

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), THOMAS ULEN (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CAGLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO),
MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

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 ABBAIA 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.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

SOMMARIO

RAFFAELE DI RAIMO, Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari.....	171
CARMELA ROBUSTELLA, Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private.	185
ELISABETTA PIRAS, I prodotti della sanità integrativa.....	203
MARIA TERESA PARACAMPO, Dalle <i>regulatory sandboxes</i> al <i>network</i> dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea	219
MADDALENA SEMERARO, Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti	237
BRUNELLA RUSSO, Tecnologie digitali e tutela dei dati personali: quali possibili impatti sulla PSD2?	259

SOMMARIO

GIANLUCA ROMAGNOLI, La giurisdizione sui “regolamenti sanzionatori” di consob spetta al giudice amministrativo. nota a consiglio di stato, sez. vi, 26 febbraio 2019, n. 1355. 13

EDOARDO GROSSULE, Giudizio di meritevolezza dei contratti derivati *over the counter*. recenti sviluppi giurisprudenziali. 25

Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Notazioni preliminari.

SOMMARIO*: 1. Premessa. Consumatore e mercato prima e dopo la crisi. – 2. Il sovraindebitamento del consumatore . – 3. *Segue*. L'incapienza del consumatore «meritevole». – 4. la c.d. autotutela esecutiva. – 5. Il regime delle crisi bancarie. – 6. Osservazione conclusiva.

1. Premessa. Consumatore e mercato prima e dopo la crisi

Il rapporto tra consumatore e mercato, prima della crisi, era tarato sul c.d. atto di consumo, ossia sul paradigma dell'acquisto. Le discipline di tutela del consumatore regolavano contratti di acquisto variamente caratterizzati, narrando vicende che, tuttavia, sempre trovavano il proprio momento cruciale nella fase formativa del consenso. Ancora, l'atto di consumo era distinto dall'atto di risparmio. Punti di riferimento, l'uno e l'altro, di due differenti categorie, consumatore e risparmiatore, oggetto di discipline differenziate, costituenti due facce della dinamica del mercato in una economia efficiente, nella logica della sequenza ideale reddito – risparmio – consumo. Due facce, cioè, aventi il proprio fattore propulsivo nel reddito.

Non si parlava affatto, allora, di tutela del consumatore nella crisi d'impresa, né si parlava molto del consumatore debitore nel rapporto bancario. Il credito al consumo era marginale nelle economie delle famiglie, come pure lo era il mutuo se non nella prospettiva dell'accesso alla proprietà immobiliare, a lungo reputata la forma di risparmio maggiormente sicura.

La crisi d'inizio millennio ha riposizionato complessivamente il perimetro del rapporto tra persona e mercato collocandolo su un terreno nuovo e affatto differente, avente a epicentro l'incrocio tra tutela dei consumatori e stabilità del sistema bancario. Tutela dei consumatori,

* È il testo della relazione introduttiva al Convegno *Tutela del consumatore e profili evolutivi delle procedure concorsuali*, svoltosi presso il polo didattico di Terni dell'Università degli studi di Perugia ed è destinato al volume che raccoglierà i relativi atti a cura di Eugenio Llamas Pombo, Lorenzo Mezzasoma, Umberto Rana e Francesco Rizzo.

s'intende, non più come parte economicamente attiva, bensì come debitori. Entro questo perimetro si collocano significativamente tre tematiche di importanza primaria: due riguardano il consumatore debitore in quanto cliente finanziato da istituti di credito; la terza riguarda il consumatore creditore in quanto correntista o acquirente di prodotti finanziari emessi da Banche coinvolte in vicende di dissesto. Più specificamente: a) il sovraindebitamento del consumatore; b) la c.d. autotutela esecutiva ovvero i mezzi di escussione stragiudiziale rapida delle garanzie reali; c) il regime delle crisi bancarie. Tre tematiche che messe in fila costituiscono parti di un solo racconto: quello del sistema mercantile contemporaneo, fondato sulla istituzione di una nuova sequenza. Non più reddito – risparmio – consumo ma finanziamento – consumo – debito. Sequenza nuova originante in assenza di liquidità e perciò incline a prendere il verso del circuito vizioso, conducente al sovraindebitamento del consumatore, alla sua insolvenza e, potenzialmente, al dissesto dell'istituto finanziatore. Ancora, tre tematiche le quali riflettono una realtà estremamente dinamica, diremmo fluida, ricomposta da normative vigenti, da normative che attendono provvedimento attuativi, da deleghe legislative che attendono di essere adempiute, da proposte di normativa in procedimenti ancora non definiti.

2. Il sovraindebitamento del consumatore

Cominciamo, con buon ordine, dal sovraindebitamento del consumatore e, in particolare, dal procedimento di risoluzione della relativa crisi.

Va osservato in primo luogo che tale procedimento non è tanto (direttamente) strumentale alla soddisfazione del credito, quanto lo è alla ridefinizione della stessa situazione debitoria a monte. Esso dunque non opera sul piano della responsabilità. Non incide sulle regole del concorso ma di esso, ai fini della applicazione della disciplina della responsabilità patrimoniale, definisce l'antecedente.

Sono peraltro note le incertezze interpretative che accompagnano l'applicazione della disciplina vigente, concepita frettolosamente nel 2012. Ed è altresì noto che la proposta di decreto legislativo attuativa della legge delega per la riforma delle procedure concorsuali tocca i profili che si sono mostrati maggiormente problematici. Primo tra

questi, quello generalissimo dell'orientamento funzionale dell'istituto, nell'alternativa tra l'ispirazione marcatamente sociale già propria del modello francese – che guarda allo stato, alle condizioni di vita, alla dignità e al reddito della famiglia del consumatore – e l'ispirazione invece marcatamente mercantile propria dell'istituto del *discharge* di diritto anglosassone, che mira non già a tutelare il consumatore in quanto persona – non dunque a finalità qualificabili come sociali – ma a recuperarlo al ciclo mercantile, ove ve ne sia convenienza in ragione della sua prospettiva di reddito.

Le incertezze e le contraddizioni della prima giurisprudenza sono in grande parte determinate dalla mancanza, nella disciplina, di un'impronta chiara della scelta del legislatore nostrano nella definizione dell'equilibrio tra gli interessi del debitore e dei creditori istituzionali.

La proposta di decreto legislativo prospetta un modello connotato in modo tendenzialmente univoco. La direzione (tendenziale) appare quella «sociale» propria della esperienza francese. Ciò soprattutto in ragione di due elementi di novità.

Il primo e più importante è l'istituzione di un rapporto tra la responsabilità del consumatore per il proprio indebitamento e quella del finanziatore per la concessione del credito. Segnatamente, tale rapporto è attualmente soltanto, con grande sforzo, ricavabile dall'art. 9, comma 3, lett. a) della l. 27 gennaio 2012, n. 3, che richiede, tra gli allegati alla proposta del piano del consumatore, «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni». Elemento incidente in via diretta nella valutazione del giudice dell'omologazione del piano è qui soltanto la diligenza del consumatore, rispetto alla quale – è ovvio e sarebbe stato inutile esplicitarlo – può assumere valore affermativo o, viceversa, negativo la condotta dei creditori nella concessione di finanziamento. Diremmo, perciò, rilievo diretto della condotta del consumatore e soltanto riflesso ed eventuale di quella del concedente il finanziamento.

Non vi è insomma, nel sistema vigente, una regola che consenta di graduare la posizione dei creditori in ragione della loro responsabilità nella concessione del credito; graduazione – ossia possibilità di postergare tra i crediti, abbattendone massimamente l'entità, quelli dei finanziatori responsabili – che costituisce invece la testimonianza prima

dell'ispirazione sociale del modello francese consentendo un bilanciamento tra la meritevolezza delle posizioni di debito e di credito.

L'art. 68 dello schema di decreto legislativo – dopo aver sancito, al comma 2, lett. a), che la relazione dell'organismo di composizione della crisi, allegata alla proposta del piano del consumatore, deve contenere «l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni» – dispone, al comma 3, che la medesima relazione «deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». Il giudice dell'omologa tiene dunque conto in via diretta della meritevolezza dell'interesse del finanziatore.

Ancora, l'art. 69 dispone, al comma 1, che il «consumatore non può accedere alla procedura», tra le altre ragioni, se ha «determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode»; ma, a fronte di ciò, dispone al comma 2 che «Il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124 *bis* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore».

In definitiva, il nuovo schema ricomponi il quadro combinando alla autoreponsabilità del consumatore una autonoma responsabilità del suo finanziatore. In particolare, il menzionato comma 3 dell'art. 68 esprime un chiaro intento protettivo del consumatore, imponendo in capo al finanziatore un dovere di valutazione del merito di credito; dovere vieppiù precisato rispetto alla formulazione generica che di esso fornisce il Tub. Il combinato con la successiva disposizione dell'art. 69 delinea i presupposti per la qualificazione della condotta del finanziatore in termini di colpa rispetto all'indebitamento. E profila con ciò una significativa analogia con la situazione dell'intermediario finanziario ai sensi dell'art. 21 Tuf., alla quale è da più parti attribuita natura di ufficio di diritto privato.

Rispetto a siffatta disciplina, si prospetta peraltro ancora un notevole spazio discrezionale per il giudice, giacché restano impliciti i nessi tra inadempimento del dovere di valutazione del merito creditizio e

collocazione deteriore, all'interno del piano, del finanziatore inadempiente. Meglio sarebbe stato forse esplicitare tali nessi. V'è tuttavia che la medesima debolezza nel passaggio dal principio alle conseguenze della sua violazione caratterizza tutta l'ampia tematica della valutazione del merito creditizio. Sul punto, lo stesso legislatore europeo – che ha introdotto l'obbligo in capo agli istituti di credito con l'art. 8 della Direttiva 2008/48/CE – ha originariamente mancato di determinazione. La Corte di Giustizia ha offerto tuttavia buoni spunti nell'interpretazione di tale Direttiva come pure della successiva 17/2014, prospettando ipotesi di nullità in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo in parola. La disciplina italiana, infine, anche nel recepimento della direttiva 17 del 2014, la quale espressamente rappresenta come obbligatoria la valutazione del merito di credito da parte delle banche, si limita alla formalizzazione di tale l'obbligo, a mezzo degli artt. 120 *undecies* e 124 Tub, non predisponendo sanzioni per il suo inadempimento.

Si tratta insomma di un principio ancora affetto da debolezza, diremmo: ancora carente sotto il profilo dell'effettività. Anche soltanto la sua affermazione costituisce tuttavia un elemento estremamente rilevante sul piano concettuale con particolare riguardo alla generale qualificazione della natura del potere negoziale delle banche finanziatrici e conseguentemente della natura e del ruolo, come già poco sopra rilevato, delle medesime banche nel sistema creditizio in analogia con quello loro assegnato dall'art. 21 Tuf: uffici di diritto privato, titolari di una funzione di salvaguardia della stabilità del sistema e di tutela del risparmio in attuazione del dettato dell'art. 47 cost.

3. *Segue. L'incapienza del consumatore «meritevole»*

Secondo elemento di novità è l'istituto dell'incapienza, disciplinato dall'art. 283. Il debitore «meritevole» può essere esdebitato se dimostra di essere incapiente. Segnatamente: «il debitore meritevole che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità diretta o indiretta nemmeno in prospettiva futura può accedere alla esdebitazione solo una volta fatto salvo l'obbligo del pagamento del debito entro quattro anni e laddove sopravvengano utilità rilevanti che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento».

La figura è importante innanzitutto sotto il profilo concettuale, mostrandosi in grado di trasmettere senso altresì all'ipotesi dell'esdebitazione conseguente al piano del consumatore. Importante innanzitutto per l'impiego del criterio sintetico della meritevolezza. «Meritevole» è, all'evidenza, il consumatore quando: sia diligente nell'assumere le obbligazioni; sia incapace di adempiere le obbligazioni assunte per ragioni a lui non imputabili; non abbia compiuto atti pregiudizievoli per i creditori; non coltivi propositi fraudolenti presentando una documentazione incompleta o inattendibile. Questi elementi da sé appaiono sufficienti a una valutazione positiva da parte del giudice ai fini del decreto esdebitatorio.

V'è, tuttavia, che torna altresì in questo contesto la prescrizione all'organo di composizione della crisi di indicare «nella domanda, anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». Torna dunque una valutazione della condotta del finanziatore; la quale valutazione non può non incidere comparativamente, istaurando un bilanciamento tra i rispettivi interessi e giustificando – in caso di inadempimento dell'obbligo di valutare il merito creditizio – una maggiore elasticità nel giudizio della situazione del consumatore. In altre parole, sembra di poter affermare che, in caso di mancata valutazione del merito creditizio, il riconoscimento della meritevolezza del consumatore non segue più un giudizio assoluto bensì una valutazione di prevalenza: ciò che costituisce una decisa sottolineatura del profilo di socialità dell'istituto.

Scontato il requisito della meritevolezza, nella sostanza si tratta di una forma di esdebitazione basata sul bisogno; tecnicamente qualificabile alternativamente come inesigibilità, condizionata alla mancata sopravvenienza di utilità rilevanti nei successivi quattro anni, o come un procedimento estintivo a effetto remissorio (una sorta di remissione legale) ricomposto dalla fase dell'omologazione e dal fatto negativo dell'inutile decorso di un periodo di quattro anni.

Complessivamente indiscutibile la sua ispirazione sociale, per quanto sia certamente preferibile attendere l'esperienza di una prima applicazione per formarsi opinioni critiche, è possibile già *ictu oculi* – distinguendo tra l'ipotesi dell'intermediario che abbia assolto con

diligenza i suoi obblighi e quello che invece abbia operato abusivamente nella concessione del credito – sollevare un problema di ragionevolezza in ordine all'applicazione della disciplina alla prima. In particolare, occorre chiedersi, a maggior ragione in tempo di crisi, se e in quale misura si possa reputare giustificata l'allocazione delle conseguenze di un *default* finanziario in capo a una banca che non ne sia stata causa, considerando l'impatto potenziale di tale allocazione sugli interessi non necessariamente meno meritevoli di *shareholders* e *stakeholders* della medesima banca oltre al suo potenziale impatto sistemico.

4. *La c.d. autotutela esecutiva*

Seconda tematica: la c.d. autotutela esecutiva che, nello specifico del nostro contesto, condensa i mezzi di escussione stragiudiziale rapida delle garanzie reali

Non è nuova e non è per ciò stesso rappresentabile come caratteristica del contesto attuale la sensibilità del ceto creditizio rispetto ai tempi della giustizia e, in particolare, delle procedure esecutive. Non è nuova, ed è la ragione della forte spinta che, a far capo (almeno) dagli anni ottanta dello scorso secolo, ha orientato i sistemi verso forme di giustizia alternative: in primo luogo, quelli tradizionali come l'arbitrato irrituale e rituale; poi gli arbitrati c.d. amministrati; ancora, le ADR e le ODR; infine, le forme di paragiurisdizione e gli Arbitri in materia Bancaria, Finanziaria e (tra breve anche) assicurativa.

Le medesime problematiche sono da molti ravvisate come la ragione della diversa tendenza verso l'utilizzazione di strumenti che, non tanto costituiscano un'alternativa alla via giurisdizionale, quanto ne eliminano la necessità, quali in particolare il pegno non possessorio di cui all'art. 1 del decreto 59/2016, c.d. salva banche, il trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato di cui all'art. 2 del medesimo decreto, e i patti marciani dell'art. 120 quinquiesdecies TUB.

Senza mezzi termini: il contesto è radicalmente differente e la ragione del malfunzionamento del processo non è qui affatto conferente. La sua continua rievocazione esprime non altro che la pigrizia del pensiero giuridico o, talvolta, la sua avversità all'esercizio della critica. Altra è la ragione. Non già la ricerca di mezzi alternativi di risoluzione delle controversie ma la conformazione delle situazioni

di credito talsì da attribuire al creditore l'accesso diretto, senza intermediazioni, a una fonte di liquidità; conformazione che riconduce le figure in parola ad altre da più tempo note, di natura eterogenea – dal mandato irrevocabile all'incasso alle forme varie dei contratti articolati sulla base di vendite con riserva di proprietà – espressive della tendenza a dotare il credito di strumenti di soddisfazione di carattere dominicale, di principio estranei al meccanismo attuativo del rapporto obbligatorio per come delineato dal codice civile. Ebbene, tale tendenza – rimasta per lungo tempo confinata, con le menzionate figure, nel territorio delle prassi dei rapporti tra imprese – ha assunto dimensioni estremamente rilevanti a nel contesto attuale, connotato dall'emergenza a livello sistemico del problema dei crediti in sofferenza.

Per dirla in altri termini, il meccanismo in sé della garanzia anche quando qualificabile come reale non assicura – specie in tempo di crisi, e di crisi di liquidità – un'efficienza adeguata alla necessità di stabilità e di vitalità del mercato del credito. Se, dunque, la ricerca di forme di garanzia assistite da prerogative proprietarie è stata per lungo tempo espressione dell'interesse del ceto creditorio al controllo diretto di una fonte di liquidità alla quale attingere senza intermediazioni, la nuova figura di pegno non possessorio e i nuovi marciali testimoniano dell'assunzione del medesimo interesse a livello di sistema, a salvaguardia della stabilità degli operatori istituzionali.

