Pubblicazione Trimestrale

ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Luglio/Settembre

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffeis, Luca Mandrioli, Rainer masera , Alessandro Melchionda, Roberto Natoli, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Francesco Tesauro

DIREZIONE ESECUTIVA

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

COMITATO EDITORIALE

Francesco Albertini, Francesco Autelitano, Stefano Daprà, Eugenia Macchiavello, Ugo Malvagna, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Stefania Stanca

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

La Rivista di Diritto Bancario seleziona i contributi oggetto di pubblicazione sulla base delle norme seguenti.

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione vengono assegnati dal sistema informatico a due valutatori, sorteggiati all'interno di un elenco di ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche, estratti da una lista periodicamente soggetta a rinnovamento.

I contributi sono anonimizzati prima dell'invio ai valutatori. Le schede di valutazione sono inviate agli autori previa anonimizzazione.

Qualora uno o entrambi i valutatori esprimano un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche aggiunte e correzioni, la direzione esecutiva verifica che l'autore abbia apportato le modifiche richieste.

Qualora entrambi i valutatori esprimano parere negativo alla pubblicazione, il contributo viene rifiutato. Qualora solo uno dei valutatori esprima parere negativo alla pubblicazione, il contributo è sottoposto al Comitato Esecutivo, il quale assume la decisione finale in ordine alla pubblicazione previo parere di un componente della Direzione scelto ratione materiae.

2018 | 2019

Rivista di Diritto Bancario
dottrina e giurisprudenza commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, via Verdi 53,
(38122) Trento – tel. 0461 283836

2018 | 2019

RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO
ANNO 2018 – FASCICOLO III – SEZIONE I

SOMMARIO

NICOLA CIPRIANI - GABRIELLA CAZZETTA, Le clausole 'in deroga' nella fideiussione 461

AURELIO GENTILI, Le clausole di determinazione del tasso tra tub e tuf: finanziarizzazione della trasparenza bancaria? 493

RAFFAELE DI RAIMO, La partecipazione pubblica agli enti del libro i del codice civile nella normativa recente 515

MARIA TERESA PARACAMPO, L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'esma tra *algo-governance* e nuovi poteri di supervisione 535

ANTONELLA ANTONUCCI, Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale* 557

ALESSANDRA CAMEDDA, La digitalizzazione del mercato assicurativo: il caso della digital health insurance 567

ALBERTO MARIA GAFFURI, Aspetti fiscali delle perdite su crediti ... 589

JACOPO PAOLONI, La natura prevalentemente privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Nota a tribunale di reggio emilia, sezione fallimentare, 19 ottobre 2017, n. 5616. 601

RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO
ANNO 2018 – FASCICOLO III – SEZIONE II

SOMMARIO

SIDO BONFATTI, Risoluzione della banca "in crisi": la responsabilità degli "Enti Ponte" (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione di azienda 29

LUCA SERAFINO LENTINI, Claims made fra ruolo sociale dell'impresa assicurativa e tutela del mercato: considerazioni di meritevolezza sistematica. Nota a Cassazione Civile, Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465. 49

Le clausole 'in deroga' nella fideiussione*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Applicabilità dell'art. 1341, cpv., c.c. alle garanzie fideiussorie. - 3. Il rapporto di accessorietà tra garanzia e credito ed i suoi riflessi in termini di applicazione della disciplina consumeristica a favore del fideiussore. - 4. Le clausole in deroga all'art. 1948 c.c. – 5. Le clausole in deroga all'art. 1956 c.c. - 6. Le clausole in deroga all'art. 1957 c.c. - 7. Sull'ammissibilità della c.d. clausola di reviviscenza. - 8. Clausole 'in deroga' nella fideiussione bancaria e violazione della normativa *antitrust*.

1. Il tema delle clausole 'in deroga' - ossia delle clausole che si discostano dalla disciplina legale - nella fideiussione costituisce non da oggi argomento di riflessione e confronto tra dottrina e giurisprudenza. Ciò in quanto la disciplina codicistica della fideiussione è costruita su un gioco di equilibri tra gli interessi dei soggetti coinvolti nel rapporto di garanzia che, inevitabilmente, rende problematica l'individuazione dei confini entro i quali l'autonomia dei privati può muoversi. Ovvio rilevare che una riflessione di questo tipo deve prendere le mosse dalla indagine sul fondamento teleologico e assiologico delle singole regole, al fine di valutarne, *in primis*, la eventuale natura imperativa. In altre parole, occorre partire dalla valutazione degli interessi sottesi alle singole disposizioni per stabilire se ai privati sia consentito derogarvi o meno.

Sennonché, questa valutazione, nell'essere la prima da svolgersi sul piano logico, in quanto idonea – in caso di responso di imperatività – a precludere ogni spazio all'autonomia privata, non è anche la sola da compiersi, coinvolgendo questa materia profili di valutazione diversi e ulteriori rispetto a quello di «pura validità» delle deroghe convenzionali. Ed invero, il contratto di fideiussione e, più in generale, il comparto delle garanzie, soprattutto di quelle personali, svolge la propria funzione economica in un contesto – quello della erogazione del credito a tutti i livelli – connotato dalla standardizzazione delle negoziazioni e dal ricorso ai moduli contrattuali, nonché, più di recente, dalla rilevanza delle asimmetrie contrattuali, *in primis* quella tra

* Il saggio è frutto della riflessione congiunta e coordinata dei due autori. Nicola Cipriani ha curato la stesura dei §§ 1-4, e Gabriella Cazzetta dei §§ 5-8.

professionista (il creditore) e consumatore (potenzialmente il debitore e/o il garante).

Non vi è da stupirsi, quindi, se l'indagine sulle clausole "in deroga" trova, per tradizione, uno dei suoi fronti più caldi nel controllo di vessatorietà delle singole clausole, transitato dalla mera tutela formale della specifica sottoscrizione, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., nella primigenia formulazione del codice civile, alle più articolate forme di tutela sostanziale del contraente debole previste dal codice del consumo.

Sempre nell'ottica di una visione ampia del fenomeno, va poi considerato il contesto di mercato - e di quello bancario in particolare - nel quale le garanzie fideiussorie operano, contesto che, secondo alcuni recenti (e condivisibili) sviluppi[1], collega il tema delle clausole "in deroga" alla normativa *antitrust*.

In queste pagine si analizzeranno alcune tra le più diffuse (e controverse) clausole derogatorie della disciplina legale della fideiussione, *in primis* valutando la loro possibile invalidità e vessatorietà, in secondo luogo esaminando alcune tendenze che stanno emergendo nella dottrina e nella giurisprudenza più recente.

2. Il controllo di vessatorietà sulle clausole "in deroga" deve svolgersi lungo il duplice percorso della contrattazione standardizzata (artt. 1341-42 c.c.) e della tutela del consumatore (artt. 33 ss. c. cons.). Vero è che, prima della introduzione della disciplina consumeristica, la tutela del garante, specie in ipotesi di fideiussioni bancarie rilasciate mediante sottoscrizione di moduli predisposti dall'istituto di credito, è stata affidata agli artt. 1341 e 1342 c.c., quali unici strumenti legali capaci di mettere in discussione l'efficacia delle varie pattuizioni a partire dalla astratta presunzione di liceità del loro contenuto. Nello specifico, seguendo l'interpretazione più condivisa della tassatività dell'elenco di clausole vessatorie contenuto nell'art. 1341, cpv., c.c., l'aggancio più saldo per compiere tale controllo è stato individuato nelle formule contrattuali latamente introduttive di «limitazioni alla

[1] V. *infra* § 8.

facoltà [del garante] di opporre eccezioni» o, talvolta, di «tacita proroga o rinnovazione del contratto»[2].

La chiave di lettura proposta dalla dottrina ha, tuttavia, trovato riluttante la giurisprudenza, più volte decisa ad escludere che la clausola in concreto censurata costituisse una limitazione della facoltà di opporre eccezioni per il garante, sulla scorta del rilievo che essa, più che limitare la possibilità di sollevare eccezioni, rimodulava il regime sostanziale del rapporto[3]. Si tratta, per la verità, di argomento da maneggiare con cautela, in quanto non sempre convincente e talvolta artificioso. Per intendersi: affermare, ad esempio, che la clausola la quale, in deroga all'art. 1948 c.c., obbliga il fideiussore di secondo grado ad adempiere «pur in assenza dell'insolvenza o dell'incapacità del fideiussore di primo grado e del debitore», non comporterebbe una limitazione della facoltà di sollevare eccezioni esprimendo soltanto «il regolamento pattizio del regime sostanziale del rapporto»[4] è, probabilmente, un modo troppo formalistico di approcciarsi al problema. Nella sostanza, infatti, il garante si trova privato - rispetto alla disciplina legale - della possibilità di rifiutare il pagamento invocando un determinato fatto (la non insolvenza o incapacità del fideiussore di primo grado e del debitore)[5].

Se si resiste alla tentazione di accomodarsi su facili *escamotage* stilistici e terminologici, è d'obbligo allora per l'interprete ragionare in termini di effetti concreti della clausola, e quindi di «funzione», così mettendo in discussione molte delle costruzioni che giungono ad affermare la validità delle clausole in questione. L'approccio sostanziale al problema ha guidato la giurisprudenza, soprattutto di merito, verso giudizi di inefficacia *ex* art. 1341 c.c. di alcune clausole particolarmente gravose per il fideiussore nei seguenti casi:

---

[2] V., in dottrina, le esemplificazioni di M. SESTA, *I contratti bancari*, in *Commentario al Capo XIV* bis *del c.c.: dei contratti dei consumatori (artt. 1469-bis – 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1109.

[3] V. *infra* nota 33-34.

[4] In questi termini Cass., 4 settembre 1991, n. 9363, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, p. 265.

[5] Talvolta, peraltro, il problema si presenta in termini opposti, nel senso che la giurisprudenza reputa vessatorie - in quanto idonee a privare la parte della possibilità di avvalersi di una eccezione - clausole che, a veder bene, incidono sulla struttura del rapporto: è, in alcune ipotesi, il caso della clausola derogatoria dell'art. 1955 c.c., sulla quale v. *infra*, nel testo.

a) della clausola c.d. di «reviviscenza», ossia la clausola con la quale il fideiussore «si obbliga a rimborsare alla banca le somme che questa debba restituire al debitore per effetto di revocatoria»[6], in quanto «clausola limitativa della facoltà di opporre eccezioni»[7];

b) della clausola del contratto di fideiussione, costituente appendice di un contratto di assicurazione fideiussoria, con la quale venga convenuto che la garanzia avrà effetto fino a quando sarà efficace il contratto di assicurazione fideiussoria, quest'ultimo prorogabile su accordo delle parti, senza necessità di successive pattuizioni espresse al riguardo[8];

c) in un caso più risalente[9], della clausola con la quale il fideiussore convenga con il creditore la solidarietà dei propri eredi in ordine all'obbligazione fideiussoria[10].

Al contrario, si è esclusa la natura vessatoria *ex* art. 1341 c.c.:

a) della già citata clausola di deroga all'art. 1948 c.c.[11];

b) della clausola di rinuncia - in deroga all'art. 1957, comma 1 c.c. - alla decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale[12];

---

[6] Trib. Mondovì, 18 maggio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 176, con nota di A. BADINI CONFALONIERI, *Il fido e la rivalsa verso i fideiussori nella revocatoria delle rimesse in conto corrente, alla luce della recente riforma della legge fallimentare.*

[7] Trib. Milano, 18 gennaio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1994, p. 455.

[8] Cass., 10 maggio 2001, n. 6510, in *Giur. it.*, 2001, p. 1655.

[9] Trib. Rovigo, 20 gennaio 1988, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1990, p. 397.

[10] Va pur detto che, nei modelli attualmente in circolazione, per questa clausola non è solitamente richiesta la specifica approvazione. Si fa leva sul fatto che la regola posta dall'art. 752 c.c., della ripartizione proporzionale dei debiti del *de cuius*, è derogabile dal testatore e, quindi, anche dal fideiussore in sede di prestazione della garanzia. Sul punto, L. RUGGERI, *La fideiussione*, in S. MONTICELLI e L. RUGGERI, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 51.

[11] V. *infra* nota 33.

[12] Cass., 18 aprile 2007, n. 9245, in *Obbl. e contr*., 2007, p. 936, con nota di G. GENNARI; nello stesso senso la giurisprudenza di merito: App. Milano, 31 gennaio 1996, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1997, p. 309; Trib. Cagliari, 20 maggio 1994, in *Riv. giur. sarda*, 1996, p. 34, con nota di A. SASSI, *Chiose sulla natura giuridica della c.d. polizza fideiussoria e sull'operatività della deroga all'art. 1957 cod. civ.*; Trib. Rimini, 21 agosto 2000, in *Foro it*., 2001, I, c. 3415, con l'eccezione dell'ormai risalente Trib. Napoli, 12 novembre 1988, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1990, p. 446.

c) della clausola di pagamento «a prima richiesta»[13];

d) solo per la giurisprudenza più recente, della già menzionata clausola di «reviviscenza»[14].

Una giurisprudenza più risalente ha anche vagliato la clausola con la quale il fideiussore rinunci, in deroga all'art. 1955 c.c., ad avvalersi della estinzione della fideiussione quando, per fatto del creditore, non possa più avere luogo la surrogazione nei confronti del debitore principale. La soluzione fornita sembra propendere per la natura vessatoria *ex* art. 1341 c.c. della clausola in questione[15]. Tuttavia, pare legittimo sollevare qualche perplessità: nella specie, infatti, non dovrebbe trattarsi tanto di una rinuncia ad avvalersi della eccezione di estinzione, bensì di una diversa conformazione del rapporto, di guisa da escludere direttamente l'estinzione della garanzia.

Naturalmente, gli artt. 1341 e 1342 c.c. apprestano, come è risaputo, una tutela soltanto formale, facilmente aggirabile mediante la specifica approvazione per iscritto, che normalmente il creditore (specie se una banca), si preoccupa di ottenere. Questa è, probabilmente, la prima ragione per la quale il contributo della giurisprudenza è piuttosto limitato. Altro profilo rilevante è costituito dall'impatto della disciplina a tutela del consumatore la quale, quando applicabile, finisce spesso con il sovrapporsi – risultando in concreto preferibile - alla tutela *ex* artt. 1341 e 1342 c.c., che così vede ridotto il suo spazio di azione

[13] Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Impresa*, 2006, p. 319 ss.

[14] *Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, in Foro it. online; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, in Obbl. e contr., 2009, p. 268, con nota di G. GENNARI, Fideiussione: reviviscenza della garanzia.*

[15] Trib. Venezia, 16 giugno 1962, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1963, p. 111; Cass., 27 aprile 1995, n. 4643, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 273, con nota di D. CHINDEMI, *Accertamento del valore derogatorio delle clausole aggiunte al contratto per adesione*. *Contra*, Trib. Firenze, 4 maggio 1962, in *Giur. it*., 1962, p. 383; Trib. Napoli, 18 settembre 1987, in *Dir. e giur*., 1988, p. 930 ss., con nota di G. PANZA, *Fideiussione «omnibus» e validità delle deroghe agli art. 1955, 1956 e 1957 c.c.*; Trib. Trieste, 23 febbraio 2010, in *Foro it. online*. Per una ricostruzione delle diverse teorie sulla clausola v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., pp. 187-188. Con particolare riferimento ai contratti di garanzia assicurativa, C. RUSSO, *La rinuncia alle eccezioni fideiussorie (art. 1955 e 1957 c.c.) nelle garanzie assicurative: spunti per una diversa impostazione del problema*, in *Assicurazioni*, 1997, p. 628, sostiene la nullità della deroga perché in contrasto con la causa del contratto e tenuto conto peraltro del fatto che l'utile esercizio del diritto di rivalsa rappresenta un elemento predominante per il calcolo del premio e delle riserve tecniche.

essenzialmente alle ipotesi nelle quali risulti inapplicabile la disciplina consumeristica.

3. L'applicabilità delle normative a tutela del consumatore al contratto di fideiussione – e in particolare all'ipotesi del fideiussore/consumatore – è oggetto di dibattito tuttora acceso in giurisprudenza e in dottrina. È chiaro che dalla risposta all'interrogativo deriva la possibilità per il garante di fare ricorso all'apparato rimediale caratteristico della tutela del consumatore, *in primis* in relazione alla possibile nullità di protezione *ex* art. 36 c.cons. delle condizioni contrattuali derogatorie della disciplina legale che risultino particolarmente gravose e squilibrate.

Sul problema ha inevitabilmente pesato anche l'evoluzione normativa. Un primo argomento invocato per escludere l'applicabilità della disciplina in tema di clausole vessatorie al contratto di fideiussione traeva fonte dalla lettera dell'art. 1469 *bis* c.c. il quale, nella sua formulazione originaria, delimitava l'ambito di applicazione della predetta disciplina ai contratti aventi «per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi». Ebbene, in virtù del rilievo secondo il quale nella fideiussione il consumatore-garante non è destinatario di alcuna cessione di beni o prestazioni di servizi da parte del professionista, si era esclusa l'applicabilità alla fattispecie della normativa in questione. L'argomento è però venuto meno allorquando, con la l. 21 dicembre 1999, n. 526, l'inciso in questione è stato soppresso, e la fattispecie del contratto del consumatore è stata individuata in chiave esclusivamente soggettiva.

Ciò non di meno, il problema è nella sostanza rimasto sul tavolo. Il primo intervento su una fattispecie di fideiussore-consumatore è stato operato dalla Corte di Giustizia, la quale, di fronte al caso del figlio fideiussore chiamato a garantire l'esposizione debitoria dei genitori imprenditori verso una banca, ha escluso la possibilità di riconoscere al garante la qualità di consumatore[16]. Segnatamente, la Corte ha attribuito rilievo centrale al vincolo di accessorietà che lega l'obbligazione fideiussoria a quella principale, vincolo che, se da un lato poteva

[16] Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, C-45/96, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1999, p. 129 ss., con note di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e accessorietà della fideiussione.* Così anche Corte Giust. CE, 23 marzo 2000, C-208/98, in *Foro it*., 2000, IV, c. 201.

giustificare l'astratta inclusione della fideiussione nella disciplina invocata (la direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali), dall'altro, e per converso, impediva di riconoscere in concreto al fideiussore la qualità di consumatore se questa, come nella specie, mancava in capo al debitore principale. La medesima impostazione si ritrova, sostanzialmente, nella giurisprudenza nostrana: la Corte di Cassazione, alle prese con un caso analogo, ha infatti negato la possibilità di applicare il previgente art. 1469 *bis* c.c. ad un contratto di fideiussione in presenza di un debitore principale privo della qualifica di consumatore[17].

La soluzione del c.d. «professionista di rimbalzo» suscita, tuttavia, più d'una riserva. Essa, a voler tutto concedere, poteva avere una sua tenuta quando l'elemento della accessorietà costituiva il grimaldello argomentativo per far rientrare la fideiussione nell'ambito della disciplina a tutela del consumatore[18], sebbene in senso difforme già si osservasse che l'accessorietà è criterio di collegamento di tipo oggettivo e non soggettivo[19]. Contro questa ricostruzione, oltre a un singolo caso di merito[20], si è così schierata la dottrina maggioritaria. In

[17] Cass. 11 gennaio 2001, n. 314, in *Foro it*., 2001, I, c. 1589, con nota di A. PALMIERI, *Fideiussione e clausole vessatorie: quali garanzie per il consumatore?*; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107, in *Foro it. online*; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, p. 225, con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, cit.; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Contratti*, 2012, p. 148, con nota di F. MACARIO, G. OREFICE e F.P. PATTI; Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, p. 281, con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*.

[18] E dunque, per quello che riguarda gli artt. 1469 *bis* ss., fino alla riforma operata con la l. n. 526 del 1999, che ha eliminato il riferimento ai contratti aventi ad oggetto cessione di beni o prestazione di servizi.

[19] Sull'uso dell'accessorietà per individuare la tutela applicabile al fideiussore, v. E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 112; A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in *dirittobancario.it*.

[20] Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. merito*, 2006, p. 317, il quale, pur negando che il fideiussore di una società della quale è amministratore possa essere considerato consumatore (in quanto l'atto di concessione della garanzia ha assunto in concreto natura imprenditoriale), nella motivazione adopera argomentazioni che trascendono lo specifico caso oggetto di indagine ed approdano a conclusioni di più ampio respiro. In particolare, la pronuncia in questione rileva che «lo *status* di consumatore […] tuttavia, va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia

particolare, in una varietà di sfumature[21], da più parti si è sottolineato come il *discrimen* vada individuato non nella posizione di consumatore o professionista del debitore principale, bensì, come sempre deve accadere per la disciplina di protezione del consumatore, nella matrice degli interessi che in concreto muovono il fideiussore. Se manca del tutto un collegamento tra la posizione del garante e l'attività economica del debitore principale (si pensi alla fideiussione prestata dal coniuge o da un parente dell'imprenditore), l'esclusione della qualità di consumatore non è allora giustificabile.

Tra i primi a recepire le indicazioni della dottrina, si trovano alcuni Collegi ABF: benché in effetti anche qui l'orientamento maggioritario sia stato quello del «professionista di rimbalzo», alcune decisioni hanno preso le distanze da questa impostazione, sottolineando come la tesi in questione, nell'individuare l'unico riferimento utile nella qualifica soggettiva del debitore principale, produca il paradossale effetto di considerare consumatore - qualora appunto tale sia il debitore principale - anche il fideiussore professionale (come nel caso della

rilasciata in favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo indiretto né direttamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito».

[21] Cfr. E. SIMONETTO, *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, pp. 109-117, il quale già molto prima dell'avvento della disciplina dei contratti del consumatore sottolineava la necessità di una valorizzazione della *ratio* della disciplina delle clausole generali e del principio di buona fede. M. GRANIERI, *Natura accessoria della fideiussione*, in *Danno resp*., 1998, p. 773; E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori dai locali commerciali*, in *Contratti*, 1999, p. 742; A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorietà della fideiussione*, cit., p. 136 s.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 103 ss., critico nei confronti dell'applicazione restrittiva delle norme a tutela del consumatore. Fino ai più recenti contributi di F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ*., R. SACCO (diretto da), Torino, 2009, p. 104 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ*., 2012, pp. 534-537; A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit.; L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *Contratti*, 2015, p. 195 ss.; P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti del consumatore*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2016, p. 267 ss.; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 173.

banca o dell'assicurazione che garantisca il pagamento di canoni di locazione)[22].

Il mutamento di rotta della giurisprudenza è stato definitivamente consacrato da un nuovo intervento della Corte di Giustizia[23] la quale, rivedendo il suo precedente orientamento, ha affermato da ultimo che è «in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito». La Corte di Giustizia ammonisce, tuttavia, che l'attribuzione della qualità di consumatore non è conseguenza diretta dell'assenza della qualifica di imprenditore, dovendosi altresì integrare il requisito negativo dell'assenza di qualsiasi collegamento di natura funzionale tra gli interessi del fideiussore e quelli del garantito[24].

Sulla stessa linea di valorizzazione dei rapporti in concreto esistenti tra garante e garantito, una recente decisione ABF[25] stabilisce che, nel caso in cui una persona fisica, nel rivestire il ruolo di socio, abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta all'organo giudicante determinare se questi abbia operato nell'ambito di un'attività professionale o sulla scorta di collegamenti funzionali con la società, tra i quali il rivestire il ruolo di amministratore o la detenzione di partecipazione rilevanti, o, se di contro, egli abbia agito per fini di natura privata[26].

---

[22] ABF Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in *dirittobancario.it*; nello stesso senso, ABF Roma, 7 aprile 2010, n. 205, *ivi*; ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 323, in *arbitrobancariofinanziario.it*; ABF Roma, 28 febbraio 2013, n. 1136, *ivi*; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698, *ivi*.

[23] CGUE, ordinanza 19 novembre 2015, in *curia.europa.eu*.

[24] In questi termini, L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2017, p. 291.

Il nuovo orientamento è stato confermato da CGUE, ordinanza 14 settembre 2016, in *curia.europa.eu*: nella specie, uno dei due garanti risultava socio e amministratore unico della società debitrice e, per questo, egli non poteva essere considerato consumatore, mentre detta qualifica andava riconosciuta in capo al coniuge.

[25] ABF, Collegio di coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[26] Nella specie, il socio di cooperativa edilizia, privo di partecipazioni rilevanti e incarichi gestori, nel sottoscrivere la garanzia fideiussoria - volta a agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione di immobili -, è risultato essere mosso non già da un esclusivo *favor societatis*, quanto, piuttosto, da un interesse mutualistico a divenire proprietario di un immobile. Ciò ha favorito la qualificazione del socio garante quale consumatore.

E così l'ABF di Milano[27], in riferimento a due fideiussioni *omnibus* rilasciate da un socio di s.r.l., impronta la qualificazione soggettiva del garante su un'attenta analisi della posizione di questi rispetto all'operazione compiuta dal debitore principale, approdando all'attribuzione della veste giuridica di consumatore sulla scorta di indici univoci e concordanti[28].

La giurisprudenza ordinaria, invece, non sembra ancora voler correggere la rotta ed insiste nell'adottare la soluzione data dall'automatismo del «professionista di rimbalzo»[29]. Non pare, tuttavia, che si tratti di una presa di posizione del tutto consapevole, dal momento che, anche nelle ultime pronunce della Suprema Corte, non si dà conto del nuovo corso della giurisprudenza europea rispetto al quale, dunque, manca ancora l'occasione del confronto diretto. D'altro canto, giacché come è noto le sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia vincolante sull'interpretazione delle norme comunitarie, si può prevedere che anche la giurisprudenza interna vorrà (e dovrà) presto allinearsi alle indicazioni del giudice sovranazionale. La conseguenza sarà di non poco conto, alla luce della prassi bancaria nazionale abituata a sottoporre al fideiussore il modulo per il contraente «non consumatore» se l'obbligato principale non lo è: ben presto, molte di queste fideiussioni potrebbero essere impugnate perché contenenti clausole vessatorie.

4. L'art. 1948 c.c. regola l'ipotesi del fideiussore del fideiussore. Come è noto, si tratta di una garanzia di secondo grado[30], accessoria

[27] Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

[28] In particolare, viene ritenuta determinante: a) l'estraneità del socio rispetto alle dinamiche operative della società; b) la mancanza di cariche amministrative e dirigenziali ricoperte; c) l'incapacità di concorrere a determinare decisioni dirimenti per la vita economica della società: v. M. RENNA, *La fideiussione del socio: aspetti problematici*, in *Contratti*, 2017, p. 471.

[29] Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, cit.

[30] In questo la *fideiussione del fideiussore* si distingue dalla *fideiussione alla fideiussione*. Cfr. Cass., 12 settembre 2011, n. 18650, in *Foro it. online*: «La fideiussione alla fideiussione (o fideiussione al fideiussore, o fideiussione di regresso) va distinta dalla fideiussione del fideiussore (cosiddetta approvazione), di cui all'art. 1940 c.c., che costituisce una particolare modalità della fideiussione tipica, nella quale il «secondo» fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione del «primo»

all'obbligazione (non del debitore principale ma) del fideiussore, alla quale trova applicazione (nel rapporto con l'obbligazione del garante) tutta la disciplina della fideiussione[31].

L'obbligazione del fideiussore del fideiussore è sussidiaria, perché diviene attuale (esigibile) soltanto a seguito della evoluzione patologica del rapporto principale e di quello di garanzia fideiussoria semplice. Da questo punto di vista, emerge una chiara differenza con l'ipotesi della cofideiussione, ossia della fideiussione di primo grado prestata da più soggetti (art. 1946 c.c.): nella cofideiussione il creditore può esigere la prestazione, oltre che naturalmente dal debitore, da uno qualsiasi dei garanti; nella fideiussione di secondo grado può esigerla dal solo fideiussore di primo grado, e soltanto in caso di sua insolvenza o liberazione per incapacità anche dal fideiussore di secondo grado. Per queste ragioni, per lo più si ritiene che il debito del fideiussore di secondo grado non sia solidale[32]. Inoltre, il fideiussore del fideiussore è tenuto verso il creditore non per il caso di semplice inadempimento, ma soltanto in ipotesi di insolvenza o liberazione per incapacità del debitore principale e del fideiussore: una posizione, quindi, decisamente privilegiata rispetto a quella del normale fideiussore.

Le brevi puntualizzazioni svolte costituiscono la necessaria premessa al tema della derogabilità della disciplina legale posta dall'art. 1948 c.c., nelle forme di una esclusione del limite alla possibilità di rivolgersi al fideiussore di secondo grado soltanto in caso di insolvenza o liberazione per incapacità del debitore principale e del fideiussore di primo grado. La clausola, come anticipato, è stata reputata non vessatoria, in quanto essa esprimerebbe il regolamento pattizio del regime sostanziale del rapporto e non una mera rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni[33]. Quale corollario di questa interpretazione,

---

fideiussore, e non l'adempimento dell'obbligato principale, laddove nella fideiussione alla fideiussione il fideiussore si obbliga verso colui il quale è già fideiussore, per garantirgli, una volta che egli abbia pagato, la fruttuosità dell'azione di regresso nei confronti del debitore principale, sicché il fideiussore è un terzo rispetto alla prima fideiussione, ed il creditore garantito è, in effetti, il soggetto che nella prima fideiussione era il fideiussore».

[31] G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore,* in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1377 ss.

[32] G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore,* cit., p. 1380 ss.

[33] Cass., 24 febbraio 2004, n. 3610, in *Guida dir.*, 2004, p. 50; così le precedenti Cass., 17 luglio 1997, n. 6587, in *Foro it. online*; Cass., 4 settembre 1991, n. 9363,

un'opinione diffusa fa presente che la eliminazione del limite suddetto, nel comportare il venir meno della sussidiarietà, condurrebbe la fattispecie al di fuori del modello legale della fideiussione del fideiussore per dirigerla verso quello della confideiussione[34]. Altri, invece, rilevano che ai fini qualificatori l'elemento dirimente vada individuato non nella disciplina del rapporto di garanzia, bensì nel suo oggetto: in altri termini, ciò che rileva non è il venir meno della sussidiarietà, ma più semplicemente il fatto che nella fideiussione del fideiussore sia garantita non l'obbligazione principale, ma quella del fideiussore di primo grado[35].

In posizione intermedia si colloca chi osserva che, in sostanza, la clausola derogatoria dell'art. 1948 c.c. potrebbe il fideiussore di secondo grado in una posizione molto simile a quella del cofideiussore, al punto da costituire un indice presuntivo della volontà di porre una fideiussione di primo grado[36].

In giurisprudenza si sostiene che la semplice deroga all'art. 1948 c.c. non solo non è illecita, ma neanche comporta la necessità di qualificare la fattispecie in termini di cofideiussione[37]. La soluzione va senz'altro condivisa, ed è gravida di conseguenze in punto di disciplina: elemento centrale è il fatto che oggetto della garanzia sia l'obbligazione del fideiussore, con la conseguenza che, ad esempio, il fideiussore di secondo grado è liberato tutte le volte in cui non sia valida la fideiussione di primo grado, anche se l'obbligazione principale lo sia,

---

cit.; Trib. Ferrara, 11 maggio 1992, in *Riv. not*., 1993, p. 664. Perplesso G.B. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, Milano, 2006, p. 194, secondo il quale la rinuncia alla sussidiarietà causerebbe uno squilibrio eccessivo delle prestazioni in favore della parte forte. Critico anche F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 284 s.

[34] A. RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992., p. 271; F. MASTROPAOLO e A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in *I contratti di garanzia*, F. MASTROPAOLO (a cura di), t. I, in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2006, p. 446; L. ARU, *Della fideiussione*, in *Commentario*, M. D'AMELIO e E. FINZI (a cura di), II, *Delle obbligazioni*, pt. 2, Firenze, 1949, p. 410.

[35] A. SALVADÈ, *Solidarietà dell'obbligazione tra confideiussore e fideiussore del fideiussore*, nota a Cass., 18 luglio 1997, n. 6635, in *Banche e banchieri*, 1998, p. 594 e 595.

[36] G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore,* cit., p. 1384. V., anche, F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 286.

[37] Cass., 4 settembre 1991, n. 9363, cit.

ovvero allorquando si verifichi una vicenda estintiva della fideiussione di primo grado *ex* artt. 1955 e ss., c.c.[38]. Inoltre, ad ulteriore differenziazione delle figure, vale la pena rilevare che il fideiussore di secondo grado può rivalersi per l'intero, oltre che sul debitore, sul fideiussore di primo grado *ex* artt. 1949 ss., c.c., mentre il cofideiussore ha un regresso nei confronti degli altri fideiussori limitato alla rispettiva porzione (art. 1954 c.c.).

Particolarmente delicata è l'ipotesi della fideiussione del fideiussore in caso di fideiussione *omnibus*: il problema che si pone è se, nella fideiussione *omnibus*, possa essere compresa la garanzia per una fideiussione prestata dal garantito verso altro soggetto. La giurisprudenza ha dato risposta affermativa, purché sia il contratto di garanzia a prevederlo con specifica clausola[39], laddove per specificazione non si deve intendere necessariamente la indicazione nominativa del terzo garantito ma, più semplicemente, la previsione dell'estensione della fideiussione *omnibus* anche alle obbligazioni assunte dal garantito quale garante di altri soggetti[40].

La soluzione richiede, in tal caso, che la fideiussione *omnibus* sia qualificata come fideiussione di secondo grado. Diversamente, qualora cioè si volesse ricostruire la fattispecie in termini di cofideiussione, opererebbe una causa di nullità per indeterminatezza dell'oggetto[41]. Osservazione, questa, che comporta qualche complicazione ulteriore ove la fideiussione *omnibus* contenga la deroga all'art. 1948 c.c. Chi, infatti, ritiene che la deroga a quest'ultima norma comporti (necessariamente[42] o presuntivamente[43]) una riqualificazione della fattispecie in termini di cofideiussione, richiede per la validità della

[38] Così, la citata Cass., 4 settembre 1991, n. 9363: «pur rimanendo inadempiuto il debito principale, il fideiussore di secondo grado rimane liberato in conseguenza degli eventi giuridici che, per una qualsiasi ragione, rendano improduttiva di effetti, nei confronti del creditore principale, la fideiussione di primo grado». V., anche, le successive Cass., 18 luglio 1997, n. 6635, cit.; Cass., 22 maggio 2000, n. 6613, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2001, p. 525; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145, con nota di A. FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*.

[39] Cass., 7 ottobre 1974, n. 2630, in *Riv. dir. comm.*, 1975, p. 196.

[40] Cass., 22 maggio 2000, n. 6613, cit.

[41] G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore,* cit., p. 1385 ss.

[42] V. *supra*, nota 34.

[43] V. *supra*, nota 36.

garanzia l'indicazione della persona del terzo debitore garantito[44]; se, invece, si reputa compatibile con la fideiussione di secondo grado la clausola derogatoria dell'art. 1948 c.c., tale indicazione non risulta necessaria: in quest'ultima direzione si esprime la Cassazione[45]. Va, in ogni caso, precisato che la validità della clausola non esime la banca dal comportarsi secondo buona fede e, quindi, dall'informare il fideiussore *omnibus* della sottoscrizione di una nuova fideiussione da parte del soggetto garantito. La violazione di tale obbligo, da considerarsi inderogabile, comporta estinzione della fideiussione[46].

5. L'art. 1956 c.c. prevede la liberazione del fideiussore se il creditore, senza la sua speciale autorizzazione, ha continuato a fare credito al terzo pur in presenza di un peggioramento delle condizioni patrimoniali di quest'ultimo. Il capoverso, introdotto dalla novella del 1992[47], sancisce l'invalidità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi di tale liberazione. Il creditore è quindi tenuto da un lato a vigilare sulla situazione patrimoniale del debitore, dall'altro ad astenersi dall'erogare credito in caso di aggravamento delle sue condizioni patrimoniali. Il tutto, ovviamente, al fine di tutelare il fideiussore dal rischio di veder crescere la propria esposizione in maniera incontrollata, nonché di trovare difficoltà maggiori di quanto inizialmente previsto nell'esercitare il proprio diritto di regresso. Viceversa, il fideiussore, diligentemente avvisato dal creditore, può decidere di sottrarsi alla garanzia.

Tra le condotte ascrivibili al creditore idonee a produrre l'estinzione dell'obbligazione di garanzia vi è non solo la erogazione di somme di denaro in spregio ai criteri di corretta gestione del credito ma anche, in special modo per i rapporti continuativi, il mantenere la linea di credito

[44] G. IUDICA, *Note sul fideiussore del fideiussore,* cit., p. 1386 s.

[45] Cass., 22 aprile 2009, n. 9627, in *Notariato*, 2009, p. 482.

[46] App. Perugia, 3 agosto 1998, in *Rass. giur. Umbra*, 1999, p. 9, con nota di A. SASSI, *Fideiussione omnibus per obbligazioni indirette: oggetto della garanzia e applicazione della clausola di buona fede*.

[47] Il comma 2 della norma è stato introdotto dall'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154, recante norme per la trasparenza delle operazioni bancarie.

nonostante il debitore non sia più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni[48].

Aspetto particolarmente dibattuto nell'ambito della riflessione sull'articolo 1956 c.c. riguarda l'ammissibilità della deroga convenzionale alla tutela predisposta dalla norma. Già prima che la riforma del 1992 introducesse il comma 2, dottrina e giurisprudenza avvertivano la debolezza della posizione del fideiussore nel contesto di regolamenti contrattuali nei quali si prevedeva la rinuncia preventiva alla liberazione attraverso l'esonero del creditore dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione. Debolezza che, è appena il caso di dirlo, era ancora più chiaramente avvertita per l'ipotesi di fideiussione *omnibus*.

Vi erano per questo voci in dottrina apertamente contrarie all'ammissibilità della clausola in deroga, costruite sui diversi argomenti del contrasto con l'ordine pubblico o della violazione del divieto espresso contenuto nell'art. 1229, comma 1, c.c.[49].

[48] Così Cass., 1° luglio 1998, n. 6414, in *Foro it. online*: «la facoltà della banca di estendere il debito originariamente garantito, con conseguente responsabilità del fideiussore, non ha carattere meramente potestativo: la discrezionalità della banca trova, infatti, un limite nella necessità della osservanza del principio della buona fede e della correttezza nello svolgimento del rapporto di garanzia, che impone di operare secondo criteri legali e regole obiettive di corretta gestione del credito; correlativamente, quando i predetti limiti sono violati, la fideiussione diventa inefficace». Il richiamo espresso alla buona fede si trova anche in Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, cit., relativa a un caso nel quale l'istituto di credito aveva continuato a erogare finanziamenti a una società in condizioni economiche disastrose fin dal primo bilancio. La decisione merita di essere segnalata in quanto, oltre a riconoscere l'effetto liberatorio dell'art. 1956 c.c., aggiunge che, in presenza di condotte creditorie non rispettose dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, la fideiussione per obbligazioni future è «nulla». Il ricorso alla categoria della nullità evoca le note pronunce in materia di caparra confirmatoria (Corte cost., ord. 13 ottobre 2013, n. 248, e ord. 26 marzo 2014, n. 77, in *giurcost.org*). A differenza di quanto è accaduto per la caparra confirmatoria, però, nella pronuncia in esame la conseguenza della nullità è in realtà solo accennata, ed anche il collegamento fra la clausola generale e il principio di solidarietà costituzionale relegato ad un richiamo contenuto fra parentesi (v. sul punto, la nota alla sentenza di L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria*, cit., p. 292).

[49] Per la teoria del contrasto con l'ordine pubblico: G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, in *Riv. dir. comm*., 1971, p. 229, S. SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c*., *Giust. civ*., 1990, p. 132; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 1991, p. 262. Sostiene, invece, la violazione dell'art. 1229,

L'opinione maggioritaria era, tuttavia, nel senso dell'ammissibilità della clausola in deroga, argomentata sulla base della sottile distinzione tra «la natura disponibile dell'interesse protetto dalla norma» e la «indisponibilità del precetto di buona fede»[50]. In altre parole, la deroga era in linea di principio considerata valida se prevista da apposita clausola contrattuale, spostandosi su un piano diverso, quello della esecuzione secondo buona fede del contratto, la eventualità che il creditore, pur esonerato in astratto dall'obbligo dell'art. 1956 c.c., tenga una condotta lesiva della posizione del fideiussore, essendo egli comunque tenuto alle normali cautele richieste dalla singola situazione concreta. Si è così ritenuto, ad esempio, violato il canone di buona fede, allorquando il creditore, pur alleggerito dall'obbligo di chiedere l'autorizzazione al garante:

- compia operazioni bancarie illecite[51];
- conceda credito pur conoscendo lo stato di insolvenza del debitore, ovvero ignorandolo con colpa[52];

---

comma 1, c.c.c., M. IACUANIELLO BRUGGI, *Fideiussione «omnibus»: chi ha paura dell'art. 1956 c.c.?,* in *Giur. it*., 1990, p. 468. *Contra*, Cass., 20 febbraio 1997, n. 1567, in *Contratti*, 1997, p. 573, con nota di M. SPATARO, *Nullità della clausola di deroga all'art. 1956 c.c. prima e dopo la l. n. 54/92*: «il fideiussore, col dispensare la banca dall'obbligo di chiedergli la preventiva autorizzazione, si limita a rimettere a essa il compito di valutare discrezionalmente la nuova situazione che potrà determinarsi nel futuro svolgimento del rapporto, accettando consapevolmente il rischio di una sopravvenuta mera difficoltà di adempiere del debitore garantito, ma non certo accollandosi quello di una condotta scorretta dell'istituto di credito o della vera e propria insolvenza del garantito, da cui derivi la certezza della sua responsabilità accessoria».

[50] G. BOZZI, *La fideiussione*, Torino, 2013, p. 507; così anche C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. priv.*, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1985, XII, p. 1023; L. BARBIERA, *Inefficacia parziale della fideiussione "omnibus"*, in *Riv. dir. civ*., 1991, p. 223.

[51] Cass., 18 marzo 1991, n. 2890, in *Dir. fall*., 1991, p. 1048; Cass., 25 gennaio 1995, n. 888, in *Foro it. online*.

[52] Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it*., 1989, I, c. 2750, con osservazioni di R. PARDOLESI, e note di A. DI MAJO, *La fideiussione «*omnibus*» e il limite della buona fede*, e di V. MARICONDA *Fideiussione «*omnibus*» e principio di buona fede*; Cass., 20 luglio 1989, n. 3387, in *Giust. civ.*, 1990, p. 468; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1101, in *Foro it. online*; Cass., 9 marzo 2005, n. 5166, in *Foro it. online*; Cass., 11 gennaio 2006, n. 394, in *Guida dir.*, 2006, p. 85; Cass., 1 ottobre 2012, n. 16667, in *Guida dir*, 2013, p. 64.

- rassicuri il fideiussore sul rientro del debitore dalla sua esposizione per distoglierlo dalla facoltà di recedere dalla garanzia[53].

A seguito della novella dell'art. 1956 c.c., la posizione del fideiussore è testualmente più tutelata, chiarendosi il dubbio sulla invalidità della rinuncia preventiva alla liberazione. La norma riformata si presenta quale espressione del principio di solidarietà applicato al rapporto di garanzia. Ciononostante, i margini di una deroga ammissibile all'art. 1956 c.c. continuano ad essere ricercati dalla prassi applicativa e a essere vagliati dalla giurisprudenza. Vi sono pronunce di legittimità[54] nelle quali si mantiene valido il distinguo tra derogabilità della regola *de qua* e inderogabilità del canone di buona fede *in executivis*, ponendosi l'accento sulla circostanza che, pur in presenza di una clausola di dispensa della banca beneficiaria dal chiedere l'autorizzazione, «l'operatività della garanzia rimane esclusa qualora il comportamento della banca creditrice non sia stato improntato al rispetto dei principi di correttezza e buona fede»[55]. In concreto, il distinguo si traduce nella ammissibilità della clausola che ponga a carico del fideiussore l'obbligo di tenersi informato sulle condizioni patrimoniali del debitore, sia pure facendo salva la possibilità di chiedere alla banca aggiornamenti sulla sua esposizione. La validità di una simile clausola è subordinata all'esistenza di una situazione di fatto

[53] Cass., 6 febbraio 1997, n. 1123, in *Contratti*, 1997, p. 299.

[54] Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, in *Contratti*, 2006, p. 775, con nota di A. ANGIULI, *La fideiussione "omnibus" tra silenzio del fideiussore e scorrettezza del creditore*. Così la successiva Cass., 15 febbraio 2016, n. 2902, in *ilcaso.it*: «Il socio che abbia prestato fideiussione per ogni obbligazione futura di una società a responsabilità limitata, esonerando l'istituto bancario creditore dall'osservanza dell'onere impostogli dall'art. 1956 c.c., non può invocare, per ottenere la propria liberazione nonostante la sottoscritta clausola di esonero, la violazione dei principi di correttezza e buona fede da parte del creditore per avere quest'ultimo concesso ulteriore credito alla società benché avvertito dallo stesso fideiussore della sopravvenuta inaffidabilità di quest'ultima a causa della condotta dell'amministratore. In tale situazione, infatti, per un verso, non è ipotizzabile alcun obbligo del creditore di informarsi a sua volta e di rendere edotto il fideiussore, già pienamente informato, delle peggiorate condizioni economiche del debitore e, per altro verso, la qualità di socio del fideiussore consente a quest'ultimo di attivarsi per impedire che continui la negativa gestione della società (mediante la revoca dell'amministratore) o per non aggravare ulteriormente i rischi assunti (mediante l'anticipata revoca della fideiussione».

[55] Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, cit.

che consenta al fideiussore di acquisire direttamente dal debitore le informazioni sulla sua situazione patrimoniale[56].

Per questa via, si esclude la possibilità per il fideiussore socio della società finanziata di invocare la liberazione ove egli sia stato nella condizione, per un verso, di conoscere le peggiorate condizioni economiche del debitore e, per altro verso, di attivarsi per impedire la malsana gestione della società (mediante la revoca dell'amministratore), o di recedere dalla fideiussione[57]. In questo modo, si attribuisce carattere decisivo alla possibile esistenza di una «comunione di interessi» tra debitore e fideiussore o, comunque, di una «situazione di contiguità» tale da consentire al garante di avere costante contezza della esposizione debitoria[58]. Si valorizzano, così, elementi fattuali quali il rapporto di parentela tra garante e garantito e il legame, per carica rivestita o partecipazione al capitale sociale, con la società debitrice[59].

Di contro, si conferma l'effetto liberatorio per il fideiussore allorquando, nonostante la deroga pattizia, la banca alimenti «un ciclo perverso», per essere il crescente indebitamento del cliente strettamente correlato ai sempre maggiori finanziamenti concessi. A parere dei giudici di legittimità, infatti, non si può certo «definire corretto» il comportamento di un creditore che «concorre a rendere sempre più rischiosa» la posizione del debitore, per poi rivalersi nei confronti di

[56] Trib. Napoli, 6 maggio 2016, in *ilcaso.it*, che ha escluso la liberazione dei fideiussori in quanto nel contratto si era previsto a loro carico l'onere di informarsi sulle condizioni economiche della società garantita. Dagli atti non risultava alcuna informativa appositamente richiesta dai fideiussori i quali, dunque, non avevano assolto l'onere a loro carico. In secondo luogo, la sentenza valorizza il fatto che i fideiussori fossero soci (e uno dei due anche rappresentante) della società, presumibilmente al corrente del suo stato di indebitamento. Così anche Trib. Catania, 9 febbraio 2018, in *Foro it. online*.

[57] Cass., 15 febbraio 2016, n. 2902, cit.

[58] In questi termini, la ricostruzione di G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 524.

[59] Per le singole ipotesi, Cass., 5 gennaio 1981, n. 23, in *Foro it*., 1981, I, c. 704; Cass., 20 aprile 1982, n. 2461, in *Dir. fall*., 1982, p. 980; Cass., 6 aprile 1992, n. 4208, in *Foro it. online*, 1992; Cass., 3 agosto 1995, n. 8486, *ivi*; Cass., 9 dicembre 1997, n. 12456, *Giur. it*., 1999, p. 1; Cass., 7 settembre 1998, n. 8850, in *Contratti*, 1998, p. 613; Cass., 5 giugno 2001, n. 7587, in *Contratti*, 2001, p. 917; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3761, in *Foro it. on line.*

chi, prestando una fideiussione *omnibus*, ignora il forte aumento del debito originariamente garantito[60].

Continuano a registrarsi, comunque, decisioni di merito ferme nel negare ogni spazio alla clausola in deroga all'art. 1956 c.c. Una recente decisione del Tribunale di Taranto[61], ad esempio, invoca l'interpretazione sistematica della norma per trarne l'inderogabilità per violazione del canone della buona fede nell'esecuzione del contratto e dell'art. 1229 c.c.

La giurisprudenza prevalente tende ad escludere l'applicabilità dell'art. 1956 c.c. al contratto autonomo di garanzia[62]; si hanno, tuttavia, più recenti decisioni favorevoli alla indipendenza della tutela offerta dalla norma al fideiussore dal carattere di accessorietà della garanzia[63]. Con riferimento alla diversa ipotesi del mandato di credito,

[60] Così Cass., 29 ottobre 2005, n. 21101, cit.

[61] Trib. Taranto 12 settembre 2017, in *ilcaso.it*: «Il rilievo che l'art. 1956 c.c. sia una speciale applicazione del precetto generale della buona fede nell'esecuzione del rapporto ha indotto i migliori interpreti a configurarne il precetto come imperativo e quindi inderogabile dalla volontà delle parti del contratto. Non solo, ma ammettere una rinunzia preventiva, con apposita clausola contrattuale, anche se rispettosa della forma prescritta per le clausole vessatorie, avrebbe implicato la previsione di una clausola di esonero da responsabilità per colpa grave a favore della banca e quindi in dispregio del disposto pure imperativo ex art. 1229 c.c.: e non ci sarebbe alcun dubbio che sarebbe in colpa grave la banca che avesse elargito credito ad un debitore in cattive acque. In ogni caso il comma dell'art. 1956 esclude espressamente la validità di una rinunzia preventiva da parte del fideiussore ad avvalersi della liberazione. L'autorizzazione preventiva – "speciale" – deve allora avvenire in ogni caso prima della concessione del nuovo credito ed è irrilevante che il fideiussore conoscesse le difficoltà economiche in cui versava il debitore principale: nel caso in esame si trattava della moglie del legale rappresentante della società debitrice; rileva piuttosto la buona fede della banca, che invece nel caso in esame va esclusa pacificamente». Nello stesso senso, il precedente Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100, *ivi*.

[62] *Ex multis* Cass., 1 giugno 2004, n. 10486; Cass., 9 novembre 2006, n. 23900; Cass., 9 agosto 2007, n. 17490; Cass., 6 aprile 2017, n. 8926: *tutte in Foro it. online*.

[63] Secondo Trib. Milano, 28 luglio 2015, n. 9100, cit., la liberazione del fideiussore derivante dal disposto di cui all'art.1956 c.c. non «risulta di per sé derivante dal vincolo di accessorietà tra obbligazione del debitore principale e obbligazione del garante, ma, piuttosto, riguardare una esigenza di protezione del garante che prescinde dalla esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale, e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, risolvendosi, in sostanza, nella applicazione del canone generale di buona fede al rapporto tra beneficiario della garanzia e garante, canone la cui mancata applicazione rispetto a tale rapporto non risulta giustificata dal

benché l'art. 1959 c.c. richiami espressamente la disposizione in esame, si è sottolineata[64] la necessità di valorizzare il peculiare assetto di interessi sotteso all'operazione, in quanto sovente il fideiussore è il vero titolare dell'interesse al finanziamento ed ha il pieno controllo della situazione patrimoniale del debitore. Oltretutto, il rinvio all'art. 1956 c.c. è precedente alla novella della norma della quale, dunque, presumibilmente, si è voluta richiamare anche la originaria derogabilità. Quest'ultima notazione diviene tanto più rilevante ove in conclusione si osservi che, soprattutto in relazione alla fideiussione *omnibus*, il contratto può essere in concreto ricondotto proprio allo schema del mandato di credito[65].

6. La norma posta dall'art. 1957 c.c., laddove impone al creditore di coltivare con tempestività e diligenza le proprie istanze contro il debitore, si preoccupa di tutelare la posizione di coobligato del fideiussore; segnatamente, si intende evitare che il garante rimanga esposto troppo a lungo alle pretese del creditore e che l'inerzia di quest'ultimo possa comprometterne l'azione di regresso. Non vi è uniformità di vedute sulla natura del dovere del creditore: per alcuni si

carattere autonomo della garanzia, anche in presenza del quale la condotta del beneficiario che abusi della propria posizione in spregio di quella del garante merita dunque di essere sanzionata con la liberazione del garante, così come, sempre nell'ipotesi di garanzia autonoma, la assenza di accessorietà tra il rapporto principale e quello di garanzia non impedisce al garante l'*excepio doli* laddove il beneficiario escuta il garante pur se consapevole della sopravvenuta estinzione del debito garantito».

[64] L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 172 ss.

[65] In argomento, v. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Camerino-Napoli, 1993, p. 292 ss. In questa prospettiva, L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 174, osserva: «In tale contesto potrebbe trovare giustificazione una rinuncia all'automatica liberazione prevista dall'art. 1956 c.c., funzionale alla soluzione di assetti di interessi diversi espressi da una pura e semplice fideiussione codicistica. Viceversa, potrebbe risultare irragionevole l'imposizione *tout court* dell'inderogabilità dell'art. 1956 c.c.».

tratterebbe di un vero e proprio obbligo[66], per altri, forse più condivisibilmente, di un onere[67].

La disposizione è ormai reputata applicabile anche al caso della fideiussione solidale. In questa ipotesi, il creditore può scegliere il debitore da escutere; è discusso però se, qualora scelga di agire direttamente contro il fideiussore, egli debba comunque agire anche contro il debitore principale: in senso negativo si esprime la giurisprudenza[68]; diversamente, parte della dottrina[69] fa derivare dal carattere sussidiario della fideiussione solidale l'obbligatorietà del *beneficium ordinis*.

Mentre una autorevole dottrina continua a sostenere l'inderogabilità dell'art. 1957 c.c., reputandolo espressione di un principio di ordine

[66] Ad es., Trib. Torino, 8 maggio 2001, in *Contratti*, 2002, p. 65, che rileva come «L'art. 1957 c.c. pone a carico del creditore garantito un vero e proprio obbligo di condotta - specificazione dell'obbligo di buona fede e correttezza previsto dagli art. 1175 e 1375 c.c. - la cui *ratio* deve essere individuata nella salvaguardia dell'interesse del garante, tenuto conto che questi ha azione di regresso e di surroga solo dopo aver pagato; quale sanzione per la violazione di tale dovere, il legislatore ha previsto la liberazione del garante».

[67] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 498. La Cassazione condivide questa tesi: Cass., 8 settembre 1983, n. 5525, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1985, p. 142; Cass., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Giur. it*., 1993, p. 1256, con nota di M. IACUANIELLO BRUGGI, *Nota sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*; Cass., 22 giugno 1993, n. 6897, *Foro it. online*. Per una ricostruzione delle diverse letture, G. PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, cit., p. 228 ss.

[68] Cass., 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 109, con nota di A. FALABELLA, *Fideiussione «a prima richiesta» e contratto autonomo di garanzia: elementi distintivi*; Cass., 1 luglio 1995, n. 7345, in *Foro it. on line*.

[69] M. FRAGALI, *Della fideiussione. Del mandato di credito*, in *Comm.* Scialoja Branca, Libro IV. *Obbligazioni* (artt. 1936-1959), Bologna-Roma, 1968, p. 493; più scettico R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ*., Torino, 1966, p. 558. *Contra* F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata* (Zeitbürgschaft) *ed art. 1957 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1995, p. 569 ss., il quale discorre di «manipolazione del disposto dell'art. 1957 c.c.; G. FERRI, *L'applicazione dell'art. 1957 c.c. alla fideiussione solidale*, nota a Cass., 29 marzo 1974, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 364 s., il quale sostiene che soltanto quando il creditore agisca per la prima volta nei confronti del fideiussore «dopo che sia decorso il termine dei sei mesi o dei due mesi senza avere assolto all'onere che l'art. 1957 gli impone» il fideiussore potrà eccepire l'estinzione.

pubblico economico[70], la giurisprudenza è sostanzialmente assestata nel senso di escludere questa opzione giacché l'eventuale deroga determinerebbe soltanto l'assunzione di un maggior rischio (quello del mutamento nel tempo delle condizioni patrimoniali del debitore) da parte del fideiussore. Si ammette, per questa via, la rinuncia preventiva del garante alla decadenza del creditore[71] anche in forma implicita[72]. In particolare, si ritiene che comporti rinuncia alla decadenza la clausola con la quale il fideiussore accetti di collegare la durata della garanzia all'integrale soddisfacimento del creditore, piuttosto che alla scadenza dell'obbligazione principale[73], ovvero quella con la quale le parti fissino un termine esplicito per l'escussione della garanzia[74].

La rinunzia può anche risultare da comportamenti concludenti. Naturalmente, in questo caso, si è fuori dai margini delle «clausole in deroga», trattandosi di comportamenti successivi alla scadenza del termine. In particolare, si è rinvenuta rinuncia tacita nei seguenti contegni:

- il fideiussore che paghi senza opporre la decadenza, o che inviti il creditore ad attendere l'esito della lite tra il creditore medesimo ed il debitore principale[75];

---

[70] F. BENATTI, *Sulla deroga all'art. 1957 c.c. nella fideiussione bancaria*, nota a Trib. Milano, 11 giugno 1986, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1987, p. 216 ss.

[71] Cass., 20 aprile 1982, n. 2461, cit.

[72] Cass., 24 marzo 1994, n. 2827, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1995, p. 558 ss. con nota di F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (*Zeitbürgschaft*) ed art. 1957 c.c.*, cit.; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Riv. dir. civ*., 2005, p. 379, con nota di M. CUCCOVILLO, *Pagamento "a prima richiesta" e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*. In senso contrario Trib. Torino 8 maggio 2001, cit.

