possibilità che essa si ponga in numerosi giudizi.

3. - L'ordinanza ha superato il vaglio preliminare previsto dall'art. 363-bis, comma 3, c.p.c., avendo la Prima Presidente ammesso il rinvio pregiudiziale con decreto del 23 settembre 2023, nel quale ha ritenuto ricorrenti le condizioni oggettive richieste dall'art. 363-bis, comma 1, c.p.c. "non apparendo, la questione posta, e salvi ulteriori approfondimenti da parte del Collegio, assorbita da una ragione più liquida, che consenta di decidere la controversia a prescindere dalla questione controversa".

Gli "ulteriori approfondimenti" rimessi al Collegio riguardano, in particolare, le conseguenze della mancata attivazione del contraddittorio sulla intenzione del Tribunale di effettuare il rinvio pregiudiziale, tempestivamente segnalata con nota rivolta alla Corte, depositata il 2 agosto 2023, con cui la Banca ha chiesto di

dichiarare la nullità dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale per violazione dell'art. 363-bis, comma 1, c.p.c. ("Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale...").

Il decreto poc'anzi menzionato, dopo avere riferito le varie posizioni emerse al riguardo in dottrina, ha ritenuto "opportuno rimettere al Collegio la valutazione delle conseguenze dell'omessa attivazione del contraddittorio dinanzi al giudice a quo", senza quindi "precludere ... l'ingresso del rinvio in ragione di un vizio occorso nel procedimento di adozione dell'ordinanza da parte del giudice di merito".

4. - La Procura Generale ha concluso nel senso della inammissibilità del rinvio pregiudiziale in esame, in quanto disposto senza avere prima doverosamente udito le

parti sull'intenzione del giudice di merito di attivare il predetto strumento di nomofilachia preventiva introdotto dalla legge n. 149 del 2022.

Il Collegio è di diverso avviso.

5. - Potrebbe richiamarsi l'orientamento che, in relazione al divieto delle sentenze della c.d. "terza via" violative del principio del contraddittorio, esclude conseguenze invalidanti quando la decisione del giudice sia di puro diritto, non potendo le parti dolersi di una violazione del diritto di difesa o di un c.d. "effetto sorpresa" quando il giudice, disponendo il rinvio pregiudiziale su questioni "esclusivamente di diritto", non abbia fatto altro che esercitare il potere che la legge stessa gli attribuisce (*jura novit curia*), ai sensi dell'art. 363-bis, comma 1, c.p.c., diversamente da quanto accade quando il giudice abbia deciso su rilievo officioso (senza avere previamente consentito il contraddittorio delle parti) su questioni di fatto o "miste" di fatto e diritto, giacché in tal caso le parti devono necessariamente concorrere alla delimitazione del *thema decidendum* (cfr. Cass. n. 21314/2023, 3543/2023, 1617/2022).

Queste considerazioni, invero, non sarebbero sufficienti a scalfire le acute considerazioni della Procura Generale, la quale ha evidenziato che il principio generale del contraddittorio ex art. 101 c.p.c. (tra l'altro, elevato al rango costituzionale dall'art. 111, comma 2, Costituzione) assume una connotazione specifica nell'istituto del rinvio pregiudiziale, visto che l'art. 363-bis, comma 1, c.p.c. ne prescrive espressamente l'attuazione nella fase di merito e in via preventiva rispetto alla decisione di investire la Corte di cassazione sulla questione controversa. Inoltre, la previa audizione delle parti è in funzione anche della necessità di evitare che le parti subiscano la sospensione del procedimento a quo (ex art. 363-bis, comma 2) che sarebbe "a sorpresa" e per un tempo indefinito per l'attesa della pronuncia della Corte, "di qui la attività di filtro immediato affidata "prima facie" al Primo Presidente".

Le ragioni che inducono il Collegio ad aderire, entro certi limiti, al diverso orientamento secondo cui i diritti delle parti non sarebbero effettivamente (e giuridicamente)

compromessi dalla loro omessa preventiva audizione, vanno ricercate altrove.

In particolare, affermare la inammissibilità del rinvio pregiudiziale nel caso in cui il giudice remittente non abbia "sentito le parti" presuppone che l'ordinanza di rinvio sia viziata per ragioni di nullità, nel qual caso il regime giuridico applicabile sarebbe quello previsto dall'art. 156 ss. c.p.c., sempre che ne sussistano le condizioni.

Detto regime prevede che la nullità non può essere dichiarata se non è comminata espressamente dalla legge (comma 1) - e nella specie non lo è - e quando l'atto abbia i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento del suo scopo (comma 2), e non vi è ragione di escludere che ciò possa avvenire ed essere oggetto di verifica della Corte di cassazione, potendosi al contraddittorio mancante nella prima fase sopperirsi nella fase successiva, nella quale le parti possono depositare le memorie e discutere in udienza pubblica (comma 4) ogni aspetto di loro interesse riguardante la questione devoluta dal Tribunale.

Lo scopo dell'atto, in relazione al quale va verificata la possibilità di recupero ex post del contraddittorio, concerne evidentemente la sussistenza delle condizioni oggettive previste dall'art. 363-bis, comma 1, c.p.c. (natura esclusivamente di diritto della questione, novità e necessità della stessa ai fini della definizione del giudizio, gravi difficoltà interpretative, ripetibilità della questione in numerosi giudizi) ma anche la rilevanza e attualità della questione, potendo dal contraddittorio tra le parti in vista della (e durante la) udienza pubblica emergere che sulla questione la Corte di cassazione si è già espressa con decisioni prima ignorate o successive all'ordinanza di rinvio o che la stessa non è esclusivamente di diritto o non è più idonea a definire totalmente o parzialmente il giudizio, a seguito delle precisazioni, modificazioni e dei chiarimenti resi dalle parti (riguardanti anche eventuali profili fattuali presupposti) o a seguito della possibile rinuncia alla domanda o alle eccezioni sottese alla questione giuridica controversa.

Il rinvio pregiudiziale è inammissibile se all'esito del contraddittorio ex-post emerga la

mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni oggettive previste dalla legge; altrimenti il rinvio è ammissibile, nel qual caso l'interesse delle parti a non subire la sospensione del procedimento a quo non può dirsi giuridicamente apprezzabile, essendo la sospensione prevista dalla legge al ricorrere di condizioni oggettive effettivamente sussistenti. L'interesse alla rapida definizione del giudizio di merito recede rispetto all'esigenza di risolvere la questione di diritto rimessa alla Corte di legittimità in presenza delle condizioni normativamente fissate.

La parte interessata può rinunciare all'eccezione di nullità dell'atto processuale (rinvio pregiudiziale) anche tacitamente (art. 157, comma 3, c.p.c.) in presenza di comportamenti incompatibili con la volontà di avvalersi dell'eccezione, come è avvenuto nella specie, avendo la Banca spiegato ampia attività difensiva sulla questione posta dal giudice rimettente sia nella memoria che nella discussione orale, nel corso della quale ha infine rinunciato espressamente all'eccezione proposta di nullità e inammissibilità del rinvio.

Non si intende svalutare l'importanza del contraddittorio preventivo delle parti - che deve sempre essere attivato dal giudice di merito - ai fini della verifica delle condizioni oggettive di ammissibilità del rinvio pregiudiziale, ma ammettere che il contraddittorio può realizzarsi anche nella successiva fase dinanzi alla Corte di cassazione, ove le parti possono illustrare profili di inammissibilità del rinvio non potuti illustrare nella precedente fase e per questo non valutati dal giudice rimettente, che potranno essere posti dalla Corte a sostegno della declaratoria di inammissibilità del rinvio o, qualora non condivisi, a conferma della ammissibilità già valutata dalla Prima Presidente "prima facie" se sussistono le condizioni previste dall'art. 363-bis c.p.c.

In presenza di dette condizioni non v'è ragione di negare l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale per la mancanza del contraddittorio preventivo che verrebbe a configurarsi come violazione meramente formale, inidonea a determinare una effettiva lesione del diritto di difesa o altri pregiudizi alla parte interessata.

La soluzione qui condivisa è anche in sintonia con la norma di chiusura del sistema delle nullità (l'art. 162, comma 1, c.p.c: "Il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti") che, lungi dal correlare la nullità alla impossibilità giuridica di produzione di effetti dell'atto nullo, ammette al contrario la correlazione della prima con la possibilità giuridica dell'atto (nullo), al fine di favorirne il raggiungimento dello scopo, ove possibile, mediante una regola di autorettificazione del processo orientata a favorire la statuizione di merito.

In conclusione sul punto, va affermato il principio secondo cui, in tema di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., l'ordinanza di rinvio emessa dal giudice di merito senza avere sentito le parti sul proposito di investire la Corte di cassazione, in violazione del primo comma dell'art. 363-bis (il giudice "sentite le parti costituite" può disporre il rinvio), non è automaticamente nulla né rende di per sé inammissibile il rinvio, potendo il contraddittorio preventivo essere recuperato nella fase dinanzi alla Corte di cassazione con le memorie in vista della pubblica udienza e con la discussione orale dinanzi alla Corte; all'esito di tali attività l'ammissibilità del rinvio, già valutata dal Primo Presidente "prima facie", potrà avere conferma se il Collegio riterrà che sussistono le condizioni oggettive previste dalla medesima disposizione (natura esclusivamente di diritto della questione, novità e necessità della stessa ai fini della definizione del giudizio, gravi difficoltà interpretative, ripetibilità della questione in numerosi giudizi) o smentita, nel qual caso il rinvio sarà dichiarato inammissibile.

6. - Venendo ad esaminare la questione sulla quale verte il rinvio pregiudiziale, il Tribunale ha evidenziato l'esistenza di diverse interpretazioni in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione del regime di ammortamento c.d. "alla francese" nel contratto di mutuo bancario, riguardanti le modalità con cui vengono composte le singole rate di rimborso e determinati gli interessi in relazione al capitale.

Secondo una prima interpretazione, non deriverebbero conseguenze di sorta né in

punto di determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto del contratto, né di rispetto della trasparenza bancaria, avendo riguardo all'art. 117, comma 4 T.u.b. che prescrive l'indicazione del tasso di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticate dalla banca.

Secondo "un'altra ricostruzione ermeneutica", implicitamente condivisa dal Tribunale rimettente, la mancata indicazione del regime di ammortamento (c.d. "alla francese") inciderebbe sul contratto di mutuo in termini di validità. Si assume che sarebbe una soluzione difficilmente praticabile in concreto quella di ritenere che sia rispettato il requisito di determinatezza e/o determinabilità del suo oggetto solo perché il sistema di ammortamento sia astrattamente evincibile dalla tabella consegnata al cliente e dalle singole clausole recanti le condizioni economiche del prestito.

In quest'ottica si fa leva sul principio di trasparenza bancaria e sul diritto del cliente-mutuatario di ricevere una corretta e trasparente informazione - essendo egli "contraente debole" normalmente privo del necessario bagaglio di conoscenze tecniche necessarie per comprendere il meccanismo di composizione delle rate di rimborso e la reale portata economica delle singole clausole che va a sottoscrivere -, diversamente dall'istituto di credito che, quale "bonus argentarius", ha l'obbligo di rendere edotti i clienti in modo chiaro e comprensibile di quelli che sono il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, così da mettere gli stessi in condizione di comprendere la portata giuridica e soprattutto economica delle loro determinazioni negoziali.

Il metodo di ammortamento "alla francese" - che prevede la corresponsione di rate costanti di rimborso in cui la quota parte degli interessi è progressivamente decrescente e quella della sorte capitale è progressivamente crescente, essendo dapprima corrisposti prevalentemente gli interessi e poi il capitale via via residuo - può determinare, infatti, un significativo incremento del costo complessivo del denaro preso a prestito per effetto del regime "composto" di capitalizzazione degli interessi,

cioè un ulteriore "prezzo" da esplicitare chiaramente nel contratto, poiché "l'interesse prodotto in ogni periodo si somma al capitale e produce a sua volta interessi" (ordinanza, pag. 7-8).

Secondo questa ricostruzione, la mancata esplicitazione nel contratto del regime ("alla francese") di capitalizzazione degli interessi renderebbe indeterminato il tasso e ciò comporterebbe una violazione del requisito della forma adsubstantiam e, quindi, la nullità (parziale) del contratto, ai sensi degli artt. 1346, 1418, comma 2, e 117, commi 2 e 4, T.u.b.; la conseguenza proposta dal giudice remittente è l'applicazione del meccanismo sanzionatorio dei tassi sostitutivi dei buoni ordinari del tesoro, ai sensi del comma 7 dell'art. 117 citato.

7. - In sintesi, le questioni di diritto formulate dal giudice remittente sono le seguenti: se, in presenza di un mutuo a tasso fisso con piano di ammortamento c.d. "alla francese" allegato al contratto (nella specie, interamente onorato dalla debitrice e concluso), il contratto debba contenere, a pena di nullità, anche l'esplicitazione del regime di ammortamento, cioè delle modalità di rimborso del prestito (mediante rate fisse costanti comprensive di quote capitali crescenti e di quote interessi decrescenti nel tempo) e della eventuale maggiore onerosità del suddetto piano rispetto ad altri piani di ammortamento; se, in mancanza di detta indicazione, il contratto sia affetto da nullità parziale per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.) e/o per violazione della trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra banca e clienti (art. 117 T.u.b.); quali siano le eventuali conseguenze di una simile nullità.

Le *regulae iuris* invocate dal giudice remittente sono necessarie a definire il giudizio di merito pendente, attenendo alla possibile nullità del contratto dedotta in causa e rilevabile anche d'ufficio.

8. - Si premette che queste Sezioni Unite non sono chiamate a pronunciarsi con riferimento ai piani di ammortamento relativi ai contratti di mutuo a tasso variabile né

sul tema, introdotto dalla difesa Po.Ga. nella memoria, dell'anticipata estinzione del rapporto di mutuo per scelta volontaria del mutuatario, che è estraneo ai quesiti pregiudiziali e alla materia del contendere, risultando astratto in quanto privo di rilevanza ai fini della definizione del giudizio di merito; neppure sono chiamate a pronunciarsi sul tema relativo alle eventuali conseguenze della mancata allegazione o inserzione del piano di ammortamento nel contratto.

9. - Si devono preliminarmente illustrare, nei limiti del necessario, le caratteristiche del piano di ammortamento "alla francese", definito come il "più diffuso in Italia" nelle disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" (allegato 3).

Esso è caratterizzato dal fatto che il rimborso del capitale e degli interessi avviene secondo un piano che prevede il pagamento del debito a "rate costanti" comprensive di una quota capitale (crescente) e di una quota interessi (decrescente). Il mutuatario si obbliga a pagare rate di importo sempre identico composte dagli interessi, calcolati sin da subito sull'intero capitale erogato e via via sul capitale residuo, e da frazioni di capitale quantificate in misura pari alla differenza tra l'importo concordato della rata costante e l'ammontare della quota interessi. I matematici finanziari hanno chiarito che il piano di ammortamento in questione si sviluppa a partire dal calcolo della quota interessi e deducendo per differenza la quota capitale e non viceversa.

Il rimborso delle frazioni di capitale conglobate nella rata in scadenza produce l'abbattimento del capitale (debito) residuo e la riduzione del montante sul quale sono calcolati gli interessi (maturati nell'anno), determinando così la progressiva diminuzione della quota (della rata successiva) ascrivibile agli interessi e il corrispondente aumento della quota ascrivibile a capitale e così via.

10. - L'ordinanza di rinvio, dubitando della validità e trasparenza del sistema di ammortamento "alla francese", pone l'accento critico sul sistema di capitalizzazione "composto" degli interessi, in base al quale afferma che "l'interesse prodotto in ogni

periodo si somma al capitale e produce a sua volta interessi" (pag. 8). Si afferma che "il regime di capitalizzazione "composto" implica una maggiore onerosità del costo del denaro preso a prestito... in quanto la produzione di interessi su interessi costituisce, di per sé, un maggior costo" (pag. 11) poiché "il "montante" è calcolato con una formula in cui il tempo è posto in esponente" (pag. 8), al contrario di quanto accade nel regime di capitalizzazione semplice - che si assume "fisiologico" ai sensi dell'art. 821, comma 3, c.c. (pag. 11) - nel quale detto "esponente. manca, invece." e "gli interessi non producono a loro volta interessi e si sommano semplicemente (e) progressivamente al capitale iniziale"" o "non vengono mai moltiplicati per sé stessi, al contrario di quanto accade ove vi sia la capitalizzazione "composta"" (pag. 8).

In definitiva, ad avviso del Tribunale, la mancata esplicitazione del regime (semplice o composto) di capitalizzazione sarebbe causa di nullità parziale del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, ex art. 1346 e 1418, comma 2, c.c., e per difetto di trasparenza, ex art. 117 t.u.b. (pag. 11-12).

11. - Nell'ottica dell'ordinanza di rinvio il regime di capitalizzazione assume rilievo decisivo, assumendosi che nel regime "composto" gli interessi si calcolano sugli interessi mentre nel regime "semplice" gli interessi si calcolano solo sul capitale.

Invero tale impostazione non collima del tutto con quella della difesa (omissis) che nella memoria ha affermato che è possibile anche "il calcolo dell'ammortamento alla francese con capitalizzazione semplice", ciò innescando una questione fattuale implicante l'accertamento - che non compete a questa Corte -della tipologia di capitalizzazione applicata in concreto nel contratto di mutuo stipulato tra le parti.

Ciononostante il Collegio reputa di doversi pronunciare sulle questioni poste dal Tribunale remittente, enunciando la *regula iuris* con riferimento ai piani di ammortamento "alla francese" standardizzati tradizionali, assumendo in questi termini le suddette questioni natura "esclusivamente di diritto", in conformità all'art. 363-bis, comma 1, c.p.c.

12. - Nell'ordinanza si precisa ancora che "non si controverte in questo giudizio di violazione del divieto di anatocismo" che "non viene qui in gioco" (pag. 8, 10).

In effetti, non si riscontra un effetto anatocistico vietato se si ha riguardo alla fisiologia dei rapporti di mutuo a restituzione frazionata, riferendosi il divieto ex art. 1283 c.c. (comunque superabile alle condizioni ivi previste) al momento patologico del rapporto, cioè alla pattuizione (anticipata) avente ad oggetto la produzione di interessi su interessi "scaduti" cioè non pagati alla scadenza, mentre nella specie il contratto è stato interamente onorato.

Una dottrina ha ammesso l'estraneità dell'ammortamento "alla francese" alla tematica dell'anatocismo, rilevando che tale sistema non fa incrementare il montante complessivo ma - ha osservato criticamente - non permette di farlo scendere nonostante gli avvenuti pagamenti, deprivando in via istituzionale la forza restitutoria dei pagamenti.

Nella motivazione del Tribunale si dà per acquisito il fatto che nei piani di ammortamento "alla francese" gli interessi (seppur non anatocistici in senso tecnico) producano comunque, a loro volta, interessi con conseguente moltiplicazione degli stessi, aspetto quest'ultimo decisivo ma sul quale il Tribunale non ha svolto alcun accertamento fattuale. Le affermazioni della parte attrice in memoria (pag. 12 e 13) - secondo cui "il capitale viene trattenuto dal finanziato in misura quantitativamente maggiore di quanto avverrebbe rispetto ad un piano che preveda un proporzionale versamento di capitale e interessi" e "per di più la imputazione dei versamenti da parte del mutuatario a capitale o a interessi avviene in modo non proporzionale" - ugualmente non spiegano dove e in che modo si anniderebbe la produzione di interessi su interessi.

Al riguardo sono pertinenti le considerazioni di questa Corte secondo cui "non può ritenersi sufficientemente specifica la censura sollevata denunciando soltanto, e del tutto astrattamente, la pretesa realizzazione, mediante l'utilizzo del sistema di

ammortamento cd. "alla francese", di un risultato anatocistico, senza che tale asserzione sia accompagnata da specifiche deduzioni ed argomentazioni volte a dimostrare l'avvenuta concreta produzione, nella specie, di un tale risultato. Le argomentazioni del motivo, inoltre, in nessun modo si confrontano con l'ulteriore affermazione della corte distrettuale secondo cui "Va aggiunto, come evidenziato nella sentenza impugnata, che gli interessi dovuti sull'intero finanziamento vengono ripartiti nelle singole rate e sono calcolati sul capitale residuo, non ancora restituito, senza quindi che si verifichi l'addebito di interessi sugli interessi maturati, che è l'ipotesi disciplinata dall'art. 1283 cod. civ." (Cass. n. 13144/2023).

Facendo riferimento ai piani di ammortamento "alla francese" standardizzati, la questione se in un piano di ammortamento, come quello pattuito dalle parti in causa, gli interessi (non scaduti) generino ulteriori interessi è comunque ineludibile, poiché, ad avviso del Tribunale, la produzione di interessi su interessi - benché "non. vietata. sic et simpliciter" (ord. pag. 8) o, in altri termini, consentita a certe condizioni (cfr. delibera CICR del febbraio 2000) - sarebbe all'origine di un prezzo o di un costo occulto del prestito per il mutuatario, rilevante sia sul piano della determinatezza dell'oggetto del contratto sia sul piano della trasparenza bancaria.

13. - Deve escludersi che la quota di interessi in ciascuna rata sia il risultato di un calcolo che li determini sugli interessi relativi al periodo precedente o che generi a sua volta la produzione di interessi nel periodo successivo.

Come osservato dalla Procura Generale, "l'ammortamento alla francese prevede che l'obbligazione per interessi sia calcolata sin da subito sull'intero capitale erogato benché quest'ultimo non sia ancora integralmente esigibile" - come accade anche in altri sistemi di ammortamento, come quello c.d. "all'italiana" in cui la quota di interessi è calcolata sin da subito sull'intero importo mutuato e non su quello residuo - "ma non prevede che sugli interessi scaduti (e, si potrebbe aggiungere, non scaduti) maturino altri interessi. Il metodo alla francese è, piuttosto, costruito in modo tale che ad ogni

rata il debito per interessi si estingue a condizione ovviamente che il pagamento sia avvenuto nel termine prestabilito. È, perciò, anche solo astrattamente inipotizzabile che siffatto ammortamento sia fondato su un meccanismo che trasforma l'obbligazione per interessi. in base di calcolo di successivi ulteriori interessi".

Una opposta conclusione non potrebbe argomentarsi rilevando semplicemente che nel mutuo "alla francese" la capitalizzazione avviene in regime "composto" che è una espressione descrittiva del fenomeno per cui la quota capitale è incrementata con gli interessi generati, però, non (necessariamente) su altri interessi ma sul capitale (debito) residuo, né destinati (necessariamente) a generare a loro volta (diventando parte della somma fruttifera di) ulteriori interessi nel periodo successivo (quantomeno nel regime di ammortamento "alla francese" standard e nella dinamica fisiologica del rapporto).

Se ne ha conferma nella giurisprudenza di legittimità: "nessuna contraddizione ... può essere ravvisata fra l'utilizzo (da parte del giudice di merito) dell'aggettivo "composto", da intendersi come evocato in correlazione con la natura del mutuo in esame, e il successivo rilievo del fatto che la quota di interessi dovuta per ciascuna rata "è calcolata applicando il tasso convenuto solo sul capitale residuo, il che esclude l'anatocismo"" (Cass. n. 34677/2022); "la capitalizzazione composta è quindi, nel caso di specie, del tutto eterogenea rispetto all'anatocismo ed è solo un modo per calcolare la somma dovuta da una parte all'altra in esecuzione del contratto concluso tra loro; è, in altre parole, una forma di quantificazione di una prestazione o una modalità di espressione del tasso di interesse applicabile a un capitale dato" (Cass. n. 27823/2023 in materia fiscale);

Tra gli studiosi della matematica applicata è acquisito che il regime composto è uno dei regimi finanziari più utilizzati perché permette di determinare l'equivalenza tra importi di capitale esigibili in tempi diversi, in attuazione del principio di equità finanziaria che postula la necessità di rendere omogenee grandezze o valori disomogenei perché

riferiti a momenti temporali diversi, rendendo indifferente il tempo (ciò si verifica, ad esempio, nei mutui di denaro ove la remunerazione del capitale sia periodica, essendo i frutti acquisiti dal mutuante non tutti alla fine dell'operazione ma periodicamente, o quando si deve quantificare l'importo al tempo presente corrispondente alla somma dei valori attuali di tutte le rate future della rendita vitalizia in caso di riscatto, ex art. 1866 c.c.).

Non potrebbe escludersi in astratto che l'operazione di finanziamento si realizzi mediante la produzione di interessi su interessi per effetto della quale il tasso effettivo risulti maggiore di quello nominale e sfugga alla rilevazione nel TAEG, ma tale evenienza sarebbe una patologia da affrontare caso per caso, nel quadro delle domande ed eccezioni delle parti, attraverso indagini contabili volte a verificare se nella singola fattispecie siano pretesi o siano stati pagati interessi superiori a quelli pattuiti (è coerente l'affermazione per cui stabilire in concreto se vi sia, o no, produzione di interessi su interessi, è questione di fatto incensurabile in sede di legittimità, cfr. Cass. n. 9237/2020, n. 8382/2022, n. 13144/2023 cit.). Pertanto, al principio che si chiede di enunciare, nel senso di dichiarare in generale la invalidità dei piani di ammortamento "alla francese", può risponderci avendo riguardo ai piani standardizzati tradizionali, rispetto ai quali deve escludersi che si verifichi la situazione patologica poc'anzi descritta.

14. - Ci si deve confrontare con gli argomenti critici utilizzati da una parte della dottrina che contesta, in definitiva, la validità dell'ammortamento "alla francese" sotto il profilo della meritevolezza dell'interesse perseguito e della causa concreta del negozio, sebbene il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. non sia previsto, invero, per i contratti tipici, qual è il mutuo bancario, e sia controversa la possibilità (cfr. in senso affermativo SU n. 22437/2018, n. 12981/2022) di introdurre un analogo controllo attraverso la verifica della rispondenza del tipo (come conformato in concreto) ai limiti imposti dalla legge, ex art. 1322, comma 1, c.c.

a) Il principale argomento critico utilizzato è che tale sistema di ammortamento comporta - come riflesso ex ante della programmata imputazione dei pagamenti a interessi in misura maggiore che al capitale - che il debito da (cioè una certa quantità di) interessi diventa esigibile prima che diventi esigibile il capitale cui è correlato e per una misura superiore alla quota di capitale nel contempo divenuto esigibile, il che si assume non essere consentito dall'art. 821, comma 3, c.c.

Si può tuttavia replicare osservando che lo scarto temporale tra il godimento immediato e il rimborso del capitale da parte del mutuatario non può andare a detrimento del creditore mutuante, come dimostra proprio l'art. 821, comma 3, che prevede che gli interessi "maturano giorno per giorno in ragione della durata del diritto" del creditore per il godimento del capitale di cui beneficia il debitore.

Se è vero che la maturazione (o il sorgere) del credito per interessi e la sua esigibilità non coincidono poiché gli interessi maturano già al momento della consegna del bene fruttifero ma diventano esigibili alla scadenza del debito principale in cui diviene esigibile il capitale (salvo, appunto, diverso accordo tra le parti), si deve inoltre considerare che ciascuna rata comprende anche una frazione di capitale che diventa esigibile progressivamente rendendo esigibili anche gli interessi calcolati "in ragione d'anno" (art. 1284, comma 1, c.c.) e parametrati -per accordo tra le parti sancito nel contratto cui il piano è allegato - al debito (capitale) residuo, come accade anche nel sistema di ammortamento c.d. "all'italiana".