In definitiva, non parliamo di mezzi di reazione alla lungaggine dei processi, disponibili per i singoli operatori in relazione a singoli rapporti, ma di strumenti di mitigazione del rischio sistemico determinato dall'eccessivo accumulo di crediti in sofferenza nei bilanci delle banche. Il contesto è quello della costruzione di un efficiente e stabile mercato comune europeo del credito e, a fronte di questa, della gestione dei NPLs (*Non Performing Loans*). Massima espressione se ne trova, non a caso, nei progetti di disciplina europei seguiti al Libro verde della Commissione Europea del 18 febbraio 2015, «Costruire un'Unione dei mercati dei capitali», dove è affermato il ruolo delle garanzie reali quale «anello essenziale del sistema finanziario», ed è sottolineato che la «limitata fluidità di tali garanzie in tutta l'UE attualmente impedisce ai mercati di essere efficienti» e alle Comunicazioni della Commissione «sul completamento dell'Unione bancaria» dell'11 ottobre 2017 e «Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa:

tabella di marcia», a mezzo delle quali è delineato il percorso in tutte le sue principali componenti. Tra esse, la realizzazione di mercati secondari dei crediti deteriorati ben sviluppati è poi affidata alla proposta di Direttiva 2018/0063 del 14.3.2018, «relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali». Ebbene, tra gli obiettivi espressi della proposta vi è quello di «rafforzare la capacità dei creditori garantiti di recuperare più rapidamente il valore dalle garanzie tramite procedure di escussione extragiudiziali», là dove i «creditori dovrebbero essi stessi poter eseguire i contratti di credito e recuperare gli importi dovuti o poter affidare tale recupero a un'altra persona che fornisce tali servizi nell'ambito di un'attività professionale».

A più riprese e in diverso modo ne sono illustrate le ragioni specifiche: l'introduzione «dell'escussione extragiudiziale accelerata quale meccanismo rapido per il recupero del valore delle garanzie reali ridurrebbe i costi per la risoluzione dei crediti deteriorati e sosterebbe quindi sia gli enti creditizi che gli acquirenti di crediti deteriorati nel recupero del valore» (sesto considerando); la «riduzione dei tempi per l'escussione e l'aumento dei tassi di recupero che si prevede di ottenere con l'escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie aumentano il valore dei crediti deteriorati. Di conseguenza dovrebbero aumentare i prezzi in denaro per le operazioni in crediti deteriorati». Ancora, con il 5° e 6° considerando «un mercato secondario dei crediti deteriorati più liquido e che funziona meglio gli investitori dimostrerebbero un maggiore interesse per i crediti deteriorati che prevedono l'escussione accelerata, e gli enti creditizi sarebbero maggiormente incentivati a prevedere l'escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie al momento dell'emissione di nuovi prestiti» (settimo considerando).

La disciplina comprende sia i crediti *in bonis* che quelli deteriorati. Il meccanismo, delineato nella prospettiva di un livello minimo di armonizzazione, prevede obbligatoriamente la possibilità di vendita del bene oggetto di garanzia da parte del creditore ma contempla anche la possibilità di appropriazione condizionata alla previsione dell'obbligo di retrocessione al debitore della eventuale differenza tra valore del bene e debito.

Analoghe indicazioni in ordine al rilievo sistemico delle procedure extragiudiziali si trovano infine nella relazione alla proposta di regolamento del 14 marzo 2018 «che modifica il regolamento (UE) n.

575/2013 per quanto riguarda la copertura minima delle perdite sulle esposizioni deteriorate».

In via generale, è prospettabile – ed è nitidamente riflesso nelle proposte testé riportate – un mutamento di ruolo anche tecnico dell’obbligazione nella dinamica della circolazione della ricchezza. Seppure circoscritte sotto il profilo soggettivo, in quanto riservate ai rapporti tra creditori professionali e imprese, queste discipline sono destinate a regolare con omogeneità un vasto mercato. Le ipotesi di autotutela esecutiva da essa dedotte non si possono perciò reputare eccezionali e sembra invece che rispondano a un comune principio generale. Esse costituiscono la risposta a un problema costituente la conseguenza sul piano sistemico di una mutazione che pienamente investe i rapporti di consumo. Risposta impegnativa per gli equilibri dei sistemi giuridici ai quali è destinata, ma perfettamente armonica rispetto ad un tessuto economico-sociale profondamente mutato nella sua struttura, ove spicca, esattamente, il ruolo rivestito dai rapporti di credito nel mercato anche dei beni di prima necessità ed è possibile dire che il motore dei mercati, che nello scorso millennio era il reddito, è divenuto il debito.

5. Il regime delle crisi bancarie Terza e ultima tematica è quella delle crisi bancarie

Guardata per un verso, costituisce l’epilogo delle prime due ed è perciò strettamente connessa alla tematica del debito del consumatore in quanto fruitore di credito per consumare. Per altri versi, essa coinvolge però il consumatore nell’altra, differente veste di risparmiatore. Non si tratta, in questa prospettiva, di debito ma di credito dei consumatori nei confronti di banche in dissesto: di quello che è stato definito «risparmio tradito». La storia è lunga, poiché la linea delle vicende di crisi non inizia certo con le due più recenti e più note. È possibile tuttavia, in questa sede, trascurare i precedenti, dedicando qualche osservazione esclusivamente a queste ultime.

L’una e l’altra, quella c.d. delle quattro banche e quella delle banche venete hanno avuto luogo dopo la comunicazione, del 2013, della Commissione europea sugli aiuti di Stato in materia bancaria che ha inibito gli interventi qualificabili come pubblici. Quella delle quattro banche ha preceduto di pochi mesi, quella delle venete ha seguito la

vigenza del nuovo sistema europeo facente capo alla direttiva BRRD; sistema che – coerentemente con la generale logica di privatizzazione, liberalizzazione e apertura dei mercati corrispondente alla linea fondamentale della politica economica Unione Europea – emargina gli Stati dalle vicende di dissesto e vi coinvolge invece – a mente del principio c.d. della condivisione degli oneri – in prima battuta gli azionisti e gli obbligazionisti subordinati e successivamente tutti gli altri *stakeholders* delle banche coinvolte, facendo salvi i correntisti soltanto sotto il tetto di centomila euro.

Nel caso delle quattro banche, è stata revocata l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria azzerando la passività costituita dal capitale e dalle obbligazioni subordinate, è stata poi venduta l'attività a enti ponte, isolando, però, e cedendo a *bad banks* i rapporti in sofferenza. Il D.l. 22 novembre 2015, che ha regolato la procedura, non dispone in merito alla sorte delle pretese di natura risarcitoria o restitutoria avanzate dai consumatori in ragione della eventuale scorrettezza della condotta delle banche nella collocazione di azioni e obbligazioni subordinate. La giurisprudenza ha accordato loro tutela riconoscendo la legittimazione passiva delle banche ponte attraverso l'applicazione, anziché dell'art. 2560 c.c. sul trasferimento di azienda – che avrebbe comportato la reiezione delle domande perché si trattava di debiti non in bilancio e non conosciuti quindi dall'acquirente al momento del trasferimento –, dell'art. 58 Tub in quanto *lex specialis*.

Quest'orientamento è stato oggetto di critica anche vivace in dottrina, sulla base di una ravvisata violazione dell'affidamento della banca acquirente. Del resto, ragione fondante della disciplina generale dell'art. 2560 c.c. è certamente la tutela dell'affidamento dell'acquirente dell'azienda. Sembra tuttavia che, in via generale, si possa dire che la specialità dell'art. 58 si fonda, da sua parte, su un diverso bilanciamento degli interessi coinvolti. A questo, sembra di dover aggiungere che, nel caso di specie, gli enti acquirenti sono stati costituiti in seno alla medesima operazione, esattamente per acquistare i rapporti in oggetto (tutti, senza ulteriori esclusioni da parte del decreto fuori da quelli costituenti crediti in sofferenza ceduti alla *bad bank*): se pure la prospettazione di una situazione di affidamento in capo a tali enti potesse non essere reputata una forzatura, dovrebbe comunque essere reputata tale l'affermazione della sua prevalenza rispetto agli interessi di creditori il cui titolo si fonda su vicende precedenti.

Restano comunque escluse dalla tutela le posizioni degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati in quanto tali. Rispetto a questi ultimi è stato istituito un fondo di ristoro con la L. 208/2015. Non volendo entrare nei dettagli tecnici inerenti alle modalità per l'accesso a tale fondo, v'è da dire, da un lato, che il ristoro ottenibile è comunque parziale e che, dall'altro lato, un meccanismo che comporti la socializzazione delle perdite, ovvero la loro riallocazione sulla fiscalità generale, per quanto assolutamente desiderabile e per molti versi irrinunciabile dovrebbe tuttavia essere parte di un disegno complessivo acciò coerente, quale non sembra che voglia essere quello del nuovo sistema europeo.

Ultimo cenno deve essere riservato alla vicenda delle Banche Venete. Diversamente rispetto al caso precedente, con il D.l. 99/17 – regolante la procedura di liquidazione coatta amministrativa delle due banche venete – è stata qui espressamente esclusa la responsabilità della banca acquirente (che in questo caso non è stata costituita per l'operazione, ma è una grande banca), lasciando, tra l'altro, anche il contenzioso sulle azioni e sulle obbligazioni subordinate alla liquidazione coatta amministrativa, per definizione incapiente.

Decisamente diversa e più complessa questa vicenda, anche in ragione dell'intervento finanziario diretto dello Stato, consentito della Commissione europea in ragione del rilevante impatto della crisi, dovuto alle maggiori dimensioni delle banche coinvolte. Non profilabile tuttavia l'incostituzionalità del menzionato D.l., pur da molte parti invocata, giacché esso è il frutto del bilanciamento tra situazioni differenti facenti capo a interessi chiaramente differenziabili. Comunque, una prospettiva almeno parziale di socializzazione delle perdite – con specifico riguardo al contenzioso connesso alla negoziazione dei titoli esclusi dalla cessione alla banca ponte – è stata aperta anche in questo caso, con l'istituzione di un fondo di ristoro operata dalla L. 205/207 (significativamente implementata dalla L. 108/2018).

6. Osservazione conclusiva

Concludiamo in due battute.

Il rapporto tra consumatore e mercato, prima della crisi, era tarato sul c.d. atto di consumo, ossia sul paradigma dell'acquisto. La crisi

d'inizio millennio ha riposizionato complessivamente il suo perimetro collocandolo su un terreno nuovo e affatto differente, avente a epicentro l'incrocio tra tutela dei consumatori e stabilità del sistema bancario.

Come si diceva, le vicende da ultime menzionate – quelle delle crisi bancarie – costituiscono l'epilogo di una narrazione che inizia con il sovraindebitamento di consumatori che ricorrono al finanziamento in ragione di un fisiologico squilibrio tra il loro reddito e la loro spesa corrente, entrando in un circuito dove il reddito è assorbito dal debito contratto a fronte dell'uso di beni o della fruizione di servizi e sempre meno si traduce nella proprietà di beni dal valore durevole nel tempo, riguardabili in termini di risparmio. Nel bilanciamento degli interessi e nelle scelte politiche finali, inerenti alla riallocazione di perdite talvolta estremamente rilevanti sul piano sistemico, occorre perciò tenere presente che si tratta del punto di ricongiungimento del termine del filo al suo capo: che del bilanciamento è parte la virtuale contrapposizione tra l'interesse del semplice contribuente, semmai debitore in quanto destinatario di erogazione di finanziamento e, in quanto tale, privo di paraurti finanziari e quello del cliente investitore, per definizione dotato di un capitale di risparmio, quale che ne sia l'entità e (ancora) dotato perciò di un *surplus* nel proprio bilancio personale e familiare.

Il bilanciamento non è agevole e, anzi, risulta allo stato particolarmente disagevole poiché gli equilibri del sistema sono ancora incompiuti ed esprimono una contraddizione di fondo. Certamente rileva ciò, che il progetto del quale oggi si vedono chiaramente le linee nasce ben prima della crisi – con la privatizzazione e la successiva despecializzazione degli istituti di credito – per portare a compimento l'edificazione di un sistema bancario e finanziario d'ispirazione marcatamente liberista. È un progetto che in quella prospettiva aveva coerenza ma che, dopo la crisi, sicuramente urta con discipline ispirate alla garanzia di condizioni di vita dignitose quali si avviano a essere, tra le altre, quelle del sovraindebitamento e dell'incapienza del consumatore. Infine, è un progetto che oggi deve essere sì guardato nella prospettiva della coerenza, ma con il coraggio di misurarne gli antecedenti e di ripensarli ove – in quanto propri di un momento nel quale l'economia e le necessità reali erano completamente diverse – si rivelino troppo distanti dal contesto socio economico.

Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private.

SOMMARIO: 1. La legge n. 124/2017 e le modifiche apportate agli artt. 138 e 139 cod. ass.; - 2. I criteri di liquidazione del danno biologico introdotti dagli artt. 138 e 139 nel codice delle assicurazioni private: l'angolo visuale del legislatore del 2005; - 3. Le modifiche normative sull'art. 138 cod. ass.: considerazioni critiche

1. La legge n. 124/2017 e le modifiche apportate agli artt. 138 e 139 cod. ass

Con la legge di stabilità n. 124 dell'agosto 2017¹ il legislatore modifica gli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, apportando innumerevoli novità alle due norme che stabiliscono legislativamente i criteri di liquidazione del danno alla persona causati da sinistri stradali, oggi estesi anche ai danni conseguenti all'attività dell'esercente la professione sanitaria.

Le principali novità introdotte nell'art. 138 cod. ass. riguardano:

la ridenominazione della rubrica della disposizione, riferita non più al "danno biologico", ma al più generale "danno non patrimoniale" derivante da lesioni con postumi di non lieve entità;

la ridefinizione degli obiettivi principali dell'art. 138, consistenti nel garantire alla vittima della strada e di malasanità "un pieno risarcimento del danno non patrimoniale" e, al tempo stesso, una razionalizzazione dei "costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori"

l'individuazione dei criteri ai quali il Governo dovrà attenersi nella predisposizione della Tabella Unica Nazionale per le macropersistenti, che non potranno discostarsi da quelli ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità;

la previsione dell'autonoma risarcibilità del danno morale che dovrà consistere in una "quota del danno biologico ... incrementata in via percentuale e progressiva per punto".

¹ Dopo un lungo *iter* parlamentare, la legge 4 agosto 2017, n. 124 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale numero 189 del 14 agosto 2017 ed è entrata in vigore il 29 agosto 2017.

la precisazione, contenuta nel nuovo comma quattro, che «l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del danno conseguente alle lesioni fisiche»

Le modifiche che hanno riguardato l'art. 139 cod. ass., invece, riguardano:

la ridenominazione della rubrica della disposizione, oggi riferita non più al danno biologico, ma al più generale danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità

la precisazione, contenuta nel secondo comma della norma, delle condizioni che devono necessariamente sussistere per poter chiedere e ottenere il risarcimento del danno, ossia che la lesione di lieve entità sia suscettibile di accertamento clinico strumentale obiettivo «ovvero visivo, con riferimento alle lesioni, quali le cicatrici, oggettivamente riscontrabili senza l'ausilio di strumentazioni.»²

l'integrale rivisitazione del terzo comma della norma, in cui si apportano due significative precisazioni: la prima, che l'ammontare del risarcimento può essere aumentato fino al 20% con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato «qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico relazionali personali documentati e obiettivamente accertati ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità»; la seconda, che «l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a lesioni fisiche».

Il legislatore della riforma interviene, dunque, sul codice delle assicurazioni apportando modifiche significative che hanno suscitato nei primi commentatori già vivaci critiche³.

² La riforma sana il dissidio interpretativo originato dal terzo e quarto comma dell'art. 32, l. n. 27/12, precisando che la *ratio legis* della norma non consiste nel creare la categoria del danno (accertato ma) irrisarcibile, bensì nell'escludere il risarcimento di ciò che danno non è, ovvero i pregiudizi soggettivi meramente riferiti, senza alcuna conferma obiettiva. Non vi è conclusivamente alcuna preclusione per risarcimento dei danni permanenti "cl clinicamente e visivamente ma non strumentalmente accertati", poiché visivo sta per "cl clinicamente evidente", ossia "accertato sulla base dei rilievi medico legali" "senza l'ausilio di strumentazioni".

³ Ponzanelli, *Macropermanenti e nuovo art. 138 Codice delle Assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2/2018, 227; Ziviz, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, n.5/2017, 1774; Spera, *Time out: il "decalogo" della Cassazione sul danno non*

Le novità di maggiore rilievo e sulle quali appunteremo l'attenzione sono quelle che incidono sulla formulazione dell'art. 138 cod. ass., di cui si attende ancora oggi l'implementazione attraverso l'emanazione della tabella unica nazionale, nonostante siano passati quasi quindici anni dalla introduzione della norma stessa nel codice delle assicurazioni.

In queste brevi pagine si tenterà di verificare se le modifiche apportate alla norma che introduce il sistema liquidatorio tabellare per le lesioni di non lieve entità siano in grado, per come formulate, di superare le incertezze interpretative sul risarcimento del danno alla persona suscitate in questi anni dalla normativa previgente, consentendo di circoscrivere con esattezza il perimetro del danno risarcibile. Il tema si presenta, come si vedrà, particolarmente "insidioso", essendo contraddistinto da rilevanti tensioni tra gli interpreti e forti oscillazioni nella giurisprudenza, che non sempre è riuscita a fornire in argomento la necessaria chiarezza⁴.

patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino, in www.ridare.it, 1 ss.