[73] La clausola può essere formulata nei modi più vari: garanzia prestata «senza limiti di tempo»; estinzione della fideiussione «subordinata alla estinzione, o all'integrale soddisfacimento, della obbligazione principale; o alla liberazione del debitore».

[74] Cass., 2 febbraio 2006, n. 2263, in *Foro it. online*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, cit.

[75] Per la prima ipotesi: Cass., 9 maggio 2002, n. 6649, in *Arch. civ*., 2003, p. 314 ss.; Cass., 1° luglio 2005, n. 14089, in *Giur. it.*, 2006, p. 1605.; e per la seconda ipotesi, Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, p. 1416 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La decadenza del creditore dal diritto di escutere la fideiussione ex art. 1957 cod. civ.*

- il riconoscimento del diritto da parte del fideiussore, purché espresso o comunque inequivocabile, nel senso di corrispondere ad una condotta incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione (ad es., richiesta di dilazione). Tale comportamento può costituire rinuncia alla decadenza anche se manifestato prima del compiersi del termine semestrale[76].

Viceversa, si è ritenuto che non comporti rinunzia:

- la volontà del fideiussore di esaminare la richiesta del debitore di rinnovazione della fideiussione[77];

- le trattative per comporre la controversia con il creditore, che non implichino riconoscimento della pretesa[78];

- il mero silenzio del fideiussore[79];

- l'azione del fideiussore volta a far dichiarare l'inoperatività della garanzia[80].

Sebbene la speciale protezione del garante sia sostanzialmente collegata al rapporto di accessorietà tipico della fideiussione ordinaria, l'art. 1957 c.c. è da alcuni ritenuto compatibile con l'ipotesi della garanzia autonoma[81], purché espressamente richiamato dalle parti. La presenza del richiamo nel contratto di garanzia scatena, dunque, l'annosa questione della distinzione in concreto tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia. Come è noto, il dibattito è ancora piuttosto acceso in relazione alle clausole c.dd. "a prima richiesta": segnatamente, ci si chiede se la loro presenza comporti di per sé l'autonomia della garanzia. Le sezioni unite hanno chiarito che la clausola "a prima richiesta" costituisce un indizio rilevante nel senso dell'opzione per la garanzia autonoma, idoneo a far operare una vera e propria presunzione superabile soltanto dalla prova concreta di una diversa volontà delle parti. In tale occasione, si è altresì precisato che la garanzia autonoma esclude l'applicazione della tutela del fideiussore di

[76] Cass., 10 novembre 2006, n. 24060, in *Foro it. online*. Sul punto v. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., pp. 542-543.

[77] Cass., 10 novembre 2006, n. 24060, cit.

[78] Cass., 2 maggio 2006, n. 10120, in *Foro it. online*.

[79] Cass., 22 ottobre 1994, n. 8723, in *Rep. foro it*., 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 61.

[80] Cass., 19 dicembre1985, n. 6498, in *Giur. it.,* 1986, p. 1308.

[81] G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 541;

cui all'art. 1957 c.c.[82]: ove però, nonostante il carattere autonomo altrimenti dimostrato della garanzia, le parti abbiano voluto comunque richiamare l'art. 1957 c.c., si deve ritenere che la decadenza ivi prevista sia impedita anche dalla semplice richiesta al fideiussore, formulata la quale nei termini di legge il creditore non è più tenuto ad agire contro il debitore[83].

Qualora creditore e debitore convengano una dilazione del termine, questa non è opponibile al fideiussore, in quanto patto *inter alios* peggiorativo della sua posizione[84]. La dilazione comporta vicenda modificativa della disciplina del rapporto, sí che il garante non può essere tenuto a rispondere di un'obbligazione diversa da quella originariamente assunta. Il creditore che quindi voglia poter opporre la dilazione al garante non può prescindere dall'ottenere il consenso di quest'ultimo.

[82] Cass., s.u., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Contratti*, 2010, p. 440, con nota di M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle sezioni unite*; Cass., 27 settembre 2011, n. 19736, in *Giust. civ.*, 2012, p. 60.

[83] Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, cit.; Cass., 8 gennaio 2010, n. 84, in *Contratti*, 2010, p. 373. Di recente, v. Cass., 26 settembre 2017, n. 22346, in *Foro it. online*, che ha rilevato che «Il Collegio intende dare continuità al precedente del 2008, il quale nella specie trova ancora più giustificazione… nella circostanza che, in una pattuizione contrattuale in cui la garanzia si stabilisce a prima richiesta e, nel contempo, si prevede l'applicazione dell'art. 1957 c.c., comma 1 il criterio di esegesi di cui all'art. 1363 c.c. impone di leggere il rinvio a detta norma, tanto più se espresso, come nella specie, con un riferimento al termine di cui ad essa e non ad altro dei suoi contenuti, nel senso che il termine debba osservarsi con una mera richiesta stragiudiziale e non nel senso che si debba osservare con l'inizio dell'azione giurisdizionale, secondo la tradizionale esegesi della norma. È sufficiente osservare che, se il rinvio si intendesse anche alla previsione di tale azione, la garanzia non sarebbe più a prima richiesta, essendovi palese contraddizione nel postulare che una volontà contrattuale di imporre al garante l'adempimento dell'obbligazione di garanzia a semplice richiesta e senza possibilità di eccezioni, possa intendersi nel senso che tale richiesta si debba esprimere con l'azione giudiziaria: è sufficiente osservare che, esigendo l'esercizio dell'azione in giudizio la dimostrazione del bisogno di tutela giurisdizionale espressa nel precetto dell'art. 100 c.p.c., detta azione postulerebbe che il garante sia stato necessariamente attinto da una richiesta di adempimento dell'obbligo di garanzia in ragione dell'inadempimento del debitore garantito. Sicché, l'azione non potrebbe che iniziarsi dopo una richiesta stragiudiziale».

[84] G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 549; Cass., 28 dicembre 1993, n. 12901, in in *Foro it. online*.

Si diceva della opinione che individua nell'art. 1957 c.c. una norma imperativa, come tale inderogabile, posta a presidio dell'ordine pubblico e, sempre secondo tale ricostruzione, espressione del dovere di buona fede *in executivis* del creditore. Sennonché, in realtà, i due profili si muovono su piani diversi: come sottolineato da una attenta dottrina[85], il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto non viene meno per effetto della deroga pattizia all'art. 1957 c.c., potendo il comportamento negligente o scorretto del creditore essere comunque sanzionato con la decadenza e l'estinzione della fideiussione.

Si discute della vessatorietà della clausola in deroga all'art. 1957 c.c. In dottrina vi sono voci favorevoli a questa conclusione[86], individuandosi nella pattuizione una limitazione alla facoltà di opporre l'eccezione di tardività da parte del fideiussore. L'opinione prevalente, tuttavia, esclude la vessatorietà in virtù della qualificazione come onere, e non obbligo, della condotta prescritta al creditore. La Cassazione rileva che la clausola non limita la facoltà di proporre eccezioni in quanto comporta «soltanto» una rinuncia all'applicazione dell'art. 1957 c.c.[87].

---

[85] G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 551 s.

[86] F. NAPPI, *Fideiussione temporalmente delimitata (*Zeitbürgschaft*) ed art. 1957 c.c.*, cit, p. 571; A. GIAMPIERI, *Disponibilità del termine di decadenza e principio di buona fede nel contratto di fideiussione*, in *Giur. it*., 1989, p. 1524; A.A. DOLMETTA, *Sulla vessatorietà della clausola di rinuncia alla decadenza* ex *art. 1957 c.c. e sulla portata della liberazione del fideiussore di cui all'art. 1956 c.c*., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, p. 424 ss. In giurisprudenza, Trib. Biella, 29 marzo 1988, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 445: «In altri termini, la regolamentazione degli opposti interessi delle parti, in modi differenti da quelli seguiti dal legislatore, quando avviene attraverso moduli e formulari, indipendentemente dalla esistenza di una vessazione, ma certamente solo per la tutela di chi contratta con il predisponente (finalità cui la norma dell'art. 1341 c.c. indubbiamente si ispira) deve essere soggetta alla forma particolare della specifica approvazione per iscritto ogni volta che pone la parte che contratta in una posizione deteriore sul piano giuridico, spostando a suo danno il punto di equilibrio individuato dal legislatore.

[87] *Ex multis*, Cass., 18 aprile 2007, n. 9245, cit., e Cass., 21 gennaio 2000, n. 675, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1153; Trib. Bologna, 3 novembre 2009, in *Contratti*, 2010, p. 160; Trib. Rimini, 21 agosto 2000, cit.; Trib. Foggia, 18 ottobre 2001, in *Foro it*., 2002, I, c. 614.; App. Milano, 31 dicembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, p. 222. Per questi e altri riferimenti, v. G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 552 ss. In dottrina, v. L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 149 ove si legge: «L'onere previsto dall'art. 1957 c.c. è un obbligo potestativo la cui introduzione è strumentale alla realizzazione della c.d. *perpetuatio obligationis*. Con la rinuncia da parte del consumatore ad azionare la

La soluzione continua a generare resistenze nella dottrina, che giudica l'atteggiamento della giurisprudenza troppo formalistico[88] e, comunque, afferma la certa vessatorietà della clausola ai sensi della disciplina consumeristica. In linea con questa osservazione si pone la prassi bancaria di previsione della deroga solo nei contratti di fideiussione con i «non consumatori» ai quali, in ogni caso, si premura di richiedere la specifica sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.

7. Con la clausola di reviviscenza le parti dispongono che qualora la banca, dopo aver incassato dal debitore il pagamento del credito garantito, si veda costretta a restituirlo in ragione del suo annullamento, revoca o altra causa, l'obbligazione fideiussoria «riviva» e, di conseguenza, il garante sia nuovamente tenuto a rimborsare le somme restituite dalla banca.

Sul punto, si è osservato che, per quanto nell'ordinamento vi siano tracce del fenomeno della reviviscenza (si pensi all'art. 2881 c.c. in materia di ipoteca)[89] non può individuarsi nel sistema un principio

---

decadenza, il professionista elimina l'obbligo che grava sul suo capo e, all'un tempo, mantiene l'effetto favorevole costituito dal mantenimento dell'obbligazione fideiussoria. Sembra, pertanto, possibile ricondurre nel n. 2 dell'art. 1469 *bis* c.c. anche l'ipotesi di rinuncia a far valere un'azione in caso di inadempimento dell'onere gravante sul professionista. Alla fattispecie risulta applicabile anche l'art. 1469 *ter*, comma 5, c.c., laddove si addossa al professionista l'onere di provare che, malgrado l'unilaterale predisposizione del modulo fornito al consumatore, la clausola in esame sia stata oggetto di specifica trattativa».

[88] G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 554.

[89] A favore dell'esistenza di un principio generale: G.A. MICHELI, *Revoca del pagamento della cambiale e reviviscenza dell'avallo*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1948, p. 369; M. FRAGALI, *Fideiussione* (dir. priv.), in *Enc. dir*., XVII, Milano 1968, p. 382; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1007; M. DE MARCO e E. SPARANO, *La fideiussione bancaria*, Milano, 1981, p. 108; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova 1974, p. 121; A. SASSI, *Le condizioni generali uniformi relative alle fideiussioni* omnibus, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1990, p. 805; G. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, p. 244; L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 45 ss. V., anche, M. CANTILLO, *Invalidità o inefficacia del fatto estintivo del credito e reviviscenza delle garanzie prestate da terzi*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 1967, p. 86, secondo il quale se il fatto estintivo non è idoneo a estinguere l'obbligazione, allo stesso modo sarebbe da considerare non idoneo a estinguere la garanzia. In linea, Trib. Firenze, 6 marzo 1978, in *Dir. fall*., 1978, p. 314, con nota di M. BRONZINI, *Reviviscenza del credito dopo la revocatoria - Azione contro i coobbligati*.

generale valevole per tutte le forme di garanzia[90]. Per questo, è abituale nelle fideiussioni bancarie il ricorso alla clausola espressa, contemplata anche nell'art. 2 del c.d. modello Abi sulle fideiussioni bancarie[91].

La clausola è reputata valida[92]. Risalente e ormai abbandonata è, infatti, la prospettazione di dubbi di incompatibilità con l'art. 1957 c.c., al quale si attribuiva l'espressione di un principio di ordine pubblico di inammissibilità di un'obbligazione fideiussoria a tempo indeterminato[93]. Piuttosto, è ancora attuale la questione se la clausola rivesta carattere di vessatorietà. In passato, alcune pronunce di merito vi riscontravano una limitazione del diritto del fideiussore di opporre l'eccezione di pagamento, bisognosa in quanto tale di specifica sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341, cpv., c.c.[94]; essa, quindi, sarebbe anche soggetta, nei contratti con il consumatore, all'applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. *t* , c.cons.[95]. In senso contrario, tuttavia, si è

---

[90] *Cass., 15 novembre 2004, n. 21585, in Rep. Foro it., 2004, voce Obbligazioni in genere, n. 51; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18156, in Foro it., 2003, I, c. 770, con nota di M. FABIANI, In tema di liquidazione revocatoria e liquidazione coatta amministrativa. Più di recente, Trib. Roma, 24 settembre 2012, inedita.*

[91] Cfr. la Circolare ABI serie Legale Prot. LG/004231 del 26 settembre 2005, *Contratti bancari. Condizioni generali per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie*, art. 2: «il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare all'Azienda di credito le somme che dall'Azienda stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

[92] Cass., 31 agosto 1984, n. 4738, in *Foro it*., 1985, I, c. 505, con nota di G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fideiussione "*omnibus*" sia invalida*; Cass., 23 marzo 2004, n. 5720, in *Guida dir*., 2004, p. 63; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, cit.; Cass., 27 maggio 2013, n. 13101, *Guida dir*., 2013, p. 47. In dottrina, G. BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 827.

[93] V. *supra* nota 71, nonché S. MAJO, *La garanzia "rediviva"*, in *Obbl. e contr*., 2006, p. 124 e, in giurisprudenza, Cass., 19 dicembre 1985, n. 6498, cit.

[94] *Trib. Mondovì, 18 maggio 2005, cit.; Trib. Milano, 6 settembre 1979, in Dir. fall., 1981, p. 419 ss.; Trib. Milano, 18 gennaio 1993, cit., e il più recente Trib. Monza, 29 novembre 2007, n. 3349, in Dir. e giust. online.*

[95] L. RUGGERI, *La fideiussione*, cit., p. 50. Critici G. SETTANNI e M. RUGGI, *Fideiussione, clausola di reviviscenza e rinascita dell'obbligazione garantita*, in *Contratti*, 2015, p. 412, secondo i quali «sarebbe difficile individuare una proroga implicita di una garanzia che garantisce un pagamento fintantoché esso non sia effettuato, laddove questo effettivamente non possa essere considerato come tale… Passando ad analizzare la clausola in merito al profilo di un'eventuale introduzione di limitazioni alla possibilità del fideiussore di proporre eccezioni, sembrerebbe doversi ammettere che le eccezioni di cui parla l'art. 1341 c.c. dovrebbero riferirsi a quelle

stabilizzata la giurisprudenza della Cassazione, la quale ha escluso il riferimento all'eccezione di pagamento, giacché una volta revocato (o venuto meno per qualsiasi altra causa) questo, non è più dato riscontrare un atto solutorio rispetto al quale poter prospettare l'eccezione di avvenuto pagamento[96]. Ad ogni modo, nella prassi bancaria è solitamente richiesta la specifica sottoscrizione della clausola, tanto più nelle ipotesi di fideiussioni prestate da consumatori.

La giurisprudenza di merito, tuttavia, opera delle differenziazioni in relazione alla causa di inefficacia del fatto estintivo dell'obbligazione. Nel caso di inefficacia del pagamento da revocatoria fallimentare, infatti, si precisa che la clausola del contratto di fideiussione omnibus con la quale il fideiussore garantisca anche i pagamenti restituiti dalla creditrice non opera nell'ipotesi di transazione della lite con il fallimento[97]: probabilmente, si deve proprio a quest'ultimo approdo dei giudici la attuale tendenza della prassi bancaria di accompagnare alla clausola di reviviscenza la previsione secondo la quale, in caso di giudizio promosso nei confronti della banca per far valere l'annullamento, la revocatoria o l'inefficacia dei pagamenti conseguiti, questa avrà cura di acquisire il consenso del fideiussore «prima di formalizzare eventuali transazioni», aggiungendosi che, ove il fideiussore non presti tale consenso, egli «dovrà tenere indenne la banca dall'esito del giudizio e rifondere le spese legali sostenute».

8. Una interpretazione nel senso della invalidità delle clausole in deroga è quella che ne vaglia il potenziale contrasto con la disciplina *antitrust*. La Banca d'Italia, nel 2005[98], è intervenuta sulle norme ABI in tema di fideiussioni *omnibus*, all'esito di un procedimento nel corso

clausole che pongono limiti processuali e non limiti di natura sostanziale…Nondimeno, anche in questo caso bisognerebbe tenere presente che sarebbe solamente al momento dell'annullamento o della revoca del pagamento che occorrerebbe avere riguardo per verificare se l'eccezione di pagamento poteva essere opposta o no. Ed a quel momento il pagamento è come se non fosse stato mai effettuato».

[96] *Cass., 27 maggio 2013, n. 13101, cit.; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, cit.; Cass., 8 febbraio 2008, n. 3011, cit.*

[97] App. Milano, 19 settembre 2000, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2001, p. 167, con nota di A. ROMANO; Cass., 23 marzo 2004, n. 5720, cit.

[98] V. provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 «ABI - Condizioni generali di contratto per la Fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie».

del quale era stata interpellata anche l'AGCM, nel quale era emerso che alcune condizioni contrattuali, laddove siano oggetto di applicazione uniforme da parte degli istituti di credito, risultano lesive della concorrenza. Invero, a detta della Banca d'Italia, occorre impedire che l'inserimento nello schema contrattuale uniforme predisposto dall'Associazione di categoria di talune clausole, contenenti per il fideiussore oneri diversi da quelli derivanti dalla disciplina ordinaria, ostacoli la pattuizione di migliori clausole contrattuali, inducendo le banche a uniformarsi a uno «*standard* negoziale deteriore» per il garante. Ciò si è rilevato, in particolare, con riferimento:

- alla clausola di deroga all'art. 1957 c.c. (art. 6 dello schema ABI[99]), nella misura in cui è idonea ad arrecare «un significativo vantaggio» a favore della banca;

- alla clausola di reviviscenza (art. 2 dello schema ABI[100]), nella misura in cui produce «conseguenze particolarmente pregiudizievoli» per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso;

- alla clausola che sancisce l'insensibilità della garanzia ai vizi del titolo dal quale deriva l'obbligazione principale (art. 8 dello schema ABI[101]), nella misura in cui può indurre la banca, in sede di concessione del credito, a «dedicare una minore attenzione» alla validità o all'efficacia del rapporto instaurato con il debitore.

Per vero l'AGCM, in quella occasione, aveva sollevato anche dubbi sulla clausola di pagamento a prima richiesta ma, sul punto, la Banca d'Italia ha adottato una soluzione diversa, reputando la clausola in

[99] A mente del quale «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato».

[100] A mente del quale «a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo».

[101] A mente del quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

questione «funzionale, quando non assolutamente necessaria, a garantire l'accesso al credito».

Orbene, in una recente decisione del Tribunale di Venezia, si è dichiarata la impossibilità per l'istituto di credito di opporre al fideiussore la clausola derogativa dell'art. 1957 c.c., anche nell'attuale formulazione corretta dalla Banca d'Italia, proprio in quanto reputata clausola in esecuzione di una intesa ainticoncorrenziale vietata dall'art. 2, comma 2, lett. *a*, l. n. 287 del 1990[102]. Naturalmente, si tratta di una nullità che trova la propria ragione nell'intesa esistente a monte e, quindi, operante soltanto nel caso in cui manchi negoziazione individuale. Interessante rilevare che, nella specie, il Tribunale ha ritenuto dimostrato il rapporto causale tra norme ABI e singolo contratto, in virtù della perfetta identità dei testi delle clausole[103]. L'effetto anticoncorrenziale della clausola in deroga all'art. 1957 c.c. è poi rintracciato dal Tribunale nello scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, imponendosi al fideiussore la sottoscrizione della clausola che sostituisce al suo «diritto di scelta effettiva» tra prodotti in concorrenza una «scelta apparente».

Non è in discussione l'astratta validità della deroga che sia il frutto della libera trattativa tra creditore e garante, bensì il profilo pubblicistico delle ricadute sulla concorrenza della reiterata riproduzione dello schema di fideiussione ABI, in grado di annullare il senso della deroga pattizia che, di contro, si riproduce quasi

[102] Trib. Venezia, 6 giugno 2016, in *Foro pad*., 2017, c. 198, nota G. SICCHIERO. *Sulla nullità della deroga all' art. 1957 c.c. (e di altre clausole delle fideiussioni* omnibus) *per violazione della disciplina* antitrust *(art. 2 l. n. 287/1990)*.

[103] Afferma il Tribunale: «che nel caso di specie vi sia una intesa anticoncorrenziale deriva dal fatto che la forma della clausola fideiussoria in questione risulta contenuta nel contratto *standard* proposto agli istituti di credito dall'Associazione Bancaria Italiana e risalente al 2002 e che il contenuto di detto schema negoziale è risultato sostanzialmente riprodotto nei contratti dalle banche con ampia diffusione, non potendosi ascrivere ad un fenomeno spontaneo del mercato, ma piuttosto agli effetti di una pratica concordata tra istituti di credito sul tema della contrattualistica». Critico rispetto alla possibilità di rinvenire una pratica *antitrust*, E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria,* in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), cit., p. 13 ss., spec. p. 19.

inavvertitamente fino ad essere percepita come un fatto dovuto dal fideiussore[104].

La motivazione forte del giudice di merito non ha tardato a trovare l'avallo della Corte di Cassazione la quale, con una recentissima sentenza[105], ne ha ripreso e sviluppato gli argomenti: la Corte conferma il carattere anticoncorrenziale di una contrattazione «che non ammette alternative» per l'effetto di una «collusione a monte» con conseguente danno «a valle» del contraente debole, in termini di privazione del suo diritto ad una «scelta effettiva tra prodotti in concorrenza».

La pronuncia ha altresì il merito di avere espressamente svincolato il giudizio di conformità delle «clausole in deroga» alla disciplina *antitrust* dalla sequenza temporale degli interventi in materia della Banca d'Italia. Con motivazione del tutto condivisibile, la Corte ha chiarito che la circostanza che il contratto impugnato sia anteriore (sia pure di pochi mesi) al provvedimento ABI del maggio 2005, non sottrae le relative clausole al controllo di validità, a condizione che l'intesa anticoncorrenziale «a monte» sia stata posta materialmente in essere prima del negozio denunciato come nullo. L'autorità garante non detiene, infatti, alcun «potere di prescrizione» sui comportamenti *in*

[104] Sul punto, v. anche G. SICCHIERO, *Sulla nullità della deroga all' art. 1957 c.c.,* cit., pp. 201-202. L'A. solleva, pur apprezzando la decisione di merito, solleva alcune critiche alla sentenza così come al provvedimento della Banca d'Italia del 2005, rilevando che: «in presenza di un accordo tra imprese, di cui l'ABI è l'esponente, diretti a fissare clausole di contratto da applicare in via generalizzata da parte degli associati, si è in presenza di un comportamento vietato (per sé), in quanto ricade nella lett. a) del comma 2 dell' art. 2 L. n. 287/1990 (al pari della letto a) dell'art. 101 TFUE) e dunque è "nullo ad ogni effetto" ai sensi del terzo comma della medesima disposizione».

[105] Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it. online*. La vicenda è originata dalla circostanza che il contratto stipulato tra il fideiussore e la Banca il 18 febbraio 2005, non poteva, secondo la Corte territoriale, essere dichiarato nullo in forza di un *dictum* (dell'Autorità di garanzia) sopravvenuto al patto (il provvedimento della Banca d'Italia n. B423 del 2 maggio 2005) e ciò: a) perché la Banca d'Italia aveva invitato l'ABI a trasmettere le circolari emendate al sistema bancario; b) l'illegittimità delle singole previsioni contrattuali tipizzate era tale in conseguenza del loro inserimento uniforme nello schema ABI, sicchè solo il mancato adeguamento dell'Associazione al provvedimento della Banca d'Italia sarebbe comportamento omissivo idoneo a determinare la nullità dei contratti stipulati in base alle NBU.

Sul tema, v. le riflessioni di B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 2018, p. 21.

facto dei soggetti da essa vigilati, che sia necessario e pregiudiziale all'accertamento del giudice, non essendoci traccia di tale potere «in nessuna previsione di legge né nei principi regolatori della materia».

L'impatto della sentenza sulla più diffusa prassi bancaria non può che essere dirompente, prospettandosi una nuova e presumibilmente sofferta battaglia, da combattere a più livelli, sul tema della validità delle "clausole in deroga" alla disciplina legale della fideiussione.

Le clausole di determinazione del tasso tra TUB e TUF: finanziarizzazione della trasparenza bancaria?

1. Gli interessi convenzionali sono espressione dell'autonomia privata[1]. Ma di una autonomia duplicemente condizionata: da un lato dai *trends* del mercato, dall'altro dalle regole giuridiche.

1.1. Nel mercato si incrociano scelte del regolatore, degli operatori professionali, e di risparmiatori ed investitori, al cui sbocco si formano *trends* che oltre che frutto sono anche causa delle scelte, perché influenzano le contrattazioni. Di particolare rilievo è l'atteggiamento dell'Autorità monetaria[2]. Esso influenza direttamente il tasso interbancario (Eonia) e si propaga all'Euribor ed agli altri tassi praticati nell'area euro.

Ne segue che se da un lato la determinazione del tasso è formalmente una scelta delle parti che negoziano, dall'altro è irrealistico che esse lo determinino in modo divergente da ciò che la situazione di mercato al tempo della stipula indica.

In questo senso i tassi, tanto fissi quanto soprattutto variabili di fatto praticati, sebbene per un verso influenzati dalle contrattazioni per altro verso influenzano incisivamente queste stesse[3].

È il mercato, dunque, che guida le parti nel determinare l'obbligazione degli interessi.

1.2. Quanto alla normativa, sugli interessi abbondano le disposizioni. Il codice civile li regola nell'art. 820, 3° c., c.c. come caso di "frutti civili che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia", nell'art. 1224 come 'effetto *ex lege* della

[1] Cass. civ., sez. II, 19-09-2016, n. 18292, in *Rep. Foro it.*, 2016, Interessi [3650], n. 6: "In tema di obbligazioni pecuniarie, gli interessi, siano corrispettivi, compensativi o moratori , contrariamente a quanto avviene nell'ipotesi di somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento del danno di cui essi integrano una componente necessaria, hanno fondamento autonomo rispetto al debito al quale accedono".

[2] Nell'attuale Eurosistema i tassi guida della Banca Centrale Europea con scadenza *overnight*, e cioè il *deposit rate* e la *marginal lending facility* che definicono il c.d. 'corridoio dei tassi di interesse' erano fissati a fine 2017 rispettivamente a – 0,4% e + 0,25 %.

[3] Occorre però ricordare che d'uso le parti quando convengono un tasso variabile nel fare riferimento ad un tasso esterno (p. es. l'Euribor) lo correggono con uno *spread* che tiene conto caso per caso di molteplici fattori relativi alla singola contrattazione.

mora, indipendentemente dalla prova del danno nelle obbligazioni pecuniarie; nell'art. 1282 come prodotto di pieno diritto, salvo deroga nella legge o nel titolo, dei crediti liquidi ed esigibili. Essi fanno inoltre parte della struttura 'normale' di molti contratti[4]. È salva in ogni caso la prevalenza delle leggi speciali (art. 1281).

Le leggi speciali di maggior rilievo sono il TUB e il TUF. Il primo prescrive alle banche anche quanto agli interessi la pubblicità, la trasparenza[5], l'uniformità dei criteri di indicazione e di calcolo (artt. 116 e 123), l'informazione preventiva al consumatore (art. 120 *novies*), l'indicazione scritta nei contratti, rimette al CICR la disciplina della loro produzione (art. 119), ed esclude ogni rinvio agli usi sostituendovi parametri suppletivi determinati autoritativamente (art. 117). Il secondo ribadisce trasparenza, forma scritta (o equivalente) e divieto di rinvio agli usi (art. 23) e ne rafforza in dettaglio la disciplina demandandola alla normazione secondaria (oggi principalmente il Regolamento Consob 15 febbraio 2018, n. 20307).

Accanto a questi deve però essere richiamata anche la disciplina sull'usura. Essa aggancia al mercato la libera determinazione degli interessi, individuando per ogni tipologia di operazioni un tasso soglia rispetto al tasso medio praticato.

Come si vede, la normativa non cancella la discrezionalità delle parti nel determinare il debito degli interessi, nell'*an* e nel *quantum*, ma detta oneri o limiti che la condizionano.

1.3. In sintesi: gli interessi convenzionali sono rimessi all'autonomia privata, ma in un contesto finanziario e giuridico che la condiziona. Dalle disposizioni del codice, del TUB e del TUF derivano limiti formali. Dai *trends* di mercato e dalle disposizioni antiusura limiti materiali.

[4] Nell'art. 1714 come necessario accessorio dovuto dal mandatario al mandante sulle somme riscosse e non consegnate o impiegate; nell'art. 1720 come necessario accessorio del rimborso dal mandante al mandatario delle anticipazioni di questo; nell'art. 1782 come *naturale negotii* del deposito 'irregolare' di denaro o altre cose fungibili, dovendo il depositario corrisponderli salvo patto contrario al depositante; nell'art. 1815 come *naturale negotii* del mutuo, dovendo il mutuatario corrisponderli al mutuante salvo il patto contrario; nell'art.1825 come conseguenza delle rimesse sul conto corrente

[5] Sulla quale la Banca d'Italia ha fornito la normativa di dettaglio con il provvedimento del 29 luglio 2009, e succ. agg. e modif.

2. I limiti legali certamente agiscono sulla scelta dei privati dall'esterno: informazione, esternazione, quantificazione massima. Ma si può ritenere che agiscano anche dall'interno? Che, cioè, la nozione legale degli interessi imponga alla scelta delle parti dei contenuti?

Per una incidenza 'interna' servirebbe un principio. C'è un principio in materia di interessi?

Non mi sembra. Nonostante l'articolata normativa ricordata, o a causa della sua frammentarietà, sugli interessi manca un principio unitario. Anche la pseudo-definizione dell'art. 820 c.c. è una descrizione dei corrispettivi ma non una espressione dell'essenza giuridica degli interessi.

Generalmente si suppone che quel principio sia supplito da una nozione comune[6]. Ma contro questa ipotesi stanno vari indici. Anzitutto nella visione normativa coesistono tipi diversi di interessi (corrispettivi, compensativi e moratori[7]). Qualcosa li accomuna[8], ma soprattutto risalta ciò che li distingue[9]. Per effetto di ciò appare inadeguata la costante classificazione degli interessi tra i frutti civili[10], e quindi impossibile una disciplina unitaria[11].

Talora si presuppone che la nozione giuridica sia fornita da quella economica[12]. Ma così non è perché anche la nozione economica si rivela plurima e disparata.

---

[6] In questo senso M. Libertini, *Interessi*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 95: «il legislatore, pur disciplinando in numerose norme l'obbligazione di interessi, non ha sentito il bisogno di precisarne la nozione, facendo affidamento sulla diffusione e sull'univocità della nozione tradizionale».

[7] In tema: M. Libertini, *Interessi*, cit. p. 97 ss.; V. Pandolfini, *Gli interessi pecuniari*, Milano, 2016, p. 13 ss.

[8] Come il rilievo del tempo e in specie del differimento, o attesa.

[9] Come il carattere remunerativo dei primi due e risarcitorio del terzo tipo.

[10] Quali certo non sono gli interessi moratori. In tema B. Inzitari, *Interessi*, in *Dig. discip. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 567; Id., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 2011, p. 30 ss.; .G. Marinetti, *Interessi (dir. civ.)*, in *Nov.mo Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 860.

[11] V. Pandolfini, *Gli interessi pecuniari*, cit., p. 6; per M. Libertini, *Interessi*, cit. p. 97 è difficile anche reperire una nozione coerente alla base della disciplina diversificata.

[12] Esemplare la posizione di T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1959, *sub* art. 1284, p. 575 e nt. 1, che rinvia a J.M. Keynes.

La tesi della *naturale fecondità del denaro*, che fu già di Claudio Salmasio e Carlo Molineo e che si trova ripresa nella Relazione al codice civile[13] e nell'art. 820 c.c., riecheggia l'osservazione marxiana che il denaro nelle economie capitalistiche non è più solo strumento di consumo ma fattore produttivo, 'capitale'[14].

La diffusa teoria giuridica dell'*interesse come compenso per l'uso*[15], in parte affine alla precedente, perché considera il denaro comunque produttivo, sposta però la fecondità dalla *natura* all'*impiego* del denaro, riprendendo un'idea che si era già in Smith[16] e che si ritrova in Marshall[17] e nella letteratura successiva.

La diversa tesi, pure presente nella dottrina giuridica e nella giurisprudenza[18], secondo cui l'interesse si spiega come *ristoro per*

[13] Relazione del Ministro Guardasigilli, § 593.

[14] C. Marx, *Il capitale*, III, 2. Nella dottrina italiana questa visione è ad es. in E. Quadri, *Gli interessi*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, IX, Torino, 199, p. 642; e (ma non in via esclusiva) è sottolineata da E. Simonetto, *Interessi*: I, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 5.

In giurisprudenza Cass. civ., sez. lav., 22-12-2011, n. 28204, in *Rep. Foro it*., 2011, Interessi [3650], n. 4: "Gli interessi corrispettivi di cui all'art. 1282, 1º comma, c.c. sono dovuti in funzione equilibratrice del vantaggio che il debitore ritrae, data la normale produttività della moneta, dal trattenere presso di sé somme di danaro che avrebbe dovuto pagare".

[15] Per la *Nutzungtheorie* nella dottrina italiana M. Libertini, *Interessi*, cit. p. 97 (ma ovviamente limitatamente ai soli interessi corrispettivi); U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da G. Judica, P. Zatti, Milano, 1991, p. 351.

[16] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (qui cit. nell'ed. London, 1892; corsivo aggiunto): «Whoever derives his revenue from a fund which is his own, must draw it either from his labour, from his stock, or from his land. The revenue derived from labour is called wages. That derived from stock, by the person who manages or employs it, is called profit. *That derived from it by the person who does not employs it himself, but lends it to another, is called the interest or the use of the money. It is the compensation which the borrower pays to the lender for the profit which he has the opportunity of making by the use of the money.* Part of that profit naturally belongs to the borrower, who runs the risk and takes the trouble of employing it.; and part to the lender, who affords him the opportunity of making this profit».

[17] A. Marshall, *Principi di economia*, (1920), Torino, 1959, Libro VI, Cap. VI, p. 546 ss.

[18] Cfr. ad es. T. Padova, 3 maggio 2016, in *Rep. Foro it.*, 2016, Interessi [3650], n. 5: "Gli interessi corrispettivi di cui all'art. 1282, 1º comma, c.c., sono dovuti in funzione equilibratrice del vantaggio che il debitore ritrae, data la normale produttività

l'attesa, ossia per il differimento del godimento del denaro da parte di chi fornisce il capitale[19], era stata teorizzata da J.S. Mill[20], ribadita nel 1903 da Gustav Cassel[21], e ripresa con correzioni da Pigou[22].

Né basta. Vi sono altre prospettive economiche sul saggio degli interessi, prospettive macroeconomiche rimaste estranee alla visione microeconomica del codice, che perciò non hanno avuto attenzione da parte della teoria giuridica. Si può ricordare la tesi di Ricardo[23] secondo cui il tasso non è influenzato direttamente dall'atteggiamento dell'autorità monetaria, che incide piuttosto sul valore della moneta, ma dal confronto tra il tasso di profitto che si può ottenere dall'impiego del capitale ed il tasso al quale la banca è disponibile a prestarlo. O la tesi della scuola austriaca, secondo cui il tasso di interesse varia in funzione delle variazioni fra loro relative dei livelli dei prezzi dei beni di

---

della moneta, dal trattenere presso di sé somme di danaro che avrebbe dovuto pagare e pertanto essi decorrono dalla data in cui il credito e divenuto liquido ed esigibile".

[19] Vi allude p. es. V. Pandolfini, *Gli interessi pecuniari*, cit., p. 8, e E. Simonetto, *Interessi*: I, cit. , p. 2. In giurisprudenza Cass. civ., sez. I, 11-05-2007, n. 10884, in *Rep. Foro it.*, 2007, Interessi [3650], n. 6:"Gli interessi compensativi sono previsti per una funzione equitativa, mirando a compensare il creditore del mancato godimento dei frutti della cosa da lui consegnata all'altra parte prima di riceverne la controprestazione; attesa la loro peculiare finalità, sono dovuti, a differenza degli interessi moratori, indipendentemente dalla mora e dall'inadempimento, e, a differenza dagli interessi corrispettivi, a prescindere dalla liquidità ed esigibilità del credito, sempre che di questo, tuttavia, siano provate la certezza e la definitività".

Appare evidente che la tesi coglie meglio la casistica degli interessi moratori piuttosto che quella dei non moratori (corrispettivi e compensativi; ma v. Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 14-01-2013, n. 10, in *Rep. Foro it.*, 2013, Interessi [3650], n. 2: "Premessa la distinzione tra interessi compensativi (art. 1499 c.c.) e corrispettivi (art. 1282 c.c.), la funzione remuneratoria degli interessi corrispettivi va valutata, *ex latere creditoris*, come compenso per la temporanea privazione del godimento di una somma di denaro e la conseguente impossibilità di trarre, da quella somma, le presumibili utilità derivanti dai suoi impieghi; *ex latere debitoris*, invece, va intesa come corrispettivo per la disponibilità di un capitale altrui e la relativa possibilità di trarne vantaggio.)".

[20] J.S. Mill, *Principi di economia politica*, II, XV, (1848), Milano, 2009, p. 582.

[21] G. Cassel, *The Nature and Necessity of Interest*, London-New York, 1903.

La tesi è criticata da J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 2006, p. 369, osservando che «L'errore proviene dal considerare l'interesse come la ricompensa per l'attesa come tale, invece che come la ricompensa per la non-tesaurizzazione».

[22] A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, London, 1920, II, VII, § 3.

[23] D. Ricardo, *Principi di economia politica*, Torino, s.d., p. 275 ss.

consumo e dei beni capitali[24]. E soprattutto la tesi di J.M. Keynes che l'interesse sia influenzato dal livello del reddito, dalla propensione al consumo, e dalla efficienza marginale del capitale[25]. E ancora: nell'attività bancaria e finanziaria l'interesse è definito dalle sue funzioni di *premio del rischio*, di copertura del *costo della raccolta* bancaria, di recupero dei *costi di gestione*, di rimedio all'incidenza del *carico fiscale*, di riflesso della *scarsità di capitale*[26] .

Manca insomma qualsiasi unitaria concezione *funzionale* degli interessi. Ne segue che la disciplina giuridica non dispone né di un principio legale né di un concetto economico unitario. E dunque non può dettare regole che condizionino dall'interno le scelte dei privati sugli interessi. Come è stato osservato, nella nostra legislazione la *Geschäftsgrundlage* (la *ratio legis*) non assorbe interamente la *Rechtsgrundlage* (la base socioeconomica del diritto)[27], e così lascia scoperto quanto in essa non considerato. Si incontra qui una lacuna assiologica[28] della legislazione.

3. Il diritto vigente non dispone di una di una *nozione funzionale* degli interessi, ma dispone di una *nozione strutturale*. Essa si connota per i caratteri[29] della *accessorietà* dell'obbligazione degli interessi ad una obbligazione principale, della *omogeneità* fra le due, della *periodicità* e della *proporzionalità*: gli interessi come accessorio percentuale dell'obbligazione pecuniaria.

3.1. - Si è sempre dato per scontato che gli interessi siano un *debito* accessorio del debito principale. Le loro caratteristiche strutturali presuppongono come *naturale* una nozione degli interessi che implica il loro valore positivo. L'eventualità di un valore negativo del tasso è rimasta ipotesi teorica[30], presente solo sulle pagine dei manuali. Oggi

[24] L. von Mises, *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel*, Wien, 1912.

[25] J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, cit., p. 367 ss.

[26] Nella dottrina giuridica recente per questi profili v. E. Simonetto, *Interessi*: I, cit. , p. 3.

[27] E. Simonetto, *Interessi*: I, cit. , p. 1.

[28] R. Guastini, *Defettibilità, lacune assiologiche ed interpretazione*, in *Revus*, 2010, p. 57 ss.

[29] Così per tutti M. Libertini, *Interessi*, cit. p. 96.

[30] Per la verità essa era stata considerata già nell'epoca in cui si consolida la nozione dell'interesse come 'frutto del denaro' e quindi come valore positivo, in

non è più così. Ragioni di politica economica connesse alla crisi hanno indotto l'Autorità monetaria a ricorrere, per stimolare la ripresa, a prestare denaro alle banche con interesse negativo. Quantomeno nelle operazioni a tasso variabile questa inversione dei tassi innescata dalle banche centrali si comunica alle operazioni di finanziamento ad operatori privati. Per suo effetto la logica tradizionale, che assume ad assioma la remunerazione dell'uso del denaro altrui, viene ad essere smentita[31]. Non a caso si parla di *financial upside down world.*

Ciò sconvolge convincimenti consolidati; e pone domande nuove. Principalmente queste:

- che rapporto intercorra tra gli interessi negativi e la definizione dei corrispettivi come frutti civili derivanti dall'*altrui* godimento;
- se la accessorietà degli interessi sia compatibile con la loro inversione;
- come l'inversione del tasso reagisca su contratti di durata che non la immaginavano;
- se essa sia compatibile – oltre che con una presunta natura degli inteessi – con la causa dei contratti che li prevedono;
- come le parti possano disciplinare *ex ante* il caso.

La risposta non può essere data guardando solo al codice, che da tempo non esprime più la logica del sistema. I contratti di finanziamento e di investimento si collocano infatti solo in modo marginale nel diritto generale dei contratti e più spesso in modo specifico nel c.d. nuovo diritto dei contratti, essenzialmente di matrice europea, ed ispirato a

rapporto ad esperienze storiche che ne videro il verificarsi. Si trova infatti già nella pagina di F. Galiani, *Della moneta*, (1780), Milano, 1929, tanto l'idea che «hanno da antichissimo tempo gli uomini ricchi tratto frutto dal denaro in varie forme di contratti» (p. 390), quanto la menzione del fatto che (con le parole dell'A.) questo 'soprappiù' non è intrinseco al mutuo, ma anzi «discende alle volte fino al zero (come è ne' banchi e compagnie delle repubbliche) e *talvolta anche sotto al zero, scendendo nelle quantità negative (come avvenne in Francia al tempo del sistema del Law)*» (p. 398; corsivo aggiunto).

[31] Come è stato notato «la definizione di tasso di interesse quale remunerazione del rischio e del tempo non riesce a spiegare i tassi negativi, il rischio infatti trova un limite invalicabile nello zero mentre il tempo non può far altro che scorrere e non può invertire il suo corso» (I. Fogliata, *Tassi negativi, deflazione ed effetti collaterali della grande crisi: le distorsioni del c.d.* "financial upside down world" *esaminate dal lato tecnico*, in www.dirittobancario.it/approfondimenti, p. 2).

principi di efficienza del mercato e di protezione dei contraenti tecnicamente deboli[32].

3.2. - Per derivare, in mancanza sia di un principio legale sia di un concetto scientifico, la risposta giuridica al fenomeno degli interessi negativi dalla logica del sistema, è opportuno, in via introduttiva alla risposta corretta, fare prima ricognizione delle risposte astrattamente possibili, e degli indici normativi che potrebbero supportarle.

Con qualche schematizzazione, le risposte possibili sono tre:

a) *Pieno automatismo*: si può supporre – e come vedremo così avviene p.es. nella contrattazione di tipo ISDA - che i tassi negativi si

[32] La letteratura sul rapporto tra diritto generale e diritto speciale dei contratti è troppo ampia per essere qui richiamata. Per un quadro si rinvia a *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova 2003; *Diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano 2007; G. De Cristofaro, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Mercati regolati*, *Tratt. Roppo*, vol. V, Milano 2014, p. 5 ss.; V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 s.; C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397, p. 399 s.; F. Ferraro, *Analogia e codici di settore*, in *R. d. civ.*, 2011, p. 521; E. Minervini, *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, *Aggior.* III, 2007, p. 182 ss., spec. p. 187 ss.; F. Addis, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 872 ss.; N. Irti, *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in *D. e società*, 2005, p. 131 ss. e in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 17 ss.; A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano 2008. Sul tema, v. anche S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi: ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; L. Rossi Carleo, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano 2005, p. 67 ss.; G. ALPA, *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, p. 1058; ID., *I diritti dei consumatori e il «codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 27; ID., *Art. 1*, in in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 26 ss.; U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *R. crit. d. priv*., 2008, p. 375, p. 402. Si può inoltre discorrere di «microsistemi» (A. Pajno, *Una codificazione per frammenti*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 158; N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, p. 39, p. 36 ss., e *amplius*, p. 91 ss.

Accenti critici in L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo: regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli 2010.

inseriscano automaticamente e senza limiti nel rapporto, dal momento e per tutto il periodo di interessi durante il quale si generano;

b) *Piena irrilevanza*: si può sostenere - ed è stato effettivamente sostenuto – che nel nostro sistema giuridico esistano limiti concettuali e/o legali invalicabili all'inversione del saggio degli interessi, per cui la discesa del tasso implicherebbe un limite insuperabile (un livello minimo di tassi attivi o almeno il c.d. '*fermo zero*');

c) *Rilevanza condizionata*: si può ritenere – e si vedrà come sia stato in varie sedi dibattuto e nella prassi attuato – che in linea astratta l'inversione del tasso operi nei contratti, ma che in concreto tale operatività possa essere frenata dalla parte che ne sarebbe svantaggiata attraverso strumenti negoziali appositi (clausole '*floor*').

3.3. - Due avvertenze giovano ad orientare la disamina che segue.

Anzitutto è opportuno avvertire che non è detto che la risposta del nostro ordinamento sia unitaria, e cioè sempre la stessa. Essa potrebbe infatti variare in relazione a diverse categorie (finanziamento, investimento) o tipologie (contratti aleatori, commutativi; contratti di operatori professionali/non professionali) di operazioni. Ed appare subito probabile che nel quadro dell'attuale diritto dei contratti i principi speciali che reggono certe relazioni negoziali fortemente caratterizzate diano ad esse un'impronta diversa da quanto altrimenti varrebbe.

È poi opportuno avvertire che lo schema qui presentato non è astratto. Ciascuna delle tre concezioni ha avuto un riscontro nella prassi, che è utile caso per caso ricordare, per considerare sia l'effettiva realtà dei fenomeni in corso, sia le ragioni ed argomentazioni che sono state avanzate pro o contro le diverse soluzioni.

4. La visione *sub* a) si è consolidata nel sistema di contrattazione che fa riferimento alla *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA). Dunque nel settore dei contratti derivati, a cui il *Master Agreement* predisposto dall'ISDA offre il modello più comune di contratto-quadro presupposto dagli artt. 37 e 38 del Regolamento Consob n. 16190/2007. Specialmente nel campo degli *Interest Rate Swaps* il recente fenomeno dei valori negativi dei tassi di riferimento ha posto problemi di corretto inquadramento dei metodi di computo.

A tale scopo l'ISDA ha predisposto il 12 maggio 2014 un *Collateral Agreement Negative Interest Protocol* aperto alla adesione degli

operatori, per – come spiega il *Background* accluso - «address the concerns of ISDA members that if negative interest rates were to set in OIS benchmarks used as the Interest Rate for cash collateral it may be unclear how such negative rates should be treated under ISDA collateral documentation».

L'indicazione fornita dal *Protocol* è ben riassunta dalla *Market Guidance concerning Interest Rates on Cash Collateral Under ISDA Collateral Agreements* del 13 maggio 2015, con le seguenti parole: «[the Protocol] is intended to provide an efficient method for market participants to clarify how negative interest is to be settled under most forms of ISDA-published collateral agreements. Specifically, the Protocol provides that when a negative interest rate for cash collateral is oberved in the market, that interest rate should be utilized in the computation of the relevant interest amount, *which may therefore be negative*. Further, the Protocol provides that negative interest amounts shall be settled between the parties, in a manner similar to positive interest amounts *except that the direction of payments is reversed*»[33].

Si tratta evidentemente di un approccio che esaurisce nell'autonomia privata il governo del fenomeno. Né potrebbe essere diversamente: il sistema ISDA (come d'altronde tutta la prassi dei contratti internazionali[34]) non si pone all'interno di un particolare ordinamento. E anzi rivendica la sua autonomia: vale la pena di notare come il menzionato *Protocol* non manchi di recare una clausola di *entire agreement*, cioè di completezza della regolamentazione ed irrilevanza di altre fonti[35]. Non avrebbe dunque senso nella sua logica postulare principi o concetti che non trovino base nelle scelte dell'autonomia privata delle parti. Resta da vedere se questa logica vada davvero seguita, senza interferenze. Ma di ciò, oltre.

Depurando questa visione da quanto si collega specificamente ai soli derivati finanziari e in genere ai contratti di investimento, nonché da quanto si collega specificamente al sistema di contrattazione posto in essere dalle convenzioni ISDA, l'automatismo che la anima è riferibile

[33] Corsivi aggiunti.

[34] Per un quadro, valga per tutti il rinvio a G. Cordero Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge, 2014.

[35] G. Cordero Moss, *International Commercial Contracts*, cit., p. 47; nella letteratura italiana M. Foglia, *Il contratto autoregolato: le* merger clauses, Torino, 2016.

anche alla comune contrattazione bancaria. Esso infatti è il portato naturale della clausola di indicizzazione. Se – e sarà da vedere – non si assume l'esistenza di un limite nell'ordinamento (principi e concetti vincolanti) o nell'autonomia privata (clausole ostative o limitative), l'inversione del tasso e quindi del rapporto di credito-debito degli interessi è il diretto effetto del meccanismo di indicizzazione quando l'indice di riferimento si inverta. Del resto, la casistica cui queste pagine si riferiscono, dei contratti con comuni utenti dei servizi bancari e finanziari[36], non è un *unicum*: essa si colloca nel quadro di un mercato interbancario in cui gli intermediari si prestano fra loro denaro a tassi negativi e, come in precedenza detto, le banche pagano per depositare presso le banche centrali che per converso (è il caso del *Targeted Long Term Refinancing Operation* - TLTRO) prestano denaro a tassi negativi per stimolare il finanziamento di famiglie ed imprese[37].

Appare comunque evidente quale sia, generalizzando, l'esito di tale approccio: nei contratti a tasso variabile l'inversione del valore del tasso di riferimento quando superi anche lo *spread* usualmente applicato in aggiunta dal concedente credito, determina per tutto il periodo durante il quale tale situazione perdura un'inversione del rapporto di credito-debito degli interessi.

5. La visione *sub* b) si è concretamente delineata nell'ambito di un recente dibattito dottrinale. È stato sostenuto che «per il giurista la questione oggi per gli interessi negativi dei mutui e dei finanziamenti come già per i contratti derivati finanziari, deve essere impostata muovendo dalla natura giuridica dei contratti e così della causa che li caratterizza e che ne giustifica, all'interno dell'ordinamento giuridico, il giudizio di liceità e di meritevolezza»[38].

[36] Cioè, per l'esattezza, i 'clienti' tali ai sensi dell'art. 1 del Decreto 3 agosto 2016 sugli interessi nelle operazioni bancarie.

[37] Oltre quanto illustrato *supra*, v. I. Fogliata, *Tassi negativi, deflazione ed effetti collaterali della grande crisi: le distorisioni del c.d.* "financial upside down world" *esaminate dal lato tecnico*, cit. p. 6.

[38] D. Maffeis, *La Causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi e richiede la sostituzione, convenzionale o giudiziale, del parametro esterno divenuto durevolmente negativo*, in *Riv. dir. bancario*, 2016, n. 3, p. 1 ss.; F. Civale, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, in *Dir. bancario*, www.dirittobancario.it/approfondimenti, p.2.

La risposta di questa dottrina è negativa: anche in assenza di una determinazione convenzionale sul punto – si argomenta – la causa di finanziamento sul piano concettuale, e gli artt. 117, 4° c. TUB e 1346 c.c. su quello legale escludono che il mutuatario possa esigere dal mutuante alcun accredito a titolo di interesse negativo, perché l'interesse è un frutto civile e rappresenta il corrispettivo del godimento che 'altri' abbia del denaro prestato.

La causa del contratto – si dice - non può mutare in corso di esecuzione, soltanto perché l'indicizzazione invertirebbe il rapporto. Solo se il contratto nasca con interessi negativi o se i contraenti prevedano espressamente che l'interesse possa andare in negativo, ciò ha incidenza sul rapporto. In tal caso al contratto in sé commutativo di finanziamento si aggiunge una componente aleatoria. Ma una simile clausola non si presume[39].

Di più: il durevole azzeramento neppure può trasformare in gratuito un contratto oneroso. Si può perciò immaginare un obbligo delle parti a rinegoziare in buona fede[40], o che sia in tal caso il giudice a determinare un tasso equo, sulla falsariga dell'art. 1349 c.c. sulla determinazione da parte del terzo dell'oggetto del contratto con equo apprezzamento. In alternativa non resterebbe che la risoluzione per impossibilità sopravvenuta[41].

In modo meno radicale, ma nella stessa linea, è stata da altra dottrina[42] dubitativamente considerata l'idea che la causa del contratto, la natura di frutto civile degli interessi, la possibilità che il mutuo sia sì gratuito ma il silenzio e quindi (si ipotizza) l'implicita esclusione che possa essere oneroso per il mutuante, nonché il fine di lucro dell'impresa bancaria, introducano nel mutuo, e per estensione concettuale in tutti i contratti di finanziamento, il limite dell'azzeramento degli interessi (c.d. 'fermo zero'). O, in subordine, giustifichino da parte della banca l'esercizio del *jus variandi* di cui all'art. 118 TUB.

---

[39] Cfr. *infra*.

[40] F. Civale, *Euribor negativo, interessi e clausole floor: prime riflessioni*, cit., p. 2.

[41] D. Maffeis, *La causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi* ecc, cit., p. 3.

[42] Così, ma dubitativamente, A.A. Dolmetta, *Tasso variabile e valori negativi*, in *Riv. dir. bancario*, 2016, n. 35.

L'inversione verificatasi nel tasso di riferimento non avrebbe quindi effetto sui rapporti di credito-debito dal momento in cui e per tutto il periodo in cui , nonostante lo *spread*, generasse un saldo periodico di interessi negativo per il finanziatore.

In queste prospettive la tesi è mutuata da principi e concetti che si assumono radicati nell'ordinamento. La natura giuridica del contratto e la natura giuridica degli interessi farebbero aggio sul fenomeno economico, e correggerebbero gli esiti naturali della scelta negoziale di indicizzazione. Va da sé che per sostenerlo occorre presupporre una implicita ma precisa presa di posizione in tal senso dell'ordinamento, e dunque non la semplice *normalità* del valore positivo dell'interesse e della remunerazione del mutuante, ma la sua legale *necessità*[43].

6. La visione *sub* c) ha trovato occasione nella pronta reazione delle banche all'andamento degli indici di riferimento dei contratti a tasso variabile. Gli intermediari, infatti, hanno inteso neutralizzare l'erosione dello *spread* derivante dal sopravvenuto valore negativo del parametro di indicizzazione. Ciò è stato fatto, in via prevalente, applicando clausole di c.d. 'tasso minimo' (*floor clauses*) incluse nella modulistica contrattuale[44].

L'assunto di partenza di questa visione è che da un lato il voluto meccanismo di indicizzazione operi quale che sia l'andamento del tasso

[43] La tesi ha avuto concreto riscontro nella prassi di alcune banche italiane ed è stata argomentata espressamente in una recente controversia dinanzi alla Corte di Giustizia UE (cause riunite C-154/15, C-307/15, C-308/15, Cajasur Banco SAU, ECLI:EU:C:2016:980). Le banche spagnole hanno infatti sostenuto in quella sede che la natura dell'operazione e la necessaria stabilità del sistema bancario conducano all'esito del 'fermo zero' nelle operazioni di finanziamento, ottenendo sul punto il consenso dell'Avvocato generale(sulle conclusioni dell'Avvocato Mengozzi nel procedimento di cui alla nota che precede v. S. Pagliantini, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole* floor *sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil)*, in *Contratti*, 2016, p. 1039 ss.), ma non della Corte.

Ma la controversia è limitatamente utile ai fini dell'indagine sulla tesi perché il caso annoverava la presenza nei contratti di apposite clausole *floor* e concerneva soprattutto la restituzione di quanto pagato dai mutuatari; quindi meglio se ne dirà più avanti.

[44] Questa sintesi della prassi è derivabile dalla comunicazione della Banca d'Italia del 7 aprile 2016 *Parametri di indicizzazione dei finanziamenti con valori negativi: trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con la clientela*

di riferimento, e dunque anche al caso rovesciando il normale rapporto di credito-debito degli interessi, ma dall'altro possa altrettanto bene esserne predisposta una correzione attraverso clausole *ad hoc*. L'autonomia privata, come può disporre, può limitare la variabilità del tasso.

Si tratta come si vede di una soluzione di nuovo tutta interna all'autonomia privata, che scarta l'assunto – proprio della visione precedentemente esaminata - di una precisa presa di posizione dell'ordinamento a favore del necessario valore positivo dell'interesse e della remunerazione del mutuante.

L'esito dell'inserimento di clausole *floor* nei contratti di finanziamento è ovvio: la determinazione tempo per tempo degli interessi seguirà l'andamento dell'indice di riferimento (più lo *spread* d'uso); ma se l'indice di riferimento diverrà negativo al punto di scendere nonostante lo *spread* sotto il minimo convenuto, il mutuatario continuerà a corrispondere, per tutto il relativo periodo di interessi, il minimo. Può accadere che tale minimo sia pattuito nell'azzeramento (c.d. 'fermo zero'). In tal caso il finanziamento diverrà gratuito fino al rialzo dell'indice di riferimento. Comunque è esclusa la possibilità di inversione del rapporto di credito-debito[45].