Il mutuatario acquista la proprietà della somma mutuata (e il vantaggio della liquidità) ed è tenuto al pagamento degli interessi "compensativi" anche se si sia trovato, per causa di forza maggiore, nella condizione di non potere concretamente usare la somma mutuata (Cass. n. 199/1962). La natura compensativa degli interessi fa sì che essi decorrano sul capitale "anche se questo non è ancora (o non interamente) esigibile" (cfr. art. 1499 c.c.). Ciò è coerente con la onerosità del mutuo di danaro nel quale l'interesse è il corrispettivo della disponibilità per un certo periodo di tempo della

somma mutuata o, più precisamente, della parte non ancora rimborsata e cioè del debito residuo ("sono frutti civili quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia", art. 820, comma 3, c.c.).

Condizionare la esigibilità degli interessi alla esigibilità dell'intero capitale, con la conseguenza che il creditore potrebbe ritrarre i frutti tutti in una volta alla fine dell'operazione, metterebbe in crisi il funzionamento della regola, coerente con l'ordinato svolgimento della vita economica e sociale, della remunerazione periodica del capitale e della conseguente esigibilità periodica degli interessi, a favore di una regola - diversa da quella negozialmente assunta - che non potrebbe essere unilateralmente imposta al creditore ex post. La regola della esigibilità periodica degli interessi - che fonda la piena libertà delle parti di concordarla - è ulteriormente dimostrata dall'accostamento nell'art 820, comma 3, c.c. degli interessi a ogni tipo di rendita e ai corrispettivi delle locazioni cioè a prestazioni con cadenza tipicamente periodica.

Come rilevato in dottrina, che gli interessi possano essere esigibili anche quando maturati su un capitale non ancora (o non interamente) esigibile è, invero, confermato dall'art. 1820 c.c. che prevede che il contratto di mutuo possa essere risolto per inadempimento della obbligazione per interessi, ciò dimostrando che la scadenza degli interessi non coincide necessariamente con la scadenza del capitale. L'obbligazione degli interessi è definita come "accessoria" per indicare che il vincolo è genetico nel senso che dipende nella sua vicenda costitutiva dalla obbligazione principale ma, una volta venuta ad esistenza, si stacca dalla sua causa genetica e assume una propria autonomia.

b) L'art. 1282, comma 1, c.c. ammette che il credito non esigibile possa produrre interessi in base al titolo (qui negoziale) e non varrebbe obiettare che la suddetta disposizione governa la diversa materia del risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione pecuniaria che è, invece, governata dall'art. 1224 c.c., mentre l'art.

1282 c.c. è norma generale sugli "interessi nelle obbligazioni pecuniarie".

c) Non varrebbe invocare l'art. 1185, comma 2, c.c. che consente al debitore che ha pagato nell'ignoranza del fatto che l'obbligazione non era ancora esigibile di ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto di un pagamento "anticipato" che, tuttavia, tale non è in presenza di un rimborso rateale a scadenze fisse, cui consegue la esigibilità del credito per frazioni di capitale e per gli interessi calcolati sulla base del piano di ammortamento con il quale le parti hanno concordato la fissazione dei termini del rimborso fissati a favore di entrambe le parti (art. 1816 c.c.).

d) Una smentita alla ricostruzione sin qui accolta non proviene neppure dagli artt. 1193 e 1194 c.c. che, lungi dal fondare un diritto del debitore di imputare il pagamento al capitale anziché agli interessi, pongono la regola opposta della prioritaria imputazione del pagamento agli interessi (in mancanza del consenso del creditore), cui le parti non hanno derogato, avendola confermata pattuendo un piano di rimborso che prevede l'imputazione prioritaria e prevalente dei versamenti iniziali agli interessi determinati in misura decrescente.

Come rilevato dalla Procura Generale, è quindi senz'altro legittimo che gli interessi diventino convenzionalmente esigibili prima che diventi esigibile (in tutto o in parte) il capitale, potendo le parti convenzionalmente stabilire che gli interessi si versino nel corso del rapporto prima del capitale o in un'unica soluzione alla fine del rapporto contestualmente al rimborso del capitale (artt. 1815 e 1820 c.c.).

15. - Il primo profilo in cui è articolato il quesito pregiudiziale è il seguente: se l'omessa indicazione del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi e della modalità di ammortamento "alla francese" comporti la indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto e, di conseguenza, la nullità (parziale) del contratto di mutuo bancario, ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.

L'indagine sulla determinatezza dell'oggetto del contratto attiene alla costruzione strutturale dell'operazione negoziale, cioè è volta a verificare che essa abbia confini ben definiti con riguardo all'an e al quantum degli interessi (non legali) che devono essere pattuiti sulla base di criteri oggettivi e insuscettibili di dare luogo a margini di incertezza, non sulla base di elementi indefiniti o rimessi alla discrezionalità di uno dei contraenti (ex plurimis, in tema di determinazione del tasso di interesse mediante rinvio agli usi o a parametri incerti, Cass. n. 28824 e 36026/2023, n. 17110/2019, n. 8028/2018, n. 25205/2014).

Alla suddetta questione è agevole rispondere in senso negativo quando il contratto di mutuo contenga le indicazioni proprie del tipo legale (art. 1813 ss. c.c.), cioè la chiara e inequivoca indicazione dell'importo erogato, della durata del prestito, della periodicità del rimborso e del tasso di interesse predeterminato. Nel piano di ammortamento allegato al contratto nel caso che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale erano indicati anche il numero e la composizione delle rate costanti di rimborso con la ripartizione delle quote per capitale e per interessi; quindi era soddisfatta la possibilità per il mutuatario di ricavare agevolmente l'importo totale del rimborso con una semplice sommatoria. Tra l'altro, come riferito nell'ordinanza di rinvio (pag. 2), era indicato nel contratto anche il (maggior) tasso annuo effettivo globale (TAEG) ma ciò, diversamente da quanto affermato, non rivela (necessariamente) la capitalizzazione infrannuale degli interessi debitori nel significato (recepito dal Tribunale) di produzione di interessi su interessi, potendo essere il TAEG più alto del TAN perché comprensivo di spese e costi aggiuntivi, il che sarebbe del tutto fisiologico.

La difesa (omissis) ha insistito sulla scarsa comprensibilità del piano di ammortamento con riguardo al suo effetto di rendere il prestito maggiormente oneroso rispetto ad altri piani, comprensibilità che si assume non sarebbe soddisfatta neppure dalla (eventuale e mancata) comunicazione della formula matematica applicata per lo sviluppo del piano né dalla indicazione che l'ammortamento è "alla francese". Tali considerazioni orientano l'interpretazione del quesito pregiudiziale nel senso che

l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto è dedotta come effetto della sua opacità o scarsa trasparenza per la presenza di un costo o "prezzo" occulto che avrebbe dovuto essere indicato nel contratto, ex art. 117, comma 4, T.u.b.

Questa impostazione non è condivisibile alla luce delle seguenti considerazioni.

a) La doglianza concernente la mancata esplicitazione nel contratto del maggior costo del prestito come effetto del sistema "composto" di capitalizzazione degli interessi non evidenzia un problema di determinatezza o indeterminatezza dell'oggetto del contratto ma, in ipotesi, di eventuale mancanza di un elemento tipizzante del contratto, previsto dall'art. 117, comma 4, T.u.b. ("I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati"), che darebbe luogo, semmai, a nullità testuale per la mancata indicazione di un "prezzo" o costo aggiuntivo del prestito e all'applicazione del tasso sostitutivo (comma 7).

b) L'indagine sulla determinatezza o indeterminatezza dell'oggetto del contratto non va compiuta con riferimento alla convenienza del contratto e delle sue clausole che è profilo non rilevante ai fini del giudizio sulla validità del contratto con riguardo sia alla sua struttura (artt. 1325 e 1346 c.c.) e alla integrità del consenso negoziale (cfr., in tema di intermediazione finanziaria, Cass. n. 13446/2023, 18039/2012), sia al controllo di meritevolezza del contratto (cfr., in tema di leasing traslativo, Cass. SU n. 5657/2023). Pertanto la doglianza, facendo leva sulla maggiore onerosità e, quindi, sulla minore convenienza del (regime finanziario del) prestito per il mutuatario rispetto ad altri possibili piani di ammortamento (tuttavia) non concordati dalle parti (sulla natura negoziale dei suddetti piani cfr. Cass. n. 5703/2002), non è pertinente rispetto alla censura di indeterminatezza dell'oggetto del contratto.

c) Il maggior carico di interessi del prestito non dipende - e comunque non è stato accertato dal giudice di merito in causa e non è una caratteristica propria dei piani di ammortamento "alla francese" standardizzati - da un fenomeno di produzione di "interessi su interessi", cioè di calcolo degli interessi sul capitale incrementato di

interessi né su interessi "scaduti" (propriamente anatocistici), ma dal fatto che nel piano concordato tra le parti la restituzione del capitale è ritardata per la necessità di assicurare la rata costante (calmierata nei primi anni) in equilibrio finanziario, il che comporta la debenza di più interessi corrispettivi da parte del mutuatario a favore del mutuante per il differimento del termine per la restituzione dell'equivalente del capitale ricevuto.

In mancanza di un fenomeno di produzione di interessi su interessi, la tipologia di ammortamento adottato non incide di per sé sul tasso annuo (TAN) che dev'essere (ed è stato) esplicitato nel contratto né sul tasso annuo effettivo globale (TAEG) anch'esso esplicitato. Peraltro, la giurisprudenza (cfr. Cass. n. 4597, 17187 e 34889/2023, n. 39169/2021) ritiene che il TAEG sia solo un indicatore sintetico del costo complessivo del finanziamento e non rientri nel novero dei tassi, prezzi e altre condizioni di cui all'art. 117, comma 4, T.u.b., sicché l'eventuale mancata previsione del TAEG non determina, di per sé, una maggiore onerosità del finanziamento, ma solo l'erronea rappresentazione del suo costo globale, pur sempre ricavabile dalla sommatoria degli oneri e delle singole voci di costo elencate in contratto (l'obbligo di indicare l'ISC/TAEG fu esteso ai mutui nel 2003 con le "Istruzioni di vigilanza per le banche in tema di trasparenza" adottate dalla Banca d'Italia il 25 luglio 2003, attuative della delibera CICR del 4 marzo 2003; disposizioni specifiche al riguardo sono presenti nella legislazione più recente: nell'art. 121, commi 1, lett. m, e 3, T.u.b. in tema di "credito ai consumatori" e negli artt. 120-quinquies, comma 1, lett. m, e 3; 120-octies, comma 2, lett. e, e 120-decies, comma 3, T.u.b. in tema di "credito immobiliare ai consumatori").

In conclusione sul punto, deve escludersi che la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. "alla francese" e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi incida negativamente sui requisiti di determinatezza e determinabilità dell'oggetto del contratto causandone la nullità parziale.

16. - Venendo al secondo profilo del quesito pregiudiziale, riguardante l'eventuale incidenza di tale mancanza sulla trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI del T.u.b.), il Tribunale rimettente chiede di verificare se la maggior quota di interessi complessivamente dovuti in presenza di ammortamento "alla francese" rispetto a quello "all'italiana" costituisca un prezzo ulteriore e occulto che rende il tasso d'interesse effettivo maggiore di quello nominale (TAN) e del TAEG dichiarati nel contratto, di cui il cliente dovrebbe essere informato, con conseguente nullità parziale della relativa clausola contrattuale per violazione dell'art. 117, comma 4, T.u.b.

Prescindendo dal caso in cui l'istituto di credito abbia espressamente pubblicizzato la concessione di finanziamenti con piani di ammortamento diversi da quello praticato (art. 117, comma 6, ultima parte, T.u.b.), che è evenienza non ricorrente della specie, la verifica è negativa.

Come puntualmente osservato dalla Procura Generale, la differenza tra i due piani di ammortamento non dipende dal fatto che il tasso di interesse effettivo nel caso di ammortamento "alla francese" sia complessivamente maggiore di quello nominale, quanto piuttosto dall'essere tale effetto riconducibile alla scelta concordata del tempo e del modo del rimborso del capitale, in cui le rate iniziali prevedono interessi più elevati perché è più elevato il capitale (non ancora restituito) di cui il debitore ha beneficiato; detta differenza è, invero, ascrivibile alla circostanza che nell'ammortamento "all'italiana" si abbatte più velocemente il capitale (con pagamento di rate iniziali più alte) e, quindi, gli interessi che maturano sul capitale residuo inferiore sono inevitabilmente più bassi.

Come si è detto, il maggior carico di interessi derivante dalla tipologia di ammortamento in questione non deriva da un fenomeno di moltiplicazione in senso tecnico degli interessi che non maturano su altri interessi e non si traduce in una maggiore voce di costo, prezzo o esborso da esplicitare nel contratto, non incidendo sul TAN e sul TAEG, ma costituisce il naturale effetto della scelta concordata di

prevedere che il piano di rimborso si articoli nel pagamento di una rata costante (inizialmente calmierata) e non decrescente.

Indicazioni in senso diverso non provengono dalla normativa primaria e secondaria vigenti *ratione temporis* (all'epoca di stipulazione del contratto nel 2007) e successivamente.

Con riguardo alla prima, l'art. 117 T.u.b. non richiedeva e non richiede tuttora (a fortiori a pena di nullità) l'esplicitazione del regime di ammortamento nel contratto e analogamente, a livello sistematico, non la richiede la normativa più recente: in tema di "credito immobiliare ai consumatori" (art. 120-quinquies ss. e, in particolare, 120-novies T.u.b., in attuazione, con D.Lgs. n. 72 del 2016, della Direttiva 2014/17/UE) e di "credito ai consumatori" (art. 121 ss. T.u.b., in attuazione, con D.Lgs. n. 141 del 2010, della Direttiva 2008/48/CE), la quale ultima prevede (sulla falsariga dell'art. 117, comma 4) l'indicazione nel contratto, a pena di nullità, degli "interessi e (di) tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili..." (art. 125-bis, comma 6, in relazione all'art. 121, comma 1, lett. e, T.u.b.), voci tra le quali non potrebbe farsi rientrare il regime di ammortamento (sulla stessa linea è la Direttiva 2023/2225/UE in tema di "credito ai consumatori" che, all'art. 21, comma 2, prevede che "il creditore mette a disposizione del consumatore, senza spese e in qualsiasi momento dell'intera durata del contratto di credito, un estratto sotto forma di tabella di ammortamento (che) indica gli importi dovuti nonché i periodi e le condizioni di pagamento di tali importi (e) contiene inoltre la ripartizione di ciascun rimborso periodico specificando l'ammortamento del capitale, gli interessi calcolati sulla base del tasso debitore e, se del caso, gli eventuali costi aggiuntivi").

Analogamente, la normativa secondaria non richiede l'indicazione del regime di ammortamento nel contratto. La delibera CICR 9 febbraio 2000 (in relazione all'art. 120, comma 2, T.u.b.), in tema di trasparenza contrattuale, non è utile alla tesi della difesa Po.Ga. che la invoca, riguardando "modalità e criteri per la produzione di

interessi sugli interessi scaduti" o la produzione di "interessi sugli interessi" come effetto eventuale della capitalizzazione (art. 6) - con conseguente incidenza sul tasso effettivo - cioè situazioni che non si verificano nel regime di ammortamento criticato (indicazioni contrastanti con la conclusione condivisa dal Collegio non si ricavano neppure dalle disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" e dai decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, in qualità di presidente del CICR, del 3 agosto 2016 sulle "modalità e criteri per la produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria" e del 29 settembre 2016 in tema di "disposizioni sul credito immobiliare ai consumatori").

Un piano di rimborso come quello controverso nel giudizio di merito contiene, come s'è detto, in modo dettagliato, la chiara e inequivoca indicazione dell'importo erogato, della durata del prestito, del tasso di interesse nominale (TAN) ed effettivo (TAEG), della periodicità (numero e composizione) delle rate di rimborso con la loro ripartizione per quote di capitale e di interessi. Ciò è conforme alle menzionate disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 che impongono agli istituti di credito di fornire l'informativa precontrattuale ai clienti mediante riepilogo puntuale delle somme dovute alle varie scadenze tramite un piano redatto in modo chiaro e comprensibile che indichi la periodicità e composizione delle rate, precisando se si prevede il rimborso periodico del solo capitale, dei soli interessi o di entrambi, anziché mediante ricorso a formule lessicali o a espressioni matematiche che vorrebbero spiegare le modalità di calcolo degli interessi ma la cui esigenza di precisione si scontra con un livello di tecnicismo che sfugge alla comprensione dei più (l'allegato 4E delle suddette "disposizioni" contiene il "Prospetto Informativo Europeo Standardizzato" con una tabella di ammortamento che indica, appunto, le rate da corrispondere, la loro frequenza e composizione per interessi e capitale rimborsato e le spese).

Risulta, in tal modo, soddisfatta la possibilità per il mutuatario di conoscere agevolmente l'importo totale del rimborso mediante una semplice sommatoria,

conoscenza che egli difficilmente potrebbe avere sviluppando autonomamente una complessa formula matematica attraverso la quale il piano di ammortamento è sviluppato, una volta scelta la rata sostenibile e determinato il tasso di interesse. Una indiretta conferma proviene dalla giurisprudenza Europea che, in relazione all'art. 4, paragrafo 2, della Direttiva 1993/13/CEE, ha ritenuto che la presenza di un'equazione matematica priva degli elementi necessari a effettuare il calcolo del costo del credito (analogamente potrebbe dirsi per la presenza di una espressione indicativa del metodo "alla francese" di ammortamento) non sarebbe idonea a rendere chiara e comprensibile la clausola di un contratto di credito al consumo che non indichi il tasso di interesse effettivo (Corte di Giustizia, 20 settembre 2018, C-448/17).

Ed allora, se il contratto "trasparente" è quello che lascia intuire o prevedere il livello di rischio o di spesa del contratto (cfr. Cass. n. 28824/2023), consentendo al consumatore di avere piena contezza delle condizioni della futura esecuzione del contratto sottoscritto, al momento della sua conclusione, e di essere in possesso di tutti gli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno (Corte di Giustizia, 20 settembre 2018, cit., p. 63 e 67), tale è quello di cui si discute, avendo l'istituto di credito assolto agli obblighi informativi a suo carico tramite il piano di ammortamento allegato al contratto, in base al quale al cliente è assicurata la possibilità di verificare la rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria e di valutarne la convenienza confrontandola con altre offerte presenti eventualmente sul mercato.

Tale possibilità di raffronto tra prodotti diversi è, in definitiva, lo scopo della trasparenza (una indicazione in tal senso, a livello sistematico, proviene dall'art. 124, comma 1, T.u.b. che, in tema di "credito ai consumatori", prevede tra gli obblighi precontrattuali a carico del finanziatore o intermediario quello di dare al consumatore "le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato"; cfr. anche l'art. 120-novies, comma 2, T.u.b. in tema di "credito immobiliare ai consumatori"). Diversamente opinando, cioè ipotizzando in astratto che

tra gli obblighi comportamentali dell'istituto di credito vi sia anche quello di esplicitare nel contratto il regime di ammortamento o la modalità di capitalizzazione degli interessi, ne potrebbero discendere, semmai, in caso di violazione, eventuali conseguenze sul piano della responsabilità dell'istituto di credito e non della validità del contratto (cfr. Cass. SU n. 26724/2007).

A una opposta conclusione non potrebbe pervenirsi alla luce della normativa consumeristica di derivazione comunitaria in tema di contratti conclusi tra professionista e consumatore (Direttiva 1993/13/CEE), secondo la quale le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, anche nel caso in cui riguardino la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, a condizione che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ex art. 34, comma 2, cod. cons. (Cass. n. 30556/2023, n. 23655/2021), essendo da escludere nella fattispecie in esame sia un deficit di chiarezza del piano di ammortamento in questione sia l'insorgenza di un significativo squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti derivanti dal contratto.

La disciplina di settore intende contemperare gli obblighi di condotta degli istituti di credito con l'esigenza di lasciare al cliente la libertà di scegliere l'istituto che gli offre un piano di rimborso più confacente alle proprie esigenze e condizioni, ma non si spinge ad esigere che gli istituti si sostituiscano a lui nella valutazione, in definitiva, della adeguatezza e convenienza dell'operazione, a differenza di quanto accade, solo in parte, in altri settori nei quali gli obblighi informativi sono configurati in termini più stringenti, anche in considerazione dei profili di rischio che ivi si manifestano.

Eventuali dubbi sulla comprensione del meccanismo di funzionamento del piano allegato al contratto e dei suoi effetti potrebbero essere espressi al momento della stipulazione del contratto che è la sede in cui il cliente potrebbe esigere dall'istituto bancario ogni eventuale chiarimento al riguardo.

Indicazioni contrastanti con quanto si è sinora argomentato non provengono dalla giurisprudenza Eurounitaria citata dalla difesa Po.Ga. che riguarda rapporti di credito non comparabili con un mutuo a tasso fisso cui sia allegato un piano di ammortamento com'è quello di cui si discute, nei quali il tasso è variabile e ancorato a indici individuati con rinvio a elementi incerti o aleatori (cfr. Corte di Giustizia UE, 13 luglio 2023, C-265/22; 3 marzo

2020, C-125/18 e, con riferimento a casi in cui il credito sia espresso in valuta estera con meccanismi di conversione valutaria comportanti il rischio di cambio, Corte di Giustizia, 26 gennaio 2017, C-421/14, cui si può aggiungere la sentenza 10 giugno 2021, C-609/19).

Non può essere accolta l'istanza di rinvio degli atti alla Corte di Giustizia formulata, ai sensi dell'art. 267 TFUE, con riferimento agli artt. 4 e 5 della Direttiva n. 1993/13/CEE, concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la cui corretta interpretazione, ai fini della enunciazione della regola di diritto nel caso concreto, s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi, non sollecitati dalla difesa Po.Ga. che ha richiamato precedenti giurisprudenziali riferibili a fattispecie non assimilabili a quella di cui è causa.

Deve quindi darsi risposta negativa anche al secondo profilo in cui è articolato il rinvio pregiudiziale, dovendosi escludere che la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. "alla francese" e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi sia causa di nullità del contratto di mutuo per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.

17.- In conclusione, la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione va risolta in senso adesivo alle conclusioni della Procura Generale, attraverso l'enunciazione del principio di diritto riportato nel dispositivo.

18.- Sul regolamento delle spese processuali relative alla presente fase provvederà il giudice di merito.

P.Q.M.

Le Sezioni Unite, pronunciando sul rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Salerno con ordinanza del 19 luglio 2023, ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c., enuncia il seguente principio di diritto: in tema di mutuo bancario, a tasso fisso, con rimborso rateale del prestito regolato da un piano di ammortamento "alla francese" di tipo standardizzato tradizionale, non è causa di nullità parziale del contratto la mancata indicazione della modalità di ammortamento e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto né per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.

Dispone la restituzione degli atti al Tribunale di Salerno che dovrà provvedere anche sulle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma il 27 febbraio 2024.

Depositato in Cancelleria il 29 maggio 2024.

LA CASSAZIONE (A SEZIONI UNITE) TENTA DI RISOLVERE QUALCHE DUBBIO SULL'AMMORTAMENTO «ALLA FRANCESE»*

*(The Supreme Court (in United Sections) Attempts to Resolve Some
Doubts Regarding about “ammortamento alla francese”)*

SOMMARIO: 1. Una premessa (indispensabile): lo stato dell'arte prima della sentenza della Cassazione. - 2. Il rinvio pregiudiziale e l'intervento delle Sezioni Unite. - 3. La (definitiva) presa di posizione sul rapporto con il divieto di anatocismo. - 4. La meritevolezza del contratto di mutuo con ammortamento «alla francese». - 5. L'inclusione del metodo «alla francese» nel contratto: (possibile) indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto del contratto. - 6. (Possibile) violazione della disciplina in tema di trasparenza dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti. - 7. Prospettive del dibattito sull'ammortamento «alla francese»: fine o inizio di “nuova era”?

1. La definizione di cosa sia l'ammortamento «alla francese» è alquanto pacifica, consistendo, nella specie, in una tecnica di rimborso del contratto di mutuo (specialmente, bancario) nel quale le rate sono sempre costanti nel tempo ma con una composizione di capitale e interessi che varia, nel corso della durata del contratto, con la crescita della quota del primo e una (parallela) decrescita della quota dei secondi. Altrettanto pacifico è altresì che si tratti del meccanismo di rimborso delle rate del mutuo più diffuso nella prassi bancaria¹.

Le certezze sull'ammortamento «alla francese» sembrano, tuttavia, arrestarsi a queste, perlomeno fino al recente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che ha tentato di far chiarezza su alcune (ma non tutte²) delle principali questioni emerse

* Contributo approvato dai revisori.

¹ Anche nella sentenza oggetto di commento si dà atto che il piano di ammortamento «alla francese» è stato definito come «“il più diffuso” in Italia nelle disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari” (allegato 3)».

² Fermo quanto verrà argomentato nel prosieguo, il giudizio è condiviso – con riferimento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite – pure da DOLMETTA, *Ammortamento alla francese e prescrizione di «forma-contenuto» ex art. 117, comma 4°, t.u.b.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 648 ss., il quale rileva come «dei numerosi problemi – e anche di fondo – che la figura dell'ammortamento alla francese viene

in giurisprudenza (e in dottrina) a proposito di detta modalità di ammortamento.

Non è questa la sede per dar conto del contenuto delle numerose pronunce che si sono occupate dei profili problematici relativi all'applicazione dell'ammortamento «alla francese» e, allo stesso tempo, si deve rinviare ai contributi dottrinali che hanno cercato di fornire una risposta agli stessi interrogativi³. Per di più, specialmente, il dibattito dottrinale non solo ha visto il formarsi di posizioni di segno contrastante, ma si è altresì arricchito dell'apporto di studiosi di discipline diverse da quelle giuridiche⁴.

In ogni caso, quello che si dirà più avanti a proposito dell'itinerario argomentativo seguito dalla Corte dovrebbe essere, di per sé, sufficiente a rendere l'idea della complessità della fattispecie o, forse più correttamente, delle contrastanti interpretazioni che sono state offerte riguardo agli snodi problematici che hanno attinto il nostro ammortamento.

In particolare, provando a fare uno sforzo di sintesi, le criticità emerse sembrano discendere da un profilo specifico, ovvero dalla modalità con la quale vengono

a sollevare, all'odierno esame delle Sezioni Unite ne viene deferito solo uno spicchio: di sicura importanza, certo, ma di per sé circoscritto».