⁴ Il tema del risarcimento del danno alla persona, e in particolare di quello alla salute, è stato al centro, nell'ultimo decennio, di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha avuto come obiettivo principale l'individuazione di soluzioni interpretative in grado di assicurare l'integralità del ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, cercando di evitare ingiustificate duplicazioni risarcitorie. Per anni la giurisprudenza ha concepito il danno biologico come ontologicamente diverso dalla sofferenza soggettiva, procedendo a qualificare i due pregiudizi in maniera distinta e separata e a quantificare il danno morale in misura frazionaria (da un quarto ad un mezzo) dell'importo liquidato per il danno biologico. Con le sentenze nn. 26972, 26973, 26974, 26975 dell' 11 novembre 2008 (in *Foro it.*, 2009, I, c. 120, con nota di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione)*), note come sentenze di San Martino, la Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta a fare chiarezza in argomento, stabilendo che "il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. (...) costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Conseguentemente, il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno esistenziale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno". Secondo le SU, dunque, il pregiudizio morale susseguente ad un danno alla salute non è un pregiudizio diverso da quello biologico vero e proprio con la conseguenza che "determina (...) duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (...), sovente liquidato in percentuale (dal terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice (...) procedere ad adeguata

personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Subito dopo l'arresto delle Sezioni Unite si è assistito, tuttavia, ad una vera e propria "anarchia del dopo principio" (in questi termini: ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Cedam, 2009, 655): la giurisprudenza di legittimità si è divisa, infatti, in due contrapposti orientamenti. Un primo orientamento si è adeguato al *dictum* delle Sezioni unite, negando l'autonomia ontologica del danno morale: Cass. 13 maggio 2009, n. 11059, in *Danno e resp.*, 2009, 761 ss; Cass. Civ., 1° dicembre 2010, n. 24401, in *Resp. Civ e prev.*, 2011, 602, con nota di MASTROIANNI, *Il danno non patrimoniale quale categoria autonoma- Onere della prova e liquidazione*; Cass. 13 maggio 2011, n. 10527, in *Corr. Giur.*, 2011, 1097, con nota di PONZANELLI, *Il problema delle duplicazioni: due sentenze della cassazione*; Cass. 28 giugno 2011, n. 14263, in *www.personaedanno.it*. Un secondo orientamento, invece, si è posto in palese contrasto con i principi di San Martino, affermando la ontologica autonomia del danno biologico e morale: Cass. 28 novembre 2008, n. 28407, in *www.personaedanno.it*; Cass. Civ., 12 dicembre 2008, n. 29191, *ivi*; Cass. Civ. 20 maggio 2009, n. 11701, *ivi*; Cass. Civ., 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ e prev.*, 2009, 1779, Cass. Civ., 10 marzo 2010, n. 5770, in *www.personaedanno.it*; Cass. Civ., 1° settembre 2011, n. 18641, in *Corr. Giur.* 2012, 53. Lo stesso disorientamento è stato riscontrato nella giurisprudenza di merito: alcune decisioni hanno continuato a risarcire il danno biologico e il danno morale separatamente, continuando ad utilizzare il metodo frazionario: Trib. Roma, 14 gennaio 2009, *ined.*; Trib. Genova, 28 gennaio 2009, *ined.* Alcune decisioni hanno, invece, rigettato *tout court* la richiesta di risarcimento del danno morale, per non incorrere in duplicazioni risarcitorie: Trib. Lucca, 5 gennaio 2009. Altre, infine hanno concesso ulteriori somme a titolo di ristoro del danno morale attraverso la personalizzazione del danno biologico, senza automatismi, ma motivando tale ulteriore posta risarcitoria: Trib. Roma, 25 febbraio 2009; Trib. Palermo, 28 gennaio 2009; Trib. Firenze, 20 gennaio 2009. Per i riferimenti alle sentenze citate si rinvia a BILOTTA, "Le sentenze di merito dopo le sezioni unite del 2008 sul danno non patrimoniale", in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 1499; COLANGELO, "Prime pronunce dopo le S.U.", in *Danno e resp.*, 2009, Gli Speciali, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, 6. La *reductio ad unum* sancita dalle SS.UU. nel 2008 ha suscitato ampie riflessioni anche tra gli interpreti. Cfr, in argomento, CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale- Guida commentata alle decisioni delle ss.uu. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, a cura di PONZANELLI, Milano, 2009, 148-149; CENDON, *Duplicazioni no, risarcimento sì*, in *Il danno non patrimoniale- Guida commentata alle decisioni delle ss.uu. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, cit.*; SCOTTI, *Il danno da sinistro stradale*, Milano, 2010, 342 ss; MORLINI, *Teoria e prassi delle sentenze gemelle*, in *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, a cura di BUZZI-VALDINI, Milano, 2010, 31 ss; BUFFONE, *Il danno morale è voce autonoma di danno*, in *www.personaedanno.it*; ID, *I limite legali al risarcimento del danno alla salute dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1644 ss.; ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna, 2009, 116; Bona, *Le plurime ragioni della distinzione fra danno morale e danno biologico nella*

In materia di risarcimento del danno non patrimoniale, nel 2008, come è noto, è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, con le note sentenze di San Martino, affermando con imperio l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, non suscettiva, quindi, di suddivisione in sottocategorie. Secondo il Supremo Collegio, il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno esistenziale), risponde solo ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. Nel corso di questi ultimi dieci anni, tuttavia, il percorso argomentativo delle sentenze di San Martino è stato lentamente, ma progressivamente disatteso, fino ad essere definitivamente superato nel corso del 2018. Una parte della giurisprudenza ha mostrato, infatti, sin da subito delle forti resistenze all'adeguamento ai *dicta* delle Sezioni Unite e, pur se nel formale rispetto dei principi in essi contenuti, si è mostrata nei fatti incline a continuare a valorizzare l'autonomia di tutte le singole componenti del danno non patrimoniale. In particolare, la terza sezione della Corte di Cassazione ha svolto in questi anni un importante ruolo di incubatore giuridico nel quale si è elaborato un nuovo statuto del danno non patrimoniale, molto diverso da quello consegnatoci dalle Sezioni Unite nel 2008, in cui si tiene in debita considerazione la c.d. "fenomenologia del danno alla persona", ossia le circostanze del caso concreto che impongono la valutazione di tutti i pregiudizi non patrimoniali e che giustificano pienamente l'autonoma risarcibilità del dolore interiore e della significativa alterazione della vita quotidiana, trattandosi di pregiudizi attraverso i quali si esplica la sofferenza umana. Tale ultimo indirizzo interpretativo è andato via via consolidandosi fino ad ottenere un definitivo riconoscimento a livello legislativo con la modifica dell'art. 138.

Prima di analizzare le modifiche apportate all'art. 138 cod. ass., per completezza espositiva è opportuno preliminarmente ripercorrere,

prospettiva del danno non patrimoniale unitario, in AA.VV., *Medicina legale e sofferenza fisica e morale dopo le sezioni unite civili del novembre 2008*, cit. 42; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, I, Parte generale, a cura di CENDON, Torino, 2009, 548-549; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 63.

seppur in rapidissima sintesi, la genesi degli art. 138 e 139 all'interno del codice delle assicurazioni private.

2. I criteri di liquidazione del danno biologico introdotti dagli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private: l'angolo visuale del legislatore del 2005

Come è noto, nel campo dei sinistri stradali (e di recente anche in quello della responsabilità sanitaria), il metodo di liquidazione del danno non patrimoniale conseguente alle lesioni alla salute è imposto direttamente dalla legge: gli articoli 138 e 139 cod. ass. introducono, infatti, nel codice di settore un sistema di predeterminazione *ex ante* del *quantum* risarcibile spettante alla vittima di sinistri stradali⁵. Le due norme, originariamente rubricate “danno biologico” per lesioni rispettivamente di non lieve e lieve entità, forniscono una definizione univoca di danno biologico e due diversi strumenti liquidatori di tale danno: l'articolo 138, previsto per le lesioni di non lieve entità, denominate anche lesioni “macro permanenti”, secondo la terminologia medico legale, che lasciano postumi compresi tra 10 e 100 punti percentuali; l'articolo 139, previsto per le lesioni di lieve entità, anche dette micro permanenti, che lasciano postumi compresi tra 1 e 9 punti percentuali. In entrambi i casi, il legislatore adotta un sistema liquidatorio fondato sulla tabella unica nazionale, ossia su un criterio di calcolo del danno alla salute basato su uno schema tabellare in grado di garantire una uniformità nella quantificazione del danno, pur consentendo al giudice una limitata autonomia nella valorizzazione degli elementi personalizzanti, al fine di tenere in debito conto le peculiarità del caso concreto⁶. La personalizzazione consentita dalle

⁵ L'art. 139 del cod. ass. per il ristoro delle lesioni micropermanenti accoglie la precedente disciplina dettata dall'art. 5 della legge n. 57 del 5 marzo 2001, attraverso la quale il legislatore ha previsto le prime soglie di sbarramento.

⁶ Il criterio tabellare adottato dal legislatore nel codice delle assicurazioni, che consiste nel moltiplicare il valore monetario del singolo punto di invalidità per la percentuale di invalidità permanente, per poter concretamente operare, esige, da un lato la predeterminazione di un *bareme* medico-legale in base al quale determinare il grado di invalidità permanente e dall'altro l'individuazione del valore monetario del singolo punto di invalidità che cresce secondo uno specifico algoritmo. Gli artt. 138 e 139 hanno dato indicazioni per entrambi i parametri. Il testo delle due norme, infine, pur fissando tassativamente i livelli di risarcimento accordabili, lascia al giudice la

due norme, tuttavia, è rigidamente predeterminata nei rispettivi valori massimi, oltre i quali il giudice non può spingersi. L'articolo 138 cod. ass. permette una personalizzazione pari al 30% del danno biologico macropermanente, l'articolo 139 cod. ass., una personalizzazione del 20% del danno biologico micro permanente.

Per tale ragione le due norme sono state considerate dalla dottrina più accreditata⁷ lo strumento attraverso il quale il legislatore si è intromesso in una materia di esclusiva competenza pretoria per limitare l'ammontare del risarcimento. Lo ha fatto, come è evidente, nei settori a più alta frequenza di danni (rc auto e rc medica) e l'ha fatto con il chiaro intento di fissare su scala nazionale gli importi dei risarcimenti, sottraendoli alla discrezionalità dei singoli fori. Attraverso l'adozione di criteri certi di determinazione del risarcimento del danno, il legislatore ha perseguito l'obiettivo non solo di garantire un equo ristoro del danno non patrimoniale, ma anche e soprattutto la prevedibilità del risarcimento nel suo complessivo ammontare, favorendo, in tal modo, anche l'apertura a soluzioni conciliative con le compagnie di assicurazione. Essendo, infatti, il settore assicurativo da circolazione auto obbligatoriamente assicurato (con la previsione di un obbligo a contrarre tanto per i proprietari di autoveicoli, tanto per le compagnie assicuratrici), il legislatore ha cercato di raggiungere un delicato equilibrio tra due contrapposte esigenze: da un lato quella di garantire alla vittima della strada il risarcimento dei danni subiti, dall'altro quella di assicurare stabilità al mercato assicurativo, attraverso la previsione di criteri in grado di contenere le poste risarcitorie a carico delle imprese di assicurazione, garantendo in questo modo agli assicurati un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi⁸.

possibilità di aumentare il valore monetario del singolo punto di invalidità, con equo e motivato apprezzamento, per tenere conto della specificità del caso concreto

⁷ Per tutti, Ponzanelli, L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 145 ss.

⁸ In questo senso, PONZANELLI, *Incertezze sul risarcimento del danno alla persona: sofferenza e qualità della vita nella r.c. auto*, cit., 2737. Vedi, altresì, nei medesimi termini BUFFONE, *I limiti legali al risarcimento del danno alla salute dopo le sezioni unite del 2008*, in *Resp. Civ e prev.*, n.7/8, 2009, 1648; BUGIOLACCHI, *Vittime secondarie dell'illecito civile e diritto alla fruizione dell'intero massimale per persona: limiti e prospettive del revirement della Cassazione in tema di r.c.a. e*

Per ragioni, quindi, di interesse pubblico (ossia il contenimento dei premi assicurativi obbligatoriamente imposti ai proprietari di autoveicoli e consentire, in ultima analisi, anche ai detentori di redditi più bassi di godere del bene auto) il legislatore si è riservato il potere, istituzionalmente riservato ai giudici, di determinare il risarcimento dei danni nel settore dei sinistri stradale, imponendo una limitazione di responsabilità. Allo stesso modo e per gli stessi motivi è stata prevista una limitazione di responsabilità nel settore della rc sanitaria, seconda area in cui si registra statisticamente la più alta percentuale di illeciti civili. L'art. 3, quarto comma, del decreto Balduzzi - disposizione poi confermata dall'art 7, quarto comma, della legge n.24/2017 (legge Gelli Bianco)- , ha, infatti, esteso i criteri normativi di liquidazione del danno non patrimoniale di cui agli artt. 138 e 139 codice assicurazioni anche ai danni conseguenti ad episodi di *medical malpractice*.

Delle due norme, tuttavia, solo l'art. 139 ha avuto immediata operatività, essendo stata la relativa tabella mutuata da una precedente disposizione normativa (art. 5 l. n. 57/2001 e dm 10.6.2005), mentre la tabella unica nazionale per le macro permanenti, nonostante siano trascorsi quasi quindici anni dalla sua previsione nel codice delle assicurazioni, è ancora norma inapplicata e, in sua vece, si applicano le tabelle giudiziali di Milano.

L'uso di tabellazioni normative in un campo così delicato come quello della liquidazione del danno derivante da lesioni alla salute ha, tuttavia, suscitato, sin da subito, plurime perplessità negli interpreti.

Ad essere contestata è stata anzitutto l'ingerenza del legislatore nella predeterminazione *ex ante* del *quantum* risarcibile nel settore della circolazione di autoveicoli e la ipotizzata disparità di trattamento riservata al danneggiato nel settore della r.c. auto, al quale viene accordata una somma

di danaro a titolo di risarcimento inferiore di circa il 20% rispetto a quella accordata al danneggiato di altri settori della responsabilità civile, riduzione che non permetterebbe di garantire a quest'ultimo un ristoro integralmente soddisfacente del pregiudizio lamentato.

interpretazione dell'espressione «massimale per persona danneggiata», in Resp. Civ. e prev., 2005, 1080, il quale osserva che se il meccanismo assicurativo non è in grado di sostenere i costi risarcitori può reagire anche determinando improvvisi arresti o frenate sul versante risarcitorio; FRIGERIO, La legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. ass., in Danno e resp., 2014, 1026

Sull'art. 139 cod. ass., unica norma ad aver ricevuto immediata attuazione, dunque, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, che, tuttavia, si è risolta in un giudizio di piena compatibilità con i principi della nostra Carta Costituzionale⁹ e con i precetti della normativa europea¹⁰. I giudici della Consulta, infatti, hanno ritenuto infondata la censura di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., operando un attento bilanciamento dei diritti del danneggiato con gli interessi pubblici presenti nel settore dell'assicurazione da circolazione auto.

Si è, infatti, osservato, a riguardo, che la riduzione di risarcimento riservata al danneggiato nel settore rc auto viene compensata dal vantaggio, che altri danneggiati non hanno, di avvalersi della copertura assicurativa, *ex lege* obbligatoria, del danneggiante – o, in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore- che si risolve in una certezza della soddisfazione del credito risarcitorio. Il danneggiato da sinistri stradali, gode, quindi, di una tutela risarcitoria rafforzata, che si sostanzia nella certezza del risarcimento, che impone di tenere in considerazione anche la posizione delle imprese assicuratrici che, raccogliendo i premi, provvedono poi al risarcimento.

I giudici della Consulta, conseguentemente, hanno affermato - in considerazione della presenza, in questo settore, di un preciso interesse pubblico al contenimento dei premi- che in *“un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata-in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex legge al fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi”*¹¹. Ciò rende, quindi, pienamente ammissibile una

⁹ Cfr. Corte Cost., 235/2014

¹⁰ Cfr. Corte Giust. UE, 23.1.2014, causa C-371/12, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2014, I, 820, con nota di SABBATELLI. La Corte di Giustizia, in quell'occasione, si soffermò più sull'esigenza che venisse soddisfatta l'obbligatorietà della copertura assicurativa (e, quindi, il diritto della vittima a ricevere un risarcimento) piuttosto che sull'ammontare del risarcimento, limitandosi a esigere che questo fosse sufficientemente ragionevole.

¹¹ Critica la decisione della Consulta, ZIVIZ, *Micropermanenti: franchigia legittima secondo la Corte Costituzionale (ord. 242/2015)*, in *perosnaedanno.it*, la quale con riferimento alla sentenza n. 235/2014, osserva che “non può essere ritenuto

limitazione del diritto al risarcimento integrale del danno– ritenuto, peraltro, dalla Consulta un diritto non costituzionalmente garantito.

La Corte Costituzionale ha ritenuto parimenti infondata l'ulteriore doglianza di incostituzionalità paventata dai remittenti all'art. 139 c.od. ass., riguardante la mancata previsione nella suddetta norma della liquidabilità del danno morale. I giudici della Consulta, richiamando l'insegnamento di San Martino, hanno osservato che anche se l'art. 139 cod. ass. fa testuale riferimento al solo “danno biologico” e non anche a quello “danno morale”, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ben precisato (nel quadro, per altro, proprio della definizione del danno biologico recata dal comma 2 del medesimo art. 139 cod. ass.) che il cosiddetto “danno morale” – e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (ma sempre in una visione unitaria) del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato –«rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente» e, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, il giudice può personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle, maggiorandolo fino al 20% per tenere conto delle conseguenze soggettive del danneggiato. Per la Consulta, in definitiva, il pregiudizio morale (ma anche esistenziale) deve trovare ristoro nell'aumento del 20% che la norma lascia alla discrezionalità del giudice¹².

L'importante approdo interpretativo raggiunto dalla Corte Costituzionale con riguardo all'operatività dell'art. 139 Cod. Ass., non poteva non essere esteso anche all'art. 138 cod. ass., condividendo, le due norme, la medesima *ratio*. Non v'è chi non veda, infatti, che le ragioni di pubblico interesse che hanno fondato la tenuta costituzionale

affatto ragionevole un bilanciamento che sacrifica un interesse costituzionalmente protetto di carattere personale, quale il diritto all'integrità psico-fisica, a fronte di ragioni di carattere meramente economico”.