Le clausole *floor* nei finanziamenti non hanno sollevato problemi di legittimità, ma ne hanno sollevati di opponibilità. A volte infatti tali clausole non sono apparse adeguatamente pubblicizzate, e ne è stata a vario titolo ritenuta l'inefficacia nei confronti dei mutuatari, con l'effetto della loro totale disapplicazione e quindi della restituzione delle differenze. Su ciò è intervenuta di recente la Corte di giustizia dell'U.E[46] nella ricordata controversia concernente le banche spagnole, per asseverare la necessità dell'integrale restituzione dell'indebito

[45] Con l'inserimento di clausole *floor* l'operazione per la banca può rivelarsi in caso estremo infruttifera, ma non in perdita. E per giudicare del suo carattere fruttifero occorrerebbe ovviamente allargare lo sguardo ai costi di gestione, ai rischi di credito, e soprattutto al costo della provvista, o anche – ricordando che a monte vi sono talune banche centrali che remunerano i finanziamenti concessi – all'eventuale profitto della provvista.

[46] CGUE Grande Sezione, 21 dicembre 2016, Naranjo c. Cajasur Banco SAU e altri (cause C-154/15, C-307/15, C-308/15. In tema A. Dalmartello, *Epilogo della questione della clausola* floor *in Spagna? Chiarimenti della Corte di giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, n. 2

pagato dal mutuatario quando le clausole *floor* che limitano gli effetti dei tassi negativi siano risultate nulle per abusività.

È opportuno poi ricordare che su questa casistica è intervenuta da noi la Banca d'Italia, ricordando il dovuto rispetto del principio di trasparenza, la necessità di determinare correttamente il tasso cui concorra un indice andato in negativo, e se del caso di procedere alle debite restituzioni[47]. Ed è intervenuta inoltre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con un provvedimento del 7 febbraio 2017, che sospende la procedura di infrazione nei confronti di una banca in relazione alla apposizione ai contratti di mutuo di una clausola di tasso minimo, a fronte di una serie di impegni sulla trasparenza del testo, la sua ampia pubblicizzazione, ed un indennizzo straordinario al mutuatario.

7. - Fatta ricognizione delle tesi possibili e comunque concretamente sostenute, si può passare ad una loro valutazione critica.

Considerate le tesi in contrasto, risulta evidente che *non* è realmente in questione che i tassi negativi tendenzialmente si riverberino sulle operazioni a tasso variabile negoziate con gli intermediari dagli utenti di servizi bancari e finanziari. La questione è piuttosto:

- Se nel nostro ordinamento sussistano invalicabili limiti legali e/o concettuali all'inversione del tasso;
- In subordine, se possano sussistere validi limiti negoziali (clausole *floor*).

Occorre dunque anzitutto riconsiderare criticamente ed in sequenza queste due ipotesi.

7.1. La tesi illustrata nel § 5 ravvisa l'esistenza di oggettivi limiti legali e concettuali all'inversione del tasso nella natura giuridica degli interessi e nella causa dei contratti di finanziamento. A mio parere questa tesi non può essere seguita. Né la causa di finanziamento né la qualificazione come 'frutti civili' degli interessi (né il fine di lucro dell'impresa bancaria e finanziaria né la stabilità del sistema, sul piano *concettuale*, né gli artt. 820 1284, 1346, 1815 c.c., e 117, 4° c. TUB, su quello *legale*), escludono che il mutuatario e in generale la parte che

[47] Si tratta della già citata comunicazione della Banca d'Italia del 7 aprile 2016 *Parametri di indicizzazione dei finanziamenti con valori negativi: trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza nei rapporti con la clientela*

riceve il finanziamento, possa esigere dal mutuante o finanziatore un accredito a titolo di interesse negativo, se del caso. Mancano pertanto nel sistema giuridico reali limiti concettuali ai tassi negativi nei contratti. Queste che seguono le ragioni.

Non li esclude la causa del contratto, per plurimi motivi: il mutuo ed in genere i contratti di finanziamento sono stati sì, nella pregressa normalità, caratterizzati dalla remunerazione del prestatore; ma da nessuna parte emerge che questo fosse e sia nella visione del sistema un *essentiale negotii*. Non solo la possibile gratuità del mutuo, ma anche il carattere derogabile e non certo di ordine pubblico delle disposizioni regolatrici, rimettono all'autonomia privata la conformazione del rapporto. E quando sceglie per l'indicizzazione, l'autonomia privata ammette razionalmente anche l'effetto di inversione, se non è espressamente e debitamente manifestata una concorde diversa volontà. Sul piano della qualificazione del contratto indicizzato si potrà discutere se si tratti di contratto legalmente o socialmente tipico con aggiunta di una clausola occasionata da *motivi* che quand'anche determinanti e comuni comunque notoriamente non alterano la *causa*[48], o invece si tratti di contratto atipico, invalso nella prassi. Ma non si potrà dubitare che si abbia nel primo caso inserimento di una clausola legittima, e nel secondo stipula di un contratto atipico meritevole di tutela[49], in cui l'indicizzazione introduce un elemento di lecita aleatorietà nel rapporto[50].

Non li esclude la qualificazione come 'frutti civili' degli interessi: come detto, il dettato legale non offre una propria concezione degli interessi ispirata ad un principio o concetto dietro il quale stia una scelta di politica legislativa con valore di ordine pubblico, ma semplicemente rinvia alla prassi ed alle concezioni economiche correnti. Le disposizioni che qualificano l'interesse come frutto civile che rappresenta il corrispettivo del godimento che 'altri' abbia del denaro

[48] Il che sembra smentire *in toto* l'affermazione della dottrina (D. Maffeis, *La causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi* ecc, cit., loc. cit) di una inammissibile variazione sopravvenuta della causa.

[49] Nessuno ha mai dubitato della meritevolezza dei contratti indicizzati, o comunque della legittimità della clausola di indicizzazione.

[50] Sull'alea E. Gabrielli, *Alea*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988: «l'inserzione dell'elemento aleatorio non produce una vera trasformazione causale del contratto, ma unicamente una estensione dell'alea convenzionale del tipo contrattuale» (p. 3).

prestato, descrivono (individuano, cioè, una fattispecie: quella deegli interessi corrispettivi), non prescrivono (non individuano insomma un effetto giuridico). Sono già nel sistema tipi di interessi che non rispondono a questa nozione (essenzialmente i moratori) che, dimostrandone la relatività, dimostrano che nessuna scelta inderogabile è stata in materia compiuta dall'ordinamento. Il che apre alla possibilità anche giuridica di una diversa casistica, come quella dell'inversione del tasso.

Né li escludono il lucro o la stabilità dell'impresa bancaria: a questi argomenti si è si è giustamente risposto che, anzitutto, una temporanea inversione del tasso non comporta necessariamente che l'intera operazione vada in perdita, e che comunque il fine in astratto del lucro non vale a garantirlo forzosamente in concreto; e poi che la 'sana e prudente gestione' dell'impresa bancaria di cui all'art. 5 TUB e in generale l'esigenza di stabilità del sistema creditizio può legittimare le banche a introdurre clausole 'fermo zero', ma non può supplirne la mancanza. Né – si è osservato - è possibile qui ricorrere al *jus variandi*, perché l'art. 118 TUB lo consente per mutare *in pejus* clausole che sono nel contratto, non per introdurvi clausole che non ci sono. E l'adozione del tasso variabile esclude d'altronde che l'inversione dell'Euribor (o altro riferimento) sia il 'giustificato motivo' richiesto dalla norma[51] per esercitare il *jus variandi*.

Né si riscontrano nel sistema giuridico reali limiti legali ai tassi negativi nei contratti.

Nemmeno le disposizioni degli artt. 820, 1284, 1346, 1815 c.c., e 117, 4° c. TUB escludono la possibilità dell'inversione del tasso nei contratti a tasso variabile: esse regolano la normalità, non la necessità, dei casi ivi considerati. Una normalità legata ad uno scenario (i tassi positivi) storicamente dominante ma estraneo a qualsiasi indirizzo di politica legislativa che non sia quello di rimettere al mercato ed alle parti la conformazione dell'operazione.

Una conferma di ciò si ha anche dalla consolidata giurisprudenza sull'anatocismo, costruita sul presupposto che le regole con cui tradizionalmente sono governati gli interessi nella contrattazione bancaria non siano usi normativi, cioè scelte fatte proprie dal sistema

[51] Tali argomenti si trovano in parte in A.A. Dolmetta, *Tasso variabile e valori negativi*, cit.

giuridico, ma semplici usi negoziali, cioè scelte consentite all'autonomia privata ma estranee ad una presa di posizione del sistema dettata da specifiche esigenze di politica del diritto[52].

Né limiti concettuali, né legali, dunque. E può essere utile aggiungere una considerazione che emerge pianamente dalle disposizioni del diritto generale dei contratti per il caso di sopravvenuta onerosità che fuoriesca dal progetto di scambio previsto. Sebbene il fenomeno dei tassi negativi appaia rispetto alla storia eccezionale ed imprevedibile, almeno prima del suo pieno manifestarsi, e possa produrre a carico del finanziatore forte onerosità quando inverta il rapporto tanto incisivamente e durevolmente da condurre per quest'ultimo in perdita l'operazione economica, osta all'invocazione della regola dell'art. 1467, 1° comma, c.c., quella del 2° comma, in quanto la volontà dell'indicizzazione riconduce l'inversione nell'alea normale del contratto[53].

In sintesi: non sussistono limiti concettuali e legali che ostino all'ipotesi che a seguito dell'inversione dell'indice di riferimento il rapporto di credito-debito degli interessi tra finanziatore e finanziato nei contratti a tasso variabile si possa alterare e al caso invertire portando il finanziatore in perdita.

7.2. Deve ora essere considerata la questione se i limiti che non derivano dalla legge possano derivare dall'autonomia privata. Se, cioè, possano sussistere validi limiti negoziali (clausole *floor*) al pieno rovesciamento dell'obbligazione degli interessi.

Emerge subito da quanto sopra – che cioè l'indirizzo di politica legislativa in materia è quello di rimettere al mercato ed alle parti la conformazione dell'operazione – che in sé la liceità del ricorso a clausole *floor* o 'fermo zero' non è in questione. In altre parole: come è rimesso all'autonomia privata, attraverso la scelta dell'indicizzazione, aprire ad una disciplina dei contratti e degli interessi esposta a rovesciare la normalità del tasso positivo e della remunerazione del

[52] Cfr. tra molte Cass., 11 novembre 1999, n 12507, in *Corriere giur*., 1999, p. 1485, con nt. di Carbone.

[53] Per un caso affine Cass., 21 aprile 2011, n. 9263, in *Rep. Foro it.*, 2011, Contratto in genere, n. 521, in tema di alea normale del mutuo che per volontà delle parti sia legato ad un indice variabile (nella specie le fluttuazioni di mercato della valuta estera). Nello stesso senso Cass., 17 luglio 2003, n. 11200, *ivi*, 2003, Contratto in genere, n. 584.

mutuante, così è rimesso all'autonomia privata limitare o correggere questi possibili effetti dell'indicizzazione, attraverso clausole apposite. Non sembra perciò utile indagare ulteriormente il punto che può darsi per pacifico.

La questione che realmente si pone, e che ha avuto l'attenzione della dottrina è un'altra. È certamente legittimo il ricorso a clausole *floor* nei contratti di investimento e di finanziamento, ma con due limiti: uno certo, la *trasparenza*, l'altro possibile, l'*equilibrio*.

Limite certo è la trasparenza. Il principio è saldamente radicato nel nuovo diritto dei contratti dei consumatori e degli utenti dei servizi bancari e finanziari, e trova base esplicita nella normativa. Questo perché il nuovo diritto dei contratti, sebbene resti estraneo a qualsiasi intervento di contenuto della negoziazione, che può dunque foggiare come crede l'obbligazione degli interessi e quindi anche agganciarla ad indici variabili suscettibili di invertire il rapporto, e allora anche limitarne l'operatività con clausole di tasso minimo, non resta però estraneo a interventi di garanzia della razionalità procedurale della negoziazione.

Di qui il principio per cui esse non sono valide se non siano espressamente e *trasparentemente* inserite dall'origine nei contratti di finanziamento a tasso variabile. Un principio facilmente evincibile dall'art. 34 del Codice del consumo, e – con maggiore attinenza alla nostra materia – dagli artt. 117, 4° c., TUB, letto alla luce dei provvedimenti della Banca d'Italia sulla *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* del 29 luglio 2009, e del 9 febbraio 2011, e 21, 1° c., lett. a) del TUF, letto alla luce del Regolamento Consob n. 16190/2007, spec. art. 28.

È pacifico che il dovere di trasparenza investa, nel campo dell'intermediazione finanziaria anche gli investitori qualificati[54], ai

[54] T. Milano, 19 aprile 2011, in *Contratti*, 2011, 761, n. Autelitano: «L'intermediario finanziario è tenuto, anche quando il cliente sia un operatore qualificato di cui all'art. 31 reg. Consob n. 11592/1998, ad osservare l'obbligo di comportarsi con diligenza, professionalità, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati, previsto dall'art. 21 lett. a) tuf; gli art. 27, 28 e 29 reg. Consob n. 11592/1998, in materia di adeguatezza, informazione e conflitto d'interessi, prevedono adempimenti ulteriori, con funzione integrativa e non derogatoria, rispetto al predetto obbligo di fonte primaria»; T. Orvieto, 12 giugno

quali, invece, la normativa vigente riserva una qualche attenuazione della protezione, in termini di ampiezza dell'informazione dovuta[55].

Si è fatta questione di quando la clausola possa ritenersi trasparente. È requisito ovvio che essa sia presente nella complessiva documentazione contrattuale, e formulata con un testo chiaro comprensibile anche ad un utente dei servizi bancari e finanziari non particolarmente qualificato. Ma da qualcuno in dottrina si esigerebbe oltre che una particolare chiarezza una particolare evidenza[56]. E sul punto, se non è decisivo è significativo che l'AGCM[57] abbia sospeso la procedura di infrazione avviata a fronte di specifici impegni dell'intermediario a mettere in speciale evidenza nelle parti iniziali del modello SECCI, del foglio informativo, delle Informazioni generali e del Prospetto Informativo europeo Standardizzato la clausola sul tasso minimo, ed a ricordarla annualmente al mutuatario. Una simile enfasi può essere praticamente utile, ma pare azzardato pensare che in difetto la clausola non possa dirsi 'trasparente'.

Questione rilevante è poi quali siano gli effetti del difetto di trasparenza. La questione si presenta complessa.

Una prima prospettiva condurrebbe a dire, seguendo l'indirizzo asseverato dalle Sezioni Unite della Corte Suprema[58], che si tratta di

2006, in *Rass. giur. umbra*, 2007, 628, n. Tuccani: «Il fatto che il cliente sia un investitore esperto di strumenti finanziari non esime la banca dall'obbligo di fornire una completa e corretta informazione in tutte le fasi del rapporto, obbligo che sussiste sia al momento della proposizione dell'investimento sia successivamente, in conformità alla trasparenza e alla buona fede contrattuale imposte dal legislatore».

[55] Cfr. l'art. 34 del Regolamento Consob n. 16190/2007

[56] A.A. Dolmetta, op. cit., p. 4.

[57] Cfr. il provvedimento del 7 febbraio 2017, cit.

[58] Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, 221, n. Sangiovanni, e in *Giur. it*., 2008, 347, n. Cottino, e in *Dir. fallim*., 2008, II, 1, n. Sartori: «La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione; in nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione

violazione di un dovere di comportamento e che quindi la sanzione è il risarcimento del danno precontrattuale (ma comprensivo dell'interesse contrattuale positivo, come la Corte ha chiarito).

Una diversa prospettiva però considera che il difetto di trasparenza sia in sé un caso di "vessatorietà", e quindi di nullità della clausola. Né varrebbe obiettare che la valutazione di vessatorietà è per natura estranea 'alla adeguatezza del corrispettivo' (quale l'interesse certamente è in questi contratti), perché è testuale nella legge l'esimente che il corrispettivo non sia individuato in modo chiaro e comprensibile[59]. E non è certo senza significato che la Corte di giustizia UE non abbia esitato nella controversia delle banche spagnole sopra citata a presupporre la vessatorietà di clausole *floor* che il *Tribunal Supremo* aveva però ritenuto non trasparenti, per fondarvi l'obbligo di piena restituzione della differenza.

A ben vedere la questione è di non difficile soluzione e agli effetti pratici non molto rilevante. La soluzione passa per la constatazione che la trasparenza è, al contempo, un dovere di comportamento dell'intermediario quando si tratta di fornire in modo chiaro e comprensibile le informazioni, ma anche un requisito di contenuto del contratto quando si tratta di redigerne le clausole. Se – seguendo la nostra Cassazione – alla prima violazione, di regole di comportamento, consegue solo il danno, alla seconda però, di regole di contenuto, consegue pianamente la nullità. L'irrilevanza pratica deriva dal fatto che l'effetto risarcitorio che segue alla violazione di una regola di comportamento finisce qui per coincidere con l'effetto restitutorio che consegue alla nullità di una regola del contenuto negoziale: in sostanza in un caso e nell'altro il cliente ha diritto al recupero delle differenze. L'unica differenza rilevante è l'onere processuale di corredare la domanda di accertamento della nullità per vessatorietà di una domanda restitutoria di condanna.

Al limite, certo, della trasparenza, qualcuno vorrebbe aggiungere il limite, invece assai discutibile, dell'equilibrio. Si assume che l'inserimento di clausole *floor* sarebbe legittimo solo se accompagnato dal contemporaneo inserimento di clausole *cap*. In difetto, il contratto

dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, 1º comma, c.c. ».

[59] Cfr. L'art. 34, 2° c., del Codice del consumo.

sarebbe immeritevole di tutela difendendo la banca dall'eventualità di valori negativi ma lasciando il cliente esposto ad una rovinosa salita dei tassi[60]. Occorre segnalare che per questa dottrina la clausola *floor* rappresenterebbe un *derivato implicito* inserito nel contratto bancario[61].

Trascurando qui per brevità la configurazione della clausola come derivato implicito, sulla quale si dovrebbe esprimere qualche dissenso[62], la tesi suscita perplessità: sebbene da qualcuno sostenuto non esiste nel nostro ordinamento un generale principio di equilibrio economico del contratto. Del resto la meritevolezza di questi contratti è sempre parsa pacifica, purché: a) la clausola di indicizzazione fosse chiara, b) il rischio valutato e consapevolmente accettato dal cliente, c) sussistano ragioni oggettive perché il mutuante si assicuri una remunerazione minima del servizio anche per il caso di azzeramento o inversione dei tassi.

Si comprende la suggestione contenuta nella tesi, ma a ben vedere le ragioni che motivano i tassi negativi (incentivo macroeconomico) sono del tutto estranee all'equilibrio dei singoli contratti. E sul piano microeconomico l'utente del servizio continua – tassi positivi o negativi – a fruirne, sicché il 'prezzo' del servizio – che la dottrina in maggioranza considera insindacabile - non è mai *sine causa.*

[60] A.A. Dolmetta, *Tasso variabile e "valori negativi"*, cit., p. 4.

[61] A.A. Dolmetta, *Di derivati impliciti e di derivati apparenti*, in *Riv. dir. bancario*, dirittobancario.it, 21, 2016.

[62] Altro è che, solo per fini contabili, e nell'esclusiva prospettiva della matematica finanziaria, sia comune l'uso di scomporre il contratto per valutarlo a fini finanziari *come se* contenesse un contratto derivato accanto all'operazione di finanziamento. Ma a chi scrive sembra che la prassi finanziaria puramente strumentale non dia indicazioni sulla natura giuridica.

RAFFAELE DI RAIMO

La partecipazione pubblica agli Enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Segue. Partecipazioni pubbliche e D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. – 3. Il rapporto associativo dell'amministrazione pubblica in società mista come strumento di gestione di un rapporto corrispettivo. – 4. Segue. Tipologie e funzione della partecipazione pubblica. – 5. Natura degli enti e qualifica di «organismi di diritto pubblico». – 6. Il codice del terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. – 7. Conclusioni.

1. L'interesse della letteratura e della pratica civilistiche verso la partecipazione della P.A. a enti del Libro primo del codice civile ha conservato per lungo tempo dimensioni assai ridotte: limitato al tema non esattamente centrale della natura e della disciplina delle c.dd. fondazioni di partecipazione, da un lato, e, dall'altro lato, a quello della qualificazione strutturale e sostanziale degli enti tra diritto privato e diritto pubblico. Le relative discussioni sono state a lungo parimenti circoscritte. Su un piano generale, limitate nella sostanza al confronto tra la posizione strutturalista, orientata a guadagnare libertà e diritti all'ombra dell'abusata formula della «persona giuridica di diritto privato» e la posizione sostanzialista, orientata a conservare lo statuto pubblicistico e i relativi controlli ogni qual volta l'interesse perseguito e il patrimonio siano riferibili all'area pubblicistica. In via specifica, poi, discussioni frammentarie connesse all'analisi di singole figure direttamente prevista dalla legge, dotate di proprie funzioni e proprie discipline, come tali in buona misura emarginate sia rispetto alle tematiche generali degli enti del Libro primo, sia rispetto a quelle, parimenti generali, del partenariato pubblico/privato.

La tematica si presta ad assumere tuttavia diversa luce in conseguenza delle previsioni contenute in alcuni provvedimenti normativi recenti, tra loro sostanzialmente coevi e forse riferibili a una complessiva idea di riforma dell'iniziativa economica ascrivibile ai settori primo (quello pubblico) e terzo (quello privato non lucrativo)

* È, con qualche opportuno aggiornamento e poche note essenziali, la relazione al convegno *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche* svoltosi nei giorni 29 e 30 giugno 2016 presso l'Università della Magna Graecia di Catanzaro.

dell'economia. Tali previsioni, in particolare, inducono una riflessione in ordine alle modalità e alle potenzialità della collaborazione pubblico privato in un contesto oggi fortemente condizionato dalla crisi economica qual è quello delle istituzioni del *welfare* nella prospettiva dell'efficienza nella produzione di beni e servizi sociali.

Primo dei detti provvedimenti è il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il «testo unico in materia di società a partecipazione pubblica». In particolare, la lettera b) dell'art. 1, comma 4, precisa che l'entrata in vigore della nuova disciplina tiene ferme «le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni». Non granché rilevante: si tratta soltanto di una esclusione. Potrebbe venir da pensare. Tuttavia, la logica delle esclusioni nel nostro specifico caso produce un risultato affermativo importante.

Il quadro degli obiettivi delineato fin dalla delega (nella specie, attribuita con l'art. 18 della L. 124/2015 sul riordino delle amministrazioni pubbliche) è chiaro, come pure lo è quello risultante dalla sua recezione da parte del legislatore delegato: razionalizzare l'impegno della P.A. nella gestione partecipata di attività economiche, correlandone la tipologia alle finalità. Vi è, in tal senso, una corretta scelta di metodo: centrale è l'attività; rispetto a essa il «soggetto», ovvero la forma organizzativa dell'attività medesima, assume rilievo esclusivamente strumentale. In questa logica rientrano a monte, concettualmente, anche gli enti associativi diversi dalle società e le fondazioni esattamente per ciò, che il legislatore ne ha espressamente disposto l'esclusione. In altre parole, l'espressa esclusione, a valle, di un fenomeno manifesta una delimitazione di campo operata a monte la quale invece quel fenomeno ricomprendeva.

Secondo provvedimento è il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 recante il "Codice del terzo settore", emanato in esecuzione della delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106. È innanzitutto da segnalare, in questo provvedimento, la presenza di un paio di disposizioni dal contenuto speculare rispetto al menzionato art. 1, comma 4, del d.lgs. 175/2016. Una è l'esplicita inclusione dettata dall'art. 3: «Le disposizioni del presente codice si applicano, ove non derogate e in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare». Esplicita inclusione dunque degli enti a partecipazione pubblica dotati di un proprio statuto normativo

speciale. L'altra (art. 4) è un'esclusione: «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore». La disposizione, pur all'esito della problematica interpretazione di un testo, a dire poco, sconnesso, esclude le società di natura privata costituite con scopo di lucro.

Numerose disposizioni sono poi, opportunamente, dedicate alla collaborazione programmatica e al coordinamento tra enti del terzo settore e pubblica amministrazione.

Terzo e ultimo provvedimento è il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 – attuativo della medesima delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106 – recante la revisione della disciplina dell'impresa sociale. Premesso, all'art. 1, comma 1, che «(P)ossono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, incluse quelle costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività», è in prima battuta, al comma 2 del medesimo articolo, espressa una netta esclusione: «(N)on possono acquisire la qualifica di impresa sociale le amministrazioni pubbliche». Esclusione perfezionata dalle precisazioni del comma 3 dell'art. 4 che «(G)li enti con scopo di lucro e le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo l, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un'impresa sociale ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile» nonché dell'art. 7 comma 2, che «(N)on possono assumere la presidenza

dell'impresa sociale rappresentanti degli enti di cui all'articolo 4, comma 3». Sulla medesima linea assume altresì rilievo la precedente disposizione del comma 1 dell'art. 7, che «(Q)ualora l'atto costitutivo o lo statuto riservino a soggetti esterni all'impresa sociale la nomina di componenti degli organi sociali, la nomina della maggioranza dei componenti dell'organo di amministrazione deve in ogni caso essere riservata all'assemblea degli associati o dei soci dell'impresa sociale».

2. Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, si è detto, reca un'assimilazione e un'esclusione. L'una a monte, l'altra a valle della posizione dei confini della materia da regolare. È scontato perciò sollevare da principio due interrogativi: a) perché l'assimilazione a monte? b) perché l'esclusione a valle?

Per rispondere alla prima domanda occorre inquadrare funzionalmente la partecipazione dell'amministrazione pubblica a enti non lucrativi. Come noto, la P.A. ha tradizionalmente due modi per svolgere il proprio ruolo di assistenza a servizi non economici rientranti nell'attività di promozione del *welfare*: il finanziamento diretto o indiretto (tramite sconti fiscali o privilegi di vario genere) di enti del c.d. terzo settore; lo strumento contrattuale, ovvero la completa esternalizzazzione, anche finanziaria, della produzione e, invece, il commissionamento e l'acquisto *a posteriori* del prodotto.

Il modello dell'ente misto trova allo stato applicazioni assai circoscritte. A ben guardare, esse si collocano per lo più in settori dove la scelta in ordine alla modalità di produzione dei servizi profila un'alternativa radicalmente differente rispetto a quella testé evocata: alternativa non già tra finanziamento ed esternalizzazione e invece tra gestione partecipata ed esternalizzazione. In sostanza, la medesima alternativa che si pone con riguardo ai servizi di interesse economico, dove il sostegno finanziario esterno non è consentito dalle regole di tutela della concorrenza. Più in particolare, soltanto il metodo della esternalizzazione, che si traduce nella contrattazione per l'acquisto di servizi prodotti dal settore privato («secondo» o «terzo» che sia), è sempre compatibile con la natura propria della P.A. quali che siano i caratteri dell'attività e la finalità perseguita ed è perciò generalmente impiegabile, salva ovviamente la necessità di rispettare la disciplina dei contratti pubblici.

Le altre due modalità di intervento sono invece di principio collegate

ai caratteri dell'attività e/o alle relative finalità. Se, come detto, il sostegno finanziario, che sia diretto o indiretto, è incompatibile con attività di interesse economico, parimenti incompatibile è, sull'altra sponda, l'intervento nella gestione di attività le cui finalità ideali sono per definizione incomprimibili e, per ciò spesso, incontrollabili dai poteri pubblici. Questo per dire che la partecipazione dell'amministrazione pubblica a enti non lucrativi non può essere reputata in sé generalmente compatibile con i relativi profili funzionali e deve invece necessariamente trovare una propria specifica ragion d'essere nei caratteri delle attività e/o delle finalità volta per volta perseguite.

La struttura, in sintesi, e la forma degli enti nonché la modalità della partecipazione a essi della P.A. sono legittimi in ragione della loro utilità rispetto alle funzioni volta per volta perseguite. Occorre allora fare un passo indietro per anzitutto chiarire, in via ancora preliminare, quale significato assuma la partecipazione a enti da parte della P.A. nella logica del menzionato decreto 175/2016 e più ampiamente nel sistema di regole italo-comunitarie stratificate a far capo dalla legge n. 142 del 1990.

Procedendo molto sinteticamente: i menzionati interventi normativi facenti capo alla legge 142 del 1990 – come noto seguita dalla legge 498 del 1992 e dal D.P.R. 533 del 1996 – hanno delineato figure fortemente ibride, connotate da una notevole incidenza, ma diremmo pure dalla prevalenza, del "parasociale" sul "sociale" e perciò dell'elemento puramente contrattuale su quello propriamente societario o, ancora, della prevalenza degli strumenti di governo del rapporto negoziale tra le parti (pubblica e privata) in quanto tali sul modello organizzativo dei poteri di governo dell'attività[1].

Una cospicua esperienza applicativa ha profilato tali figure, soprattutto in una prima fase, secondo le linee della partizione tra società costituite per la gestione di una pluralità di servizi, ovvero a oggetto aperto, e società, a oggetto esclusivo, costituite unicamente per la gestione di uno specifico servizio. Le prime, conosciute nelle numerose esperienze di società cdd. multiservizi, somigliano

[1] Un'ampia ricostruzione in tal senso in R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta dei servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000*, passim.*

maggiormente – quantomeno guardandone l'attività nei suoi profili esterni – a società di diritto privato: come gli operatori privati, e in concorrenza con questi, agiscono sul mercato (dei servizi) senza possibilità di trattamento differenziato; problema in questo caso è la stessa ammissibilità della partecipazione pubblica. La direzione presa dal sistema e decisamente confermata dalla giurisprudenza e dal legislatore più recenti è quella di una progressiva erosione degli spazi disponibili per questa tipologia[2].

Le seconde sono costituite, si diceva, nella prospettiva dell'affidamento di un servizio soltanto, del quale è titolare il socio pubblico. Il rapporto è connotato dagli specifici apporti dei due soci: il socio pubblico conferisce il servizio e i beni a esso strumentali e il socio privato conferisce conoscenze tecniche e capacità operative oltre a

[2] Le restrizioni trovano causa, tra le altre, nei rischi di abuso, qual è l'elusione dei vincoli di finanza pubblica connessi all'utilizzazione, nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, delle società miste, di quelle strumentali e di quelle *in house*. Cfr. V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, in G. FALCON e B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa* (Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012), Padova, 2013, 199 ss.

In giurisprudenza, può essere reputata significativa Cons. Stato, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Giur. it*., 2009, 2793, ove, con riguardo a un bando per la selezione del socio operativo in funzione della costituzione di una società mista per la gestione del servizio rifiuti, si è reputato che l'indicazione dell'oggetto dell'attività da affidare, come «attività di raccolta dei rifiuti di tutti i comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale […] e di quegli altri che ne avessero fatta richiesta», fosse generica. Allo stesso modo generica è stata valutata (da Cons. Stato, 23 settembre 2008, n. 4603, in *Urb. app.*, 2009, 183) l'indicazione dell'attività da esercitare come «realizzazione di tutti quei lavori […] che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali», contenuta in un bando per la selezione di socio operativo cui affidare lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria del sistema infrastrutturale per lo svolgimento del servizio idrico integrato. Ha infine decisamente negato che la società mista, costituita con gara relativamente a un servizio, possa ottenere l'affidamento di servizi ulteriori, non previsti dal bando, o il rinnovo degli appalti già affidati Cons. Stato, 4 agosto 2010, n. 5214, in *www.ildirittoamministrativo.it*; . Cons. Stato, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm*. CDS, 2009, p. 789, ove in particolare: «[…] è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di servizi indeterminati […] e per una durata esorbitante (…) è di per sé discriminante in danno delle imprese di settore che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lotti, di portata più limitata e ben precisata». V. anche Parere ANAC sulla Normativa del 19/05/2011 - rif. AG 3/2011, e sentenze del CdS ivi citate).

condividere gli oneri economico-finanziari. Il rapporto tra i due soci, pubblico e privato, è regolato prevalentemente sul piano parasociale.

A fronte di una risalente e, possiamo certamente dire, superata tendenza a ricondurre questo fenomeno al modello delle società di capitali di diritto privato comune, parte della dottrina seguita dalla giurisprudenza che si può reputare più significativa lo assimilano invece al partenariato di tipo contrattuale ovvero ai rapporti costituiti principalmente tramite appalti e concessioni. In questo senso assai significativa è altresì la posizione della Commissione europea espressa nel Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2004/327 definitivo)**.**

Rilevante ai fini della qualificazione del rapporto tra parte pubblica e parte privata è perciò anzitutto la disciplina applicabile all'affidamento del servizio. In altre parole, per comprendere a fondo i rapporti correnti tra pubblico e privato in quanto soci occorre capovolgere la prospettiva muovendo non già dai caratteri generali dell'ente da essi costituito e affidatario della gestione bensì dalle condizioni dell'affidamento ovvero dai requisiti che esso, ente, deve possedere specificamente per poterlo ottenere: dunque, dalle forme di gestione ammesse dal sistema.

Ebbene, dato che si può reputare da tempo acquisito[3] è che i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica possono essere gestiti in tre diverse maniere: a) mediante il ricorso al mercato; b) attraverso il partenariato pubblico-privato (nel quale è ricompresa la fattispecie della società mista); c) attraverso l'affidamento diretto secondo il modello dell'*in house providing* (o delegazione interorganica), unica ipotesi a base soggettiva di deroga agli obblighi di evidenza pubblica[4].

[3] Una presa d'atto, ove necessaria, si trova nella nota decisione Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in G.U., 25 luglio 2012, *n*. 30, la quale, in specie, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 138 del 2011 – convertito nella L. 148 del 2011 – il quale, nel regolamentare le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ribadiva quanto già contenuto nel vecchio art. 23 *bis*, L. 133 del 2008, colpito dal referendum abrogativo del 13 giugno 2011.

[4] Le due condizioni che integrano i requisiti costitutivi della nozione *in house* sono quello strutturale del c.dd."controllo analogo" e quello funzionale del prevalente esercizio da parte del soggetto affidatario della propria attività in favore o per conto della stessa Amministrazione affidante. E' appena il caso di ricordare che tale figura trova un riferimento giurisprudenziale nell'orientamento della Corte di Giustizia

Su questa premessa, dottrina e giurisprudenza hanno maturato opinioni ordinabili come segue:

a) un primo orientamento, piuttosto datato, fondandosi sull'assunto che il contratto sociale ha una funzione radicalmente diversa da quella del contratto di appalto, afferma la possibilità per la società mista di essere destinataria di affidamenti diretti, purché il socio privato sia stato scelto tramite procedura competitiva;

b) un secondo orientamento è basato invece sull'idea di una rigida bipartizione delle modalità di affidamento dei servizi pubblici: da un lato la gara, da svolgersi in conformità alle regole e ai principi comunitari; dall'altro lato l'assegnazione diretta *in house* ove, naturalmente, ne ricorrano le condizioni. In questa prospettiva non sarebbero mai consentiti gli affidamenti diretti a società miste, neanche se a prevalente partecipazione pubblica e la scelta del socio privato sia stata effettuata mediante gara. Conseguenza è l'affermazione della necessità di svolgere in ogni caso una seconda gara per l'affidamento del servizio[5];

c) un terzo e ultimo orientamento profila una via intermedia tra i primi due. La sua prima elaborazione fa capo a un celebre parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva[6]. Punto di partenza è anche qui una netta distinzione tra l'ipotesi di affidamento *in house* e quella di affidamento alla società mista. Ma soprattutto, alla base dell'opinione

---

inaugurato dalla nota sentenza Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal Srl c Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, in *Urb. app*., 2000, 227, la quale proponeva una interpretazione estensiva dall'articolo 6 della direttiva comunitaria 92/50 del 18 giugno 1992, concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) e che la medesima Corte di giustizia ha, di seguito, drasticamente ristretto i confini dell'istituto: affermando talvolta l'incompatibilità dell'interesse del socio privato ai fini della rappresentazione del legame interorganico e, conseguentemente, restringendo le ipotesi di *in house* alle sole società interamente pubbliche (Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Urb. app*., 2005, 288; Corte giust. 6 aprile 2006, causa C-410/04, in *Giur. it*., 2173, meglio conosciuta come Anav); altre volte, giungendo a negare la compatibilità dell'organizzazione della s.p.a. anche quando a capitale interamente pubblico (Corte giust. 13 ottobre 2005, causa C- 458/03 Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, in *Riv. it. dir. pub. com*., 2005, 1915).

[5] Esemplare di questo indirizzo la sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

[6] Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

espressa si trova la decisa negazione delle premesse adottate dalla risalente dottrina fautrice del menzionato primo orientamento, ovvero la negazione della netta diversità funzionale tra contratto di società mista e contratto di appalto. Al contrario, è ravvisata un'ampia fungibilità tra lo schema formale della società mista e quello dell'appalto per il perseguimento di funzioni analoghe[7]. Di conseguenza, si reputa che il modulo societario possa essere utilizzato soltanto assicurando il rispetto dei medesimi limiti rigorosi disposti dalla normativa e dai principi comunitari[8].

A questa stregua può risultare ammissibile il ricorso alla figura della società mista «(quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società»[9].

Espressione compiuta di questo orientamento si trova in una importante decisione dell'Adunanza Plenaria dello stesso Consiglio di Stato[10]: «[…] la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto o, con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio. Ne risulta che, qualora si ritenga di non procedere ad un affidamento totalmente esterno, si debbano rispettare due garanzie:

1) "una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello

[7] R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta*, cit., pp. 63 ss.

[8] Importante in questo senso Cons. Stato, 23 ottobre 2008, n. 5587, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[9] Cons. Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, cit.; cfr. R. DI RAIMO, cit.. p. 131 ss.

[10] Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Urb. app*., 2008, 1008.

stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione del socio "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso».

3. A mente del terzo tra i menzionati orientamenti, il legame societario pubblico privato deve sempre e comunque essere trattato come una modalità di governo di un rapporto corrispettivo. Esso si mostra preferibile rispetto agli altri due per ragioni sia strutturali che funzionali e appare altresì l'unico idoneo a soddisfare appieno la centralità assunta nel sistema europeo dalla disciplina dei contratti pubblici quale modello esclusivo e mai derogabile di tutela della concorrenza.

Il d.lgs 175/2016 fornisce ora un solido riferimento normativo a tale orientamento. Segnatamente, il decreto disciplina l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni pubbliche nell'ambito di società a totale o parziale partecipazione pubblica con il «fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza» e, a tal fine, è espressamente applicabile anche alle partecipazioni già in essere. Mostra dunque l'attitudine a determinare un riordino generale delle partecipazioni pubbliche.

Per ciò che qui più interessa, l'art. 17, che si occupa analiticamente delle società a partecipazione mista pubblico-privata:

- rinvia alle procedure di evidenza pubblica delineate dal Codice dei contratti pubblici, specificando che la loro applicazione ha «ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista». E sancisce così l'obbligo della gara c.d. a doppio oggetto, funzionale, da un lato, alla sottoscrizione della partecipazione privata alla società e, dall'altro lato, all'affidamento alla società mista del contratto di appalto;
- dispone che «la durata della partecipazione privata alla società […] non può essere superiore alla durata dell'appalto o della

concessione», ribadendo la stretta strumentalità e, diremmo, la subordinazione del rapporto associativo rispetto a un tessuto di diritti e obblighi contrattuali a carattere squisitamente corrispettivo.

La società mista costituisce, in definitiva, la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento, disposto con gara nella logica generale del contratto pubblico, al privato c.d. «socio operativo» o anche «socio industriale» della società. Dunque, ciò che si intendeva chiarire – il senso della partecipazione a enti da parte della P.A. nella logica del decreto 175/2016 e più ampiamente nel sistema di regole italo-comunitarie stratificate a far capo dalla legge n. 142 del 1990 – si può esporre nei medesimi termini: il partenariato pubblico-privato non condivide mai la funzione cooperativa, di compartecipazione o cointeressenza propria dei rapporti associativi di diritto privato. Esso invece costituisce, per l'amministrazione pubblica, una modalità di controllo della controparte privata connessa alle dinamiche di un rapporto di scambio il quale, sotto il profilo degli interessi perseguiti dai contraenti, nulla ha di diverso rispetto a un appalto o a una concessione.

Ancora, in altra prospettiva, lo schema corrispettivo evidenzia il fisiologico conflitto di interessi contrapposti e non già, mai, la loro possibile ricomposizione in uno scopo che – pur con tutti i distinguo – si possa definire «comune». Portato alle estreme conseguenze: gli interessi pubblici e privati sono qualitativamente tra loro incompatibili, resta perciò sempre esclusa la possibilità di prospettare un rapporto sorretto da una causa di tipo associativo e condizione affinché il rapporto sia causalmente giustificato è che esprima interessi contrapposti.

Chiarito questo, lo stesso dato strutturale può costituire punto di partenza per delineare la funzione della partecipazione pubblica a enti non lucrativi. Se è vero che l'interesse pubblico si realizza in questi casi a mezzo dell'acquisto dei beni, prodotti finali o, diversamente, del finanziamento dell'attività, anche qui, alternativa all'integrale privatizzazione della medesima attività può esclusivamente essere la produzione soltanto pubblica. Anche qui, in definitiva, la partecipazione a enti misti pubblico-privato è in grado di esprimere (non già una forma organizzativa finalizzata al perseguimento di uno scopo comune metaindividuale ma) una modalità di governo da parte

della amministrazione pubblica di un rapporto contrattuale corrispettivo.

Un buon punto di partenza, si diceva, che intanto consente di rispondere al primo interrogativo posto dal D.lgs 175/2016: l'inclusione a monte dipende dalla unitarietà strutturale e funzionale della partecipazione dell'amministrazione pubblica e enti misti, con scopo di lucro e non di lucro.

4. La risposta al secondo quesito – perché l'esclusione a valle – implica l'individuazione di una importante ragione di differenziazione. Al riguardo, primo indice significativo deve essere ravvisato nell'art. 4 del decreto, ove si trovano declinate le «(F)inalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche», come segue:

«1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

La lettura del richiamato art. 3, che definisce amministrazioni aggiudicatrici, «le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti» conferma la prevalenza della prospettiva dei contratti pubblici e, in tale prospettiva, delinea il confine tra partecipazioni incluse e partecipazioni escluse collocando le prime sul versante della produzione di opere, beni e servizi (anche di committenza) di interesse generale e le seconde, all'opposto, su quello della (titolarità della) committenza; le prime quali partecipazioni a enti del libro V, secondo i paradigmi delle società miste o *in house*; le seconde quali partecipazioni a enti del Libro I.

L'esclusione risponde dunque a una chiara partizione funzionale. Alla base del rinvio alle «altre disposizioni di legge» operato dall'art. 4 si trova la medesima *ratio* che nel codice dei lavori pubblici distingue e regola soggetti aggiudicatori e soggetti aggiudicatari e, nei rispettivi

ambiti, distingue altresì tra «organismi di diritto pubblico»[11] e «imprese pubbliche»[12].

In sintesi estrema, il decreto 175/2016 ha operato un riordino delle partecipazioni secondo linee che si mostrano comprensibili e coerenti, modellate in buona parte sull'approccio proprio del diritto dell'Unione Europea: poco attento alle forme soggettive e sensibile invece alla sostanza delle attività e degli interessi.

---

[11] Originariamente previsto all'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), e ora, con testo immutato, all'art. 3, comma 1, lett., d), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a mente della quale è tale «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Il richiamato Allegato IV reca il seguente elenco («Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari»).

Organismi: Mostra d'oltremare S.p.A.; Ente nazionale per l'aviazione civile – ENAC; Società nazionale per l'assistenza al volo S.p.A. – ENAV; ANAS S.p.A.; Consip S.p.A. (quando agisce in qualità di centrale di committenza per la autorità sub-centrali).

Categorie: Consorzi per le opere idrauliche; Università statali, istituti universitari statali, consorzi per i lavori interessanti le Università; Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza; Istituti superiori scientifici e culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici; Enti di ricerca e sperimentazione; Enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza; Consorzi di bonifica; Enti di sviluppo e di irrigazione; Consorzi per le aree industriali; Comunità montane; Enti preposti a servizi di pubblico interesse; Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero; Enti culturali e di promozione artistica.

[12] Lettera t) del medesimo comma 1 dell'art. 3. Sono tali «le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente: 1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto; 2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; 3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

Costante strutturale di qualsiasi forma di partecipazione è la sua stretta inerenza a un rapporto corrispettivo. È evidente la centralità della disciplina dei contratti pubblici, attorno alla quale ruotano le normative sui «soggetti»: quella sulla partecipazione all'impresa organizzata nelle forme del libro V, dedotta dal medesimo decreto 175/2016, e quelle riferibili alla partecipazione a enti del libro I. In entrambi i casi è profilata l'alternativa tra struttura integralmente pubblica e struttura mista dell'ente partecipato. Nel caso dell'impresa, l'alternativa si sostanzia con l'affiancamento alla società mista di quella c.d. *in house*; ciò, a ricomposizione del quadro dei (tre) possibili assetti strutturali del soggetto aggiudicatario: privato, misto, integralmente pubblico. Nel caso degli enti del libro primo, il panorama è meno limpido. Struttura integralmente pubblica hanno certamente gli enti costituiti per legge e singolarmente disciplinati ovvero quelli a statuto speciale ove (tant'è) ciò sia previsto dalle relative discipline; come pure hanno struttura mista gli enti espressamente regolati in tal senso. Anche qui il quadro si ricompone con l'ipotesi degli enti a struttura puramente privatistica.

5. L'illustrata tripartizione della struttura assume un proprio rilievo assorbente principalmente con riguardo alla modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici e, per ciò stesso, si mostra decisiva in particolare per gli enti aggiudicatari, per i quali la qualifica di società *in house* consente l'affidamento diretto, determinando una modalità di gestione dei relativi rapporti radicalmente diversa da quella consentita rispetto alle altre due strutture (privata e mista). Non è invece sufficiente per determinare la natura pubblica o privata degli enti e, con essa, la disciplina applicabile. Per tale finalità – scontata la natura degli enti integralmente in mano pubblica o privata – problema è quello della qualificazione degli enti misti.

Al riguardo, è noto che per un tempo piuttosto lungo, a far capo dagli anni ottanta dello scorso secolo, la letteratura sia civilistica che amministrativistica e con essa gli altri formanti hanno coltivato la moda della privatizzazione degli statuti. Di là dalla sostanza degli assetti proprietari, è stata a lungo dominante l'idea che l'affermazione della natura privatistica e la conseguente applicazione del diritto comune degli enti implicasse un elevato grado di autonomia e garantisse un livello assai maggiore di efficienza. Radicata sul (neo)liberismo risorto e dominante negli ultimi decenni dello scorso secolo, questa idea si è

infine rivelata per lo più strumentale alla fuga dai controlli propri degli statuti pubblicistici e a correlativi abusi.

La sua opportuna revisione ha condotto a ridimensionare progressivamente il rilievo dei modelli formali per adottare criteri sostanziali tagliati sull'osservazione delle finalità perseguite, della provenienza delle risorse finanziarie impiegate e della titolarità dei poteri organizzativi. Notevole in questo senso è stato il contributo della giurisprudenza, a far capo da alcune pronunce della Corte costituzionale in tema di privatizzazioni c.d. formali[13]. Gli ultimi arresti, tuttavia, si mostrano forse eccessivamente condizionati dalla evidente aspirazione a una messa a sistema con le già menzionate definizioni recate dal codice dei lavori pubblici. Segnatamente, tale definizione è stata recentemente ripresa dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale non mancando di affermare l'essenzialità dei tre requisiti da essa articolati («personalistico», «teleologico» e «dell'influenza dominante»[14]), le ha conferito rilievo generale.

V'è da osservare che il requisito c.d. «personalistico», ossia il possesso della personalità giuridica, esprime un elemento della disciplina dell'ente[15] il quale, da un lato, può in quanto tale costituire una conseguenza mentre giammai può essere una premessa della qualificazione e, dall'altro lato, è certo strettamente servente rispetto all'attività di committenza contemplata dal codice dei lavori pubblici e invece non sembra che riesca ad esprimere un qualche rilievo generale per i fini del riconoscimento della natura pubblicistica.

Stesso discorso vale per il requisito «teleologico»: il perseguimento di uno scopo di interesse generale è elevabile a requisito essenziale in conseguenza e non quale premessa dell'affermazione della natura pubblicistica dell'ente. È qui da distinguere tra ente quale «organismo» e attività della quale il medesimo ente è forma organizzativa. L'attività,

[13] Tra i molti, M. FRANCESCA, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, 173 ss.

[14] Risolvono questioni di riparto di giurisdizione muovendo dalla qualificazione soggettiva Ord. Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8051; ID., 28 maggio 2014, n. 11917. Sul requisito del finanziamento maggioritario, in relazione ai criteri per l'inserimento di enti pubblici nell'elenco ISTAT, TAR Lombardia, 4 febbraio 2013, n. 326.

[15] Per tutti, v. la classica lezione di F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in comm. cod. civ. Scialoja e Branca, Bologna, 1969, p. 1 ss.

come conseguenza della natura dell'interesse specificamente perseguito, può essere certamente *public*, come viene inteso nell'esperienza statunitense. Ma *public* può ben essere, a questa stregua, l'attività di enti dei quali non si possa neanche pensare di revocare in discussione la natura puramente privatistica. Altra cosa è che qualora un ente sia qualificato come «organismo di diritto pubblico» il suo scopo, *conseguentemente*, non possa che essere di interesse generale.

Determinante è, infine, soltanto il terzo requisito: «dell'influenza dominante». Per la verità, la Cassazione nel sintetizzare la definizione dettata dall'art. 3 del decreto 50/2016 ne lascia per strada un pezzo cospicuo. Sono organismi di diritto pubblico, a mente di tale norma, gli enti «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Il requisito dell'influenza dominante non è esclusivo ma alternativo con quello del finanziamento pubblico. E appare invero che quest'ultimo si possa reputare prioritario, considerata l'ampia prevalenza, nella pratica, di ipotesi di apporto finanziario maggioritario non accompagnato da controllo rispetto a quelle di controllo senza un corrispondente impegno finanziario.

6. Il decreto 175/2016, si diceva, ha operato un riordino delle partecipazioni pubbliche al quale non si può non riconoscere coerenza. Nelle sue pieghe, lo strumento della partecipazione a enti a struttura mista si mostra complessivamente recessivo. Si diceva altresì che lo scenario razionalizzato dal legislatore della 175 si colloca in un più ampio quadro del quale epicentro è il codice dei lavori pubblici e che si ricompone altresì dei due decreti legislativi, esecutivi della delega conferita dalla legge 6 giugno 2016, n. 106, recanti rispettivamente il codice del Terzo settore e la nuova disciplina dell'impresa sociale. In particolare, esclusa dal perimetro del 175/2016, la partecipazione pubblica a enti del Libro I trova in questi ultimi le principali indicazioni normative.

Il «Codice del terzo settore» reca, agli artt. 3 e 4, due disposizioni che, si è già osservato, fanno sostanzialmente da *pendant* all'art. 1,

comma 4, del d.lgs. 175/2016. La prima sancisce l'applicabilità della disciplina agli enti di diritto speciale, i quali sono in larga prevalenza pubblici o a partecipazione pubblica. La seconda limita la qualifica di enti del terzo settore a quelli «diversi dalle società» e traccia, tra due mondi, il confine costituito dalla lucratività dello scopo. Date queste premesse e considerata altresì la compatibilità in astratto dello scopo di questi enti con quello della partecipazione pubblica, l'una e l'altra votate al perseguimento di finalità di interesse generale, ci si potrebbe attendere una disciplina aperta se non incentivante. Così non è. E la scelta si mostra alquanto condivisibile per più di una ragione. È incentivato invece il partenariato esterno, in forma di co-progettazione oltre che di coordinamento e di finanziamento.

La recessività del fenomeno degli enti misti è infine confermata dalla nuova disciplina dell'impresa sociale. Si è già detto dell'esclusione esplicita della amministrazione pubblica dalla qualificazione in via diretta di impresa sociale e delle inibizioni di essa complementari (di esercitare attività di direzione e coordinamento, di detenere il controllo, di occupare la presidenza con un proprio rappresentante, di avere comunque, anche se non soci, il potere statutario di nomina della maggioranza di componenti di organi sociali). La previsione generale che «(P)ossono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private […]», contenuta nell'art. 1, comma 1, già più sopra integralmente riportato, esclude altresì gli enti misti appartenenti alla categoria degli organismi di diritto pubblico. Non rimane molto spazio per la pubblica amministrazione.

Terzo settore e impresa sociale occupano terreni strettamente interconnessi, entrambi connotati dal perseguimento di finalità di interesse generale. Con riguardo a entrambi la scelta operata dal legislatore, di escludere l'iniziativa qualificabile come pubblicistica, si mostra per più versi corretta. Innanzitutto, poiché per definizione il terzo settore dell'economia è altro rispetto al primo settore (lo Stato). Poi, poiché terzo settore e impresa sociale costituiscono oggi strumenti di attuazione della sussidiarietà e, in tal senso, è necessario che il dialogo tra amministrazione pubblica e iniziativa privata si istauri in maniera diversa rispetto alla tradizione. I meccanismi tradizionali di partecipazione – finanziamento indiretto tramite il regime tributario, partecipazione diretta nella gestione dell'attività (di enti per lo più di diritto speciale), acquisto dei beni e servizi previa convenzione – infatti

funzionano *top down*, muovono cioè dall'individuazione da parte dell'amministrazione pubblica dell'interesse da perseguire. Non ha questo carattere il finanziamento indiretto, che però consegue a valutazioni generiche di carattere prevalentemente strutturale e non implica invece l'individuazione e la valutazione specifica degli interessi. Le nuove normative si mostrano orientate a promuovere processi di individuazione degli interessi *bottom up* e, in questa prospettiva, contemplano forme di cooperazione fondate sul coordinamento e sulla co-progettazione anziché sulla compartecipazione in enti.

7. Due righe per concludere questa carrellata.

La moda del c.d. diritto privato della pubblica amministrazione, che si è imposta nei decenni a cavallo tra vecchio e nuovo millennio, è stata generata dalla concorrenza di più fattori contingenti: l'affermazione dell'ideologia neoliberista con la relativa teoria dello Stato minimo; la necessità di riequilibrare i rapporti tra cittadini e amministrazione pubblica, squilibrati a causa dei privilegi assicurati a quest'ultima dal nostro sistema pubblicistico; la specifica fase del diritto dell'Unione Europea di contrasto all'intervento diretto degli Stati membri sui mercati tramite l'impresa pubblica e la pratica degli aiuti di Stato.

Oggi: è inevitabile la constatazione del fallimento del neoliberismo, sancito dalla crisi la quale chiede interventi profondi di segno opposto; è a tutti chiaro che la fuga dal diritto pubblico costituisce assai spesso, per la pubblica amministrazione, una fuga dal diritto, punto; che cioè il diritto privato – in quanto fondato su disponibilità delle situazioni, autonomia e autoresponsabilità – garantisce ben maggiori privilegi e consente ben maggiori abusi e sprechi; l'Unione Europea, conclusa la fase di privatizzazione formale degli operatori sui mercati, guarda ora con maggiore attenzione la sostanza delle vicende sensibili ai principi della concorrenza e, in questa prospettiva, non tiene particolare conto della natura privata o pubblica dell'impresa.

Le indicazioni delle discipline recenti si mostrano dunque adeguate ai tempi, quanto alle scelte inerenti alle partecipazioni pubbliche. La pubblica amministrazione, di regola, non partecipa: il modello dell'ente misto è residuale e, comunque, esso non esprime una reale partecipazione di tipo associativo ma una modalità di controllo di un rapporto contrattuale corrispettivo. Non è applicabile quasi mai il diritto

privato comune. Ovunque vi sia impegno finanziario pubblico maggioritario prevale infatti la qualifica di organismo di diritto pubblico. Ma comunque, anche negli altri casi, risulta assorbente la disciplina del codice dei contratti pubblici.

Insomma, si può reputare che la partecipazione della pubblica amministrazione a enti del primo libro continuerà a suscitare un interesse assai ridotto; ancora limitato alle associazioni e fondazioni di diritto speciale. Ciò, vieppiù, considerando che alcuni equivoci del passato possono considerarsi risolti proprio dalle nuove discipline. Si può invece prevedere che occuperà sempre più ampio spazio il tema del sostegno all'attività del Terzo settore da parte delle amministrazioni interessate all'impatto di progetti mirati, giacché il capitolo oggi importante è quello della ricostruzione – anche o soprattutto a mezzo della cooperazione della pubblica amministrazione con enti del terzo settore – di un tessuto socio-economico inclusivo nel contesto della crisi.

In quest'ultima prospettiva occorrerà riflettere criticamente sull'opera più recente del legislatore.

L'adeguatezza della consulenza finanziaria automatizzata nelle linee guida dell'ESMA tra *algo-governance* e nuovi poteri di supervisione

1. *Introduzione*

A distanza di circa un anno dalla consultazione e nel rispetto dei termini preannunciati, l'ESMA ha pubblicato il *Final Report* recante le linee guida in tema di adeguatezza[1] nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafoglio.

Il *report* rappresenta il risultato finale di un disegno complessivo teso da un lato ad aggiornare le linee guida - già adottate dall'*Authority* nel 2012[2] - alle disposizioni di Mifid 2[3], dall'altro lato ad estendere il relativo perimetro applicativo sia agli esiti degli studi di finanza comportamentale[4], sia alle innovazioni tecnologiche legate alla consulenza finanziaria automatizzata (i.e. *robo advice*)[5].

Con riferimento esclusivo a quest'ultimo versante, l'ESMA, a fronte della situazione di 'fermo' e di continuo monitoraggio del fenomeno,

[1] Cfr. ESMA, *Final Report. Guidelines on certain aspects of the MIFID II suitability requirements* (ESMA35-43-869/28 May 2018), reperibili sul sito dell'Autorità.