³ Per una rassegna delle pronunce edite sull'argomento è possibile rinviare, tra gli altri, a: DE LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c'è qualcosa che non va*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, 233 ss. e BARILLÀ, NARDINI, *Legittimità dell'ammortamento alla francese e lo "spettro" dell'anatocismo. Un po' di chiarezza tra matematica e diritto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, 679 ss. La dottrina sul tema è davvero ampia. Tra i contributi più recenti, è possibile citare: DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento «alla francese»: gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, 641 ss.; ASTUNI, *Questioni aperte in tema di ammortamento con metodo francese*, in *Osservatorio dir. civile e comm.*, 2023, 395 ss.; MUCCIARONE, *Ammortamento alla francese: meritevolezza e trasparenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, I, 599 ss.; NATOLI, *L'ammortamento "alla francese": una questione di trasparenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, I, 201 ss.; SEMERARO, *L'ammortamento alla francese: premesse concettuali e interpretazioni correnti*, in *Riv. dir. bancario*, 2024, I, 81 ss.; DI MARCELLO, *Il mutuo con ammortamento "alla francese" tra norme attuali e prospettive future*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, articolo del 23 febbraio 2024, 1 ss.

⁴ Nella specie, i matematici: si segnalano, su tutti, gli scritti di CACCIAFESTA e, tra gli altri, ID., *Una proposta per superare il dialogo tra sordi in corso sull'ammortamento francese, con alcune osservazioni sul Taeg e sul Tan*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, 373 ss.; ID., *Osservazioni sull'articolo "mutuo alla francese" di N. De Luca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, 627 ss. e ID., *Risposte al Prof. de Luca con una osservazione in tema di interessi anticipati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, 636 ss.; ID., *Un'ordinanza fondata su un equivoco (l'ammortamento francese secondo il Tribunale di Salerno)*, in *ilcaso.it*, articolo del 23 ottobre 2023, 1 ss.; ID., *Qualche commento all'articolo a margine dell'ammortamento «alla francese»: gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza di A. Dolmetta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, II, 751 ss.; ID., *Un commento tecnico-matematico a un articolo giuridico-matematico*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, 2/2024, 2 ss.

composte le singole rate di rimborso e determinati gli interessi in relazione al capitale. In particolare, dal peculiare meccanismo di rimborso (con la maggior quota di interessi che, per prima, viene a essere restituita) è sorto l'interrogativo se possa realizzarsi un risultato di tipo anatocistico.

La mancata indicazione, all'interno del contratto, del regime di ammortamento (e, quindi, della modalità di composizione delle singole rate) potrebbe incidere, si è sostenuto, sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto stesso. Ci si è chiesti poi quale possa essere il grado di compatibilità con (*rectius*, osservanza del)le norme sulla trasparenza dei contratti bancari e di quelle afferenti al diritto dei consumatori (o, meglio, del credito ai consumatori). Sempre la modalità di formazione delle rate porterebbe a far sorgere il dubbio se, in caso di estinzione anticipata del rapporto di mutuo con ammortamento «alla francese», il mutuatario si trovi ad avere corrisposto interessi in modo ingiustificato.

L'intervento nomofilattico della Corte di legittimità – sia pure, come detto, “parziale” e, per i primi commentatori, invocabile solo per un determinato caso⁵ – s'appalesa meritevole d'interesse, contribuendo a offrire alcune coordinate utili a orientare il dibattito, rendendo altresì meno incerta la prassi applicativa da parte degli operatori. Ma, su questo si tornerà più avanti.

Prima di farlo, occorre tracciare il perimetro entro il quale le Sezioni Unite sono state chiamate a muoversi e, quindi, partire dal rinvio pregiudiziale.

2. Nello specifico, il Tribunale di Salerno, trovatosi al cospetto di un contratto di mutuo ipotecario bancario del quale viene eccepita la nullità della clausola che prevede il tasso di interesse passivo in ragione della mancata indicazione, nel contratto, della

⁵ Per DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite sull'ammortamento alla francese*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, editoriale del 6 giugno 2024, 1, le Sezioni Unite si occuperebbero unicamente dell'ipotesi «in cui concorrano in fattispecie tre distinti fattori: che il tasso d'interessi del mutuo sia fisso (e non variabile); che sia presente un vero e proprio piano di ammortamento (e non un semplice piano di rimborso o proprio nulla); che la rata di cui al rimborso sia comunque costante». Tra i primi commenti alla sentenza della Cass. n. 15130/2024 v. poi STEFANI, *Dalle Sezioni Unite via libera all'ammortamento alla francese*, in *Contratti*, 2024, 352 ss.

modalità di capitalizzazione prescelta (che, per l'ammortamento c.d. alla francese, sarebbe "composta"), ha sollevato il rinvio *ex art. 363-bis c.p.c.*, chiedendo se la mancata indicazione, nel contratto, della modalità di ammortamento «alla francese» e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi passivi costituiscono causa di nullità parziale del contratto di mutuo bancario, anche nell'ipotesi in cui il cliente possa desumere siffatte informazioni «*facendo ricorso al complesso delle condizioni contrattuali ed economiche pattuite*»⁶.

A tal fine, nell'ordinanza di rimessione, con riguardo al primo aspetto (mancata indicazione della modalità con cui sono composte le rate in relazione al rapporto tra capitale e interessi), vengono prospettate le due diverse opinioni che si fronteggiano sull'argomento: (i) per una prima tesi, da una siffatta mancata indicazione non discenderebbe alcuna conseguenza in punto di determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto, né, tantomeno, con riguardo alla trasparenza bancaria, atteso che il fatto che il piano di ammortamento sia allegato al contratto (e consegnato al cliente) determinerebbe la possibilità di ricavare comunque la modalità di ammortamento; (ii) per un'altra ricostruzione, pure riferita dal Tribunale, la modalità di ammortamento «alla francese», comportando la restituzione, dapprima, degli interessi e, poi, della sorte capitale, costituirebbe un "prezzo" o un "costo" in più che il cliente sarebbe chiamato a pagare, con la conseguenza della sua (necessaria) esplicitazione nel contratto e, in caso contrario, del pregiudizio (*sub specie* dell'invalidità) in termini di determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto, specialmente in considerazione della (ontologica) debolezza di una delle due parti contraenti (*i.e.*, il cliente).

Per il secondo profilo, ovvero quello relativo alla mancata indicazione nel contratto del regime "composto" degli interessi passivi, il giudice remittente sembra

⁶ Cfr. l'ordinanza di Trib. Salerno, 19 luglio 2023, in www.dirittodelrisparmio.it; per un commento a tale ordinanza v., tra gli altri, SEMERARO, *Alle Sezioni Unite l'ammortamento alla francese: molti equivoci e un fondo di verità*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, articolo del 17 ottobre 2023, 1 ss., e NATOLI, *I mutui con ammortamento alla francese, aspettando le Sezioni unite*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, articolo del 6 novembre 2023, 1 ss.

maggiormente sbilanciato su una delle due soluzioni interpretative ravvisabili in tema, non rinunciando, nondimeno, a dare conto anche dell'altra ricostruzione.

Segnatamente, per il Tribunale, il regime "composto" degli interessi debitori andrebbe indicato per iscritto «*in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile*» nel contratto di mutuo bancario e ciò, essenzialmente, per due ragioni: (i) la modalità del regime di capitalizzazione rappresenterebbe un "prezzo" del denaro e, in quanto tale, andrebbe esplicitato in favore del cliente il quale privo com'è di competenze tecniche non potrebbe rendersi conto del fatto che, come sarebbe dimostrabile con l'ausilio della matematica finanziaria (o, comunque, di una consulenza tecnica), il regime in discorso implica una maggiore onerosità del costo del denaro; (ii) i principi di trasparenza fissati dalla disciplina bancaria impongono la necessità che tutti i criteri e i termini che sono destinati a incidere, in qualsiasi modo, sul corrispettivo pattuito vengano esplicitati.

Tali rilievi, per lo stesso Tribunale, supererebbero quanto argomentato dall'altra tesi secondo cui la mancata indicazione della modalità composta del regime di capitalizzazione non comporterebbe alcuna conseguenza sul piano giuridico, attesa la possibilità, per il cliente, di evincere il regime di capitalizzazione dalla lettura delle condizioni contrattuali ed economiche concordate.

Superato il "vaglio" del Primo Presidente⁷, le questioni così prospettate sono state affrontate (e, in parte, risolte) dalla Corte di legittimità.

3. Sta di fatto, però, che il primo dei problemi oggetto di esame da parte della Corte non risulta tra quelli appena menzionati, sebbene, stando a quanto si legge nella sentenza, questo venga considerato come, per dir così, un "antefatto". Nei piani di

⁷ Con il provvedimento del 6 settembre 2023 di assegnazione delle questioni sollevate dal giudice *a quo* alle Sezioni unite, la Prima Presidente ha rimesso a queste ultime anche il problema (processuale) relativo alla sorte dell'ordinanza di rinvio adottata senza aver prima sentito le parti. Tale profilo è stato, poi, affrontato dalle Sezioni unite, le quali hanno, nella sostanza, ridimensionato il ruolo del contraddittorio "preventivo", ritenendo che lo stesso possa essere «recuperato nella fase dinanzi alla Corte di cassazione con le memorie in vista della pubblica udienza e con la discussione orale dinanzi alla Corte».

ammortamento «alla francese», in effetti, gli interessi produrrebbero comunque ulteriori interessi, facendo sorgere il dubbio se un siffatto meccanismo risulti lesivo del divieto di anatocismo, come in sede di premessa si accennava.

La Corte fornisce a tale interrogativo una risposta negativa basata sull'assunto per cui la quota di interessi di ciascuna rata non sarebbe il risultato del calcolo che determina gli interessi su quelli relativi al periodo precedente o che genera, a sua volta, la produzione di interessi nel periodo successivo, bensì a ogni rata il debito per interessi si estinguerebbe, a condizione che il pagamento avvenga nel termine prestabilito.

Per giungere a una siffatta conclusione, si tende, partitamente, a svalutare la portata dell'aggettivo "composto" riferito al regime della capitalizzazione del mutuo «alla francese». In particolare, tale espressione, secondo la Corte, sarebbe semplicemente descrittiva della forma di quantificazione della prestazione di una parte in favore dell'altra o, in ogni caso, una modalità di espressione del tasso d'interesse applicabile a un dato capitale⁸.

Tutto questo varrebbe, beninteso, con specifico riferimento ai piani standardizzati tradizionali. A diversa conclusione potrebbe giungersi – ma la questione sarebbe, invece, da valutare, caso per caso – qualora l'operazione di finanziamento si realizzi proprio mediante la produzione di interessi su interessi e, quindi, il tasso effettivo risulti maggiore di quello nominale.

Rispetto a tale profilo della pronuncia, è possibile ritenere che la Corte abbia dato ragione a quell'orientamento che, con varietà di argomenti, aveva negato (e nega) la violazione del divieto di anatocismo. Può dirsi, infatti, che, già ormai da tempo, la

⁸ La Corte aggiunge che «tra gli studiosi della matematica applicata è acquisito che il regime composto è uno dei regimi finanziari più utilizzati perché permette di determinare l'equivalenza tra importi di capitale esigibili in tempi diversi, in attuazione del principio di equità finanziaria che postula la necessità di rendere omogenee grandezze o valori disomogenei perché riferibili a momenti temporali diversi, rendendo indifferente il tempo».

giurisprudenza⁹ e la dottrina¹⁰ maggioritarie si erano schierate a favore di tale orientamento e avevano reso, nella sostanza, “inoffensivi” gli argomenti adoperati dalla posizione contraria che pure conta(va) qualche sostegno presso la dottrina¹¹ e (soprattutto) in giurisprudenza¹².

Da parte di questi ultimi, si muove(va), in particolare, dall’idea che l’obbligazione accessoria relativa agli interessi sarebbe “composta” nel senso che il calcolo degli interessi è effettuato sul montante già maturato (comprensivo, quindi, degli interessi in precedenza scaduti rimasti impagati) «e, al momento in cui maturano, o vengono pagati, o si fondono immediatamente con il capitale, che così lievita di periodo in periodo, in successive capitalizzazioni degli interessi fino alla scadenza del finanziamento»¹³. Vero è che, in generale, tutti i mutui a rata composta hanno subito la critica da parte di chi, pur non condividendo la tesi della violazione del divieto di anatocismo, ritiene che il pagamento corrispondente a interessi non scaduti o non maturati sarebbe privo di causa perché non troverebbe corrispondenza nel godimento della liquidità¹⁴.

Sta di fatto che il ragionamento della Corte su questo specifico punto, oltre che

⁹ Tra le pronunce più recenti che escludono che, nell’ammortamento «alla francese», si ravvisi anatocismo, possono annoverarsi: Trib. Padova, 7 maggio 2024; Trib. Lucca, 6 maggio 2024, n. 610; App. Lecce, sez. I, 28 marzo 2024, n. 273; Trib. Torino, sez. I, 29 gennaio 2024, tutte in *DeJure*. Per una rassegna dei precedenti giurisprudenziali dello stesso segno si vedano i contributi di: ASTUNI, *op. cit.*, 410 ss.; DE LUCA, *Mutuo alla francese*, cit., 234 ss.; BARILLÀ, NARDINI, *op. cit.*, 692 ss.

¹⁰ Propendono per questa opzione interpretativa, tra gli altri, DI MARCELLO, *op. cit.*, 11 ss.; MUCCIARONE, *op. cit.*, 600 – 601, e NATOLI, *L’ammortamento “alla francese”*, cit., 208.

¹¹ Cfr. COLANGELO, *Mutuo, ammortamento «alla francese» e nullità*, in *Foro it.*, 2014, I, col. 1246, e, specialmente, MARCELLI, *L’anatocismo nei finanziamenti con ammortamento graduale. Matematica e diritto: due linguaggi che stentano ad incontrarsi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, 700 ss.

¹² La sentenza che può considerarsi il vero e proprio *leading case* dell’orientamento che riconosce nell’ammortamento «alla francese» la violazione del divieto di anatocismo è Trib. Bari, sez. Rutigliano, 29 ottobre 2008, n. 113, in *DeJure*. Altri precedenti in questo senso si trovano citati in BARILLÀ, NARDINI, *op. cit.*, 688 ss.

¹³ In questi termini v. Trib. Massa, sez. I, 13 novembre 2018, n. 797, in *DeJure*.

¹⁴ Per quest’opinione cfr. DE LUCA, *Mutuo alla francese*, cit., 246, il quale aggiunge che «ad un risultato sostanzialmente analogo si giunge peraltro anche invocando la presenza di un costo occulto a carico del mutuatario-consumatore: a norma dell’art. 125-bis, comma 6°, t.u.b., infatti, sono nulle le clausole del contratto – senza che il contratto possa perciò risultare nullo – relative a costi a carico del consumatore che non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato».

sulla svalutazione dell'espressione linguistica adoperata per identificare la modalità di calcolo, si fonda sul rilievo dell'estinzione del debito per interessi con il pagamento di ogni rata (v. *supra*).

A ben guardare, già la dottrina aveva colto un siffatto atteggiarsi del mutuo con piano di ammortamento «alla francese», osservando come «l'ammontare della quota di interessi inserita in ciascuna rata corrisponde agli interessi dovuti sul debito per capitale residuo (con scadenza attuale o futura) per il godimento nel periodo che parte dalla data di scadenza della rata precedente e arriva alla data di scadenza della nuova rata che diviene esigibile», sicché la quota di interessi corrisponderebbe al «“godimento” del capitale residuo da parte del mutuatario fino alla data di scadenza della rata in cui la suddetta quota di interessi è inserita e, dunque, alla parte di prestazione creditizia effettuata dalla banca fino a quella data»¹⁵.

Tuttavia, commentando questa parte della motivazione della sentenza in commento, si è obiettato come l'esclusione del fenomeno anatocistico con riguardo al piano di ammortamento «alla francese» non potrebbe eliminare *tout court* la possibilità che tale ammortamento produca comunque effetti di gravosità per il mutuatario analoghi a quelli prodotti dall'anatocismo¹⁶. E, se così fosse, ciò “costringerebbe” l'interprete a svolgere, in ogni caso, un giudizio di meritevolezza e sulla causa concreta del contratto di mutuo con ammortamento «alla francese»¹⁷.

4. V'è da dire che la Corte di legittimità non sembra sottrarsi neppure a tale valutazione, pur constando (correttamente) come «il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. non sia previsto, invero, per i contratti tipici, qual è il mutuo bancario, e sia controversa la possibilità (...) di introdurre un analogo controllo attraverso la verifica del tipo (come conformato in concreto) ai limiti imposti dalla legge, ex art. 1322, comma 1, c.c.».

¹⁵ Così DI MARCELLO, *op. cit.*, 14. Nello stesso senso, seppur con termini diversi, sembra orientato pure *L'ammortamento “alla francese”*, cit., 206.

¹⁶ La critica si trova, segnatamente, svolta da DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite*, cit., 1.

¹⁷ Cfr., sempre, DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento “alla francese”*, cit., 656.

Nella prospettiva di valutare la meritevolezza di tutela delle clausole contrattuali tipiche dell'ammortamento in discorso, parte della dottrina ha sostenuto la possibile contrarietà, nella specie, con l'art. 821, comma 3, c.c.: norma dalla quale, a detta di questa tesi, si ricaverebbe che il debito di interessi diventerebbe esigibile nella misura in cui il capitale è divenuto esigibile, trattandosi, con le parole di chi l'ha perorata, di una «esigibilità "effettuale"»¹⁸. Sicché la regola generale sarebbe in opposizione a quella che l'applicazione del metodo «alla francese» comporta, atteso che una certa quantità di interessi diverrebbe esigibile prima che diventi esigibile il capitale cui sono correlati.

Il ragionamento (opposto) della Corte si incentra, invece, su una diversa impostazione del problema della coerenza con tale norma; e, ciò in ragione di svariati argomenti: (i) «ciascuna rata comprende anche una frazione di capitale che diventa esigibile progressivamente rendendo esigibili anche gli interessi calcolati "in ragione d'anno" (...) e parametrati (...) al debito residuo, come accade anche nel sistema di ammortamento c.d. "all'italiana"»¹⁹; (ii) la natura "compensativa" degli interessi determinerebbe che essi decorrano sul capitale, anche qualora questo non sia ancora esigibile, essendo una siffatta conseguenza in continuità con il carattere oneroso del mutuo di denaro «nel quale l'interesse è il corrispettivo della disponibilità per un certo periodo di tempo della somma mutuata o, più precisamente, della parte non ancora rimborsata e cioè del debito residuo»; (iii) anche le norme sul mutuo (e, segnatamente, l'art. 1820 c.c. relativo al mancato pagamento degli interessi) dimostrerebbero che la scadenza degli interessi non coinciderebbe necessariamente con la scadenza del capitale, essendo l'obbligazione per interessi "accessoria" e, quindi, come tale, idonea ad assumere una propria autonomia rispetto alla obbligazione principale cui è legata solamente nel momento genetico²⁰.

¹⁸ Cfr. DOLMETTA, *ivi*, 653 ss.

¹⁹ I virgolettati sono della sentenza in commento.

²⁰ Invero, già la dottrina aveva avvertito come nel sistema non sia rinvenibile alcuna regola generale in virtù della quale l'esigibilità del debito per interessi presupporrebbe l'esigibilità del debito di capitale: così SEMERARO, *L'ammortamento alla francese*, cit., 95; sempre nello stesso senso v. pure ASTUNI, *op. cit.*, 415, secondo cui «gli artt. 820 e 821 c.c. non contengono regole di chiusura sulla scadenza

Inoltre, inserendosi nel solco già tracciato da alcune decisioni dell'ABF²¹, la Corte richiama – (sempre) al fine di dimostrare che il credito non esigibile possa produrre interessi – anche l'art. 1282, comma 1, c.c., ritenendo, con riguardo a quest'ultima norma, ininfluyente l'obiezione secondo cui essa governerebbe la diversa materia del risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione pecuniaria²², materia che sarebbe, invece, retta, secondo la Corte, dal (solo) art. 1224 c.c.²³.

Per la Cassazione, sempre nella costruzione del giudizio di meritevolezza, l'ammortamento in discorso sarebbe coerente pure con l'art. 1185, comma 2, c.c., che consente al debitore che ha pagato, nell'ignoranza del fatto che l'obbligazione non era ancora esigibile, di ripetere, «nei limiti della perdita subita», ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato. Si era osservato come tale norma consentirebbe, da un lato, di rimarcare lo stato soggettivo del pagamento da parte del debitore quanto all'arricchimento da parte del creditore, dall'altro, di rendere irrilevante il “pagamento anticipato” rispetto al debito per capitale o per interessi. Di talché, in una prospettiva di sistema, la norma in questione rivelerebbe una valutazione negativa in merito all'ignoranza, da parte del debitore, circa il carattere anticipato del

dell'obbligazione degli interessi di ammortamento», e NATOLI, *L'ammortamento “alla francese”*, cit., 205 – 206.

²¹ Tra le più recenti, ABF Napoli, decisione n. 3058 dell'8 marzo 2024, reperibile sulla banca dati presente sul sito istituzionale, ove si legge che «per quanto sia effettivamente innegabile che il piano di ammortamento “alla francese” possa comportare anche una imputazione convenzionale sulla rata di interessi non ancora effettivamente maturati, per effetto del decorso del tempo, sul capitale mutuato; è del pari incontestabile che gli artt. 1282 e 1499 c.c. esplicitamente consentono una convenzione in forza della quale gli interessi maturati siano considerati esigibili in un momento anche anteriore a quello in cui è esigibile il capitale” (Collegio di Napoli, decisione n. 17944/2020; decisione n. 9742/2023; in termini, Collegio di Bari, decisione n. 7793/20; Collegio di Bologna decisione n. 3879/2022)».

²² La critica sembrerebbe riferirsi, ancora, all'opinione di DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento “alla francese”*, cit., 652 ove l'A. sottolinea come l'art. 1282 c.c. «trova il suo *proprium* normativo nello stabilire che per questa tipologia di crediti (da risarcimento del danno) – esigibili e, in aggiunta, anche liquidi – non occorre un apposito atto di messa (in) mora» (parentesi aggiunte). Anche ASTUNI, *op. cit.*, 416 sembra condividere tale impostazione.

²³ Secondo la Corte, «l'art. 1282 c.c. è norma generale sugli “interessi nelle obbligazioni pecuniarie”», virgolettato nella sentenza. In senso critico v. però DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite*, cit., 1, il quale, a proposito della “contrapposizione” tra gli artt. 1282 e 1224 c.c., osserva come «da tempo la dottrina ritiene “fuor di dubbio che, sul piano storico e sul piano funzionale, le due regole riguardino fenomeni analoghi” e che “deve ritenersi giustificata, malgrado la differente collocazione legislativa, un'integrazione tra le due discipline”» (virgolettati dell'A.).

pagamento (degli interessi)²⁴.

Così, però, non sarebbe nella considerazione della Cassazione, mancando, nella fattispecie che ci occupa, il carattere “anticipato” del pagamento. In particolare, si sarebbe, in presenza di «un rimborso rateale a scadenze fisse, cui consegue la esigibilità del credito per frazioni di capitale e per gli interessi calcolati sulla base del piano di ammortamento con il quale le parti hanno concordato la fissazione dei termini del rimborso fissati a favore di entrambe le parti»²⁵.

Correlate a tale disposizione sarebbero, poi, gli artt. 1193 e 1194 c.c., che dettano, com'è noto, le regole per l'imputazione del pagamento, anche degli interessi²⁶. Si era detto, in dottrina, che il piano di ammortamento «alla francese» andrebbe a contrapporsi con la scelta in ordine al debito da estinguere, rimessa in via esclusiva al debitore. Il piano in questione, comportando la rinuncia a un diritto che è proprio del debitore, richiede che la stessa debba essere inequivoca e specifica²⁷. Di contrario avviso sarebbe la Corte la quale, nell'ammettere la coerenza del metodo d'ammortamento con le predette regole, evidenzia come le parti, con il perfezionamento del contratto di mutuo, avrebbero concordato un piano di rimborso che prevede l'imputazione prioritaria e prevalente dei versamenti iniziali agli interessi determinati in misura decrescente²⁸.

²⁴ Così DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento «alla francese»*, cit., 658 – 659.

²⁵ L'argomento basato sull'art. 1185, comma 2, c.c. sembra essere oggetto di critica anche da parte di DE LUCA, *Mutuo alla francese*, cit., 247, nt. 25, per il quale «il primo alinea del secondo comma afferma che il pagamento anticipato non è ripetibile *anche* in caso di errore del *solvens*; il secondo alinea, dunque, sebbene esordisca con l'espressione “in questo caso” non sembra riferibile solo a questa particolare ipotesi, ma a tutti i casi di pagamento *ante diem*» (corsivo dell'A.).

²⁶ Secondo DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite*, cit., 1, la Corte trascurerebbe «la norma dell'art. 1195 c.c., che è pure disposizione di forte significatività sistematica: là dove indica che la materia dell'imputazione dei pagamenti possiede in via fisiologica un'elevata possibilità di confondere e “sorprendere” il debitore; e che, quindi, a quest'ultimo soggetto le cose debbono essere spiegate proprio per bene» (virgolettato dell'A.).

²⁷ L'opinione è, ancora una volta, di DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento «alla francese»*, cit., 657.

²⁸ Nello stesso senso della sentenza sono anche le posizioni di: DI MARCELLO, *op. cit.*, 39 – 40; MUCCIARONE, *op. cit.*, 602, che sostiene finanche che «dalla natura del termine nel mutuo feneratizio – termine anche nell'interesse del mutuante – discende già che l'imputazione, pur in difetto di apposito patto, si faccia prima agli interessi scaduti, poi al capitale scaduto e solo poi al capitale a scadere», e SEMERARO, *L'ammortamento alla francese*, cit., 100, per la quale «sdoganato l'interesse nel mutuo bancario dal principio della naturale fecondità del denaro e dai corollari che ne discendono dal suo

5. Non ponendosi, dunque, un problema di meritevolezza del mutuo con ammortamento «alla francese», i giudici di legittimità possono (finalmente) giungere all'esame del profilo relativo alla trasparenza del contratto, affrontando i quesiti posti in sede di rinvio pregiudiziale.

Il primo vertice, come si accennava inizialmente, sull'indicazione, nel contratto, della modalità con cui sono composte le rate in relazione al rapporto tra capitale e interessi, fronteggiandosi, in proposito, le due tesi che sono state, in precedenza, sintetizzate.

La Corte non sembra avere particolari esitazioni nel propendere per l'esclusione dell'indeterminatezza o indeterminabilità del contratto che contenga le indicazioni proprie del tipo legale, ovvero «la chiara e inequivoca indicazione dell'importo erogato, della periodicità del rimborso e del tasso di interesse predeterminato», aggiungendosi che, nel piano di ammortamento allegato, nel caso di specie, al contratto, erano indicati «anche il numero e la composizione delle rate costanti di rimborso con la ripartizione delle quote per capitale e per interessi», con la conseguenza che il mutuatario avrebbe potuto «agevolmente» ricavare l'importo totale del rimborso «con una semplice sommatoria»²⁹.

Come si diceva, però, per una delle due tesi, la determinatezza dell'oggetto del contratto – «come effetto della sua opacità o scarsa trasparenza» – sarebbe “compromessa” in ragione della presenza di un costo o prezzo “occulto” rappresentato dalla prioritaria restituzione degli interessi.

Secondo la sentenza in commento, non potrebbe tuttavia in tal caso ragionarsi in termini di determinatezza, ma, al più, di convenienza del contratto e delle sue

riconoscimento, può reputarsi che i contraenti siano in definitiva liberi di determinare il contenuto economico del contratto, salvi i divieti posti da norme imperative».