¹² L'importanza attribuita alle tabelle normative da parte della Corte Cost. 235/2014 è stata, tuttavia, messa in discussione dalle indicazioni provenienti dai giudici di legittimità. Cfr. Cass. 27 agosto 2015, n. 17209, in www.neldiritto.it, in cui si è affermato che ai fini dell'applicazione dell'art.139 cod. ass. la voce del danno morale non è assorbita nel danno biologico, sottolineandosi, al contempo, che il danneggiato che aspiri al ristoro di detta voce non è esonerato dall'allegare “tutte le circostanze utili ad apprezzare la concreta incidenza della lesione patita in termini di sofferenza/turbamento” e dal fornire la relativa prova anche avvalendosi di presunzioni.

dell'art. 139 cod. ass. (limitazione del risarcimento volta soprattutto al contenimento dei premi) sono presenti anche nel settore delle macrolesioni, con la sola differenza che per esse la personalizzazione normativamente prevista è pari al 30%.

Ciononostante, la Cassazione, operando una singolare interpretazione dell'art. 138 cod. assicurazioni, in considerazione della maggiore gravità della lesione subita dalla persona, ha ritenuto che il correttivo del 30% consentito dalla norma ai fini della personalizzazione operasse solo per la valorizzazione degli aspetti dinamico relazionali, non anche per quelli morali, che non sarebbero soggetti ad alcuna limitazione¹³. Il virtuosismo argomentativo di questa giurisprudenza ha fatto poi breccia nel legislatore nell'agosto del 2017 il quale, con l'art. 1, comma 17, L. 4 agosto 2017, n. 124, ha riformulato l'art. 138 cod. ass., accordando al macroleso vittima di sinistri stradali e di malasanità non solo il diritto ad un pieno risarcimento, ma anche all'autonoma risarcibilità del danno morale, limitando il tetto massimo del 30% stabilito per la personalizzazione del risarcimento alla sola componente dinamico- relazionale del pregiudizio sofferto dal danneggiato.

L'accentuato carattere creativo dell'interpretazione dell'art. 138 cod. ass. fornita dalla Cassazione – che, a ben vedere, varca i confini dell'attività esegetica spettante al giudice per porsi come vera e propria attività di produzione del diritto- ha quindi determinato, in questo particolare settore del diritto, un singolare travisamento dei ruoli costituzionalmente riconosciuti nel rapporto tra *legislatio* e *iurisdictio*: è il legislatore, in altri termini, che modifica la regola *iuris* per porsi nel solco tracciato dalla giurisprudenza¹⁴.

¹³ Cass., 9 giugno 2015, n. 11851, cit.; Cass., 20.4.2016, n. 7766, cit.

¹⁴ Nel corso del 2018, la Cassazione abbandona definitivamente i principi dettati dalle sentenze di San Martino in tema di risarcimento del danno non patrimoniale per adottare un sistema di liquidazione del danno in cui si valorizzano compiutamente tutti i pregiudizi subiti dal danneggiato, accordando a ciascuno di essi un'autonoma valenza risarcitoria. Si afferma che il danno biologico (la lesione alla salute), il danno morale (la sofferenza interiore) e quello dinamico-relazionale (anche definibile "esistenziale", consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiane) costituiscono pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi e tutti autonomamente risarcibili. Conseguentemente il giudice dovrà valutare congiuntamente, ma distintamente, la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, tenendo in opportuna considerazione tanto l'aspetto interiore del danno

3. *Le modifiche normative sull'art. 138 cod. ass.: considerazioni critiche*

Con la legge n. 124/2017, come si è detto, il legislatore procede a una risistemazione organica degli assetti del danno non patrimoniale da lesione fisica, recependo le principali argomentazioni propugnate in argomento dalla più recente giurisprudenza della Cassazione e recuperando, sul piano del diritto positivo, la distinzione delle componenti biologico, morale e dinamico relazionale che lo integrano.

L'intervento normativo sull'art. 138 cod. ass. pone, come si vedrà, numerose questioni all'attenzione dell'interprete. La nuova formulazione dell'art. 138 cod. ass., pur essendo infatti connotata da profili di indubbia innovatività, non sembra in grado di risolvere i nodi interpretativi posti dalla precedente disciplina, mostrandosi, all'opposto, foriera di ulteriori aspetti problematici.

Va segnalato, anzitutto, che il nuovo primo comma dell'articolo 138 dispone che la tabella unica nazionale dovrà essere emanata con un atto di normazione secondaria “al fine di garantire il diritto delle vittime ad un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito

sofferto (cd. danno morale, *sub specie* del dolore, come in ipotesi della vergogna, della disistima di sé, della paura, ovvero della disperazione) quanto l'aspetto dinamico-relazione (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto. Nella valutazione del danno in parola, il giudice dovrà, pertanto, valutare, a fini risarcitori, tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con sé stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce “altro da sé”). *Ex multis*, Cass. Civ., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 4/2018, 463; Cass. Civ., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Danno e resp.*, 4/2018, 456, con nota di PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle sentenze di San Martino*. L'ordinanza della Cassazione è stata commentata anche da ALPA, *Osservazioni sull'ordinanza n. 7513 del 2018 della Corte di Cassazione in materia di danno biologico, relazionale, morale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9/2018, 1330 e da CENDON, *Gemutlichkeit: dieci fragranze esistenziali*, *ivi*, 1333Cass. Civ., 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno e Resp.*, 4/2018, 453; Cass. Civ., 19 luglio 2018, n. 19151, in www.ilcaso.it; Cass. Civ., 20 agosto 2018 n. 20795, in www.diritto.it; Cass. Civ., 13 febbraio 2019, n.4151, in *Dir. & Giust.*, fasc.30, 2019, 9, con nota di Savoia.

e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori”.

Il legislatore inserisce nell'*incipit* della norma una linea programmatica di grande rilievo, perché richiede l'adozione di una tabella che sia in grado di contemperare tre diverse e contrapposte esigenze: quella del danneggiato a vedersi assicurato il diritto al pieno ristoro del danno subito; quella delle imprese di assicurazione a vedersi assicurate una razionalizzazione dei costi sulle stesse gravanti, poiché, operando in sistema obbligatoriamente assicurato, esse provvedono al risarcimento del danno finanziandosi con il sistema dei premi assicurativi; infine quella dei consumatori a vedersi assicurato un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi.

Il legislatore, in altri termini, consapevole del rapporto di proporzionalità diretta e necessaria esistente tra il livello dei premi assicurativi e l'ammontare dei risarcimenti erogati, si mostra ben conscio del fatto che per garantire ai consumatori l'accesso alla copertura assicurativa con premi sostenibili su tutto il territorio nazionale, è necessario calmierare l'ammontare del risarcimento: una crescita incontrollata del risarcimento dovuto, infatti, è destinata ad incidere inevitabilmente sul livello dei premi assicurativi richiesti.

Attraverso il principio enunciato al primo comma dell'art. 138, il legislatore estende dunque - com'era giusto attendersi - i principi statuiti dalla Corte Costituzionale nel 2014 con riferimento alle lesioni di lieve entità anche a quelle di non lieve entità. In un sistema di responsabilità civile obbligatoriamente assicurata, infatti, l'interesse risarcitorio del danneggiato deve comunque misurarsi con quello generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi ed è questo un principio estendibile a tutti i danni non patrimoniali alla persona derivanti da circolazione stradale, quale ne sia l'entità. Conseguentemente, la limitazione del risarcimento necessaria a calmierare i premi assicurativi nel settore delle microlesioni è principio certamente valido anche nel settore delle macrolesioni. Seguendo un approccio macroeconomico, attraverso l'introduzione della tanto attesa tabella unica nazionale, il legislatore si prefigge, dunque, l'obiettivo di realizzare un equilibrio tra i diversi portatori di interessi.

Proseguendo nella lettura del nuovo articolo 138, tuttavia, in particolare analizzando le modalità di costruzione della futura tabella

nazionale per le lesioni di non lieve entità, non si può fare a meno di notare che l'obiettivo prefissato al primo comma è destinato a rimanere nient'altro che una mera enunciazione di principio, nei fatti inattuabile. Ed infatti, se solo si ha riguardo a quanto stabilito nel secondo comma dell'articolo 138 – che introduce i criteri a cui la emananda tabella unica dovrà fare riferimento nella identificazione del valore pecuniario di ogni punto di invalidità - è agevole constatare che attraverso la stessa non potrà mai raggiungersi l'obiettivo di calmierare il livello dei risarcimenti e quindi alleggerire i costi delle compagnie assicuratrici e, dunque, in ultima istanza, ridurre il costo risarcitorio obbligatoriamente imposto a carico dei consumatori.

Niente di tutto questo potrà essere assicurato. La norma, infatti, prevede in primo luogo la necessità che la futura tabella tenga conto dei «criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità » e, in secondo luogo, che si torni ad una valutazione autonoma del danno morale, che dovrà essere liquidato su base percentuale del danno biologico. Il legislatore, evidentemente condizionato dalla giurisprudenza di legittimità sempre più coesa nel ribadire l'autonomia strutturale e concettuale del danno morale rispetto a quello biologico, così statuendo, abbandona il modello di limitazione del risarcimento, per abbracciare quello del risarcimento integrale¹⁵.

Nell'accogliere inopinatamente il messaggio lanciato dalla giurisprudenza in questi ultimi anni il legislatore trascura, infatti, di considerare che i criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, che dovranno essere presi come modello per la redazione della futura tabella (ossia le tabelle milanesi), (i) non sono stati ideati per assicurare una limitazione del risarcimento, ma un pieno risarcimento¹⁶ e (ii) prevedono già l'inclusione del danno morale nel c.d. punto *standard* e

¹⁵ Negli stessi termini, PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.*, n. 1/2019, 22.

¹⁶ Non può sottacersi, inoltre, che il nuovo art. 138 cod. ass, identificando la tabella unica nazionale con le tabelle giudiziali, finisce per negare specialità al sistema r.c. auto, quella stessa specialità che aveva consentito di operare una legittima limitazione del diritto all'integrale risarcimento del danno in questo settore della responsabilità civile.

ciò determinerà inevitabilmente un aumento del livello risarcitorio, con conseguente impossibilità di realizzare la linea programmatica stabilita nel primo comma.

Proseguendo l'analisi delle principali modifiche apportate all'impianto normativo dell'art. 138 cod. ass., merita di essere segnalata un'altra novità introdotta dal legislatore: l'asserita onnicomprensività delle tabelle normative di cui agli art. 138 e 139 cod. ass. Secondo le indicazioni fornite dal legislatore, le tabelle normative forniscono lo strumento di misurazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico-fisica considerato nel suo complesso. Il legislatore, dunque, in ossequio al principio statuito dalle Sezioni Unite nel 2008, secondo cui l'integrale riparazione del danno non patrimoniale può trovare concreta applicazione esclusivamente ove venga operata una valutazione unitaria del danno non patrimoniale, da un lato, modifica la rubrica delle due disposizioni - oggi riferita non più al danno biologico, ma al più generale danno non patrimoniale per lesioni di non lieve e lieve entità - dall'altro riconosce esplicitamente l'eshaustività dell'ammontare del risarcimento derivante dall'applicazione del metodo tabellare. Deve segnalarsi, tuttavia, che tale principio di onnicomprensività è destinato ad operare inspiegabilmente in maniera differenziata - attraverso metodi liquidatori diversi- a seconda dell'entità della lesione.

Per quanto attiene alle lesioni di non lieve entità, l'art. 138 cod. ass. prevede che la sofferenza morale rilevi come pregiudizio ontologicamente diverso dal danno biologico. Il valore tabellare è, dunque, destinato a coprire la sola componente biologica del danno, mentre la componente sofferenziale del pregiudizio deve essere accertata e liquidata a parte in misura percentuale e progressiva del danno biologico¹⁷. La norma precisa, inoltre, che la percentuale di personalizzazione del 30% consentita è destinata a risarcire solo ed unicamente la componente dinamico-relazionale del danno.

Per le lesioni di lieve entità, invece la sofferenza morale non giustifica una liquidazione aggiuntiva rispetto ai valori tabellari standard, ma va liquidata unitamente al danno biologico, con la conseguenza che il valore tabellare e l'eventuale maggiorazione

¹⁷ Ritiene che il danno morale, alla luce del nuovo testo dell'art. 138 cod. ass., sia stato ridotto ad una proiezione del danno biologico, CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, cit., 18

ammessa del 20% sono destinati a coprire tutti i pregiudizi non patrimoniali subiti dal danneggiato, in ossequio all'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale nel 2014, la quale, come si è già visto, ha ritenuto che i tetti stabiliti a livello normativo per la personalizzazione del risarcimento riguardino non già la sola componente biologica del pregiudizio, bensì le conseguenze non patrimoniali della lesione alla salute complessivamente intese (quindi morale e dinamico relazionale).

Così statuendo si introduce, ad avviso di chi scrive, una irragionevole disparità risarcitoria a seconda che il pregiudizio non patrimoniale sia di lieve o non lieve entità: disparità di trattamento che risulta difficilmente giustificabile sul piano della legittimità costituzionale.

Sia consentita, infine, in argomento un'ultima riflessione. L'attuale formulazione degli artt. 138 e 139 cod. ass. introduce un trattamento differenziato nei criteri di quantificazione del danno da lesioni di lieve e non lieve entità anche per quanto riguarda i valori monetari previsti per ogni singolo punto di invalidità: per le macro permanenti, la norma rinvia, per la costruzione della futura tabella, ai criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, riferendosi evidentemente alle tabelle di Milano. È a quei valori monetari, dunque, che la futura tabella nazionale dovrà fare riferimento, non sembrando peraltro possibili, almeno per come è formulata la norma, interventi di carattere riduttivo rispetto a ciò che è contenuto nella menzionata tabella¹⁸.

Ma i valori monetari della tabella di Milano sono significativamente più alti rispetto a quelli contenuti nelle tabelle legislative delle micropermanenti. Non va dimenticato, infatti, che attraverso quei valori monetari, il tribunale di Milano liquida congiuntamente i pregiudizi non patrimoniali in passato liquidati a titolo di danno biologico e di danno morale. È evidente, pertanto, che il punto *standard* della tabella milanese è più nutrito, dovendo essere in grado di risarcire l'intero pregiudizio che normalmente consegue ad una lesione (quindi non solo quello biologico). Per la determinazione dei valori monetari del punto di invalidità nelle lesioni micro permanenti, invece, l'art. 139 cod. ass.

¹⁸ Così ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza*, in *Resp. Civ. e prev.*, n. 5/2017, 1774.

non prevede un analogo aggancio ai valori ritenuti congrui dalla giurisprudenza, ragion per cui il valore monetario per esse sarà significativamente più basso rispetto a quelli previsti per le macropermanenti¹⁹. L'obiettivo delle tabelle giudiziali, come si è detto, è quello di assicurare un risarcimento pieno, mentre i valori monetari contenuti nelle tabelle normative sono stati pensati per realizzare una limitazione di responsabilità, attraverso un sistema volto ad accordare un risarcimento ridotto, ma certo.

Non resta che attendere, dunque, i provvedimenti attuativi di implementazione dell'art. 138 che conterranno la tanto attesa tabella di legge per le macropermanenti: una tabella che verosimilmente riprodurrà pedissequamente la tabella milanese, la quale, come si è poc'anzi ricordato, non è stata predisposta per accordare una limitazione del risarcimento e che, quindi, difficilmente potrà soddisfare uno dei due obiettivi che il legislatore si è prefissato di perseguire *nell'incipit* del primo comma dell'art. 138, ossia quello di razionalizzare i costi a carico del sistema assicurativo e dei consumatori. Tali costi, infatti, per questi ultimi, con molta probabilità aumenteranno e paradossalmente potranno assestarsi anche su un livello superiore rispetto a quello della r.c. ordinaria.

¹⁹ Cfr. ZIVIZ, *op.loc.ult.cit.*, la quale osserva che se, da un lato, la modifica normativa sancisce l'onnicomprendività della tabella di cui all'art. 139 cod. ass., dall'altro non viene ritoccato per alcun verso il valore del punto, al fine di includere la componente morale del danno e ciò, a parere dell'a. solleva un dubbio di costituzionalità, poiché si introdurrebbe un trattamento differenziato tra il sistema di valutazione delle lesioni micropermanenti e quelle macropermanenti non fondata su criteri di ragionevolezza, contrastante, come tale, con l'art. 3 Cost.

I prodotti della sanità integrativa

SOMMARIO: 1. Sanità integrativa e livelli essenziali di assistenza. – 2. Le fonti istitutive della sanità integrativa. – 3. I prodotti dei fondi sanitari integrativi – 4. Conclusioni.

1. Sanità integrativa e livelli essenziali di assistenza

Il tema della sanità integrativa è strettamente connesso con quello dei Livelli essenziali di assistenza, ossia i servizi e le prestazioni standard che il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), come è noto, deve assicurare ad ogni cittadino; essi costituiscono, infatti, una sorta di *prius* logico¹ rispetto all'assistenza sanitaria integrativa in quanto ancora oggi ne delimitano, per certi versi, l'ambito di operatività². Come avrò modo di chiarire in prosieguo, il legislatore ha previsto l'istituzione dei fondi sanitari integrativi con la finalità di potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni sanitarie non compresi nei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, con i quali ai fondi sanitari integrativi, almeno nelle iniziali intenzioni del legislatore, era consentito entrare in relazione solamente esercitando un ruolo aggiuntivo.

Il sistema sanitario italiano, infatti, è di carattere universalistico. Finanziato dalla imposizione fiscale, garantisce le cure sanitarie, in linea di principio, a tutte le fasce di popolazione; è, inoltre, un modello fondato sulla centralità pubblica e articolato su diversi livelli territoriali per quanto attiene all'erogazione delle prestazioni.

Trattasi di un modello dagli indubbi aspetti positivi: come efficacemente osservato, infatti, un sistema universalistico garantisce le cure a coloro che in un mercato privato si troverebbero esclusi dall'assistenza sanitaria, ossia ai soggetti che, privi di mezzi economici, non sarebbero in grado di corrispondere il premio o non sarebbero assicurabili perché già affetti da patologie³.

¹ L'espressione è di V. PUTRIGNANO, *Attualità e prospettive dei fondi integrativi del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, p. 475.