[2] Cfr. ESMA/2012/387 - 21 August 2012.

[3] Le coordinate principali in tema di adeguatezza nel sistema di Mifid 2 sono fornite dall'art. 25 direttiva 2014/65/UE e dagli artt. 55 ss. del regolamento delegato UE n. 565/2017 della Commissione del 25 aprile 2016, che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva.

[4] Rilevanti risultati in materia di devono a: N. LINCIANO, *How Cognitive Biases and Instability of Preferences in the Portfolio Choices of Retail Investors – Policy Implications of Behavioural Finance*, 2010; ID. and P. SOCCORSO, *Assessing investors' risk tolerance through a questionnaire*, 2012; ID., M. GENTILE, P. SOCCORSO, *Financial advice seeking, financial knowledge and overconfidence. Evidence from the Italian market*, 2016, tutti reperibili sul sito *www.consob.it.*

[5] Sull'inquadramento della fattispecie e sui precedenti interventi in materia, mi sia consentito rinviare a: M.T. PARACAMPO (a cura di), *La consulenza finanziaria automatizzata*, in FINTECH. *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, 2017, 127; ID., *Robo Advisor, consulenza e profili regolamentari: quale soluzione per un fenomeno in fieri?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n. 4/2016 supplemento, 256.

manifestata dal *Joint Committee* delle ESAs sul tema in questione[6], tenta di inglobare l'operatività dei *robo advice* nella cornice disciplinare di Mifid 2[7], stilando una sorta di decalogo operativo ad integrazione di quello normativo già vigente, le cui disposizioni – in virtù di un principio di neutralità tecnologica – trovano applicazione a prescindere dal mezzo utilizzato per la prestazione del servizio.

L'Autorità europea, con il *report* in questione, ufficializza così l'utilizzo di *automated tools* o di *digital channels* nella prestazione del servizio di consulenza finanziaria, con la finalità – nel caso di specie – di offrire un approccio uniforme a livello europeo tramite la definizione di talune *best practices* di supervisione.

Nel contempo, se per un verso le *guidelines* colmano una lacuna sul tema, dovuta alla mancanza di un contesto europeo armonizzato, per altro verso livellano ed omogenizzano interventi isolati ed eterogenei

[6] Si rammenta che le ESAs nel *Final Report on automation financial advice*, pubblicato il 16 dicembre 2016 (reperibile sul sito istituzionale sia delle ESAs, sia su quelli delle rispettive autorità) hanno manifestato un orientamento teso a temporeggiare, non assumendo così alcuna posizione specifica in attesa di ulteriori sviluppi del fenomeno che, allo stato rendevano prematuro ogni tipo di intervento. Le Autorità hanno comunque dichiarato di continuare a monitorare il fenomeno della consulenza automatizzata, tanto da aver preannunciato un "ritorno" sull'argomento entro la fine del 2018.

La notizia seppure brevemente di evince dalla selezione delle aree maggiormente attenzionate per il biennio 2018/2019 nell'ambito della *roadmap* su *FinTech*, pubblicata dall'EBA il 15 marzo scorso (cfr. *The EBA's FinTech Roadmap conclusions from the consultation on the EBA's approach to financial technology (FINTECH),*15 March 2018, reperibile sul sito istituzionale.

[7] Il diverso stadio evolutivo dei *robo advice*, raggiunto nei diversi Paesi, ha determinato una molteplicità di approcci isolati e disomogenei, specie sul versante della vigilanza e della supervisione che ha penalizzato una prospettiva *cross border.* Profilo quest'ultimo che non è sfuggito all'EBA, la quale di recente ha rilevato che "*while a number of new propositions on automated investment recommendations have been launched in the recent years, not many have been identified as offering automated investment advice in the context of MIFID/MIFID II*" (cfr. *EBA Report on the prudential risks and opportunities arising for institutions from FinTech*, 3 July 2018, p. 6, reperibile sul sito istituzionale).

L'uniformità delle pratiche di supervisione, offerte dalle *guidelines* dell'ESMA, è stata pertanto accolta positivamente in quanto contribuisce a rendere maggiormente efficace l'azione di vigilanza sul versante della consulenza automatizzata.

attivati da taluni Stati membri[8] su uno dei temi più controversi e discussi dell'ecosistema *FinTech*[9].

L'intervento in questione mostra in tal modo di inserirsi nel dibattito generale sulla necessità di regolamentare o meno i *robo advice*[10] e, in

[8] Si rammenta che il responso delle ESAs nel *Final Report* sulla consulenza automatizzata è stato giustificato dalla disomogeneità nella diffusione dei *robo advice* in ambito europeo, nella duplice prospettiva *cross sector* e *cross border*.

A titolo esemplificativo, si citano le esperienze della Germania, che registra un cospicuo numero di *robo advice,* e dei Paesi Nordici (i.e. Finlandia): BaFin (Federal Financial Supervisory Authority), *Robo-advice - Automated investment advice in supervisory practice,* 1 September 2017, reperibile su *https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2017/fa_bj_1708 _RoboAdvice_en.html;* Deloitte, *Robo-Advisory in Wealth Management. Same name, different game – a look at the German Robo-Advisor landscape*, 2016, su *https://www2.deloitte.com/ content/dam/Deloitte/de/Documents/financial-services/Robo_No_2.pdf;* Deloitte, *The Finnish perspective on robo-advisory. How much influence on wealth management will it have?,* 2017, *su https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/fi/Documents/financial-services/Robo-advisory.pdf.*

Una panoramica dei *robo advice* e dei servizi prestati negli altri Stati membri è offerta da Better Finance (The European Federation of Investors and Financial Services Users), *Robo-Investing: Cyborgs Vs Robots: Competing to attract european citizens' money*, Research paper, June 2017 (reperibile su *http://betterfinance.eu/fileadmin/user_upload/documents/Research_Reports/en/ Robo_Investing_Report_070617.pdf*) che fa seguito al precedente *"Robot Advice" for savings & investments. A misnomer with real potential benefits*, Research paper, February 2016, su *http://betterfinance.eu/fileadmin/user_upload /documents/Research_Reports/en/Robot_Advice_Research_Paper_FINAL.pdf.*

[9] Per un primo inquadramento dell'ecosistema *FinTech* e conseguente ricognizione delle diverse articolazioni, mi sia consentito rinviare a M.T. PARACAMPO (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziaria*, Giappichelli, 2017.

[10] In proposito si rinvia, *inter alia*, a: M. TJON AKON, *Robo advice: to code or not to code,* October 2017, su http://www.bsp.lu/sites/default/files/publication/file-docs/pages_from _legimag_19_melvin_oct_2017.pdf; S. SHIN – T. HENRY, *What robo advisors should expect from regulators,* 23 May 2017, su *https://www.capco.com/Insights/Capco-Insights/What-robo-advisors-should-expect-from-regulators; Regulating Robo Advice Across the Financial Services Industry*, in *Iowa Law Review*, Vol. 103, P. 713, 2018; T. BAKER - JD and B.DELLAERT, *Regulating Robo Advisors: Old Policy Goals, New Challenges*, July 2017, reperibile su

particolare – nei termini in cui si specificherà - gli algoritmi sottostanti, omologandosi sostanzialmente – non pedissequamente – agli orientamenti già assunti da altre autorità[11] anche al di fuori del contesto europeo[12].

2. *L'approccio dell'ESMA ai robo advice nel Final Report: il mutamento di prospettiva*

Il testo sottoposto a consultazione e l'approccio ivi proposto dall'ESMA[13] hanno riscosso un giudizio positivo dalla maggior parte

https://pdfs.semanticscholar.org/d75f/6e5e06f7076b52a0d31ad16980a756b445b9.pdf.

[11] Va evidenziato che mentre il *Final Report* dell'ESMA tende a riportare nell'alveo di Mifid 2 la disciplina dei *robo advice*, altre autorità sono intervenute pubblicando un documento *ad hoc* riservato ai servizi di *digital advisory*.

[12] Nel contesto extra UE, approcci simili per certi versi a quello dell'ESMA, ma con la previsione di requisiti talora più stringenti in punto sia di sorveglianza sulla metodologia e sul funzionamento degli algoritmi, sia di responsabilità delle cariche apicali, si devono, *inter alia*, a: MAS (Monetary Authority Singapore), *Provision of Digital Advisory Services,* June 2017, reperibile su *http://www.mas.gov.sg/~/media/MAS/News%20and%20Publications/Consultation%20Papers/Consultation%20Paper%20on%20Provision%20of%20Digital%20Advisory%20Services.pdf*; ASIC (Australian Securities & Investments Commission), *Providing digital financial product advice to retail clients*, Regulatory Guide 255, August 2016, reperibile su *https://download.asic.gov.au/media/3994496/rg255-published-30-august-2016.pdf*; SEC (Securities and Exchange Commission), *Regulatory Compliance Guidance for Online Robo Advisers*, February 2017, su *https://www.sec.gov/investment/im-guidance-2017-02.pdf;* SFC (Hong Kong - Securities and Futures Commission), *Guidelines on Online Distribution and Advisory Platforms*, adottate il 25 aprile 2018, ma in vigore da april 2019, consultabili su *https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20182214/egn201822142403.pdf*.

Su tutti però un esempio di carattere generale rinviene nel *report* dell'OECD, *Robo Advice for Pansions*, 2017, su *https://www.oecd.org/finance/Robo-Advice-for-Pensions-2017.pdf.*

[13] La considerazione dei *robo advice* nel contesto delle nuove linee guida ha incontrato l'apprezzamento della maggior parte dei partecipanti alla consultazione che tuttavia, in taluni casi e su specifici profili, non è stata esente da qualche osservazione.

In particolare, il Securities and Market Stakeholder Group (SMSG) [cfr. *Advice to ESMA. Response to ESMA's Consultation Paper on "Guidelines on certain aspects of the Mifid II suitability requirements"* – ESMA22-106-474, 8 November 2017], pur esprimendo un giudizio nel complesso positivo, ha sollevato alcune osservazioni in ordine: al tempo necessario per le imprese per implementare le linee guida;

dei partecipanti che tuttavia non hanno mancato di sollevare talune osservazioni su profili specifici. Di conseguenza, il testo definitivo delle linee guida, prendendo nella dovuta considerazione alcuni dei diversi suggerimenti proposti, è stato modificato in diversi punti, da un lato con l'apporto di ulteriori precisazioni sull'ambito di applicazione e sulle fattispecie ivi incluse, dall'altro lato con un parziale cambio di prospettiva in ordine al tenore delle linee guida declinate in relazione ai *robo advice*.

Con riferimento ad entrambi i versanti, l'*Authority*, smentendo in qualche modo la posizione precedentemente assunta nel testo in consultazione (ove precisava che le linee guida relative ai *robo advice* costituivano una sorta di *additional guidance*[14]), ha chiarito nel testo definitivo che non intende introdurre requisiti aggiuntivi per i *robo advisor*, quanto piuttosto evidenziare taluni profili che potrebbero essere di particolare importanza in caso di prestazione dei servizi attraverso strumenti totalmente o semi automatizzati.

Altra modifica concerne poi, sul versante delle regole di comportamento, il mutamento del *focus* delle *guidelines* riportate, dal momento che il *Final Report* (rispetto al testo in consultazione) circoscrive parzialmente il versante della *disclosure* e riduce il novero degli obblighi informativi a carico dell'impresa nei confronti del cliente, con concomitante ampliamento dei requisiti organizzativi e, in particolare, di quelli relativi alla *governance* degli algoritmi.

Finalità sottesa diviene appunto quella di garantire un'efficace gestione del processo di *suitability*, ritenuta uno dei aspetti più critici tra i possibili rischi e fonte di potenziali pregiudizi per il cliente nella consulenza finanziaria automatizzata[15]. E tanto con una duplice

---

all'applicazione delle linee guida ai *robo advice*; al rischio di sovraccarico di informazioni per i clienti; alla comunicazione con le generazioni più giovani che dovrebbero anche rappresentare un punto di attenzione; al *level playing field* tra Mifid 2 e IDD.

[14] Il profilo dell'*additional guidance* è stato oggetto di due contrapposti orientamenti: uno a favore della guida fornita, apprezzata per la sua utilità nel ridurre il fenomeno della *black box;* l'altro contrario, a fronte di un potenziale o ulteriore 'fardello' operativo per le imprese, al quale peraltro non corrisponde un più elevato livello di protezione degli investitori.

[15] I rischi legati ad una consulenza inadeguata sono stati evidenziati con un alto grado di priorità tra quelli elencati sia nel *report* delle ESAs (cfr. *Final Report on automation financial advice, cit.),* sia nella *survey* della IOSCO (cfr. *Update to the*

prospettiva nel caso di *automated advice* prestata sia direttamente nei confronti del cliente (i.e. *client facing tools*), sia indirettamente per il tramite di un *robo for advice* o *cyborg*[16] (i.e. *professional facing tools*) ove è il consulente ad interfacciarsi con il cliente, coadiuvato dalla tecnologia nel processo consulenziale.

2.1. *L'ambito di applicazione delle guidelines*

Nell'ottica di fugare incertezze sui margini effettivi del perimetro operativo, l'ESMA ha assunto una preliminare posizione chiarificatrice precisando che le linee guida si applicano *in toto* a tutte le imprese che forniscono servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli, a prescindere dai mezzi di comunicazione utilizzati con i clienti. In questo ambito poi alcune *guidelines* sono considerate particolarmente rilevanti per quelle imprese che utilizzano un *robo advice* il quale, a seconda della configurazione di ciascuna fattispecie concreta, può connotarsi per una limitata o inesistente interazione tra clienti e personale delle imprese.

Sul versante da ultimo indicato, l'intervento in questione, per quanto di *soft law*, ha carattere estensivo e totalizzante, in quanto tende ad includere nell'ambito di applicazione, in maniera indifferenziata, tutte le situazioni che involgono un passaggio – *in toto* o solo in parte - nel processo consulenziale con riguardo al profilo dell'adeguatezza. Mossa infatti dalla preoccupazione di garantire al cliente raccomandazioni adeguate al suo profilo di rischio, l'Autorità ha incluso ogni possibile fattispecie, sussumibile nell'eterogeneo *genus* dei *robo advice*, senza

Report on the IOSCO Automated Advice Tools Survey. Final Report, FR15/2016, December 2016, reperibile su *https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD552.pdf*).

Rischi il cui elenco è suscettibile di integrazione sulla scorta di quelli ulteriori evidenziati di recente dall'EBA nel suo *Report on the prudential risks and opportunities arising for institutions from FinTech,* 3 July 2018, p. 18 ss., pubblicato in pari data unitamente al *Report on the impact of FinTech on incumbents credit institutions' business models.* Entrambi i *report* sono consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità europea.

[16] Su una descrizione dei *cyborg* e delle relative caratteristiche si rinvia a: M.T. PARACAMPO, *Robo Advisor, consulenza e profili regolamentari*, cit.; FLYBITS, *The future of Robo Advisors: enter the "Cyborg"*, 2017; BETTER FINANCE, *Robo-Investing: Cyborgs Vs Robots: Competing to attract european citizens' money*, cit.

alcuna distinzione tra *robo advice* puri e *robo advice* c.d. ibridi da un lato, nonché *robo for advice* implementati *in house* o esternalizzati a fornitori esterni all'impresa anche sulla base di un accordo di *partnership*.

Di conseguenza, anche i cosiddetti "*professional facing tools*", che, come precisato, non si interfacciano in alcuno modo con il cliente, sono tenuti all'applicazione delle *guidelines*, in quanto, come precisato dall'*Authority*, "è responsabilità dell'impresa assicurare che tutti i sistemi, gli algoritmi e gli strumenti utilizzati ai fini della valutazione di adeguatezza siano robusti ed adatti allo scopo, in linea con le obbligazioni rilevanti e parimenti con queste *guidelines*".

L'estensione in questione non ha mancato però di sollevare diversi malumori tra i partecipanti alla consultazione che hanno evidenziato da un lato la necessità di una più chiara definizione di *robo advice* rispetto ai *robo for advice*[17], laddove il *Final Report* ne riporta una sola con riferimento alla prima tipologia[18], alla quale resta invece estranea la seconda, peraltro non oggetto di considerazione nel glossario introduttivo; per altro verso, sotto un profilo più dettagliato, hanno lamentato l'estensione del perimetro operativo delle *guidelines* dai *robo advice* puri (i.e. *client facing robo advice*) ai *robo for advice*, laddove questi ultimi dovrebbero essere selezionati – ai fini delle linee guida – solo tra le fattispecie ove le decisioni di investimento siano assunte da algoritmi.

L'intervento di livellamento delle fattispecie in questione e di parificazione delle connesse responsabilità, operato dall'Autorità, di certo non favorisce la chiarezza su un tema in continua evoluzione tanto nel novero e nella crescente complessità dei servizi prestati dalla nuova

[17] Così, accanto alle molteplici richieste di maggiore chiarezza sui margini definitori di consulenza, rinnovate in occasione di ogni consultazione su documenti che involgono i *robo advice*, si affiancano ora anche quelle relative alla classificazione degli strumenti di consulenza automatizzata, unitamente alla delimitazione dei diversi ambiti di rilevanza ai fini dei requisiti prescritti di volta in volta.

[18] La definizione di *robo advice* è stata modificata e raffinata nel *Final Report* nel senso di includere "la prestazione dei servizi della consulenza di investimento o di gestione di portafogli (in tutto o in parte) attraverso un sistema automatizzato o semiautomatizzato usato come strumento di interfaccia con il cliente (*client facing tool*)".

generazione dei *robo advice*[19], quanto nella relativa fenomenologia diffusa sul mercato[20] e con riferimento al quale un punto fermo è già offerto dall'art. 54 reg. deleg. UE n. 565/2017 che sancisce la responsabilità delle imprese nell'uso di sistemi (semi)automatizzati per la valutazione di adeguatezza[21] nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione del portafoglio.

---

[19] Sono già state preconizzate le caratteristiche del robo advice 4.0 che dovrebbe fare ampiamente leva sulle applicazioni di intelligenza artificiale (cfr. European Commission, *Distribution systems of retail investment products across the European Union. Final Report,* 25 April 2018, *sub* 8.2.2, consultabile su *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180425-retail-investment-products-distribution-systems_en.pdf*).

[20] Sull'evoluzione nel tempo, anche in chiave prospettica, delle tipologie basilari di *robo advice*, si rinvia *inter alia* a: L. GARVIA, *Towards a taxonomy of robo-advisors,* 2018, su *https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/26030/Garvia_Towards%20a%20taxonomy_57.pdf?sequence=-1&isAllowed=y;* CAPGEMINI, *Evolution of the Automated Advisors*, 2016, su *https://www.capgemini.com/wp-content/uploads/2017/07/evolution_of_automated_advisors_2016.pdf*.

Espressione di detta evoluzione è altresì la crescente diffusione dei *robo advice* nel segmento *private* e del *wealth management*, su cui cfr. S. CHRISHTI – T. PUSCHMANN (edited by), *The WealthTech Book. The FinTech Handbook for Investors, Entrepreneurs and Finance Visionaries*, 2018; K. PHOON – F. KOH, *Robo Advisors and Wealth Management,* in *The Journal of Alternative Investments*, Winter 2018, 79; I. SINGH – NAVJOT, *Wealth management through robo advisory*, in *International Journal of Research* - Granthaalayah, Vol. 5, June 2017, 33; ACCENTURE Consulting, *The new face of wealth management in the era of hybrid advice*, 2017, su *https://www.accenture.com/t20170403T223757Z__w__/us-en/_acnmedia/Accenture/Conversion-Assets/DotCom/Documents/Global/PDF/Consulting/Accenture-New-Face-of-Wealth-Management-Hybrid-Advice.pdf;* A. FROIDURE, R. TOGNONI, S. WARNER, *Trends in the US wealth management market. What lessons can be drawn for Europe and the UK?,* January 2016, su *https://www.reply.com/en/topics/mobile/Shared%20Documents/Trends-US-Wealth-Mgt-Market.pdf*; Deloitte, *The expansion of Robo-Advisory in Wealth Management*, 2016, su *https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/de/Documents/financial-services/Deloitte-Robo-safe.pdf*.

[21] Una disposizione di identico tenore è stata riproposta anche nell'art. 12 del regolamento delegato UE 2017/2359 (della Commissione del 21 settembre 2017 che integra la direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi di informazione e le norme di comportamento applicabili alla distribuzione di prodotti di investimento assicurativi), meglio rubricato "*Consulenza automatizzata*", il quale dispone che "la responsabilità dell'intermediario assicurativo

Decisiva appare l'applicazione del principio di proporzionalità che, nella cornice tratteggiata, dovrebbe fungere da filtro selettivo sulla scorta del comune denominatore, rappresentato dalla *suitability*.

In definitiva, ferma restando l'applicazione delle linee guida nei confronti dei *robo advice* puri, nel caso dei *robo for advice*, si dovrebbe procedere in ciascuna fattispecie concreta alla verifica se il *robo for advice*, utilizzato dal professionista comporti altresì una valutazione di adeguatezza che abbia comunque delle ricadute nel rapporto del professionista con il cliente.

Il punto di osservazione dei *robo advice* viene così direzionato dai profili di immediata tutela del cliente a quelli che implicano riflessi indiretti ma pur sempre significativi sul versante della protezione dell'investitore, laddove l'elemento comune è rappresentato dall'uso di algoritmi nell'interazione (in)diretta con il cliente. Tanto rappresenta presumibilmente uno dei fattori che hanno inciso, come meglio si vedrà nel prosieguo, sullo spostamento del *focus* da una *full disclosure* degli algoritmi a quella che potrebbe definirsi come *algo-governance*.

3. *Le Guidelines rilevanti per i robo advice: a) i requisiti informativi e il flusso direzionale verso il cliente*

Come già accennato, la struttura del testo rimane sostanzialmente la stessa del *consultation paper*, sebbene i piani di intervento (ed oggetto di *guidelines* specifiche) risultino ribilanciati quanto a misura, intensità e contenuti delle specifiche *guidelines* rilevanti per i *robo advice*.

Nella diversa prospettiva offerta dal *Final Report* viene così sfoltito l'elenco dei requisiti informativi a quasi totale appannaggio di quelli di carattere organizzativo, attinenti alla *governance* e alla supervisione degli algoritmi.

Con riferimento specifico poi al versante informativo, il testo definitivo segna il passaggio dalla trasparenza, prevalentemente incentrata sull'uso e sul funzionamento degli algoritmi utilizzati da un *robo advice,* ad altra di tipo più tradizionale, pressoché allineata ai classici obblighi di informativa precontrattuale.

---

o dell'impresa di assicurazione nello svolgimento della valutazione dell'idoneità in conformità all'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2016/97 non può ridursi per il fatto che la consulenza sui prodotti di investimento assicurativi viene fornita completamente o in parte da un sistema automatico o semiautomatico".

Scelta, quest'ultima, presumibilmente condizionata da due fattori: da un lato, la richiesta, avanzata a gran voce da molti partecipanti alla consultazione, di evitare un inappropriato *overloading* delle informazioni da trasmettere al cliente; dall'altro lato, la prospettiva prescelta, quella dei supervisori, ha portato ad attenuare taluni profili a favore di altri, ritenuti maggiormente rilevanti in un'ottica di vigilanza e di un approccio comune a livello europeo.

In questo contesto sono state espunte talune informazioni a monte, quali, *in primis*, quelle relative all'utilizzo di un algoritmo[22] per le molteplici funzionalità del *robo advice*[23], alle modalità di funzionamento dell'algoritmo medesimo, al servizio dallo stesso in concreto prestato, nonché ai modelli di *business* adottati dalle imprese ed ai rischi connessi.

Nel quadro definitivo, una volta omesso ogni preliminare riferimento informativo all'algoritmo (ed al relativo utilizzo), è stato semplificato l'elenco delle informazioni da trasmettere al cliente onde migliorare la comprensione sui servizi prestati attraverso un *robo advice*. Informazioni che, è bene ricordarlo, non esauriscono il novero di quelle prescritte nel rapporto con il cliente, dal momento che le imprese che si avvalgono di un *robo advice* sono comunque tenute ad adempiere a tutte le altre obbligazioni di *disclosure* previste dall'art. 24 Mifid 2 e dalle disposizioni di attuazione di cui al regolamento delegato UE n. 565/2017.

Nella prospettiva di colmare il *gap* informativo del cliente e di favorirne, nel contempo, una migliore cognizione, elemento

[22] Il testo in consultazione recava alcune *guidelines* preliminari alla stessa informativa precontrattuale, tese a rendere consapevole il cliente dell'esistenza a monte di algoritmi per la prestazione dell'intero servizio o, a seconda dei casi, di solo parte dello stesso, nonché delle modalità di funzionamento dell'algoritmo che decretava il risultato finale (del servizio), incidente sulla sfera patrimoniale del cliente (cfr. M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, *cit*., 137 ss.).

[23] Le funzioni svolte da un algoritmo si differenziano a seconda della complessità del *robo advice* utilizzato e della connotazione totalmente o parzialmente automatizzata. Per citarne alcune, si pensi alla raccolta delle informazioni del cliente nella compilazione del questionario *online*, all'elaborazione delle informazioni così raccolte, alla formulazione delle raccomandazioni di investimento - previo *matching* con i prodotti e le relative caratteristiche (soprattutto di rischio), nonché con le indicazioni sul *target market* fornite dal produttore - alla stessa trasmissione della raccomandazione al cliente, etc.

indefettibile si rivela l'attenzione per l'*information design*[24] e l'uso di approcci *user-friendly*, che assumono particolare rilevanza sul versante sia contenutistico che formale.

Con riguardo al primo, le informazioni da trasmettere al cliente includono:

- una chiara illustrazione dell'esatto grado e dell'estensione del coinvolgimento umano, nonché se e con quali modalità il cliente può contattare il personale dell'impresa;
- una precisazione sul fatto che le risposte fornite dai clienti avranno un impatto diretto nel determinare l'adeguatezza delle decisioni di investimento raccomandate o assunte per loro conto;
- una descrizione circa le fonti informative usate per generare una consulenza di investimento o per fornire il servizio di gestione del portafoglio (i.e. se è usato un questionario *online*, le imprese dovrebbero spiegare che le risposte fornite potrebbero rappresentare la sola base per il *robo advice*, oppure se l'impresa ha accesso ad altre informazioni o conti che riguardano il cliente);
- un'avvertenza su modalità e tempistica di aggiornamento delle informazioni del cliente con riguardo alla sua situazione finanziaria, circostanze personali, etc.

Con riferimento specifico ai requisiti di forma, l'attenzione manifestata dall'*Authority* è duplice, in quanto involge tanto il carattere biunivoco delle informazioni trasmesse (i.e. per un verso dall'impresa al cliente in fase precontrattuale e per altro verso dal cliente all'impresa attraverso la compilazione del questionario *online*), quanto l'approccio preventivo verso *bias* comportamentali del cliente nel rapporto con il *robo advice*.

Ferma restando la *compliance* con le disposizioni rilevanti in tema di modalità di fornitura delle informazioni, specie quelle relative al ricorso al supporto durevole, indispensabile peraltro in un contesto automatizzato, le imprese dovranno aver cura di conformare l'informazione in modo tale da renderla effettivamente fruibile per il cliente[25].

[24] Cfr. M. SALO – H. HAAPIO, *Robo-advisors and investors: enhancing human-robot interaction through information design,* 2017, reperibile su *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2937821.*

[25] Su questo punto, alcuni partecipanti alla consultazione, premesso il contenimento del novero delle informazioni in una misura appropriata, avevano

A tal fine viene suggerito alle imprese che utilizzano un *robo advice* di enfatizzare e dare così partiolare rilievo alle informazioni rilevanti (per es. attraverso l'uso di caratteristiche di *design* come i *pop-up boxes*), nonché di considerare se alcune informazioni dovrebbero essere accompagnate da un testo interattivo (es. attraverso l'uso di *tooltips*) o altro per fornire dettagli aggiuntivi ai clienti che necessitano di ulteriori informazioni (es. tramite una sezione dedicata alle FAQ).

Non viene invece riproposta, sebbene non venga del tutto esclusa, l'ipotesi del *robo advice* fornito attraverso una piattaforma *mobile*, cosa che, in un'ottica *multichannel*, impone all'impresa di adattare la presentazione e formattare l'informazione da rendere disponibile ai clienti coerentemente con la piattaforma *mobile* utilizzata, nonché di renderla altresì accessibile anche da remoto tramite *device* (es. *smartphone* e *tablet*).

3.1. *Segue: b) la profilatura del rischio e le informazioni fornite dal cliente*

Sul versante speculare dell'informativa fornita dal cliente ai fini della relativa profilatura, divengono particolarmente significative tanto la struttura del questionario *online* quanto la formulazione delle domande ivi inserite.

A tal fine, le imprese dovrebbero conformare i loro questionari in modo tale da raccogliere le necessarie informazioni circa i loro clienti. Finalità che acquista maggiore rilevanza nei casi di *robo advice*, data la limitata o inesistente interazione umana. Al fine di assicurare la loro *compliance* con i requisiti che riguardano quella valutazione, le imprese pertanto dovrebbero prendere in considerazione alcuni fattori, quali:

- se l'informazione raccolta attraverso il questionario *online* permette all'impresa di concludere che la consulenza fornita è adeguata per i loro clienti sulla base della loro conoscenza ed esperienza, la loro situazione finanziaria e le loro esigenze ed obiettivi di investimento, alla stregua di quanto richiesto per ogni valutazione di adeguatezza;

- se le domande inserite nel questionario sono sufficientemente chiare e/o se il questionario è strutturato per fornire ulteriori

proposto di renderla chiaramente accessibile ai clienti del *robo advice* direttamente sul sito *web* dell'impresa.

chiarificazioni o esempi ai clienti quando necessario (es. attraverso l'uso di caratteristiche di *design*, tipo *tooltips* o *pop-up boxes*);

- se una forma di interazione umana (inclusa quella via *emails* o *mobile phones*) è disponibile per i clienti quando rispondono al questionario *online*;

- se sono stati inseriti alcuni *steps* per verificare risposte contraddittorie del cliente (quali quelli che incorporano nel questionario caratteristiche di *design* con *alert* per i clienti quando le loro risposte appaiono internamente incoerenti e suggeriscono loro di riconsiderare tali risposte; o implementano sistemi per contrassegnare automaticamente informazioni fornite dal cliente, apparentemente incoerenti, ai fini di una revisione o per un'azione supplementare da parte delle imprese).

In questo contesto, le imprese, specie quando fanno leva su un sistema totalmente automatizzato, che potrebbe favorire la proliferazione di *bias* comportamentali dei clienti, dovrebbero implementare meccanismi per affrontare e neutralizzare simili rischi. Difatti, a fronte di *bias* che spingono i clienti a sovrastimare la loro conoscenza ed esperienza, le imprese potrebbero includere domande utili a valutare la complessiva comprensione dei clienti circa le caratteristiche ed i rischi sottesi ai differenti tipi di strumenti finanziari.

La rilevanza dell'adozione di dette misure potrebbe divenire particolarmente importante proprio nel caso dei *robo advice*, perché il rischio di *overconfidence* da parte di clienti potrebbe risultare più alto quando forniscono informazioni attraverso un sistema automatizzato o semi-automatizzato, soprattutto in situazioni ove l'interazione umana è molto limitata o inesistente tra clienti e dipendenti dell'impresa.

3.2. *Segue: c) Requisiti organizzativi, suitability e nuove competenze*

Come già evidenziato, il testo definitivo delle *guidelines*, accogliendo talune osservazioni sollevate nel corso della consultazione, si caratterizza per un mutamento parziale della prospettiva adottata dall'autorità europea che, se in un primo momento aveva incentrato la sua attenzione sui diversi preliminari requisiti informativi (i.e. *disclosure*) e taluni organizzativi, ora vira verso scelte maggiormente

propense a garantire la robustezza degli algoritmi, dei sistemi di valutazione e dei processi applicativi[26].

Nel *final report* il *focus* viene così spostato prevalentemente, se non esclusivamente, sulla *governance* degli algoritmi (*rectius: algo-governance*) piuttosto che sulla relativa trasparenza nei confronti del cliente.

Come già accennato, la direzione scelta ed intrapresa diviene quella di favorire una maggiore efficacia sul versante della supervisione attraverso la definizione di un comune approccio europeo e l'individuazione di *good practices* utili per i supervisori. Finalità quest'ultima che si riverbera sull'indicato mutamento di prospettiva che ispira il testo definitivo delle *guidelines*.

L'obiettivo ivi sotteso vira così dai lidi di immediata protezione degli investitori attraverso la trasparenza e gli obblighi di informativa diretta nei confronti dei clienti[27] a quelli di prevenzione e diretta supervisione sugli algoritmi – dapprima interna alle imprese, con l'introduzione di taluni *standard* di *accountability*, e poi esterna ad opera delle autorità – nonché sulla relativa corretta funzionalità, rispetto ai quali la tutela degli investitori diviene il risultato finale della definizione del processo in questione.

Alla luce delle cennate finalità e delle descritte coordinate il requisito organizzativo, sinteticamente tradotto nel documento in consultazione, in un'unica *guideline* che richiedeva alle imprese di progettare ed implementare – in relazione alle peculiarità del proprio modello di

[26] Si rammenta che il tema è stato già preso in considerazione, su un piano generale, dalle ESAs (cfr. *Joint Committee Final Report on Big Data* – JC/2018/04 – 15 March 2018) che, nel formulare il responso sull'uso dei *Big Data* da parte delle istituzioni, le hanno invitate a dotarsi di *good practices*, articolate su tre versanti, quali: *Robust Big Data processes and algoritms*, ove viene suggerito il monitoraggio periodico del funzionamento delle procedure e delle metodologie come, parimenti, degli strumenti di *Big Data* per adattargli agli sviluppi tecnologici ed ai rischi emersi di recente; *Consumer protection*; *Disclosure on the use of Big Data.*

[27] Non solo. Tra requisiti omessi nell'adozione del *Final Report* e requisiti mancanti l'ESMA sembra arretrare su taluni rilevanti aspetti, peraltro di non secondaria importanza, quali il coinvolgimento di terze parti nel processo di *governance* degli algoritmi o i profili proprietari o di responsabilità legati alle varie fasi di costruzione di un algoritmo. Parimenti, nessun rilievo viene attribuito ad eventuali conflitti di interesse, né tanto meno alle responsabilità a carico del consiglio di amministrazione dell'impresa.

business – misure (organizzative) tramite procedure e *policies* redatte per iscritto, nel *Final Report* viene accentuato e dilatato sino a comprendere processi di *due diligence* sulla robustezza degli algoritmi e dei sistemi di valutazione. E tanto sia in funzione preventiva rispetto alla fase di *design* degli algoritmi, sia per tutto il ciclo di vita degli algoritmi medesimi attraverso una costante verifica della persistente robustezza.

In questa prospettiva, tutte le imprese che utilizzano, ai fini della *suitability*, sistemi automatizzati – siano essi *client* o *professional facing tools* – dovrebbero regolarmente monitorare e testare gli algoritmi a sostegno dell'adeguatezza delle transazioni raccomandate o assunte per conto dei clienti, a partire, come detto, dalla fase di *design* di detti algoritmi.

In questo *step* preliminare le imprese dovrebbero altresì prendere in considerazione la natura e le caratteristiche dei prodotti inclusi nella loro offerta ai clienti, cercando così di concepire algoritmi tali da operare una selezione sulla scorta del catalogo dei prodotti offerti.

In particolare, le imprese dovrebbero almeno:

- Predisporre un'appropriata documentazione del sistema di *design* che chiaramente stabilisca la finalità, lo scopo e la struttura degli algoritmi;
- Dotarsi di una strategia di test documentata che spieghi lo scopo del test sugli algoritmi e che includa tutti gli *steps* superati (per es. programmi di test, casi di test, risultati di test, risoluzione dei difetti, se rilevanti, e risultati del test finale);
- Implementare appropriate *policies* e procedure per gestire ogni modifica ad un algoritmo, incluso il monitoraggio e la tenuta dei registri nei quali sono annotati detti cambiamenti, al fine di rendere tracciabile ogni intervento sugli algoritmi. Tanto include altresì l'implementazione di requisiti di sicurezza per monitorare e prevenire accessi non autorizzati agli algoritmi;
- Revisionare ed aggiornare gli algoritmi in modo da riflettere ogni cambiamento rilevante (es. cambiamenti di mercato e modifiche della legge applicabile) che potrebbero influenzare la loro efficacia;
- Implementare *policies* e procedure in grado di individuare ogni errore all'interno dell'algoritmo e trattarlo appropriatamente, ivi incluso, a titolo esemplificativo, la sospensione della prestazione della

consulenza se è presumibile che quell'errore possa produrre una consulenza inadeguata e/o una violazione normativa rilevante;

- Disporre di adeguate risorse, incluse quelle umane e tecnologiche, per monitorare e supervisionare le *performance* degli algoritmi attraverso una revisione adeguata e tempestiva della consulenza prestata;
- Disporre di un appropriato processo di verifica circa l'adempimento e superamento dei precedenti *steps.*

Affinché i supervisori possano controllare eventuali anomalie, ogni *step* va pertanto accuratamente testato e documentato, lasciando traccia di qualunque intervento o modifica operata in proposito nel ciclo di vita dell'algoritmo.

Il rispetto dei requisiti organizzativo-procedurali involge però ulteriori competenze[28] tanto nel personale coinvolto nella definizione

[28] Il tema delle competenze e la conseguente necessità di intervenire su questo versante rappresentano alcuni dei principali profili critici posti in evidenza in tutti i documenti in materia di *FinTech*.

In particolare, l'esigenza di aggiornare velocemente le *digital skills*, specie dei supervisori, è dapprima evidenziata dal Parlamento europeo nella risoluzione, adottata il 17 maggio 2017, su *Tecnologia finanziaria*: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario, nonché sia dalla Commissione europea nel Piano d'Azione su *FinTech* [cfr. *FinTech Action Plan: For a more competitive and innovative European financial sector* [COM(2018) 109/2, pubblicato l'8 marzo 2018], sia dall'EBA nella *Roadmap* tracciata per *FinTech*, cit.

Il processo di *reskilling* dei supervisori è stato altresì inserito dal Comitato di Basilea nel suo documento su *Sound Practices Implications of fintech developments for banks and bank supervisors* (February 2018, reperibile su *https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf*) ove, nell'elencare implicazioni e relative considerazioni derivanti dagli sviluppi di *FinTech* sul versante dei supervisori bancari, esplica detta necessita nei seguenti termini sub n. 7): "*Implication 7: Fintech has the potential to change traditional banking business models, structures and operations, including the delivery of financial services. Such fintech-related changes may require bank supervisors to reassess their current supervisory models and resources in order to ensure continued effective oversight of the banking system.*

Consideration 7: Safety and soundness could be enhanced by bank supervisors assessing their current staffing and training programmes to ensure that the knowledge, skills and tools of their staff remain relevant and effective in supervising the risks of new technologies and innovative business models. Supervisors may need to consider the addition of staff with specialised skills to complement existing expertise.

dei sistemi automatizzati e nel *design* degli algoritmi sottostanti, quanto nei supervisori chiamati a svolgere un'efficace controllo sugli stessi.

Versante quest'ultimo che viene ulteriormente approfondito laddove si richiedono necessarie *skills* di conoscenza ed esperienza a tutto il personale che, a prescindere dal fatto che si interfacci o meno direttamente con il cliente, svolga un ruolo nel processo di adeguatezza[29].

Parimenti, adeguate competenze, ove rilevanti, sono richieste al personale coinvolto nel processo di definizione degli *automated tools*, ivi inclusi quelli ibridi. Competenze che spaziano da un'appropriata comprensione della tecnologia e degli algoritmi usati per prestare consulenza digitale (in particolare devono essere in grado di comprendere la finalità, i rischi e le regole, oltre gli algoritmi sottostanti alla consulenza digitale), sino alla capacità di rivedere la consulenza automatizzata generata dagli algoritmi.

Competenze tutte che, specie nell'ipotesi di *robo advice* ibridi caratterizzati da forme di interazione umana, devono sommarsi con quelle già richieste al personale ai fini della prestazione del servizio in sé, alla stregua di quanto indicato dall'art. 25, par. 1, Mifid 2 e delle *guidelines* adottate dall'ESMA[30].

4. *La supervisione sugli algoritmi: dall'algo-governance all'algo-intervention?*

Le linee guida dell'ESMA aprono un varco nel mondo oscuro ed inesplorato degli algoritmi. Ripetutamente tacciati di mancanza di neutralità e di opacità, gli algoritmi sono stati talora affiancati – in una sorta di ossimoro - all'esigenza di renderli trasparenti, con tutte le

The financial industry is undergoing rapid technological changes in all scenarios considered. Bank supervisors may wish to continuously re-evaluate necessary skill sets and approaches to supervision to keep up with changes in the banking industry".

[29] Questo potrebbe riguardare, ad esempio, la predisposizione dei questionari, la definizione degli algoritmi che sovrintendono la valutazione dell'adeguatezza o altri aspetti necessari per condurre la valutazione di adeguatezza e controllare la *compliance* con i requisiti di *suitability*.

[30] Cfr. ESMA, *Guidelines for assessment of knowledge and competence*, ESMA71-1154262120-153, 3 January 2017, reperibile sul sito istituzionale.

implicazioni, anche di carattere giuridico[31], derivanti dalla spinta ad aprire quelle che sono tuttora considerate *black boxes*.

Cosa che impone sicuramente una riflessione più approfondita sull'uso degli algoritmi, sui requisiti operativi, sulla relativa tutela, nonché sui conseguenti profili di responsabilità e sulla relativa ripartizione nell'ipotesi di intervento di terze parti, non sempre soggette a regolamentazione e controllo[32].

Profili tutti ancora da esplorare, come peraltro suggerito dall'EBA[33] in relazione all'evoluzione ed implementazione di tecnologie sempre più sofisticate nel processo di funzionamento dei *robo advice*.

Purtuttavia, va precisato che, per le ragioni più volte addotte, le *guidelines* sollevano il velo dagli algoritmi solo per finalità di vigilanza e quindi ad appannaggio dei supervisori, tenuti a valutare robustezza dei sistemi di valutazione a monte e correttezza del processo di adeguatezza a valle. L'opacità di cui sono tacciati gli algoritmi permane invece nei confronti dei clienti che non acquisiscono alcuna consapevolezza in ordine all'uso degli algoritmi e alle modalità di utilizzo delle proprie informazioni da parte degli algoritmi medesimi. Parimenti deve dirsi con riguardo sia alla possibilità per il cliente di verificare il corretto uso delle proprie informazioni, sia al diritto di conoscere le ulteriori informazioni personali - e di selezionare quelle ritenute dallo stesso rilevanti - cui le imprese possono attingere per valutare la *suitability*.

Permangono quindi diverse aree grigie nella tutela dell'investitore che acceda ad un *robo advice*, talune delle quali evidenziate recentemente dall'EBA nel citato *Report* sui rischi prudenziali e sulle opportunità per le istituzioni derivanti da *FinTech*.

---

[31] Un inquadramento delle diverse implicazioni giuridiche si deve a E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data. Temi regolamentari, responsabilità, concorrenza*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, Giuffré, 2018, 303.

[32] Il riferimento è ai fornitori esterni all'impresa, dotati di peculiari specializzazioni dal punto di vista tecnologico e, in ragione di detta competenza, incaricati di sviluppare soluzioni di *robo advice* sulla base di accordi partnership con gli *incumbents.*

[33] Cfr. EBA *Report on the prudential risks and opportunities arising for institutions from FinTech, cit.*

In considerazione dei diversi interessi da parte di più Autorità[34], l'esame del tema richiederebbe una sede centralizzata a livello europeo, quanto a dibattito e soluzioni prescelte, come già suggerito sia dall'*European Banking Federation* (EBF)[35], sia più di recente dall'*European Banking Institute* (EBI)[36] a sostegno di una *sandbox* specifica per i *robo advice*, sul modello di quella da tempo sperimentata dalla FCA[37].

Diversamente, un'ulteriore frammentazione tanto negli approcci al tema quanto nelle soluzioni prescelte sui versanti che, *ratione materiae*, non sono oggetto di considerazione nel *Report* dell'ESMA, rischierebbe di determinare effetti indesiderati, da un lato ostacolando la prestazione transfrontaliera della consulenza tramite *automated tools* e l'accesso di nuovi *players* nel mercato in questione, dall'altro lato

[34] Non va tralasciato che anche la Commissione europea, nella consultazione che ha preceduto la definizione del Piano d'Azione per *FinTech*, ha intravisto nei *robo advice* un potenziale dirompente rispetto al tradizionale settore del *wealth management*, sulla scorta di quanto si evince da una preliminare ricognizione delle diverse osservazioni presentate (cfr. *Detailed summary of individual responses to the "Public Consultation on FinTech: a more competitive and innovative European financial sect*or, September 2017, reperibile su *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-fintech-summary-of-responses_en.pdf*). Tanto quindi non esclude altro intervento sul *framework* in tema di consulenza, come peraltro più volte sollecitato dai partecipanti a diverse consultazioni, teso a favorire la prestazione del servizio in una dimensione *cross border*, sulla scorta peraltro dei risultati riportati nell'European Commission, *Distribution systems of retail investment products across the European Union. Final Report*, cit.

[35] L'EBF, nel suo *report* su *Innovate. Collaborate. Deploy. The EBF vision for banking in the Digital Single Market*, 14 November 2016 (reperibile su *https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/05/EBF-vision-for-banking-in-the-Digital-Single-Market-October-2016.pdf*) tra le varie proposte, di portata europea a sostegno di *FinTech,* ha suggerito l'adozione, da parte della Commissione europea, di un *framework* teso a favorire la sperimentazione (i.e. *Europe wide approach on sandboxes*) a livello europeo tale da prevenire ulteriori frammentazioni nel mercato unico e distorsioni della concorrenza tra operatori in Europa.

[36] Cfr. W. RINGE – C. RUOF, *A Regulatory Sandbox for Robo Advice*, EBI Working Paper Series, 2018 – no. 26, 2 May 2018, reperibile su *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3188828.*

[37] Da ultimo si vedano i risultati dell'esperienza maturata dalla FCA nelle diverse articolazioni di *FinTech*, ivi inclusi i *robo advice*, come riportati nel *Regulatory sandbox lessons learned report*, 2017, reperibile sul sito *www.fca.org.uk.*

creando un'incertezza giuridica che assurgerebbe ad ulteriore 'fardello' operativo, tale da disincentivare l'utilizzo di *digital channels*.

Nel contempo è altresì vero che le innovazioni tecnologiche – e la maggiore complessità che le caratterizzerà nel prossimo futuro – aprono la strada alle sfide dei regolatori e dei supervisori su un duplice versante e con una duplice valenza.

Difatti, in prima istanza le competenze dei supervisori dovranno essere aggiornate e ricalibrate per essere in linea con il nuovo contesto digitale, ponendo così in primo piano la necessità di tracciare anche nuove forme di vigilanza che siano adeguate e proporzionate all'era digitale, nella quale il *focus* della vigilanza si sposta dal soggetto vigilato sino al mezzo utilizzato per la prestazione del servizio. Il vero destinatario della vigilanza diviene così l'algoritmo e la robustezza della struttura di supporto. Le violazioni non involgeranno più solo l'inosservanza di regole di comportamento da parte dell'impresa nel rapporto con il cliente, bensì, in un quadro fortemente innovato e tecnologizzato *(rectius*: algoritmizzato), la stessa progettazione dell'*automated tools* che non risulti espressione dell'adempimento di quelle regole. E tanto sia nel caso in cui dette regole siano poste a carico dell'impresa, sia nell'ipotesi in cui talune funzioni siano esternalizzate.

Tuttavia, su un versante speculare, la sfida lanciata dalle nuove tecnologie va ben oltre, estendendosi sino a divenirne vero e proprio strumento di vigilanza proattiva, al fine di rendere più efficace l'azione di supervisione (i.e. *SupTech*)[38], sulla scorta delle potenzialità insite nelle tecnologie abilitate proprio dagli algoritmi.

---

[38] *SupTech* (*supervisory technology*) è definita come "*the use of technologically enabled innovation by supervisory authorities"* (cfr. Basel Committee on Banking Supervision, *Sound Practices Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, cit.).

E' proprio il Comitato di Basilea che individua le opportunità offerte da *SupTech* nell'implicazione e successiva considerazione *sub* n. 8) nei seguenti termini: "*Implication 8: The same technologies that offer efficiencies and opportunities for fintech firms and banks, such as AI/ML/advanced data analytics, DLT, cloud computing and APIs, may also have the potential to improve supervisory efficiency and effectiveness.*

Consideration 8: Safety and soundness and financial stability could be enhanced by supervisors investigating and exploring the potential of new technologies to improve their methods and processes, and they may wish to share with each other their practices and experiences".

In tal senso si registrano già le prime esperienze, sebbene il tema sia ancora ad uno stadio iniziale e le prospettive di sviluppo siano incoraggianti con riferimento alle diverse aree di applicazione, come evidenziato dal Financial Stability Institute nel suo ultimo *Report* sulla supervisione finanziaria nella tecnologia innovativa[39].

In definitiva, in una visione prospettica e di più ampia portata, l'attenzione verso le nuove tecnologie dovrà essere riconsiderata in ragione dell'insita duplice rilevanza che richiederà nuove competenze dei supervisori sia per cavalcarle e trarne valore nell'azione di vigilanza, sia per controllarle ai fini del corretto adempimento delle regole di comportamento da parte dei soggetti vigilati.

Tanto lascia presagire gli albori di forme di *algo-intervention* o comunque di nuovi poteri di intervento sugli algoritmi da parte dei supervisori, che potrebbero testare la propria validità proprio in situazioni che involgono rischi sistemici per il mercato e per la tutela degli investitori[40].

[39] Cfr. *Innovative technology in financial supervision (suptech) – the experience of early users*, by Dirk Broeders and Jermy Prenio, July 2018, reperibile *su https://www.bis.org/fsi/publ/insights9.pdf*.

[40] A titolo esemplificativo, si pensi ad eventuali pregiudizi su larga scala derivanti da malfunzionamenti degli algoritmi o da eventuali manipolazioni di mercato che esporrebbero le imprese a sanzioni e danni reputazionali da un lato, ad una molteplicità di richieste risarcitorie avanzate da parte dei clienti dall'altro lato.

ANTONELLA ANTONUCCI

Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*

SOMMARIO: 1. Fra contratto e sistema. – 2. Pagamenti elettronici e *e-commerce*: geoblocchi e discriminazioni fra mezzi di pagamento. – 3. Le nuove articolazioni normative della filiera produttiva delle operazioni di pagamento. – 3.1. *Open banking* e dati personali. – 4. Banche e nuovi servizi di pagamento.

1. Cogliendo la suggestione della ideatrice di queste dense giornate di studio, mi soffermerò sugli elementi di integrazione ed ampliamento dei mercati dei pagamenti al dettaglio collegati all'evoluzione digitale, considerandoli anche nelle funzionalità legate allo sviluppo dell'*e-commerce*.

È un fatto che lo sviluppo di diverse applicazioni tecnologiche influenti sui processi e sui metodi di pagamento ci porta oggi ben oltre gli strumenti che erano correntemente definiti di terza generazione – le carte di credito, come succedaneo della moneta legale e dell'assegno – di cui Pino Restuccia si è magistralmente occupato fin dal loro diffondersi sul mercato nazionale[1], ponendo elementi di inquadramento della fattispecie che trovo tuttora di grande attualità. Infatti, la dimensione disciplinare delle carte di credito era costruita qualificando lo strumento nell'ambito delle tecniche di credito al consumo, con ricadute di sistema sui suoi momenti contrattuali.

Analoga prospettiva attraversa la normativa PSD. La PSD 1 (2007/46/CE), disegnando una rete di sostegno all'efficiente costruzione della SEPA, creava un quadro normativo inclusivo delle diverse tipologie di attività collegate ad un'operazione di pagamento, intesa come operazione idonea a trasferire la titolarità di disponibilità monetaria ("fondi") da un soggetto ad un altro, prescindendosi dalla

* Riproduce, con l'aggiunta di alcune note, la relazione al convegno in ricordo di Giuseppe Restuccia *I servizi di pagamento nell'era della digitalizzzazione*, Taormina, 15-16 febbraio 2018.

[1] Brunella Russo, introducendo i lavori, ricordava ieri la prima monografia sul tema (*La carta di credito come nuovo mezzo di pagamento*, Giuffrè, 1988), poi rivista e aggiornata in *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Giuffrè, 1999.

causa del trasferimento[2].

Si introduceva, dunque, un quadro disciplinare comune per gli intermediari e aperto verso i c.d. operatori ibridi – con alcune tolleranze poi contenute dalla PSD 2 - ed una disciplina contrattuale uniforme dei servizi di pagamento[3], di cui si segnava un perimetro funzionale alla ricomprensione dei diversi momenti di attività svolta dai prestatori.

Com'è noto, la svolta segnata dalla PSD 1 ha dato un impulso non esaustivo alla realizzazione del 'mercato unico digitale' con riferimento ai pagamenti *retail*, cui si frappongono ostacoli legati sia alla specifica dimensione dei pagamenti elettronici, sia alla strutturazione dell'offerta *e-commerce.*

2. Nel momento in cui avviava la revisione della PSD 1, la Commissione poneva in evidenza forte la strumentalità dell'efficienza dei pagamenti elettronici per lo sviluppo integrato del commercio elettronico*,* partendo dal rilievo che "i pagamenti rappresentano uno degli ostacoli principali alla crescita di questo settore; in particolare le critiche si appuntano sulla *diversità dei metodi di pagamento tra gli Stati membri, sul costo dei pagamenti per i consumatori e i commercianti,* soprattutto se si tratta di piccoli importi (micropagamenti) e sulla *sicurezza* dei pagamenti. Mancando un quadro coerente e generale di (auto)regolamentazione, il panorama attuale dei pagamenti elettronici in Europa è estremamente frammentato, con situazioni che cambiano valicando i confini, con sistemi nazionali di pagamento elettronico che solo in pochi casi funzionano bene e con un numero esiguo di grandi operatori internazionali non europei"[4].

Una serie di criticità su cui incide, dopo una frantumata serie di interventi[5], la normativa oggi parzialmente assestata nel c.d. *Payment*

[2] Salva la limitata rilevanza nella prospettiva d'esenzione di micropagamenti effettuati da operatori di telecomunicazione, con disposizione confermata e integrata dalla PSD 2, con conseguente modifica dell'art. 2, co. 2, lett. *n* d. lgs. 11/2010.

[3] Focalizzata sui profili trasparenza, tempi di esecuzione, inadempimento, ordini non autorizzati.

[4] COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, Bruxelles, 11.1.2012 COM(2011) 941 definitivo, p. 5. Enfasi aggiunta.

[5] Su cui v. FALCE*, Dalla Self-Regulation al Payment Package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 26 ottobre 2015.

Package, inclusivo della PSD 2 (2015/2366/UE) e del regolamento UE 2015/751, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta, sfociati in Italia nel d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218[6].

Vi è però un risvolto critico nella sinergia di sviluppo pagamenti elettronici/commercio elettronico che discende da una – ancora corrente – strutturazione dell'offerta nel commercio elettronico, governata dalla pratica dei geoblocchi, che compartimenta il mercato digitale in misura significativa[7] e si intreccia a discriminazioni fra strumenti di pagamento.

Solo il 6 febbraio scorso il Parlamento europeo ha approvato il regolamento destinato – l'entrata in vigore è fissata a fine 2018 - a limitare i geoblocchi "ingiustificati"[8]. Il regolamento interviene sui settori della direttiva Bolkestein - quindi con esclusione dei servizi bancari, finanziari, di pagamento (art. 1, par. 3 reg., che rinvia all'art. 2, par. 2 dir. 2006/123/CE) – e si occupa di servizi di pagamento limitatamente alla prospettiva del contrasto a discriminazioni discendenti dalla localizzazione (art. 5), precludendo discriminazioni nelle condizioni di fornitura discendenti dalla localizzazione del cliente o del prestatore del servizio di pagamento in un'area di fattispecie sovrapponibile a quella dei servizi di pagamento come disciplinati dal *Payment Package*.

Ciò senza ledere in via di principio la libertà del fornitore di decidere quali mezzi di pagamento accettare (*considerando* 24), libertà nel cui ambito si applica il divieto di una discriminazione che vede venir meno il proprio *rationale* anche in considerazione del fatto che la PSD 2 "ha introdotto rigorosi requisiti di sicurezza relativamente agli ordini e al

[6] Emanato in forza della delega di cui agli artt. 11 e 12 l. di delegazione europea 2015 (12 agosto 2016, n. 270), il d. lgs 218 segue la segmentazione normativa preesistente, intervenendo in modifica del tub, del d. lgs. 11/2010 di recepimento della PSD 1, del d. lgs. 135/2015 di attuazione del regolamento UE 260/2012 sui requisiti tecnici e commerciali di bonifici e addebiti diretti in euro.

[7] Un'indagine della Commissione su dati 2015, ne rileva l'uso nel 63% dei siti esaminati (Commissione europea, Comunicato stampa 20 novembre 2017, IP/17/4781).

[8] Faccio riferimento al testo della proposta di regolamento 2016/0152 (COD), recante misure volte a impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione dei clienti basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento nell'ambito del mercato interno.

trattamento dei pagamenti elettronici, che hanno ridotto il rischio di frode per tutti i nuovi mezzi di pagamento e per quelli più tradizionali, in particolare per i pagamenti online" (*considerando* 25).

L'apertura del mercato e la non discriminazione fra strumenti di pagamento si basa, quindi, non su una limitazione della libertà di scelta degli utilizzatori, ma sulla costruzione di un ambiente normativo omogeneo che superi sia le frammentazioni nazionali che quelle fra i principali settori del mercato dei pagamenti, bancario, con carta, con diverse applicazioni digitali.