²⁹ Di eguale avviso sembra essere anche SEMERARO, *L'ammortamento alla francese*, cit., 102, la quale osserva come «il ricorso all'ammortamento alla francese non rende l'oggetto della pattuizione indeterminato le volte in cui al contratto venga allegato il piano. Ciò laddove si intenda per piano allegato ovviamente il piano che entra di pieno diritto nel contratto (...) Ragion per cui, anche qualora non fossero menzionate in contratto la tecnica di ammortamento e la modalità di capitalizzazione non sembra si possa discorrere di indeterminatezza dell'oggetto agli effetti dell'art. 1346 c.c.».

clausole³⁰. Inoltre (e questo sembra essere lo snodo cruciale della motivazione sul punto), sarebbe da dimostrare l'effettivo maggior costo sostenuto dal debitore nel caso dell'ammortamento «alla francese», essendo stata esclusa, proprio dalla Corte (v. *supra*), l'esistenza di un meccanismo di tipo anatocistico.

Si ammette in ogni caso che, per effetto dell'accordo tra le parti, il mutuatario è tenuto alla restituzione di più interessi corrispettivi in ragione del differimento del termine (a rata costante) per la restituzione dell'importo ricevuto a titolo di mutuo.

In definitiva, stando sempre alla prospettazione della Corte, la mancata esplicitazione del maggior "costo" del prestito non evidenzerebbe un problema di determinatezza dell'oggetto del contratto, piuttosto, in astratto, l'assenza di un «elemento tipizzante del contratto, previsto dall'art. 117, comma 4, T.u.b. ("I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati")», che darebbe luogo, semmai, a nullità testuale per la mancata indicazione di un "prezzo" o costo aggiuntivo del prestito e all'applicazione del tasso sostitutivo (comma 7)³¹.

Tant'è che la Cassazione passa, nell'immediato, a occuparsi dell'altro profilo sollevato in sede di rinvio pregiudiziale e che è stato dapprima riassunto.

6. In particolare, l'altro quesito che viene sottoposto alla Corte è se la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario della modalità di ammortamento «alla francese» e del regime di capitalizzazione «composto» degli interessi sia causa di nullità del contratto per contrasto con la richiamata normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.

Anche in questo caso (e in contrasto con l'indirizzo cui ha aderito il giudice del rinvio), la risposta della Cassazione è di segno negativo e il percorso argomentativo seguito sembra soffermarsi su un profilo ritenuto centrale nel ragionamento della

³⁰ Chiara appare, in questo senso, la pronuncia: «la doglianza, facendo leva sulla maggiore onerosità e, quindi, sulla minore convenienza del (regime finanziario del) prestito per il mutuatario rispetto ad altri possibili piani di ammortamento (tuttavia) non concordati dalle parti (...), non è pertinente rispetto alla censura di indeterminatezza dell'oggetto del contratto».

³¹ Virgolettati nella sentenza.

Corte, ovvero la libertà di scelta da parte del cliente circa il piano di rimborso più confacente alle proprie esigenze e condizioni, non potendosi l'istituto di credito sostituire al cliente stesso nella valutazione sull'adeguatezza e convenienza dell'operazione³².

Il punto è stato, invero, già oggetto di critica da parte di uno dei primi commentatori che ha obiettato come il cliente – in questo tipo di operazioni – dovrebbe essere messo nella condizione di capire cosa “stia andando davvero a fare”³³. Nondimeno, così concepito, il ruolo dell'intermediario si configurerebbe in termini (forse) eccessivamente “protettivi” per il cliente.

Ad ogni modo, messo il cliente nella condizione di valutare, consapevolmente, la rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria e la convenienza rispetto ad altre offerte (*i.e.*, ad altri metodi di ammortamento)³⁴, non si porrebbe, secondo la Corte, più un problema di trasparenza nei rapporti fra la banca e il cliente. Al massimo, si sostiene, potrebbe ipotizzarsi, in astratto, un obbligo (di comportamento) dell'istituto di credito di esplicitare nel contratto il regime di ammortamento e le modalità di capitalizzazione degli interessi, con la conseguenza che, in caso di violazione, si potrebbe ragionare, com'è noto, solo in termini di responsabilità dell'intermediario, non già di validità del contratto³⁵.

Vero è che, per consentire tale esercizio di autodeterminazione da parte del

³² La Corte, in proposito, prosegue evidenziando come «eventuali dubbi sulla comprensione del meccanismo di funzionamento del piano allegato al contratto e dei suoi effetti potrebbero essere espressi al momento della stipulazione del contratto che è la sede in cui il cliente potrebbe esigere dall'istituto bancario ogni eventuale chiarimento al riguardo».

³³ Così DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite*, cit., 3, che prosegue «per essere del tutto chiari, se può davvero “permettersi” di fare quel tipo di operazione oppure no; se gli convenga comunque “imbarcarsi” in quel genere di “debito bancario” (o anche di debito *tout court*)» (virgolettati dell'A.).

³⁴ Il raffronto tra prodotti diversi sarebbe, secondo la Corte, ricavabile dall'art. 124, comma 1, TUB, che, in materia di credito ai consumatori, prevede «tra gli obblighi precontrattuali a carico del finanziatore o intermediario quello di dare al consumatore “le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato». Tale argomento si trova anche utilizzato da DI MARCELLO, *op. cit.*, 53.

³⁵ Né, tantomeno, in base alla prospettazione della Cassazione, si potrebbero qualificare le clausole come vessatorie (e, quindi, nulle), «essendo da escludere nella fattispecie in esame sia un deficit di chiarezza del piano di ammortamento in questione sia l'insorgenza di un significativo squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti derivanti dal contratto».

contraente più debole, occorre che la banca assolva ai necessari obblighi informativi. Da questo punto di vista, la Corte esclude, prima di tutto, che il maggior carico di interessi previsto dal piano di ammortamento in discorso si traduca in una maggiore voce di costo o prezzo o esborso che, per la disciplina bancaria, andrebbe indicato in contratto.

Ciò, evidenzia la Cassazione, non solo per l'esclusione dell'operatività, nel caso di specie, della moltiplicazione in senso tecnico degli interessi (v. *supra*), ma anche perché, confrontando l'ammortamento «alla francese» con quello «all'italiana», in quest'ultimo, diversamente dal primo, l'importo dovuto a titolo di interessi sarebbe inferiore in ragione del più veloce "abbattimento" della quota di capitale, con pagamento di rate iniziali più alte e, quindi, con gli interessi che maturano su un capitale residuo inferiore³⁶.

Non trattandosi, dunque, di un costo o prezzo dovuto dal cliente, la Corte rileva come non vi sarebbe alcuna indicazione normativa dalla quale ricavare – sul piano della trasparenza – la necessaria esplicitazione del regime di ammortamento nel contratto.

In questo senso, si cita, esemplificando, la disciplina in tema di credito immobiliare e di credito ai consumatori³⁷ e, nella normativa secondaria, le disposizioni della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 sulla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari". Queste ultime, nello specifico, imporrebbero agli istituti di credito di «fornire l'informativa precontrattuale ai clienti mediante riepilogo puntuale delle somme dovute alle varie scadenze tramite un piano redatto in modo chiaro e comprensibile che indichi la periodicità e composizione delle rate». Il che, constata la Corte, si riscontrerebbe anche nel caso di specie (come pure nella maggioranza dei casi) ove il piano di rimborso conterebbe l'indicazione chiara e inequivoca dell'importo

³⁶ A proposito del carattere "costante" del metodo di ammortamento «alla francese», DOLMETTA, *Debolezza delle Sezioni Unite*, cit., 2, osserva, criticamente, come «il punto della "rata costante" è un altro: ed è che, nell'operatività, la rata costante si trova imposta anche quando al cliente non interessa per nulla (un conto sono le famiglie mutuarie, ad esempio; un conto, sono le imprese)» (virgolettato dell'A.).

³⁷ La Corte richiama, al riguardo, non solo l'art. 125-bis, comma 6, TUB, ma anche l'art. 21, comma 2, della Direttiva 2023/2225/UE in tema di credito ai consumatori.

erogato, la durata del prestito, il tasso di interesse nominale (TAN) ed effettivo (TAEG), della periodicità delle rate di rimborso con la ripartizione per quote di capitale e di interessi.

Insomma, per provare a comporre il quadro delle indicazioni fornite dalla sentenza annotata, il discorso si sposterebbe, a proposito del metodo di ammortamento, sul profilo informativo e, quindi, sull'offerta al cliente di piani alternativi rispetto a quello «alla francese», con la conseguenza che, in caso di violazione, da parte dell'intermediario, dell'obbligo di (chiara) informativa, si potrebbe attivare (solamente) il rimedio di tipo risarcitorio. Il che, nondimeno, comporta le ben note difficoltà probatorie a carico del cliente³⁸.

7. Come detto in apertura, alcune questioni che, pur riguardano il metodo di ammortamento sul quale la Corte si sofferma, sono rimaste fuori dai quesiti sottoposti in sede di rinvio pregiudiziale. Ben potrebbe allora ipotizzarsi che il dibattito intorno all'ammortamento «alla francese» non sia definitivamente sopito.

Qualche dubbio potrebbe, per esempio, permanere, ancora, con riferimento al problema dell'estinzione anticipata del rapporto di mutuo per scelta volontaria del mutuatario, che, secondo un'opinione, potrebbe essere considerato un'ulteriore "costo" (peraltro, "occulto") per il cliente. Difatti, da una parte, l'interruzione anticipata del contratto comporterebbe il pagamento, per mano del cliente stesso, di interessi in eccesso rispetto all'effettivo godimento del capitale; dall'altra, il mutuatario non sarebbe interessato all'estinzione anticipata del mutuo se non nel momento in cui gli interessi pagati in eccesso per preammortamento e quote d'interessi addebitate sulle rate iniziali non abbiano trovato un "corrispettivo" nel godimento effettivo del capitale, un momento nel quale, tuttavia, potrebbe essere venuto meno l'interesse all'estinzione anticipata³⁹.

³⁸ Una conclusione analoga si trova già in SEMERARO, *L'ammortamento alla francese*, cit., spec. 113 – 114.

³⁹ Si occupa di tale profilo, tra gli altri, DE LUCA, *Mutuo alla francese*, cit., 247 – 248.

Ma, se si provano a mettere a frutto le indicazioni offerte dalla Cassazione, incertezze come quella appena sollevata potrebbero trovare una qualche soluzione.

Estendendo, infatti, la conclusione cui la Corte perviene a proposito della qualificazione degli interessi come ulteriore “costo” nell’ipotesi dell’opzione per il metodo di ammortamento «alla francese», non è difficile immaginare che, anche con riguardo a quel “costo” che l’estinzione anticipata potrebbe comportare, il risultato non sarebbe differente rispetto a quello relativo all’interesse pagato nel rimborso del mutuo.

S’intende sostenere che, aderendo all’orientamento della Cassazione, l’eventuale maggior costo in caso di estinzione anticipata che il cliente si troverebbe, suo malgrado, a sopportare non potrebbe determinare la necessità, da parte dell’intermediario, di sottostare a particolari obblighi di trasparenza, essendo sufficiente la predisposizione di apposita informativa da sottoporre al cliente anche in ordine a tale profilo, con la precisazione che, in caso di omesso o non corretto esercizio di tale dovere informativo, l’unica “arma” a tutela del contraente più debole non potrebbe che essere quella – connotata da non poche difficoltà (v. *supra*) e, quindi, per certi versi “spuntata” – del risarcimento del danno.

Insomma, alla sentenza in commento qualche (indubbio) merito va riconosciuto, avendo certamente contribuito a far chiarezza in ordine ad alcuni profili “nebulosi” dell’ammortamento «alla francese», cui si aggiunge l’altro (innegabile) pregio di aver tracciato una “guida” nella soluzione di interrogativi ancora senza risposta (e forse anche quei dubbi di là ancora da venire).

Caterina Luisa Appio

*Professore ordinario di Diritto dell’Economia
nell’Università LUM-G. Degennaro.*

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE STEFANO Franco - Presidente -
Dott. VALLE Cristiano - Consigliere -
Dott. TATANGELO Augusto - Consigliere -
Dott. PORRECA Paolo - Consigliere -
Dott. FANTICINI Giovanni - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 19915/2021 R.G. proposto da:

INTESA SANPAOLO S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo
Laghi e Lucia Mattarollo, [omissis]
- ricorrente -

contro

FALLIMENTO (Omissis) S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, rappresentato e difeso
dall'avv. Gianluca Doro [omissis]
- controricorrente -

e contro

(Omissis) S.P.A. IN L.C.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1654/2021 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA,
depositata il 07/06/2021;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
18/4/2023 dal Consigliere Dott. GIOVANNI FANTICINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

ANNA MARIA SOLDI, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
udito l'Avvocato Lucia Mattarollo per la ricorrente;
udito l'Avvocato Gianluca Doro per il controricorrente;
lette le memorie delle parti.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto del 18/12/2015 il Fallimento (Omissis) S.r.l. in liquidazione conveniva in giudizio la (Omissis) S.p.a. per la condanna di quest'ultima al pagamento della somma derivante dall'alienazione di obbligazioni, eseguita su disposizione della curatela fallimentare e asseritamente trattenuta in compensazione col controcredito della banca, nonché al risarcimento del danno derivante dall'omessa liquidazione di 300 azioni (Omissis), operazione anch'essa richiesta dal curatore.

2. Il Tribunale di Padova accoglieva la domanda e, con la sentenza n. 1853 del 24/7/2017, condannava (Omissis) S.p.A. a pagare al Fallimento (Omissis) S.r.l. in liquidazione la somma di Euro 97.607,19 (oltre a interessi legali), corrispondente al valore delle obbligazioni liquidate il 24/10/2014 e non rimesso alla curatela, e la differenza tra l'importo di Euro 11.850 e il minor valore delle azioni (Omissis), non alienate, alla data della pronuncia.

3. La menzionata pronuncia passava in giudicato.

4. Con atto di precetto del 27/11/2017, il Fallimento (Omissis) S.r.l. in liquidazione intimava il pagamento della somma di Euro 148.149,26 a Intesa Sanpaolo S.p.A., individuata come cessionaria di un ramo dell'azienda di (Omissis) S.p.A. (in conseguenza di contratto stipulato il 26/6/2017 coi commissari liquidatori), quest'ultima posta in liquidazione coatta amministrativa in forza del del D.L. n. 25/6/2017 n. 99, art. 2 (convertito dalla Legge 31/7/2017, n. 121) e del D.M. n. Economia e Finanze n. 186 del 25/6/2017.

5. Intesa Sanpaolo proponeva opposizione ex art. 615 c.p.c. contestando la propria legittimazione passiva rispetto alla minacciata esecuzione forzata: sosteneva che la sentenza azionata come titolo esecutivo era stata pronunciata dopo la sottoposizione a l.c.a. della (Omissis) S.p.A. e, pertanto, ai sensi dell'art. 96, comma 2, n. 3, L.F., era improduttiva di effetti nei confronti della cedente e, dunque, inopponibile anche alla cessionaria; affermava, inoltre, di non essere subentrata nel rapporto giuridico controverso, trattandosi di "Passività Escluse" in base al contratto coi commissari liquidatori.

6. Con la motivazione della sentenza n. 700 del 13/5/2020 il Tribunale di Padova escludeva dal novero delle passività cedute a Intesa San paolo, in forza dell'accordo del 26/6/2017, il credito risarcitorio per la perdita di valore delle azioni non liquidate, in quanto attinente a "controversie con azionisti" (rapporti esclusi dalla cessione ex D.L. n. 99 del 2017, art. 3, comma 1, lett. b)), mentre rigettava l'opposizione per l'altro capo condannatorio della sentenza n. 1853 del 24/7/2017; ciononostante, nel dispositivo il giudice di primo grado disponeva il rigetto integrale dell'opposizione proposta dall'odierna ricorrente e la condannava alla rifusione delle spese di lite.

7. Proponeva impugnazione la Intesa Sanpaolo, formulando cinque motivi d'appello, coi quali deduceva: 1) l'inopponibilità alla cessionaria, che non aveva preso parte al giudizio conclusosi con la sentenza n. 1853 del 24/7/2017, della condanna alla rifusione delle spese di lite; 2) l'inefficacia, nei confronti del successore, della predetta sentenza, in quanto improduttiva di effetti anche nei confronti della (Omissis); 3) l'irrelevanza della pendenza del processo alla data della cessione del ramo d'azienda, attesa l'estraneità del rapporto sostanziale (già esaurito e chiuso) alla cessione stessa e, comunque, non correttamente evidenziato nella contabilità della cedente e data la necessaria coincidenza tra la legittimazione processuale e quella sostanziale; 4) la contraddittorietà tra la motivazione della sentenza impugnata (di parziale

accoglimento dell'opposizione) e il dispositivo (di integrale rigetto); 5) l'estraneità del debito restitutorio alla cessione, in quanto derivante da contratto di deposito titoli funzionalmente connesso al contratto di conto corrente, quest'ultimo risolto per effetto del fallimento della (Omissis).

8. La Corte d'appello di Venezia - con la sentenza n. 1654 del 7/6/2021 - accoglieva il quarto motivo (correggendo l'errore in cui era incorso il primo giudice), pronunciava la parziale compensazione delle spese di lite e respingeva le altre ragioni di gravame.

9. Avverso tale decisione la Intesa Sanpaolo proponeva ricorso per cassazione, basato su undici motivi; resisteva con controricorso il Fallimento (Omissis).

10. Le parti depositavano memorie ex art. 378 c.p.c..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. In via preliminare, si rileva che nel corso dell'udienza del 18/4/2023 la difesa della ricorrente ha invocato il precedente di Cass., Sez. 1, Sentenza n. 10456 del 14/05/2014, per sostenere che la sentenza n. 1853 del 24/7/2017 del Tribunale di Padova, azionata come titolo esecutivo, era da considerarsi inutiliter data perché emessa in un giudizio proseguito - e non interrotto e riassunto - nonostante la sottoposizione di Banca (Omissis) alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

La predetta questione è priva di adeguati riferimenti temporali anche allo stato del processo ed alle modalità di propalazione dell'evento, ma pure di idoneo sviluppo dei relativi passaggi argomentativi; inoltre, risulta essere stata sollevata per la prima volta nel giudizio di legittimità e, dunque, per la sua novità e le complessive modalità di formulazione, è inammissibile.

2. Col primo motivo del ricorso, formulato ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la

Intesa Sanpaolo deduce la violazione e falsa applicazione del D.L. n. 99 del 2017, artt. 3, comma 1, e 96, comma 2, n. 3, L.F., per avere il giudice d'appello ritenuto l'accordo di cessione - comprendente anche le controversie pendenti coerente con la speciale disciplina della l.c.a. di (Omissis) e, dunque, considerato irrilevante la disposizione della legge fallimentare sull'inopponibilità della pronuncia resa dopo l'avvio della procedura concorsuale e "non pertinenti" le osservazioni dell'appellante sulla portata e i limiti dell'art. 111, comma 4, c.p.c..

3. Col secondo motivo, ricondotto al vizio ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la banca ricorrente denuncia la nullità della sentenza impugnata per violazione o falsa applicazione dell'art. 111 c.p.c., norma processuale erroneamente disapplicata dalla Corte d'appello (che ha ritenuto automatico il subingresso di Intesa Sanpaolo nel debito dell'impresa bancaria posta in l.c.a.), ma idonea ad escludere (se letta in combinato con l'art. 96 L.F. e, comunque, in mancanza di una successione nel diritto controverso) l'efficacia nei confronti del successore della sentenza resa contro la Banca (Omissis).

4. Le censure - che pongono al vaglio della Corte la disciplina della successione di Intesa Sanpaolo alle cc.dd. "banche venete" e, in particolare, la successione ex latere debitoris nel titolo formatosi contro una di esse - possono essere congiuntamente esaminate per l'evidente loro intima connessione.

5. Il ricorso richiama l'art. 96 L.F. allo scopo di sostenere che la sentenza di accertamento del credito del Fallimento (Omissis), resa dopo l'adozione del provvedimento che disponeva la l.c.a., non poteva spiegare effetti nei confronti della dante causa Banca (Omissis) e, dunque, nemmeno nei confronti della sua avente causa, dovendosi escludere una successione "processuale" dell'odierna ricorrente; peraltro, nemmeno poteva professarsi un subentro di Intesa Sanpaolo nel (lato passivo del) rapporto col Fallimento (Omissis), in quanto detto rapporto si era già da tempo

concluso e, dunque, non si era verificata alcuna successione "sostanziale".

6. La Corte d'appello - che, come riconosciuto dalla banca ricorrente, ha correttamente inteso i motivi dell'impugnazione - ha respinto le tesi dell'appellante con le seguenti motivazioni:

"Le argomentazioni dell'appellante non tengono conto del fatto che l'atto di cessione d'azienda concluso tra (Omissis) s.p.a. in LCA e Intesa Sanpaolo s.p.a. non ha trasferito solo il diritto controverso ma ha espressamente incluso nella cessione il "contenzioso pregresso", così definito dall'art. 3.1.2.b.vii del contratto di cessione. L'art. 3.1.2.b del contratto chiarisce quali sono le "passività incluse" nella cessione e le indica come: "i singoli debiti, passività, obbligazioni e impegni, di (Omissis) e (Omissis) (quanto a quest'ultima anche riferibili alle filiali site in Romania) che derivano da rapporti inerenti e funzionali all'esercizio dell'impresa bancaria, sono regolarmente evidenziati nella contabilità aziendale e sono individuati e precisamente indicati per categoria nel prospetto qui allegato sub Allegato D che è stato predisposto sulla base delle informazioni al 31 marzo 2017". Riporta poi un elenco esemplificativo di tali passività incluse e, al punto vii, si riferisce ai "contenziosi civili (e relativi effetti negativi, anche per oneri e spese legali) relativi a giudizi già pendenti alla Data di Esecuzione, diversi da controversie con azionisti delle Banche in LCA e con obbligazionisti convertibili e/o subordinati che abbiano aderito, non abbiano aderito ovvero siano stati esclusi dalle offerte di transazione presentate dalle Banche in LCA e dai c.d. Incentivi Wel-fare (di seguito il "Contenzioso Pregresso") nonché i relativi fondi". Il contenuto dell'accordo appare coerente con quello dell'art. 3 del DL n. 99/2017, ovvero della norma che ha autorizzato i commissari liquidatori a cedere "l'azienda, suoi singoli rami, nonché beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi". Il comma 1 dell'art. 3 esclude dalla prevista cessione "le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le

relative passività". Esclude quindi solo le controversie non ancora pendenti alla data della cessione d'azienda, dovendo evidentemente essere incluse, invece, le controversie pendenti a tale data. È sulla base del contenuto della norma citata e dell'atto negoziale che ne costituisce esecuzione che si può affermare l'opponibilità alla cessionaria della sentenza che ha deciso il contenzioso pendente alla data della cessione senza doversi necessariamente interrogare sull'opponibilità ex art. 96 L.F. della sentenza alla procedura concorsuale. Ne deriva che le osservazioni svolte dall'appellante in ordine alla portata ed ai limiti dell'art. 111 comma 4 c.p.c. appaiono, nel presente caso, non pertinenti."

7. La Corte territoriale, perciò, ha individuato nel D.L. n. 99 del 2017 una disciplina speciale volta a regolare la successione delle cc.dd. "banche venete" e nell'accordo di cessione, conforme alla menzionata disciplina, la cessione del "contenzioso pregresso", fatta eccezione per "le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività" (come recita il D.L. n. 99 del 2017, art. 3, comma 1, lett. c)) e per le "controversie con azionisti delle Banche in LCA e con obbligazionisti convertibili e/o subordinati che abbiano aderito, non abbiano aderito ovvero siano stati esclusi dalle offerte di transazione presentate dalle Banche in LCA e dai c.d. Incentivi Welfare" (locuzione dell'accordo di cessione che richiama il D.L. n. 99 del 2017, art. 3, comma 1, lett. b)).

8. In altre parole, il combinato disposto del menzionato decreto legge e del contratto di cessione - le cui disposizioni "hanno efficacia verso i terzi a seguito della pubblicazione da parte della Banca d'Italia (nel proprio sito internet) della notizia della cessione, senza necessità di svolgere altri adempimenti previsti dalla legge, anche a fini costitutivi, di pubblicità notizia o dichiarativa" - comporta il subentro di Intesa Sanpaolo anche nei rapporti processuali pendenti e, dunque, anche nei debiti eventualmente derivanti dalle relative decisioni giudiziali, senza che assumano rilievo la cessione della posizione giuridica sostanziale o la disciplina della procedura concorsuale (la quale

concerne, invece, l'opponibilità agli organi della procedura concorsuale delle pronunce rese nel contenzioso pendente che non forma oggetto di cessione, come statuito anche da Cass., Sez. 1, Sentenza n. 12948 del 22/04/2022, Rv. 667114-01).

9. Le argomentazioni addotte dalla ricorrente sul punto non scalfiscono il solido impianto della motivazione che, anzi, trova ulteriore conferma nelle statuizioni della sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 7/11/2022, la quale sottolinea la specialità della disciplina del D.L. n. 99 del 2017, anche in deroga alle ordinarie disposizioni in tema di l.c.a. degli istituti bancari e di successione nei rapporti giuridici, sostanziali e processuali: in base a tale decisione, "nel contesto di una speciale procedura d'insolvenza", "il perimetro della cessione ha lasciato fuori sia i debiti delle banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle banche, sia i debiti correlati alle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, nonché, in generale, le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività. Il legislatore statale ha ravvisato, quale misura di tutela delle capacità operative della cessionaria, che la stessa dovesse restare esonerata anche dalle pretese di terzi e dalle passività collegate a condotte di *misselling* nella commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle due Banche, seppure si trattasse di "atti o fatti" verificatisi prima della cessione, ma non già oggetto di controversia".

10. La pronuncia della Corte costituzionale sottolinea in più punti che "il decreto-legge censurato, in una logica esattamente opposta, consentiva ai commissari liquidatori di cedere al soggetto individuato l'azienda, suoi singoli rami, nonché beni, diritti e rapporti giuridici individuabili in blocco, ovvero attività e passività, anche parziali o per una quota di ciascuna di esse, di uno dei soggetti in liquidazione o di entrambi, per l'effetto obbligando il cessionario a rispondere solo dei debiti ricompresi nel perimetro

della cessione concretamente attuata dalle parti del contratto. Deve infatti considerarsi l'espressa deroga che l'art. 3, comma 1, contempla sia rispetto al regime generale della cessione alle banche di aziende e rapporti giuridici stabilito dall'art. 58 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), sia rispetto alla disciplina della cessione di attività e passività ad opera dei commissari liquidatori della banca in LCA delineata dall'art. 90, comma 2, dello stesso t.u. bancario. Così come, nel delineare il presupposto normativo delle questioni, occorre soffermarsi sul comma 2 dell'art. 3 del D.L. n. 99 del 2017, come convertito, che chiama il cessionario a rispondere solo dei debiti ricompresi nel "perimetro della cessione" ai sensi del comma 1, e ulteriormente restringe la vicenda traslativa e la responsabilità del cessionario con riguardo ad altri rapporti giuridici.