² Sul rapporto tra sanità integrativa e livelli essenziali di assistenza sia consentito rinviare a E. PIRAS, *Fondi sanitari integrativi e livelli essenziali di assistenza*, in *Riv. dir. banc.*, 14, 2017.

³ N. DIRINDIN, *Chi paga per la salute degli italiani?* Bologna, 1996, p. 7.

Nella realtà, il sistema sanitario italiano ha però evidenziato significativi profili di criticità, acuitisi negli ultimi anni, per quanto attiene alla sostenibilità della spesa pubblica, ai tempi di attesa per la fruizione dei servizi e all'aumento significativo dei bisogni di assistenza causati dall'invecchiamento della popolazione. Di fatto, nel sistema sanitario nazionale sono ormai emerse iniquità ai danni delle fasce più deboli della popolazione che per poter accedere alle cure in tempi rapidi devono ricorrere ad un esborso “di tasca propria” (c.d. *out of pocket*)⁴.

Si è rilevato in particolare che la crisi del sistema sanitario ha avuto origine in quella “pretesa di onnicomprensività” programmatica e di regolamentazione operante dal lato dell'offerta, che ha irrigidito l'intera struttura fino al punto di divenire autoreferente ed insensibile alle ragioni degli utenti⁵.

Le criticità ora evocate hanno fatto maturare a livello politico, già a partire dagli anni '90, analogamente a quanto accaduto per la previdenza complementare, l'idea di favorire la nascita e lo sviluppo di un secondo pilastro, la sanità integrativa, da realizzare, appunto, attraverso i fondi sanitari. Come sottolineato dalla Covip nelle più recenti Relazioni, i fondi sanitari integrativi rappresentano un settore rilevante in cui, pur con margini di incertezza sui dati, operano circa 500 enti, con 6 milioni di iscritti e 10 milioni di assistiti; essi gestiscono annualmente circa 4 miliardi di euro di risorse su 30 miliardi di euro di spesa sanitaria privata.

⁴ Sul punto si condividono le osservazioni di A. LUCIANO, *Dalle società di mutuo soccorso alla mutualità. Risposte alla crisi del welfare*, Euricse Working Paper, n. 32, 2012, p. 16, la quale evidenzia che per come si è evoluto nel tempo, il Sistema sanitario nazionale presenta oggi significative disuguaglianze nell'accesso ai servizi, ma anche nelle modalità di finanziamento, nonché significative disuguaglianze territoriali circa la qualità delle prestazioni. Sul lato delle prestazioni, sono i gruppi sociali più istruiti e benestanti che godono di speranze di vita superiori alla media della popolazione ad accedere più di altri gruppi sociali a cure preventive e specialistiche. Sul lato del finanziamento, l'iniquità del sistema fiscale, poco incline a tassare patrimoni e rendite e cronicamente affetto da un'elevata evasione fiscale, rende assai meno progressivo di quanto in teoria dovrebbe essere il finanziamento del SSN. A pagare di più sono i lavoratori dipendenti e, in termini relativi, quelli a più basso reddito. Dunque, un sistema di sanità integrativa dovrebbe porsi, tra gli altri obiettivi, quello di ridurre le disuguaglianze nell'accesso ai servizi.

⁵ G. CAZZOLA, *La sanità liberata: il mercato possibile per la tutela della salute*, Bologna, 1997, p. 18.

2. *Le fonti istitutive della sanità integrativa*

La situazione attuale del settore in esame evidenzia che, differentemente dalla previdenza complementare⁶, lo specifico quadro normativo di riferimento nazionale si compone di scarse e, a tratti, disorganiche disposizioni legislative alle quali si contrappongono, nella prassi, fattispecie eterogenee in cui sono coinvolti, a vario titolo, una molteplicità di soggetti nella veste di fonti istitutive, di gestori dei fondi sanitari e di erogatori delle prestazioni contrattualmente previste⁷. Infine, taluni enti, quali le Regioni, pur essendo contemplate dal legislatore nel novero degli enti legittimati ad istituire i fondi sanitari integrativi, allo stato attuale, parrebbero essersi limitate a svolgere un ruolo di promozione ed incentivazione alla costituzione degli stessi⁸.

L'assenza nel settore della sanità integrativa di una disciplina normativa compiuta e coerente è verosimilmente da ricondurre, più che alla scarsa fiducia sulla utilità del modello sanitario integrativo, alla volontà legislativa - che parrebbe ancora attuale - di conservare la centralità del soggetto pubblico nella erogazione delle prestazioni sanitarie.

Eppure, da un'analisi empirica emerge che la realtà della sanità integrativa è dinamica ed in continua evoluzione⁹.

⁶ Sulla previdenza complementare si richiama il recente contributo di A. CAMEDDA, *I contratti della previdenza complementare, Nel diritto interno e nella prospettiva comparatistica*, Napoli, 2018.

⁷ Cfr.: M. SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, Torino, 2014, p. 75, il quale evidenzia che, a differenza della previdenza complementare, nella quale sin dalle origini le parti sociali hanno svolto un ruolo fondamentale in termini di promozione e gestione, nella sanità integrativa lo scenario si presenta più complesso, contrassegnato dalla presenza di polizze assicurative e di fondi sanitari aziendali, frutto dell'iniziativa unilaterale dell'azienda, all'interno della quale hanno giocato un ruolo diretto i lavoratori il più delle volte senza la mediazione dell'organizzazione sindacale.

⁸ È il caso della Regione Trentino-Alto Adige che, con la deliberazione della Giunta regionale n. 199 del 12 ottobre 2012, ha stabilito l'affidamento, ad una società da essa controllata, di un incarico relativo alla creazione di un sistema organico di fondi sanitari integrativi contrattuali e/o non contrattuali.

⁹ Sul punto si richiamano gli studi di A. PIPERNO, *La previdenza sanitaria integrativa, configurazione, dimensione, effetti e implicazioni di policy*, Rapporto giugno 2017; VIII Rapporto RBM-Censis sulla Sanità pubblica, privata ed intermediata, Giugno 2018; Covip, Relazione per l'anno 2017, Considerazioni del

Cominciamo con l'evidenziare che nell'ambito della sanità integrativa, nella prassi, si suole operare una distinzione tra i fondi sanitari puramente integrativi (c.d. fondi doc) e i fondi sanitari sostitutivi (i c.d. fondi non doc).

I primi sono stati istituiti e disciplinati per la prima volta dall'art. 9 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 509 e successive modifiche. Tale provvedimento legislativo era stato emanato in attuazione della delega contenuta nella l. 421 del 1999¹⁰. Trattasi della medesima legge con la quale il Governo era stato delegato ad emanare il d.lgs. n. 124/1993 contenente la prima organica disciplina della previdenza complementare. I fondi c.d. doc, disciplinati dall'art. 9 del d.lgs. n. 509, successivamente modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999, erogano trattamenti e prestazioni non compresi nei livelli essenziali di assistenza¹¹; devono registrarsi presso un'apposita Anagrafe istituita presso il Ministero della Salute, e le prestazioni da essi erogate godono di appositi benefici fiscali contemplati dall'art. 10 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (c.d. Tuir). I fondi sanitari c.d. doc si configurano

Presidente, p. 30 ss.; ANIA- Associazione nazionale imprese di assicurazione: *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, Maggio 2015, p. 13, in www.ania.it

¹⁰ Recante “*norme di delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*”.

¹¹ L'art. 9 del suddetto decreto legislativo prevedeva nella sua versione originaria la possibilità di attuare “forme differenziate di assistenza” per particolari tipologie di prestazioni, fermi restando i livelli uniformi di assistenza di cui all'art. 1. Le c.d. forme differenziate di assistenza consistevano innanzitutto nella possibilità, accordata all'assistito, di beneficiare di un contributo economico per la fruizione della prestazione sanitaria a pagamento; in alternativa, esse si sostanziavano nell'attribuzione a soggetti singoli o consortili, comprese le mutue volontarie, della facoltà di negoziare con gli erogatori delle prestazioni del SSN, per conto della generalità degli aderenti o di soggetti appartenenti a categorie predeterminate, modalità e condizioni di assistenza che ne assicurassero qualità e costi ottimali. L'iscrizione alle mutue comportava per l'aderente la rinuncia alla pretesa di prestazioni ordinarie da parte del SSN. Nel timore che lo sviluppo della componente sanitaria privata potesse indebolire in modo rilevante quella pubblica mettendo così in discussione il principio universalistico che connota il SSN, il legislatore ha cambiato prospettiva nel 1993 e, con il d.lg 7 dicembre 1993, n. 517, sostituì l'intero art. 9, nella cui rinnovata versione, in luogo della originaria locuzione “forme differenziate di assistenza”, veniva utilizzata l'espressione “forme integrative di assistenza sanitaria.” Sul punto: S. PACI, *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, in *Dir. econ. ass.*, 2012, p. 550.

come ancillari rispetto al SSN e, difatti, devono contenere espressamente, una volta iscritti all'anagrafe, la dizione "fondi integrativi del SSN". La funzione di siffatti fondi sanitari è quella di potenziare l'erogazione di trattamenti e prestazioni sanitarie non compresi nei livelli essenziali di assistenza (come ad esempio le cure odontoiatriche e l'assistenza a lungo termine); possono erogare prestazioni che non coincidono con quelle effettuate dal SSN, con il quale è consentito entrare in relazione solamente esercitando un ruolo aggiuntivo. Quindi l'ambito di operatività di siffatti fondi è determinato dai Livelli essenziali di assistenza nel senso che erogano prestazioni al di fuori del perimetro di azione dei LEA.

Accanto a questi fondi integrativi del SSN, nella prassi hanno operato i c.d. fondi non doc, categoria che è stata normativamente individuata per la prima volta dall'art. 51, comma 2, lett. a) del Tui), che li identificava in "enti e casse aventi esclusivamente fini assistenziali", ai quali sono stati successivamente equiparate, con il decreto del Ministro della Salute del 31 marzo 2008 (il c.d. Decreto Turco), le società di mutuo soccorso. I suindicati fondi possono erogare prestazioni sanitarie ricomprese nei LEA, e quindi non svolgono un ruolo aggiuntivo, ancillare rispetto al SSN, ma sostitutivo.

Nel tempo la differenza tra le due tipologie di fondi si è ridimensionata, posto che siffatti organismi si differenziano esclusivamente per la tipologia di prestazioni che erogano: i fondi doc forniscono trattamenti sanitari non rientranti nei LEA, i fondi non doc erogano prestazioni sostitutive dei LEA. Per effetto di due successivi Decreti Ministeriali, ossia il già citato Decreto del Ministro della Salute del 31 marzo 2008 e il Decreto del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali del 2009 (c.d. Decreto Sacconi) entrambi i fondi godono di identici benefici fiscali a condizione che procedano all'iscrizione nell'apposita Anagrafe; i fondi non doc, inoltre, per accedere al trattamento fiscale agevolato, oltre all'iscrizione all'Anagrafe, devono destinare annualmente il 20% dell'ammontare complessivo delle risorse all'erogazione delle prestazioni non incluse nei LEA.

Relativamente alle fonti costitutive, l'art. 9 del d.lgs. n. 509 del 1992 come modificato anche dal successivo d.lgs. n. 229 del 1999 individua molteplici fonti che possono dare vita ai fondi sanitari integrativi ossia

la contrattazione collettiva¹²
le deliberazioni assunte da associazioni che operano nell'ambito dell'assistenza sociosanitaria
i regolamenti di Regioni ed, in generale, di enti locali
gli atti (non meglio specificati dalla norma) assunti da soggetti pubblici e privati con l'esplicita assunzione dell'obbligo di non adottare politiche di selezione dei rischi sanitari
Società di mutuo soccorso.

Nella prassi, i fondi assumono prevalentemente la forma di associazioni non riconosciute o di soggetti dotati di personalità giuridica; non è da escludere, tuttavia, che si possano costituire attraverso una struttura prevalentemente patrimoniale come la fondazione¹³ o come il patrimonio di destinazione separato nell'ambito del patrimonio dell'imprenditore di cui all'art. 2117 c.c.

La lettera della norma non esclude che anche le imprese di assicurazione possano svolgere un ruolo attivo nel settore¹⁴.

Qualunque sia la fonte istitutiva e qualunque siano i soggetti preposti alla loro gestione vi è il divieto per gli enti che istituiscono fondi sanitari integrativi di adottare strategie di selezione dei rischi, con la conseguenza che ad essi è fatto obbligo di consentire l'accesso alle prestazioni sanitarie a chiunque, a prescindere dall'età e dall'eventuale stato di salute.

Quanto alle modalità di adesione, analogamente alla previdenza complementare, si può operare una *summa divisio* fra c.d. fondi chiusi e c.d. fondi aperti: i primi sono rivolti a determinati soggetti in ragione

¹² G. LABATE e A. TARDIOLA, *La sanità integrativa in Italia*, Bologna, 2010, p. 461 in cui si evidenzia che “la contrattazione nazionale e decentrata ha istituito fondi sanitari integrativi in molti settori portanti dell'economia: trasporti, telecomunicazioni, energia, petrolio, chimica. La realtà delle professioni liberali ha da tempo i propri fondi integrativi che riguardano notai, avvocati, commercialisti, medici, farmacisti ed altre categorie professionali.”

¹³ È il caso del fondo sanitario integrativo di Poste Vita S.p.a.

¹⁴ Anche se di fatto il divieto di adottare strategie e comportamenti di selezione dei rischi contemplato, come si è visto, dal già citato comma 4 dell'art. 9 preclude, nella sostanza, alle compagnie assicurative di operare nel rispetto dei requisiti in materia di esercizio dell'attività assicurativa imposti dalla vigente disciplina legislativa nazionale e comunitaria. Sul punto cfr. anche V. REBBA, *La normativa italiana sui fondi sanitari integrativi*, in *I fondi sanitari integrativi, Quale futuro per la sanità italiana?* a cura di Nomisma, Franco Angeli, 2003, 191.

anche dell'appartenenza a specifiche categorie professionali, i secondi sono tendenzialmente aperti a qualunque individuo.

I fondi chiusi sono rappresentati prevalentemente dalle casse aziendali e dai fondi di categoria che consentono l'iscrizione anche ai pensionati, quest'ultimi a condizione che siano stati precedentemente iscritti alla specifica categoria professionale per un numero minimo di anni.

I fondi aperti sono stati costituiti in misura preponderante dalle società di mutue soccorso¹⁵ che consentono, nella sostanza, l'accesso ad un'ampia categoria di soggetti; è infatti limitato il numero di quelle che offrono i loro servizi esclusivamente ai residenti in un dato ambito territoriale (comunale, provinciale, regionale).

3. I prodotti dei fondi sanitari integrativi

Relativamente alle modalità di gestione dei fondi sanitari integrativi, l'art. 9 del d.lgs. n. 509 del 1992 sin dalla sua versione originaria nulla specificava in merito, limitandosi a stabilire che il fondo sanitario potesse essere autogestito o, in alternativa, potesse stipulare convenzioni con le società di mutuo soccorso o una impresa di assicurazione. Ma non sono mai stati emanati i regolamenti ministeriali che avrebbero dovuto disciplinare nel dettaglio l'ordinamento interno dei fondi sanitari, nonostante il d.lgs. n. 509 del 1992 e il successivo d.lgs. 229 del 1999 avessero previsto che entro 120 giorni dalla loro entrata in vigore dovesse essere emanato un regolamento ministeriale.

Sicché allo stato, non esistendo ancora una specifica disciplina relativa ai modelli gestionali di cui possono dotarsi i fondi sanitari integrativi, occorre riferirsi alla prassi.

Un recente studio socioeconomico¹⁶ ha evidenziato che circa l'85% delle prestazioni sanitarie viene garantito dai fondi sanitari integrativi attraverso la stipulazione di contratti di assicurazione; più precisamente il fondo impiega i contributi versati dai propri iscritti per stipulare per conto dei medesimi polizze sanitarie collettive.

¹⁵ Sul ruolo delle società di mutuo soccorso nell'ambito della sanità integrativa si rimanda al contributo di G. RACUGNO, *Dagli enti del terzo settore alle società di mutuo soccorso. Sanità integrativa e metodo economico*, in questo Volume.

¹⁶ VIII Rapporto RBM-Censis sulla Sanità pubblica, privata ed intermediata, cit., p. 43.

Le suddette polizze attuano il c.d. Piano sanitario con il quale il Fondo sanitario garantisce all'iscritto una molteplicità di prestazioni. Taluni fondi si obbligano ad effettuare nei confronti dei propri iscritti prestazioni di natura indennitaria nella forma di rimborso all'assistito delle spese sostenute per il ricorso a cure a seguito di infortunio o malattia, o nella forma di una diaria giornaliera a seguito di un ricovero in strutture ospedaliere. In tale ipotesi le polizze stipulate dal fondo per conto dei propri iscritti sono riconducibili ai tradizionali contratti di assicurazione contro gli infortuni e le malattie. Altri fondi, unitamente ai suindicati rischi, garantiscono altresì il rischio della non autosufficienza, ossia si obbligano nei confronti dell'iscritto a corrispondere un capitale o una rendita nella ipotesi in cui questi in modo tendenzialmente permanente, o comunque per un periodo superiore a 90 giorni, sia incapace di svolgere da solo atti elementari della vita quotidiana.

In taluni casi, invece, le prestazioni non sono di natura monetaria, ma di assistenza: l'assistito che ha aderito al piano sanitario, a seguito di infortunio o malattia, ha la possibilità di accedere direttamente alle strutture (ad es. cliniche, laboratori di analisi, centri diagnostici) convenzionate con l'impresa di assicurazione e di ricevere le relative cure. Non è infrequente che il piano sanitario offerto da fondo sanitario integrativo consenta all'iscritto di accedere a prestazioni sanitarie con finalità di prevenzione, quali a titolo esemplificativo visite specialistiche e *check up* periodici.