3. Nella costruzione di un ambiente normativo omogeneo, la PSD 2 in qualche misura insegue e tende ad ingabbiare[9] l'evoluzione di mercato nelle nuove articolazioni normative della filiera produttiva che porta al compimento dell'operazione di pagamento, disponendo due correlati livelli di estensione, funzionale all'indicata finalità normativa, nel novero dei servizi e degli intermediari che possono prestarli.

Il novero dei servizi di pagamento si estende ad includere i servizi di disposizione di ordine di pagamento e di informazione sui conti, che presentano specifici problemi di tutela del fruitore del servizio, di sicurezza, di imputazione di responsabilità nella filiera del processo di pagamento.

Il servizio di disposizione di ordine è definito quale "servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento, relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento" (art. 4, n. 15 PSD 2, e nuovo art. 2, co. 1 lett. *b-bis* d. lgs 11/2010).

Si tratta di servizio che ha conosciuto un particolare sviluppo nell'ambito del commercio elettronico, in quanto consente "al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di assicurare al beneficiario che il pagamento è stato disposto così da incentivare il beneficiario a consegnare i beni o a prestare il servizio senza indebiti ritardi" (*considerando* 29 PSD 2). Ciò grazie ad "un software che fa da ponte tra il sito web del commerciante e la piattaforma di online

[9] Nella prospettiva di regolazione omogenea stigmatizzata ieri da Laura Ammannati, che condivisibilmente prospettava l'alternativa di una regolazione differenziata per il fintech, ambiente ad elevato tasso di flessibilità e capacità innovativa, rispetto al quale sono quindi più elevati sono i rischi di obsolescenza degli strumenti tradizionali di regolazione.

banking della banca del pagatore per disporre pagamenti via Internet sulla base di bonifici" (*considerando* 27), costituendo un'alternativa a minor costo rispetto agli acquisti con carta. Alternativa reiterata nella prospettiva del legislatore, che comunque non osta al diverso assetto meno concorrenziale del mercato.

È il modello PayPal - che non a caso nasce e si sviluppa con eBay - in cui l'utente mette a disposizione del fornitore le coordinate di accesso ad un mezzo di pagamento (nella specie, a sua scelta fra conto bancario o carta), non anche una disponibilità monetaria da utilizzare per i successivi pagamenti, come accade ad esempio per una della app di pagamento più diffuse in Italia (Satispay).

Le potenzialità di sviluppo del servizio sono enormi e in parte già fruibili nel contesto nazionale, dove da un canto sta divenendo operativo il servizio – sul modello PayPal - già prestato in altre realtà dalle grandi *digital companies* identificate con l'acronimo GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple), d'altro canto si affacciano offerte combinate alla prestazione di servizi di altra natura, con ricadute su mercati diversi e talora segnati da criticità concorrenziali: penso alle app di prenotazione dei taxi [10] che, oltre ad avere in taluni casi un'ottima fruibilità per il cliente e l'offerta di servizi aggiuntivi, con un costo commissionale modesto svincolano il tassista dalla necessità di legarsi a compagnie di radiotaxi.

Di diversi portata e contenuti il servizio di informazione sui conti, definito come "un servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento" (art. 4, n. 16 PSD 2, e nuovo art. 2, co. 1, lett. *b-ter* d. lgs. 11/2010).

Qui siamo al di fuori della procedura dell'operazione di pagamento, ricadendo nell'ambito di servizi cui atecnicamente il *considerando* 28 PSD 2 fa riferimento come "accessori"[11] e che si collocano a monte di un'eventuale operazione di pagamento.

[10] Diverse dalla piattaforma Uber, in quanto non forniscono il servizio di trasporto il che, secondo recente arresto della CGUE (20 dicembre 2017, C-434/15), attrae nell'ambito dei servizi del settore trasporti il servizio di intermediazione fra cliente e conducente erogato da Uber.

[11] Nel testo normativo, infatti, il servizio è incluso fra quelli principali di cui all'Allegato I PSD 2, non fra gli accessori, di cui è menzione all'art. 18.

Si tratta, infatti, di servizi di monitoraggio con ampio spettro di configurabilità dell'offerta sia nei confronti delle imprese che dei consumatori: per le imprese, possono supportare la gestione aziendale della liquidità, tenendo conto che normalmente le imprese intrattengono rapporti con una pluralità di banche; per i consumatori, divengono sistematicamente rilevanti, in quanto costituiscono uno strumento di automonitoraggio del rischio di sovraindebitamento e, in alcune declinazioni di offerta integrata, anche di disincentivo[12]. In ogni caso, la prospettiva del sovraindebitamento non tocca la PSD 2, che si occupa del servizio essenzialmente in relazione alla gestione dei dati, con i relativi problemi sia di sicurezza, che di accesso (*infra*, par. 3.1).

Collegata alla enucleazione dei due nuovi servizi è la configurazione di due nuove tipologie di prestatori di servizi di pagamento - i *Payment Initiation Service Provider* (PISP) e gli *Account Information Service Provider* (AISP) – accomunati nella definizione di *Third Party Provider* (TPP); prestatori che, in ragione del fatto che per la fornitura del proprio servizio tipico non entrano mai in possesso dei fondi della clientela, sono assoggettati a requisiti autorizzativi più tenui rispetto agli altri prestatori di servizi di pagamento[13].

3.1. In entrambi i nuovi servizi, il TPP accede a conti di pagamento dell'utente detenuti presso il diverso prestatore di "radicamento del conto"[14] e si interpone nella gestione del conto, per l'aspetto dispositivo o informativo, sulla base del consenso espresso dal titolare del conto di pagamento, innestando lo scenario comunemente definito di *open*

[12] Penso ad app che abbinano opzioni di risparmio di default, spesso finalizzate (compleanno, vacanze ecc.) Da noi, ad esempio, l'app Oval Money accanto al servizio di monitoraggio del proprio conto corrente, propone la creazione di un conto di digitale da alimentare con quote di 'risparmio', in genere collegate ad ogni spesa nella misura predefinita dal cliente.

[13] Ai TPPs non si applicano, in particolare, i requisiti sui fondi propri previsti dalla PSD2 per gli istituti di pagamento. Per garantire comunque che i TPPs siano in grado di far fronte alle proprie responsabilità, la direttiva ha previsto che essi debbano fornirsi di un'assicurazione per la responsabilità civile professionale o di analoga garanzia, diversamente commisurata per PISP e AISP e comunque subordinata alle indicazioni EBA (art. 5, parr. 2 – 4 PSD 2, EBA/GL/2017/08 del 12/09/2017).

[14] Definito come "prestatore di servizi di pagamento che fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore" (art. 4, n. 17 PSD 2 e nuovo art.1, co. 1 lett. g-*bis* d. lgs. 11/2010)

banking.

Si tratta infatti di dati che, pur essendo relativi al rapporto contrattuale fra utente e prestatore di radicamento del conto di pagamento, sono considerati nella piena ed esclusiva disponibilità dell'utente. Simile impostazione a me pare collocarsi in consonanza con il nuovo, generale diritto alla portabilità dei dati, pressoché coevamente sancito dal GDPR[15] al fine di agevolare il passaggio da un fornitore di servizi ad un altro e di incentivare la creazione di nuovi servizi nell'ambito del mercato unico digitale.

La possibilità di accesso ai dati è ulteriormente agevolata dalla PSD 2, in particolare ove esclude che l'accesso ai dati dell'utente richieda una apposita cornice contrattuale intercorrente fra i due prestatori (artt. 66, par. 5, 67, par. 4 PSD 2 e nuovi artt. 5 *ter*, co. 1 e 5 *quater* co. 1 d.lgs. 11/2010) e senza che il prestatore di radicamento del conto possa frapporre ostacoli pretestuosi. Anzi, proprio per conciliare la fluidità del transito con la sua sicurezza, la PSD 2 (art. 98) rimette all'EBA il compito di fissarne gli standard tecnici regolamentari[16].

I dati relativi all'utente sono riguardati nella prospettiva dell'operazione di pagamento, piuttosto che in quella che tocca la vera miniera di questi servizi, costituita dai dati sulle abitudini di consumo. Ciò emerge già dall'apposita nozione di "dati sensibili relativi ai pagamenti" formulata dalla PSD 2 (art. 4, n. 32 PSD 2 e nuovo art. 1, co. 1, lett. *q-quater* d.lgs 11/2010), che ricomprende i "dati che possono essere usati per commettere frodi, incluse le credenziali di sicurezza personalizzate" ed espressamente esclude, in relazione ai due nuovi servizi qui considerati, "il nome del titolare del conto e il numero del conto", con esenzione funzionale a consentire la conservazione di tali dati, esclusa per i dati sensibili cui il prestatore di servizi di disposizione di ordine può avere accesso (art. 66, par. 3, lett. *e* PSD 2 e nuovo art. 5 *ter*, co. 2, lett. *e* d. lgs. 11/2010).

Per il resto, un *caveat* sull'uso di dati per fini diversi dalla prestazione del servizio erogato (rispettivamente, per le due categorie

[15] Art. 20 regolamento UE in materia di protezione dei dati personali delle persone fisiche, n. 679/2016, definitivamente vincolante da fine maggio prossimo.

[16] EBA*, Final Report - Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2),* EBA/RTS/2017/02, 23 February 2017. RTS al vaglio della Commissione al 6 marzo 2018.

di prestatori, artt. 66, par. 3, lett. *g* e 67, par. 2 PSD 2 e nuovi artt. 5 *ter*, co. 2, lett. *e,* 5 *quater*, co. 2, lett. *e* d. lgs. 11/2010) costituisce base parziale per gli articolati interventi necessari in relazione ai problemi legati all'uso di dati anonimizzati e pseudoanonimizzati e all'estrazione di *smart data.*

Su tali profili insisterà il ricordato GDPR, che assume incidenza peculiare sulla tutela dei dati personali nelle operazioni di pagamento c.d. *one leg*, in cui solo uno dei prestatori dei servizi di pagamento è situato nell'UE, area che la PSD 2 ha attratto nell'ambito della propria regolamentazione (art. 1, par. 4 PSD 2 e nuovo art.2, co. 3 *ter* d. lgs. 11/2010), con una selezione di norme che include l'applicabilità di quelle qui considerate in relazione ai dati.

Il GDPR , infatti, rimuove il requisito dell'autorizzazione nazionale al trasferimento di dati al di fuori della UE e dello SEE (di cui all'art. 44 cod. privacy) e, dosato a maglie più larghe il divieto di trasferimento di dati verso paesi terzi, articola una serie di deroghe ai parametri generali che consentono il trasferimento, fra cui si annovera non solo l'esplicito consenso dell'interessato (art. 49, par. 1, lett. *a*), ma anche il caso in cui il trasferimento sia necessario per l'esecuzione di un contratto fra interessato e titolare del trattamento dei dati (art. 49, par. 1, lett. *b*). Contratto che ben può essere integrato da quello relativo alla fornitura del servizio di un TPP non europeo.

4. Naturalmente, nella logica di parificazione concorrenziale, l'offerta dei nuovi servizi di pagamento non è riservata alle nuove figure di prestatori, ma è un fatto che l'ambiente – di organizzazione aziendale[17], tecnologico, sociale, direi quasi antropologico – che è il loro brodo di coltura è disomogeneo rispetto a quello bancario, pur con le innovazioni di *online banking*. Anzi, queste ultime sono modalità integrate con i nuovi servizi, in quanto il diritto dell'utente a fruirne non è riconosciuto se il conto di pagamento non è accessibile on line (artt. 66 e 67, omologo par. 1 PSD 2 e omologo *incipit* dei nuovi artt. 5 *ter* e 5 *quater*, co. 1 d. lgs. 11/2010)

La fondamentale disomogeneità strutturale e funzionale fra tipologie di prestatori induce a valutare che lo scenario più prevedibile dei

[17] Si sofferma sul punto SCHIEPPATI, *Banche, <<pensare come Google>>?*, in *Bancaria*, 3/2017, p. 63 ss.

rapporti fra prestatori dei nuovi servizi fintech e banche sia quello della collaborazione, piuttosto che della competizione sul medesimo terreno. Da un canto non sembra vi sia un diffuso interesse dei TPPs ad addossarsi lo statuto di banca nella UE[18] e neanche di istituto di pagamento[19], d'altro canto le banche italiane non stanno generalmente lanciando nuovi servizi né stanno compiendo significativi investimenti nel fintech, come risulta dall'indagine conoscitiva della Banca d'Italia di recente pubblicata[20].

E in realtà non credo che ciò sia dovuto tanto a noti motivi contingenti di 'pesantezza' dei bilanci, quanto piuttosto alla consapevolezza che i nuovi providers, per quanto ricondotti ad una cornice regolatoria molto più definita con la PSD 2, hanno un'agilità operativa ed una capacità innovativa nel mettere a valore gli elementi di conoscenza del cliente non fruttuosamente emulabile nel medio periodo. La via che si va quindi affermando, non solo in Italia[21], è quella della *partnership*.

Via che non grava sull'utente, dato che la PSD 2 introduce un sistema di controllo dei costi, e che è probabilmente l'unica percorribile dalle banche, ormai da alcuni anni impegnate in una ridefinizione identitaria che superi l'ormai irreversibile offuscamento dei loro ruoli tradizionali di intermediazione con strategie di riconfigurazione di una propria offerta tipica basata sull'ottimizzazione dell'enorme patrimonio di conoscenza della clientela che tuttora detengono.

[18] Specie col carico regolamentare più gravoso divisato per le fintech nelle linee guida Bce in via di emanazione, su cui v. DI MAIO, RETUCCI, *Le Linee Guida in materia di autorizzazione per i soggetti FinTech: lo sguardo della BCE su un fenomeno in costante crescita*, in www.dirittobancario.it, Approfondimenti, Dicembre 2017.

[19] A quanto emerge da fonti giornalistiche, l'ipotesi è stata considerata solo dai big ma, al momento, solo Facebook è stato autorizzato in Irlanda come istituto di pagamento.

[20] *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017.

[21] Dati in tal senso emergono dagli ultimi *global report* pubblicati da McKinsey (*A brave new world for global banking*, January 2017) e da PwC (*Redrawing the lines: FinTech's growing influence on Financial Services*, 2017).

ALESSANDRA CAMEDDA

La digitalizzazione del mercato assicurativo: il caso della Digital Health Insurance

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I confini della "*Digital Health Insurance*" e la risposta del mercato assicurativo italiano – 3. I vantaggi per le imprese di assicurazione – 4. Profili di criticità – 5. Un primo bilancio

1. *Premessa*

È di recente emersione nel mercato assicurativo italiano la *Digital Health Insurance*, ossia la tipologia di assicurazione della salute che integra le tradizionali coperture sanitarie con dispositivi tecnologici di varia natura e presenta il pregio di consentire agli assicurati una più efficiente e rapida fruizione delle prestazioni garantite grazie allo «spostamento del fulcro dell'assistenza verso il *self care* e il domicilio»[1].

Sulla scorta della massiccia digitalizzazione del settore sanitario[2] e dell'attuale quadro demografico, economico e sociale, tale fenomeno – che costituisce una specifica manifestazione dell'*Insurtech* e si

[1] IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, Roma, 18 settembre 2016*,* p. 3; IVASS, *Report analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, Marzo 2018, p. 8.

[2] La digitalizzazione della sanità è fortemente auspicata e promossa dalle Istituzioni europee. Sul tema, v. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e alla creazione di una società più sana* [COM(2018)233 final], Bruxelles, 25 aprile 2018; COMMISSIONE EUROPEA*, State of Health in the EU: Companion report 2017*; COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla sanità mobile ("mHealth*"), COM(2014)219 final, Bruxelles, 10 aprile 2014; COMMISSIONE EUROPEA*, Comunicazione relativa a sistemi sanitari efficaci, accessibili e resilienti* [COM(2014)215 final], Bruxelles, 4 aprile 2014.

ricollega, in particolare, alle aree della *IoT* e dei *Big Data*[3] - pare destinato ad un significativo sviluppo[4].

L'offerta di moderne soluzioni assicurative, più aderenti alle mutate esigenze sanitarie dei cittadini, potrebbe infatti enfatizzare la funzione sociale delle assicurazioni della salute[5] e il loro ruolo all'interno dei sistemi di *Welfare*[6] nonché contribuire alla prevenzione delle malattie e alla promozione di stili di vita più sani, incoraggiandone l'adozione mediante sconti sui premi.

[3] I *Big Data* sono solitamente descritti come l'enorme mole di dati personali reperibili sul *web* - in particolare sui *social network* – in relazione a ciascun utente. Tuttavia, tale definizione non è esaustiva in quanto le fonti dei *Big Data* sono molteplici ed eterogenee; fra queste assume un ruolo centrale il c.d. "Internet delle cose" (*Internet of Things - IoT*), sistema tecnologico basato sulla creazione di una vera e propria rete tra oggetti (telefoni cellulari, automobili, bracciali, orologi, ecc.), i quali - essendo dotati di un *chip* interno – rilevano e registrano informazioni e le trasmettono ad altri dispositivi. Sull'uso dell'*IoT* e dei *Big data* nel settore assicurativo sia consentito rinviare a CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei* big data (Big Data & insurance: potential benefits and issues), in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, 4 - Supplemento, p. 5 ss.

[4] Non è il caso di soffermarsi su tale aspetto essendo ampiamente noto che la sostenibilità finanziaria dei sistemi sanitari dei Paesi dell'Unione europea è messa a dura prova dal progressivo invecchiamento della popolazione e dal correlato aumento di patologie croniche, dai quali deriva una crescente domanda di servizi sanitari privati, anche integrativi.

[5] Sulla funzione sociale delle assicurazioni private, v. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, in IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2011, p. XX; SANTORO PASSARELLI F., *Funzioni delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Ass.*, 1962, p. 42, secondo il quale gli istituti e le norme di favore predisposti dal legislatore con riguardo all'assicurazione sarebbero espressione dell'utilità sociale propria dell'operazione ad essa sottesa, pur nelle sue varie formulazioni. In giurisprudenza, Cass., SS. UU., 30 dicembre 2011, n. 30174, in *Dir. fisc. ass*., 2012, p. 667 ss., con nota di PUCCI.

[6] Cfr. ANIA*, Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 5, ove si evidenzia che il mutamento della tecnica di assunzione e tariffazione del rischio, prospettato dall'innovazione tecnologica, «potrebbe agevolare sviluppi importanti in una situazione come quella italiana, dove esiste un ampio *gap* di protezione delle famiglie con riguardo a particolari tipologie di rischio, come quelli della salute, soprattutto rispetto ad altri Paesi europei (es. Francia e Germania)». In tal senso, v. anche KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, p. 10.

Il presente contributo si propone di illustrare gli aspetti più rilevanti e innovativi delle nuove polizze della salute e le opportunità che esse offrono sia ai consumatori che alle imprese, avendo cura di evidenziare soprattutto gli effetti, potenzialmente dirompenti, sulla valutazione e profilazione dei rischi sanitari e sul ruolo dell'impresa di assicurazione[7].

Ci si soffermerà anche sulle insidie legate all'uso delle nuove tecnologie e astrattamente in grado di ostacolare l'effettiva diffusione dei contratti in esame tra i potenziali clienti. Si vedrà, infatti, che il possibile trattamento, da parte delle imprese di assicurazione, di dati biometrici, comportamentali e finanche genetici dell'assicurando/to suscita non poche perplessità in ragione della potenziale interferenza con diritti fondamentali dell'individuo come quello alla salute, alla riservatezza e all'autodeterminazione[8].

2. *I confini della "Digital Health Insurance e la risposta del mercato assicurativo italiano*

Con l'espressione *Digital Health Insurance* si allude all'offerta di «polizze salute legate all'utilizzo di tecnologie digitali» in grado di registrare e trasmettere dati precisi sullo stato di salute dei clienti[9].

È doveroso chiarire, *in limine*, che i contratti di assicurazione che possono assumere rilievo in tale contesto (*id est*, astrattamente interessati dalla digitalizzazione) in quanto riconducibili entro l'unitaria nozione di "assicurazioni della salute" sono molteplici[10]: (*i*) le assicurazioni infortuni e/o malattie (cc.dd. assicurazioni contro i danni

[7] V. *infra* par. 3.

[8] V. *infra* par. 4.

[9] IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, cit., p. 3.

[10] Sul ruolo delle imprese di assicurazione nel settore della salute, v. LANDINI, *Il ruolo delle assicurazioni nella salute*, in *Diritto e salute*, 2017, p. 88 ss.; GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. legale*, 2015, p. 1321 ss. Sull'operatività delle imprese assicurative nell'ambito della sanità integrativa e sulle diverse forme in cui quest'ultima si estrinseca, v. diffusamente PIRAS E., *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1870 ss.

alla persona)[11], con le quali l'assicuratore assume l'obbligo di erogare una somma di denaro – predeterminata in misura forfettaria - nell'ipotesi in cui l'assicurato subisca una lesione psicofisica e/o sia colpito da uno stato morboso che ne provochi la morte, l'invalidità permanente o l'inabilità temporanea[12]; (*ii*) le assicurazioni di spese mediche o sanitarie, le quali garantiscono la mera rifusione delle spese sostenute dall'assicurato per far fronte all'evento che incida sulla sua salute, purché documentabili[13]; (*iii*) le c.d. assicurazioni *Long Term*

[11] Sul tema, v. ampiamente ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, p. 572 ss. Tra i contributi meno recenti si segnalano: SANTARONI, *Assicurazione degli infortuni*, in CANDIAN A.D. – POLOTTI DI ZUMAGLIA – SANTARONI (a cura di), *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, p. 203 ss.; DURANTE, *Il contratto per l'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1974; VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968; PASANISI, *L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1962, p. 361 ss.; FANELLI, *Assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 581 ss. e, dello stesso a., *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945; SALANDRA, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Ass.*, 1948, I, p. 3 ss.

[12] L'art. 2 cod. ass. contempla le figure contrattuali in esame sia nei rami 1 e 2 danni (infortuni e malattia) che nel ramo IV vita (assicurazioni malattia e assicurazioni di non autosufficienza garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili dall'assicuratore, a copertura del rischio di invalidità grave dovuta a infortunio, malattia o longevità).

[13] Con le assicurazioni per il rimborso delle spese mediche si conviene l'erogazione, da parte dell'impresa assicurativa, di una somma di danaro il cui importo è rapportato alle spese mediche (per esami diagnostici, visite specialistiche, ricoveri, interventi chirurgici, ecc.) sostenute dall'assicurato a seguito di infortunio o malattia. Pertanto, i contratti di assicurazione *de quibus* sono di regola qualificati come assicurazioni contro i danni – più precisamente, assicurazioni del patrimonio - in quanto tali soggetti all'applicazione del principio indennitario. In tal senso v. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, cit., p. 453 s., 465 s.; Cass., 20 agosto 1992, n. 9689, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, p. 517 ss., con nota di DONZELLA, secondo cui il contratto di assicurazione c.d. di "sicurezza sanitaria", avendo lo scopo di garantire l'assicurato contro il rischio derivante da malattia o infortunio limitatamente alle spese che, in tale evenienza, egli fosse costretto a sborsare per cure mediche e per il ricovero in ospedale o in altri luoghi di cura, non è assimilabile all'assicurazione infortuni per il caso di morte, che ha finalità prettamente previdenziale. *Contra* CORRIAS, *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, Napoli, 2016, p. 58, secondo il quale anche le assicurazioni di spese mediche o sanitarie, al pari delle assicurazioni contro gli infortuni e le malattie, apparterrebbero al *genus* delle

Care (*breviter* LTC)[14], con le quali è garantita all'assicurato assistenza di lungo periodo in caso di non autosufficienza dovuta a malattia, infortunio o senescenza[15].

Tutte le fattispecie contrattuali menzionate – tra le quali le più diffuse e discusse sono indubbiamente le prime[16] - sono accomunate

"assicurazioni della salute" e sarebbero caratterizzate da una funzione previdenziale in quanto rivolte alla tutela di interessi squisitamente personali.

[14] Sul tema, v. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza. Modelli e tutele*, in CAVAZZONI – DI NELLA – MEZZASOMA e RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2012, p. 217 ss.; GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazione diretta di assistenza: il caso delle polizze* long term care, in CORRIAS e RACUGNO, *Prestazioni di* facere *e contratto di assicurazione*, Milano, 2013, p. 39 ss.; ID., *Tutela degli anziani ed assicurazioni per l'assistenza di lungo periodo alla luce dei diritti fondamentali*, in COMANDÈ (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali (Saggi e ricerche)*, Torino, 2004, p. 213 ss.; DE STROBEL, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza* Long Term Care. *I profili giuridici*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 147 ss.; PETRONE, *Il rischio non autosufficienza delle persone e le assicurazioni* long term care*: alcune riflessioni giuridiche*, in PACI (a cura di), *Il rischio di non autosufficienza e l'offerta assicurativa in Italia*, Milano, 2003, p. 129 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici su specifici aspetti del tema, quale l'utilizzabilità di *test* genetici nell'ambito delle assicurazioni LTC, v. *infra*, nt. 55.

[15] L'art. 2, comma 2, cod. ass., contempla tali fattispecie contrattuali nell'ambito del ramo IV vita. Tuttavia, a «questo apparente inquadramento «monoramo» delle polizze LTC» – per mutuare una efficace espressione – si contrappone una duplice classificazione dei contratti in esame, in relazione alla prestazione garantita, ad opera del Regolamento ISVAP n. 29/2009 (concernente le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami di assicurazione). In base all'art. 8 del Regolamento, infatti, i contratti *de quibus* devono essere rincondotti al ramo IV vita quando la prestazione garantita dall'assicuratore consiste in una rendita; quando, invece, la prestazione assicurativa consiste nel risarcimento (*rectius*: rimborso) del costo per l'assistenza o in una prestazione in natura (c.d. prestazione diretta), l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza deve essere classificata nel ramo 2 danni di cui all'art. 2, comma 3, cod. ass. Per maggiori approfondimenti, v. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazione diretta di assistenza: il caso delle polizze* long term care, cit., p. 52 ss., da cui è tratta la citazione testuale.

[16] Non è possibile soffermarsi in questa sede sull'annoso dibattito relativo alla natura giuridica delle assicurazioni infortuni, la cui rilevanza pratica si ricollega alla difficoltà, in assenza di indicazioni legislative, di individuare, nell'ambito della disciplina codicistica del contratto di assicurazione, il nucleo di disposizioni concretamente applicabili a tali figure negoziali. Al riguardo, sia consentito solo ricordare che tuttora l'elaborazione dottrinale sul tema non fornisce una soluzione uniforme della questione. Quanto alla giurisprudenza, essa si è recentemente orientata

dalla finalità di garantire l'assicurato nei confronti di accadimenti idonei a procurargli una menomazione della integrità psico-fisica e, dunque, a compromettere la sua salute[17].

Ciò rilevato, occorre osservare che, analogamente a quanto avvenuto all'estero[18], il *trend* della digitalizzazione delle assicurazioni della salute presenta diverse declinazioni, in quanto molteplici sono i dispositivi tecnologici con i quali le imprese possono integrare le tradizionali coperture "sanitarie".

L'offerta "digitale" delle imprese assicurative italiane nell'area della salute si concentra in particolar modo su proposte che incentivano l'uso di braccialetti elettronici o altri dispositivi *wearables* (ad esempio i contapassi) di rilevazione e monitoraggio dell'attività fisica dell'assicurato (cc.dd. *activity trackers*)[19].

---

nel senso della qualificazione come assicurazioni sulla vita delle sole polizze contro il rischio di infortuni mortali, con conseguente inquadramento delle polizze contro gli infortuni non mortali nell'ambito delle assicurazioni contro i danni. In tal senso, nel solco di Cass., SS. UU., 10 aprile 2002, n. 5119, v. da ultimo Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1879 ss, con nota di LOCATELLI; Trib. Reggio Emilia, 2 marzo 2016, n. 315, secondo cui in caso di polizza infortuni che preveda il caso morte, qualora si verifichi l'infortunio mortale si applica la disciplina propria delle assicurazioni sulla vita che non incontra il limite del principio indennitario. Per una dettagliata ricostruzione dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, v. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 572 ss.

[17] CORRIAS, *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, cit., p. 57.

[18] La tendenza evocata ha riguardato, *in primis*, i Paesi caratterizzati da sistemi sanitari con una prevalente componente privata come gli Stati Uniti d'America. Qui accade sempre più di frequente che i datori di lavoro, su cui grava l'obbligo di stipulare contratti di assicurazione della salute in forma collettiva per i propri dipendenti, acquistino braccialetti elettronici per monitorare lo stato di rischio dei lavoratori assicurati ed ottenere, al contempo, uno sconto sul premio. Per una panoramica sul sistema sanitario statunitense, cfr. DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 945 ss.; CARDUCCI AGOSTINI, *La riforma sanitaria americana: il difficile compromesso tra esigenze di universalità di cure, contenimento dei costi e mantenimento di un sistema sanitario di tipo privato*, in *Dir. fisc. ass.,* 2013, p. 508 ss. V. anche BASSINI e ROMEO, *Il* "Welfare" *statunitense: lo spettro del* "big government" *e le tentazioni solidaristiche*, in *Dir. pubb. comparato ed europeo,* 2013, p. 1484 ss.; GIANNELLI, *I sistemi sanitari di Stati Uniti, Germania, Regno Unito: mercato, redistribuzione e reciprocità*, in *Amministrare,* 2016, p. 147 ss.

[19] Per una panoramica sui dispositivi *wearables*, GERMANI e FEROLA, *Il* wearable computing *e gli orizzonti futuri della* privacy, in *Dir. inf.*, 2014, p. 75 ss.

In alcuni casi, l'impresa di assicurazione incoraggia l'uso di siffatti dispositivi con la promessa di sconti sul premio assicurativo sia all'atto della stipulazione del contratto che nel corso della sua esecuzione.

Nello specifico, qualora al momento dell'instaurazione del rapporto il cliente dimostri di essere in buono stato di salute otterrà un immediato sconto sul premio, del quale beneficerà per tutta la durata del contratto[20].

Inoltre, l'impresa di assicurazione predispone una sorta di *premium plan*, che riconosce ulteriori sconti sul premio agli assicurati che seguano un apposito programma di allenamento e si adeguino a modelli di vita *healthy*. Ciò presuppone l'uso da parte dell'assicurato di uno fra i *devices* indicati dall'assicuratore: soltanto qualora i dati da esso registrati segnalino lo svolgimento, in corso di rapporto, di regolare attività fisica e il raggiungimento della soglia minima annuale di movimento prevista dal contratto, l'assicurato avrà diritto, al momento del rinnovo della polizza, ad un ulteriore sconto, il quale verrà automaticamente applicato all'annualità successiva[21].

In altri casi, l'impresa assicurativa offre, senza alcun costo aggiuntivo, a coloro che stipulino una polizza della salute un *wearable device*, che rimettendo all'assicurato il possibile controllo continuativo dei dati relativi all'attività fisica, può rivelarsi un efficace strumento di autoprevenzione[22].

---

[20] L'impresa assicurativa effettua tale valutazione sulla base della presentazione di uno scontrino della farmacia dal quale risulti che alcuni specifici parametri di benessere (indice di massa corporea, alla pressione arteriosa, colesterolo) sono "nella norma" e delle dichiarazioni rese dall'assicurando mediante la compilazione del c.d. questionario anamnestico o sanitario.

[21] I cc.dd. "traguardi" sono previsti, per tutti gli assicurati, sulla base del movimento minimo normalmente richiesto ad un soggetto in buono stato di salute. Affinchè l'impresa possa accertarne il raggiungimento, è necessario che l'assicurato effettui la registrazione ad una apposita piattaforma digitale e vi traferisca periodicamente (di solito con cadenza mensile) i dati registrati dal dispositivo elettronico in uso. L'impresa potrà, così, analizzare i dati raccolti, convertirli in MOVES (unità di misura dell'attività fisica quotidiana) e procedere all'eventuale applicazione degli sconti previsti.

[22] È il caso di "*Poste Protezione Innova Salute Più*" promosso da Poste Assicura S.p.A.. L'assicurato che stipuli alcune delle formule offerte da tale contratto di assicurazione (es. grandi interventi chirurgici) e che opti per il pagamento di un premio annuale, potrà ricevere in regalo un braccialetto elettronico del tipo "*Bluetooth*" che gli consentirà di monitorare e verificare i dati registrati in relazione

La medesima prassi è emersa con riferimento a dispositivi *wireless* di tipo medico ("bio-medicali"), non necessariamente indossabili, che si differenziano da quelli poc'anzi menzionati principalmente per l'oggetto della rilevazione. Siffatti strumenti, infatti, sono destinati a tracciare, non l'attività fisica dell'assicurato, ma un'ampia gamma di parametri vitali (come il livello di glucosio nel sangue, la pressione arteriosa, la frequenza cardiaca, la saturazione dell'ossigeno, ecc.). Essi si rivelano, dunque, particolarmente utili per il monitoraggio a distanza delle condizioni di salute di soggetti a rischio o affetti da particolari patologie[23].

Tuttavia, in talune ipotesi il rapporto fra la polizza della salute e i *devices* appare "rovesciato" rispetto alle ipotesi precedentemente evocate: difatti, è l'acquisto di uno di tali dispositivi a consentire l'attivazione di una polizza della salute, e non viceversa. Ad esempio, sulla base di un'apposita convenzione con l'azienda produttrice, un'impresa assicurativa ha ritenuto di offrire gratuitamente, ad ogni acquirente di apparecchi del tipo descritto, una polizza sanitaria base temporanea per la copertura di specifiche spese mediche nonché la possibilità di installare sul proprio *smartphone* una *App* dedicata, con la quale monitorare il proprio stato di salute, ricevere consulenza medica e suggerimenti sui comportamenti da adottare per migliorare il proprio stile di vita, ottenere aggiornamenti sul livello di rischio di insorgenza di nuove patologie, ad esempio cardiovascolari e metaboliche[24].

Una diversa e specifica manifestazione della *Digital Health Insurance*, che conviene menzionare espressamente, è costituita dalle

allo stile di vita e all'attività sportiva, utiizzando una *App* dedicata o consultando il display presente sul dispositivo.

[23] GERMANI e FEROLA, *Il* wearable computing *e gli orizzonti futuri della* privacy, cit., p. 77.

[24] È questa, ad esempio, l'offerta scaturita dalla collaborazione fra RBM SALUTE, impresa specializzata nell'assicurazione sanitaria, e IHEALTH, azienda che produce e distribuisce prodotti *wireless* innovativi per la salute. Con l'acquisto di uno dei suddetti dispositivi l'acquirente ottiene in regalo un'assicurazione sanitaria individuale della durata di tre anni, rinnovabile fino a 5, per la copertura di spese mediche (per visite specialistiche, grandi interventi chirurgici, specifiche prestazioni dentistiche). L'assicurato può personalizzare, con un premio a suo carico, la copertura offerte della polizza di base (ad es. per le cure fisioterapiche, per la gravidanza, i medicinali, gli occhiali o per l'inabilità) ed estenderla ai propri familiari.

polizze della salute che contemplano servizi abbinati di Telemedicina e *Home care*[25].

Grazie ad *App* dedicate e a strumentazioni sanitarie all'avanguardia, tali contratti garantiscono all'assicurato l'erogazione di prestazioni di assistenza sanitaria secondo modelli innovativi incentrati sul cittadino; il medico e il paziente non si confrontano "*de visu*" ma comunicano a distanza, in qualsiasi momento[26].

Alcune polizze prevedono che, in caso di ricovero conseguente a malattia o infortunio (di durata variabile a seconda che si accompagni o meno a intervento chirurgico), l'assicurato possa richiedere alla Struttura organizzativa collegata all'impresa di assicurazione di procedere all'installazione presso il suo domicilio di un sistema di comunicazione audio-visuale e di trasmissione di dati clinici utilizzabile dal personale medico e paramedico che lo assista[27].

Altre, invece, sono integrate da servizi per il telemonitoraggio a distanza di alcune specifiche patologie croniche. In questo caso, gli assicurati che possiedano determinati requisiti anagrafici e clinici[28]

---

[25] Sul tema, v. STEFANINI, *Telemedicina, "*mHealth*" e diritto*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute,* 2016, p. 1023 ss.; FILAURO, *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della* privacy, in *Danno e resp.,* 2011, p. 472 ss.

[26] Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali,* 2014, p. 8, consultabili sul sito http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf, secondo il quale «Per Telemedicina si intende una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La Telemedicina comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»; COMMISSIONE UE, *Comunicazione sulla telemedicina a beneficio dei pazienti, dei sistemi sanitari e della società*, 4 novembre 2008, COM(2008)689, p. 3. La Telemedicina, dunque, consente lo spostamento delle informazioni mediche evitando lo spostamento delle persone (cfr. IVASS, *Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, cit., p. 10).

[27] *Generali Sei in salute* di Generali Italia S.p.A. prevede che le spese per l'installazione delle apparecchiature al domicilio dell'assicurato restino a carico della Struttura organizzativa fino ad un massimo di 30 giorni dopo le dimissioni dall'istituto di cura.

[28] Si tratta di soggetti oltre il 50mo anno di età e affetti da patologie croniche come il diabete, l'ipertensione, l'asma e la Broncopneumopatia Cronica Ostruttiva.

ricevono gratuitamente, al proprio domicilio, dispositivi che rilevano i relativi parametri clinici e li trasmettono in tempo reale alla Centrale Operativa dell'impresa di assicurazione; quest'ultima (*id est*, il team di medici e di infermieri specializzati che vi operano) può così monitorare continuativamente lo stato di salute del paziente, intervenire tempestivamente in presenza di *alert* clinici e offrire al paziente/assicurato suggerimenti e raccomandazioni[29].

I vantaggi offerti dai servizi di Telemedicina e *Home Care* sono evidenti: da un lato, l'assistenza sanitaria al domicilio e da remoto può contribuire ad un abbattimento dei costi dei servizi sanitari, riducendo il numero di giorni di ricovero presso strutture ospedaliere[30]; dall'altro, consente al paziente/assicurato di beneficiare di prestazioni mediche all'interno del proprio ambiente familiare, fattore non trascurabile soprattutto quando il destinatario della garanzia assicurativa sia un soggetto anziano, affetto da malattie croniche e/o impossibilitato a muoversi[31].

[29] Servizio *Monitor Salute* offerto dalla compagnia Unisalute del gruppo Unipol.

[30] Secondo il MINISTERO DELLA SALUTE, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali,* 2014, cit., p. 8, «Se correttamente utilizzati, i servizi di Telemedicina possono contribuire a una trasformazione del settore sanitario ed a un cambiamento sostanziale dei modelli di business che ad esso sottendono. […] è chiaro infatti come la disponibilità di servizi di Telemedicina per aree o pazienti disagiati potrebbe permettere anche una diminuzione delle spese, come pure un aumento dell'efficienza del sistema. Inoltre, la Telemedicina può essere di supporto alla dimissione protetta ospedaliera, alla riduzione delle ospedalizzazioni dei malati cronici, al minor ricorso ai ricoveri in casa di cura e di riposo degli anziani, alla riduzione della mobilità dei pazienti alla ricerca di migliori cure».

[31] Come rilevato dall'IVASS (*Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, cit., p. 10 ss.), alle polizze sanitarie possono essere abbinati anche ulteriori servizi di telemedicina. Tra questi, si segnalano: la cartella clinica *web*, con la quale l'assicurato può accedere in maniera riservata e sicura a tutte le informazioni relative alla sua storia clinica, condividerle con il medico curante ed eventualmente anche con altri medici per un consulto o in casi di emergenza (ad esempio, in caso di viaggio all'estero la cartella potrà essere messa a disposizione dei medici del posto nella loro lingua madre); il telecontrollo, che garantisce la sorveglianza e l'assistenza da remoto di determinati soggetti (es.: anziani che vivano da soli) attraverso dispositivi dotati di sensori che ne rilevano ad esempio, malesseri o cadute all'interno dell'appartamento e che, grazie a dispositivi GPS, consentono la localizzazione del paziente e l'invio sul posto del personale medico o paramedico necessario.

Quanto esposto evidenzia che, indipendentemente dalla tipologia prescelta, la componente *smart device* delle nuove polizze della salute può costituire un valore aggiunto sia nella fase che precede l'evento dedotto in rischio, favorendo la prevenzione delle malattie, sia nella fase successiva a siffatto accadimento, ottimizzando eventuali prestazioni di consulenza e assistenza[32].

Si prospetta, inoltre, un significativo mutamento del ruolo dell'assicuratore, da soggetto professionalmente incaricato della gestione di rischi nel lungo periodo, a soggetto chiamato a prevenire i rischi per la salute monitorandone l'andamento durante tutta la durata del rapporto assicurativo. L'assicuratore, dunque, diventa quasi un *lifestyle coach*, una "guida" dell'assicurato, potendogli fornire, previo esame dei dati raccolti, consigli utili sui comportamenti da adottare al fine di evitare che il rischio si avveri[33].

3. *I vantaggi per le imprese di assicurazione*

Il quadro poc'anzi tratteggiato consente di illustrare le opportunità offerte dalla *Digital Health Insurance* alle imprese di assicurazione, con

[32] IVASS, *Report analisi trend offerta prodotti assicurativi (luglio – dicembre 2017)*, cit., p. 8.

[33] Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 5, ove si precisa che la diffusione di prodotti assicurativi abbinati a strumenti tecnologici e/o digitali «può accrescere la consapevolezza dei rischi, una loro più efficace gestione ponendo anche un *focus* adeguato sulla prevenzione. L'assicurazione interviene in questo processo assumendo sempre più il ruolo di "*everyday risk coach*", consulente a 360° gradi sui rischi cui quotidianamente sono esposti persone e beni». Il potenziale impatto positivo dell'uso delle nuove tecnologie (nella specie, i *Big Data*) sulla mitigazione e prevenzione dei rischi è stato evidenziato anche dai principali *stakeholders* pronunciatisi sul tema a seguito della pubblica consultazione avviata dal Comitato congiunto delle Autorità di vigilanza europee (EBA, EIOPA, ESMA) con la pubblicazione del *Joint Committee Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial Institutions* (consultabile sul sito *https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Discussion%20Paper/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf)* e conclusasi il 17 marzo 2017. Per i risultati della pubblica consultazione, v. ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, 15 marzo 2018, p. 20, *sub*. 89, ove si rileva che soprattutto gli operatori del settore assicurativo reputano i dispositivi telematici utili al fine di diffondere fra i clienti meggiore consapevolezza circa l'esposizione a determinati rischi e di prevenirne l'avveramento.

particolare riguardo a quelle idonee ad incidere sull'attività di valutazione e tariffazione dei rischi, trattandosi di un aspetto centrale dell'operazione assicurativa[34].

A tal fine, è appena il caso di ricordare che di regola le imprese di assicurazione si trovano, rispetto al contraente/assicurando, in una posizione di *gap* informativo in relazione allo stato del rischio[35]. Esse, infatti, non sono in grado di conoscere tutte le caratteristiche di rischio dei potenziali assicurati e si affidano, pertanto, alle dichiarazioni rese da questi ultimi in fase precontrattuale[36].

[34] Non si tratta dell'unico vantaggio offerto dalla *Digital Health Insurance* alle imprese assicurative; la conoscenza dei dati personali, dei comportamenti e degli stili di vita degli assicurandi/ti potrebbe anche favorire l'ampliamento della gamma dei prodotti e servizi offerti, la competitività all'interno del mercato e la riduzione del rischio di frodi.

[35] Il mercato assicurativo sarebbe caratterizzato da una asimmetria informativa bilaterale, in forza della quale, alla "supremazia" dell'assicuratore in relazione alle informazioni concernenti i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, corrisponderebbe una posizione di inferiorità del medesimo in ordine alla conoscenza del rischio e delle relative circostanze. Come efficacemente osservato da DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, *Il diritto del contratto di assicurazione*, 1, *I principi generali del contratto di assicurazione,* Milano, 1954, p. 298, l'assicurando è un vero e proprio gestore del rischio, in quanto unico soggetto a conoscenza delle circostanze atte ad identificarlo e valutarlo; l'accertamento preventivo di tali elementi risulterebbe complicato e oneroso per l'impresa assicurativa, spesso addirittura impossibile trattandosi di avvenimenti del passato o di natura delicata. Sull'asimmetria bilaterale in ambito assicurativo, v. anche PIRILLI, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, in *Ass.*, 2013, p. 418 e 421; CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed* uberrima fides*: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 163, il quale rimarca che «gli elementi circostanziali del rischio sono conosciuti solo dall'assicurando»; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 944 ss.; GAGLIARDI, *"Atipicità" dell'assicurazione tra prassi assicurativa e copertura di nuovi rischi*, in COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 199.

[36] Le informazioni rese dall'assicurando sono, dunque, fondamentali ai fini della valutazione e selezione dei rischi, in quanto strumentali al fisiologico funzionamento dell'operazione assicurativa, fondata sulla comunione dei rischi e sul principio di mutualità, e al corretto calcolo dei premi richiesti agli assicurati. In tal senso, v. NIUTTI, Duty of disclosure *nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 551 s.. Pertanto, grava sull'assicurando l'obbligo di descrivere il rischio in modo esatto e completo ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c.; l'interpretazione giurisprudenziale di tali norme ha

Nello specifico caso delle assicurazioni della salute, in un contesto di "bassa digitalizzazione"[37] la prassi vede l'impresa fondare la valutazione dei rischi e la determinazione dei premi sulle informazioni fornite dal cliente con la compilazione del questionario sanitario sottopostogli prima della stipulazione del contratto

Ancorché destinato a fornire informazioni dettagliate sullo stato di salute e su eventuali patologie pregresse e/o di natura ereditaria dell'assicurando, il questionario sanitario non risolve, tuttavia, il problema dell'asimmetria informativa e della naturale incompletezza delle informazioni relative al rischio; difatti, anche l'assicurando potrebbe ignorare alcune circostanze rilevanti ai fini dell'assunzione del rischio medesimo[38].

Data la difficoltà - e finanche l'impossibilità - di verificare *ex ante* le caratteristiche di ciascun rischio, l'impresa assicurativa pare, dunque, costantemente esposta all'eventualità che il cliente possa omettere, anche involontariamente, informazioni rilevanti sullo stato del rischio da assicurare.

Analoga situazione di asimmetria informativa in relazione alle caratteristiche del rischio è riscontrabile nella fase successiva alla stipulazione del contratto. In tale fase, infatti, l'impresa di assicurazione di regola non è in grado di osservare e monitorare i comportamenti degli assicurati, i quali potrebbero porre in essere condotte, anche omissive, tali da aumentarne la rischiosità[39].

In uno scenario come quello descritto – che, secondo la teoria economica, potrebbe innescare fenomeni di selezione avversa o di

tuttavia condotto ad individuare in capo all'assicuratore un dovere di cooperazione, in forza del quale egli deve porre l'assicurando nelle condizioni di comprendere quali siano le circostanze del rischio rilevanti ai fini della sua assunzione.

[37] Lo scenario considerato si caratterizza per l'indisponibilità di un immenso patrimonio di dati personali come quello generato dai *devices* associati alle *Digital Health Insurances*.

[38] Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 4.

[39] Come rilevato da ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 4, spesso nella fase successiva alla stipulazione del contratto si registra una minore propensione degli assicurati all'adozione di adeguate misure di prevenzione del rischio.

azzardo morale[40] - la "svolta digitale" delle assicurazioni della salute potrebbe avere effetti dirompenti. In primo luogo, la disponibilità di una molteplicità di dati personali, sanitari e comportamentali prima inaccessibili agevolerebbe una più efficace e puntuale valutazione di rischi e profilazione dei clienti in fase precontrattuale, consentendo alle imprese di riconoscere il profilo di rischio individuale di ciascuno e di parametrare ad esso l'importo dei premi [41]. Inoltre, poichè i *devices* abbinati alle nuove polizze della salute consentono il monitoraggio costante e continuativo di parametri clinici, abitudini e stili di vita individuali, l'impresa assicurativa potrebbe valutare ed eventualmente

[40] Per "selezione avversa" si intende il fenomeno per il quale alla impossibilità per l'impresa assicurativa di riconoscere *ex ante* il grado di rischio individuale degli assicurandi e di parametrare ad esso l'importo dei premi, consegue la determinazione di un premio di importo identico per tutti gli assicurandi della medesima classe, che ne rifletta la rischiosità media. Ciò inciderebbe negativamente sulla posizione dei soggetti portatori di rischi meno elevati: questi ultimi, infatti, dinanzi ad un "premio medio" per loro poco vantaggioso – in quanto eccessivo rispetto alla bassa probabilità che per essi il rischio si verifichi - sarebbero indotti a rinunciare alla copertura assicurativa o a stipulare polizze assicurative meno costose (*id est*, per le quali sia previsto un premio inferiore rispetto a quello medio testè menzionato) e poco convenienti sul piano delle prestazioni garantite. Per converso, i soggetti esposti a maggiori rischi, attratti dalla convenienza del "premio medio", stipulerebbero contratti di assicurazione che garantiscono una copertura elevata, beneficiando del fenomeno della sovvenzione incrociata ("*cross-subsidy*"); precisamente, gli assicurati più esposti al rischio, essendo tenuti a corrispondere un premio medio di importo inferiore a quello che avrebbero dovuto pagare se il premio fosse stato commisurato alla loro effettiva rischiosità individuale, saranno indirettamente sovvenzionati dai soggetti meno rischiosi che scelgano comunque di assicurarsi. Diversamente dalla "selezione avversa", che attiene alla fase di assunzione dei rischi, il c.d. "azzardo morale" rappresenta una forma di inefficienza del mercato assicurativo derivante dall'impossibilità per l'assicuratore di osservare i comportamenti posti in essere dagli assicurati nella fase successiva alla stipulazione dei contratti; esso si manifesterebbe allorquando gli assicurati ponessero in essere attività e condotte tali da aumentare la probabilità che si verifichi l'evento dedotto in rischio. Cfr. CESARANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed* uberrima fides*: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., p. 162 ss.; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, cit., p. 943 s.. Su tali fenomeni nelle assicurazioni della salute, v. BARIGOZZI, *Assicurazione sanitaria*, *in Rivista di Politica economica*, 2006, p. 217 ss., spec. 222 ss.

[41] I dati acquisiti con le nuove tecnologie potrebbero integrare e financo sostituire *in toto* le informazioni tradizionalmente utilizzate dalle imprese di assicurazione.

"riclassificare" il profilo di rischio dell'assicurato – e, per l'effetto, il relativo premio – anche in costanza di rapporto[42].

Di qui l'opportunità di una significativa riduzione della suddetta asimmetria informativa sia nella fase di valutazione pre-assuntiva del rischio che in quella di esecuzione del contratto, alla quale fa da corollario la possibile neutralizzazione dei fenomeni di selezione avversa e azzardo morale sopra ricordati.

Occorre, tuttavia, osservare che la prospettata personalizzazione dei premi[43] potrebbe presentare notevoli criticità: (*i*) sotto il profilo della maggiore dinamicità degli stessi, in quanto la possibilità di frequenti rettifiche del relativo importo – derivante dall'adeguamento alla condotta e alla variazione del profilo di rischio degli assicurati - potrebbe affievolire l'*appeal* delle nuove polizze digitali per gli assicurandi/ti - maggiormente attratti da un premio stabile e prevedibile - e rendere più difficile la comparazione delle diverse polizze offerte sul mercato; (*ii*) sul piano dell'effettivo risparmio per gli assicurati, posto che gli ingenti costi sostenuti dall'impresa per l'acquisizione di strumenti, sempre più sofisticati, di elaborazione e analisi dei dati potrebbero essere trasferiti sui clienti come voce di caricamento dei premi, neutralizzando, in concreto, i potenziali vantaggi derivanti dalla tariffazione dei rischi su base individuale[44]; (*iii*) sotto il profilo della fruizione dei servizi assicurativi, la quale, come si vedrà di seguito, potrebbe essere preclusa ai soggetti i cui dati sanitari e comportamentali lascino presagire una elevata probabilità che l'evento pregiudizievole per la salute si verifichi.

---

[42] ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 4.

[43] Grazie allo sfruttamento dei dati personali di ciascun cliente, le modalità di determinazione dei premi assicurativi sono destinate ad evolversi lungo tre direttrici: 1. una progressiva personalizzazione, con abbandono del criterio di determinazione su base statistica; 2. determinazione di tipo predittivo (c.d. *forward-looking*) fondata sull'analisi dei dati personali e comportamentali raccolti e delle previsioni altamente attendibili che possono scaturiscarne; 3. dinamicità, ossia periodico adeguamento del premio al variare del profilo di rischio del cliente.

[44] In questa direzione, CESARANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., p. 166; in una prospettiva più generale, già SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazioni danni*, Torino, 1991, p. 123 s.

4. *Profili di criticità*

Malgrado le opportunità offerte alle imprese e ai consumatori, il ricorso alla tecnologia digitale nell'ambito delle polizze della salute solleva alcuni problemi che meritano di essere segnalati[45].

Se le principali criticità riguardano la *privacy* e la sicurezza dei dati personali e sanitari trattati[46], oggi più che mai esposti alla minaccia del

[45] Secondo il Comitato congiunto (*Joint Committee*) delle Autorità di vigilanza europee del settore finanziario (EBA, ESMA, EIOPA), i vantaggi derivanti dall'innovazione tecnologia (nel caso specifico, dall'uso dei *Big Data*) sono di gran lunga superiori rispetto ai potenziali rischi per i clienti. Inoltre, poiché buona parte dei rischi identificati dalle sopra menzionate *Autorithies* risulta mitigata dalla legislazione vigente, deve escludersi, allo stato attuale, un intervento legislativo in materia; occorre, invece, incentivare lo sviluppo e l'applicazione di buone pratiche sull'uso dei *Big Data* da parte delle imprese operanti nel mercato *lato sensu* finanziario. V. ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit.

[46] Il legislatore europeo è intervenuto sul punto ribadendo che la *privacy* e la sicurezza dei dati devono governare lo sviluppo e l'uso delle nuove tecnologie. In particolare, preso atto dell'incremento dei flussi di dati personali e dello scambio, anche transfrontaliero, dei medesimi derivante dallo sviluppo tecnologico, il nuovo Regolamento in materia di protezione dei dati personali (2016/679/UE) garantisce ai soggetti interessati un adeguato controllo dei propri dati e introduce apprezzabili misure di responsabilizzazione delle aziende coinvolte nel relativo trattamento. Fra queste, si segnalano: l'istituzione della nuova figura del "Responsabile della protezione dei dati" (*Data Officer Protection*), il quale deve essere designato dal titolare e dal responsabile del trattamento ogni qualvolta le loro attività principali consistano in "trattamenti che, per loro natura, ambito di applicazione e/o finalità, richiedono il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala" (art. 37); l'obbligo di preventiva valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali posto a carico del titolare del trattamento qualora il trattamento medesimo - anche per effetto delle nuove tecnologie impiegate - presenti un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche e, in particolare, implichi una "valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche" (art. 35). Per un primo commento sul Regolamento UE, direttamente apllicabile negli Stati membri dal 25 maggio u.s., v. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2017, p. 1 ss.; MONTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, *ibidem*, p. 144 ss. A riprova dell'importanza del tema evocato, molte delle proposte di legge depositate dall'inizio dell'attuale legislatura richiedono l'istituzione di Commissioni parlamentari d'inchiesta che indaghino sul rapporto tra l'uso dei *big data* e la tutela

cyber crime[47], non meno importanti sono i limiti derivanti dalla *Digital Health Insurance* in relazione al possibile utilizzo dei suddetti dati con finalità discriminatoria e alla necessaria tutela del diritto all'autodeterminazione individuale[48].

Sebbene l'uso di dispositivi telematici, come i sopra menzionati *wearables*, nell'ambito delle assicurazioni della salute sia generalmente descritto come fattore in grado di estendere l'accesso alla copertura assicurativa anche a categorie di soggetti prima escluse[49], è diffuso il

della *privacy*. Cfr. ILSOLE24ORE, Big data*, cyberbullismo e banche: in Parlamento torna voglia d'inchiesta*, 15 luglio 2018, consultabile al link: http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-07-15/big-data-cyberbullismo-e-banche-parlamento-torna-voglia-d-inchiesta-104224.shtml?uuid=AEnAzCMF .

[47] V. IVASS*, Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2016*, cit., p. 141 s., ove si rileva la crescente vulnerabilità dell'industria assicurativa italiana al rischio di attacchi informatici e la necessità di attivare adeguati processi di mitigazione e gestione del suddetto rischio. V. anche EIOPA, *Risk Dashboard April 2017*, spec. p. 10, ove si legge: «*Market analysts expect the insurance marketplace to change more drastically in 2017 than before, also due to the rising threat of cyber-attacks*». Anche l'industria assicurativa statunitense risulta esposta al rischio di *cyber crime*: v. CAPGEMINI, *Digital trends in the U.S. Healthcare Insurance Industry*, 2017, p. 9, ove si segnala che nel 2015 e nel 2016 alcuni dei principali *leaders* del mercato hanno segnalato di aver subìto attacchi informatici e violazioni dei dati e che tali rischi sono attualmente fronteggiati mediante l'adozione di piattaforme basate sui *cloud*, nel rispetto della normativa vigente e, segnatamente, dell'*Health Insurance Portability and Accountability Act* del 1996.

[48] Secondo il Comitato congiunto (*Joint Committee*) delle Autorità di vigilanza europee del settore finanziario (EBA, ESMA, EIOPA), i vantaggi derivanti dall'innovazione tecnologia (nel caso specifico, dall'uso dei *Big Data*) sono di gran lunga superiori rispetto ai potenziali rischi per i clienti. Inoltre, poiché buona parte dei rischi identificati dalle sopra menzionate *Autorithies* risulta mitigata dalla legislazione vigente, deve escludersi, allo stato attuale, un intervento legislativo in materia; occorre, invece, incentivare lo sviluppo e l'applicazione di buone pratiche sull'uso dei *Big Data* da parte delle imprese operanti nel mercato *lato sensu* finanziario. Sulla *vis invasiva* delle nuove tecnologie, v. anche ESAS – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 21, *sub* 90.