11. Inoltre - a conferma della fonte negoziale del subentro di Intesa Sanpaolo nel debito verso il Fallimento (Omissis) (come ritenuto dalla Corte d'appello di Venezia) - soccorre l'ulteriore argomento sviluppato dalla Corte costituzionale: "La individuazione della legittimazione passiva in capo alla convenuta Intesa Sanpaolo spa, o, meglio, della riferibilità ad essa della titolarità sostanziale della posizione giuridica cui inerisce la pretesa dedotta in giudizio, non discende, quindi, dalla necessaria e immediata applicazione delle norme di legge su cui cadono i dubbi di legittimità costituzionale, quanto dall'ambito oggettivo del programma obbligatorio regolato dalle parti del contratto di cessione. Nella specie, il contratto di cessione perfezionato in data 26 giugno 2017 fra le due Banche venete in liquidazione e Intesa Sanpaolo spa, prodotto nel giudizio a quo, richiamava in premessa la manifestazione di interesse di quest'ultima di cui alla lettera del 21 giugno 2017, limitata all'acquisto "di certe attività, passività e rapporti giuridici facenti capo a (Omissis) e (Omissis)" e condizionata alla sussistenza e alla permanenza di "alcuni presupposti essenziali", in ragione dell'aspettativa della banca cessionaria di non caricarsi di passività non gradite, secondo la logica di convenienza economica che è propria del contratto. Le disposizioni dettate dal D.L. n. 99 del 2017, come convertito, possono, pertanto, essere qualificate

come "norme-provvedimento": esse si occupano di un singolo contratto, in quanto incidono sulla sola convenzione di cessione tra i commissari liquidatori delle due Banche venete in LCA e il soggetto individuato ai sensi dell'art. 3, comma 3, disciplinano un numero limitato di fattispecie e rivelano un contenuto concreto, ispirato da particolari esigenze, ponendo per tale singolo evento regole specifiche innovative nel sistema legislativo vigente."

12. Come sarà esposto anche nel prosieguo, la corretta interpretazione del contratto di cessione, alla luce delle disposizioni normative sopra richiamate, porta alla conclusione secondo cui la Intesa San-paolo è subentrata nel debito di Banca (Omissis) nei confronti del Fallimento (Omissis) S.r.l. (quantomeno per il pagamento delle somme derivanti dalla liquidazione delle obbligazioni ordinata dalla curatela), sebbene la relativa controversia non fosse ancora definita al momento della sottoposizione a l.c.a. della banca in stato di insolvenza.

13. Occorre invece chiarire - integrando e correggendo la motivazione della sentenza impugnata ex art. 384 c.p.c. - che un conto è affermare il subentro, *ex lege* ed *ex contractu*, di Intesa San-paolo nella posizione debitoria derivante dal contenzioso pendente al momento della cessione, un altro conto è individuare la ragione della successione *ex latere debitoris* nel titolo esecutivo formatosi contro la dante causa in una lite già pendente e conclusasi dopo la cessione.

14. Come correttamente osservato dal Pubblico Ministero, la "ragione giuridica" che giustifica l'azionamento, da parte del Fallimento (Omissis), nei confronti di Intesa Sanpaolo del titolo formato contro (Omissis) va individuata nella successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. (disposizione che la Corte veneziana ha, invece, ritenuto non pertinente), mentre va esclusa la successione ex art. 477 c.p.c., dato che il titolo azionato non era ancora formato al momento della cessione.

Sopraggiunti la liquidazione coatta amministrativa della (Omissis) e il peculiare contratto di cessione alla Intesa Sanpaolo, nella lite pendente si è verificato un fenomeno successorio in base al quale la causa è proseguita tra le parti originarie in virtù di una legittimazione della cedente (originaria contendente) avente portata meramente sostitutiva e processuale della cessionaria, nei cui soli confronti, però, si spiegano gli effetti sostanziali della pronuncia, indipendentemente dal suo intervento nel giudizio (in tema, Cass., Sez. 3, Sentenza n. 22503 del 23/10/2014, Rv. 633101 01).

15. Contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, dunque, l'art. 111, comma 4, c.p.c. è pertinente e a tale disposizione va ricondotta l'efficacia della sentenza n. 1853 del 24/7/2017 del Tribunale di Padova nei confronti del successore Intesa Sanpaolo che, pur avendone la facoltà, non ha impugnato la predetta condanna.

L'errore in cui è incorso il giudice d'appello, in ogni caso, non incide sulla conformità a diritto della decisione assunta e, dunque, così corretta e integrata la motivazione (come suggerito, del resto, anche dal Procuratore Generale), le censure della ricorrente risultano infondate e devono essere disattese.

16. Col terzo motivo - ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 - Intesa Sanpaolo denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c. per contraddittorietà della motivazione, avendo la Corte d'appello escluso l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. e, in altro punto della sentenza, escluso che il D.L. n. 99 del 2017 comporti deroghe alla disciplina processuale.

17. Il motivo è palesemente infondato.

18. La ricorrente individua senza fondamento una presunta contraddizione nella sentenza impugnata, per avere escluso l'applicabilità della norma processuale dell'art.

111 c.p.c. e, in altro punto della motivazione, affermato che "Ne' il fatto che il DL n. 99 del 2017 riconosca alle disposizioni del contratto di cessione un'efficacia che si estende anche ai terzi porta a conclusioni diverse, posto che la norma in questione riguarda l'opponibilità nei confronti dei soggetti coinvolti dalla successione di Intesa Sanpaolo s.p.a. nei rapporti già facenti capo a (Omissis) s.p.a. ma non autorizza deroghe alle regole processuali".

La frase ora riportata, però, è estrapolata da un più ampio contesto, che si riferisce alla declaratoria di inammissibilità dell'intervento, in appello, del Fallimento (Omissis) S.r.l., qualificato come *intervento ad adiuvandum* della cedente, ritenuto ammissibile nel primo grado, ma escluso dai più rigorosi limiti stabiliti dall'art. 344 c.p.c..

Fermo restando quanto già spiegato in ordine all'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. alla successione *ex latere debitoris* dell'odierna ricorrente, è evidente che l'affermazione sopra riportata attiene al processo *de quo* e non a quello in cui è stata resa la sentenza n. 1853 del 24/7/2017 o alle speciali disposizioni del D.L. n. 99 del 2017, in parte derogatorie alla disciplina ordinaria quanto al subentro di Intesa Sanpaolo.

[omissis]

31. In definitiva, il ricorso dev'essere rigettato.

32. Al rigetto del ricorso consegue la condanna della ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, che sono liquidate, secondo i parametri normativi, nella misura indicata nel dispositivo.

33. Va dato atto, infine, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto

per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso;

condanna la ricorrente a rifondere al controricorrente le spese di questo giudizio, liquidate in Euro 7.500,00 per compensi ed Euro 200,00 per esborsi, oltre ad accessori di legge;

ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13, qualora dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 18 aprile 2023.

Depositato in Cancelleria il 21 giugno 2023

CESSIONE DI RAMO D'AZIENDA E SUCCESSIONE A TITOLO PARTICOLARE NEL DIRITTO CONTROVERSO: IL CASO DELLA LIQUIDAZIONE ORDINATA DELLE "BANCHE VENETE"*

(Transfer of a company branch and succession in the disputed right: the case of the orderly liquidation of the Veneto banks)

Nota a Cass. civ., 21 giugno 2023, n. 17834

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I contorni della vicenda sostanziale: la liquidazione coatta amministrativa delle banche venete. – 3. Le questioni processuali sollevate nel giudizio di legittimità. – 4. La successione a titolo particolare nel diritto controverso in generale. – 5. ... e in relazione alla cessione dei rapporti delle banche venete in l.c.a.

1. Per meglio evidenziare le molteplici questioni giuridiche sottese al caso esaminato dalla Corte è indispensabile ricostruire brevemente la vicenda processuale.

Una curatela fallimentare agisce in giudizio per la condanna di una banca al pagamento a) di una somma quale corrispettivo per l'alienazione di alcune azioni, a suo dire indebitamente trattenuta dalla banca per compensare un controcredito; b) di una somma per la mancata liquidazione di alcune azioni, a suo tempo richiesta dal curatore del fallimento. Nelle more del giudizio e prima della sentenza, l'istituto di credito veniva posto in liquidazione coatta amministrativa¹ e cedeva – in attuazione

* Contributo approvato dai revisori.

¹Sulla liquidazione coatta amministrativa delle "banche venete", cfr. CAPRIGLIONE, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, questa Rivista, 2017, p. 102 ss.; ID., *Difficoltà applicative del SRM nel salvataggio delle popolari venete*, in questa Rivista, 2017, suppl. 3, p. 4 ss.; SICLARI, *Il caso delle "banche Venete" e i criteri di scelta tra risoluzione e liquidazione coatta amministrativa*, in questa Rivista, 2017, suppl. 3, p. 124 ss.; BROZZETTI, *Il Decreto Legge n. 99/2017: un'altra pietra miliare per la "questione bancaria" italiana*, in questa Rivista, 2018, p. 24 ss.; STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale, Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, Roma, 2018, p. 15 ss.; MECATTI, *La responsabilità dell'ente ponte per le pretese risarcitorie degli azionisti di banche sottoposte a risoluzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, p. 610 ss.; ID., *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e*

dell'art. 2 del d.l. n. 25/6/2017 n. 99 (convertito dalla l. 31/7/2017, n. 121) e del d.m. n. 186 del 25/6/2017 del Ministero dell'Economia e Finanze – un ramo d'azienda alla banca Intesa Sanpaolo s.p.a.²

Il giudice di primo grado accoglieva entrambe le domande e condannava l'istituto di credito cedente al pagamento delle somme richieste dalla curatela e sulla decisione, non tempestivamente impugnata dalla cedente né dalla cessionaria, si formava il giudicato.

A questo punto la curatela minacciava, notificando l'atto di precetto, l'esecuzione della sentenza nei confronti della banca cessionaria, ritenendola vincolata al titolo esecutivo formatosi contro la cedente e, pertanto, quest'ultima proponeva tempestiva opposizione al precetto deducendo l'inefficacia della sentenza nei confronti della cedente e, quindi, anche nei propri confronti e, in ogni caso, di non essere succeduta nel rapporto giuridico controverso in quanto escluso dal negozio di cessione.

Il primo e il secondo grado del giudizio di opposizione si concludevano con l'accoglimento solo parziale delle difese della banca cessionaria e limitatamente al credito sub b) relativo alla perdita di valore delle azioni non liquidate in quanto considerate escluse dai rapporti controversi trasferiti con il contratto di cessione, mentre venivano rigettate le altre censure.

Con il ricorso per cassazione contro la sentenza del giudice di appello, la banca

restitutorie dei creditori della banca cedente, ivi, 2019, p. 784 ss.; CECCHINATO, Quale destino per le cause proposte contro le due popolari venete?, in Le Società, 2017, p. 1132 ss.; MAFFEIS, I debiti delle banche venete: interpretare un contratto che ha funzione di legge, in Nuove leggi civ. comm., 2018, p. 994 ss.; CONFORTINI, Accordo di interpretazione e «comune intenzione» nella cessione Veneto Banca-ISP, in Banca, borsa tit. cred., 2020, p. 405 ss.; BONFATTI, Ammissione con riserva del credito litigioso pendente davanti alla Corte di Cassazione nella liquidazione coatta delle banche in generale e delle "banche venete" in particolare, in Fall., 2022, p. 944 ss.; BONAFINE, Gli effetti dell'ammissione alla liquidazione coatta amministrativa (anche bancaria) sul giudizio di cassazione, in www.judicium.it.

² Il decreto n. 186 del 25 giugno 2017 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 177 del 31 luglio 2017, ha disposto altresì la continuazione dell'esercizio dell'impresa «per il tempo tecnico necessario ad attuare le cessioni» previste dal d.l. 99/2017; il contratto di cessione avente ad oggetto il ramo d'azienda "sano" degli istituti di credito è stato sottoscritto il 26 giugno 2017, come da comunicazione della Banca d'Italia (reperibile all'indirizzo www.bancaditalia.it).

cessionaria affina i motivi di critica alla decisione sfavorevole dei giudici di merito, sollevando alcune questioni degne di nota e senz'altro utili a chiarire alcuni svolgimenti processuali dell'imponente contenzioso legato alla successione di Intesa Sanpaolo alle cc.dd. "banche venete".

2. Le questioni sottoposte al vaglio dei giudici di legittimità trovano il loro fondamento sostanziale nella nota vicenda che ha portato, secondo un percorso affatto singolare, alla liquidazione coatta amministrativa di due importanti istituti di credito veneti.

Verificatasi l'insolvenza delle due banche (Veneto Banca e Banca Popolare di Vicenza) e dopo alcuni tentativi di ripresa non andati a buon fine - dapprima attraverso l'emissione di nuove obbligazioni garantite dallo Stato, quindi proponendo ai creditori un piano di ristrutturazione quinquennale e, infine, formulando istanza di ricapitalizzazione precauzionale al Ministero delle Finanze – gli istituti sono stati sottoposti a liquidazione coatta amministrativa con contestuale cessione a Banca Intesa Sanpaolo di alcuni rami d'azienda.

Tuttavia, le conseguenze di una brusca uscita dal mercato degli istituti di credito per il tessuto economico del territorio nonché l'esigenza di tutelare i risparmiatori sono apparse non sufficientemente protette dalle forme ordinarie di liquidazione coatta amministrativa prevista dal T.U.B.³, per cui la Commissione Europea ha autorizzato la concessione di un sostegno economico per la liquidazione delle due banche.

È stata così avviata una procedura di *liquidazione ordinata* con il ricorso a forme di sostegno statale (aiuti di Stato) – sottoposta all'autorizzazione e al monitoraggio della Commissione Europea – «finalizzata il più possibile alla vendita di rami dell'attività o di attivi mediante un processo concorrenziale», il cui ricavato è destinato

³ «Il governo italiano ha deciso di affiancare un aiuto di Stato alla procedura di liquidazione coatta. Tale scelta è risultata indispensabile per individuare un acquirente e preservare per questa via la continuità operativa delle due aziende, che sarebbe venuta meno in caso di liquidazione "atomistica"» così BANCA D'ITALIA, *Informazioni sulla soluzione della crisi di Veneto Banca S.p.A. e Banca Popolare di Vicenza S.p.A.*, in www.bancaditalia.it, p. 2.

al «pagamento dei costi di liquidazione».

La complessa operazione economica si è articolata secondo tre direttrici principali, tutte compiutamente delineate nel d.l. 25 giugno 2017, n. 99 (convertito con modificazioni della l. 31 luglio 2017, n. 121): a) in primo luogo, è stata disposta la liquidazione coatta amministrativa delle due banche; b) si è provveduto «contestualmente» alla cessione di una serie di attività e passività ben individuate ad un altro istituto di credito scelto «sulla base di una procedura aperta e trasparente che ha coinvolto sei potenziali acquirenti, tra cui cinque primari gruppi bancari italiani ed esteri (un numero elevato, tenendo conto dei tempi molto stretti imposti dalla procedura) e un grande gruppo assicurativo italiano»⁴, nella specie la banca Intesa Sanpaolo; c) pertanto, la liquidazione coatta amministrativa ha riguardato i soli rapporti non inclusi nel contratto di cessione sottoscritto dai commissari liquidatori sulla base dell'offerta formulata da Intesa Sanpaolo e individuati nell'art. 2 del d.l. 99/2017 nei «crediti non ceduti ai sensi dell'articolo 3, retrocessi ai sensi dell'articolo 4 o sorti dopo l'avvio della procedura», esclusi ulteriormente quelli che i commissari liquidatori, sempre in attuazione di un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, hanno successivamente ceduto come “crediti deteriorati” alla Società per la Gestione di Attività - S.G.A. S.p.A., come prevede l'art. 5 del citato decreto⁵.

Per quanto ulteriormente rileva ai fini della presente nota, è bene segnalare che sono espressamente escluse dalla cessione a Intesa Sanpaolo «le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività» (art. 3, primo comma, lett. c, d.l. 99/2017)⁶ e che per «ogni aspetto non

⁴ V. ancora la relazione illustrativa della Banca d'Italia citata nella nota precedente.

⁵ In data 11 aprile 2018 Veneto Banca in l.c.a., e con separato contratto Banca Popolare di Vicenza in l.c.a., hanno perfezionato, in attuazione dell'art. 5 del DL 99/2017 e del DM n. 221 del 22 febbraio 2018, la cessione dei crediti deteriorati ed altre poste attive e passive connesse al patrimonio destinato “Gruppo Veneto” istituito in seno alla Asset Management Company – AMCO S.p.A.2 (AMCO), all'epoca controllata in via totalitaria dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁶ Sull'interpretazione di questa disposizione, cfr. Cass. civ., 22 dicembre 2023, n. 35820; STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale, Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. “Banche Venete”*, cit., p. 216 ss.; VACCARI, *Lca delle banche venete e principio di tutela giurisdizionale effettiva*, in www.dirittobancario.it; Trib. Padova, 5 febbraio 2019, in *Riv. dir.*

disciplinato dal presente decreto, alle liquidazioni coatte amministrative di cui al comma 1 si applica la disciplina contenuta nel Testo unico bancario e nelle disposizioni da esso richiamate» (art. 2, terzo comma, d.l. 99/2017).

3. Il tema principale attorno al quale gravitano le diverse censure prospettate contro la decisione d'appello consiste nello stabilire se un titolo esecutivo formato all'esito di un giudizio a cognizione piena nei confronti di un'impresa in liquidazione coatta amministrativa possa vincolare anche il terzo – che per essere tale non è intervenuto né è stato chiamato nel giudizio principale – cessionario di un ramo d'azienda dell'impresa soccombente nel corso del giudizio.

Osservo subito che la soluzione al quesito posto è influenzata in modo decisivo dalla specificità dell'operazione economica che ha investito la banca convenuta (liquidazione coatta e *contestuale* cessione di alcune attività) e che vale ad attribuire alla fattispecie in esame contorni singolari e non riducibili alle ordinarie discipline sostanziali come processuali di queste controversie⁷.

La prima difesa spesa nel giudizio di legittimità, dall'intuibile valore *tranchant* di ogni ulteriore questione, è consistita nel negare che il rapporto controverso tra le parti del giudizio concluso con la sentenza passata in giudicato, poi divenuta titolo esecutivo, rientrasse nella cessione conclusa tra i commissari liquidatori e Intesa Sanpaolo. È innegabile che i rapporti estranei alla cessione dovessero concorrere a formare il passivo da accertare nel corso della liquidazione e, come tali, non potessero dar luogo

imp., 2020, p. 413 ss., con nota di MOLLO, *La nozione di «controversia» nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle «banche venete»*, dove l'espressione «controversia» è considerata presupporre l'effettiva pendenza di un giudizio (litispendenza di una domanda giudiziale) e di conseguenza è giudicata insufficiente a produrre l'effetto voluto dalla legge la sola notificazione della domanda di mediazione, pur prescritta a pena di improcedibilità della domanda giudiziale; con riferimento a rapporti estinti ma contestati in giudizio prima della cessione, si pronuncia nel senso della successione e quindi della legittimazione (sostanziale) passiva della cessionaria anche Corte App. Venezia, 14 marzo 2023, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1633 ss.

⁷ Il rilievo della singolare figura risultante dalla combinazione tra il decreto-legge n. 99/2017, il contratto di cessione e la disciplina generale della l.c.a. delle banche è evidenziato da tutti i commentatori, v. per tutti SALERNO, *La "liquidazione ordinata" delle banche in crisi*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, p. 305 ss.

ad alcun tipo di responsabilità per la cessionaria, in quanto terzo indifferente alle vicende successive della speciale procedura liquidatoria, fatto salvo il caso della retrocessione o retrocessione di «attività, passività o rapporti dei soggetti in liquidazione o di società appartenenti ai gruppi bancari delle Banche», ai sensi dell'art. 4, quarto comma, del d.l. 99/2017.

La decisione della Cassazione, nel condividere l'operato dei giudici di merito, ha però confermato l'inclusione del rapporto controverso tra quelli oggetto di cessione e per questa via ha sancito il trasferimento dell'obbligazione in capo alla ricorrente Intesa Sanpaolo. E ciò non tanto in forza del citato d.l. 99/2017, quanto piuttosto del negozio di cessione che ne costituisce coerente svolgimento, del quale la Intesa Sanpaolo è divenuta parte perché ha ritenuto conformi ai propri interessi economici le condizioni e l'oggetto del negozio traslativo⁸.

Ma l'inclusione del rapporto controverso nel perimetro della cessione intercorsa tra i commissari liquidatori della banca veneta e Intesa Sanpaolo non è ancora sufficiente a spiegare per quale ragione il titolo esecutivo formato contro la prima possa essere legittimamente fondare l'esecuzione forzata contro la seconda. Ed è a questo punto che il piano dell'indagine si sposta, seguendo il ragionamento della Corte, dal diritto sostanziale al diritto processuale.

Invero, come già accennato, la cessionaria non ha partecipato al giudizio di merito nel quale si è formato il titolo esecutivo, quest'ultimo individua come debitore la sola impresa cedente⁹ e la disciplina generale sugli effetti della sentenza stabilisce che il giudicato, ai sensi dell'art. 2909 c.c. vincola le parti, i loro eredi e aventi causa,

⁸ In tal modo disegnando un rapporto tra la legge (d.l. 99/2017) e il contratto di cessione che vede alla prima riconosciuta la funzione di "norma-provvedimento" in quanto diretta alla regolamentazione del solo rapporto scaturente dalla «convenzione di cessione tra i commissari liquidatori delle due Banche venete e il soggetto individuato ai sensi dell'art. 3, comma 3» (così anche Corte Cost., 7 novembre 2022, n. 225, in *Giur. cost.*, 2022, p. 2544 ss., con nota di BINDI, *Una «non risposta» della Corte costituzionale ad una questione spinosa: il caso delle banche venete*).

⁹ Per quanto è possibile ricavare dalla ricostruzione dei fatti causa compiuta dalla sentenza, il titolo esecutivo opposto si riferiva sempre alla banca veneta *in bonis*, senza dare conto dell'intervenuta procedura di messa in liquidazione coatta amministrativa della convenuta, poiché altrimenti – come si vedrà subito *infra* nel testo – il giudice avrebbe dovuto dichiarare d'ufficio l'interruzione del processo.

questi ultimi divenuti tali *post rem iudicatam*¹⁰, come conferma l'art. 477 c.p.c. che – pur riferendosi all'erede – consente l'avvio dell'esecuzione in suo danno quando il titolo esecutivo sia formato contro il *de cuius*¹¹.

La circostanza che dapprima la messa in liquidazione coatta amministrativa e quindi la cessione del rapporto siano avvenute nel corso del giudizio di merito e che quest'ultimo, per quanto è stato possibile ricavare dal testo della sentenza di legittimità, è proseguito senza alcuna modificazione soggettiva ed oggettiva, induce la Corte di Cassazione a fare applicazione del regime della successione a titolo particolare nel diritto controverso stabilito dall'art. 111 c.p.c.¹².

Secondo quest'ultima disposizione, quando nel corso del processo si verifica il trasferimento del diritto controverso per atto tra vivi o *mortis causa*, il giudizio prosegue rispettivamente tra le parti originarie ovvero nei confronti del successore universale ma «la sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione».

4. L'art. 111 c.p.c. regola le conseguenze sul processo del mutamento soggettivo

¹⁰ MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, p. 200 ss.

¹¹ La disposizione si riferisce esclusivamente all'erede, ma la giurisprudenza ha da sempre esteso la sua portata a qualsiasi vicenda successoria sostanziale a titolo particolare o universale, cfr. da ultimo Cass. civ., 4 settembre 2024, n. 23736.

¹² Per una, essenziale, bibliografia cfr. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., I, Napoli, 1957, p. 310 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 414 ss.; PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964; ID., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, nel *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, II, Torino, 1973, p. 1219 ss.; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, Padova, 1983; FAZZALARI, voce *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1384 ss.; LUISO, voce *Successione nel processo*, in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1994, p. 4 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 3° ed., I, Padova, 1999, p. 328 ss.; DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, p. 127 ss.; ID., voce *Successione nel processo*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., agg.*, IV, 2009, 533 ss.; VACCARELLA, *Trascrizione delle domande giudiziali e successione nel diritto controverso*, cit., 349 ss.; WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Napoli, 2015; DE PROPRIIS, *Successione nel diritto controverso, cessione del credito ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2023; LAI, *L'estromissione della parte nel processo di cognizione*, Napoli, 2024, p. 137 ss.

nel rapporto o diritto controverso con una disciplina che, ancora oggi, solleva numerose e gravi questioni, come dimostra anche la decisione annotata.

Sotto il profilo funzionale, vi è sostanziale concordia nel riconoscere nella tutela della parte estranea alla successione la *ratio* dell'istituto, unitamente ad istanze di economia processuale¹³: diversamente, in un ordinamento nel quale è consentito il trasferimento della *res litigiosa*¹⁴, osservati i limiti soggettivi del giudicato, la controparte – al quale il trasferimento resti ignoto – sarebbe costretta a promuovere un nuovo giudizio nei confronti dell'avente causa per poter conseguire la stessa utilità già assicurata dal giudicato favorevole contro l'antecessore; quando, invece, il trasferimento sia allegato in giudizio dal dante causa convenuto, la controparte vedrebbe rigettata la domanda perché riferita a un soggetto ormai estraneo al rapporto controverso¹⁵.

Il testo del primo comma dell'art. 111 c.p.c. sancisce l'irrelevanza per il processo in corso delle vicende traslative del diritto controverso, quando dispone che il primo debba proseguire tra le parti originarie o – nel caso di successione *mortis causa* – da o

¹³CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, p. 874 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, p. 227; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1121 s.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., p. 418; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, cit., p. 225; LUISO, voce *Successione nel processo*, cit., p. 4; GRUNSKY, *Die Veräußerung der streitbefangenen Sache*, Tübingen, 1968, p. 15 ss., il quale insiste in modo particolare sulle ragioni legate all'economia dei giudizi.

¹⁴L'esigenza di tutelare la controparte non sorge, infatti, quando l'ordinamento non consente il trasferimento del diritto controverso, come è accaduto – per un lungo periodo – nel diritto romano: in proposito è preziosa la rimediazione delle fonti e con essa la netta esclusione della possibilità di ricostruire in termini unitari, e per tutto il corso della civiltà di Roma, l'esistenza del divieto di alienazione, compiuta da DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel diritto romano*, Milano, 1967, p. 391 ss., ove l'autrice trae le conclusioni della ricerca svolta.

¹⁵GRUNSKY, *Die Veräußerung der streitbefangenen Sache*, cit., p. 15 ss.; LUISO, voce *Successione nel processo*, cit., p. 4; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 874 s. Nella giurisprudenza, cfr. Cass. 24 febbraio 2014, n. 4368, la quale impropriamente ravvisa la *ratio* dell'istituto in esigenze di tutela del contraddittorio, osserva infatti: «Nell'estendere l'efficacia soggettiva del giudicato prevista dall'art. 2909 c.c., nel caso di successione nel diritto posteriore alla formazione della cosa giudicata, la norma ha la finalità di consentire nel corso del processo l'alienazione della *res litigiosa*, impedendo che tale evento influisca sulla regolarità del contraddittorio e, quindi, sulla regolare prosecuzione del giudizio».

nei confronti dell'erede (o degli eredi). L'impressione è però subito offuscata dalla lettura dei successivi commi, in quanto gli effetti della sentenza pronunciata contro le parti originarie sono «sempre» estesi «anche» al successore a titolo particolare, con il solo limite dell'acquisto in buona fede per i beni mobili e della trascrizione per gli altri diritti che vi sono soggetti; ulteriore incrinatura deriva poi dalla possibilità riconosciuta al terzo successore – ancorché rimasto estraneo al processo¹⁶ – d'impugnare la sentenza resa *inter alios* e, prima ancora, d'intervenire o essere chiamato in causa.