Siffatta modalità di erogazione delle prestazioni sta assumendo una dimensione sempre più significativa nel mercato della sanità integrativa: le imprese di assicurazione stipulano accordi con strutture sanitarie prevalentemente private e con le c.d. *Third party administration*¹⁷, ossia imprese che forniscono agli iscritti al fondo

¹⁷ Trattasi di imprese (ad es. Previmedical) che effettuano nei confronti delle Casse di Assistenza, dei Fondi Sanitari, delle Società di Mutuo Soccorso e delle Compagnie di Assicurazione un servizio di gestione di tutti gli adempimenti amministrativi e liquidativi di loro competenza. Siffatte imprese dispongono sono dotate di una struttura specializzata nei servizi di *contact center* sanitario e di centrali operative in grado di garantire agli assistiti un agevole accesso al proprio network di strutture sanitarie ed odontoiatriche, potendo quindi garantire ai propri clienti un servizio a 360° dei propri Piani Sanitari. Tali imprese, inoltre, si avvalgono di soluzioni tecnologiche estremamente innovative che consentono di fornire alle casse di assistenza, ai fondi sanitari, alle società di mutuo soccorso, alle di imprese di

sanitario una molteplicità di servizi. A tal fine le compagnie di assicurazione costituiscono una rete (“network convenzionato”) con le suddette imprese, assumono un ruolo di coordinamento allo scopo di offrire agli iscritti al fondo prestazioni delle quali essi non devono anticipare alcun costo o richiedere il rimborso¹⁸.

Attraverso la suindicata modalità l’impresa di assicurazione garantisce non solo la copertura assicurativa in caso di accadimento del sinistro, ma effettua, altresì, una prestazione di assistenza comprensiva di servizi di natura amministrativa che vengono esternalizzati ad imprese specializzate.

Il congegno con il quale viene erogata la prestazione è analogo a quello riscontrabile nelle polizze assicurative di assistenza rientranti nel Ramo danni 18 di cui all’art. 2 del c. ass., con le quali, ai sensi dell’art. 175 c. ass., l’impresa di assicurazione si impegna a fornire all’assicurato una prestazione di immediato aiuto entro i limiti convenuti nel contratto, nel caso in cui l’assicurato stesso si trovi in una situazione di difficoltà al seguito del verificarsi di un evento fortuito. Il tratto saliente di siffatta fattispecie contrattuale, analogamente a quanto è riscontrabile nei fondi sanitari che stipulano per conto dei loro iscritti polizze collettive, è che la prestazione che l’impresa di assicurazione si obbliga ad effettuare può essere in denaro o in natura; quella in natura consiste in una prestazione di servizi la quale può essere effettuata utilizzando personale e attrezzature di terzi.

L’opinione prevalente riconduce l’assicurazione di assistenza all’assicurazione contro i danni, posto che la prestazione di *facere* alla quale si impegna l’assicuratore non è incompatibile con quella

assicurazione prestazioni per gli assistiti ai piani sanitari da essi offerti personalizzate e tecnologicamente all’avanguardia.

¹⁸ E’ il caso ad esempio della impresa di assicurazione RBM Salute, autorizzata all’esercizio dei Rami danni infortuni e malattie che rappresenta una delle principali imprese di assicurazione operanti nel settore della sanità integrativa alla quale si sono rivolti una molteplicità di fondi sanitari. Siffatta impresa di assicurazione offre piani sanitari e per quanto riguarda gli adempimenti amministrativi (quali raccolta dei premi e dei contributi, indicazione delle strutture sanitarie, gestione della contabilità, gestione dei sinistri, rimborsi) si avvale della collaborazione di Previmedical s.p.a. che è una società che eroga servizi amministrativi nell’ambito della sanità integrativa. Sul punto v.: A. PIPERNO, *La previdenza sanitaria integrativa, configurazione, dimensione, effetti e implicazioni di policy*, cit., p. 12.

indennitaria di natura pecuniaria¹⁹. Va, tuttavia, evidenziato che nell'assicurazione di assistenza la prestazione dell'assicuratore non si caratterizza solo perché potrebbe essere in natura (non è escluso, infatti, che possa consistere anche in una somma di danaro) ma, soprattutto, perché l'impresa deve essere in grado di garantire siffatta prestazione con modalità talvolta altamente specializzate al fine di consentire all'assicurato di superare la situazione di difficoltà nella quale si trova. Sulla base di tale premessa, parte della dottrina ha ricondotto l'assicurazione di assistenza ad un tipo autonomo di contratto aleatorio in cui si compenetrano elementi sia dell'assicurazione contro i danni che dell'appalto di servizi. Infatti, il modello in esame è assimilabile al tipo assicurativo in relazione al rapporto tra il premio e la prestazione effettuata dalla compagnia, nel senso che il primo, calcolato su criteri attuariali, è di entità inferiore rispetto al valore della seconda; allo stesso tempo è riconducibile all'appalto di servizi in ragione delle specifiche modalità tecnico operative attraverso le quali è posta in essere la prestazione²⁰.

Nella prassi sono presenti anche fondi sanitari autogestiti che non stipulano polizze assicurative collettive e quindi non si avvalgono di coperture offerte dalle imprese di assicurazione, ma erogano direttamente le prestazioni ai propri iscritti. Quest'ultimi, in caso di accadimento del sinistro (infortunio o malattia), possono avvalersi delle strutture sanitarie convenzionate con il fondo o, in alternativa, possono scegliere le strutture o i professionisti ai quali rivolgersi a proprie spese e successivamente richiedere il rimborso della prestazione sanitaria secondo le modalità indicate dal fondo. Il fondo, inoltre, fornisce una molteplicità di ulteriori servizi agli iscritti quali assistenza nella fase di liquidazione dei sinistri.

¹⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna 1992, p. 76 ss.; A.D. CANDIAN, *Il contratto di assistenza, I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. GALGANO, III, Torino, 1995, p. 2559 ss.; A. ANTONUCCI, *Commento all'art. 175 cod. ass., AA.VV., Il Codice delle Assicurazioni Private - Commentario al D.lgs. 7 settembre 2005*, diretto da F. CAPRIGLIONE, con la collaborazione di A. ANTONUCCI e L. DESIDERIO, II, t. 2, Padova, 2007, p. 111 ss..

²⁰ P. CORRIAS, *Prestazioni di facere e causa del contratto di assicurazione, Prestazioni di facere e causa del contratto di assicurazione*, a cura di P. CORRIAS e G. RACUGNO, Milano, 2012, p. 11 ss.

Allorquando il fondo – sia nella veste di associazione non riconosciuta o di società di mutuo soccorso - decida di gestire direttamente le risorse provenienti dagli iscritti assume cruciale importanza la fase di valutazione del rapporto fra fonti di finanziamento e prestazioni da erogare; in altri termini è essenziale che il fondo provveda alla gestione delle risorse con modalità tali da garantire gli impegni nei confronti degli assistiti. Taluni rischi assunti dai fondi sanitari sono assimilabili a quelli coperti dalle imprese di assicurazione, che come noto sono sottoposte a penetranti controlli da parte dell'autorità di vigilanza del settore assicurativo. Ai fini del perseguimento dell'interesse collettivo degli iscritti e dei beneficiari delle prestazioni garantite dal fondo è necessario che, analogamente a quanto contemplato dalla disciplina in materia di assicurazioni, previdenza complementare e imprese di investimento, la gestione finanziaria delle risorse si fondi sul principio della persona prudente secondo criteri di adeguata professionalità, conoscenza e gestione dei rischi di investimento. I fondi, pertanto, qualunque sia la forma adottata, devono perseguire le funzioni che gli sono proprie in maniera prudentiale e con adeguata diligenza professionale allo scopo di garantire l'equilibrio finanziario di lungo periodo²¹.

Va rilevato che non essendo mai stata adottata una specifica disciplina in materia di investimento delle risorse da parte dei fondi sanitari integrativi, le politiche di gestione poste in essere da questi ultimi risultano piuttosto eterogenee. Al riguardo, si evidenzia che solamente un ristretto novero di fondi sanitari ha esplicitato nella documentazione contrattuale destinata agli iscritti la politica di investimento e di impiego delle risorse.

In proposito recenti studi del MEFOP²² hanno evidenziato che i fondi sanitari sono gestiti prevalentemente secondo un sistema a ripartizione: le risorse accumulate nell'anno attraverso i contributi versati dagli aderenti sono utilizzate per pagare le prestazioni richieste nello stesso periodo. Nel caso in cui le risorse versate al fondo siano in

²¹ Cfr.: S. PACI, *Imprese di assicurazione e fondi sanitari integrativi*, cit., 2012, p. 560 ss.; cfr., altresì, V. LEMMA, *Fondi sanitari integrativi tra gestione del rischio e risparmio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, p. 54 ss.

²² M. DILORENZO, *Fondi sanitari: governance, modello gestionale e modello sanitario*, settembre 2016, in <https://www.mefop.it/blog/blog-mefop/fondi-sanitari-mappa-sistema>.

avanzo rispetto alle prestazioni erogate (ai premi pagati per i fondi a gestione convenzionata) e ai costi di gestione affrontati, il fondo può accumulare un patrimonio e trovarsi nella condizione di effettuare scelte di gestione di tali risorse: il 71% dei fondi dichiara, infatti, di effettuare una gestione finanziaria dell'avanzo patrimoniale.

Sempre secondo i dati forniti da questo studio, nel 70% di questi le scelte di investimento vengono effettuate direttamente dal fondo, nel restante 30% tramite un gestore finanziario. L'*asset allocation* media, date le specificità dell'attività svolta, risulta piuttosto prudentiale: emerge una netta prevalenza dell'investimento obbligazionario. Una parte residuale delle risorse è destinata alla conclusione di polizze di capitalizzazione, all'acquisto di quote di Oicr e di azioni.

Data l'assenza di un sistema di vigilanza, anche ispettivo, non è dato appurare se l'assetto organizzativo dei fondi sia dotato di adeguati presidi di controllo interno sulla gestione finanziaria delle risorse necessari ad assicurare la sana e prudente gestione. Un efficace sistema di vigilanza dovrebbe essere deputato a verificare e, conseguentemente, a garantire che gli organi di amministrazione e di controllo siano dotati di adeguati livelli di professionalità e che al loro interno siano definiti con precisione i ruoli e le competenze; infine, che siano apprestati adeguati presidi per la gestione degli eventuali conflitti di interesse.

4. Conclusioni

Dalla panoramica sin qui tracciata emerge la significativa disomogeneità del quadro normativo di riferimento concernente la sanità integrativa; data l'assenza di un preciso disegno attuativo ci pare di condividere l'osservazione secondo la quale la sanità integrativa non rappresenti allo stato nel nostro ordinamento una concreta alternativa al sistema sanitario pubblico dal quale ancora promana la pressoché totalità dei servizi sanitari, sia con le prestazioni sanitarie dirette che con quelle rese attraverso i soggetti privati accreditati.²³

Le ragioni del mancato decollo di tale settore sono ad ogni modo ancora da indagare con attenzione: si è ritenuto che alla base vi sia la tendenza a considerare preminente la posizione dello Stato e degli enti locali nella tutela del diritto alla salute e a reputare tali Istituzioni le

²³ G. CAZZOLA, *op. cit.*, p. 17 ss.

uniche in grado di garantire effettività ai principi di universalità e di uguaglianza²⁴.

In merito può solo osservarsi che, se può convenirsi che l'attuazione degli evocati principi non possa essere interamente demandata ad un sistema assicurativo privato, il quale non garantirebbe i soggetti che non sono in grado di corrispondere il premio assicurativo o quelli che non sono assicurabili in ragione delle condizioni di rischio personali, pare tuttavia che i fondi sanitari integrativi possano assolvere ad un ruolo efficace di integrazione sia del comparto pubblico (c.d. primo pilastro) che del comparto privato (c.d. terzo pilastro) a patto però che sia assicurata un'adeguata penetrazione con tali settori. Certo è che la realizzazione di tale obiettivo non potrà prescindere da un intervento del legislatore che, analogamente a ciò che è avvenuto con la previdenza complementare, munisca la materia oggetto del presente lavoro di una disciplina organica e compiuta.

In tal senso nel dicembre 2018 la XII Commissione permanente (Affari sociali) della Camera dei Deputati ha avviato una indagine conoscitiva finalizzata al perseguimento di molteplici obiettivi: valutare l'opportunità di un riordino della sanità integrativa, anche nel senso di rendere più cogente il divieto già posto ad enti, imprese e aziende pubbliche, di contribuire sotto qualsiasi forma al finanziamento, anche indiretto, di associazioni mutualistiche liberamente costituite aventi la finalità di erogare prestazioni integrative dell'assistenza sanitaria prestata dal SSN, nonché di eliminare ogni forma di beneficio fiscale a favore dei fondi sanitari integrativi privi dei requisiti previsti dal d.lgs. n. 502 del 1992; analizzare se sia opportuno introdurre il divieto esplicito per i fondi sanitari integrativi di erogare prestazioni sanitarie « sostitutive », in quanto ricomprese nell'ambito di intervento del SSN e dei LEA; indagare sull'opportunità di introdurre, nell'ambito dell'anagrafe dei fondi integrativi del SSN, disposizioni che impongano la trasparenza e la pubblicità in relazione a tutti gli atti statutari e costitutivi correlati ai fondi integrativi nonché disposizioni atte ad eliminare ogni conflitto d'interesse tra i gestori dei Fondi e chi promuove i fondi medesimi; verificare quale sia l'onere finanziario

²⁴ Sul punto v. le osservazioni di R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. BALDUZZI e G. CARPANI, il Mulino, Bologna, 2013, p. 66 e s.

complessivo riferito alle agevolazioni fiscali legate ai fondi sanitari integrativi.

L'acquisizione degli elementi necessari allo svolgimento dell'indagine ha suggerito l'audizione di una molteplicità di esperti del settore e di una sola Autorità amministrativa indipendente, ossia l'Ivass. Al momento non è dato sapere se l'audizione di siffatta autorità sia da ricondurre alla volontà legislativa di attribuire all'Ivass il ruolo di autorità di vigilanza del settore della sanità integrativa o solamente di raccogliere osservazioni in merito al ruolo svolto dalle imprese di assicurazione nel settore in esame. Sarebbe auspicabile altresì l'audizione della Covip la quale nell'evidenziare in talune sue recenti relazioni²⁵ la stretta interconnessione sussistente tra la previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa, ha suggerito un ripensamento del complessivo assetto del Welfare che, in un'ottica unitaria, ne razionalizzi gli strumenti da utilizzare e giunga ad un Welfare integrato nelle sue diverse componenti; a tal fine, secondo la Covip, la scelta di un'unica Autorità di vigilanza del settore potrebbe certamente favorire l'auspicato processo di progressiva convergenza, fermo restando la sussistenza in capo al Ministero della Salute del ruolo di alta vigilanza e di governo sulla funzione unitaria del sistema sanitario pubblico e privato.

Le osservazioni dell'autorità indipendente sono senz'altro condivisibili, per lo meno nella parte in cui la stessa auspica la realizzazione di un sistema di controllo in grado di vigilare sulla sana e prudente gestione e sulla correttezza e trasparenza dei comportamenti dei soggetti che vi operano.

Va peraltro rilevato che, nell'ambito dei fondi sanitari integrativi, operano soggetti, quali le imprese di assicurazione, assoggettate alla vigilanza dell'Ivass che, quindi, sarà chiamato necessariamente a svolgere le funzioni che gli sono proprie.

²⁵ Cfr. Relazione Covip per l'anno 2014, 2015 e 2017. Cfr., altresì, Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, *Libro bianco sul futuro del modello sociale. La vita buona nella società attiva*, Roma, 2009, p. 44 secondo cui è necessario che, analogamente a quanto è avvenuto nell'ambito della previdenza complementare, si realizzi un secondo pilastro a capitalizzazione nell'ambito sanitario e assistenziale. Pubblico e privato debbono porsi in posizione sinergica rispetto ai bisogni di salute da soddisfare e pertanto adeguarsi alla programmazione sanitaria in termini di tipologia dell'offerta, modalità di erogazione delle prestazioni e dei volumi di attività ritenuto congrui rispetto ai bisogni.

Si è già avuto modo di constatare, inoltre, che un ruolo significativo in tale settore è svolto dalle società di mutuo soccorso le quali, come è emerso da alcuni studi di settore²⁶, pongono in essere un'attività sostanzialmente riconducibile a quella assicurativa senza tuttavia sottostare alle regole di vigilanza e alle stringenti condizioni di accesso e di esercizio cui sono sottoposte le imprese di assicurazione, laddove superino i menzionati limiti patrimoniali di cui all'art. 345, comma 3, cod. ass..

Alla luce di quanto sinteticamente esposto, la necessità di intervenire sulla vigilanza dei fondi sanitari integrativi costituisce quindi, unitamente a quella di un quadro regolamentare chiaro e completo, un problema cruciale del tema in oggetto.

Gli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo appaiono stentati, lacunosi e, a tratti, indice di un atteggiamento di incertezza da parte del legislatore nel disciplinare in modo compiuto la sanità integrativa²⁷. Se da un lato questo atteggiamento è comprensibile, posta la delicatezza e l'importanza dei valori in gioco costituzionalmente tutelati, dall'altro, la regolamentazione attuale è foriera di incertezze tali da richiedere la necessità di una compiuta regolamentazione a tutela degli assistiti

²⁶ ANIA, *Fondi sanitari, la necessità di un riordino*, cit.

²⁷ Sul punto cfr.: E. GRANAGLIA, *I fondi sanitari integrativi: una strada da potenziare? Alcuni rilievi critici*, in *La sanità in Italia*, Bologna, 2010, p. 501, la quale, tuttavia, evidenzia che al di là delle incertezze politiche è innegabile la presenza nel nostro paese di una convergenza complessiva sulla desiderabilità dei fondi integrativi.