[49] Cfr. ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 9, ove si evidenzia che «alcune categorie di rischio in ambito medico, che non potevano essere assicurate in quanto associate a frequenze di sinistro troppo alte per essere coperte in modo economicamente sostenibile, possono – grazie alle tecnologie digitali – essere riportate nell'alveo dei rischi assicurabili»; IVASS, Analisi trend prodotti assicurativi – Le nuove polizze sulla salute: la *Digital Health Insurance,* cit., p. 5.

timore che le imprese di assicurazione possano servirsi dei dati trasmessi dai suddetti *devices*[50] al fine di discriminare i soggetti maggiormente esposti a rischi.

Si reputa, in particolare, che la personalizzazione dei premi consentita dall'analisi di dati così accurati potrebbe esporre i clienti più "vulnerabili" - ad esempio, affetti da patologie croniche o da disabilità - alla richiesta di premi assicurativi tanto elevati da risultare insostenibili[51]; col paradosso per cui contratti di assicurazione caratterizzati da una spiccata funzione sociale, in quanto destinati alla copertura di rischi per la salute dei quali lo Stato non è più in grado di farsi carico integralmente, risulterebbero economicamente inaccessibili proprio per quei soggetti che, più di altri, avrebbero interesse ad una copertura sanitaria aggiuntiva.

I possibili effetti discriminatori di una più accurata profilazione dei rischi degli assicurandi/ti risulterebbero, inoltre, ancor più evidenti se si considerasse che la salute e gli stili di vita degli individui sono fortemente influenzati dal relativo *status* sociale e che i fattori di rischio si manifestano con maggiore frequenza e intensità in soggetti con un basso livello di istruzione e/o in condizioni di difficoltà economica[52].

Mutuando la terminologia dell'art. 3, comma 2, Cost., la considerazione dei comportamenti e delle condizioni sanitarie e/o genetiche dell'assicurando potrebbe avere come effetto una discriminazione dell'individuo sulla base di condizioni personali e sociali, quali la malattia o la propensione alla sua insorgenza, il reddito

---

Nella stessa direzione, con specifico riferimento ai *Big data*, v. ESAs – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 11, *sub*. 35.

[50] Eventualmente combinati con ulteriori dati personali reperibili sul *web*, i quali sono spesso forniti dall'utente del tutto inconsapevolmente, ad esempio avviando ricerche in relazione a specifiche patologie dalle quali sia stato colpito in passato o dalle quali tema di essere affetto.

[51] KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, The Geneva Association, 2018, p. 33.

[52] ILSOLE24ORE, *Reddito e salute: scopri la correlazione tra il titolo di studio e le malattie*, consultabile al link http://www.infodata.ilsole24ore.com/2018/08/28/reddito-salute-scopri-la-correlazione-titolo-studio-le-malattie-2/?refresh_ce=1, ove correttamente si evidenzia che l'assenza di reddito o la percezione di stipendi molto bassi non consente una piena e libera scelta circa il proprio stile di vita e può, dunque, rivelarsi letale quanto il fumo da tabacco, il diabete o la vita sedentaria.

e il grado di scolarizzazione. Ne deriverebbe anche una violazione del principio di mutualità, cardine delle assicurazioni private, e una ridefinizione del concetto di assicurabilità[53].

Non può non menzionarsi, da ultimo, la possibile interferenza con il fondamentale diritto individuale all'autodeterminazione di contratti di assicurazione della salute che, come quelli precedentemente descritti, premino o penalizzino gli assicurati in relazione alle attività e ai comportamenti monitorati; la prospettiva di una riduzione e, ancor più, di un aumento, del premio potrebbe, infatti, essere percepita come elemento in grado di limitare e perfino coartare le scelte di vita degli assicurati, comprimendo la relativa sfera di autonomia decisionale[54].

5. *Un primo bilancio*

Come si è tentato di evidenziare, il potenziamento degli strumenti di acquisizione, gestione ed elaborazione di dati personali messi a

[53] Secondo ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, cit., p. 9, l'uso di informazioni riservate a fini di una classificazione estrema, perfino individuale, dei rischi assicurativi si porrebbe in contrasto con il principio di mutualità su cui si fonda l'operazione assicurativa e ridefinirebbe il concetto di assicurabilità, avendo l'effetto di precludere la copertura assicurativa di alcune categorie di rischio, in particolare delle persone affette da patologie croniche. Tuttavia, come correttamente osservato da GREMIGNI FRANCINI, *Dati genetici e assicurazioni private* long term care, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2006, p. 122, la profilazione e selezione dei rischi costituisce una caratteristica intrinseca dell'operazione assicurativa che non necessariamente si traduce in una discriminazione in senso giuridico degli aspiranti assicurati; in tale fase l'impresa assicurativa ha piena autonomia, con la conseguenza che la selezione dei rischi può avere effetti discriminatori soltanto se effettuata in modo arbitrario e distorto.

[54] Cfr. KELLER, *Big Data and Insurance: Implications for Innovation, Competition and Privacy*, cit., p. 12 e s., per il quale sarebbe pertanto opportuno promuovere la fiducia e l'accettazione degli assicurati verso tali opzioni assicurative, elaborando soluzioni idonee a bilanciare le contrapposte esigenze di prevenzione dei rischi e di minimizzazione della *vis* invasiva delle nuove tecnologie. v. anche ESAs – EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (JOINT COMMITTEE), *Joint Committee Final report on Big Data*, cit., p. 21, *sub* 90, ove si rileva che anche il problema evocato, al pari di quello relativo alla possibile discriminazione, riguarderebbe soprattutto le formule assicurative che dovessero associare ad eventuali condotte non salutari degli assicurati premi di importo tanto elevato da risultare insostenibili.

disposizione alle imprese di assicurazione contiene una molteplicità di spunti su problematiche di ampia portata che, pur non potendo essere affrontate in questa sede, vale la pena di illustrare.

Si manifesta, in primo luogo, l'urgenza di una riflessione più approfondita sul tema del bilanciamento tra il diritto dell'assicurando/to alla riservatezza in relazione ad aspetti della propria vita privata ascrivibili al catalogo dei diritti fondamentali e la libertà di iniziativa economica dell'impresa assicurativa, titolare del diritto di essere compiutamente informata circa le caratteristiche del rischio e i relativi mutamenti.

Soltanto l'individuazione di un punto di equilibrio tra i suddetti diritti consentirebbe di superare l'*empasse* – registrata soprattutto sul tema dell'utilizzabilità di informazioni genetiche in campo assicurativo[55] – che scaturisce dal temuto trattamento dei dati personali al fine di escludere o di ostacolare, in concreto, l'accesso alla copertura assicurativa di categorie di soggetti vulnerabili. Circostanza, quest'ultima, peraltro idonea a minare la funzione sociale che connota le assicurazioni private, in particolare quelle della salute, se si considera la difficoltà che ne scaturirebbe di individuare un' "alternativa privatistica di *Welfare*" in un momento storico in cui lo Stato non è in grado, da solo, di soddisfare le mutevoli esigenze sanitarie dei cittadini[56].

Occorre, infine, domandarsi se la disciplina codicistica sulla rappresentazione del rischio – alla quale è tradizionalmente attribuita

[55] Sul tema, v. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazione, rischio dipendenza e dati genetici: un problema aperto*, in ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, p. 105 ss. e ID., *Dati genetici e assicurazioni* long term care, in BUSNELLI e COMANDÈ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze. Per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009, p. 113 ss.; DI BONA DE SARZANA, *Il rischio ignoto del genoma umano nelle assicurazioni vita: "lezioni americane"*, in COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., p. 241 ss., spec. 243 s.; BARISON, *Contratti nuovi, nuove tecnologie e tutela della persona: il trattamento dei dati genetici nell'assicurazione di* long term care, in COMANDÈ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, p. 217 ss.; BOMPIANI, *Informazioni genetiche, test genetici predittivi ed assicurazioni*, in *Ass.*, 2002, p. 45 ss.

[56] Il punto è efficacemente evidenziato da BUSNELLI, *Introduzione. Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione*, in COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., p. 7.

una finalità di tutela dell'impresa assicurativa come soggetto in posizione di *gap* informativo – possa ancora ritenersi attuale, considerato che, dinanzi alle incessanti sopravvenienze tecnologiche e al loro sfruttamento ad opera delle imprese di assicurazione, pare sempre più difficile reputare queste ultime vittime di uno squilibrio informativo a vantaggio dell'assicurando/to[57].

[57] Cfr. CESARANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., p. 167; DI NOVI, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, cit., p. 157 s. Nella stessa direzione, ma in una prospettiva più generale, sembra porsi BUSNELLI, *Introduzione. Le nuove frontiere dell'assicurazione e il principio di precauzione*, cit., p. 1, il quale definisce la disciplina codicistica del contratto di assicurazione «di incerta adattabilità a una prospettiva *lato sensu* precauzionale».

ALBERTO MARIA GAFFURI

Aspetti fiscali delle perdite su crediti

SOMMARIO: 1 - Tipologie di diritti creditori; 2 - Concetti di svalutazione e di perdita. Le condizioni per operare l'una e l'altra; 3 - L'art. 106 e le svalutazioni e perdite su crediti verso la clientela, derivanti sia da cessione sia da processi valutativi; 4 - Le perdite concernenti i crediti verso terzi non clienti; 5 - Le svalutazioni dei crediti verso terzi non clienti; 6 – Sintesi.

1. *Tipologie di diritti creditori*[1].

Occorre innanzitutto distinguere, nel caso degli istituti bancari, tra i crediti maturati verso la clientela "iscritti in bilancio a tale titolo" e i crediti imputati ad altre voci dello stato patrimoniale (quali ad esempio, i diritti iscritti nella categoria dei "crediti verso banche" o - ipotesi difficilmente riscontrabili o comunque meno frequenti nella prassi - nella voce concernente le "attività finanziarie valutate al fair value" o le "attività finanziarie disponibili per la vendita").

I primi sono disciplinati dal comma 3 dell'art. 106 del d.p.r. n. 917/1986 (Testo unico delle imposte sul reddito, d'ora innanzi indicato come TUIR). Gli altri dal comma 1 dell'art. 106 e dal comma 5 dell'art. 101 del medesimo TUIR.

2. *Concetti di svalutazione e di perdita. Le condizioni per operare l'una e l'altra.*

Si premette brevemente che la svalutazione consiste in una riduzione del valore di un credito appostato in bilancio – e che rimane ivi iscritto, sia pure ridimensionato nell'importo - per effetto di mere valutazioni previsionali – fondate su indicatori ragionevolmente attendibili di solvibilità del debitore - circa il conseguimento, in futuro, di minori flussi di interessi o di entrate finanziarie rispetto agli importi precedentemente stimati ed attesi. La perdita è la cancellazione (totale

[1] Il presente scritto riproduce, con gli opportuni adattamenti, la relazione tenuta al convegno su "Gestione e valutazione degli NPL e linee guida della BCE", organizzato dalla Rivista di dir. bancario a Milano, il 26-27 ottobre 2017 presso il Centro congressi Palazzo Stelline.

o parziale) del credito dall'attivo di bilancio per effetto di eventi obiettivi che ostano all'esercizio e al soddisfacimento del diritto al pagamento.

La perdita può derivare (i) dall'intervenuta estinzione o cancellazione della pretesa creditoria non ancora soddisfatta (è tale la perdita conseguente, ad esempio, a prescrizione) ovvero (ii) dalla cessione del diritto (ovvero dal trasferimento della titolarità del credito e dei relativi rischi ad un terzo).

Per quanto concerne le svalutazioni, in forza dello IAS 39, per le componenti patrimoniali stimate al costo ammortizzato – e i crediti sono tra queste - "se è probabile che un un'impresa non sarà in grado di recuperare tutti gli ammontari dovuti (per sorte capitale ed interessi) secondo gli accordi contrattuali di finanziamento, credito o investimento posseduti sino a scadenza iscritti al costo ammortizzato, significa che si è verificata una perdita durevole di valore o una perdita da inesigibilità. L'importo della perdita è rappresentato dalla differenza tra il valore contabile dell'attività ed il valore attuale dei flussi finanziari futuri attesi attualizzati al tasso di interesse effettivo originario dello strumento finanziario (valore di realizzo)".

Tra i fatti indicativi di una probabile diminuzione delle entrate liquide cui si ha diritto in forza delle clausole di un contratto, da cui sorge una posizione creditoria, sono annoverabili: significative difficoltà finanziarie del debitore; una violazione del contratto, quale la mancata corresponsione, nei termini concordati, di una o più rate di interessi o di capitale; il creditore, in conseguenza della scarsa liquidità del debitore, concede a quest'ultimo dilazioni o riduzioni di pagamento o altri vantaggi che, in una situazione normale, non avrebbe accordato; sussiste la probabilità che il debitore sia assoggettato a fallimento o sia sottoposto ad altre procedure di ristrutturazione finanziaria, non essendo in grado di assolvere correttamente le sue obbligazioni; i dati numerici relativi alla situazione economica nazionale o locale o del settore di mercato in cui opera il debitore indicano una contrazione dell'attività imprenditoriale o una caduta dei margini di redditività e, quindi, un peggioramento delle prospettive di recupero del credito.

Anche l'OIC 15 stabilisce che un credito debba essere svalutato nell'esercizio in cui si manifesta la probabilità di una durevole contrazione del suo valore.

Al fine di stimare l'entità della svalutazione, si devono vagliare attentamente le informazioni che lasciano presupporre l'eccessiva esposizione debitoria di un cliente o di un soggetto che deve delle somme all'impresa rispetto alla sua capacità di assolvimento degli impegni finanziari. Il processo di verifica riguardante il rischio che vengano frustrate le attese in merito ai flussi finanziari in entrata ha caratteristiche differenti a seconda della composizione della voce di bilancio dedicata ai crediti. L'analisi concernente l'esistenza di adeguati indicatori di perdite è compiuta per ogni singola partita creditoria, se l'impresa vanta diritti di pagamento nei confronti di un numero limitato di terzi. Se invece i crediti sono numerosi e, considerati individualmente, di importo non significativo, tale verifica può essere eseguita elaborando i dati concernenti il portafoglio globale.

I fatti che, secondo le indicazioni dell'OIC 15, sono segnalatori di una sovrastima della posta patrimoniale attiva in cui sono contabilizzati i crediti sono uguali a quelli citati nello IAS 39 (e sommariamente ricordati nel par. precedente).

3. *L'art. 106 e le svalutazioni e perdite su crediti verso la clientela, derivanti sia da cessione sia da processi valutativi.*

Il comma 3 dell'art. 106 richiama sia le "svalutazioni e le perdite su crediti verso la clientela" sia, indistintamente, le "perdite realizzate mediante cessione a titolo oneroso".

Il concetto di cessione a titolo oneroso abbraccia ogni cancellazione del credito dal bilancio per effetto del passaggio a terzi della titolarità del credito medesimo e dei rischi connessi, in conformità alle regole civilistiche, dietro il pagamento di un corrispettivo.

L'impresa, tuttavia, potrebbe essere costretta dalle circostanze concrete a trasferire un credito senza chiedere alcuna contropartita economica (o ottenendo una contropartita simbolica). Anche una simile operazione rientra nel novero delle cessioni a titolo oneroso. Ne sono escluse solo le alienazioni concluse senza compenso motivate da mere ragioni di arricchimento della parte ricevente.

Anche se l'opzione in favore dell'una o dell'altra delle due posizioni esegetiche di seguito descritte non ha conseguenze di particolare rilievo, posto che, come si vedrà, ex art. 106 o 101 del TUIR, per i soggetti che adottano le regole IAS (ma ora anche per le imprese che

applicano i principi contabili nazionali) vi è comunque una derivazione rafforzata delle poste fiscali attive e passive dalle valutazioni di bilancio, ci si chiede, per opportune ragioni di chiarezza, se la seconda locuzione (riguardante i minusvalori da atto realizzativo) abbracci solo le relazioni creditorie verso la clientela o attenga genericamente a tutte le posizioni di credito acquisite da una banca.

Se fosse corretta questa seconda alternativa, le perdite da cessione sarebbero disciplinate dall'art. 106 per tutti i crediti. L'art. 101 regolerebbe, pertanto, solo le diminuzioni di consistenza determinate da mere valutazioni previsionali, che interessano i crediti diversi da quelli vantati da un ente bancario verso la clientela. Per queste diminuzioni patrimoniali occorrerebbe rispettare il requisito della certezza e precisione imposto dall'art. 101 del TUIR.

Si potrebbe ritenere che il secondo periodo sia complementare al primo, poiché in esso si sviluppa e si completa la previsione normativa riguardante la disciplina fiscale dei crediti vantati verso la clientela, i cui elementi di partenza sono tratteggiati nel primo periodo.

Tuttavia, la formulazione letterale del precetto non sembra lasciare spazio a questa interpretazione.

L'espressione lessicale "le svalutazioni e le perdite su crediti verso la clientela" è certamente idonea, nella sua latitudine, a comprendere tutte le ipotesi di diminuzione di valore che colpiscono le componenti della categoria patrimoniale in esame.

In particolare, con il termine "perdite", cui accenna la norma, si indicano un insieme di eventi di portata assai ampia, che include anche le passività cagionate da operazioni di trasferimento verso il pagamento di un corrispettivo.

Ne consegue che la locuzione "perdite realizzate mediante cessione a titolo oneroso", usata nel secondo segmento della norma, concerne i disavanzi originati dagli atti di disponibilità (dietro compenso) relativi tanto ai crediti verso i clienti quanto agli atri crediti. Altrimenti la norma sarebbe un'inutile ripetizione della prima.

La ragione per la quale i differenziali negativi scaturenti dagli atti di disposizione (di qualunque rapporto creditorio) sono menzionati separatamente dalle altre passività risiede nel fatto che solo queste ultime (quelle non dipendenti da cessione) sono computate al netto di eventuali rivalutazioni o riprese di valore eseguite sui crediti appartenenti alla stessa categoria.

Per le perdite da cessione, non è prevista la compensazione con eventuali rivalutazioni concernenti i crediti della stessa natura iscritti in bilancio. Esse, quindi, concorrono integralmente, con segno negativo, alla formazione del reddito, nell'esercizio in cui sono conseguite.

La determinazione al netto dei recuperi di valore è obbligatorio tanto se i risultati passivi emergono distintamente con riguardo alle singole posizioni creditorie, quanto se sono determinati per l'intera massa dei crediti iscritti in un gruppo omogeneo.

Nel primo caso si compensano le svalutazioni e le rivalutazioni relative alle singole partite creditorie (purché tutte appartenenti alla stessa categoria); nel secondo, gli incrementi e i decrementi riguardanti la medesima classe di rapporti creditori.

3.1 - La norma non precisa se ad essere defalcate sono solo le rettifiche in aumento del valore dei crediti che hanno luogo nell'esercizio in cui si conseguono le passività, o anche quelle occorse in precedenti esercizi.

Se si opta per la prima alternativa, l'eventuale eccedenza positiva delle rivalutazioni rispetto alle perdite o ai decrementi valoriali sarebbe immediatamente tassabile nell'esercizio di conseguimento.

Questa è l'opinione accolta dall'Agenzia delle entrate nella circ.

Se è vera la seconda ipotesi, invece, le riprese di ammontare sovrastante l'importo delle variazioni negative non concorrono autonomamente e immediatamente alla formazione dell'imponibile fiscale; il loro coinvolgimento nel processo determinativo del reddito è rimandato a quando si operano delle nuove svalutazioni (o si manifestano perdite non da cessione), poiché fungono da poste rettificative di tali ulteriori svalutazioni (anche se avvengono in esercizi posteriori), essendo computate in diminuzione del loro importo.

E' bene precisare che il problema in esame concerne solo le rettifiche in aumento apportate in sede di valutazione dei crediti, non quelle compiute al momento del loro realizzo. Queste ultime – originate da un incasso superiore alle aspettative – sono una posta attiva immediatamente tassabile.

Interpretata nel primo modo, la norma di cui si discorre sarebbe sostanzialmente superflua. Lo IAS 39 impone di rilevare a conto economico gli incrementi di valore. Essi, di conseguenza, per loro natura, vanno già a contrapporsi contabilmente ai decrementi, determinando, rispetto a questi ultimi, una variazione di segno opposto

del risultato d'esercizio. Questa elisione tra mutamenti positivi e negativi riverbera i suoi effetti anche in ambito fiscale, per effetto del principio della c.d. derivazione rafforzata delle poste reddituali tributarie da quelle civilistiche.

Se si vuole dare un senso non pleonastico alla disposizione in questione, bisognerebbe concludere che, in forza di essa, qualora l'ammontare delle rivalutazioni – eseguite anche in esercizi anteriori - superi la consistenza delle rettifiche in diminuzione del valore dei crediti, la differenza positiva, non va ad incrementare immediatamente il risultato imponibile d'esercizio.

Tale differenza, per il principio della correlazione tra componenti attivi e negativi di reddito, dovrebbe assumere rilevanza, dal punto di vista fiscale, in caso di ulteriori perdite o svalutazioni, dovendo essere usata in compensazione di quelle poste negative, fino a loro concorrenza.

3.2 - Laddove, poi, il credito sia coperto da una garanzia, la svalutazione o la perdita deve riguardare solo la parte (potenzialmente o sicuramente) non esigibile, che eccede l'importo oggetto dello strumento di tutela. Invero, per la porzione che beneficia della protezione contro l'inadempienza del debitore, l'inosservanza, da parte di costui, degli obblighi di restituzione non nuoce alle ragioni del creditore, il cui diritto può essere soddisfatto con mezzi alternativi e, quindi, non dovrebbe essere cancellato dal bilancio.

Poiché, ai sensi dell'art. 83 del Tuir, la determinazione delle poste reddituali dipende dalle valutazioni civilistiche (sotto il profilo della qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio delle operazioni e dei fatti aziendali), in caso di mancata cancellazione del credito in bilancio - in quanto il diritto di pagamento può essere appagato con efficaci mezzi sostitutivi del diretto adempimento del debitore - nessuna variazione è apportabile ai fini fiscali.

Peraltro, in alternativa, contabilmente si potrebbe operare la cancellazione del credito verso il debitore originario e l'iscrizione di un nuovo credito verso il garante.

4. *Le perdite concernenti i crediti verso terzi non clienti.*

Nel caso dei crediti vantati verso soggetti diversi dai clienti (es. crediti verso altre banche), le perdite (causate dal venir meno del diritto

al pagamento per alienazione o per altre ragioni), ex art. 101, comma 5, sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi (sono strumenti utili a delineare un quadro di certezza, tra gli altri: i verbali di pignoramento negativo; la relazione di un professionista che attesta l'irrecuperabilità del credito; l'accertata irreperibilità del debitore) e, in ogni caso, se il debitore è assoggettato a procedura concorsuale.

L'insolvenza del debitore si considera indubitabilmente acclarata dal giorno di apertura della procedura concorsuale.

Ancora, ai sensi dell'art. 101, comma 5, gli elementi certi e precisi sussistono indiscutibilmente quando il credito sia di modesta entità e sia decorso un periodo di sei mesi dalla scadenza del pagamento.

Il credito viene classificato di modesta entità, quando ammonta ad un importo non superiore a 5.000 euro per le imprese di più rilevante dimensione di cui all'art. 27, comma 10, del d.l. n. 185/2008, e non superiore a 2.500 euro per le altre imprese.

A mente del predetto art. 27, "si considerano imprese di più rilevante dimensione quelle che conseguono un volume d'affari o ricavi non inferiori a trecento milioni di euro. Tale importo è gradualmente diminuito fino a cento milioni di euro entro il 31 dicembre 2011. Le modalità della riduzione sono stabilite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate.".

Le caratteristiche della certezza e della precisione sono ravvisabili, inoltre, quando (i) il diritto alla riscossione del credito è prescritto e (ii) in caso di cancellazione dei crediti dal bilancio operata in applicazione dei principi contabili.

In forza del comma 5 bis dell'art. 101, per i crediti di modesta entità e per quelli vantati nei confronti di debitori che siano assoggettati a procedure concorsuali, la deduzione della perdita è ammessa nel periodo di imputazione in bilancio, anche quando detta imputazione avvenga, in ipotesi, in un periodo di imposta successivo a quello in cui si raggiunge (fiscalmente) la sicurezza dell'incapacità del debitore di adempiere (ovvero quando il debitore stesso è sottoposto a procedura concorsuale), sempreché l'imputazione non avvenga in un esercizio diverso da quello in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si sarebbe dovuto procedere alla cancellazione del credito dal bilancio.

Dunque, anche per le perdite relative ai crediti vantati dalle banche verso soggetti diversi dai clienti, vi è una generale dipendenza dei criteri

di deducibilità fiscale da quelli civilistici, posto che dette perdite rilevano fiscalmente quando sono appostate in bilancio.

In particolare, quando il debitore fallisce o subisce l'applicazione di altra procedura concorsuale, il credito si considera perduto, ai fini fiscali, dalla data in cui prende avvio la procedura fino alla data in cui il suo importo è depennato dal bilancio, nel rispetto delle regole di cancellazione civilistiche (ammesso che i due eventi avvengano in periodi diversi).

5. *Le svalutazioni dei crediti verso terzi non definibili clienti.*

Ci si chiede se siano ammesse fiscalmente anche le svalutazioni, operate in bilancio, relativamente a relazioni creditorie intercorrenti con soggetti che non rientrano nel novero dei clienti.

Da un canto, l'art. 106, comma 1 stabilisce, con riferimento ai crediti scaturenti dalla cessione di beni e servizi inclusi tra quelli elencati nell'art. 85 del TUIR (sono, in sostanza, i "crediti commerciali", connessi con la collocazione sul mercato di beni e i servizi alla cui produzione e vendita è diretta l'attività caratteristica dell'impresa e con l'alienazione degli strumenti finanziari iscritti nel c.d. "attivo circolante"), che le svalutazioni sono ammesse, per l'importo non coperto da garanzia assicurativa, nei limiti dello 0,50 per cento del valore nominale o di acquisizione dei crediti stessi.

Nel computo del limite si tiene conto anche degli accantonamenti per rischi su crediti.

La deduzione non è più ammessa quando l'ammontare complessivo delle svalutazioni e degli accantonamenti raggiunge il 5 per cento del valore nominale o di acquisizione dei crediti risultanti in bilancio alla fine dell'esercizio.

Posto che per le società bancarie i crediti derivanti da operazioni con la clientela – ovvero le operazioni rientranti nello svolgimento dell'attività caratteristica - sono già disciplinati dall'art. 106 comma 3, il comma 1 del medesimo art. 106 potrebbe essere applicabile, per analogia, ai crediti emergenti in conseguenza di operazioni di cessione o di realizzo aventi ad oggetto strumenti finanziari iscritti tra le attività detenute per la negoziazione o valutate al fair value. I titoli rientranti in questi gruppi di componenti patrimoniali, invero, sono assimilabili a quelli iscritti nel c.d. "attivo circolante".

Altre svalutazioni dei crediti diversi da quelli acquisiti verso la clientela non sarebbero ammesse, non essendo espressamente previste.

5.1 - Tuttavia, come già accennato, lo IAS 39 e l'OIC 15 stabiliscono che i crediti devono essere svalutati, ogni qual volta sia probabile che un un'impresa non sarà in grado di recuperare tutti gli ammontari dovuti (capitale ed interesse). In forza del principio di derivazione rafforzata delle componenti del reddito fiscale dalle risultanze di bilancio (stabilito dall'art. 83 del TUIR, a mente del quale per i soggetti che adottano gli IAS e i principi contabili nazionali valgono, anche in deroga alle disposizioni dei successivi articoli del medesimo TUIR - tra cui anche l'art. 106 - i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio previsti dai rispettivi principi contabili), le svalutazioni operate nel rispetto delle regole contabili dovrebbero avere piena valenza fiscale.

Nonostante, dunque, l'art. 106, comma 1, non ammetta svalutazioni diverse da quelle patite dai crediti di natura commerciale (ovvero relativi all'attività caratteristica), si potrebbe ritenere che, laddove venga operata, in ossequio ai principi contabili, una svalutazione in relazione a crediti diversi da quelli originati dall'attività propria dell'impresa – dal momento che le circostanze fanno ragionevolmente supporre che vi sarà una riduzione dei flussi finanziari attesi - questa valutazione negativa sia recepita anche in ambito tributario, posto che il diritto fiscale, come detto, si adegua pedissequamente, nella determinazione delle poste reddituali, alle rilevazioni di bilancio (sotto il profilo della classificazione e della tempistica).

Peraltro, l'art. 2, comma 2, del d.m. n. 48/2009 stabilisce che ai soggetti IAS si applicano le disposizioni del TUIR che prevedono limiti quantitativi alla deduzione di componenti negativi o la loro esclusione o ne dispongono la ripartizione in più periodi di imposta, nonché quelle che esentano o escludono, parzialmente o totalmente, dalla formazione del reddito imponibile componenti positivi, comunque denominati, o ne consentono la ripartizione in più periodi di imposta, e quelle che stabiliscono la rilevanza di componenti positivi o negativi nell'esercizio.

In forza di questa norma, se il legislatore fiscale nell'art. 106 ha espressamente ammesso soltanto la svalutazione dei crediti di natura commerciale e, in particolare per le banche, la svalutazione dei crediti verso clienti (oltre, per analogia, alle perdite di valore patite dai crediti

derivanti dalla cessione di strumenti finanziari valutati al fair value e detenuti per la negoziazione), se ne deve arguire che l'ordinamento tributario non intende riconoscere altri abbattimenti di carattere previsionale del valore del portafoglio crediti.

Per di più, l'art. 2, terzo comma del predetto d.m. n. 48/2009 dispone che "per i soggetti IAS, i limiti di cui all'articolo 106, commi 1 e 3, del testo unico, non si applicano alle differenze emergenti dalla prima iscrizione dei crediti ivi previsti".

Per espressa previsione normativa, ad eccezione nel caso di prima iscrizione di qualunque pretesa creditoria, in cui, laddove emerga una differenza tra il dato quantitativo nominale e la valutazione al fair value dello strumento, tale differenza assume rilievo anche ai fini fiscali, la noma da ultimo citata conferma che i limiti alla deducibilità delle svalutazioni e delle perdite su crediti stabilite dai precetti del Testo unico prevalgono sulle eventuali regole Ias che siano difformi.

5.2 - Pertanto, quando, ai sensi dell'art. 101, comma 5, le perdite riguardanti i crediti diversi da quelli contemplati nell'art. 106, comma 3 (i crediti verso la clientela), sono dedotte nell'esercizio in cui sono apportate in bilancio, tali perdite, mentre civilisticamente rilevano al netto di eventuali svalutazioni eseguite cautelativamente sui diritti venuti meno in via definitiva, con riferimento alla determinazione dell'imponibile si assumono al lordo di quelle svalutazioni.

6 – *Sintesi*.

In conclusione per gli enti bancari:

- le svalutazioni e le perdite riferite ai crediti vantati verso la clientela sono deducibili fiscalmente, quando sono imputate a bilancio secondo i criteri contabili ex art. 106, comma 5, del TUIR;

- le svalutazioni relative ai crediti diversi da quelli maturati verso i clienti sono anch'esse deducibili fiscalmente, quando sono imputate a bilancio secondo i criteri contabili ex art. 83 del TUIR, se i crediti interessati dalla riduzione di valore sono emersi in conseguenza di operazioni rientranti nell'attività ordinaria della banca (pur non rivolta alla clientela) o di cessioni di elementi patrimoniali iscritti tra le attività finanziarie detenute per la negoziazione o valutate al fair value. Per queste svalutazioni vigono, ai fini fiscali, i limiti dello 0,50% annuo e del 5% complessivo, sanciti dall'art. 106, comma 1;

- le perdite riferibili a crediti diversi da quelli vantati verso clienti sono deducibili quando sono imputate a bilancio secondo i principi contabili. Tuttavia possono essere dedotte anche prima dell'iscrizione a bilancio, se e quando (i) il debitore è assoggettato a procedura concorsuale, (ii) il debito è estinto o (iii) il credito è di modesto importo e sono trascorsi sei mesi dalla data di scadenza.

6.1 - Si rammenta che, a mente dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 446/1997, concorrono alla formazione della base imponibile IRAP delle banche e degli altri enti finanziari le "rettifiche e riprese di valore nette per deterioramento dei crediti, limitatamente a quelle riconducibili ai crediti verso la clientela iscritti in bilancio a tale titolo".

6.2 - La cessione di crediti è un'operazione esente Iva ed assoggettata ad imposta proporzionale di registro con aliquota dello 0.50%.

6.3 - L'amministrazione finanziaria può verificare se sussistono i requisiti per operare la svalutazione o la cancellazione del credito dal bilancio – laddove essa riverberi i propri effetti anche in ambito fiscale, essendo portata a riduzione della base imponibile - secondo i principi contabili nazionali o internazionali.

JACOPO PAOLONI

La natura prevalentemente privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Nota a Tribunale di Reggio Emilia, Sezione Fallimentare, 19 ottobre 2017, n. 5616.

La natura prevalentemente privatistica e non concorsuale degli accordi di ristrutturazione dei debiti non consente di qualificare come prededucibili, nel successivo fallimento o liquidazione coatta amministrativa, i crediti sorti in loro esecuzione, ancorché successivamente all'omologazione.

1. *Premessa*

La sentenza in esame rappresenta una ulteriore conferma del consolidato orientamento giurisprudenziale che riconosce agli accordi di ristrutturazione dei debiti, disciplinati dall'articolo 182-bis L.F., natura privatistica e non concorsuale.

Come è noto, esiste una netta discrasia tra l'orientamento, espresso da una parte della dottrina1 e dalla quasi unanime giurisprudenza, secondo cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti sarebbero null'altro che accordi aventi natura privatistica produttivi degli effetti che gli articoli 1372 c.c. e ss. attribuiscono a qualsivoglia contratto, ed altra

1 In particolare, benché non in via esaustiva, A. Jorio, Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in Fallimento, 2005; G. Giannelli, Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella forma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni, in Dir. Fall, 2005; G. Presti, L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale, in Fallimento, 2006; G. B. Nardecchia, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fallimento, 2006; M. Fabiani, Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization", in Foro Italiano, 2006; F. Di Marzio, La riforma "privatizzata" la crisi d'impresa, in Diritto e pratica del fallimento, n. 2/2006; G. Lo Cascio, Il concordato preventivo, VI ed., Giuffrè, Milano, 2007; C. Proto, Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice, in Fallimento, 2007; R. Proietti, I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti, in Dir. Fall., 2008 F. Dimundo, Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?, in Fallimento, 2007; V. Roppo, Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in Dir. Fall., 2008.

parte della dottrina2 che sostiene l'idea secondo cui gli accordi disciplinati dall'art. 182-bis L.F. avrebbero natura procedimentale e pubblicistica, rientrando a pieno titolo tra le procedure concorsuali al pari del fallimento, del concordato preventivo, della liquidazione coatta amministrativa e della amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d. lgs. 270/99.

È parimenti altrettanto noto che l'individuazione della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti è questione di particolare importanza per le numerose implicazioni scaturenti da tale qualificazione, tra le quali, prima di tutto, la possibilità di applicare il principio di consecuzione tra le procedure concorsuali3 e, conseguentemente, la possibilità di qualificare come prededucibili i crediti sorti in esecuzione di uno o più accordi di ristrutturazione, quando ad essi segua l'apertura di un fallimento o di altra procedura concorsuale (che, per l'appunto, è quanto sottoposto al vaglio del Tribunale di Reggio Emilia nel caso di specie)4. Il provvedimento in questione fa, dunque, parte della (invero) non copiosa5 produzione giurisprudenziale sul tema degli accordi di ristrutturazione dei debiti che, per molti, è da attribuire anche (benché non certo esclusivamente) alle criticità ed incertezze applicative che, evidentemente, non ne incoraggiano l'utilizzazione da parte degli operatori6.

L'attuale conformazione normativa in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti è il frutto di un percorso normativo "a formazione progressiva", apertosi con l'introduzione dell'istituto per

2 Primo fra tutti P. Valensise, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare, in Le nuove leggi del Diritto dell'Economia, diretta da M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2012.

3 Anche per la determinazione del periodo sospetto rilevante per l'azione revocatoria fallimentare: sul tema cfr. A. Di Iulio, L'azione revocatoria fallimentare, in Trattato delle Procedure Concorsuali, a cura di L. Ghia, C. Piccininni e F. Saverini, Vol. II, UTET, 2010.

4 Ma è altresì noto che non meno rilevanza ha la questione inerente l'applicazione o meno delle norme del concordato preventivo, con particolare riguardo alle disposizioni che disciplinano la domanda semplificata di concordato, così come l'esecuzione, la risoluzione o l'annullamento.

5 Quanto meno fino al 2012. Con riferimento al dato inerente la mole di decisioni giurisprudenziali dalla data di introduzione dello strumento di cui all'art. 182-bis, si veda P. Valensise, op. cit., p. 396, ed anche M. Ferro, P. Bastia, G. M. Nonno, Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, IPSOA, 2013.

6 Ancora, sul punto, P. Valensise, op. cit., p. 396.

tramite del d.l. 14 marzo 2005, n. 25 (poi convertito con la l. 14 maggio 2005 n. 80) e, poi, via via arricchitosi con i successivi interventi normativi del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 16, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (poi convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122) e, da ultimo, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito con la l. 7 agosto 2012, n. 134) che hanno apportato rilevanti mutamenti all'originario schema dell'istituto7 e che sono stati interpretati da una parte della dottrina come chiari indici a conferma della natura sub-concordataria e processual-pubblicistica dell'istituto8 e che, certamente, ne hanno determinato una maggiore diffusione grazie soprattutto alla possibilità offerta all'imprenditore in crisi di adottare un tale strumento di soluzione della crisi anche a seguito del ricorso al concordato c.d. "in bianco" o "con riserva" ai sensi dell'articolo 161, comma 6, L.F. in alternativa alla formulazione di un piano e di una proposta concordataria9.

2. *Il caso pratico*

La sentenza in commento è emessa a seguito di una opposizione allo stato passivo ex articolo 99 L.F. presentata avverso la decisione del Commissario liquidatore di una società cooperativa in liquidazione coatta amministrativa di qualificare come chirografario gran parte del credito del creditore opponente sorto per l'esecuzione di prestazioni

7 Tra i più significativi, l'introduzione di un sistema di protezione dell'imprenditore dalle azioni esecutive individuali dei creditori, per un tempo massimo di sessanta giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo perfezionato nel registro delle imprese, della possibilità, per l'imprenditore in crisi, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, di presentare al tribunale competente un ricorso finalizzato ad ottenere un termine, entro cui presentare all'organo giudiziario alternativamente o il piano e la proposta concordatari o l'istanza di omologazione di un accordo (o di più accordi) di ristrutturazione.

8 Le innovazioni apportate dal d.l. 78/2010, costituiscono per alcuni sostenitori della tesi contrattuale degli accordi di ristrutturazione, elementi importanti a sostegno della avversa tesi della qualificazione dell'istituto quale procedura concorsuale. Si segnala, in particolare, G.B. Nardecchia, La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fallimento, 2011, 750, per cui, in ogni caso "permangono significativi argomenti per sostenere ancora la tesi della natura non concorsuale dell'istituto".

9 Secondo P. Valensise, op. cit., p. 400, la possibilità di "switch" dall'una all'altra forma di soluzione della crisi, è un dato che inequivocabilmente evidenzia una "intrinseca omogeneità di accordi e concordato".

ritenute (da quest'ultimo) "funzionali alla ristrutturazione (...) sottes[a] agli accordi ristrutturazione" precedentemente omologati e, dunque, sulla base del legittimo affidamento sulla "predecucibilità dell'insorgendo credito per le prestazioni da eseguirsi" 10.

Al fine di meglio inquadrare i termini del problema, giova rilevare che la società cooperativa in LCA, negli anni compresi tra il 2012 ed il 2015, era stata sottoposta a diverse procedure concorsuali succedutesi nel tempo, avendo:

a) in data 6/2/2013, depositato una domanda prenotativa di accesso al concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 161, comma 6;

b) al termine del procedimento (avviato con decreto di concessione del termine del Tribunale), presentato ricorso ex articolo 182 bis L.F. finalizzato a richiedere l'omologazione di una serie di accordi di ristrutturazione dei debiti medio tempore raggiunti con i propri creditori

c) ottenuto l'omologazione di tali accordi nel luglio 2013;

d) in data 27/05/2015, presentato un nuovo ricorso ex articolo 161, comma 6, in ragione della incapacità di far fronte agli accordi omologati;

e) rinunciato, nell'ottobre del medesimo anno, al ricorso prenotativo del maggio precedente;

f) ricevuto il provvedimento del Ministero dello Sviluppo Economico del 30/10/2015 di apertura della procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Le ragioni dell'attore si fondano sulla circostanza che la cooperativa, durante la fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione omologati (e, in particolare, nel periodo compreso tra settembre 2013 e luglio 2014) e sino a tutto il maggio 2015, aveva richiesto l'esecuzione di prestazioni dal primo ritenute "funzionali alla ristrutturazione (...) sottes[a] agli accordi ristrutturazione" e, dunque, dal primo eseguite sul legittimo affidamento "nella predecucibilità dell'insorgendo credito per le prestazioni da eseguirsi".

Secondo il Commissario Liquidatore, invece, il credito sorto per le prestazioni eseguite tra la prima domanda di concordato "in bianco" (6/02/2013) e l'estinzione dello stesso procedimento (coincidente con

10 In particolare, l'attore opponente aveva chiesto, in sede di formazione dello stato passivo, la ammissione in prededuzione per euro 892.333,33, mentre il C.L. aveva proposto l'ammissione del credito, di complessivi euro 3.394.410,52, per soli 85.955,05 in prededuzione, classificandone la restante parte quale credito chirografo.

il deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, ossia 06/06/2013) non poteva essere ritenuto prededucibile in considerazione dell'impossibilità di applicare il principio di consecuzione tra le procedure concorsuali rispetto al secondo concordato preventivo (introdotto con ricorso ex articolo 161, comma 6, in data 27/05/2015) stante, da una parte, il significativo lasso di tempo trascorso tra l'una e l'altra procedura di concordato e, dall'altra parte, la "eterogeneità" delle due situazioni di crisi che hanno rappresentato il presupposto oggettivo dell'una e dell'altra domanda di ammissione al concordato; relativamente invece al credito sorto nel lasso temporale corrente tra l'omologa degli accordi di ristrutturazione ed il nuovo successivo ricorso per concordato "in bianco", il mancato riconoscimento della richiesta prededuzione era dovuto al fatto che gli "ADR, ancorché omologati, non rappresentano una procedura concorsuale alla stregua del concordato preventivo, non partecipando alla stessa natura(...)"11.

Le motivazioni addotte tanto dall'attore quanto dal Commissario Liquidatore hanno indotto il Tribunale ad affrontare il delicato tema con le dovute distinzioni imposte dalla particolarità del caso.

3. *La ricostruzione operata dal Tribunale di Reggio Emilia*

Così brevemente ricostruito l'oggetto della controversia, è agevole rilevare che il Tribunale è stato chiamato a decidere dell'applicabilità del principio di consecuzione tra le procedure concorsuali sia con riguardo al rapporto intercorrente tra due diversi procedimenti concordatari (e cioè tra il primo ed il secondo concordato preventivo introdotti rispettivamente con ricorso del 06/02/2013 e del 27/05/2015) sia con riguardo al caso particolare dell'avvenuta omologazione, tra i due concordati, di un accordo di ristrutturazione dei debiti (costituito da una serie di accordi bilaterali, poi non adempiuti).

11 Già dalle motivazioni addotte a fondamento dalla Procedura a fondamento della esclusione della prededuzione rispetto al periodo intercorrente tra l'instaurazione della prima procedura di concordato e la sua estinzione, è chiaro come l'attore aderisca alla teoria contrattualistica circa la natura degli accordi di ristrutturazione, dando per assunto che tali accordi non possano qualificarsi come procedure, nel momento in cui si premura di giustificare l'impossibilità di applicare il principio di consecuzione tra il primo ed il secondo concordato.

Ed è utile anticipare sin da subito che il problema dell'applicabilità o meno del principio di consecuzione tra procedure concorsuali, nel caso di specie, è questione che sorge non soltanto in considerazione della adesione o meno alla teoria contrattuale o alla teoria processual-pubblicistica dell'istituto di cui all'articolo 182-bis, ma anche (e soprattutto) in considerazione delle condizioni alla cui sussistenza la Giurisprudenza subordina la concreta applicabilità dell'istituto stesso della consecuzione tra procedure.

È opportuno, infatti, evidenziare che il Tribunale, pur aderendo alla tesi della inapplicabilità del principio di consecuzione per il caso di specie, finisca per ribaltare la soluzione argomentativa più diffusa che tende ad escludere la applicabilità di tale principio nell'ipotesi in cui ad un concordato conseguano prima un accordo di ristrutturazione e poi ancora un'ulteriore concordato preventivo per la semplice adesione alla teoria c.d. contrattualistica, che nega agli accordi ex articolo 182-bis la natura di procedure concorsuali12.

Occorre, tuttavia, procedere con ordine.

In motivazione, il Tribunale offre una ricostruzione teorica del menzionato principio di consecuzione fondata sulla nota definizione data dalla Corte di Cassazione nella sentenza 18 luglio 1990, n. 7339, secondo cui, allorché un imprenditore sia assoggettato a più procedure concorsuali che seguono l'una all'altra senza soluzione di continuità, tali diverse procedure dovranno essere considerate, in termini di effetti, come un'unica procedura, rispetto alla quale le singole procedure succedutesi nel tempo ne costituiscono mere fasi13.

---

12 Sarebbe, d'altro canto, quanto meno poco convincente una argomentazione che, dapprima sostenga (motivandola), una teoria che neghi agli accordi di ristrutturazione dei debiti la natura di procedure concorsuali, per poi chiedersi successivamente se, a fronte della consecuzione temporale tra un accordo di ristrutturazione ed un concordato preventivo, sia applicabile il principio di unitarietà, che vede quale proprio presupposto primo la condizione che si tratti di due procedure concorsuali (nella maggioranza dei casi, concordato e fallimento). Sul punto, P. Valensise, op. cit., pg. 523 e s.s.

13 Grande parte della produzione giurisprudenziale che tocca il tema della consecuzione, si occupa prevalentemente degli effetti che l'applicazione del principio ha con riguardo alla determinazione del periodo rilevante ai fini della revocatoria fallimentare. Si segnalano a tal proposito, Cassazione civile, sez. I, 15/07/2011, n. 15687, Cassazione civile, sez. I, 09/12/2015, n. 24861, Cassazione civile, sez. I, 29/03/2016, n. 6045, Cassazione civile, sez. I, 13/04/2016, n. 7324, Tribunale Milano,

Secondo tale ricostruzione, l'applicabilità del principio di consecuzione si fonda su due assunti principali: a) che le due procedure concorsuali susseguitesi nel tempo condividano il medesimo presupposto oggettivo in termini qualitativi e quantitativi, e b) che tra le due procedure vi sia uno scarto temporale tale da non comportare un mutamento delle condizioni di crisi che avevano giustificato l'apertura della prima.

Nel caso di specie, il Tribunale ha ravvisato l'assenza dei due presupposti sopra citati nella valutazione della consecuzione tra i concordati introdotti rispettivamente con ricorso del 06/02/2013 e del 27/05/2015, in considerazione sia del lasso di tempo trascorso tra le due procedure (più di due anni), sia del sostanziale mutamento dello stato di crisi sussistente alla data di apertura della LCA rispetto a quello esistente all'atto della presentazione del primo ricorso ex 161, comma 6 L.F. anche per effetto delle conseguenze prodotte dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione intervenuta tra le due procedure concordatarie14.

Così impostato il giudizio, il Tribunale prende posizione sul tema della natura degli accordi di ristrutturazione soltanto in via incidentale (accedendo così alla seconda parte della propria ricostruzione) e a conclusione del proprio percorso argomentativo a supporto della dichiarazione di esclusione del principio di consecuzione, all'unico di fine di giudicare l'eccezione del creditore opponente secondo cui poiché "la debitrice sarebbe sempre stata assoggettata, nel periodo di tempo considerato, ad una procedura concorsuale (accordi di ristrutturazione dei debiti) … non ci sarebbe stata soluzione di continuità tra le due procedure (con conseguente applicazione del principio di consecuzione)"15.

---

sez. II, 20/07/2011, n. 9888, Tribunale Bari, sez. IV, 18/11/2011, Tribunale Bari, sez. IV, 18/09/2012, n. 2912, Tribunale Bari, sez. IV, 16/06/2015, n. 3338.

14 Proprio in considerazione della rilevante maggiore esposizione debitoria cui Coopsette si era esposta in funzione della realizzazione e dell'adempimento dei molteplici accordi di ristrutturazione, nella logica della continuità dell'attività di impresa.

15 È evidente come la tesi difensiva di G. Franco si fondi su un percorso argomentativo che, partendo dalla adesione alla teoria processual-pubblicistica degli accordi di ristrutturazione, riconosce automaticamente l'applicabilità dell'unitarietà rispetto ad una consecuzione del tipo concordato preventivo - accordi d ristrutturazione concordato preventivo.

Una volta scisso, infatti, il tema della prededucibilità dei crediti sorti tra la proposizione del primo e del secondo concordato16 da quello della prededucibilità dei crediti sorti tra l'omologa degli accordi di ristrutturazione e la proposizione del secondo concordato, l'Autorità Giudiziaria risolve tale secondo problema limitandosi ad aderire alla teoria contrattualistica della natura degli accordi ex articolo 182-bis e limitandosi ad affermare che la pressoché unanime posizione della giurisprudenza sul punto è sufficiente per assumere carattere dirimente nell'escludere la prededucibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione della realizzazione degli accordi (avendo questi ultimi i medesimi effetti di qualsivoglia contratto tra privati)17. E ciò in quanto, come puntualmente evidenziato dall'Autorità Giudiziaria adita, è soltanto aderendo alla teoria che inquadra gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali in senso proprio che si sarebbero potuti considerare prededucibili (per essere sorti "in occasione o in funzione di una procedura concorsuale" ai sensi dell'articolo 111 L.F.) i crediti sorti nel periodo intercorrente tra l'omologa degli accordi e la proposizione del secondo concordato (quindi nella fase c.d. esecutiva degli accordi stessi).

La conclusione circa la natura non prededucibile di tali crediti nel successivo procedimento di liquidazione coatta amministrativa è desunta:

1) dal fatto che la disciplina di cui all'articolo 182-bis non prevede una fase di ammissione da parte dell'autorità giudiziaria, con provvedimento mediante cui vengano nominati gli organi concorsuali di vigilanza e controllo;

2) dalla circostanza che la presentazione di uno o più accordi di ristrutturazione non si fonda sul concorso tra tutti i creditori dell'imprenditore in crisi, essendo questi ultimi liberi di aderire o meno alle condizioni proposte dall'imprenditore medesimo nella fase delle trattative;

16 Andando, come già detto, ad escludere la consecuzione senza toccare in via principale il tema della natura degli accordi di ristrutturazione.

17 In giurisprudenza, Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, Trib. Roma, 16 ottobre 2006, Trib. Milano, 11 gennaio 2007, Trib. Milano, 23 gennaio 2007, Trib. Udine, 22 giugno 2007, Trib. Bologna, 17 novembre 2011, Trib. Udine, Trib. Modena, 19 novembre 2014, 30 marzo 2012, Appello Torino, 3 agosto 2015, Appello Firenze, 7 aprile 2016, Trib. Forlì, 5 maggio 2016, Trib. Milano, 10 novembre 2016.

3) dall'osservazione che l'imprenditore proponente non è tenuto al rispetto delle cause legittime di prelazione, che sono pertanto sostanzialmente lasciate alla libera negoziazione delle parti;

4) dal fatto che l'istituto regolato dall'art. 182-bis L.F. non impone il rispetto del requisito della globalità, ossia del coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore in crisi, nulla vietando a quest'ultimo di mettere a servizio del debito da ristrutturare anche solo una parte dei propri assets;

5) dalla mancata previsione di un controllo giudiziario nella fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale che aderisce alla teoria c.d. "autonomista" che inquadra gli accordi di ristrutturazione in un'ottica esclusivamente negoziale è fatto proprio, seppure con diverse sfumature, anche dalla parte maggioritaria della dottrina18, le cui

18 È opportuno evidenziare che gli interventi normativi susseguitisi negli anni 2007, 2010 e 2012, abbiano portato molti autori verso l'adesione alla teoria c.d. processual-pubblicistica in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare si segnalano G. Tarzia, Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?, in Fallimento, 2009, 51, E. Frascaroli Santi, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale, Padova, 2009, F. Santangeli, Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa (il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo). Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi, in Dir. Fall., 2009, I, 606 (con riguardo alle modifiche di cui al decreto 169/2007); ancora A. Paluchowski, Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?, in Atti del Convegno su La crisi d'impresa e gli accordi di ristrutturazione del debito. Transazioni fiscali, Problematiche e verifiche giurisprudenziali, Trani, 12 giugno 2010; G. Terranova, Conflitti di interesse e giudizio di merito nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa, in AA.VV., La riforma della legge fallimentare, a cura di S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera e M. Perrino, Milano, 2011, 163; L. D'Orazio, Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale, in Giur. merito, 2011, 416; D. Benincasa, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F., in AA.VV., Le procedure concorsuali a cura di A. Caiafa, coordinato da S. De Matteis e S. Scarafoni, t. II, Padova, 2011, 1397; A. Jorio, Le soluzioni alternative al fallimento e la conservazione dell'impresa, in AA.VV., La riforma della legge fallimentare, a cura di S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera e M. Perrino, Milano, 2011, 3 (tali ultimi dopo l'introduzione, con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, delle novità in tema di inibitoria delle azioni esecutive individuali durante la fase delle trattative, nonché di prededucibilità della nuova finanza). Nel senso di un inquadramento degli accordi di ristrutturazione dei debiti in ottica sub-concordataria G. Tarzia, La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di

argomentazioni, maggiori e di più ampio respiro rispetto a quelle espresse dal Tribunale19, si sono sviluppate sin dal momento dell'introduzione dell'istituto nel 2005 e si sono poi consolidate nel corso della successiva evoluzione normativa, adeguandosi via via alle molteplici modifiche legislative che lo hanno interessato.

Al fine di offrire un quadro sintetico, e tralasciando, in questa sede, le argomentazioni più propriamente testuali20, può dirsi che la tesi "contrattualista" giunge ad escludere l'idea che gli accordi di ristrutturazione possano essere qualificati quali concordati preventivi semplificati per effetto:

a) della considerazione che, mentre il concordato preventivo è una procedura complessa e ben scandita in fasi successive e distinte (ammissione, approvazione dei creditori, omologazione21,

prevenzione del fallimento, in Dir. Fall., 2010, I, 543.; A. Didone, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi), in Dir. fall., 2011, I, 8. Ultimi, ma solo ed esclusivamente in senso cronologico, dopo l'ulteriore intervento legislativo di cui al d.l. n. 83/2012, P. Valensise, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare, in Le nuove leggi del diritto e dell'economia, diretto da M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2012;

Il Tribunale di Reggio Emilia, si esprime sul tema degli evidenti e significativi mutamenti dell'istituto di ci all'articolo 182-bis, sostenendo che "le modiche legislative che hanno interessato nel tempo gli accordi di ristrutturazione dei debiti (...) hanno in parte mutato l'originaria natura più strettamente privatistica dell'istituto (...) ma non hanno inciso in senso modificativo su qui tratti caratterizzanti le procedure concorsuali in senso proprio".

19 Tanto anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza tende ad escludere che gli accordi di ristrutturazione siano inquadrabili quali procedure concorsuali tout court, senza interrogarsi circa la possibile collocazione sistemica sub-concordataria, utilizzando pertanto argomentazioni che afferiscono esclusivamente alla assenza di quelli che sono i caratteri comuni alle procedure concorsuali di più risalente introduzione, quali l'apertura della procedura mediante un provvedimento della autorità giudiziaria, la globalità, la concorsualità, la nomina di organi della procedura.

20 Per una analitica ricostruzione delle argomentazioni a supporto della tesi "autonomista", P. Valensise, op. cit., p. 125.

21 Rispetto alla omologazione, diversi autori hanno evidenziato come, mentre il giudizio di omologazione nella procedura di concordato preventivo, perfeziona l'efficacia della proposta, rendendola vincolante per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso ex articolo 161, l'accordo di ristrutturazione è già di per sé valido ed efficace nei confronti degli aderenti, dal momento della sua pubblicazione nel registro delle imprese. Sul tema v. G. Giannelli,

esecuzione), l'accordo di ristrutturazione dei debiti è privo di qualsivoglia procedimento di approvazione, trattandosi di un accordo tra privati che può perfezionarsi anche solo con uno dei creditori dell'imprenditore in crisi, senza necessità che gli altri ne vengano (preventivamente) informati, al punto che tale accordo deve considerarsi pur sempre vincolante anche nell'ipotesi di mancato raggiungimento del quorum legale del 60% dei crediti (salvo, naturalmente, l'espressa previsione di opportune clausole sospensive o risolutive)22;

b) della totale derogabilità, con gli accordi di ristrutturazione, della par condicio creditorum: mentre nel concordato preventivo l'imprenditore, ricorrendo alla suddivisione in classi, ha la possibilità di differenziare il trattamento dei creditori in ragione di loro interessi e delle loro necessità specifiche, fermo restando il rispetto del trattamento paritario nell'ambito di ciascuna classe, l'utilizzo dello strumento di cui all'articolo 182-bis consente di proporre a ciascun creditore una soluzione diversa a prescindere da qualsivoglia trattamento offerto agli altri;

c) della circostanza che l'omologazione degli accordi di ristrutturazione non produce alcun effetto nei riguardi dei creditori non aderenti: mentre infatti, l'approvazione di una proposta concordataria da parte dei creditori (e la successiva omologa) rende quest'ultima vincolante anche nei confronti della minoranza dissenziente, secondo quanto previsto dall'articolo 184 L.F., gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ancorché omologati, hanno efficacia obbligatoria nei soli confronti dei ceditori aderenti (salvo unicamente la dilazione di centoventi giorni prevista dalla legge per il pagamento dei loro debiti);

d) dell'osservazione che la disciplina in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti non prevede la nomina di alcun soggetto

Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella forma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni, in Dir. Fall, 2005.