Sulla base di questa prima ricognizione del dato processuale è possibile affermare che, nel caso in esame, benché la decisione di primo grado sia stata pronunciata senza la partecipazione al giudizio di Banca Intesa Sanpaolo (cessionaria del rapporto controverso), quest'ultima era certamente legittimata ad impugnare la decisione per evitare il giudicato sfavorevole.

Se, dunque, la vicenda traslativa non muta i profili soggettivi del giudizio ma, al contempo, è necessaria per rivolgere i suoi effetti «anche» contro il successore a titolo particolare, si è inteso chiarire in virtù di quali presupposti ciò si verifichi, non paghi della mera presa d'atto dell'esistenza di una norma che espressamente li statuisce. La principale via battuta dalla nostra dottrina – così al cospetto dell'attuale art. 111 c.p.c. come anche sotto la (carente) legge processuale del 1865 – è stata quella di attribuire all'alienazione della *res litigiosa* la conseguenza (processuale) di elidere la legittimazione ordinaria dell'antecessore e renderla straordinaria, facendone un *sostituto processuale* dell'avente causa rimasto estraneo al processo¹⁷.

¹⁶Non sembra in proposito possa condividersi la proposta di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 320, secondo cui il potere di impugnare sorgerebbe in capo all'avente causa solo quando abbia effettivamente preso parte al giudizio (esprime dubbi anche MONTESANO, *Le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Roma, 1984, p. 190): a tacer d'altro, questa soluzione sarebbe ingiustamente gravosa per lui quante volte non abbia avuto contezza della natura litigiosa del diritto trasferitogli; un efficace vaglio critico di un'applicazione giurisprudenziale di questa soluzione è svolto da ROMAGNOLI, *L'impugnazione della sentenza ad opera del successore a titolo particolare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 654 ss.

¹⁷Sotto la vigenza del codice di rito del 1865 si vedano, BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, p. 321; ID., *Diritto processuale civile*, 2° ed., Roma,

La sostituzione processuale è servita dunque ad aprire una breccia – agendo sul piano della legittimazione – per consentire l’inserimento nel processo della posizione giuridica soggettiva facente capo al successore e così spiegare la ragione dell’efficacia della sentenza (anche) contro di lui. Il sostituto, infatti, in forza di un’espressa quanto eccezionale previsione di legge, «agisce in processo in nome proprio, pur non essendo titolare della pretesa su cui verte il giudizio»¹⁸, oramai riferibile al successore a titolo particolare e così la decisione assunta non potrà che spiegare effetti nella sua sfera giuridica.

Il richiamo alla sostituzione processuale per la sistemazione dell’istituto, se in apparenza getta luce sul problema della legittimazione dell’antecessore per altro necessita di essere chiarito nei suoi rapporti con il principio della domanda. Se, infatti, si dimostrasse che al verificarsi di un fatto o atto (giuridico) idoneo a trasferire il diritto o il rapporto controverso si realizza sempre e comunque il descritto trapasso della legittimazione (da ordinaria a straordinaria) dell’autore, ci troveremmo al cospetto di un caso singolare di mutamento di parti – sia pure limitatamente alla nozione di soggetto degli effetti della sentenza – al quale non corrisponde alcun adeguamento della domanda giudiziale¹⁹. Quest’ultima, infatti, ove l’alienazione non sia

1936, p. 483; PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nella pretesa per atto tra vivi durante il processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, II, p. 150 ss.; NENCIONI, *Sostituzione processuale e legittimazione*, in *Foro it.*, 1935, IV, c. 385 ss.; sotto l’attuale codice, cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 227; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 9° ed., Milano, 2021, p. 84; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 318; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Napoli, 1961, p. 317; CARNELUTTI, *Successione nella lite e intervento del successore nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, II, p. 121; ID., *Appello del cessionario del credito*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 509; REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 90; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1989, p. 98 s.; LUISO, *L’esecuzione «ultra partes»*, Milano, 1984, p. 279 s., ma subordinandola all’adeguamento della domanda originaria.

¹⁸ Così PAVANINI, *Appunti sugli effetti della successione nella pretesa per atto tra vivi durante il processo*, cit., 155 s.; i giuristi tedeschi sono stati i primi a ricercare nella sostituzione processuale la chiave di lettura per spiegare gli effetti sul processo dell’alienazione della cosa o della pretesa controversa, cfr. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1912, p. 169 ss., il quale precisa che la sostituzione processuale può anche restare ignota nel processo in corso; da ultimo, cfr. FERVERS, *Die Bindung Dritter an Prozessergebnisse*, Tübingen, 2022, p. 146.

¹⁹ In questa prospettiva si colloca, pur con ogni cautela dovuta alla singolarità dei casi esaminati e, spesso, dalla frammentaria ricostruzione dei fatti di causa contenuta nella decisione, la giurisprudenza

espressamente allegata in giudizio, continuerà a rivolgersi solo da o nei confronti delle parti originarie e con oggetto immutato²⁰.

La situazione appena descritta, nella sua absolutezza, contraddice però il fondamento stesso della sostituzione processuale, intesa quale vicenda incidente sulla legittimazione delle parti originarie del giudizio. Qualora infatti si consideri – come è preferibile – la legittimazione ad agire come il raccordo tra la situazione materiale e il processo che si esprime nell'affermazione (contenuta nella domanda) della titolarità di una situazione giuridica soggettiva sostanziale²¹, ne riesce doveroso corollario il principio per cui il mutamento della legittimazione possa realizzarsi solo a patto di modificare la domanda originaria²². Nel caso in esame l'alienante o il cedente dovrà

prevalente: ad esempio, Cass. 24 febbraio 2014, n. 4368, ricostruisce la fattispecie descritta dall'art. 111 c.p.c. in termini di sostituzione processuale, senza però specificare se sia necessario o meno, a tal fine, l'adeguamento della domanda originaria; v. anche Cass. 13 aprile 1999, n. 3623, la quale pur muovendo dall'idea della sostituzione processuale contiene alcune affermazioni che, almeno all'apparenza, parrebbero ispirate dalla teoria dell'irrelevanza, quando soggiunge «A norma dell'art. 111 c.p.c. - che concerne non la capacità al processo - *legitimatō ad processum* - ma la titolarità attiva e passiva dell'azione (*legitimatō ad causam*)- l'alienazione del diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare non fa venir meno l'interesse ad agire in capo all'originario attore, onde il rapporto processuale prosegue tra le parti originarie» e quindi prosegue «La disciplina dettata dal comma 1 dell'art. 111 c.p.c. costituisce, infatti, espressione del principio generale secondo il quale gli effetti sostanziali della domanda giudiziale continuano ad essere rilevanti sul piano processuale nonostante le modificazioni eventualmente intervenute nella titolarità del diritto controverso e trova applicazione anche nel caso in cui il mutamento della titolarità di tale diritto si ricolleghi alla alienazione del bene alla cui tutela è stata esperita l'azione»: in queste parole non si fatica a scorgere l'idea – certo non nuova – della c.d. *perpetuatio legitimatōnis* come chiave di lettura della successione nel diritto controverso, cfr. CALVOSA, «*Perpetuatio legitimatōnis*» e successione nella qualità di parte, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, c. 627 ss.

²⁰ Ancora recentemente e con autorevolezza è stata ribadita la soluzione della sostituzione processuale che «opera in modo peculiare poiché prescinde dalla volontà del soggetto che assume il ruolo di sostituto (il dante causa o l'erede, che *devono* stare in giudizio come sostituti) e in realtà anche dal fatto che il suo presupposto (il “trasferimento” a terzi) risulti in causa», così MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Torino, 2022, p. 290.

²¹ GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 168; ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 200 ss.; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 132 ss.; LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, in *Riv. trim.*, 1978, 1287 s.

²² BETTI, *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, cit., p. 323; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 207; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., p. 170 s.; CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, 2, I, Torino, 1980, p. 280; LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, cit., 1286 s.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 332 s.; LORENZETTO PESERICO,

perciò allegare in giudizio l'intervenuto trasferimento e quindi la domanda dovrà essere adeguata, consolidando in capo a una delle parti la condizione di sostituto processuale dell'avente causa o del successore a titolo particolare.

Così concepita la struttura e il funzionamento della successione secondo l'art. 111 c.p.c., riesce agevole constatarne la limitata portata applicativa, soprattutto laddove si accolga l'idea di un necessario coordinamento tra il primo e il quarto comma, in virtù del quale l'estensione del giudicato al successore non intervenuto si produrrebbe solo a patto di formalizzare – come descritto – la sostituzione processuale in corso di causa²³.

Ed è proprio questa la criticità che emerge nella vicenda posta all'attenzione dei giudici legittimità.

Infatti, come si legge nella sentenza in commento, la Cassazione sostiene che il giudizio, dopo la cessione del ramo d'azienda a Intesa Sanpaolo, sia proseguito contro la banca veneta (*in bonis*) «in virtù di una legittimazione della cedente (originaria

La successione nel processo esecutivo, cit., 254 ss.; CAVALLINI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2° ed., I, Bologna, 2022, p. 254 s.; da ultimo, con ampi richiami alla letteratura tedesca, cfr. WIDMANN, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, cit., p. 98 ss.

Invero, l'idea che il giudice possa, pur in assenza di attività adeguatrice delle parti circa le rispettive prospettazioni, pronunciare direttamente sul diritto del successore ripudia il principio della domanda (art. 99 c.p.c., cfr. LASERRA, *op. loc. ult. cit.*) e della necessaria corrispondenza tra il chiesto il pronunciato (art. 112 c.p.c.). In tale contesto, al fine di mitigare le rigorose conseguenze dell'obiezione prospettata, vi è chi ritiene sufficiente ad innestare la sostituzione processuale la semplice notizia di un fatto idoneo a determinare il trasferimento, comunque acquisita al processo: ma la tesi non convince, come ben dimostrano ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1953, p. 166 ss.; LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, cit., p. 1287 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13° ed., II, Torino, 2023, p. 159.

²³ PICARDI, *La successione processuale*, cit., p. 131 ss., il quale ritiene che comunque l'avente causa subirà l'efficacia riflessa delle decisione resa contro il suo autore «in forza delle normali regole civilistiche»; CAVALLINI, *Lezioni di diritto processuale civile*², I, cit., 254 s.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 163, quest'ultimo dimostrando particolare sensibilità al tema del sacrificio del diritto di difesa del successore al quale non sia nota la litispendenza sul diritto trasferitogli; si è osservato in proposito che l'art. 111 c.p.c. sembra disegnare un automatismo in forza del quale, avvenuto il trasferimento, il processo “prosegue” tra le parti originarie e la sentenza “estende” i suoi effetti al successore a titolo particolare senza necessità di intervenire sulle domande iniziali delle parti e senza distinguere se l'atto traslativo sia stato o meno allegato in giudizio, cfr. VERDE, *Diritto processuale civile*, 5° ed., I, Bologna, 2017, p. 199. Nella letteratura straniera, per la necessità che l'attore modifichi la propria domanda in conseguenza del trasferimento, cfr. SCHUMANN, § 265, in STEIN-JONAS, *Kommentar Z.P.O.*, Tübingen, 2004, Rndr. 42.

contendente) avente portata meramente sostitutiva e processuale della cessionaria, nei cui soli confronti, però, si spiegano gli effetti sostanziali della pronuncia» e questo, però, senza che della cessione sia data notizia in giudizio e così nemmeno della diversa qualità della legittimazione – dapprima ordinaria e, poi, straordinaria – spesa dall'originaria convenuta.

Osservato l'attuale testo dell'art. 111 c.p.c., viene da pensare che il diffuso richiamo alla *sostituzione processuale*, impiegato con una certa disinvoltura anche dalla giurisprudenza, come testimonia da ultimo la sentenza in esame, se esprime il tentativo di offrire una giustificazione tecnico-dogmatica alla scelta del legislatore di estendere *ultra partes* l'efficacia della sentenza²⁴, non è tuttavia idoneo ad assicurare la massima estensione applicativa all'istituto e, così, la migliore composizione tra gli interessi in conflitto emergenti nella disciplina in esame. Del resto, non è un caso se quella soluzione (sostituzione processuale) sia stata difesa anche sotto l'abrogato codice nel quale non figurava, nella legge processuale, alcun cenno alla successione nel diritto controverso²⁵.

5. Tornando al caso che ci occupa, il richiamo all'art. 111 c.p.c. consente ai giudici di legittimità di giustificare l'estensione della portata soggettiva del titolo formato contro l'impresa cedente verso la banca cessionaria²⁶. Per giungere a questo

²⁴ Il ricorso alla figura della sostituzione processuale ha l'indubbio pregio di coerenza con l'istituto della successione singolare agli altri principi generali dell'ordinamento processuale, con particolare riguardo alla soluzione accolta intorno ai limiti soggettivi del giudicato, cfr. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1935, p. 277 s.; TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano, 1975, p. 240; LORENZETTO PESERICO, *La successione nel processo esecutivo*, cit., p. 264.

²⁵ Per una proposta ricostruttiva che muove da presupposti diversi sia consentito il rinvio a LAI, *L'estromissione*, cit., p. 176 ss.

²⁶ Il contratto di cessione concluso tra i commissari liquidatori e Intesa Sanpaolo, nella nota pubblicata sul sito della Banca d'Italia (reperibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/fondi-risol-crisi/2017/comunicazione-20170625/venetobanca_popvicenza_contratto_cessione_intesa_sanpaolo.pdf), reca la seguente e significativa precisazione «Il cessionario succede, senza soluzione di continuità, alle Banche in liquidazione coatta amministrativa nei diritti, nelle attività, nelle passività, nei rapporti, nei privilegi e nelle garanzie, nonché nei giudizi, oggetto di cessione, secondo

risultato, la Corte ribadisce – ancora una volta – il suo fermo orientamento secondo cui l’alienazione della *res litigiosa* nel processo realizza un mutamento nella legittimazione della parte originaria, per cui l’alienante prosegue il giudizio facendo valere un diritto che oramai riconosce appartenere all’avente causa e, per questo, assume la veste di *sostituto processuale*. In tal modo, benché restino immutate le parti originarie del giudizio, il suo oggetto riguarda ora il (nuovo e diverso) rapporto tra l’originario attore e il successore a titolo particolare, nel nostro caso la banca Intesa Sanpaolo.

Lo stesso art. 111 c.p.c., come detto, anche al fine di mitigare le conseguenze per il diritto di difesa del successore a titolo particolare, gli riconosce il potere di intervenire volontariamente nel processo ovvero di essere chiamato in causa dalle parti originarie, rendendo superflua la figura del sostituto/alienante che potrà chiedere di essere estromesso dal giudizio con l’assenso delle altre parti²⁷. Nel caso in esame, la banca Intesa Sanpaolo aveva dunque il potere di intervenire volontariamente nel processo e anche quello – ugualmente previsto dall’art. 111 c.p.c. – d’impugnare la sentenza del giudice di primo grado per evitare il formarsi del giudicato sulla decisione sfavorevole.

Anche la *ratio* dell’istituto processuale della successione a titolo particolare trova piena realizzazione nel caso in esame, laddove, dopo avere accertato che il negozio di cessione comprendeva anche il rapporto controverso e, dunque, si era realizzata la successione a titolo particolare tra la banca veneta originaria convenuta e la banca Intesa Sanpaolo in qualità di cessionaria, la sentenza di condanna pronunciata contro la prima è considerata dalla Cassazione vincolante per la seconda, anche in relazione alla sua efficacia esecutiva.

Restano da segnalare, a mio avviso, alcune peculiarità della vicenda in esame rimaste in ombra - perché non prospettate o non direttamente affrontate nella motivazione – legate alla disciplina della l.c.a. *ordinata* delle banche venete.

quanto previsto nell’offerta dallo stesso formulata e oggetto di accettazione da parte dei commissari liquidatori delle Banche medesime».

²⁷ LAI, *L’estromissione*, cit., p. 185 ss.

La successione nel rapporto già azionato contro la banca veneta è intervenuta inequivocabilmente in un momento successivo alla sua messa in liquidazione, posto che è la stessa legge ad affidare ai commissari liquidatori la conclusione del negozio di cessione con Intesa Sanpaolo. Il d.l. 99/2017, nel testo convertito, detta alcune regole particolari per la liquidazione coatta amministrativa che, tuttavia, per il resto conserva il riferimento alla disciplina “comune” dettata dal T.U.B., il quale a sua volta rinvia al codice della crisi e dell’insolvenza.

La fonte primaria di disciplina (sempre il d.l. 99/2017) non reca alcuna indicazione in merito alle conseguenze sui processi in corso della messa in l.c.a. delle banche venete, in particolare non distingue tra controversie su rapporti oggetto della cessione e tutte le altre che, invece, seguiranno l’ordinario iter liquidatorio. La relativa disciplina andrà pertanto ricercata nell’art. 83 T.U.B. il quale dispone, con espressione volutamente ampia, che dalla data di insediamento degli organi liquidatori «contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare»²⁸.

Ancor prima, come ha adombrato (ma solo tardivamente) la difesa della ricorrente, occorre determinare se la messa in liquidazione provochi anche l’interruzione *ipso iure* del processo in corso, in attesa della sua riassunzione da o contro i commissari liquidatori, analogamente a quanto accade oggi per l’apertura della liquidazione giudiziale (art. 143 CCII). In proposito, secondo i giudici di legittimità, il richiamo generale operato dall’art. 80, sesto comma, del T.U.B. consente di estendere anche alla messa in l.c.a. l’effetto interruttivo istantaneo del processo²⁹,

²⁸ In proposito, la Corte di Cassazione ha stabilito che il giudizio di condanna promosso contro una delle banche venete prima dell’apertura della liquidazione coatta amministrativa non diventa improcedibile quando nel giudizio sia stata già pronunciata una sentenza di merito non ancora definitiva: in tal caso, il creditore potrà chiedere ai commissari liquidatori l’ammissione al passivo con riserva e i commissari potranno avviare o proseguire il giudizio d’impugnazione, cfr. Cass. civ., 15 marzo 2022, n. 8463.

²⁹ Così, da ultimo, cfr. Cass. civ., 4 luglio 2024, n. 18285.

pertanto l'interruzione dovrà essere dichiarata anche d'ufficio dal giudice e le parti interessate potranno riassumerlo nel termine di tre mesi *dal provvedimento del giudice*³⁰.

Occorre tuttavia precisare che, al tempo in cui è stata pronunciata la decisione poi utilizzata come titolo esecutivo contro Intesa Sanpaolo, non esisteva univocità di vedute intorno all'individuazione del *dies a quo* per il decorso del termine di riassunzione, mentre era sostanzialmente condivisa l'idea che la messa in liquidazione coatta amministrativa determinasse l'interruzione *ipso iure* del processo³¹.

Un secondo profilo riguarda la possibilità di proseguire il giudizio promosso nei confronti della banca sottoposta a l.c.a.

Come già osservato, il testo dell'art. 83, terzo comma, T.U.B. sembra indicare una soluzione rigorosa e tale da precludere ogni azione nei confronti della banca messa in liquidazione, determinando l'inevitabile declaratoria d'improcedibilità – indistintamente – di tutti giudizi pendenti alla data di inizio della procedura. Deve, invece, essere preferita una soluzione meno rigida e orientata a rendere applicabile la regola dell'improcedibilità alle sole azioni identificate come *debt sensitive*, tali cioè da poter incidere (a seconda dell'esito del giudizio) sulla consistenza dello stato passivo: solo allora sarà giustificato l'obbligo d'incanalare queste pretese secondo il rito speciale concorsuale³².

³⁰ In questo senso, v. dapprima la fondamentale decisione di Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2021, n. 1254, in *Le società*, 2021, p. 1123 ss., con nota di BACCAGLINI, *Fallimento di una delle parti e dies a quo per la riassunzione del processo ipso iure interrotto. Le Sezioni Unite confermano la soluzione del CCII e ne offrono un'interpretazione additiva (a futura memoria)*, e quindi l'attuale formulazione dell'art. 143 C.C.I.I., secondo cui «L'apertura della liquidazione giudiziale determina l'interruzione del processo. Il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice».

³¹ Il tema, con riferimento alla l.c.a. delle banche, è affrontato da STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale, Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, cit., p. 114 ss.; CECCHINATO, *Quale destino per le cause proposte contro le due popolari venete?*, cit., p. 1138.

³² In tal senso, cfr. Corte app. Venezia, 13 febbraio 2024, in *Banche Dati DeJure*; ID., 3 ottobre 2023, in *Banche Dati DeJure*; nella giurisprudenza di legittimità si rinviene un accostamento, sotto questo profilo, tra la l.c.a. delle banche e il fallimento (ora liquidazione giudiziale): Cass. civ., 22 maggio 2020, n. 9461; nella dottrina, cfr. BONAFINE, *Gli effetti dell'ammissione alla liquidazione coatta amministrativa (anche bancaria) sul giudizio di cassazione*, cit., p. 2; CECCHINATO, *Quale destino*

Tra le azioni che ricadono sotto la speciale previsione rientrano senz'altro, anche in virtù delle norme inderogabilmente poste a tutela del principio della *par condicio creditorum*, «sia le domande di condanna che quelle di mero accertamento del credito formulate in sede di cognizione ordinaria»³³.

Pertanto, la natura della pretesa iniziale fatta valere dal fallimento avrebbe dovuto provocare, sul versante processuale, l'interruzione del giudizio e la sua prosecuzione nelle forme speciali dell'accertamento del passivo ed eventuale opposizione allo stesso. La peculiarità del caso in esame è consistita nel fatto che alla messa in liquidazione coatta amministrativa, la quale privando gli organi della banca veneta della legittimazione processuale nel giudizio in corso ne imponeva l'interruzione, è seguita – il giorno successivo – la cessione di un ramo d'azienda della banca comprensivo della pretesa creditoria del fallimento nel giudizio pendente.

La Cassazione, questo è il punto a mio giudizio più innovativo, ha inteso applicare il meccanismo della sostituzione processuale *interna*, la quale – per estendere gli effetti della decisione al successore a titolo particolare (art. 111, quarto comma, c.p.c.) – non richiede che il sostituto/alienante rappresenti tale sua qualità in giudizio adeguando le proprie difese³⁴, anche in un caso in cui l'alienante è privo di capacità processuale a séguito della messa in l.c.a. e il negozio astrattamente idoneo a trasferire il diritto controverso, sul piano sostanziale, è concluso da un soggetto diverso da quello che figura in giudizio come sostituto processuale (*interno*).

In conclusione, la singolare fattispecie in esame offre un'ulteriore dimostrazione

per le cause proposte contro le due popolari venete?, cit., p. 1139; per un'approfondita disamina delle azioni che non soggiacciono alla regola generale dell'improcedibilità, v. ancora una volta STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale, Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche Venete"*, cit., p. 154 ss.

³³ Così Corte app. Venezia, 20 settembre 2023, n. 1587, in *Banche Dati DeJure*.

³⁴ A questa conclusione, cui troppo spesso giunge la giurisprudenza di legittimità, è doveroso contrapporre il posato ma decisivo argomento di LASERRA, *Prospettazione ed effettività nell'art. 111 c.p.c.*, cit., p. 1290, secondo cui «La mancanza di prospettazione della successione, sia dovuta al mancato esercizio di un potere in proposito o sia dovuta, come accade in alcuni processi ed in alcune situazioni, ad inesistenza di un tale potere, esclude, infatti, sia la modificazione del diritto controverso, sia la modificazione della qualità, ordinaria o straordinaria, della legittimazione dell'alienante e ciò anche se della successione effettiva sia pervenuta notizia nel processo».

dei limiti della teoria della rilevanza come fondamento dell'effetto di cui all'art. 111, quarto comma, c.p.c., quando essa sia sganciata dalla necessaria esplicitazione negli atti di parte del diverso ruolo assunto dall'antecessore nel processo proseguito sul diritto dell'avente causa³⁵.

Piergiuseppe Lai

*Professore associato di diritto processuale civile
nell'Università degli Studi di Sassari*

³⁵ Per questi rilievi, v. già GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 207 s., il quale muovendo dalla opposta prospettiva dell'irrelevanza della successione per il processo, ritiene che l'effetto della sentenza nei confronti del successore a titolo particolare «non è una efficacia diretta, in virtù di una sostituzione processuale di quest'ultimo da parte dell'alienante, ma una efficacia riflessa, che si fonda sopra la *successione* nel diritto controverso, dall'art. 111 sostanzialmente equiparata, a questo effetto, ad una successione che si verificasse dopo la formazione del giudicato, avente per oggetto il diritto stesso.»

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

7 dicembre 2023

«Rinvio pregiudiziale – Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Regolamento (UE) 2016/679 – Articolo 22 – Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche – Società che forniscono informazioni commerciali – Calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di una persona di onorare impegni di pagamento in futuro (“scoring”) – Utilizzo di tale tasso di probabilità da parte di terzi»

Nella causa C-634/21,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgericht Wiesbaden (tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania), con decisione del 1o ottobre 2021, pervenuta in cancelleria il 15 ottobre 2021, nel procedimento

OQ

contro

Land Hessen,

con l’intervento di:

SCHUFA Holding AG,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da A. Arabadjiev, presidente di sezione, T. von Danwitz, P.G. Xuereb, A. Kumin (relatore) e I. Ziemele, giudici,

avvocato generale: P. Pikamäe

cancelliere: C. Di Bella, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 26 gennaio 2023, considerate le osservazioni presentate:

– per OQ, da U. Schmidt, Rechtsanwalt;

- per il Land Hessen, da M. Kottmann e G. Ziegenhorn, Rechtsanwälte;
 - per la SCHUFA Holding AG, da G. Thüsing e U. Wuermeling, Rechtsanwalt;
 - per il governo tedesco, da P.-L. Krüger, in qualità di agente;
 - per il governo danese, da V. Pasternak Jørgensen, M. Søndahl Wolff e Y. Thyregod Kollberg, in qualità di agenti;
 - per il governo portoghese, da P. Barros da Costa, I. Oliveira, J. Ramos e C. Vieira Guerra, in qualità di agenti;
 - per il governo finlandese, da M. Pere, in qualità di agente;
 - per la Commissione europea, da A. Bouchagiar, F. Erlbacher e H. Kranenborg, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 16 marzo 2023, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 22 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1, e rettifica in GU 2018, L 127, pag. 2; in prosieguo: il «RGPD»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra OQ e il Land Hessen (Land dell'Assia, Germania) in merito al rifiuto dello Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit (Commissario per la protezione dei dati e la libertà di informazione per il Land Assia, Germania) (in prosieguo: lo «HBDI») di ingiungere alla SCHUFA Holding AG (in prosieguo: la «SCHUFA») di accogliere una domanda presentata da OQ diretta ad ottenere e a cancellare dati personali che la riguardano.