Dalle *regulatory sandboxes* al *network* dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Regulatory sandboxes* e facilitatori di innovazione: il *background* e le fasi salienti di un processo in corso – 3. Il *Report* delle ESAs: i risultati della *survey* e le *best practices* stilate – 4. Prospettive di coordinamento transfrontaliero: verso la creazione di un *network* europeo dei facilitatori di innovazione – 5. *Best practices* e facilitatori di innovazione decentrati vs. soluzione europea centralizzata: un’occasione persa?

1. *Premessa*

FinTech e il connesso processo rivoluzionario sono associati all’idea di cambiamento¹ che le nuove tecnologie stanno esercitando sul tipo di servizio finanziario offerto, sulla tipologia di *player* che può competere sul mercato, sulle modalità innovative con le quali i servizi possono essere prestati. Tutto quello che gravita nell’ampio ed eterogeneo ecosistema *FinTech* necessita quindi di un mutamento nell’approccio regolamentare², tanto da assurgere a nuova sfida per i regolatori ed i supervisori, costantemente dibattuti nella ricerca del bilanciamento tra il sostegno dell’innovazione e le esigenze di tutela dei consumatori e della stabilità del sistema finanziario nel suo complesso.

¹ È il Parlamento europeo che riassume in un’unica parola chiave, “*change*”, i cambiamenti in corso attivati da *FinTech* [cfr. *Competition issues in the Area of Financial Technology (FinTech)*, Study requested by the ECON Committee, July 2018, p.103, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/I_POL_STU\(2018\)619027_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/619027/I_POL_STU(2018)619027_EN.pdf)]. Sul senso e sul significato del “cambiamento”, congiuntamente a quello di “sfida”, entrambi racchiusi nella portata rivoluzionaria di *FinTech*, mi sia consentito rinviare a Maria-Teresa Paracampo, *FinTech between regulatory uncertainty and market fragmentation. What are the prospects for the technological single market of financial services?*, in corso di pubblicazione in *Studies in Law and Economics (Studia Prawno-Ekonomiczne)*, Vol. 110/1/2019.

² Sui vari approcci regolamentari si rinvia all’analisi effettuata da Nadia Linciano e Paola Soccorso, *FinTech e RegTech: approcci di regolamentazione e di supervisione*, in *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Maria-Teresa Paracampo, Giappichelli, 2017, p. 27.

A fronte però di un manifestato “disagio”³ dei regolatori nel processo di comprensione e regolazione di un fenomeno innovativo, in diversi casi fonte di molteplici incertezze giuridiche, il risultato immediato si è tradotto in un effetto *patchwork* delle regole e delle soluzioni adottate in una dimensione *cross-border*.

Nello scenario tuttora confuso che per certi versi caratterizza *FinTech* e le sue articolazioni si sono andate profilando diverse opzioni solutorie con la finalità di superare le barriere regolamentari che accentuano la frammentazione del mercato. Opzioni che, oltre a concretizzarsi ora in cenni di disciplina messe in cantiere dalla Commissione europea per colmare *gap* normativi, ora nel ricorso a strumenti di *soft law* (e.g. *guidelines*, *recommendations*, etc.) in funzione della definizione di *good e best practices* di azione delle imprese da un lato e di intervento dei supervisori dall’altro lato, hanno trovato espressione in spazi di sperimentazione controllata.

Trattasi di “spazi protetti” la cui introduzione è stata raccomandata alle autorità competenti dal Parlamento europeo⁴ con la finalità di testare le proposte tecnologiche e finanziarie innovative e nel contempo supportare l’innovazione, esentando talora, ove appropriato – sulla base di una valutazione effettuata caso per caso - dall’applicazione del completo *set* regolamentare o di supervisione attraverso un confronto a più voci tra imprese, regolatori e supervisori.

³ In tal senso Salvatore Rossi, *FinTech e Regole*, Inaugurazione del Corso di Alta formazione organizzato dall’ABI su “*FinTech e Diritto*”, Roma 10 maggio 2018.

⁴ Cfr. il Parlamento europeo nella sua risoluzione del 17 maggio 2017 su *Tecnologia finanziaria: l’influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, ove *sub* n. 7) si legge che “raccomanda che le autorità competenti consentano e incoraggino la sperimentazione controllata con le nuove tecnologie per i nuovi operatori di mercato e per quelli esistenti; osserva che un simile ambiente controllato per le sperimentazioni potrebbe assumere la forma di uno spazio di sperimentazione normativa (“*sandbox*”) per i servizi *FinTech* che presentano potenziali benefici per la società, che riunisce una vasta gamma di operatori di mercato ed è già stato introdotto con successo in diversi Stati membri; sottolinea che un impegno proattivo e lungimirante da parte delle autorità, nell’ambito di un dialogo con gli operatori di mercato e tutti gli altri pertinenti soggetti interessati, è necessario e può aiutare le autorità di vigilanza e di regolamentazione a sviluppare competenze tecnologiche; invita le autorità competenti a considerare la possibilità di sviluppare strumenti per le prove di stress finanziarie e/o operative per le applicazioni *FinTech* laddove possano causare rischi sistemici, in modo complementare al lavoro del Comitato europeo per il rischio sistemico”.

Gli schemi di concretizzazione così suggeriti si connotano per differenti funzionalità, scopi e sfaccettature, spaziando dalle *regulatory sandboxes* agli *innovation hubs* sino agli *incubators*, sebbene il primo modello (i.e. *regulatory sandbox*) abbia attirato presto grande interesse in virtù della relativa diffusione nel contesto sia europeo che extra-europeo, tanto da farlo assurgere – nei termini e con le limitazioni di cui si dirà - a “nuovo” centro decisionale delle sorti di tutti *players* (i.e. *incumbents*, *start ups FinTech*, *providers* tecnologici) su un mercato ancora troppo frammentato dal punto di vista sia normativo che operativo. Un panorama frastagliato cui le ESAs, anche su richiesta dell’industria finanziaria⁵, hanno cercato in qualche modo di porre rimedio attraverso la recente definizione di taluni principi, sotto forma di *best practices*⁶, finalizzate a fornire talune indicazioni ai fini di una maggiore convergenza di tipo progettuale ed operativo tra i diversi facilitatori di innovazione.

2. *Regulatory sandboxes e facilitatori di innovazione: il background e le fasi salienti di un processo in corso*

Ricostruendo sommariamente il *background* e le fasi salienti del processo che ha portato alla definizione delle cennate *best practices* per i facilitatori di innovazione, gli spazi di sperimentazione controllata, come già detto, trovano la propria fonte nella sollecitazione del Parlamento europeo, che le ha inserite tra i principali *drivers* da seguire nell’approccio a *FinTech*. Tale indicazione è stata peraltro avallata tramite riconoscimento operato dalle *Sound Practices* del Comitato di Basilea⁷, sino alla consacrazione di detti facilitatori come uno dei fulcri

⁵ Cfr. EBA, *REGULATORY SANDBOXES. A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group*, 20 July 2017, https://www.eba.europa.eu/documents/10180/807776/BSG+Paper+on+Regulatory+Sandboxes_20+July+2017.pdf; *EBA Industry Roundtable: Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs*, *EBA’s premises*, London, 3 September 2018, <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/2270871/Presentation+for+industry+roundtable+%28sandboxes+and+IHs%29%20September+2018+-+for+publication.pdf>.

⁶ Cfr. ESAs, *Report. FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs* (JC 2018 74 – 7 January 2019).

⁷ Cfr. implicazione e relativa considerazione *sub* 10), Basel Committee on Banking Supervision, *Sound Practices. Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, February 2018, <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf>.

portanti del *FinTech Action Plan*, adottato dalla Commissione europea⁸ in funzione di una Strategia europea per la creazione di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.

Difatti, tra gli interventi programmati nel citato Piano d’Azione uno dei versanti contraddistinto da un alto grado di priorità concerne proprio l’accesso al mercato di soggetti *FinTech* (parimenti quelli *InsurTech*) e, nella specie, la regolamentazione dell’autorizzazione⁹ - quale momento preliminare e funzionale al relativo ingresso nell’alveo della vigilanza delle Autorità di supervisione e concomitante soggezione ad un complesso ed ormai “ingovernabile” *set* di regole – nonché, in funzione complementare, l’operatività delle *regulatory sandboxes*.

Quello indicato rappresenta un tema complesso con riferimento al quale si palesano due aspetti che, considerati congiuntamente, rischiano di innescare un effetto deterrente rispetto alla tanto invocata spinta verso l’innovazione: l’incertezza normativa da un lato circa il regime applicabile in taluni casi e la mancanza di chiarezza circa lo *status* regolamentare di alcune imprese dall’altro lato, che rischiano di violare il principio del *level playing field*, ovvero uno dei fattori determinanti della politica in tema di *FinTech*.

In questo contesto le *regulatory sandboxes* sono divenute presto oggetto di attenta disamina dell’EBA che ne ha svolto un’attenta analisi di tipo comparativo dapprima di propria iniziativa, con il fine di delimitare il perimetro sotto osservazione e nel contempo definire lo

⁸ A fronte di uno scenario normativo variamente frammentato, la Commissione europea ha pubblicato, a seguito di una consultazione con il mercato, il *FinTech Action Plan* nel quale ha individuato le aree più critiche che necessitano di un intervento per il biennio 2018/2019. Aree confermate *ratione materiae* nella *Roadmap per FinTech*, tracciata dall’EBA, cui la Commissione europea ha conferito una serie di mandati esplorativi e di approfondimento, funzionali all’adozione di *best practices*, *guidelines* o di altri strumenti di *soft law*. Entrambi i documenti quindi vanno letti in parallelo, dal momento che integrano congiuntamente la Strategia europea per la creazione del mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.

⁹ Si rammenta che è in corso un processo di mappatura dell’EBA in ordine alle modalità di utilizzo del criterio di proporzionalità nei procedimenti di autorizzazione attivati dalle diverse autorità, finalizzato alla definizione di specifiche *best practices* in materia. Identico percorso è stato attivato peraltro dall’EIOPA in ambito assicurativo, ove a seguito di una *survey* condotta nell’estate del 2018, l’Autorità europea ha pubblicato di recente i risultati nel *Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an InsurTech context*, 27 March 2019, reperibile sul sito istituzionale.

status regolamentare delle imprese coinvolte nella prestazione di servizi *FinTech*¹⁰, poi sulla scorta di un mandato della Commissione europea diretto a mappare i diversi approcci seguiti dalle autorità nazionali competenti.

L'esigenza di un maggior approfondimento dei lavori in materia è emersa sulla base di una duplice considerazione, una di tipo positivo, l'altra meno: entrambe comunque conseguenti alla crescente adozione di forme di *regulatory sandboxes*, *innovation hubs* o forme simili (e.g. *accelerators*) in più della metà degli Stati membri con la finalità di capitalizzare i benefici connessi all'innovazione.

Benefici che l'EBA ha riconosciuto principalmente nella possibilità di favorire l'interazione, a mezzo di uno stretto dialogo tra imprese *FinTech*, regolatori e supervisori, circa lo sviluppo delle nuove tecnologie e, nel contempo, di neutralizzare eventuali rischi connessi alla relativa sperimentazione in un ambiente strettamente controllato¹¹.

Tuttavia, i risultati di un'analisi preliminare svolta dall'Autorità europea hanno evidenziato caratteristiche differenti nell'operatività delle *regulatory sandboxes* (e parimenti degli *innovation hubs*) sinora create nei diversi Stati membri. Caratteristiche che variano, ad esempio, con riferimento al novero dei soggetti ammessi (se estesi anche ai nuovi *players* o solo agli *incumbents*), agli scopi dei servizi finanziari e alle limitazioni sulle disposizioni regolamentari applicabili, nonché sulla necessità di una licenza¹².

¹⁰ L'EBA si era difatti già attivata per approfondire i lavori sulle *regulatory sandboxes*, avendole del resto inserite tra le aree maggiormente attenzionate nell'ambito sia del *discussion paper* su *FinTech* posto in consultazione nel mese di agosto del 2017, sia della successiva *roadmap* tracciata sulla base degli esiti della consultazione medesima (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).

¹¹ Sulle opportunità che conseguono all'adozione di una *regulatory sandbox* di rinvia a CEPS-ECRI, *The Future of Retail Financial Services. What policy mix for a balanced digital transformation?*, Report of a CEPS-ECRI Task Force, February 2017, <https://www.ceps.eu/system/files/TFRFutureFinancialServices.pdf>.

¹² Sebbene il modello prevalentemente seguito sia stato quello adottato dalla FCA britannica, che ha trovato accoglimento nel contesto europeo e soprattutto extraeuropeo, sulla base di diversi accordi di cooperazione conclusi con le autorità asiatiche (i.e. Hong Kong e Singapore, etc.) le quali vi hanno fatto ricorso per una condivisione delle informazioni in materia, diverse però sono state le peculiarità che ne hanno contraddistinto l'operatività. Una panoramica delle variazioni sul tema è

Pertanto, nella prospettiva di prevenire barriere all'ingresso e consentire invece a tutte le imprese di partecipare al mercato interno dei servizi finanziari su un piano di parità, nonché nel tentativo di uniformare le cennate diversità, l'EBA, in linea con il *FinTech Action Plan*, ha portato avanti un'analisi dei diversi regimi di *sandboxes*, attraverso una mappatura di quelle attualmente operative in funzione della successiva individuazione di caratteristiche comuni prima e di talune *best practices* poi da implementarsi a cura sia di quelle da creare *ex novo*, sia di quelle già attive, magari in fase di revisione.

Finalità ultima quella di favorire una maggiore convergenza delle pratiche operative portate avanti nel contesto dei diversi facilitatori di innovazione, cui può essere riconosciuto il merito di offrire un approccio bilanciato tra il sostegno dell'innovazione e della trasformazione digitale con il rispetto del principio del *level playing field*. Un punto di equilibrio tra le indicate esigenze che però viene raggiunto con differenti risvolti sul piano pratico, laddove l'*innovation hub* si contraddistingue per una più spiccata connotazione regolamentare e di *compliance* normativa¹³, mentre la *regulatory sandbox* si distingue per una maggiore vocazione sperimentale.

Purtuttavia, il tema è divenuto presto oggetto di disamina specifica anche da parte dell'EIOPA con riguardo ai facilitatori di innovazione e, in particolare, delle *regulatory sandboxes* create dalle diverse autorità nazionali, replicando così in ambito assicurativo il percorso già attivato dall'EBA. I risultati della *survey* lanciata la scorsa estate e finalizzati

fornita a livello europeo dal *Report* delle ESAs, a livello internazionale da Dirk A. Zetsche etc., *Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 23, N. 1, 2017.

¹³ Nel *Report* delle ESAs gli *innovation hubs* sono descritti nei seguenti termini: “*these provide a dedicated point of contact for firms to raise enquiries with competent authorities on FinTech-related issues and to seek non-binding guidance on the conformity of innovative financial products, financial services or business models with licensing or registration requirements and regulatory and supervisory expectations*”, a differenza delle *regulatory sandboxes* che “*provide a scheme to enable firms to test, pursuant to a specific testing plan agreed and monitored by a dedicated function of the competent authority, innovative financial products, financial services or business models. Sandboxes may also imply the use of legally provided discretions by the relevant supervisor (with use depending on the relevant applicable EU and national law) but sandboxes do not entail the disapplication of regulatory requirements that must be applied as a result of EU law*”.

anche in questo caso alla definizione di *best practices* sono stati riportati nell'ambito di un *report*, pubblicato di recente dall'Autorità europea¹⁴.

Le iniziative intraprese dalle singole autorità e la conseguente duplicazione dei percorsi, che inizialmente faceva paventare un'ulteriore forma di frammentazione - questa volta settoriale - del mercato, è stata però solo momentaneamente¹⁵ superata da quella che appariva invece l'unica soluzione realmente auspicabile, ovvero un'impostazione unitaria e congiunta, portata avanti piuttosto dal Joint Committee delle ESAs. Impostazione seguita con la finalità di superare disarmonie *cross sector* e *cross border*, il cui risultato ha trovato espressione nel *report* sui facilitatori di innovazione.

3. *Il Report delle ESAs: i risultati della survey e le best practices stilate*

Come già indicato, il *report* adottato dalle ESAs costituisce il risultato di un sondaggio condotto tra le autorità nazionali e di un concomitante processo di mappatura dei diversi facilitatori di innovazione già implementati nei diversi Stati membri¹⁶, con un *focus* esclusivo sugli *innovation hubs* e sulle *regulatory sandboxes*, di cui riporta le principali caratteristiche distintive.

Prendendo le mosse da un'analisi comparativa delle stesse, che indica con distinta menzione le diverse fasi di articolazione della procedura di accesso ora all'uno ora all'altro facilitatore di innovazione,

¹⁴ Cfr. EIOPA, *Report on best practices on licencing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an InsurTech context*, cit.

Il *report* affronta anche altri due temi rilevanti, uno specifico del settore assicurativo come l'assicurazione *peer to peer*, l'altro comune ai comparti finanziari limitrofi ed oggetto peraltro di attenzione anche nel contesto del *FinTech Action Plan*, quale l'applicazione del principio di proporzionalità nel contesto dell'innovazione.

¹⁵ Il carattere provvisorio della soluzione adottata ai fini di un'unica impostazione *cross sector* discende dal responso ulteriore offerto sul punto *de quo* dall'EIOPA nel citato *report*, su cui v. *infra*.

¹⁶ La ricostruzione del *background* dal quale trae spunto il *report* in questione fa sostanzialmente leva sull'indagine svolta dall'EBA con riguardo a caratteristiche peculiari sia delle *regulatory sandboxes* sia degli *innovation hubs*, in termini sia positivi che negativi, onde trarre risposte sul migliore ed efficiente "spazio di sperimentazione controllata". Tanto discende altresì dalla circostanza che nel sostenere l'innovazione finanziaria e tecnologica (*FinTech* e *InsurTech*) taluni Stati membri hanno fatto ricorso alle *regulatory sandboxes*, altri agli *innovation hubs* contraddistinti da finalità differenti.

le Autorità prendono atto di alcuni punti di forza nell'operatività sia degli *innovation hubs* sia delle *regulatory sandboxes*, non senza evidenziare anche elementi di debolezza e limiti che potrebbero creare ulteriori barriere alla prestazione di servizi innovativi che, sotto l'egida di *FinTech*, si contraddistinguono per una vocazione *cross border*.