22 Al riguardo, D. Manente, Non omologabilità degli accordi ex art. 182-bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore, nota a margine di App. Trieste, 4 settembre 2007, in Dir. Fall., 2008, II, 297.

preposto al controllo sulla regolare esecuzione degli accordi una volta omologati23;

e) della considerazione del fatto che il perfezionamento degli accordi di cui all'articolo 182-bis avviene secondo le regole del diritto comune, collocandosi in un momento anteriore rispetto a quello di intervento del tribunale, mentre la proposta concordataria si perfeziona solo all'esito della fase di omologazione di fronte al tribunale24.

In sostanza, dunque, l'idea di fondo della dottrina testé richiamata è quella per cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti, non potendo qualificarsi come una alternativa semplificata di concordato preventivo in ragione delle molteplici diversità ontologiche, non possano essere in alcun modo ricompresi tra le procedure concorsuali e devono essere necessariamente considerati quali accordi aventi natura prevalentemente privatistica, in considerazione sia dell'ampia autonomia che il legislatore ha lasciato all'imprenditore ed ai suoi creditori nell'ambito della fase delle cosiddette "trattative" sia delle modalità del loro perfezionamento .

Di contro, la giurisprudenza finisce per escludere la conclusione che gli accordi di ristrutturazione dei debiti possano essere inquadrati tra le procedure concorsuali sulla scorta delle differenze desunte da una visione sistematica delle procedure stesse, senza giungere a domandarsi se gli accordi, nella visione originaria (e, soprattutto, progressiva) del legislatore, possano essere stati introdotti quale (e, dunque, rappresentare una) alternativa semplificata del concordato preventivo.

Giova, peraltro, evidenziare che, all'esito della propria ricostruzione, la decisione in commento fa espressamente riferimento ad un ulteriore dato normativo "a conferma della perdurante natura privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti"; secondo il Tribunale di Reggio Emilia il fatto che il secondo comma dell'articolo 69-bis L.F. che, nella

23 L'assenza di qualsivoglia controllo da parte della autorità giudiziaria, con riguardo alla fase delle trattative, così come la possibilità per l'imprenditore di derogare alla par condicio creditorum, "negoziando" la propria posizione con ciascun creditore a seconda delle esigenze di quest'ultimo, sono elementi che ricorrono in giurisprudenza a sostegno della tesi contrattualista, escludendo gli accordi di cui all'articolo 182-bis dal novero delle procedure concorsuali.

24 Cfr. B. Inzitari, Nuova disciplina accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall., in Il Caso.it, II, 256/2011; A. Nigro, La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Lineamenti generali, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, vol. XXV, Torino, 2012.

ipotesi di fallimento dichiarato a seguito di un concordato preventivo, fissi il dies a quo dei termini per l'azione revocatoria fallimentare (di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 L.F.) alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, rafforzerebbe la tesi "contrattualista" dal momento che riconoscerebbe "l'applicabilità del principio della consecuzione tra procedure concorsuali solo in relazione al rapporto concordato preventivo/fallimento"25.

4. *La decisione adottata*

In considerazione delle argomentazioni sopra riportate, il Tribunale di Reggio Emilia ha rigettato l'opposizione proposta dal creditore opponente, negando la natura prededucibile sia dei crediti sorti nel periodo di tempo interessato dal primo dei due concordati (06/02/2013 - 06/06/2013), sia di quelli sorti nelle more del perfezionamento e dell'esecuzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti successivi in considerazione, da un lato, della esclusione dell'applicabilità del principio di consecuzione tra procedure concorsuali26 con riferimento

25 Parrebbe contraddittorio il ragionamento del Tribunale laddove, dapprima nell'analisi del caso di specie, tiene separate le questioni circa la applicabilità del principio di consecuzione tra procedure concorsuali e la natura degli accordi di ristrutturazione, mentre successivamente va a considerare quale dato a sostegno della natura privatistica degli accordi, la (quanto meno secondo il dato letterale) non applicabilità dell'articolo 69-bis L.F. (che implicitamente dà valore normativo al principio di consecuzione) agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ad avviso di chi scrive, in primo luogo, è necessario applicare, nel caso di cui all'articolo 69-bis L.F., un ragionamento diametralmente opposto. Ed infatti, più che ritenere il dato letterale di cui al sopra menzionato articolo, un elemento a sostegno della tesi privatistica, è opportuno riflettere proprio sulle considerazioni (di cui più avanti si dirà) per cui gli accordi di ristrutturazione hanno natura di concordati semplificati o minori, anche al fine di ritenere applicabili agli accordi di ristrutturazione, norme dettate in tema di concordato preventivo, tra cui l'articolo 69-bis.

È inoltre opportuno evidenziare come la non applicabilità dell'articolo 69-bis agli accordi di ristrutturazione, secondo il dato letterale della non menzione esplicita dell'istituto, sembrerebbe cozzare con quanto previsto dall'articolo 67, comma 3, lett. e, che dispone la non assoggettabilità ad azione revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione, oltre che del concordato preventivo, anche di un accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis.

26 È giusto il caso di precisare che, ove il Tribunale avesse ritenuto applicabile il principio di continuità al caso di specie (anche, a questo punto, non aderendo alla tesi

ai due concordati preventivi, e dell'altro, dell'adesione alla teoria contrattualistica degli accordi di ristrutturazione.

5. *La diversa visione di parte della dottrina*

Come anzi detto, alla quasi totalità della giurisprudenza ed alla grande parte della dottrina che affermano che gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in ragione delle considerazioni sopra esposte, devono configurarsi quali strumenti meramente negoziali, si oppone quella parte minoritaria della dottrina che qualifica gli accordi di ristrutturazione come un sotto-tipo semplificato di concordato preventivo e li fa rientrare, pertanto, a pieno titolo tra le procedure concorsuali.

Al fine di meglio comprendere le considerazioni di tale parte minoritaria della dottrina, occorre partire da una considerazione di carattere storico-giuridico.

L'articolo 182-bis è stato introdotto nell'apparato normativo di cui al r.d. 267/1942 in un momento storico in cui le soluzioni negoziali di risoluzione della crisi avevano ampia popolarità in considerazione della scarsa efficacia degli strumenti tipicamente concorsuali ad appagare contemporaneamente l'esigenza della migliore soddisfazione dei creditori e quella di salvaguardare il più possibile il complesso produttivo imprenditoriale.

L'idea di fondo alla base della introduzione dell'istituto era quella di valorizzare l'autonomia privata, attenuandone tuttavia gli aspetti negativi con l'introduzione di un controllo giudiziario ex post dal carattere non invasivo sì da non inficiare la tempestività e la flessibilità degli strumenti individuati spontaneamente dal debitore e dai suoi creditori.

Il percorso normativo che ha portato all'attuale disciplina dell'istituto dimostra che il legislatore è riuscito nell'(originario) intento, attribuendo al giudice il duplice ruolo di "facilitatore"

processual-pubblicistica in tema di accordi di ristrutturazione), avrebbe necessariamente dovuto ritenere prededucibili i crediti sorti in occasione ed in funzione del primo concordato, al pari di quelli ritenuti tali dal curatore poiché sorti nell'ambito del secondo concordato; tanto poiché in tale ipotesi, il primo ed il secondo concordato, insieme con la liquidazione coatta amministrativa, avrebbero dovuto essere interpretate quali unica procedura.

(mediante la possibilità di concedere, su istanza dell'imprenditore, l'inibitoria delle azioni esecutive individuali dei creditori già durante il corso delle trattative) e di "stabilizzatore" (mediante il provvedimento di omologazione, il cui effetto principale è quello di rendere definitivi gli atti compiuti in esecuzione dell'accordi di ristrutturazione)27.

In questa logica, la tesi minoritaria, che identifica gli accordi di ristrutturazione dei debiti in ottica sub-concordataria, evidenzia che lo strumento di cui all'articolo 182-bis è il frutto della combinazione tra l'elemento volontaristico in capo all'imprenditore ed ai creditori, e quello autoritativo in capo alla autorità giudiziaria, non diversamente da quanto avviene nel concordato preventivo28.

Volendo tentare di riassumere alcune tra le più rilevanti argomentazioni che sostengono la tesi della natura processual-pubblicistica degli accordi di ristrutturazione, deve rilevarsi che la possibilità attribuita all'imprenditore di presentare istanza al tribunale per ottenere un provvedimento di inibitoria delle azioni esecutive individuali dei creditori, costituisca, tra gli interventi modificativi del legislatore, uno degli elementi di maggiore forza a sostegno della tesi sub-concordataria.

A fronte infatti, della disciplina di cui ai commi 6 e 7 dell'articolo 182-bis, l'osservazione della dottrina maggioritaria per cui gli accordi di ristrutturazione si distanzierebbero di netto dal concordato preventivo in ragione della totale assenza del vaglio dell'autorità giudiziaria durante la fase delle trattative dell'imprenditore con i propri creditori, parrebbe essere, almeno parzialmente, smentita essendo testualmente prevista la possibilità di un tale "sindacato" giudiziario quanto meno nell'ipotesi in cui l'imprenditore , durante la fase delle trattative con i propri creditori, chieda il provvedimento di inibitoria al Tribunale, dovendo depositare, oltre alla documentazione di cui all'articolo 161 primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d), anche una proposta di accordo, corredata dalla dichiarazione da parte dell'imprenditore, che sulla proposta in questione sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento

27 P. Valensise, op. cit., p. 107.

28 Anche la natura del concordato preventivo è stata oggetto di accesso dibattito tra i fautori di un inquadramento sistematico dell'istituto, ed i sostenitori della concezione processual-pubblicistica. Per una analisi del dibattito in questione, si rimanda a G. Lo Cascio, Il concordato preventivo, VIII ed., Milano, 2011.

dei crediti. In tale ipotesi, infatti, il Tribunale adito, seppure nel contesto di un giudizio sommario (data la necessaria esigenza di rapidità che connota la procedura incidentale in questione), è chiamato ad esprimere, già nella fase delle trattative, un giudizio prognostico circa l'accettabilità della proposta in questione, il cui esito influenza necessariamente anche la prosecuzione delle trattative, non soltanto per effetto dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza di protezione, ma anche, indirettamente, sulla struttura stessa della proposta medesima29.

Sicché, quanto meno per il caso in cui l'imprenditore, nell'utilizzo dello strumento di cui all'articolo 182-bis, intenda avvalersi della possibilità di richiedere al tribunale competente un provvedimento che vieti la prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari dei creditori (per un periodo non superiore a sessanta giorni), è del tutto evidente che l'autorità giudiziaria è investita di un potere di controllo prognostico circa la "fattibilità" della proposta di accordo formulata o formulanda ai creditori.

Sotto un diverso profilo, va segnalato che fra le principali argomentazioni a sostegno della tesi che qualifica gli accordi di ristrutturazione dei debiti quali concordati minori o semplificati, v'è anche la considerazione circa la facoltà, per l'imprenditore che abbia presentato ricorso al tribunale ai sensi dell'articolo 161, comma 6, L.F. (ossia la c.d. domanda "prenotativa" di concordato preventivo), di predisporre, nel termine assegnato dall'autorità giudiziaria, un piano ed un proposta concordataria o, alternativamente, di tentare di raggiungere con i creditori che rappresentino il sessanta per cento dei propri debiti, un accordo di ristrutturazione.

Tale possibilità, frutto di una delle più rilevanti modificazioni dell'impianto normativo originario30 in tema di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione, consente all'imprenditore in crisi di

29 In P. Valensise, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare, in Le nuove leggi del Diritto dell'Economia, diretta da M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2012, pg. 121, si evidenzia come, nell'ipotesi in cui il giudizio prognostico del Tribunale, rilevasse la totale inaccettabilità della proposta ai creditori, il provvedimento di rigetto dell'istanza di protezione sarebbe produttivo alternativamente di un effetto a) negativo, che porterebbe all'abbandono delle trattative da parte dell'imprenditore ovvero b) costruttivo, potendo a quel punto l'imprenditore modificare la propria proposta e riformularla sulla scorta dei rilevi operati dal Tribunale.

30 Di cui al d.l. n. 83/2012.

usufruire di un'ulteriore mezzo di protezione dalle azioni cautelari ed esecutive dei propri creditori, oltre a quello disciplinato dall'articolo 182-bis, comma 6, L.F., senza, tuttavia, necessariamente dover scegliere a priori se presentare, all'esito del periodo assegnato dal tribunale, un piano ed una proposta concordataria o una istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti31.

Secondo i sostenitori della tesi che qualifica gli accordi di ristrutturazione quale concordato minore, la previsione di cui al 161, comma 6, L.F. va inevitabilmente a far trasparire una omogeneità ontologica tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che è altresì confermata dall'articolo 182-bis, comma 8, L.F. laddove si offre al debitore che abbia presentato al tribunale l'istanza di protezione dalle azioni dei creditori prevista dal comma 6, la possibilità di depositare, entro il termine concessogli, una domanda di concordato preventivo.

Quanto poi alle ripercussioni che gli accordi di ristrutturazione hanno sui creditori non aderenti, la dottrina a sostegno della tesi processual-pubblicistica rileva una serie di rilevanti effetti che tali accordi hanno sui non aderenti che, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina "autonomista"32, costituiscono ulteriori elementi a

31 Seppure nella sostanza, l'imprenditore in crisi, sia che esso presenti un ricorso ai sensi dell'articolo 161, comma 6 sia che presenti una istanza ai sensi dell'articolo 182-bis, ottenga il medesimo effetto protettivo, v'è da rilevare come la possibilità di "switch" di cui al 161, comma 6, si differenzi in ragione di un più penetrante controllo della autorità giudiziaria, la quale con il provvedimento che fissa il termine entro cui l'imprenditore dovrà depositare il piano e la proposta concordatari o l'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione, dispone altresì gli obblighi informativi periodici cui il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine suddetto. È evidente quindi come il vantaggio che il debitore ha nell'ottenere uno schermo protettivo, nell'ambito del quale potrà optare per la predisposizione di un piano concordatario o per l'intrattenimento di trattative con i propri creditori (o per entrambe), veda altresì una amplificazione del controllo del Tribunale, rispetto a quanto non accada nella ipotesi prevista dall'articolo 182-bis, comma 6.

32 Sebbene infatti, un accordo ex articolo 182-bis non potrebbe mai avere efficacia obbligatoria e vincolante anche nei confronti dei creditori che abbiano negato il loro consenso alla adesione, mentre il contenuto di una proposta concordataria vincola anche coloro che abbiano espresso voto negativo in sede di approvazione, la conclusione (ed anche le sole trattative) di un accordo di ristrutturazione comporta comunque una serie di rilevanti ripercussioni sui creditori non aderenti.

sostegno dell'affinità tra il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione.

In primo luogo, sebbene l'accordo di ristrutturazione presentato dall'imprenditore ai fini dell'omologa debba essere idoneo a garantire il soddisfacimento integrale33 dei creditori rimasti estranei all'accordo medesimo, la legge prevede espressamente la possibilità che il debitore offra il pagamento di quanto dovuto a questi ultimi, entro, rispettivamente, il termine di 120 giorni dalla omologazione dell'accordo nel caso di debiti scaduti, ovvero di 120 giorni dalla scadenza del temine di pagamento nel caso di debiti non scaduti.

Il che, evidentemente, significa che anche i creditori che non hanno aderito all'accordo subiscano alcuni effetti dell'accordo di ristrutturazione, non certo come conseguenza della libera negoziazione, ma in ragione della "singola forza della procedura"34.

Del resto, sempre in tema di effetti prodotti sui creditori non aderenti, è rilevante analizzare quelli desumibili dal disposto dell'art. 182-quinquies L.F. per l'ipotesi di successivo fallimento dell'imprenditore.

Da una parte, infatti, l'articolo testé menzionato stabilisce la prededucibilità, ai sensi dell'articolo 111 L.F., della c.d. "nuova finanza", ossia di quei finanziamenti, concessi previa autorizzazione del tribunale, che sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Dall'altra parte, la norma prevede espressamente la non revocabilità dei pagamenti eseguiti dall'imprenditore, sempre previa autorizzazione del tribunale, a creditori anteriori che abbiano effettuato prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione dell'attività.

Gli appena ricordati effetti, previsti dal legislatore quali conseguenze della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo ex articolo 161, comma 6, o di un'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, comma 6, si ripercuotono, nell'ipotesi di accordi di ristrutturazione, su tutti i creditori, indipendentemente dalla loro adesione o meno all'accordo stesso e del tutto indipendentemente anche

33 L'aggettivo "integrale" è andato a sostituire "regolare" per mezzo del d.l. n. 83/2012. Circa il dibattito sull'interpretazione del termine "regolare" cfr. P. Valensise, op. cit. pg. 381 e ss.

34 P. Valensise, op. cit. pg. 124.

dall'effettivo buon esito delle trattative e dalla conclusione dell'accordo medesimo o dalla sua omologazione.

Non minore rilevanza ha l'osservazione che dall'articolo 182-quinquies derivano i medesimi effetti favorevoli sia per i creditori di un imprenditore che abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo, sia per quelli di un l'imprenditore che abbia invece depositato una istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione o posto alla attenzione del tribunale una ipotesi di accordo di ristrutturazione per l'ottenimento del provvedimento di inibitoria delle azioni dei creditori; il che rappresenta senza dubbio un chiaro elemento a sostegno della sostanziale parificazione, in termini di natura giuridica, tra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione.

In ultima analisi, non può non rilevarsi che, tra i vari interventi correttivi che il legislatore ha operato rispetto alla disciplina dell'istituto di cui all'articolo 182-bis, un ulteriore rilevante indice a favore della qualificazione sub-concordataria dell'istituto è rappresentato dalla modificata del comma 1, dell'articolo 182-bis operata dal d.lgs. 169/2007 che ha sostanzialmente replicato testualmente il contenuto del comma 1 dell'articolo 160 rendendo così del tutto identici i presupposti di ammissione al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione.

6. *Conclusioni*

Come dimostrato dalla decisione del Tribunale di Reggio Emilia in merito alla questione sopra descritta, l'accesso dibattito circa la natura degli accordi di ristrutturazione, che in questa sede si è cercato di riportare sinteticamente, nonché la persuasività delle argomentazioni addotte a sostegno dell'una e dell'altra impostazione ha un peso particolarmente rilevante nella pratica degli effati, in considerazione dei numerosi effetti che derivano dalla qualificazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti quali meri contratti o quali "sotto tipi qualificati di concordato".

Ed infatti, ove il Tribunale, aderendo alla teoria c.d. processual-pubblicistica, avesse ritenuto che gli accordi di ristrutturazione debbano considerarsi a pieno titolo procedure concorsuali, non solo avrebbe dovuto ritenere prededucibili i crediti sorti nel corso della fase esecutiva

degli accordi di ristrutturazione conclusi tra l'opponente ed i propri creditori in ragione delle prestazione eseguite cooperativa poi sottoposta a liquidazione coatta amministrativa in quanto sorti in occasione ed in funzione di una procedura concorsuale, ma parimenti, avrebbe dovuto qualificare come prededucibili anche i crediti sorti per effetto delle prestazioni eseguite nel vigore del primo concordato35.

È opinione di chi scrive che, a fronte delle numerose modifiche legislative intervenute dalla introduzione dell'istituto ad oggi, è difficile non inquadrare tali ultimi in una ottica sub-concordataria, dal momento che il quadro normativo disegnato attorno all'originario schema dell'istituto lascia chiaramente trasparire l'intento del legislatore di introdurre nell'ordinamento una alternativa al concordato preventivo scevra dalle complicazioni proprie delle fase di ammissione e di voto, lasciando alla autonomia privata un maggiore spazio, fermi tuttavia gli effetti derivanti dall'omologazione.

Se già solo la collocazione sistematica dell'istituto di cui all'articolo 182-bis all'interno del Titolo III, dedicato per l'appunto al concordato preventivo, potrebbe essere considerato di per sé come un dato sufficiente a dimostrare l'intento del legislatore di voler introdurre nell'ordinamento una più agile alternativa al concordato preventivo stesso36, un indice di maggior peso di tale volontà legislativa è chiaramente desumibile dal disposto di cui all'articolo 161, comma 6, laddove si consente all'imprenditore in crisi la possibilità di presentare ricorso al competente Tribunale, depositando i soli bilanci relativi agli

35 Tanto poiché, se è vero che il Tribunale di Reggio Emilia, nel suo percorso argomentativo, ha escluso la prededucibilità del credito di G. Franco sorto nel corso del concordato n. 1, in considerazione dell'impossibilità di considerare il primo ed il secondo concordato quale unica procedura (dando peraltro per assunta, quanto meno in un primo momento, l'adesione alla teoria autonomista in tema di accordi di ristrutturazione), ove avesse aderito alla teoria processual-pubblicistica, qualificando così gli accordi quali procedure concorsuali, avrebbe necessariamente dovuto ritenere che anche i crediti riferibili al contesto temporale del concordato 1, fossero sorti in prededuzione, poiché in quel caso non avrebbe non potuto considerare il concordato 1, l'accordo di ristrutturazione ed il concordato 2, quali singole fasi di una unica procedura concorsuale, in quanto temporalmente conseguenti l'una all'altra.

36 Secondo P. Valensise, op. cit. pg. 132, il dato della collocazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti all'interno del Titolo dedicato alla disciplina del concordato preventivo diventa maggiormente significativo in considerazione del fatto che la vecchia amministrazione controllata era disciplinata all'interno dei un titolo autonomo.

ultimi tre esercizi e un elenco nominativo dei propri creditori, al fine di ottenere un termine non superiore a centoventi giorni per il deposito, alternativamente, di una proposta concordataria o di un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, posto che tale facoltà non può non essere considerata sintomatica di una evidente intercambiabilità delle due procedure che, dunque, non possono che condividere la medesima natura.

Ed infatti, una volta presentato ricorso ai sensi dell'articolo 161, comma 6, l.f. ed una volta che il Tribunale abbia concesso il relativo termine, l'imprenditore, in una condizione di serenità garantita dall'ombrello protettivo della inibitoria delle azioni esecutive individuali dei creditori, ha la possibilità di trovare soluzione alla propria crisi sia mediante l'approntamento di un piano di risanamento concordatario vero e proprio redatto nel rispetto del principio di piena concorsualità dei creditori (eventualmente con la suddivisione in classi), oppure, a sua libera scelta, tentare di raggiungere singoli accordi con i propri creditori titolari di almeno il sessanta per cento del proprio indebitamento anche proponendo soluzioni che valichino i limiti ordinariamente imposti dal rigido rispetto della par condicio creditorum "concordataria".

Ad ulteriore conferma, del resto, milita il disposto di cui all'articolo 182-bis, ultimo comma, L.F. che consente il deposito di una domanda di concordato preventivo, anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore in crisi presenti, nel corso della fase delle trattative con i propri creditori, l'istanza volta ad ottenere il provvedimento che vieti le azioni esecutive o cautelari dei creditori.

L'articolo 161, comma 6 ed il 182-bis comma 6 e 8, forniscono, infatti, all'imprenditore in crisi la possibilità di ottenere un provvedimento giudiziario che reca la medesima efficacia inibitoria delle azioni esecutive e cautelari dei creditori, cosicché in entrambi i casi, nel periodo protetto, egli possa tentare una definire la propria crisi con lo strumento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Gli ultimi interventi normativi in tema di accordi di ristrutturazione, così come le modifiche approntate dai membri della commissione Rordorf in sede di proposta di legge delega, rappresentano (quanto meno a parere di chi scrive) elementi di conferma a sostegno della tesi

che qualifica gli accordi di cui all'articolo 182-bis quali procedure concorsuali, in funzione della loro natura di concordati semplificati.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'articolo 182-septies, introdotto con l'articolo 9 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (poi convertito con la l. 6 agosto 2015, n. 132), che disciplina le ipotesi di accordi di ristrutturazione dei debiti conclusi con intermediari finanziari. La norma, infatti, prevede la possibilità per l'imprenditore in crisi, la cui esposizione debitoria complessiva sia per almeno il 50% verso soggetti intermediari finanziari, di suddividere i creditori in diverse categorie (omogenee per posizione giuridica ed interessi economici) e di chiedere al Tribunale che, ove nella medesima categoria la proposta dell'imprenditore raggiunga una adesione pari ad almeno il 75% dei creditori intermediari finanziari, gli effetti dell'accordo si estendano anche ai creditori non aderenti. Il riconoscimento della possibilità di estendere l'efficacia dell'accordo raggiunto con il 75% degli intermediari finanziari aderenti anche ai creditori (della medesima specie) che non abbiano aderito, è elemento che contrasta la tesi della natura privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, dal momento che si prevede una espressa deroga al principio di efficacia relativa del contratto proprio in considerazione dell'estensione degli effetti di un accordo anche nei confronti di coloro che non abbiano aderito alla proposta dell'imprenditore37.

La norma in esame introduce una particolare species di accordi di ristrutturazione, in cui il "voto" favorevole dei più va a determinare il sorgere di un vincolo (questa volta non contrattuale, ma autoritativo, poiché imposto dalla norma stessa), anche per coloro che hanno negato il proprio assenso esattamente nello stesso modo previsto per il caso di approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori di maggioranza.

37 L'articolo 182-septies, comma 1, statuisce una espressa deroga agli articoli 1372 e 1411. È curioso osservare come, nel caso di specie, il legislatore abbia deciso di rimarcare la possibilità, per l'imprenditore che si trovi nelle condizioni indicate dalla norma in esame, di agirare un principio basilare del diritto dei contratti, quale è il principio di relatività degli effetti, quando anche nelle ipotesi degli ordinari accordi di ristrutturazione, per tutte le ragioni già analizzate in precedenza, gli effetti della omologazione ricadono inevitabilmente anche sui non aderenti, anche se non in via diretta ed immediata.

Per quanto riguarda, infine, le modifiche proposte in sede di disegno di legge delega dalla commissione Rordorf, giova rilevare che si prospetta di modificare l'apparato normativo di riferimento, nel senso di "estendere la procedura di cui all'articolo 182-septies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee".

Il che significa che l'accordo raggiunto dall'imprenditore con una percentuale creditoria (non più soltanto costituita da intermediari finanziari) pari al 75% (purché facenti parte di una categoria omogenea per interessi) sarebbe vincolante anche per tutti gli altri creditori non aderenti, così definitivamente accostando in modo definitivo gli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo38, sempre più connotati da una più semplice accessibilità e da una forte (benché attenuata) componente autoritativa.

38 Per G. Lo Cascio, tali modifiche andrebbero ad accostare eccessivamente gli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo (in Fallimento, 2016, 389).

Risoluzione della banca "in crisi": la responsabilità degli "Enti Ponte" (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione di azienda

1. *Premessa. Il caso di specie*

Nell'ambito del dissesto conseguente alla "risoluzione" della Cassa di Risparmio di Ferrara (Carife) sono state avviate indagini che hanno condotto al rinvio a giudizio, in sede penale, di taluni esponenti aziendali e funzionari della banca, per i reati di falso in prospetto; aggiotaggio; ostacolo alle funzioni di vigilanza delle autorità pubbliche di vigilanza CONSOB e Banca di Italia; bancarotta derivante da formazione fittizia di capitale; formazione fittizia di capitale).

Si sono costituiti parte civile anche azionisti della banca e titolari di obbligazioni subordinate a suo tempo emesse dalla stessa, facendo valere pretese (non già direttamente connesse al rapporto sociale o para-sociale derivante dalla sottoscrizione delle azioni o delle obbligazioni subordinate, bensì) di natura risarcitoria, per gli effetti pregiudizievoli conseguenti ai reati contestati.

In tale contesto è stata invocata anche la responsabilità patrimoniale di BPER Banca S.p.A. (BPER), in qualità di responsabile civile dei danni reclamati dagli imputati, in conseguenza:

(a) dell'affermazione della responsabilità risarcitoria del datore di lavoro (Carife) per i danni provocati dagli illeciti penali contestati ai suoi "dipendenti" (gli esponenti ed i funzionari imputati nel processo penale); e

(b) del successivo "doppio passaggio" rappresentato da:

b.1) la cessione delle attività e delle passività di Carife allo "Ente–Ponte" – Nuova Carife – costituito ai sensi della disciplina delle procedure di "risoluzione" bancaria (d. lgs. n. 180/2015); e

b.2) l'incorporazione dello "Ente-Ponte" in BPER, che ne aveva acquistato il controllo azionario.

Il giudice per l'Udienza Preliminare aveva negato l'ammissibilità della citazione di BPER, giudicando che non *"*(fosse) *ammissibile un rapporto di successione tra Carife S.p.A. e BPER Banca S.p.A. idoneo ad ascrivere a quest'ultima una responsabilità per fatto illecito di legali rappresentanti e funzionari di Carife S.p.A.":* ma le parti civili avevano

rinnovato la richiesta di citazione di BPER quale responsabile civile dei danni conseguenti ai reati contestati agli imputati.

2. *La "risoluzione" della Cassa di Risparmio di Ferrara nel contesto della soluzione della crisi delle "Quattro Banche"*

Al fine di dirimere la controversia sulla contestata legittimazione passiva di BPER Banca per i danni conseguenti ai reati contestati agli esponenti ed ai funzionari della Cassa di Risparmio di Ferrara, il Tribunale sintetizza il percorso che ha condotto gli azionisti e gli obbligazionisti subordinanti di Carife a ritenere di potersi rivolgere a BPER.

A tale proposito è necessario ricordare che, per molto tempo – e quasi fino ai giorni nostri - la soluzione di gran lunga più praticata per il superamento delle crisi bancarie di natura irreversibile era stata rappresentata da:

(i) assoggettamento della banca in crisi alla procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa (bancaria);

(ii) immediata cessione dell'azienda bancaria ad altro Istituto di credito (sulla base di una situazione patrimoniale di riferimento provvisoria, destinata ad essere "consolidata" a seguito di attività accertative e valutative condotte d'intesa tra la procedura di L.C.A. e la banca cessionaria), con subentro (pressoché) "universale" nelle attività, passività, e rapporti pendenti della banca assoggettata a L.C.A.;

(iii) intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi ("il Fondo" o F.I.T.D.) a colmare lo "sbilancio di cessione" tra attività cedute e (maggiori) passività accollate – con effetto liberatorio – alla banca cessionaria, con apporti di entità progressiva sino alla ultimazione delle attività funzionali alla predisposizione della "situazione patrimoniale di trapasso" definitiva[1];

(iv) liquidazione degli attivi residui della banca assoggettata a L.C.A. (prevalentemente rappresentati dalle azioni di responsabilità verso gli *ex* esponenti aziendali) per il soddisfacimento delle passività

[1] Di norma, peraltro, entro un importo massimo prefissato, trattandosi di modalità di intervento condizionata all'accertamento del "minor onere", per il F.I.T.D., rispetto al rimborso dei cc.dd. "depositi protetti" (conti correnti e depositi assimilati, sino all'importo unitario – oggigiorno – di 100.000,00 euro) e successivo realizzo degli attivi della banca assoggettata a L.C.A..

(marginali) non trasferite alla banca cessionaria – quali i costi della procedura di L.C.A. –.

A far tempo dal 2013, peraltro, tale soluzione non è risultata più praticabile, essendo stato considerato il descritto intervento del F.I.T.D. alla stregua di un "aiuto di Stato", come tale tendenzialmente vietato dalla normativa di settore comunitaria[2].

Ciò ebbe una prima ripercussione sul salvataggio – già peraltro attuato – di Banca Tercas.

La crisi di tale banca, infatti, era stata superata, seguendo la tecnica sopra descritta, con l'intervento congiunto della Banca Popolare di Bari - che si era resa cessionaria dell'azienda bancaria di Tercas - e del F.I.T.D. – che aveva apportato alla Banca cessionaria l'ammontare di 295 milioni di euro, pari allo "sbilancio di cessione" stimato al momento del perfezionamento dell'operazione -.

La situazione venutasi a creare con la dichiarazione di illegittimità dell'apporto del F.I.T.D. per la soluzione della crisi di Tercas – situazione delicatissima perché comportante l'obbligo di Banca Popolare di Bari di restituire al F.I.T.D. l'importo ricevuto, con la conseguente necessità di doversi fare carico dello "sbilancio di cessione" dell'azienda acquisita –, fu risolta grazie alla istituzione dello "Schema Volontario" del "Fondo", costituito dal sistema bancario italiano (pressoché all'unanimità) con risorse "private" aggiuntive, rappresentate dalle stesse somme retrocesse da Banca Popolare di Bari, "per un momento" ritornate nella disponibilità delle banche – attraverso il F.I.T.D. così "ristorato" –, ed immediatamente fatte affluire allo "Schema Volontario" [3].

L'altra conseguenza della dichiarazione di illegittimità degli interventi del F.I.T.D., funzionali a sostenere le iniziative di

[2] In argomento v. INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs. n. 180 del 2015), in *Dir. Fall*., 2016, I, p. 629 ss..

[3] Lo "Schema Volontario" sarebbe poi stato reintegrato con un primo apporto di 700,00 milioni di euro, poi "rabboccato" con ulteriori 95,0 milioni di euro, per favorire l'intervento di Crédit Agricole – Cariparma per l'acquisizione delle "Tre Casse" (Cassa di Risparmio di Cesena, Cassa di Risparmio di Rimini, Cassa di Risparmio di S. Miniato), nell'ambito di una operazione c.d. di "intervento precoce" della Autorità di Risoluzione, stante il sopravvenuto mancato rispetto da parte di queste Casse di Risparmio dei requisiti patrimoniali obbligatori secondo la disciplina di settore vigente.

superamento delle situazioni di crisi bancarie, fu rappresentata dalla brusca interruzione del processo già avviato per il salvataggio della Cassa di Risparmio di Ferrara. Il Fondo Interbancario, infatti, era già intervenuto provvedendo alla sottoscrizione di un aumento di capitale, che avrebbe consentito alla Banca di proseguire nella sua attività senza la produzione di altri effetti pregiudizievoli (diversi da quelli prodotti sugli azionisti, i cui titoli sarebbero ovviamente risultati fortemente penalizzati) [4].

Anche tale intervento venne però giudicato non compatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato [5].

L'impossibilità di proseguire oltre nel percorso di risanamento della Cassa di Risparmio di Ferrara già avviato – anzi, si può dire: già concluso, non fosse sopravvenuto l'implicito divieto di darvi esecuzione a causa del mancato rilascio della valutazione positiva della Commissione Europea sull'impatto dell'operazione sotto il profilo

[4] D'altro canto poi, come si vedrà, furono letteralmente "azzerati".

[5] Nella audizione davanti alla Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario italiano (legge 12 luglio 2017, n. 107) il Capo del Dipartimento Vigilanza bancaria e Finanziaria della Banca di Italia, dr. Carmelo Barbagallo, ha così riferito: *"nel caso della **Cassa di Risparmio di Ferrara**, non essendosi verificate le condizioni per un intervento della Fondazione controllante, gli organi straordinari* [della procedura di Amministrazione Straordinaria in atto] *avviano diverse interlocuzioni con altre controparti bancarie (tra cui Banca Popolare dell'Emilia Romagna, UBI, Cariparma, Cassa di Risparmio di Cento, Banca Popolare di Vicenza), tutte concluse con esito negativo. Il 17 aprile 2015 i commissari presentano istanza per un intervento di sostegno da parte del FITD che prevede la sottoscrizione di un aumento di capitale di 300 milioni. Il FITD delibera l'intervento il 6 maggio 2015 e richiede l'autorizzazione alla Banca d'Italia che la concede subordinandone l'esecuzione al rilascio, da parte della BCE, dell'autorizzazione all'acquisizione della partecipazione di controllo di Carife da parte dello stesso Fondo. L'assemblea di Carife il 30 luglio 2015 approvava la copertura delle perdite mediante utilizzo delle riserve e riduzione del capitale sociale e l'aumento di capitale inscindibile riservato al FITD per 300 milioni, a sua volta subordinandone l'esecuzione al rilascio dell'autorizzazione della BCE per l'acquisto della partecipazione. In assenza della previa valutazione positiva della Commissione Europea sulla compatibilità dell'operazione con la normativa in materia di aiuti di Stato, l'operazione non viene completata. Nel frattempo, la situazione tecnica della banca subisce un ulteriore deterioramento; al 30 settembre 2015 il patrimonio netto consolidato risulta negativo e il Tier 1 Ratio è pari a 3,5 per cento; anche la posizione di liquidità risulta particolarmente critica; i costanti deflussi rendono necessario l'ottenimento di linee di credito temporanee per 110 milioni".*

concorrenziale - impose di adottare il provvedimento di “risoluzione” della banca, unitamente a quello corrispondente adottato per le (altre tre) banche allora soggette alla procedura di Amministrazione Straordinaria: Cassa di Risparmio di Chieti, Banca delle Marche e Banca Popolare dell’Etruria e del Lazio.

Nel momento in cui la Banca d’Italia ed il Sistema bancario italiano dovettero prendere atto che la soluzione delle crisi bancarie non poteva più essere perseguita attraverso l’intervento del F.I.T.D. (nella forma del sostegno della cessione della banca in crisi ad altre banche, apportando i mezzi economici necessari a colmare lo “sbilancio di cessione” causato dalla situazione di crisi), erano infatti in corso quattro procedure di Amministrazione Straordinaria, che riguardavano per l’appunto la Cassa di Risparmio di Ferrara; la Cassa di Risparmio di Chieti; la Banca delle Marche; e la Banca Popolare dell’Etruria e del Lazio (le “Quattro Banche”).

Le “Quattro Banche” in questione furono soggette alla nuova “procedura di crisi” bancaria rappresentata dalla “risoluzione”, e le relative aziende furono cedute a quattro banche neo-costituite (gli “Enti-Ponte”), le quali poi vennero a loro volta cedute a due banche (la Cassa di Risparmio Ferrara alla Banca Popolare dell’Emilia Romagna; le altre tre a UBI Banca), che le hanno successivamente incorporate.

La disciplina della “risoluzione” delle banche postula la cessazione dell’attività della “vecchia banca”, e persegue l’obiettivo del suo risanamento attraverso un articolato procedimento.

Nel caso delle “Quattro Banche” il procedimento si è sviluppato nel seguente modo:

a) dichiarazione di “risoluzione” delle “Quattro Banche”;

b) azzeramento dei diritti degli azionisti e dei sottoscrittori di obbligazioni subordinate delle “Quattro Banche”;

c) costituzione di quattro banche nuove (*good-banks*, o “Enti-Ponte");

d) cessione della “parte buona” delle quattro aziende bancarie (cioè, con esclusione dei crediti “deteriorati”) agli “Enti-Ponte”;

e) costituzione di una nuova banca (“*bad-bank*” - o “*Società-Veicolo*” -) destinata ad acquisire i crediti deteriorati delle “Quattro Banche”;

f) cessione della “parte cattiva” delle quattro aziende bancarie (cioè, i crediti “deteriorati”) alla “Società-Veicolo”;

g) avvio di trattative per la cessione degli "Enti-Ponte";

h) vendita di tre "Enti-Ponte" ad una importante banca italiana (UBI Banca), e del quarto "Ente-Ponte" ad una banca diversa (Banca Popolare dell'Emilia-Romagna).

i) assoggettamento a liquidazione coatta amministrativa delle quattro banche in crisi "svuotate";

l) incorporazione degli "Enti–Ponte" nei due "cavalieri bianchi" UBI e BPER.

3. *Il problema della responsabilità degli "Enti-Ponte" (e successivamente delle banche incorporanti) per le passività facenti capo (alla Cassa di Risparmio di Ferrara, e più in generale) alle "Quattro Banche"*

La soluzione adottata dalla Banca d'Italia per le "*Quattro Banche*" ha generato un primo, fondamentale problema: la misura della responsabilità degli "Enti – Ponte" (e, successivamente, delle banche "*in bonis*" che ne hanno acquistato il controllo, e poi li hanno incorporati) per le passività che si erano formate nelle "Quattro Banche", prima dell'apertura della procedura di "risoluzione".

In un primo momento la questione è stata sollevata dagli azionisti delle vecchie "Quattro Banche", in relazione ai diritti fatti valere non tanto come soci (essendo stato azzerato il valore delle loro azioni, a seguito delle procedure di "risoluzione"), quanto piuttosto come clienti (avendo ragione di lamentare la violazione della disciplina della prestazione dei servizi di investimento, da parte delle "Quattro Banche", al momento del collocamento delle loro azioni).

Tuttavia, il problema è comune a qualsiasi pretesa (per es. di natura risarcitoria) vantata verso le "Quattro Banche", che oggi volesse essere fatta valere contro gli "Ente – Ponte" - anzi, ormai, contro la B.P.E.R. e UBI Banca, che quegli Enti – Ponte hanno dapprima acquistato e poi incorporato).

Tra i principali argomenti di discussione si colloca il dubbio dell'applicabilità alle operazioni della specie della disciplina della cessione di azienda (artt. 2560 ss. cod. civ.).

Secondo una opinione per così altre "restrittiva", la disciplina di diritto comune non sarebbe applicabile, in quanto:

(i) la cessione dell'azienda bancaria delle "Quattro Banche" agli "Enti-Ponte" sarebbe stata realizzata conformemente alla disciplina di cui all'art. 43 d.lgs. n. 180/2015, e in particolare attraverso la cessione di "*tutti i diritti, le attività e le passività*";

(ii) tale cessione darebbe luogo "*ad una vicenda di per sé diversa da quella contemplata nell'art. 2560 cod. civ.",* perché con la cessione d'azienda (di diritto comune) i debiti anteriori alla cessione non verrebbero "trasferiti" al cessionario, che ne diverrebbe soltanto responsabile in solido con il cedente;

(iii) la disciplina speciale della cessione delle aziende facenti capo ad *imprese bancarie* (art. 58 ss. T.U.B.)[6] sarebbe applicabile anche alle cessioni d'azienda poste in essere nell'ambito della risoluzione delle "Quattro Banche"; e

(iv) la disciplina speciale in questione sarebbe incompatibile con la disciplina della responsabilità del cessionario per le passività del cedente, nell'ambito della disciplina di diritto comune (cioè l'art. 2560 cod. civ.). L'art. 58 T.U.B., secondo questa tesi, attribuirebbe alla

[6] Art. 58. Cessione di rapporti giuridici. *1. La Banca d'Italia emana istruzioni per la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Le istruzioni possono prevedere che le operazioni di maggiore rilevanza siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia. 2. La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità. 3. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti. 4. Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall'articolo 1264 del codice civile. 5. I creditori ceduti hanno facoltà, entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2, di esigere dal cedente o dal cessionario l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione. Trascorso il termine di tre mesi, il cessionario risponde in via esclusiva. 6. Coloro che sono parte dei contratti ceduti possono recedere dal contratto entro tre mesi dagli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità del cedente. 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla cessione in favore dei soggetti, diversi dalle banche, inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata ai sensi dell'art. 65 e 109 e in favore degli intermediari finanziari previsti dall'art. 106.*

cessione dell'azienda (bancaria) effetti diversi da quelli prodotti dalla cessione d'azienda di diritto comune, in quanto "*prevedendo il trasferimento delle passività al cessionario… e non la semplice aggiunta della responsabilità di quest'ultimo a quella del cedente*" derogherebbe "*alla norma di cui all'art. 2560 cod. civ., sulla quale*" prevarrebbe "*in virtù del principio di specialità*".[7]

In conseguenza di quanto sopra, non sarebbe applicabile il principio, contenuto nell'art. 2560 cod. civ., secondo il quale "*nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti* [quelli anteriori al trasferimento] *anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori*": ragione per la quale il cessionario di un'azienda bancaria risponderebbe delle passività del cedente anche *non* risultanti dai "*libri contabili obbligatori*", quali per esempio le sanzioni amministrative per gli illeciti compiuti dagli esponenti aziendali del cedente, nonché – ancora – *le azioni revocatorie (fallimentari) proponibili nei confronti di pagamenti ricevuti dal cedente* (ovvero atti di disposizione posti in essere in suo favore*) prima della cessione* – benché non ancora radicate a quel momento -.

4. *La soluzione affermata dal Tribunale di Ferrara*

Il Tribunale di Ferrara ha anzitutto ricordato che la cessione delle attività e passività di Carife allo "Ente–Ponte" appositamente costituito ha comportato che gli azionisti ed i creditori dell'ente sottoposto a risoluzione, come pure i terzi i cui diritti, attività e passività non sono stati oggetto di cessione, subissero l'estinzione di qualsiasi pretesa sui diritti, sulle attività e passività oggetto della cessione, così come previsto dall'art. 47, comma 7 d. lgs. n. 180 del 2015, che recita: "*salvo quanto è disposto dal Titolo VI, gli azionisti, i titolari di altre partecipazioni o i creditori dell'ente sottoposto a risoluzione e gli altri terzi i cui diritti, attività, o passività non sono oggetto di cessione, non possono esercitare pretese sui diritti, sulle attività o sulle passività oggetto della cessione e, nelle cessioni disciplinate dalle sottosezioni II e III, nei confronti dei membri degli organi di amministrazione e controllo o dell'alta dirigenza del cessionario".*

[7] Cass., n. 22199/2010

Conseguentemente il Tribunale ha osservato che al fine di affermare la sussistenza della legittimazione passiva del nuovo Ente per le pretese risarcitorie avanzate dagli azionisti parti civili, in relazione al fatto illecito ascritto agli imputati, si sarebbe dovuto ipotizzare che tali azioni risarcitorie non fossero ricomprese tra quelle per le quali opera il divieto di azione di cui all'art. 47 d. lgs. 180/2015 (con la conseguenza del trasferimento degli obblighi al nuovo intermediario, BPER Banca S.p.A., che, incorporando l'Ente–Ponte Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A., avrebbe acquisito anche le obbligazioni provenienti dai soggetti che ivi hanno operato in rapporto organico con il vecchio Ente).

Per valutare il fondamento di tale tesi il Tribunale ha ritenuto necessario procedere ad un approfondimento delle finalità della procedura di "risoluzione" bancaria. A tal proposito ha ritenuto di individuare come obiettivo della relativa disciplina "*una separazione, non solo patrimoniale, tra l'Ente sottoposto a risoluzione e l'Ente-Ponte, al fine di garantire una collocazione nel mercato di quest'ultimo; la disciplina relativa alla cessione delle passività è volta a tutelare il patrimonio del nuovo Ente attraverso strumenti straordinari quali l'azzeramento delle azioni ed obbligazioni subordinate finalizzato ad assicurare una copertura di parte delle perdite, la costituzione della società veicolo cui cedere le sofferenze, la previsione per cui il valore complessivo delle passività cedute all'ente ponte non possa superare il valore totale dei diritti e delle attività cedute*". [8]

Il Tribunale ha preso espressamente in considerazione alcune pronunce di merito in sede civile, secondo le quali, essendo previsto il trasferimento all'Ente-Ponte di tutti i diritti, tra essi andrebbero ricomprese anche le passività corrispondenti ad obblighi risarcitori dell'emittente derivanti da condotte antecedenti la cessione, in quanto non espressamente escluse dallo stesso: ma ha osservato che una tale prospettiva comporterebbe un'estensione della responsabilità dell'Ente-Ponte produttiva di effetti dannosi sul suo patrimonio, in

[8] A ciò il Tribunale ha aggiunto che, a garantire un equilibrio delle tutele, è stato comunque previsto per gli azionisti e obbligazionisti che le loro perdite non possano essere maggiori di quelle che gli stessi avrebbero subito ove l'Ente posto in risoluzione fosse liquidato (art. 22 d. lgs. 180/2015); e che la normativa successiva ha inoltre disciplinato un sistema di tutele speciali esteso a tutti i creditori coinvolti nella risoluzione.

chiaro contrasto con le finalità della procedura speciale di "risoluzione" e con il dettato dell'art. 47 d. lgs. n. 180/2015, "*il cui portato normativo verrebbe così in buona parte svuotato*". [9]

Il Tribunale, poi – e soprattutto – ha affermato che tale tesi *"si porrebbe in contrasto con la disciplina civilistica relativa al trasferimento di ramo d'azienda".*[10]

A tale proposito il Tribunale ha osservato che "*la norma di riferimento è quella dell'art. 2560 c.c. che prevede espressamente l'opponibilità al cessionario dell'azienda solo dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori (art. 2560, co. 2 c.c.)*"; ed ha precisato che "*il richiamo compiuto dal Pubblico Ministero dell'art. 58 T.U.B. non è pertinente in quanto la stessa disciplina del d. lgs. 180 del 2015 all'art. 47 co. 3 richiama l'applicabilità del 58 co. 3 T.U.B. e tale richiamo specifico non avrebbe senso ove si ritenesse che la norma del 58 T.U.B. fosse applicabile in toto"*. Ciò precisato, il Tribunale ha constatato come non fosse stato dimostrato che il debito risarcitorio nei confronti delle parti civili fosse stato iscritto come tale nei libri contabili obbligatori della banca Carife, o che vi fosse un fondo di rischi specificatamente a ciò dedicato: onde ha escluso che l'obbligazione risarcitoria facente capo al cedente (Carife) quale responsabile civile per i danni cagionati da reati ipotizzati a carico dei suoi dirigenti o dipendenti si sia trasferita in capo al cessionario (Ente-Ponte) o, meglio, gravi solidalmente anche in capo a questo *ex* art. 2560 comma 2 c.c.

Più in generale, il Tribunale ha concluso che "*il principio che si desume da tale normativa, che è applicabile anche al caso in esame, è quello per cui il trasferimento delle obbligazioni opera per quelle pretese accertate e conoscibili da parte dell'acquirente, tra le quali non*

[9] Trib. Milano, 8 novembre 2017, n. 11173, in tema di pretese risarcitorie per l'asserita violazione delle disposizioni sull'attività di prestazione di servizi di investimento.

[10] Circa l'applicabilità di tale disciplina anche alle operazioni di cessione delle aziende bancarie vanno richiamate due pronunce della giurisprudenza di merito in tal senso, proprio riguardanti la vicenda di CariFe (Trib. Napoli, 28 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*, in cui si afferma che "*il provvedimento del 22 novembre 2015 con cui la Banca d'Italia ha disposto la cessione di tutti i diritti, le attività e le passività di CARIFE S.p.A. a favore della Nuova Cassa di Risparmio S.p.A. configura un fenomeno di cessione d'azienda"*; e Trib. di Bologna, 15 giugno 2017, n. 1488, secondo cui "*tra Carife e la Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara è effettivamente intervenuto un trasferimento di azienda, seppure del tutto peculiare").*

possono essere comprese quelle derivanti da condotte personali illecite ascrivibili a soggetti incardinati nell'Ente incorporato e ancora in corso di accertamento".

5. *Le ragioni della condivisibilità della soluzione adottata: per le "Quattro Banche", ma anche per le "Due Banche" (Venete)*

Il problema interpretativo affrontato dal Tribunale di Ferrara va oltre il perimetro delle pretese vantate (non solo dagli azionisti e dagli obbligazionisti subordinati, ma in generale) dai creditori delle "Quattro Banche". Esso investe anche i creditori delle "Due Banche" (Venete), cioè la Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, assoggettate alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, seguita dalla cessione delle due aziende bancarie a Banca Intesa S.p.A. (d.–l. n. 99/2017); e più in generale i creditori delle banche, la cui crisi sia risolta (previa assoggettamento a "risoluzione"; ovvero a L.C.A.; ovvero ad Amministrazione Straordinaria) mediante la cessione dell'azienda bancaria ad un altro intermediario.

La soluzione alla quale è pervenuto il Tribunale di Ferrara deve essere condivisa, perché non sono convincenti gli argomenti addotti a sostegno della tesi contraria; e perché la soluzione proposta conduce a risultati oltre modo apprezzabili.

Sotto il primo punto di vista, si deve affermare anzitutto che l'art. 58 T.U.B. *non* deve ritenersi applicabile alle cessioni delle aziende bancarie facenti riferimento alle "Quattro Banche[11] - con la sola eccezione del comma 3, ove nella cessione siano previsti crediti[12] -.

L'art. 47, co. 3, d.lgs. n. 180/2015 – che detta "*disposizioni comuni alle cessioni*", comprese le "cessioni a un Ente-Ponte" (artt. 42 ss.) – afferma che "…*se la cessione ha ad oggetto un credito, si applica l'art.*

[11] Così come non è applicabile alle cessioni delle aziende bancarie delle "Due Banche" (Venete) e ad analoghe operazioni di dismissione: v. in argomento S. BONFATTI, *Crisi bancarie in Italia 2015 – 2017,* in *Rivista di Diritto Bancario,* aprile 2018.

[12] Nel qual caso "*i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti."*

58, co. 3, del Testo Unico Bancario": norma del tutto inutile (e per ciò inspiegabile) ove si dovesse ritenere che l'art. 58 T.U.B. si applichi *sempre e di per sé* (e tutto intero) alle cessioni delle aziende bancarie (anche) delle "Quattro Banche".

D'altro canto, ciò corrisponde esattamente a quanto disposto a proposito della cessione delle aziende bancarie delle "Due Banche" (Venete) - Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca -: secondo l'art. 3, co. 1, d.- l. n. 99/2017, "*alla cessione non si applica quanto previsto ai sensi degli artt. 58, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7…":* il chè equivale a dire (per l'appunto) che si applica soltanto il comma 3 (nel caso nel quale la cessione comprenda crediti).

Se l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2560 cod. civ. viene fondata sull'asserita applicabilità dell'art. 58 T.U.B. (e sulla ritenuta incompatibilità del principio di cui al comma 2 dell'art. 2560 cod. civ. con la predetta disposizione di diritto speciale bancario), una volta constatato che l'art. 58 T.U.B. non è applicabile (per quanto qui di interesse), nessun ostacolo si frappone più all'affermazione dell'applicabilità dell'art. 2560 cod. civ. anche alle operazioni di cessione delle aziende bancarie delle "Quattro Banche", e non solo: operazioni che rimangono disciplinate dalle norme sulla cessione delle aziende commerciali – come per l'appunto proprio *già affermato per la cessione dell'azienda bancaria della Cassa di Risparmio di Ferrara (CARIFE S.p.A.) all'Ente - Ponte Nuova CA.RI.FE. S.p.A. -*[13].

[13] Trib. Napoli, 28 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*. Secondo tale decisione, *"al contrario, sembra piuttosto sia possibile rilevare in detta ipotesi* [cessione o conferimento d'azienda bancaria] *un fenomeno di successione a titolo particolare ai sensi dell'art. 111 c.p.c.: il provvedimento della Banca d'Italia, difatti, ha prodotto un fenomeno di cessione d'azienda che, pur con conseguente trasferimento della gran parte dell'assetto patrimoniale dell'ente in liquidazione al cosiddetto ente ponte (ovvero Nuova Cassa di Risparmio S.p.A.), non ha potuto determinare, di per sé solo, l'estinzione della persona giuridica CARIFE S.p.A., che pertanto resta parte originaria del procedimento in corso; a sostegno di ciò, può richiamarsi già la disciplina generale del procedimento liquidativo delle spa (artt. 2484 ss. c.c.) in virtù della quale, durante la fase di liquidazione, la società non viene meno come soggetto giuridico ma semplicemente ne cambiano i rappresentanti, sostituendosi agli amministratori i liquidatori; in particolare, detta soluzione è stata adottata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza con riguardo tanto all'ipotesi di conferimento d'azienda ai sensi del d.l. 20 novembre 1990 n. 356, che determinerebbe, sul piano processuale, una successione particolare ex art. 111 c.p.c., restando in vita l'ente conferente (Cass. 28 luglio 1994, n. 7079), quanto proprio al caso della liquidazione*

6. *La disciplina di diritto comune della cessione d'azienda – artt. 2560 ss. cod. civ. – nel contesto della disciplina speciale della cessione dell'azienda bancaria ("in crisi") – artt. 58 ss. T.U.B.*

La soluzione favorevole ad escludere la responsabilità degli "Enti – Ponte" costituiti nell'ambito della procedura di "risoluzione" bancaria per le passività "occulte" della banca cedente soltanto, in virtù della ritenuta inapplicabilità dell'art. 58 T.U.B., non è pienamente soddisfacente.

Rimarrebbe priva delle necessarie tutele, infatti, ogni altra operazione di cessione dell'azienda bancaria, che non fosse posta in essere nel contesto di una procedura di "risoluzione".

Ad avviso di chi scrive la soluzione al problema (della corretta individuazione dei criteri funzionali ad individuare la responsabilità del cessionario di un'azienda bancaria) non passa attraverso la negazione – in casi determinati – dell'applicabilità dell'art. 58 T.U.B.: bensì attraverso il corretto coordinamento della disciplina di diritto speciale (bancario) con la disciplina di diritto comune (artt. 2560 ss. cod. civ.).

A ben vedere – infatti – non si può affermare che vi sia contraddizione, ovvero incompatibilità, tra le due discipline.

Il primo luogo, sarebbe certamente errato ritenere che nell'ambito della "risoluzione" delle banche non sia consentito procedere al trasferimento ad un soggetto terzo dell'azienda, facente capo alla banca dissestata, con lo strumento contrattuale della cessione di azienda.

A tale proposito bisogna considerare, in primo luogo, che:

(i) in generale, l'art. 58 T.U.B. menziona espressamente (anche) l'operazione di "*cessione d'azienda*";

---

coatta amministrativa di un Istituto di credito, in cui la cessione ad altra banca di diritti, aziende, attività e passività, rapporti giuridici ai sensi dell'art. 90, co. 2 T.U.B., pur comportando un trasferimento della titolarità di un insieme di posizioni attive o passive, o anche dell'intera azienda, non fa venire meno la banca cedente, ancora sottoposta al procedimento di liquidazione (Cass. 22 novembre 2003 n. 875), per cui anche qui troverà applicazione l'art. 111 c.p.c. e non l'art. 110 c.p.c.; medesima soluzione si presenta anche quando sia il legislatore a disporre il subentro di un ente ad un altro (Cass. S.U. 6 marzo 1997 n. 1989; Cass. 8 giugno 2007 n. 13386; Cass. 17 dicembre 1998 n. 12648)".