[omissis]

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

14 La SCHUFA è una società privata di diritto tedesco che fornisce ai suoi partner

contrattuali informazioni sul merito creditizio di terzi, in particolare di consumatori. A tal fine, essa stabilisce un pronostico sulla probabilità di un comportamento futuro di una persona («score»), come il rimborso di un prestito, a partire da talune caratteristiche di tale persona, sulla base di procedure matematiche e statistiche. Il calcolo dei punteggi («scoring») si basa sul presupposto che assegnando una persona a un gruppo di altre persone con caratteristiche comparabili che si sono comportate in un certo modo, si può prevedere un comportamento analogo.

15 Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che a OQ è stata negata la concessione di un prestito da parte di un terzo dopo essere stata oggetto di informazioni negative redatte dalla SCHUFA e trasmesse a tale terzo. OQ ha chiesto alla SCHUFA di comunicarle informazioni sui dati personali registrati e di cancellare quelli asseritamente errati.

16 In risposta a tale richiesta, la SCHUFA ha informato OQ del livello del suo punteggio e ha esposto, a grandi linee, le modalità di calcolo dei punteggi. Tuttavia, essa si è rifiutata, invocando il segreto commerciale, di divulgare le diverse informazioni prese in considerazione ai fini di tale calcolo nonché la loro ponderazione. Infine, la SCHUFA ha affermato che essa si limitava a far pervenire informazioni alle sue controparti contrattuali e che erano questi ultimi ad adottare le decisioni contrattuali propriamente dette.

17 Con reclamo presentato il 18 ottobre 2018, OQ ha chiesto all’HBDI, autorità di controllo competente, di ingiungere alla SCHUFA di accogliere la sua domanda di accesso alle informazioni e di cancellazione.

18 Con decisione del 3 giugno 2020, lo HBDI ha respinto tale domanda di ingiunzione, spiegando che non era dimostrato che la SCHUFA non rispettasse i requisiti di cui all’articolo 31 del BDSG ad essa incombenti per quanto riguarda la sua attività.

19 OQ ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi al Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunale amministrativo di Wiesbaden, Germania), giudice del rinvio, in applicazione dell’articolo 78, paragrafo 1, del RGPD.

20 Secondo tale giudice, al fine di statuire sulla controversia di cui è investito, occorre

determinare se il calcolo di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale costituisca un processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD. Infatti, in caso affermativo, la liceità di tale attività sarebbe subordinata, conformemente all'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), di tale regolamento, alla condizione che tale decisione sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento.

21 A tal riguardo, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla tesi secondo cui l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD non sia applicabile all'attività di società quali la SCHUFA. Esso fonda i propri dubbi, da un punto di vista fattuale, sull'importanza di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale per la prassi decisionale dei terzi ai quali tale tasso di probabilità è trasmesso e, da un punto di vista giuridico, principalmente sugli obiettivi perseguiti da tale articolo 22, paragrafo 1, e sulle garanzie di tutela giuridica sancite dal RGPD.

22 Più specificamente, il giudice del rinvio sottolinea che è il tasso di probabilità che di norma determina se e come il terzo contratterà con l'interessato. Orbene, l'articolo 22 del RGPD mirerebbe proprio a proteggere le persone dai rischi connessi alle decisioni puramente basate su un automatismo.

23 Per contro, se l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD dovesse essere interpretato nel senso che la qualità di «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche» può essere riconosciuta, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, solo alla decisione adottata dal terzo nei confronti dell'interessato, ne deriverebbe una lacuna nella tutela giuridica. Infatti, da un lato, una società come la SCHUFA non sarebbe tenuta a dare accesso alle informazioni supplementari alle quali la persona interessata ha diritto in forza dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), di tale regolamento, in quanto tale società non sarebbe quella che adotta un «processo decisionale automatizzato», ai sensi di tale disposizione e, di conseguenza, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, di detto regolamento. Dall'altro, il terzo al quale viene comunicato il tasso di probabilità non potrebbe fornire tali informazioni supplementari

in quanto non ne dispone.

24 Pertanto, secondo il giudice del rinvio, per evitare una siffatta lacuna nella tutela giuridica, sarebbe necessario che il calcolo di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale rientrasse nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD. 25 Se una siffatta interpretazione dovesse essere accolta, la liceità di tale attività sarebbe allora subordinata all'esistenza di una base giuridica a livello dello Stato membro interessato, conformemente all'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), di tale regolamento. Orbene, nel caso di specie, se è vero che l'articolo 31 del BDSG potrebbe costituire una siffatta base giuridica in Germania, sussisterebbero seri dubbi quanto alla compatibilità di tale disposizione con l'articolo 22 del RGPD, in quanto il legislatore tedesco disciplinerebbe solo l'«uso» di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale, e non il calcolo in quanto tale di tale tasso.

26 Per contro, se il calcolo di un siffatto tasso di probabilità non costituisce un processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, ai sensi dell'articolo 22 del RGPD, neppure la clausola di apertura di cui al paragrafo 2, lettera b), di tale articolo 22 si applicherebbe alle normative nazionali relative a tale attività. Tenuto conto del carattere in linea di principio esaustivo del RGPD e in assenza di un'altra competenza normativa per siffatte normative nazionali, sembrerebbe che il legislatore tedesco, assoggettando il calcolo di tassi di probabilità a condizioni di liceità sostanziali più dettagliate, precisi la materia regolamentata andando al di là dei requisiti enunciati agli articoli 6 e 22 del RGPD, senza disporre di poteri normativi a tal fine. Se tale punto di vista fosse corretto, ciò modificherebbe il margine di esame dell'autorità nazionale di controllo, che dovrebbe allora valutare la compatibilità dell'attività delle società che forniscono informazioni commerciali alla luce dell'articolo 6 di tale regolamento.

27 In tali circostanze, il Verwaltungsgericht Wiesbaden (Tribunale amministrativo di Wiesbaden) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 22, paragrafo 1, del [RGPD] debba essere interpretato nel senso che il

calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di un interessato di saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona, qualora tale tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato, sia trasmesso dal titolare del trattamento a un terzo titolare del trattamento e quest'ultimo basi prevalentemente su tale tasso la sua decisione sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con l'interessato.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale: se l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 22 del [RGPD] debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale il ricorso a un tasso di probabilità – nella fattispecie relativo alla solvibilità e alla disponibilità a pagare di una persona fisica, che includa informazioni sui crediti – di un certo comportamento futuro di una persona fisica, allo scopo di decidere sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con tale persona ("scoring"), è consentito solo se sono soddisfatte determinate ulteriori condizioni, meglio specificate nella motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale».

[omissis]

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

40 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD debba essere interpretato nel senso che costituisce un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche», ai sensi di tale disposizione, il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare impegni di pagamento in futuro, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità.

41 Per rispondere alla suddetta questione, occorre ricordare, in via preliminare, che l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione richiede di tener conto non soltanto della sua formulazione, ma anche del contesto in cui essa si inserisce nonché degli obiettivi e della finalità che persegue l'atto di cui essa fa parte (sentenza del 22 giugno 2023, Pankki S, C-579/21, EU:C:2023:501, punto 38 e giurisprudenza citata).

42 Quanto al tenore dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD, tale disposizione prevede che un interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

43 L'applicabilità di tale disposizione è quindi soggetta a tre condizioni cumulative, vale a dire, in primo luogo, che deve esistere una «decisione», in secondo luogo, che tale decisione deve essere «basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione», e, in terzo luogo, che essa deve produrre «effetti giuridici [riguardanti l'interessato]» o incidere «in modo analogo significativamente sulla sua persona».

44 Per quanto riguarda, in primo luogo, la condizione relativa all'esistenza di una decisione, occorre rilevare che la nozione di «decisione», ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD, non è definita da tale regolamento. Tuttavia, dalla formulazione stessa di tale disposizione risulta che tale nozione rinvia non solo ad atti che producono effetti giuridici riguardanti il soggetto di cui trattasi, ma anche ad atti che incidono significativamente su di esso in modo analogo.

45 L'ampia portata rivestita dalla nozione di «decisione» è confermata dal considerando 71 del RGPD, ai sensi del quale una decisione che implica la valutazione di taluni aspetti personali di un interessato, di cui quest'ultimo dovrebbe avere il diritto di non essere oggetto, può «includere una misura» che produce «effetti giuridici che lo riguardano» o incide «in modo analogo significativamente sulla sua persona». Secondo tale considerando, sono coperti dal termine «decisione», a titolo esemplificativo, il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani.

46 Poiché la nozione di «decisione» ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD può quindi includere, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 38 delle sue conclusioni, diversi atti che possono incidere sulla persona interessata in vari modi, tale nozione è sufficientemente ampia da ricomprendere il risultato del calcolo della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro.

47 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la condizione secondo cui la decisione, ai sensi di tale articolo 22, paragrafo 1, deve essere «fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione», come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 33 delle sue conclusioni, è pacifico che un'attività come quella della SCHUFA risponde alla definizione di «profilazione» di cui all'articolo 4, punto 4, del RGPD e quindi che tale condizione è soddisfatta nel caso di specie, dato che il testo della prima questione pregiudiziale si riferisce peraltro esplicitamente al calcolo automatizzato di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi ad una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare un prestito in futuro.

48 Per quanto riguarda, in terzo luogo, la condizione secondo cui la decisione deve produrre «effetti giuridici» riguardanti la persona di cui trattasi o incida «in modo analogo significativamente» su di essa, dal tenore stesso della prima questione pregiudiziale risulta che l'azione del terzo al quale è trasmesso il tasso di probabilità è guidata «in modo decisivo» da tale tasso. Pertanto, secondo gli accertamenti di fatto del giudice del rinvio, in caso di domanda di mutuo rivolta da un consumatore a una banca, un tasso di probabilità insufficiente comporta, in quasi tutti i casi, il rifiuto di quest'ultima di concedere il prestito richiesto.

49 In tali circostanze, si deve ritenere che anche la terza condizione alla quale è subordinata l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD sia soddisfatta, in quanto un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale incide, quanto meno, sull'interessato significativamente.

50 Ne consegue che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, nelle quali il tasso di probabilità stabilito da una società che fornisce informazioni

commerciali e comunicato a una banca svolge un ruolo decisivo nella concessione di un credito, il calcolo di tale tasso deve essere qualificato di per sé come decisione che produce nei confronti di un interessato «effetti giuridici che lo riguardano o che incid[e] in modo analogo significativamente sulla sua persona», ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD.

51 Tale interpretazione è corroborata dal contesto in cui si inserisce l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD nonché dagli obiettivi e dalla finalità perseguiti da tale regolamento.

52 A tal riguardo, occorre rilevare che, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 31 di tali conclusioni, l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD conferisce all'interessato il «diritto» di non essere oggetto di una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione. Tale disposizione sancisce un divieto di principio la cui violazione non necessita di essere fatta valere individualmente da una tale persona.

53 Infatti, come risulta dal combinato disposto dell'articolo 22, paragrafo 2, del RGPD e del considerando 71 di tale regolamento, l'adozione di una decisione basata esclusivamente su un trattamento automatizzato è autorizzata solo nei casi di cui a tale articolo 22, paragrafo 2, ossia qualora tale decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento [lettera a)], qualora sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento [lettera b)], o si basi sul consenso esplicito dell'interessato [lettera c)].

54 Inoltre, l'articolo 22 del RGPD prevede, al paragrafo 2, lettera b), e al paragrafo 3, che devono essere previste misure appropriate per la salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Nei casi di cui all'articolo 22, paragrafo 2, lettere a) e c), di tale regolamento, il titolare del trattamento attua almeno il diritto dell'interessato di ottenere un intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione.

55 Peraltro, conformemente all'articolo 22, paragrafo 4, del RGPD, è solo in taluni casi

specifici che le decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, ai sensi di tale articolo 22, possono essere fondate sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento.

56 Per di più, nel caso di adozione di una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, come quella di cui all'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD, da un lato, il titolare del trattamento è soggetto a obblighi di informazione supplementari in forza dell'articolo 13, paragrafo 2, lettera f), nonché dell'articolo 14, paragrafo 2, lettera g), di tale regolamento. Dall'altro lato, l'interessato gode, in forza dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), di detto regolamento, del diritto di ottenere dal titolare del trattamento, tra l'altro, «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

[omissis]

61 Per contro, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nelle quali sono coinvolti tre attori, sussisterebbe un rischio di elusione dell'articolo 22 del RGPD e, di conseguenza, una lacuna nella protezione giuridica qualora fosse accolta un'interpretazione restrittiva di tale disposizione, secondo la quale il calcolo del tasso di probabilità deve essere considerato soltanto un atto preparatorio e solo l'atto adottato dal terzo può, se del caso, essere qualificato come «decisione», ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, di tale regolamento.

62 Infatti, in tale ipotesi, il calcolo di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale sfuggirebbe ai requisiti specifici previsti all'articolo 22, paragrafi da 2 a 4, del RGPD, sebbene tale procedura si basi su un trattamento automatizzato e produca effetti che incidono significativamente sull'interessato, in quanto l'azione del terzo, al quale tale tasso di probabilità è trasmesso, è condizionata in modo decisivo da quest'ultimo.

63 Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, da un lato, la persona interessata non potrebbe far valere, presso la società che fornisce informazioni commerciali che calcola il tasso di probabilità che la riguarda, il suo diritto di accesso alle informazioni specifiche di cui all'articolo 15, paragrafo 1,

lettera h), del RGPD, in assenza di adozione di un processo decisionale automatizzato da parte di tale agenzia. Dall'altro lato, anche supponendo che l'atto adottato dal terzo rientri, dal canto suo, nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, di tale regolamento qualora soddisfi le condizioni di applicazione di tale disposizione, tale terzo non sarebbe in grado di fornire tali informazioni specifiche in quanto generalmente non ne dispone.

64 Il fatto che il calcolo di un tasso di probabilità come quello di cui trattasi nel procedimento principale rientra nell'ambito di applicabilità dell'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD comporta, come rilevato ai punti da 53 a 55 della presente sentenza, che esso è vietato, salvo l'applicabilità di una delle eccezioni previste all'articolo 22, paragrafo 2, di tale regolamento e il rispetto delle specifiche esigenze previste dall'articolo 22, paragrafi 3 e 4, di detto regolamento.

65 Per quanto riguarda, più specificamente, l'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), del RGPD, al quale fa riferimento il giudice del rinvio, dalla formulazione stessa di tale disposizione risulta che il diritto nazionale che autorizza l'adozione di una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato deve precisare misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

66 Alla luce del considerando 71 del RGPD, siffatte misure devono comprendere, in particolare, l'obbligo per il titolare del trattamento di utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, di metter in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedire, tra l'altro, effetti discriminatori nei suoi confronti. Tali misure comprendono inoltre quantomeno il diritto dell'interessato di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione adottata nei suoi confronti.

67 Occorre inoltre rilevare che, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, qualsiasi trattamento di dati personali deve, da un lato, essere conforme ai

principi relativi al trattamento dei dati stabiliti all'articolo 5 del RGPD e, dall'altro, alla luce, in particolare, del principio della liceità del trattamento, previsto al paragrafo 1, lettera a), di tale articolo, soddisfare una delle condizioni di liceità del trattamento elencate all'articolo 6 di tale regolamento (sentenza del 20 ottobre 2022, Digi, C-77/21, EU:C:2022:805, punto 49 e giurisprudenza ivi citata). Il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare il rispetto di tali principi, conformemente al principio di responsabilità enunciato all'articolo 5, paragrafo 2, di detto regolamento (v., in tal senso, sentenza del 20 ottobre 2022, Digi, C-77/21, EU:C:2022:805, punto 24).

68 Pertanto, nell'ipotesi in cui il diritto di uno Stato membro autorizzi, conformemente all'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), del RGPD, l'adozione di una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, tale trattamento deve rispettare non solo le condizioni stabilite da quest'ultima disposizione e dall'articolo 22, paragrafo 4, di tale regolamento, ma anche i requisiti stabiliti agli articoli 5 e 6 di detto regolamento. Pertanto, gli Stati membri non possono adottare, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), del RGPD, normative che autorizzino la profilazione in violazione dei requisiti stabiliti da tali articoli 5 e 6, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte.

69 Per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di liceità, previste all'articolo 6, paragrafo 1, lettere a), b) e f), del RGPD, che possono trovare applicazione in un caso come quello di cui trattasi nel procedimento principale, gli Stati membri non sono autorizzati a prevedere norme complementari per l'applicazione di tali condizioni, dato che una siffatta facoltà, conformemente all'articolo 6, paragrafo 3, di tale regolamento, è limitata ai motivi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere c) e e), di detto regolamento.

70 Inoltre, per quanto riguarda più in particolare l'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, gli Stati membri non possono, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 2, lettera b), di tale regolamento, discostarsi dai requisiti risultanti dalla giurisprudenza della Corte derivante dalla sentenza del 7 dicembre 2023, SCHUFA Holding, C-26/22 e C-64/22, (Esdebitazione) (EU:C:2023:xxx), in particolare stabilendo in modo definitivo il risultato della ponderazione dei diritti e degli interessi in gioco (v., in tal senso, sentenza del 19

ottobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, punto 62).

[omissis]

73 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD deve essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardanti la capacità di quest'ultima di onorare in futuro gli impegni di pagamento costituisce un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche», ai sensi di tale disposizione, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità.

Sulla seconda questione

74 Tenuto conto della risposta fornita alla prima questione, non occorre rispondere alla seconda questione.

[omissis]

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

L'articolo 22, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che:

il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardanti la capacità di quest'ultima di onorare in futuro gli impegni di pagamento costituisce un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche», ai sensi di tale disposizione, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità.

IL CREDIT SCORING AUTOMATIZZATO: TUTELA DEL CONSUMATORE E INNOVAZIONE DIGITALE*

*(Automated Credit Scoring: Consumer Protection And Digital
Innovation)*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3. Credito al consumo e innovazione digitale – 4. Criticità e sfide tra regolazione e automazione – 5. La necessaria centralità dell’intermediario nel *credit scoring* algoritmico.

1. La sentenza che si annota induce a riflettere sull’evoluzione tecnologica dell’organizzazione bancaria,¹ con particolare riferimento all’utilizzo di procedure automatizzate per la valutazione del merito creditizio, avendo riguardo alla stabilità dell’ente e alla protezione dei dati personali dei clienti. Ed invero, il ricorso a decisioni fondate sull’utilizzo di algoritmi potrebbe rappresentare un’innovazione operativa destinata a condizionare le scelte assunte dagli intermediari, le quali tradizionalmente erano rimesse a valutazioni fondate su criteri di natura tecnico-professionale.

Nonostante la crescente sofisticazione delle tecnologie, appare doveroso evidenziare come l’intervento dell’uomo presenti caratteristiche difficilmente replicabili in un algoritmo; di conseguenza, sembra difficile ipotizzare che una macchina possa essere un buon surrogato (oggi o in un prossimo futuro) della mente

* Contributo approvato dai revisori.

¹Per approfondimenti, cfr. *ex multis* CAPRIGLIONE, SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Milanofiori Assago, Utet giuridica, Milanofiori Assago, 2019, p. 117 ss.; BASKERVILLE, CAPRIGLIONE, CASALINO, *Impacts, Challenges and trends of Digital Transformation in the Banking Sector*, in *Law and Economics Yearly Review*, 9, 2020, p. 341 ss.; DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Utet Giuridica, Torino, 2020; A. NUZZO (a cura di), *Fintech, Smart Technologies e governance dei mercati. L’impatto del digitale sul settore bancario, finanziario e sulla regolazione pubblica*, Luiss University Press, Roma, 2021; G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO (a cura di), *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Giuffrè, Milano, 2021; PANCALLO, *La trasparenza bancaria nella transizione ad un mercato sostenibile*, Cacucci, Bari, 2022, p. 49 ss.; PROTO (a cura di), *Intelligenza artificiale e rapporti bancari. Umano e non umano nelle relazioni tra intermediari e clienti*, Pacini, Pisa, 2024.

umana nella valutazione del merito creditizio. Appare ancor più difficile ritenere che il *credit scoring* possa essere utilizzato senza un'attenta osservanza delle regole in materia di responsabilità professionale in quanto, in mancanza di una tale disamina, l'utilizzatore potrebbe esser chiamato a rispondere degli esiti posti in essere da un meccanismo automatizzato.

A prima vista, la problematicità del ricorso ad automatismi decisionali sembra essere ben nota al regolatore europeo, il quale è recentemente intervenuto con un complesso dispositivo sull'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, vale a dire l'*Artificial Intelligence Act (AI Act)*.² Ciononostante, come vedremo, le questioni restano molteplici. La sentenza in esame evidenzia la preoccupazione del legislatore dell'Unione Europea, in relazione alla effettiva centralità delle vigenti regole *in subjecta materia*. Ciò in quanto sono numerose le sfide poste dall'automazione, per cui *forse* si pone l'esigenza di attuare nel prossimo futuro un intervento atto a proteggere i diritti individuali e, al contempo, tutelare la stabilità complessiva del sistema.

2. Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia si è occupata di *credit scoring* offrendo significativi spunti di riflessione in ordine alla tutela prevista dall'ordinamento per un cliente che, a seguito di una richiesta di finanziamento, è stato sottoposto a una decisione basata unicamente su una procedura automatizzata. Nel caso di specie, infatti, la banca ha negato al ricorrente la concessione di un prestito a causa di un punteggio negativo risultante dalla procedura di *credit scoring* realizzata da una società tedesca privata che fornisce informazioni agli istituti di credito sul merito creditizio di terzi.

Va altresì considerato che il ricorrente si è rivolto alla nominata società per ottenere i dati personali utilizzati ai fini della valutazione e per poter cancellare quelli eventualmente risultati errati. A fronte di tali richieste, la società si è limitata a

²Cfr. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), PE-CONS 24/24, 24 maggio 2024.

descrivere, genericamente, le modalità di calcolo, ma si è rifiutata di comunicare le informazioni personali nonché i criteri utilizzati durante la procedura, appellandosi al “segreto commerciale”, come viene precisato nella sentenza.

Ne è seguito, prima, un reclamo al Commissario per la protezione dei dati e la libertà di informazione previsto dalla regolazione del Land Assia (*ex art. 78 GDPR*); tale domanda è stata rigettata dall'autorità. Successivamente, il ricorrente ha proposto ricorso al Tribunale amministrativo di Wiesbaden il quale ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia europea; ciò, affinché quest'ultima chiarisse se fosse applicabile al caso di specie l'art. 22 GDPR. Il ricorrente si è rimesso, infatti, alla previsione normativa di tale disposizione, secondo cui «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione,³ che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona» salvo che la decisione «sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento⁴».

Ne consegue che la vicenda richiede una riflessione sull'applicabilità dell'art. 22 GDPR – interpretato avendo riguardo al contenuto del *Considerando* n. 71 dello stesso Regolamento⁵ – al fine di chiarire «se l'articolo 22, paragrafo 1, del [GDPR] debba

³Ai sensi dell'art. 4, para. 4 GDPR, per profilazione si intende “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”.

⁴“... sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; si basi sul consenso esplicito dell'interessato”, Art. 22, para. 2 GDPR.

⁵“L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Tuttavia, è opportuno che sia consentito adottare decisioni sulla base di tale trattamento, compresa la profilazione,

essere interpretato nel senso che il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità di un interessato di saldare in futuro un debito costituisce già una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incide in modo analogo significativamente sulla sua persona, qualora tale tasso, calcolato sulla base di dati personali relativi all'interessato, sia trasmesso dal titolare del trattamento a un terzo titolare del trattamento e quest'ultimo basi prevalentemente su tale tasso la sua decisione sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con l'interessato».⁶

La predetta riflessione si conclude con una pronuncia secondo la quale il disposto dell'art. 22 GDPR è posto a presidio di un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, [...] (per cui da esso) [...] dipend(e) in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale [...] da parte di un terzo, al quale è comunicato», donde l'applicabilità della suddetta disposizione alla *nostra* vicenda.

3. Come viene sostenuto dalla prevalente dottrina, attualmente il sistema

se ciò è espressamente previsto dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento, anche a fini di monitoraggio e prevenzione delle frodi e dell'evasione fiscale secondo i regolamenti, le norme e le raccomandazioni delle istituzioni dell'Unione o degli organismi nazionali di vigilanza e a garanzia della sicurezza e dell'affidabilità di un servizio fornito dal titolare del trattamento, o se è necessario per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento, o se l'interessato ha espresso il proprio consenso esplicito. In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione. Tale misura non dovrebbe riguardare un minore.”, Considerando n. 71 GDPR.

⁶ Il giudice del rinvio, in caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale, ha sollevato anche la seguente questione: «se l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 22 del [RGPD] debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale il ricorso a un tasso di probabilità – nella fattispecie relativo alla solvibilità e alla disponibilità a pagare di una persona fisica, che includa informazioni sui crediti – di un certo comportamento futuro di una persona fisica, allo scopo di decidere sulla stipulazione, sull'attuazione o sulla cessazione di un contratto con tale persona (“scoring”), è consentito solo se sono soddisfatte determinate ulteriori condizioni, meglio specificate nella motivazione della domanda di pronuncia pregiudiziale». In ragione della risposta affermativa del giudice UE alla prima questione, la Corte ha ritenuto che non occorresse rispondere alla seconda questione.

finanziario si trova al centro di una profonda trasformazione fondata sulla transizione all'utilizzo di meccanismi informatici.⁷ Il fenomeno denominato *FinTech* si è imposto a livello operativo e normativo sconvolgendo le realtà finanziarie esistenti e le relative dinamiche di mercato. Al riguardo, sono stati introdotti nuovi paradigmi disciplinari volti a contenere le *irregolarità* eventualmente provocate dalle innovazioni tecnologiche; basti pensare a come la *digital disruption*⁸ condizioni il diritto vigente nella regolazione dei nuovi rischi.⁹

Al fine di inquadrare le variegate problematiche connesse all'utilizzo di sistemi algoritmici di *credit scoring* sviluppati da fornitori terzi ed utilizzati in regime di *outsourcing*¹⁰ (come avviene nel caso oggetto della sentenza che si annota), va precisato che il *FinTech* ha generato cambiamenti significativi nella procedura di valutazione del merito creditizio e, di conseguenza, nelle possibilità di accesso al credito. Trattasi di cambiamenti che ancora oggi non sono stati pienamente colti dal regolatore e, quindi, necessitano di una compiuta disciplina speciale. In passato, infatti, la valutazione del merito creditizio consisteva in una attività (di natura discrezionale) posta in essere dagli esponenti creditizi preposti all'esercizio di tale funzione; essa,

⁷Cfr. *ex multis* FERRARI, *L'era del Fintech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 36 ss.; LENER, *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, Minerva Bancaria, Roma, 2018; ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contratto e impresa*, 2, 2019, p. 377 ss.; CANALINI, *Il Fintech e le nuove frontiere dell'innovazione finanziaria*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, CEDAM, Padova, 2019, p. 299 ss.; CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 4, 2019, p. 372 ss.; LENER, *Tecnologie e attività finanziaria (Recent developments o Fintech)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 3, 2019, p. 267 ss.; CIAN, SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, CEDAM, Padova, 2020; LEMMA, *FinTech Regulation, Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, Palgrave macmillan, Cham (SW), 2020; PANCALLO, *La consulenza finanziaria nell'era del Fintech*, Cacucci, Bari, 2020; PARACAMPO (a cura di), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2021; CANEPA, AMMANNATI, *La finanza nell'età degli algoritmi*, Giappichelli, Milano, 2023.

⁸ Cfr. BASKERVILLE, CAPRIGLIONE, CASALINO, *Impacts, Challenges and Trends of Digital Transformation in the Banking Sector*, in *Law and Economics Yearly Review Journal*, 9, 2020, p. 341-362; SKOG, WIMELIUS, SANDBERG, *Digital Disruption*, in *Business & Information Systems Engineering*, 60, 2018, p. 431-437; THIERER, *The Internet of Things and Wearable Technology: Addressing Privacy and Security Concerns without Derailing Innovation*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, 21, 2015.

⁹ Cfr. SCHENA, TANDA, ARLOTTA, POTENZA (a cura di), *Lo sviluppo del FinTech Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in Quaderni Fintech della Consob, 2018.

¹⁰ Cfr. AMMANNATI, GRECO, *Il credit scoring 'intelligente': esperienze, rischi e nuove regole*, cit., p. 496 ss.

pertanto, era preordinata ad una ricognizione riguardante la possibilità di accordare fiducia al richiedente credito, ricognizione effettuata sulla base di un'attenta analisi delle capacità patrimoniali e redditizie di quest'ultimo, la quale, per solito, costituiva un elemento rilevante ai fini del predetto giudizio.¹¹

Va altresì considerato che, in un secondo momento, le normative in materia di credito al consumo di matrice europea – tra le quali rilevano la Direttiva 2008/48/CE (CCD I)¹² sostituita poi dalla Direttiva 2023/2225/UE (CCD II)¹³ – hanno portato alla luce l'esigenza di una procedimentalizzazione delle fasi che caratterizzano l'erogazione del credito al consumo. Ciò dava luogo ad un peculiare «dialogo tra vigilanza regolamentare ed autonomia privata»,¹⁴ a seguito del quale veniva designato un equilibrio atto a contemperare le esigenze del mercato con i diritti del consumatore.

Trattasi, in particolare, del bilanciamento fra l'interesse della banca a massimizzare il profitto proveniente dall'erogazione creditizia e l'interesse del consumatore a ottenere un finanziamento sostenibile in relazione alla propria esigenza di consumo. Va da sé che resta fermo l'interesse generale a garantire la stabilità del sistema bancario e finanziario evitando che l'operazione posta in essere rechi turbative di qualsivoglia genere al mercato.¹⁵ Viene così superato il tradizionale paradigma dell'autoresponsabilità del debitore¹⁶ e sancito, di conseguenza, il noto principio di

¹¹Cfr. CRAPANZANO, *Amedeo Peter Giannini. Il banchiere che investiva nel futuro*, Graphofeel, Roma, 2017, p. 10 ss.

¹² Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 22 maggio 2008, L 133/66, 22 maggio 2008.

¹³ Direttiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, Serie L, 30 ottobre 2023.

¹⁴ Cfr. LIBERATI BUCCIANI, *Il merito creditizio del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 6 ss.

¹⁵ Cfr. DE CHIARA, *Verifica del merito creditizio*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 2012, p. 1869 ss. Più nel dettaglio, per ciò che concerne il sistema giuridico italiano, l'art. 124-bis t.u.b., che, in attuazione della Direttiva 2008/48/CE, per primo ha introdotto nell'ordinamento giuridico nazionale l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, è stato definito come «anfibologico, in cui si intrecciano e si articolano contestualmente pubblico e privato».

¹⁶ In sostanza, la Direttiva 2008/48/CE ha confermato l'orientamento che si stava affermando nell'ordinamento comunitario, volto a salvaguardare il consumatore; cfr. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le Società*, 2007, p. 401 ss.,

prestito responsabile¹⁷ che, nonostante le iniziali incertezze,¹⁸ è ritenuto essenziale per contrastare il sovraindebitamento del consumatore.

A livello operativo si riscontra la tendenza delle banche ad arricchire i processi valutativi con ulteriori dati riguardanti il cliente, nell'assunto che tale incremento possa migliorare l'analisi della relativa affidabilità. In tale contesto, l'innovazione digitale ha agevolato l'accesso a una quantità maggiore e diversificata di informazioni concernenti il cliente,¹⁹ non solo per effetto di una generalizzata riduzione dei costi di acquisizione dei dati, ma anche per l'esistenza di una rete di raccolta di questi ultimi che travalica le pregresse tecniche operative poste in essere nell'industria bancaria. Tuttavia, in alcuni casi, unitamente alla raccolta dei dati, gli operatori si sono avvalsi anche di specifiche procedure di analisi riguardanti il merito creditizio.²⁰ Da qui, la diffusione di molteplici imprese – come è dato riscontrare nella vicenda dianzi indicata – che utilizzano meccanismi di intelligenza artificiale e *machine learning*²¹ per formulare una valutazione sull'affidabilità del debitore (il cd. *credit scoring* algoritmico²²), incentrata

¹⁷ Cfr. FALCONE, "Prestito responsabile" e valutazione del merito creditizio, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2017, p. 147 ss.

¹⁸ Ed invero, il legislatore comunitario omise di qualificare la natura dell'adempimento e di sancire le conseguenze di una sua violazione, da cui derivò un intervento regolatorio scoordinato; cfr. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 2015, p. 132 ss.

¹⁹ Basti pensare ai dati raccolti sui social network, dai quali si possono desumere i comportamenti e le preferenze del consumatore. Inoltre, laddove siano coinvolte Big Tech, le informazioni raccolte possono estendersi alle transazioni, recensioni o ordini dei clienti; cfr. FROST, GAMBACORTA, HUANG, SHIN, ZBINDEN, *BigTech and the changing structure of financial intermediation*, Economic Policy, BIS Working Papers, 779, 2019.

²⁰ In precedenza, molteplici soggetti erano considerati non meritevoli di ottenere un credito a causa della mancanza o della "povertà" della loro storia creditizia; grazie all'introduzione di dati "alternativi", è stato scoperto come molti di tali individui fossero, in realtà, buoni debitori; cfr. AGARWAL, ALOK, GHOSH, GUPTA, *Financial Inclusion and Alternate Credit Scoring: Role of Big Data and Machine Learning in Fintech*, Indian School of Business, 2021, p. 2 ss., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3507827>.

²¹ Per un approfondimento sull'utilizzo di sistemi IA e di *machine learning* nel settore finanziario, cfr. CAPRIGLIONE, *Diritto ed economia. la sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 3, 2021, p. 4 ss.

²² Per un approfondimento sul *credit scoring* algoritmico nel sistema finanziario italiano cfr. BONACCORSI DI PATTI, CALABRESI, DE VARTI, FEDERICO, AFFINITO, ANTOLINI, LORIZZO, MARCHETTI, MASIANI, MOSCATELLI, PRIVITERA, RINNA, *Intelligenza artificiale nel credit scoring. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, *Questioni di economia e finanza*, 721, 2022; per un approfondimento generale sul *credit scoring* algoritmico cfr. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 1, 2023.

su informazioni finanziarie e non finanziarie (cd. “alternative”²³), al fine di garantire un’adeguata inclusione dei consumatori²⁴ nel mercato del credito.²⁵ Al riguardo, va infatti considerato che il *credit scoring* algoritmico viene qualificato in dottrina come un processo distinto in tre fasi: (i) la collezione e memorizzazione di dati su larga scala, (ii) la selezione delle informazioni più rilevanti attraverso un’analisi automatizzata e (iii) la verifica di quanto ottenuto per designare il profilo del consumatore.²⁶

4. L’analisi effettuata dalla Corte non si incentra, quindi, sull’efficienza, sull’accuratezza e, in particolare, sull’inclusione finanziaria,²⁷ ma sulle questioni che rilevano rispetto alla scelta di una banca di rimettere le valutazioni di merito alle opzioni offerte dall’evoluzione digitale nel *credit scoring*.²⁸ Non si tratta neanche di confutare la tesi secondo cui le tecniche di *machine learning*, incentrate sull’apprendimento automatico, potrebbero indurre a una maggiore accuratezza previsiva in ordine alle possibilità di inadempimento del debitore, ma di verificare se l’esternalizzazione di tale valutazione sia compatibile con l’essenza dell’attività bancaria, con i diritti dei consumatori e con la stabilità del mercato. Ciò in quanto emerge il pericolo di eventuali *bias* presenti negli algoritmi alla base della procedura e di altri numerosi rischi che potrebbero favorire pratiche collusive, mancanza di

²³ Alternative rispetto alle informazioni finanziarie, intese come “tradizionali”; trattasi di informazioni che non sono numeriche e non sono univoche e che “si estraggono dalla cd. impronta digitale del cliente”. Cfr. FREEDMAN, GINGER ZHE, *The information value of online social networks: lessons from peer-to-peer lending*, in *International Journal of Industrial Organization*, 51, 2017, p. 185 ss.

²⁴ Spesso, non veniva concesso il credito a soggetti con redditi bassi, o con un livello di istruzione inferiore alla media, o appartenenti a minoranze etniche, a causa dei criteri tradizionali utilizzati nella procedura di valutazione del merito creditizio.

²⁵ Basti pensare ad alcune imprese cinesi come *WeChat* e *Alibaba* che realizzano *credit scoring* sulla base di informazioni “alternative” che raccolgono dallo shopping online, dalle piattaforme per compiere pagamenti, applicazioni sul telefono e così via; cfr. AMMANNATI, GRECO, *Il credit scoring ‘intelligente’: esperienze, rischi e nuove regole*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 3, 2023, p. 468.

²⁶ Cfr. MENDOLA, *L’“intelligente” automazione nei sistemi di credit scoring*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 20, 2024, p. 1138 ss.

²⁷ In particolare, per coloro che si trovano in un’area di “deserto creditizio”, per tale intendendosi la situazione di quei consumatori che non hanno la possibilità di accedere ai servizi necessari o di compiere investimenti; cfr. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, cit., p. 133.

²⁸ Cfr. AMMANNATI, GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del credit scoring*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, 2, 2021, p. 292 ss.

trasparenza (nella comunicazione delle regole di valutazione)²⁹ e, più in generale, la violazione dei diritti fondamentali del consumatore o dell'ordine giuridico del mercato³⁰ (da parte di sequele decisionali che travalicano i confini della supervisione bancaria).

Va altresì considerato che eventuali *bias* cognitivi e comportamentali presenti negli algoritmi³¹ rischiano di favorire alcune categorie di consumatori (anche sulla base di mere caratteristiche personali³²) escludendone altre dalle prestazioni bancarie.³³ In questi ed in altri casi, poi, il ricorso ad un sistema IA espone al rischio di non identificare correttamente le probabilità di inadempimento e il livello di meritevolezza creditizia del cliente, ove risulti compromessa l'efficienza della procedura.³⁴ A ciò aggiungasi il fenomeno della *black box* che impedisce al destinatario di una procedura automatizzata di analizzare nel dettaglio le varie fasi del processo decisionale, pregiudicando la chiarezza della decisione e, talvolta, il controllo della sua legittimità.³⁵ Il suddetto fenomeno, talora, preclude altresì all'utilizzatore (la banca) di conoscere le regole di valutazione del merito creditizio, ciò in quanto gli algoritmi utilizzati sono spesso sviluppati e gestiti da fornitori terzi, che mantengono riservate le metodologie impiegate per motivi di proprietà intellettuale e competitività.

²⁹ Cfr. PAJNO, BASSINI, DE GREGORIO, MACCHIA, PATTI, POLLICINO, QUATTROCOLO, SIMEOLI, SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 3, 2019, p. 205 ss. per considerazioni in merito al tema di intelligenza artificiale e diritti fondamentali degli individui.

³⁰ Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998.

³¹ Cfr. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, cit., 2020.

³² Basti pensare al caso americano concernente la Apple card, che sembrava stabilire limiti di finanziamento più favorevoli per gli uomini rispetto alle donne; oppure, ancora, alla società di informazioni creditizie finlandese è stata accusata di aver discriminato un cliente a causa della sua età.

³³ Se sono presenti *bias* nei dati che si trovano alla base dell'algoritmo e se tali dati si fondano su delle variabili che sono state particolarmente significative in passato, appare inevitabile che il sistema IA ne considererà l'elevata incidenza. In sostanza, il *bias* sembra difficile da rimuovere anche laddove lo stesso programmatore del sistema stabilisca che alcune caratteristiche debbano essere escluse nella fase di elaborazione del *software*. «L'algoritmo può infatti individuare una combinazione di altri fattori correlati che si accompagnano ricorrentemente con l'elemento proibito e porli alla base delle proprie decisioni, che continueranno comunque a produrre effetti discriminatori». Cfr. PIETROSINO, *Scoring assicurativo algoritmico e rischio di discriminazione. Spunti per una riforma*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 4, 2023, p. 453 ss.

³⁴ Cfr. MENDOLA, *L'"intelligente" automazione nei sistemi di credit scoring*, cit., 2024, p. 1140.

³⁵ Cfr. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione*, in *federalismi.it*, 16, 2021, p. 114 ss.

Tali rischi aumentano laddove le banche ottengano non solo il *software*, ma l'intero servizio di analisi dei dati (finanziari e alternativi) da operatori esterni. Ed invero, l'intervento di questi ultimi nella procedura di valutazione del merito creditizio pone le decisioni fondamentali al di fuori del perimetro dell'organizzazione bancaria dell'ente erogante; esso aumenta, di conseguenza, l'opacità del processo decisionale (in quanto le metodologie utilizzate nell'attività di analisi dei dati del consumatore sono, spesso, di proprietà dei fornitori del servizio).³⁶ In definitiva, il debitore, quale parte debole del rapporto contrattuale, è costretto ad affrontare "l'oscurità tecnologica dei processi automatici".³⁷ Ed è proprio questo ciò che è accaduto nel caso di specie: l'*outsourcer* ha offerto ad una banca un servizio di analisi dei dati, rifiutandosi poi di comunicare al ricorrente le informazioni personali utilizzate ai fini del calcolo del tasso di probabilità di una eventuale incapacità del soggetto di adempiere in futuro all'impegno assunto.

Sotto altro profilo, ai sensi del principio del prestito responsabile, i creditori e i prestatori di servizi devono ottenere le informazioni, anche personali, dai propri clienti per accertarne l'affidabilità e la meritevolezza creditizia; ciò, ovviamente, nel rispetto dei diritti fondamentali dei consumatori durante il trattamento dei dati personali, fermo restando che tra tali diritti rileva quello di non essere sottoposti ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato dei dati. Ed invero, a fronte di un diritto siffatto, non appare giustificato il ricorso a decisioni esclusivamente automatizzate, neanche in vista di presumibili riduzioni di costo o di maggiore efficienza della procedura di valutazione; ciò in quanto su un piano deontologico è doveroso per le banche assicurare un risultato trasparente, legittimo e non discriminatorio.³⁸

Sembra evidente che l'ordinamento europeo non ammette che l'attività di

³⁶ Cfr. BAGNI, *Usa degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 913 ss.

³⁷ Cfr. D'IPPOLITO, *Processi decisionali automatizzati nel settore assicurativo. Un'indagine preliminare*, in *MediaLaws*, 2, 2019, p. 327.

³⁸ Cfr. DANAHER, HOGAN ET AL., *Algorithmic governance: Developing a research agenda through the power of collective intelligence*, in *Big Data & Society*, 2, 2017.

valutazione consista in un mero processo automatizzato.³⁹ Di ciò v'è conferma anche nella richiamata Direttiva 2023/2225/UE che rivela la sensibilità del regolatore europeo nei confronti del nuovo consumatore (digitale) vuoi estendendo l'ambito di applicazione della *CCD I*, vuoi incrementando la tutela del consumatore e rafforzando gli obblighi relativi alla valutazione del merito creditizio. Nello specifico si evidenzia che, ai fini della suddetta valutazione, le informazioni devono essere pertinenti e accurate, nonché necessarie e proporzionate rispetto al credito,⁴⁰ escludendo, ad esempio, quelle derivanti dai *social network*.⁴¹ Inoltre, per gestire la rapida evoluzione tecnologica che ha promosso un maggiore utilizzo di procedure automatizzate e di fonti di dati non convenzionali,⁴² il consumatore ha diritto ad una partecipazione personale del creditore.⁴³

Anche dalla lettura dell'art. 22 GDPR emerge chiaramente l'intento di salvaguardare i consumatori da forme di profilazione automatiche derivanti dall'utilizzo di procedure automatizzate non trasparenti e prive di controlli.⁴⁴ La portata dispositiva di tale norma appare penalizzata dalla genericità dei termini scelti dal legislatore europeo e dalla previsione secondo cui eventuali eccezioni devono basarsi sul consenso esplicito dell'interessato. In tale contesto, per vero, si omette di

³⁹ Cfr. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, cit., p. 197 ss.

⁴⁰ Tali disposizioni erano già previste nella Direttiva 2014/17/CE relativa alla disciplina del credito al consumo immobiliare. Tuttavia, sia la Direttiva 2014/17/CE sia la *CCD II* non hanno introdotto alcun apparato sanzionatorio nei casi di omessa o errata valutazione del merito creditizio. Pertanto, l'interprete potrà far riferimento alla sola evoluzione giurisprudenziale che, ad oggi, predilige la soluzione risarcitoria.

⁴¹ Direttiva 2023/2225/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, Serie L, 30 ottobre 2023, Art. 18, para. 3.

⁴² Cfr. CISL, *Analisi della Fondazione Fiba di First Cisl Il credito al consumo in Italia: un'alternativa di finanziamento molto cara*, visionabile su [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.firstcisl.it/wp-content/uploads/2024/02/FirstCisl_20240203_Analisi_su_credito_al_consumo_in_Italia.pdf](https://www.firstcisl.it/wp-content/uploads/2024/02/FirstCisl_20240203_Analisi_su_credito_al_consumo_in_Italia.pdf).

⁴³ Direttiva 2023/2225/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, Serie L, 30 ottobre 2023, Art. 18, para. 8.

⁴⁴ Cfr. Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, L 119/1, 04 maggio 2016, Art. 22, para. 1, 3.

considerare la *cronica* posizione di debolezza di un soggetto che accede al mercato del credito, laddove l'interesse a soddisfare il bisogno di risorse finanziarie potrebbe prevalere su quello a tutelare la propria posizione giuridica di fronte ad una valutazione automatizzata.⁴⁵

In tale ordine logico, non appare sufficiente la tutela prevista dalle Linee Guida dell'*European Banking Authority* (EBA)⁴⁶ che – seppur esprimendo un orientamento critico verso i rischi relativi alle procedure automatizzate – promuovono un accertamento regolare del funzionamento di tali modelli previsionali, al fine di evitare distorsioni nei processi di valutazione del merito creditizio, senza tuttavia introdurre adeguate tutele per i clienti delle banche.⁴⁷

5. A conferma di quanto precede, i limiti delle attuali ipotesi operative rispetto all'adempimento degli obblighi di trasparenza e comprensibilità (*explainability*) si chiariscono avendo riguardo alla natura dei codici algoritmici, la quale si caratterizza per una programmazione stratificata e cospicua che impedisce l'accessibilità ai medesimi da parte di altri programmatori.⁴⁸

È bene far presente che l'utilizzo del *credit scoring* algoritmico avviene in un contesto nel quale la digitalizzazione delle procedure decisionali non incide sul regime di responsabilità posto in capo agli enti creditizi e agli amministratori di questi ultimi, i quali, diversamente, dovrebbero esser chiamati a rispondere di errori o discriminazioni intrinsecamente proprie del codice algoritmico. Sicché, in assenza di una norma che attribuisca la responsabilità in capo ai programmatori del menzionato codice, emerge la necessità di valorizzare la presenza nelle procedure di *credit scoring* di un contributo

⁴⁵ Cfr. BAGNI, *Usa degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, cit., p. 915.

⁴⁶ Cfr. European Banking Authority, *Relazione finale sugli orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*, ABE/GL/2020/06, 29 maggio 2020.

⁴⁷ Cfr. Banca d'Italia, *Intelligenza artificiale nel credit scoring. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *Questioni di Economia e Finanza*, 721, 2022, p. 21.

⁴⁸ Cfr. BODO, HELBERGER, IRION, ZUIDERVEEN BORGESUIS, MOLLER, VAN ES, DE VREESE, *Tackling the Algorithmic Control Crisis -The Technical, Legal, and Ethical Challenges of Research into Algorithmic Agents*, in *19 Yale Journal of Law and Technology*, 133, 2018, p. 142.

dell'uomo al fine di evitare modalità operative che imputino forme di responsabilità a soggetti che, invece, non possono in alcun modo intervenire per impedire i danni recati dall'uso (proprio) di algoritmi (impropri).⁴⁹

A ben considerare, la predetta impostazione trova conferma sul piano normativo in un'interpretazione del più volte menzionato art. 22 secondo cui esso non statuisce un semplice diritto del consumatore di contestare una decisione automatizzata, ma pone un vero e proprio divieto di adottare una simile decisione.⁵⁰ Ed invero, la suddetta chiave di lettura – che predilige un intervento *ex ante* piuttosto che una correzione *ex post* – conduce al risultato di prevenire potenziali rischi che rechino pregiudizio ai diritti ed alle libertà degli individui (a prescindere da un'eventuale contestazione da parte dell'interessato circa il trattamento dei suoi dati personali).⁵¹ Va da sé che un'interpretazione siffatta postula la presenza di poteri di vigilanza atti ad accertare il generalizzato rispetto di tale divieto, anche in assenza di un'azione della parte lesa.⁵²

Sotto altro profilo, un generalizzato ricorso a procedure automatizzate basate su algoritmi comuni può incidere sulle dinamiche concorrenziali, laddove l'assenza dell'intervento dell'uomo potrebbe condurre «alla omogenizzazione dei prodotti offerti al mercato e, dunque, a una sorta di uniformità sostanziale dell'attività svolta dagli appartenenti al settore così come a un «appiattimento dell'*agere* finanziario».⁵³

⁴⁹ Cfr. LEMMA, *Sviluppi della corporate governance bancaria tra innovazione, efficienza e responsabilità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, Supplemento al n. 1, 2024, p. 549 ss.

⁵⁰ Cfr. *Article 29 Data Protection Working Party* (WP29), organo consultivo indipendente che si è occupato delle questioni relative alla tutela della privacy e dei dati personali fino al 25 maggio 2018, data in cui è entrato in vigore il GDPR, per essere sostituito dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB).

⁵¹ Cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, Adopted on 3 October 2017 As last Revised and Adopted on 6 February 2018, 17/EN, p. 9.

⁵² Cfr. LEMMA, *Sviluppi della corporate governance bancaria tra innovazione, efficienza e responsabilità*, cit., p. 550; si veda altresì CAPRIGLIONE, *Regolazione e controllo finanziario nell'era del digitale*, relazione svolta nell'Università Unitelma Sapienza il 19 maggio 2023; SACCO GINEVRI, *Esternalizzazione (outsourcing)*, in FINOCCHIARO, FALCE (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza, regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Zanichelli, Bologna, 2019.

⁵³ Cfr. CAPRIGLIONE, *Concorrenza e stabilità nel paradigma digitale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 3, 2023, p. 283 ss.

In altri termini, una forma di standardizzazione dei processi di valutazione del merito creditizio basata sull'apporto di fornitori ICT terzi, oltre a compromettere la corretta imputazione delle responsabilità (tra intermediario chiamato alla valutazione del merito creditizio e terzo che ha elaborato l'algoritmo), rischia di ridurre la differenziazione tra le offerte degli enti creditizi presenti nel mercato, limitando la libertà di scelta dei consumatori e pregiudicando la competizione.⁵⁴

Appare, quindi, condivisibile il ragionamento della Corte affinché l'uso dei meccanismi di automazione avvenga non solo con responsabilità e cautela, ma soprattutto nel rispetto dei canoni ordinatori che regolano un mercato concorrenziale.⁵⁵

A ciò si aggiunga la possibilità dell'ulteriore rischio che si riscontra ove una procedura automatizzata – a prescindere dalla trasparenza e correttezza del procedimento con cui si assume la valutazione del merito creditizio – sia stata impostata dal relativo programmatore in modo tale da recare una violazione dei diritti fondamentali degli individui. Ci si riferisce al caso in cui la valutazione sia fondata su variabili non finanziarie incompatibili con i valori primari condivisi dagli ordinamenti degli Stati democratici (quali potrebbero esser quelli che, nel nostro ordinamento, sono indicati nell'art. 3 Cost.).⁵⁶ Se ne deduce che occorre conoscere le impostazioni del programmatore riferite a dati classificati in base alle qualità personali dei singoli o di gruppi di soggetti.⁵⁷

⁵⁴ Cfr. DAWID, NEUGART, *Effects of technological change and automation on industry structure and (wage-)inequality: insights from a dynamic task-based model*, in *Journal of Evolutionary Economics*, 33, 2022, p. 36 ss.

⁵⁵ Al riguardo, appare utile indicare un autorevole conferma di tale posizione; cfr. CAPRIGLIONE, *Concorrenza e stabilità nel paradigma digitale*, cit., p. 299.

⁵⁶ Cfr. TERENGI, *Sistemi decisionali automatizzati e tutela dei diritti: tra carenza di trasparenza ed esigenze di bilanciamento*, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper n. 62, 2021, p. 29.

⁵⁷ Al riguardo, va segnalato che la pronuncia in esame appare in linea con il recente Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*), che pone le basi per una nuova era di responsabilità ed innovazione; cfr. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), PE-CONS 24/24, 24 maggio 2024. Per approfondimenti in dottrina sul *credit scoring* automatizzato e l'*Artificial*

Pertanto, alla luce di quanto precede, appare chiaro che gli intermediari debbano conservare il controllo diretto sui meccanismi di funzionamento del *credit scoring* algoritmico, promuovendo un *revival* della presenza dell'uomo nel controllo delle procedure algoritmiche, al fine di consentire l'individuazione delle eventuali responsabilità relative alla valutazione del merito creditizio.⁵⁸

Al riguardo, vengono in considerazione le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa del nostro Paese, in base alla quale la *macchina deve essere servente all'uomo*; ciò in quanto non vi è «complicatezza o ampiezza» che possa «legittimare l'intera devoluzione della procedura ad un meccanismo informatico o matematico *orfano* di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete».⁵⁹ In tal senso, l'apporto dell'uomo diviene un elemento non solo etico ma anche giuridico, concreto e determinante per il rispetto dei diritti degli individui⁶⁰ e, con particolare riferimento al caso posto all'attenzione della Corte, per individuare il responsabile del trattamento dei dati personali del consumatore.⁶¹

Francesca Mancioffi

*Dottoranda in Scienze Giuridiche e Politiche
nell'Università degli Studi G. Marconi di Roma*

Intelligence Act cfr. AMMANNATI, GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data*, cit., p. 317 ss.; GRECO, *Credit scoring 5.0, tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 3, 2021, p. 74 ss.; Bagni, *Il credit scoring bancario alla prova dell'AI Act: la proposta della Commissione europea e il parere della Banca centrale europea*, in *MediaLaws*, 2022.

⁵⁸ Cfr. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1, 2020, p. 212 ss.

⁵⁹ Cfr. TAR Lazio, Sez. III bis, sent. 13 settembre 2019, n. 10964.

⁶⁰ A tal fine, appare cruciale una "omogeneità culturale" intesa come una condivisione dei valori fondamentali fra gli attori – sia pubblici che privati – delle procedure algoritmiche; cfr. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2019, p. 114 ss.

⁶¹ Cfr. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, cit., 2020, p. 216.