(ii) relativamente alle "Due Banche" (Venete), l'art 3, co. 1, d.l. n. 99/2017 prevede pure la possibilità per i Commissari liquidatori di "*cedere … l'azienda*";

(iii) relativamente alle "Quattro Banche", per un verso la disciplina relativa (art. 47 d. lgs. n. 180/2015) fa esplicito riferimento a norme (come il richiamo all'art. 2558 cod. civ.) che postulano per l'appunto una cessione d'azienda ("… *l'acquirente dell'azienda* …"); e per un altro verso, i provvedimenti dell'Autorità di Risoluzione hanno ripetutamente richiamato proprio l'operazione di "*cessione d'azienda*".[14]

Ciò premesso in termini generali, per ciò che concerne la fattispecie che qui in interessa direttamente (l'operazione della banca incorporante un "Ente – Ponte" costituito nel contesto di una procedura di "risoluzione" bancaria), occorre tenere presente che nei provvedimenti adottati in data 22 novembre 2015 nei confronti di ciascuna delle "Quattro Banche" sopra menzionate la Banca d'Italia ha disposto, sotto la Rubrica "*Cessione dell'azienda bancaria*", la cessione ai quattro Enti-Ponte *(inter alia)* dei "*giudizi attivi e passivi… in essere alla data di efficacia della cessione…, ai sensi degli artt. 43 e 47 del d.lgs. n. 180/2015…".*

Ciò ha espresso se mai *una restrizione* della responsabilità degli Enti-Ponte cessionari delle aziende delle "Quattro Banche" per le pretese nei confronti di queste ultime, derivanti da atti o fatti posti in essere antecedentemente alla cessione: poiché, non risultanti o anche risultanti dai libri contabili obbligatori che fossero, comunque non dovrebbero rientrare nel perimetro dei rapporti giuridici ceduti le obbligazioni connesse a "*giudizi passivi*" che *non* risultassero "*in essere alla data della efficacia della cessione*" (benchè, in ipotesi – ripetesi – pur risultanti dai libri contabili obbligatori).

In realtà l'art. 58 T.U.B. prima (e con esso l'art. 90, co. 2, T.U.B., nell'ambito delle L.C.A. bancarie), e gli art. 43 d. lgs. n. 180/2015 e 3 d.-l. n. 99/2017 poi, non hanno affatto inteso - con la adozione delle ampie formule descrittive delle modalità di liquidazione degli attivi

[14] Con provvedimento del 22 novembre 2015 la Banca d'Italia ha disposto "*la cessione di tutti i diritti, le attività e le passività costituenti l'azienda bancaria* [delle "Quattro Banche"] a favore degli Enti-Ponte", sotto la rubrica "*Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte*", precisando altresì nell'occasione "*restano escluse dalla cessione dell'azienda* ...".

bancari - escludere il ricorso all'operazione rappresentata dalla cessione dell'azienda (o di ramo d'azienda); bensì - al contrario - consentire il ricorso ad operazioni di dismissione diverse ed ulteriori, che non avrebbero potuto (né potrebbero tuttora) rientrare nella nozione civilistica di "azienda" (o di ramo d'azienda), ma di cui si voleva ugualmente consentire - e contemporaneamente disciplinare - l'utilizzo, come modalità di dismissione degli *asset* costituenti i patrimoni delle Aziende di credito. [15]

Ciò precisato, deve altresì essere affermato che la disciplina di diritto comune della cessione d'azienda *non può ritenersi interamente derogata dalle norme speciali di diritto bancario che si rendano applicabili alle cessioni di aziende bancarie*. La deroga riguarda bensì il carattere liberatorio o meno dell'operazione di dismissione per il cedente (dove nel diritto comune il cessionario gli *si affianca*, mentre nel diritto speciale bancario il cessionario gli *si sostituisce*): ma non c'è ragione (o comunque non c'è richiamo normativo utile allo scopo) per ritenere derogata anche *la disciplina della determinazione del perimetro* (dell'azienda ceduta, ovvero) dei rapporti nei quali il cessionario è obbligato a subentrare (accada ciò per affiancarsi al cedente come coobbligato solidale, ovvero sostituirglisi come unico obbligato finale). Non c'è ragione – in particolare – per affermare che le passività *non meritevoli di coinvolgere* la responsabilità del cessionario nell'operazione di cessione d'azienda di diritto comune (perché non conoscibili dallo stesso, in quanto non riflesse dai libri contabili obbligatori del cedente) diventino meritevoli di coinvolgere il cessionario nelle operazioni di diritto speciale bancario – dovendosi optare, semmai, per un approccio di segno contrario: e cioè curare maggiormente il "legittimo affidamento"[16] del cessionario *privo di regresso nei confronti del cedente* (come è il cessionario dell'azienda bancaria, sia la banca cedente "*in bonis*" – art. 58 T.U.B. -, ovvero assoggettata a L.C.A. – art. 90 T.U.B. -), rispetto al cessionario che per lo meno godrebbe del diritto di regresso verso il cedente (come è il

[15] Si pensi alla nozione di "*rapporti giuridici individuabili in blocco*", ideata per consentire – e disciplinare - operazioni di dismissione tipiche del mercato bancario, come ad es. la cessione di tutti i mutui ad una banca specializzata nel credito ipotecario; la cessione di tutti i prestiti personali ad una banca specializzata nel credito al consumo; eccetera.

[16] Cass., n. 5054/2017.

cessionario dell'azienda appartenente ad una impresa di diritto comune: art. 2560 cod. civ.).

7. *Segue. Precisazioni in merito agli effetti della cessione d'azienda (bancaria) ai sensi degli art. 2560 ss. cod. civ. (il caso delle azioni revocatorie contro atti posti in essere da, o verso la, banca ceduta)*

L'affermata applicabilità della disciplina di diritto comune della cessione d'azienda (artt. 2560 ss. cod. civ.) anche alla cessione di attività e passività dell'impresa bancaria "in crisi" – ferme restando le disposizioni speciali che fossero previste nella regolamentazione di settore – non esclude di per sé la discussione se le pretese risarcitorie derivanti da fatti illeciti degli esponenti o dei funzionari della banca cedente possano essere fatte valere contro la banca cessionaria (e, nei casi delle "Quattro Banche", contro gli Enti–Ponte, e per essi contro le due banche che li hanno incorporati).

Si tratta di interpretare correttamente i criteri in base ai quali il trasferimento dell'azienda (bancaria o non bancaria) comporta la responsabilità del cessionario per le passività derivanti da atti o fatti intervenuti precedentemente: ed una *interpretazione restrittiva* di tale fenomeno si impone, poiché, in caso contrario, non ci si dovrà sorprendere (né lamentare) se le imprese in crisi (bancarie o non bancarie) non saranno acquistate "in continuità aziendale" – con conseguente salvaguardia dei valori di avviamento, dei livelli occupazionali, delle strutture produttive -, bensì (forse) "con lo spezzatino", a serrande abbassate.

Questa conclusione dovrebbe oggi essere accettata senza riserve, dopo la presa di posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Con la decisione n. 5054 del 28 febbraio 2017 la Suprema Corte (a Sezioni Unite) ha affermato che è necessario adottare una interpretazione restrittiva del disposto degli artt. 2560 ss. cod. civ., in quanto "*si deve ricondurre la responsabilità dell'avente causa* [il cessionario d'azienda] *nell'alveo della evidenza diretta, risultante dai libri contabili obbligatori dell'impresa, a tutela del suo legittimo affidamento, essenziale per il corretto svolgimento della circolazione di beni di particolare rilievo commerciale*".

Tra le fattispecie che devono essere interessate da una interpretazione rigorosa della disciplina della cessione dell'azienda

(bancaria) si colloca a pieno titolo quella concernente la *responsabilità per azioni revocatorie rivolte contro pagamenti ricevuti dalle "Quattro Banche" risolte (o contro atti di disposizione posti in essere in loro favore) - di cui potrebbero essere chiamati a rispondere gli Enti-Ponte (e per essi le banche incorporanti)*[17] *-;* contro pagamenti (o atti) riferibili alle "Due Banche" (Venete); ed in generale contro atti o fatti intervenuti prima di una cessione di azienda bancaria, *ignorati dal soggetto cessionario al momento del perfezionamento della cessione della azienda.*

L'ipotesi di una responsabilità del cessionario ignaro dei fatti costituenti i presupposti dell'esercizio postumo di azioni revocatorie apre una prospettiva che deve essere considerata inaccettabile per ragioni di carattere particolare, e per ragioni di carattere generale.

Per un verso, cioè, perché *contraddittoria* con la disciplina con la quale si sono volute caratterizzare le operazioni funzionali a "*realizzare gli obiettivi della risoluzione"* delle "Quattro Banche"; e per l'altro, perché incoerenti rispetto alla disciplina di diritto comune della cessione d'azienda facente capo ad una impresa commerciale. [18]

---

[17] Come pure dovrebbe essere evocato il tema della responsabilità per le sanzioni amministrative comminate agli *ex* esponenti aziendali delle "Quattro Banche", considerata la responsabilità solidale delle [vecchie] aziende di credito.

[18] In argomento v. la già citata decisione di Cass., SS. UU., n. 5054/2017: *"sotto il primo profilo, la premessa maggiore del ragionamento sillogistico seguito dalla corte territoriale è che la legittimazione passiva in tema di azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto pagamenti eseguiti in favore di un imprenditore che abbia poi conferito la propria azienda in una società – ma il problema si porrebbe negli stessi termini in caso di cessione – vada riconosciuta alla stessa società conferitaria (o cessionaria) dell'azienda: essendo sufficiente, ai fini dell'insorgere della responsabilità solidale prevista dalla norma, la conoscibilità, tramite i libri contabili obbligatori, del precedente rapporto contrattuale intrattenuto dal dante causa con un imprenditore, divenuto poi insolvente alla data del pagamento: pur se il concreto debito restitutorio maturi solo all'esito dell'accoglimento della domanda di revoca, in epoca successiva al trasferimento aziendale (Cass., sez. 1, 28 luglio 2010, n. 17668).*

Tale tesi interpretativa non può essere seguita.

Essa, infatti, dilata a dismisura l'ambito di applicazione dell'art. 2560, secondo comma, cod. civ., includendo nella previsione di solidarietà obbligazioni non ancora venute alla luce, sulla sola base di un documentato fatto genetico mediato: e dunque, un mero rischio di sopravvenienza passiva, anziché un debito già maturato ed annotato nei libri contabili, come testualmente previsto dalla norma.

Sotto il primo punto di vista, si deve segnalare - *inter alia* -:

(i) come la Banca d'Italia, nelle vesti di Autorità di Risoluzione, abbia inteso "mantenere puliti" gli Enti-Ponte "*a valle*" – per così dire -, nel momento in cui ha previsto che la cessione dei crediti in sofferenza dagli Enti-Ponte alla società REV[19]: a) "*si intende avvenuta senza garanzia della solvenza dei debitori ceduti (cessione pro saluto) nonché, anche in deroga all'art. 1266 del codice civile, senza garanzie dell'esistenza (!), titolarità (!!), validità (!!!), opponibilità, esigibilità ed effettivo incasso dei crediti ceduti e delle garanzie che li assistono"*; e b) [comporta che] "*REV è impegnata e tenere indenne* [l'Ente-Ponte] *da ogni rischio e onere* (anche per costi di difesa) *nascente dai o relativi ai citati crediti in sofferenza e al contenzioso ed essi riferibile"*[20].

Ora non si comprenderebbe la preoccupazione di mantenere gli Enti-Ponte "puliti" *a valle*, se poi non ne fosse assicurata una corrispondente condizione "a monte" – cioè nei rapporti con le "Quattro Banche" titolari delle aziende bancarie cedute -; e

(ii) come la Banca d'Italia abbia dichiarato a più riprese[21] che "*per ciascuna delle "Quattro Banche" la parte "buona" è stata separata da quella "cattiva" del bilancio"; "alla "banca buona" o "banca ponte"… sono state conferite tutte le attività diverse dai prestiti in*

In contrario, si deve ricondurre la responsabilità dell'avente causa nell'alveo dell'evidenza diretta, risultante dai libri contabili obbligatori dell'impresa, a tutela del suo legittimo affidamento, essenziale per il corretto svolgimento della circolazione di beni di particolare rilievo commerciale.

La chiara dizione della rubrica (Debiti relativi all'azienda ceduta) e del testo dell'art. 2560 cod. civile non consente, infatti, di ritenere estensivamente inclusa nel trasferimento dell'azienda commerciale anche una situazione non già di debito, bensì di soggezione ad una successiva azione revocatoria promossa dal curatore del fallimento del solvens.

A questi rilievi – che valorizzano non solo il dato letterale della norma (parametro ermeneutico prioritario e poziore: art. 12 disposizioni sulla legge in generale), ma pure la ratio protettiva summenzionata – piuttosto che ad implicazioni legate alla natura costitutiva dell'azione, va ricondotto il principio di diritto testé enunciato".

[19] *Supra*, n. 3

[20] Ivi compresi, dunque, per quanto è dato di comprendere, *proprio* i possibili contenziosi per applicazione di tassi usurari; per applicazione di clausole anatocistiche; eccetera.

[21] Cfr. "Informazioni sulla soluzione delle crisi di Banco Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, CariChieti e Cassa di Risparmio di Ferrara", 22 novembre 2015.

sofferenza…"; "gli amministratori [degli Enti-Ponte] *hanno il preciso impegno di vendere la "banca buona"…; "le banche buone* (banche-*ponte) ne conservano* [delle banche risolte] *la stessa denominazione con l'aggettivo "Nuova" davanti…"*.

Ebbene, non si comprende davvero come potrebbe (a più riprese) definirsi "banca buona" quella che fosse destinataria di tutte le *passività occulte* dalle "Quattro Banche", anche *oltre i limiti* (del conosciuto e del conoscibile, nonché) *di quanto dispone l'art. 2560, co. 2, cod. civ.*.

Sotto un punto di vista generale, non si rinvengono ragioni per giustificare - e, quindi, per sostenere come opzione interpretativa – una visione delle cose che attribuisca al cessionario dell'azienda *bancaria* una minor tutela, rispetto al cessionario dell'azienda facente capo ad una impresa di diritto comune, *anche* sotto il profilo della estensione delle obbligazioni di cui dover rispondere, sino a ricomprendere quelle (non riflesse dai libri contabili dell'impresa cedente, e quindi) non conosciute né (ragionevolmente) conoscibili.

Il cessionario dell'azienda bancaria – come già detto – è collocato in una condizione deteriore rispetto al cessionario dell'azienda comune, in quanto il suo subentro nelle passività pregresse ha carattere liberatorio per il cedente, laddove in diritto comune originerebbe – salvo patto contrario – un diritto di regresso.

Ciò peraltro è facilmente spiegabile con l'esigenza, quando la banca cedente sia assoggettata ad una "procedura di crisi" (*cfr*. art. 90 l.fall.), di non lasciare esposta la procedura stessa a possibili pretese (di regresso) che ne impediscano o anche ne ritardino la chiusura.

Nessuna ragione giustificherebbe invece l'esposizione del cessionario al rischio di dovere rispondere di passività non conosciute (né ragionevolmente conoscibili): al contrario, ciò rappresenterebbe un ostacolo a perseguire la soluzione della crisi bancaria attraverso lo strumento della cessione dell'azienda "in funzionamento".

Trasportata sul terreno del diritto comune, la conclusione alla quale è pervenuta la giurisprudenza qui criticata equivale all'affermazione della responsabilità di chi avesse acquistato, dieci anni fa, l'azienda facente capo all' l'ILVA di Taranto, con riguardo alle pretese risarcitorie che venissero avanzate oggi da chi lamentasse danni da inquinamento delle falde acquifere per lo sversamento abusivo, prima della cessione dell'azienda, di residui di lavorazione radioattivi nelle reti fognarie.

Il diritto della crisi di impresa viaggia compatto e risoluto, ormai, a far tempo dalla riforma della legge fallimentare del 2005, nella direzione della salvaguardia dei valori insiti nella prosecuzione dell'attività imprenditoriale, favorendo le soluzioni incentrate sulla "continuità aziendale": si ritiene che tale obiettivo debba essere perseguito facendo tesoro dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione più volta ricordata[22], che ammonisce a *"ricondurre la responsabilità dell'avente causa* [in una operazione di cessione d'azienda] *nell'alveo della evidenza diretta, risultante dai libri contabili obbligatori dell'impresa* [cedente], *a tutela del suo legittimo affidamento…"*, piuttosto che affermandone la responsabilità per obbligazioni pregresse anche "occulte".

Non si può pensare di garantire il mantenimento della continuità aziendale delle imprese "malate", se non si assicura adeguatamente il soggetto chiamato a garantirla contro tutti i possibili rischi di "contagio".

[22] Cass., SS. UU. N. 5054/2017, *cit*.

LUCA SERAFINO LENTINI

Claims made fra ruolo sociale dell'impresa assicurativa e tutela del mercato: considerazioni di meritevolezza sistematica. Nota a Cassazione Civile, Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465.

1. *Fatti di causa e cronistoria delle clausole claims made*

Il 28 giugno 2002 le merci di proprietà della "Laboratori Piazza s.n.c.", custodite nel magazzino di una sua agente (la "Martignone s.n.c."), vengono danneggiate da una gru per l'edilizia operante nel cantiere adiacente ove opera la società "CEV S.p.A.". Nel 2003 la "Laboratori s.n.c." conviene avanti al Tribunale di Treviso entrambe le società; senonché la "CEV S.p.A.", negando la propria responsabilità, chiama in giudizio la società fabbricante della Gru, la quale chiede di essere mallevata dal proprio assicuratore della responsabilità civile (la "Allianz S.p.A.").

La società assicuratrice, tuttavia, si costituisce sostenendo di non essere tenuta alla malleva in virtù del fatto che entrambi i contratti di assicurazione stipulati contenevano una clausola in cui l'impresa si obbligava a tenere indenne l'assicurata per i soli danni rispetto ai quali il risarcimento fosse stato richiesto dal terzo durante il periodo di efficacia della polizza (cd. *claims made*). Il primo contratto aveva durata dal 1° gennaio 2001 al 31 dicembre 2002 (e prevedeva una franchigia di euro 4.547), la durata del secondo andava dal 1° gennaio 2003 al 1° gennaio 2004 (e prevedeva una ben più alta franchigia, fissata ad euro 150.000); avendo la società attrice presentato la richiesta risarcitoria nel 2003 opererebbe il secondo dei due contratti, con la conseguenza che nulla sarebbe dovuto all'assicurata in considerazione del fatto che la richiesta di risarcimento del terzo è ben inferiore alla franchigia.

Le doglianze della società attrice vengono accolte dal Tribunale di Treviso, che qualifica la clausola *claims made* vessatoria *ex* art. 1341 c.c.

La Corte d'Appello ribalta il giudizio di prime cure ritenendo che la *claims made* non fosse né nulla ai sensi dell'art. 1895 c.c., né vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., ma pienamente valida: la domanda di garanzia viene dunque rigettata.

La società assicurata ricorre in Cassazione, fondando il proprio ricorso sull'immeritevolezza in concreto della clausola *claims made* (e dunque sulla falsa applicazione degli artt. 1322 e 1917 c.c.), il che ci porta all'ordinanza di rinvio in commento, con la quale l'estensore chiede alle Sezioni Unite di pronunciarsi (nuovamente!) sulla validità delle clausole in parola[1].

L'ordinanza *de qua* aggiunge, dunque, un nuovo capitolo alla lunga e travagliata vicenda giurisprudenziale (e non) delle clausole *claims made*[2], ormai commensali abituali alla tavola del giudice di legittimità[3]. Come noto, sul punto sono già recentemente intervenute le stesse Sezioni Unite (n. 9140/2016)[4], le quali - dopo aver sciolto

[1] L'ordinanza, reperibile in *Foro It.*, 2018, I, 452, pone due principali profili problematici che concernono: a) l'individuazione di una nozione unitaria di sinistro e, segnatamente, la sussistenza della facoltà delle parti di determinare convenzionalmente il fatto che può ritenersi tale, b) la meritevolezza in concreto delle clausole claims made. In questa nota ci si concentrerà sul secondo dei due punti, con riferimento al primo *cfr*. P. CORRIAS, *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in *Riv. dir. banc*., dirittobancario.it, 33, 2018.

[2] Il modello di assicurazione della responsabilità civile previsto dal codice (cd. *loss occurrence)*, assai dispendioso per l'assicuratore, pare derogabile ai sensi dell'art. 1932 c.c.: la prassi ha, dunque, elaborato le clausole cd. *claims made*, per le quali la garanzia vale solo per le richieste di risarcimento inviate per la prima volta all'assicurato nel periodo di efficacia della polizza. Tali clausole possono prevedere la copertura assicurativa per il sol fatto che al momento in cui perviene la richiesta di risarcimento sia efficace il contratto (forma pura), oppure per il caso in cui tanto il sinistro quanto la richiesta risarcitoria si presentino nel periodo di vigenza della polizza (forma impura).

[3] Il primo approdo delle *claims* in Cassazione risale al 2005 (Cass. 5624/2005), *cfr*. L. LOCATELLI, *Clausole* claims made *e* loss occurrence *nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La Resp. Civ.,* 12, 2005, 1030. Le clausole in esame, prima dell'arresto a Sezioni Unite del maggio 2016 (su cui *infra*), sono state oggetto di numerosi dubbi circa la loro validità con riferimento al problema del rischio putativo (art. 1895 c.c.), della inderogabilità del modello legale (art. 1917 e 1932 c.c.), della decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) e della vessatorietà (art. 1341 c.c.), *cfr*., *ex multis*: Cass. 23741/2009, Cass. 8235/2010, Cass. 17783/2014, Cass. 3622/2014, Cass. 2872/2015; per una sintesi di tutti i problemi relativi alla clausola *cfr.* M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa* claims made: *origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv*., 3, 2017, 1031 ss.

[4] *Ex multis*: M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 5, 2016; R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite*

positivamente i dubbi circa la compatibilità della clausola rispetto ai problemi del rischio putativo (art. 1895 c.c.), derogabilità del modello legale (artt. 1917 e 1932 c.c.), decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) e vessatorietà (art. 1341 c.c.) - con una soluzione pilatesca, hanno dichiarato che le suddette clausole non sono nulle *sic et simpliciter*, ma dovranno essere valutate dal giudice del merito in ordine alla loro "meritevolezza in concreto", «con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete». La pronuncia ha inevitabilmente lasciato aperto il problema, rinviandolo ai giudici di prime cure, i quali hanno dovuto assumere il compito di stabilire i parametri in base ai quali una *claims made* può essere (im)meritevole di tutela e dunque salvata (o meno) nell'assetto di interessi divisato contrattualmente dalle parti. Come si avrà modo di specificare meglio nel proseguio, il giudizio di meritevolezza *case by case* ha portato la giurisprudenza, prima di merito e poi di legittimità, a dichiarare sistematicamente nulle le clausole in esame, valutandone, invero, aprioristicamente quasi sempre l'immeritevolezza[5].

In tale contesto di pregiudizio brevemente tratteggiato si iscrive la pronuncia in commento, portando però sul tavolo della discussione nuovi e importanti argomenti.

In primo luogo, si chiede di affermare che «nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c., ovvero nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.»[6].

---

sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta, in *Foro It.*, 6, 2016, 2026; A. GUARNIERI, *Le clausole* claims made *miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2016, 1238; P. CORRIAS, *La clausola* claims made *al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *BBTC*, 6, 2016, 1370.

[5] A distanza di circa un anno dalla pronuncia a Sezioni Unite sono intervenute due sentenze gemelle della III sez. (10506/2017 e 10509/2017), le cui motivazioni, che in gran parte richiamano quelle dell'ordinanza in commento (del resto la firma è la stessa), mostrano i pregiudizi nella valutazione di meritevolezza, *cfr.* L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole* claims made *di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *NGCC*, 10, 2017, 1377.

[6] Benché la sentenza affermi che «è del tutto irrilevante la circostanza che l'art. 1932 c.c., nell'elencare le norme inderogabili dalla volontà delle parti, non faccia cenno dell'art. 1917, comma primo, c.c.», giacché «di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per la semplice ragione che derogare all'art. 1917, comma primo, c.c., significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione

Il secondo quesito riguarda, nuovamente, il giudizio di meritevolezza: segnatamente si chiede (senza mezzi termini) di dichiarare le clausole *claims made* «sempre e comunque immeritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.».

L'approfondimento del secondo punto suscita alcune riflessioni: seppur in maniera breviloquente, infatti, si afferma che la scaturigine della forma di assicurazione *claims made* deriverebbe «dall'affermazione di *princìpi giuridici inconcepibili* nel nostro ordinamento». L'affermazione merita particolare attenzione, giacché si esplicita il quesito della compatibilità della clausola col sistema storico - normativo delle assicurazioni[7]. Gli è, infatti, che il problema delle *claims made*, al di là dell'importanza pratica, assume rilievo anche in prospettiva dogmatica, in quanto si presenta come banco di prova per la tenuta di alcuni princìpi di fondo del diritto assicurativo, specie alla luce delle recenti evoluzioni normative europee ed interne[8]. In altre parole, occorrerà capire se il principio mutualistico che sta alla base dell'assicurazione e che ha portato le recenti riforme ad intervenire con decisione sulla solvibilità delle imprese e sulla tutela del mercato non

della responsabilità civile», v'è da sottolineare che le predette SS.UU. avevano già affrontato il problema constatando, diversamente, che «sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intangibilità del modello codicistico si scontra contro il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 cod. civ., che tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 cod. civ. Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", deve pagare a un terzo». Ritenendosi sufficientemente chiara la posizione delle Sezioni Unite sul punto, il tema non verrà direttamente approfondito; ci si concentrerà, come anticipato, sul giudizio di meritevolezza.

[7] A ben vedere la problematica appariva, seppure sullo sfondo, anche nella pronuncia delle Sezioni Unite, ove: «si tratta a questo punto di verificare, alla stregua degli stimoli critici contenuti in ricorso e alla luce dei criteri innanzi in ordine al controllo, immanente nella funzione giudiziaria, della compatibilità del regolamento d'interessi in concreto realizzato dalle parti con i princìpi generali dell'ordinamento».

[8] Ci si riferisce alla Direttiva 2009/138 CE (*Solvency* II) e alla Direttiva 2016/97 UE (IDD); *cfr.* S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2016, 691; nonché ai recenti interventi in tema di responsabilità civile dell'avvocato e dell'esercente la professione sanitaria, su cui *infra*.

possa forse trovare espressione proprio nelle (osteggiate) clausole in esame.

L'analisi della sentenza, scomodando la compatibilità delle clausole coi princìpi giuridici dell'ordinamento assicurativo, richiede di ripercorrere brevemente il dibattito storico dottrinale sulla funzione dell'assicurazione e postula un previo bilanciamento di tutti gli interessi che vengono in gioco, attesa la peculiare natura del contratto assicurativo, intimamente connesso all'impresa.

2. *Lo speciale ruolo dell'impresa nel diritto assicurativo*

Nel diritto delle assicurazioni l'impresa si lega al contratto in una relazione affatto speciale, tanto che il problema dei termini del loro rapporto si è riproposto ciclicamente nel dibattito dottrinale.

Il tema venne portato per la prima volta all'attenzione degli autori grazie alle intuizioni di Cesare Vivante, al quale si deve la paternità della cd. «*teoria dell'impresa*»[9]. Il merito della tesi sta nell'adozione di un metodo (per l'epoca) assai innovativo, basato su una prospettiva di tipo storico-economico e non meramente tecnico. Il fallimento del primo mercato assicurativo era dovuto all'incapacità di calcolo dei rischi da parte dell'impresa: l'esercizio dell'attività assuntiva in forma «avventizia, isolata ed incontrollabile» non consentiva una vera assicurazione del rischio, che il dissesto dell'assicuratore si sarebbe ineluttabilmente riversato su tutti gli assicurati. La rivoluzione di Vivante sposta, dunque, l'organizzazione professionale d'impresa e il procedimento tecnico-attuariale al centro del sistema: solo attraverso la predisposizione del cd. «piano organico» l'impresa può calcolare efficacemente i rischi, predisporre riserve adeguate e svolgere la funzione sociale di protezione per la quale è nata[10]. La conseguenza in punto di diritto è che l'impresa penetra la causa del contratto, ne contamina la disciplina e ne diventa elemento essenziale. Il singolo

[9] C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, Milano, 1887, ID., *Trattato di Diritto Commerciale*, IV, Milano, 1929, 340; ID., *Del contratto di assicurazione, di pegno, di deposito nei magazzini generali*, Torino, 1936, Introduzione.

[10] Per un saggio sul ruolo "di sicurezza" svolto dall'assicurazione *cfr.* A. SAPORI, *Per la storia dei sentimenti. Divagazioni sulle Assicurazioni,* in *Assicurazioni*, 1958, I, 3; H. MÖLLER, *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1961, 386.

contratto non può essere considerato isolatamente, ma solo in quanto elemento di una massa omogenea.

La tesi viene accolta con entusiasmi e sensibilità diverse. Ciò che qui più preme sottolineare è che il rapporto fra impresa e contratto inizi ad essere studiato alla luce degli interessi coinvolti (*recte*: «interesse comune» che contraddistingue l'assicurazione)[11]. La predisposizione del piano organico e il principio di «buona guida dell'impresa» si pongono sì come regole dettate all'impresa, ma in funzione del vantaggio indiretto che ne possono trarre tutti gli assicurati, in questo senso si esplica la funzione sociale dell'assicurazione[12].

Seguitando nella medesima direzione, la prestazione dell'assicuratore assume un diverso significato nell'economia del sinallagma contrattuale[13]: l'impresa, al momento della stipulazione del contratto, assume nei confronti dell'assicurato l'obbligo *specifico* ed *autonomo* di attribuirgli il risultato della propria organizzazione quale corrispettivo del premio ricevuto: la specifica prestazione d'impresa (o «di sicurezza»), intesa quale autonomo obbligo di *facere*, si pone a garanzia di tutti coloro che entrano in contatto con l'assicuratore[14]. L'approccio, peraltro, non sfigura la natura aleatoria del contratto di assicurazione, il rischio diviene semplicemente un «rischio calcolato»[15].

---

[11] L. MOSSA, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicurazioni*, 1953, I, 148.

[12] *Cfr. amplius,* L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, I, 1942.

[13] L'inquadramento atomistico del contratto assicurativo portava gli autori ad individuare la prestazione dell'impresa ora nell'assunzione del rischio patrimoniale, ora nella copertura del danno eventuale a cui l'assicurato può andare incontro laddove si verifichi l'evento dedotto in contratto, al più relegando il rispetto delle regole tecniche nella formazione del premio come mera prestazione accessoria. Rispettivamente: V. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1939, I, 11; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1956.

[14] S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1959, VI, pp. 365 – 417; R. IPPOLITO, *Il sinallagma contrattuale nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm*., I, 1983, 512.

[15] A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964; P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza*), in *BBTC*, 3, 2015, 301. Per un corretto inquadramento del

Un attento studio dell'architettura normativa - tanto del codice civile, quanto del codice delle assicurazioni – conferma che l'impronta di Vivante ha trovato sicure conferme nel diritto positivo[16].

Il tema raggiunge un nuovo stadio di maturazione: la connotazione marcatamente pubblicistica del diritto assicurativo impone di studiare il rapporto fra impresa e contratto in relazione agli interessi tutelati dall'ordinamento[17]. La sinergia tra impresa e contratto si riflette direttamente sulla regolazione del mercato assicurativo. Così, in un periodo di forti turbolenze per i mercati finanziari, il legislatore comunitario, mutuando princìpi già noti nel settore bancario, interviene all'insegna della solvibilità dell'impresa con la direttiva *Solvency* II. Al fine di tutelare il sistema e proteggere gli assicurati occorre regolare l'attività d'impresa: vincoli funzionali, adeguati requisiti di capitalizzazione[18], requisiti di onorabilità e professionalità per la *governance*[19], valorizzazione della sana e prudente gestione, che diventa a tutti gli effetti regola di condotta[20].

La stabilità dell'impresa assicuratrice, prima garanzia per gli assicurati e aventi diritto alle prestazioni assicurative, è un valore che

concetto di alea, inteso in senso «giuridico» e non «meramente economico», R. NICOLÒ, (voce) *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1024, secondo il quale l'aleatorietà è data dal «mutamento della posizione giuridica» dei paciscenti, mutamento che dipende dall'evento rischioso esterno.

[16] Non può essere questa la sede per affrontare il tema, si pensi tuttavia alla stessa nozione tecnica di premio (art. 1882 c.c.), alle norme che ne impongono il pagamento anticipato in caso di dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892 – 1893 c.c.) o in caso di aggravamento del rischio (art. 1898 c.c.), alle norme in tema di pagamento anticipato (artt. 1901 e 1924 c.c.). Con riferimento al d. lgs. 209/2005 è importante considerare la nullità di protezione di cui all'art. 167 per il caso in cui l'impresa eserciti la propria attività senza autorizzazione, sul punto *cfr.* le condivisibili considerazioni sistematiche di O. CLARIZIA, *Contratto di assicurazione, impresa, mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2017, 1226.

[17] *Cfr. amplius*: F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978.

[18] L.F. MARINIELLO, *La solvibilità nelle imprese di assicurazione*, Padova, 1993.

[19] Con riferimento al bancario, *cfr.* L. PASSAMONTI, *Governance bancaria: la relazione fra vigilanza e disciplina del mercato*, in *Banca, impr. soc.*, 2003, 141; A. MINTO, *La governance bancaria fra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012. Le considerazioni sono sovrapponibili stante l'identità di disciplina con Basilea II.

[20] F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *BBTC*, 2, 2017, 131.

può riflettere i propri effetti positivi, a cascata, sugli assicurati e sul mercato intero.

3. *Il nuovo diritto privato regolatorio e la tutela degli interessi generali*

Parallelamente dev'essere considerata la nuova fisionomia del sistema normativo in genere e del diritto privato in particolare. Il codice civile - ridimensionato prima dall'avvento della Carta Costituzionale e, poi, dall'ipertrofia della legislazione speciale - perde la propria originale centralità sistematica[21]. La diaspora delle fonti stravolge la tecnica legislativa e le coordinate interpretative di riferimento[22]: sbiadiscono i caratteri della generalità e dell'astrattezza e le norme assumono la natura di obblighi di risultato (schiettamente politico)[23].

L'impatto del diritto comunitario è dirompente: l'attenzione si sposta sulla tutela della concorrenza e del mercato. La finalità della simulazione del meccanismo concorrenziale determina, tuttavia, il nascere di un processo di delegificazione: la preservazione dei meccanismi di mercato viene affidata alle Autorità amministrative indipendenti, dotate di pervasivi poteri regolamentari[24]. Il potere regolatorio delle Autorità indipendenti si inserisce nella piramide gerarchica delle fonti e si presenta come un atto amministrativo

[21] N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4 ed., Milano, 1999.

[22] G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006,25; P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ*., 1, 2010, 164.

[23] P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ*., 1, 2005, 1.

[24] V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO – ID. (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia*, Roma, 2006; F. SARTORI, *op. loc. cit.*, p. 136, «In questo contesto, i guardiani del nuovo ordine sono le Autorità indipendenti, il cui obiettivo è tutelare gli interessi pubblici e della collettività. Banca d'Italia, Consob, Ivass, sono dotate di incisivi poteri di vigilanza informativa, ispettiva e sanzionatoria. Ma soprattutto [...] di un potere di regolamentazione pervasivo che si estende a tutti gli aspetti dell'organizzazione e dell'attività dei soggetti vigilati: assetto strutturale, modalità di governo dell'impresa, sistemi di controllo dei rischi assunti, trasparenza delle condizioni negoziali e correttezza dei comportamenti.

sostitutivo di negozi privati[25], volto al soddisfacimento di interessi generali quali l'adeguata protezione degli assicurati e la stabilità del sistema dei mercati finanziari[26].

Il processo di affinamento tecnico e la natura sempre più teleologica del formante legislativo obbligano a riconsiderare il ruolo del contratto, ora intimamente legato al mercato[27]. Il contratto diviene strumento di regolazione del mercato, «un "affare tra privati" sempre meno "privato" e sempre più di "interesse generale"»[28], le nuove funzionalizzazioni contrattuali guardano ad obiettivi ulteriori rispetto a quelli delle parti, cercando una convergenza fra l'interesse individuale e l'interesse di sistema[29]. Rotte le maglie strette dell'individualismo, la cifra del nuovo «diritto privato regolatorio» diventa la ricerca dell'interesse sistemico e non più solo privato - individuale.

Tornano pertanto utili le considerazioni svolte sull'evoluzione della teoria di Vivante, giacché nel diritto delle assicurazioni gli interessi contrattualmente perseguiti di stabilità del mercato e di tutela degli assicurati passano per la disciplina dell'attività d'impresa. Il *need of protection* dell'assicurato è soddisfatto solo se, in una, questi riceva adeguate informazioni (regole di trasparenza) e abbia la garanzia della solvibilità dell'impresa (la sana e prudente gestione). La clausola di sana e prudente gestione assume una veste relazionale: il criterio da un lato indirizza l'esercizio dell'attività, dall'altro si pone come una regola

[25] G. CERIDONO, *Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia Costituzionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, 465.

[26] M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. Imp.*, 1, 2016.

[27] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 4, I, 2007, 379; H.W. MICKLITZ, *The visible hand of european regulatory private law*, in *Yearbook of European Law*, 28, 3, 2009.

[28] E. PICOZZA – V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 273.

[29] F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2009, 97. L' «obiettivo del legislatore è a questo punto oltre modo chiaro: nella prospettiva economica rimuovere l'asimmetria informativa evitando inefficienze di mercato; nella prospettiva giuridica eliminare una disuguaglianza sociale all'interno del contratto. [...] Efficienza ed equità non confliggono, ma diventano condizioni prenecessarie al fine di soddisfare un'utilità sociale, ovvero lo sviluppo necessario del mercato e financo la tutela del risparmio in tutte le sue forme».

che governa il rapporto fra le parti[30]. La regola di sana e prudente gestione è clausola pensata non tanto *per l'impresa*, quanto *per l'attività d'impresa*, cioè in funzione della massa degli assicurati. La *policy* di fondo del rivoluzionato impianto normativo è improntata alla protezione degli assicurati, ricercandola anche indirettamente, attraverso la previa salvaguardia dell'impresa.

4. *Funzione del giudicare e regolazione del diritto dell'economia: il problema delle claims*

Nel nuovo ordinamento multilivello la tutela degli interessi sistemici viene, dunque, affidata a strumenti di diritto privato come contratto e impresa, corpi un tempo estranei alla regolazione politica. Il polimorfico contesto delle fonti ha generato un senso di vuoto nell'interprete, quasi che le coordinate di riferimento fossero andate perdute. Il cambiamento è ancor più evidente nel mondo di banche, intermediari finanziari ed assicurazioni, dove i frenetici mutamenti del sostrato economico impongono una celerità di adeguamento non sempre propria alle lunghezze del formante legislativo[31].

La proliferazione e confusione normativa responsabilizza la magistratura, alla quale si richiede, nel diverso sistema delle fonti, di recuperare la razionalità del sistema, pur senza posporre gli interessi del caso concreto[32]. La rigidità del dato normativo-regolamentare viene, infatti, allentata grazie al ricorso alle clausole generali[33]. L'utilizzo di clausole elastiche restituisce al giudice un discreto spazio di manovra per trovare il bilanciamento fra i vari interessi che di volta in volta vengono in gioco. Riacquista importanza il «valere del diritto come valore» e si assiste a «due processi da un lato convergenti, dall'altro potenzialmente idonei ad innescare una reazione esplosiva: la progressiva diffusa tendenza a una sempre maggiore creazione giurisprudenziale del diritto e le difficoltà per il giudice di individuare

[30] *Cfr*. F. SARTORI, *Deviazione del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ*., 3, 2015, 569.

[31] A.A. DOLMETTA parla di «instabilità fisiologica», *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 351.

[32] P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008.

[33] F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale (...),* cit. p. 136.

punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le soluzioni interpretative»[34]. Proprio nel momento dell'applicazione concreta il giudicante ha il compito di tener conto della particolare funzione svolta dall'impresa nel diritto assicurativo e del ruolo di garanzia che la solvibilità della stessa svolge nei confronti degli assicurati e del mercato in genere. Sotto quest'aspetto le clausole *claims made* paiono un interessante banco di prova per valutare la consapevolezza del formante giurisprudenziale riguardo ai princìpi generali dettati dal legislatore.

Il diritto privato, *a fortiori* quello assicurativo, è dotato di natura costitutivamente "protettiva". Oggi è in parte mutato, però, l'oggetto della protezione: la logica microeconomica del codice civile (tutela degli incapaci, annullamento per vizi della volontà, rescissione per lesione, etc.) è stata sostituita dalla regolazione macroeconomica delle fonti europee (trasparenza contrattuale, obblighi di informazione, sana e prudente gestione, etc.)[35]. La differenza di prospettiva fatica a penetrare in seno alla magistratura, intenta a garantire protezione al singolo consumatore, ma in una logica individualistica, noncurante dell'indirizzo del formante legislativo, col quale registra gravi difficoltà comunicative.

5. *Critica all'ordinanza 1465/2018: compatibilità delle claims made rispetto ai recenti interventi legislativi*

L'interesse sistemico di stabilità del mercato non sembra raggiungibile attraverso un'adozione pura e semplice dello schema *loss occurred*. Il modello legale, come noto, presenta un non trascurabile inconveniente: esso espone l'impresa ai cd. danni lungolatenti, cioè quei particolari danni che emergono solo a distanza di svariati anni

[34] N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2009, 143; *cfr.* anche M. PENNASILICO, "*Menage a trois": la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.,* 1, 2016, 179; M. NUZZO, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2016, 966.

[35] Per intelligenti considerazioni sull'evoluzione della tutela offerta dal diritto privato, prima col codice civile e poi con le fonti comunitarie, *cfr.* C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, *Eur. e dir. priv*., 4, 2008, 831.

rispetto alla verificazione dell'evento, costringendo l'impresa i) a stimare il risarcimento sulla base di criteri valutativi non in uso al momento di tariffazione della polizza[36], ii) ad effettuare un calcolo con proiezioni statistico-attuariali molto più complesse e i cui errori ricadono sui bilanci futuri, iii) a restare esposto all'incognita *incurred but non reported* (IBRN)[37]. Ciascuno dei problemi potrebbe essere superato attraverso l'adozione del modello atipico[38].

Lo schema *"*a richiesta fatta", consentendo una migliore razionalizzazione dei rischi e, dunque, costituendo una garanzia maggiore per la preservazione delle riserve[39], non pare (ri)sostituibile con quello *loss occurred*.

Eppure, come prevedibile, gli interventi di merito successivi all'arresto delle Sezioni Unite si sono schierati frontalmente contro la meritevolezza delle clausole (specialmente con riferimento a quelle impure[40]) optando per una «tutela reale»*, i.e.*: una sostituzione pura e

[36] Acuisce il problema l'altalenante orientamento della giurisprudenza in tema di danni risarcibili e responsabilità civile, *cfr*. M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 7-8.

[37] Il problema è quello relativo ai sinistri avvenuti durante il periodo di vigenza della polizza *loss occurrence*, ma non denunciati dall'assicurato causa la lungolatenza del danno, «il che comporta l'impossibilità di consolidare il bilancio di polizza alla scadenza contrattuale per l'eventualità di denunce di sinistri tardivi e comporta anche una minore stabilità della riserva tecnica per sinistri avvenuti, ma non ancora denunciati alla data di chiusura dell'esercizio (prevista dall'art. 37 cod. ass.)», U. CARNEVALI, *La clausola* "claims made" *nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I contratti*, 8-9, 2016, 759. Per una più ampia analisi sui problemi del modello *loss occurrence cfr*. M. MAZZOLA, *Le clausole claims made al vaglio (…)*, cit.

[38] Non è pacifica in dottrina la natura tipica o atipica della clausola. Ritiene che il modello *claims made* sia sempre derogatorio rispetto al regime dell'art. 1917 c.c. G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, I, 2010, 3, *contra* G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la* claims made *dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. Civ. e Prev*., 4, 2017, 1401.

[39] F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass*., 2006, 804.

[40] Da ultimo *cfr*. Trib. Udine, sez. II 03/05/2017, n. 613, che utilizza il concetto di presunzione «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela quelle clausole claims made c.d. impure, particolarmente penalizzanti ed appunto oggetto di questo giudizio, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento [...] La motivazione della Corte legittima dunque in tale ipotesi un ragionamento di tipo presuntivo semplice

semplice del modello legale al modello *claims* (asseritamente) immeritevole[41]. L'atteggiamento dei giudici di merito si è rivelato pragmatico, volto unicamente ad eliminare l'*horror vacui* del «vuoto di copertura», senza considerare un possibile bilanciamento di interessi o tutela del sistema - mercato. La relazione fra impresa ed assicurato viene, tuttora, letta come un rapporto dualistico e conflittuale, senza che sembri possibile risalire all'interesse comune sottostante al rapporto assicurativo. L'(unico) interesse dell'assicurato pare essere ritenuto, incondizionatamente, la copertura da parte dell'impresa al momento di verificazione dell'evento, restando irrilevante il processo tecnico-attuariale necessario per poter garantire detta copertura. La giurisprudenza di merito spesso nemmeno sembra tenere in considerazione il meccanismo di tutela concretamente adottato nel contratto, tacciando sistematicamente di nullità per immeritevolezza la clausola in tutti quei casi in cui il rischio non è coperto e ciò senza valutare in alcun modo tutta una serie di altri elementi, quali ad esempio il fatto che il premio corrisposto a fronte di una copertura *claims made* è certamente inferiore, ciò che riporterebbe in equilibrio il sinallagma contrattuale, giustificando la causa della *claims*[42]. La *deep pocket*

(art. 2729 primo comma c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione».

[41] Per qualche nota critica sull'applicabilità di un meccanismo di tutela reale prospettato dalle Sezioni Unite *cfr*. G. FACCI, *Le clausole* claims made *ed i c.d. «*fatti noti*» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev*., 3, 2017, 767; ID. *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova Giur. Civ*., 11, 2016, 1523.

[42] V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle* claims made: *il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e Resp*., 10, 2016, 952; M. HAZAN, *La singolare vicenda delle "claims made", prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *ibidem*, 970, merita di essere segnalato sul punto Trib. Genova, 23-01-2012, *Assicurazioni*, I, 2012, 186, con nota di I. RIVA, ove una particolare *claims made* mista viene tacciata di nullità non *in re ipsa*, ma in quanto priva di causa, giacché la riduzione del periodo di copertura offerto non è «accompagnata da un diverso equilibrio sinallagmatico», quale ad es. «riduzione del premio, rinuncia al diritto di recesso, estensione della garanzia su altre basi, proroga generale del termine». La pronuncia sposta correttamente l'attenzione sull'equilibrio contrattuale, lasciando intendere che, di norma, l'assicurato può trarre anche vantaggi immediati dal singolo contratto con clausola *claims made*. Sostiene, opportunamente, che l'utilità delle *claims* si spiega (anche) in considerazione della riduzione del premio e dunque nel più facile accesso al mercato assicurativo (art. 47 Cost.) M. MAZZOLA,

dell'impresa determina una sorta di (comoda, ma forse ingiusta) presunzione di copertura del sinistro[43], il risultato pratico perseguito è sempre la malleva da parte dell'impresa.

L'ordinanza in commento si registra in piena sintonia con le pronunce di merito e con i precedenti di legittimità dello scorso anno, demolendo, con pragmatico riferimento al risultato, la *claim* nel giudizio in concreto.

Ricalcando la motivazione dei due recenti arresti a sezioni semplici si riduce a sistema il principio di meritevolezza ricordando che essa non ricorre allorquando un contratto a) attribuisca «ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra», b) ponga «una delle parti in una indeterminata soggezione rispetto all'altra», c) costringa «una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti» e ritenendo che la clausola non appaia «destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati». Secondo la Corte «l'immeritevolezza discenderà dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati».

Il giudizio di meritevolezza degli interessi (in teoria di *tutti* gli interessi) che avevano prospettato le Sezioni Unite viene *de facto*

La copertura assicurativa claims made: *origini (...), op. loc. cit*., «L'interesse dell'assicurato ad una copertura [eventualmente] ridotta pare dunque ampiamente giustificato […] da una drastica riduzione del premio, che nell'economia complessiva dell'operazione, gioca un ruolo decisivo: è il pagamento del premio che giustifica, sinallagmaticamente, la neutralizzazione del rischio», cit. p. 1050.

[43] In questo senso *cfr*. B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro. It.*, II, 9, 2017; il quale commentando una delle due pronunce gemelle (10506/2017) e anticipando ciò che viene affermato nell'ordinanza in commento, «L'odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni case by case. E quella che dovrebbe essere una valutazione casistica colpisce al cuore le clausole claims made, persino ove esse siano «pure» [...] tanto valeva allora dire che «tutte le clausole claims made sono immeritevoli, salvo che - ma l'ipotesi è di minore ricorrenza - non venga in rilievo il profilo della limitata retroattività», cit. p. 2723, *contra:* U. CARNEVALI, il quale ritiene che la conclusione «tombale» della sentenza sia circoscritta solo ad una particolare categoria di clausole, cioè a quelle incluse in polizza che coprono la responsabilità professionale sanitaria, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 4, 2017, 383.

scavalcato, traducendosi in una incondizionata copertura *ex post*, a fronte della quale, però, è stato pagato – ben meno solidaristicamente – un premio ben più basso[44].

Rispetto al precedente di legittimità il giudizio è questa volta *tranchant*: l'ordinanza, infatti, «auspica» che le Sezioni Unite stabiliscano che la clausola *claims made* «sia dichiarata immeritevole di tutela sempre e comunque». In buona sostanza, la valutazione di meritevolezza dovrebbe portare in ogni caso alla nullità della clausola, senza un'apparente valorizzazione del giudizio in concreto prospettato dalle Sezioni Unite e, in teoria, riservato al solo giudice di merito.

A livello argomentativo, come anticipato, suscita qualche perplessità l'affermazione relativa alla compatibilità della *claims* col nostro sistema giuridico, già presente in Cass. 10509/2017[45]. Al di là della larga diffusione pratica, controprova dell'insostenibilità economica del modello tradizionale, occorre chiedersi se il sistema delle assicurazioni non abbia ormai cambiato volto rispetto al passato, specialmente da un punto di vista di regolazione normativa. I brevi cenni compiuti con riferimento al dibattito sulla teoria dell'impresa e alla rivoluzione del sistema delle fonti, orientato ad una tutela del mercato assicurativo che postula una garanzia sulla solvibilità degli assicuratori, sembrano esaltare la funzione sociale dell'assicurazione *lato sensu* intesa. L'insistenza del legislatore comunitario sulla solvibilità delle imprese è disposta in funzione protettiva del mercato intero. Com'è stato detto, la *ratio* delle norme sull'esercizio dell'impresa assicurativa è

[44] Condivide lo scetticismo la nota a Cass. 10509/2017 di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro It.*, I, 6, 2017, «Questo modo di guardare le cose rivela un errore di prospettiva. Che consiste, a conti fatti, nel rimproverare alla clausola claims made di non operare come la previsione pattizia improntata al criterio di loss occurrence. Se, alle corte, il parametro valutativo implicito è quello testè evocato, l'esito negativo può darsi per scontato. La claims made fa un altro lavoro. Per meglio dire, fa lo stesso lavoro assicurativo, ma in modo diverso. E, allora, i "buchi di garanzia", intorno ai quali si è scatenata una sorta di caccia alle streghe, non possono essere ricostruiti in chiave statica, ossia in rapporto a ciò che una polizza dell'un tipo, sottoscritta per un dato lasso temporale, non copre rispetto a quella, di diverso lignaggio, sottoscritta per lo stesso periodo», *cit*. p. 1930, *cfr*. anche ID., *Code lunghe e "ostracismi giudiziali"*, in *Danno e Resp*., 4, 2017, 441.

[45] « La clausola claim's made è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è stato in passato, e resta ancora oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto».

«rappresentata non soltanto dalla tutela del singolo assicurato, ma anche e soprattutto dalla tutela della massa degli assicurati complessivamente considerata»[46], tutela che postula, proprio al fine di consentire il funzionamento del meccanismo assicurativo, la calcolabilità del verificarsi dei rischi e, conseguentemente, dei premi. L'atteggiamento dei giudici, dettato da esigenze di tutela del cliente assicurato, si rivela talora miope: per garantire copertura al singolo assicurato si sacrifica la solvibilità dell'impresa (e si comprime l'autonomia privata), quindi l'interesse di massa degli assicurati, presupposto dell'operazione assicurativa.

Non possono, infine, essere taciute alcune considerazioni con riferimento agli ultimi interventi normativi interni, i quali hanno enfatizzato la fase di prevenzione del rischio, prevedendo due forme di assicurazione obbligatoria in caso di responsabilità forense e responsabilità per l'esercizio della professione sanitaria. Come noto, infatti, dapprima l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 che definisce i requisiti minimi delle polizze di assicurazione obbligatorie per la responsabilità civile della professione di avvocato, poi l'art. 11 della cd. legge Gelli (n. 24/2017) sulla responsabilità civile delle «strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche o private» e degli «esercenti le professioni sanitarie», hanno introdotto due coperture assicurative basate sul modello *claims made*[47]. Sostanzialmente anche il legislatore interno, nel disciplinare due fondamentali settori della responsabilità civile, ha riconosciuto *iure posito* il modello *claims*, dimostrandone l'imprescindibilità (o quanto meno la non aprioristica illiceità), tanto che taluni sostengono che il patto non abbia più nemmeno carattere

[46] M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, Padova, 2011, 77.

[47] La norma in tema di responsabilità forense prevede una copertura assicurativa «per qualsiasi tipo di danno» e stabilisce che «l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale», sostanzialmente una copertura *claims made* pura; mentre la disposizione in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria: «la garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza […] deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura», in buona sostanza una clausola *claims made* impura.

atipico[48]. È opportuno chiarire che l'adozione della forma di assicurazione *claims made* (o simile, come quelle adottate) non può eliminare tutti i problemi[49], tant'è vero che il legislatore ha adeguato il modello in conformità delle ineliminabili esigenze di tutela del terzo danneggiato che contraddistinguono il settore della responsabilità civile prevedendo clausole di retro e ultrattività. Ciò che in questo contesto preme sottolineare è che un riconoscimento espresso del modello – seppure, si ripete, con alcuni correttivi – può fornire un importante ulteriore elemento sistematico per escludere che le clausole possano essere dichiarate, «sempre e comunque» immeritevoli di tutela, come l'ordinanza in commento postula[50].

[48] Alcuni autori ormai sostengono che il modello non potrebbe nemmeno più essere definito "atipico", ciò non solo in considerazione delle predette novelle legislative, ma anche sulla base del fatto che l'atipicità di un contratto sarebbe dettata dall'atipicità della causa, ciò che non accade con un contratto di assicurazione con clausola *claims made*, la cui causa resta, evidentemente, sussumibile all'interno del tipo assicurativo, *cfr.* G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli* (…), *op. loc. cit.*, «proprio perché è largamente diffusa in dottrina l'opinione secondo la quale "il tipo è per lo più definito per riferimento alla causa del contratto", coerentemente si ritiene che "il contratto atipico è dunque generalmente percepito come contratto avente una causa atipica, non sussumibile in alcuna" […] non si poteva dunque sostenere che la clausola, in quanto tale, influisse sulla causa del contratto, modificandola e così facendo trasmodare il contratto stesso nell'atipicità», cit. pp. 1402-1403. Portando alle estreme conseguenze il ragionamento si giungerebbe ad una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella prospettata dall'ordinanza in commento: sarebbe da escludere il giudizio di meritevolezza (non essendovi più un oggetto atipico da giudicare), e dunque le clausole sarebbero valide sempre e comunque.

[49] Per una ricostruzione di tutti i problemi che contraddistinguono il decreto sulla responsabilità civile degli avvocati *cfr.* M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contr. e Impr.*, 3, 2017, 989, il quale «non v'è dubbio che l'adeguamento ai dettami del decreto in commento imponga un profondo restyling dei modelli contrattuali attualmente in vigore. Non credo esista, infatti, allo stato sul mercato una polizza assicurativa per gli avvocati che preveda una garanzia postuma decennale […] né tantomeno una *claims made* pura senza limiti di retroattività. La dilatazione dei limiti temporali della copertura, unita all'impossibilità di servirsi di clausole ad oggi ricorrenti, come quella che prevede la facoltà di recesso dopo il sinistro o che limita l'indennizzo in caso di responsabilità solidale dell'assicurato, configurano un oggettivo ampliamento del rischio, cui farà inevitabilmente seguito un aggravio dei premi», cit. p. 1015.

[50] N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle* claims made: *nomofilachia o disorientamento?,* in *BBTC*, 6, 2017, 667, nota a Cass. 10506 e

Il dialogo tra i formanti, fra giudici ed economia, sembra soffrire ancora di alcuni problemi comunicativi, il che persisterà finché non si crederà che l'interesse del singolo assicurato può collimare con quello dell'impresa e che entrambi possono convergere in un unico interesse generale di mercato.

Da una tutela microeconomica (del singolo contratto) ad una macroeconomica (della massa di contratti): questa è l'impronta data dal legislatore, coerente con la tradizione di quel particolare diritto "di sicurezza" che è l'assicurativo. L'ordinanza, prospettando l'eliminazione *tout-court* della clausola, potrebbe arrecare conseguenze economicamente pericolose quali il significativo aumento dei premi e possibili crepe nelle strutture organizzative delle società di assicurazione, a scapito dei principi solidaristici (generali) e prudenziali che formano la base della tradizione e dei recenti interventi normativi.

10509/2017, «Al di là dei rilievi critici mossi, il trend normativo indicato mostra chiaramente la via per eliminare per il futuro ogni residua perplessità sulla validità o sulla efficacia delle clausole claims made: queste sono pienamente legittime e non suscettibili di valutazione di meritevolezza o di vessatorietà quando coprono tutti gli eventi generatori di danni passati, o almeno quelli degli ultimi dieci anni».