A fronte di un'esperienza relativamente limitata, acquisita con riguardo agli schemi operativi a marzo 2018, il *report*, tra luci ed ombre, non offre soluzioni di uniforme implementazione per tutti i facilitatori di innovazione, bensì sulla scorta delle pratiche osservate, riporta nell'allegato B alcuni principi operativi da considerarsi quali *best practices* utili per i facilitatori di nuova istituzione o per la revisione di quelli esistenti.

Dette *best practices*, articolate variamente in alcuni principi comuni ad entrambi i modelli, unitamente ad altri distinti e peculiari ora agli *innovation hubs* ora alle *regulatory sandboxes*, sono dirette a fornire un supporto indicativo per le autorità competenti. La relativa interpretazione dovrà essere improntata al criterio della flessibilità, reso necessario in ragione di taluni variabili quali le peculiarità proprie di ciascun mercato nazionale, la rapida evoluzione delle innovazioni finanziarie, la struttura della supervisione del settore finanziario, gli obiettivi, le funzioni e le risorse disponibili per le competenti autorità negli Stati membri.

Le misure proposte, funzionali ad una maggiore convergenza delle pratiche portate avanti nel contesto dei diversi facilitatori, si distinguono per una valenza prettamente operativa che risponde ad esigenze di trasparenza verso tutti i soggetti che intendono avvalersene. In questo senso si giustificano principi tesi a indicare la visibilità dei punti di contatto e delle modalità di accesso, la natura vincolante o meno delle comunicazioni tra autorità e imprese, alcune modalità di funzionamento dei facilitatori e la precisazione finale relativa all'applicazione della normativa vigente, nell'ambito della quale le autorità potranno far uso del principio di proporzionalità.

Esaurite le *practices* stilate, i facilitatori di innovazione preservano la discrezionalità dell'autorità competente sia nella determinazione dei criteri di accesso che permangono distinti da Stato a Stato, purché resi pubblici come richiesto dalle ESAs, sia nella valutazione dei singoli casi, che in ipotesi potrebbero essere di diverso e contrastante contenuto

anche con riguardo alla medesima fattispecie sottoposta al test o all'esame di più facilitatori.

Un limite, quello da ultimo indicato, di cui le autorità europee mostrano di aver piena consapevolezza nel momento in cui prendono atto del raggio di azione dei facilitatori di innovazione, circoscritto a livello nazionale, parimenti a quello di ogni autorità competente che ha provveduto ad istituirlo in ciascuno Stato membro. Detto elemento potrebbe però tradursi in un freno alla scalabilità e al potenziamento di *FinTech*, nonché di tutte le innovazioni finanziarie nel contesto europeo, trasformandosi in un ulteriore fardello operativo per le imprese a scapito del mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.

Il fardello operativo rischia poi di divenire una vera e propria barriera all'accesso al mercato da parte di nuovi *players*, a motivo di indicazioni diverse e talora contrastanti circa lo *status* regolamentare riconosciuto alle imprese innovative e l'applicazione del completo *set* normativo, con conseguente detrimento della prestazione transfrontaliera di attività *FinTech* che aspirano ad una dimensione internazionale.

Conseguenze pregiudizievoli in tal senso potrebbero discendere da pratiche quali "*forum shopping*" e arbitraggio regolamentare tra differenti posizioni assunte da diverse autorità nazionali (*rectius*: dai rispettivi facilitatori di innovazione) che minano in definitiva uno di principi guida nell'approccio alle dinamiche sottese a *FinTech*, ovvero il *level playing field* tra tutti i *players* sul mercato.

Parimenti, identico risultato potrebbe conseguire nel caso di barriere sollevate in uno Stato membro ove non vengano riconosciute le innovazioni già testate con successo da un'impresa nella *regulatory sandbox* di altro Stato membro o nell'ipotesi in cui venga richiesto di sottoporle a nuova valutazione, tali da ritardarne il lancio sul mercato.

In definitiva, ogni autorità nazionale che abbia creato una *regulatory sandbox* o un *innovation hub*, con tutte le caratteristiche e le finalità che ne distinguono l'operatività sul mercato, ha seguito un percorso individuale circoscritto ai confini del singolo Stato membro. La "personalizzazione" nazionale di ciascun facilitatore si è subito palesata come il limite operativo principale sia per i nuovi adepti, sia per il conseguimento dell'auspicato polo europeo tecnologico. Difatti, a fronte di proposte innovative ivi testate, condannate ad esaurirsi nei confini del singolo Stato membro, si è profilata un'ulteriore ipotesi di

frammentazione del mercato tanto negli approcci regolamentari a *FinTech* in generale, quanto nelle soluzioni prescelte sui diversi versanti di volta in volta coinvolti e sperimentati, con le inevitabili ricadute di una serie di effetti indesiderati.

Le criticità derivanti dalla mancanza di un coordinamento delle autorità *cross border*, come nei casi descritti, non rappresenta l'unica causa all'origine delle difficoltà operative delle imprese *FinTech*, le quali potrebbero doversi confrontare con le medesime problematiche anche a livello nazionale, laddove un mercato domestico pecchi per l'assenza di una collaborazione delle diverse autorità di controllo. Profilo quest'ultimo particolarmente rilevante nel momento in cui una determinata fattispecie presenti aspetti di competenza (es. in materia di tutela dei consumatori o in tema di antiriciclaggio) di autorità non direttamente coinvolte nel facilitatore¹⁷. Un ostacolo superabile però con un rinvio immediato alle autorità di volta in volta competenti, come richiesto da una delle *best practices* declinate.

4. *Prospettive di coordinamento transfrontaliero: verso la creazione di un network europeo dei facilitatori di innovazione*

Tra *gap* normativi ed incertezze giuridiche che si frappongono al conseguimento dell'obiettivo principale (i.e. la creazione di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari), le autorità europee hanno cominciato a prospettare e valutare ulteriori misure di intervento in funzione di un coordinamento tra i diversi facilitatori di innovazione.

Le strade prese in considerazione portano verso l'adozione, su iniziativa delle ESAs, di una guida sulla cooperazione ed il coordinamento tra i facilitatori di innovazione oppure verso la creazione di un *network* europeo diretto a collegare i diversi facilitatori stabiliti in ciascuno Stato membro.

¹⁷ Con uno sguardo rivolto al nostro Paese, si potrebbe riportare l'esempio dell'*innovation hub* creato da Banca d'Italia e noto come "*Canale FinTech*", cui peraltro si aggiunge una *regulatory sandbox* implementata da IVASS con esclusivo riguardo alla *blockchain*. Un momento rilevante nell'approccio a *FinTech* si è raggiunto però con la stipula di un protocollo d'intesa tra tutte le autorità le cui competenze potrebbero rilevare ai fini dell'esame delle diverse sfaccettature dell'innovazione tecnologica.

Entrambe le ipotesi considerate non sono alternative, bensì complementari e tendono a centralizzare in qualche modo, seppure con diverso grado ed intensità, soluzioni alle criticità evidenziate con benefici differenti per le autorità competenti.

Queste ultime nel caso della guida potrebbero adottare, sulla base di un accordo bilaterale o multilaterale di coordinamento/cooperazione, un approccio comune al fine di supportare la collaborazione tra *innovation hubs* e *regulatory sandboxes*, sotto forma di scambio di informazioni, in caso di emergenza (quanto a complessità ed implicazioni) relativa a specifiche innovazioni finanziarie.

Nell'ipotesi del *network* europeo le autorità potrebbero invece beneficiare di una piattaforma ove professionisti ed esperti supportano le autorità partecipanti nel ricercare approcci comuni per valutare questioni specifiche ad una determinata impresa e presentate al *network* in ordine alle aspettative regolamentari e di supervisione che riguardano il trattamento delle innovazioni finanziarie. Tale soluzione avrebbe invece il pregio di promuovere una maggiore convergenza delle posizioni adottate, dal momento che le imprese potrebbero ricevere risposte coordinate, frutto della discussione avviata nell'ambito del *network*.

Quest'ultimo peraltro potrebbe fungere da *forum* tra le autorità competenti e le ESAs per accrescere la capacità tecnologica dell'innovazione finanziaria mediante la condivisione delle conoscenze così come della gestione dei facilitatori di innovazione.

La cooperazione potrebbe poi tradursi nell'assunzione di approcci comuni su specifiche innovazioni e sulla condivisione dei risultati di *testing* di innovazioni selezionate dalle competenti autorità in caso di *sandbox*, nonché fornendo dei *feedback* ai partecipanti come lezioni apprese.

Dette soluzioni, che pure forniscono un effettivo e significativo strumento di convergenza, non sono però esenti da rischi o potenziali impedimenti derivanti da differenti disposizioni nazionali o normative europee diversamente recepite in ciascuno Stato membro con riguardo alle definizioni di strumenti e di servizi finanziari o ai requisiti richiesti per le regole di condotta, tanto da rendere difficoltosa e talora ostacolare una comprensione condivisa di cosa debba essere autorizzato o di chi sia soggetto al rilascio di una licenza.

Le ESAs prendono così atto della necessità di adottare un approccio multiuso tale da favorire il superamento di situazioni contingenti del genere indicato tramite una guida o accordi di rete, sebbene detti accordi potrebbero supportare lo scambio di informazioni su particolari pratiche innovative in relazione a specifici prodotti, servizi, o modelli di *business*.

Dopo la definizione delle *best practices*, il coordinamento e la cooperazione *cross border* tra facilitatori di innovazione rappresentano i prossimi obiettivi del lavoro di approfondimento che le autorità europee si sono ripromesse di svolgere sulla scorta di un'attività di monitoraggio *ongoing* in ordine ad eventuali ulteriori sviluppi, in linea peraltro con la Strategia su *FinTech*, come delineata dalla Commissione europea nel *FinTech Action Plan*.

Tale obiettivo sarà portato avanti, nell'ambito del complessivo programma di lavoro europeo su *FinTech*, su un duplice versante: il lavoro guidato dalla Commissione europea con specifico riferimento alle *regulatory sandboxes*, come riportato nel *FinTech Action Plan*, nonché il lavoro continuo della Commissione europea e delle ESAs sull'identificazione degli ostacoli regolamentari che si frappongono all'innovazione finanziaria e al potenziamento di *FinTech* nell'Unione europea.

Nella prospettiva indicata il seguito del *report* delle ESAs sulle *regulatory sandboxes* e sugli *innovation hubs* è stato preannunciato in occasione della terza conferenza annuale su *FinTech*, nel corso della quale è stato anticipato per il 2 aprile 2019 il lancio congiunto - a cura delle ESAs e della Commissione europea¹⁸ - di un *Network* Europeo dei Facilitatori di Innovazione (i.e. *European Forum of Innovation*

¹⁸ La notizia è stata preannunciata dal vicepresidente, Valdis Dombrovskis, nel suo *speech at the Afore Consulting - 3rd Annual Fintech Conference*, Brussels, 26 February 2019, reperibile su https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/dombrovskis/announcements/vp-dombrovskis-speech-opening-3rd-annual-afore-fintech-conference_en. Sul punto in questione si è pronunciato anche Steven Maijoor [*Crypto-Assets: time to deliver*, 3rd Annual FinTech Conference – FinTech and Regulation, 26 February 2019 (ESMA71-99-1120)] che, nella stessa occasione, ha espresso un positivo apprezzamento su detta iniziativa che consentirà in definitiva di riunire e superare i confini nazionali degli Stati membri per confluire in una sede unica ove condividere *best practices* e promuovere la convergenza regolamentare e di supervisione per i business innovativi a livello europeo.

Facilitators)¹⁹, con la finalità precipua di favorire l'apprendimento reciproco delle autorità attraverso un continuo scambio di informazioni, tale da rafforzare il potenziamento delle imprese *FinTech* a livello europeo attraverso un meccanismo di rinvio quando le stesse superino i confini nazionali.

L'azione di *follow up* indicata potrebbe peraltro non essere l'unica, potendo infatti essere seguita da altra soluzione adottata sul versante assicurativo ove l'EIOPA che, come già detto, ha replicato un percorso simile a quello dell'EBA, ha pure preannunciato nel suo *report* di recente pubblicazione²⁰, la creazione di un *network* europeo tra *innovation hubs*²¹.

5. *Best practices e facilitatori di innovazione decentrati vs. soluzione europea centralizzata: un'occasione persa?*

La direzione intrapresa dalle Autorità e dalla Commissione europea sembra al momento quella tracciata a favore di una conferma delle competenze nazionali attraverso i facilitatori di innovazione implementati in ciascuno Stato membro, raccordate solo tramite un'azione di rete a livello transfrontaliero.

La soluzione indicata presenta il pregio di offrire un approccio bilanciato tra esigenze talora contrapposte, come quelle sottese al sostegno dell'innovazione da un lato e quelle discendenti dal rispetto del *level playing field* dall'altro, facendo salve nel contempo le competenze delle autorità nazionali.

Tuttavia, la considerazione di altri profili, ulteriori rispetto a quelli affrontati nel *report* delle ESAs, potrebbe spingere verso soluzioni alternative più efficienti.

Difatti, nel *Report* talune problematiche pratiche sono state poste in luce, altre sono rimaste in ombra, pur rappresentando in quest'ultimo

¹⁹ Cfr. Valdis Dombrovskis, *FinTech Action Plan: Keynote speech at the inaugural event of the European Forum for Innovation Facilitators*, Brussels 2 April 2019, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/dombrovskis/announcements/fintech-action-plan-keynote-speech-vp-dombrovskis-inaugural-event-european-forum-innovation_en

²⁰ Su cui v. *supra*.

²¹ Da precisare che la *survey* dell'EIOPA aveva ad oggetto la mappatura delle *regulatory sandboxes* e giunge invece nel *report* finale a proporre un *network* di *innovation hubs*.

caso la vera sfida ai fini della creazione di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.

Così le ESAs lasciano irrisolti diversi interrogativi che potrebbero trasformarsi in conflitti di competenza tra autorità di paesi diversi da un lato e in deterrente per l'avvio di soluzioni finanziarie e tecnologiche innovative dall'altro lato. A titolo esemplificativo si pensi all'invito rivolto alle *sandbox* di riconoscere soluzione già testate con successo presso altre autorità, ma nulla si dice sulla possibilità di riproporre presso una *sandbox* con criteri di accesso e parametri di test più *light* un'attività innovativa che abbia già ricevuto un responso negativo in altra *sandbox*.

Ancora, permangono poi talune problematiche concernenti il rapporto per un verso tra i facilitatori di innovazione come censiti dalle ESAs e altre forme di supporto all'innovazione, per altro verso degli stessi facilitatori e del relativo *network* con altri luoghi di condivisione già esistenti (*rectius*: di recente introduzione) a livello europeo.

Con riguardo al primo versante va rammentato che il perimetro della *survey* condotta dalle ESAs è stato delimitato con esclusivo riguardo agli *innovation hubs* e alle *regulatory sandboxes*, con esclusione di incubatori e di acceleratori che rappresentano modelli privati che non involgono le competenze delle autorità nazionali, o meglio non sono creati su iniziativa delle autorità nazionali.

Eppure, detti schemi, che in prima battuta erano stati presi in considerazione nei vari documenti²² che hanno preceduto il processo di mappatura, svolgono una funzione rilevante per le *start up*, tali da avvicinarli allo spirito di fondo che anima le *sandboxes*. Avrebbero

²² Il Comitato di Basilea nelle *Sound Practices*, cit. aveva menzionato gli *accelerators* accanto e quali valide alternative agli *innovation hubs* e alle *regulatory sandboxes*, offrendone anche una definizione convenzionale nei seguenti termini: “*Accelerators are usually founded and run by experienced private sector participants. They are fixed-term programmes that include mentorship or education from the sponsoring partners. They can culminate in a public pitch event or a demo day where selected young firms can present their solutions to a problem. Against this background, accelerators can be understood as projects or programmes by supervisors or central banks where private sector firms are involved to address specific problems or to explore new technologies. Through joint partnership and projects with private sector fintech firms, agencies can explore how innovative solutions could be used in central banking operations including in the conduct of supervisory tasks (supotech)*”.

infatti meritato maggiore attenzione proprio nell'ottica di un'azione propositiva verso l'innovazione, specie in quegli Stati membri che sono ancora privi di un facilitatore di innovazione nei termini considerati dal *report*.

La relativa considerazione sarebbe stata auspicabile anche con riferimento agli Stati membri dove comunque sono attivi un *innovation hub* o una *regulatory sandbox*, unici modelli ufficialmente riconosciuti dal *report*, in quanto creati su iniziativa delle autorità nazionali. Difatti, gli uni non escludono gli altri, dal momento che gli incubatori o acceleratori potrebbero supportare lo sviluppo di soluzioni innovative che potranno poi essere testate e valutate nel contesto dei facilitatori di innovazione come indicati dalle ESAs. Non solo, potrebbero coadiuvare le *start up* nel processo di definizione del *business plan* e nella messa a punto di tutti i presupposti richiesti quali i criteri di ammissibilità per la proposizione delle soluzioni innovative sottoposte al vaglio delle *regulatory sandboxes*.

In definitiva, potrebbero svolgere un'attività preliminare di istruttoria e, nel contempo, di filtro che agevolerebbe l'attività delle *sandboxes* nella selezione delle imprese sulla scorta dei criteri stabiliti e degli scopi statutari preventivamente resi noti. Di qui l'opportunità per misure di coordinamento delle azioni portate rispettivamente avanti in funzione di una proficua collaborazione tra strutture finalizzate a sostenere l'innovazione.

Sul secondo versante su accennato, si registra invece, a fronte di un eccessivo decentramento nazionale delle soluzioni adottate, un inizio di sovraffollamento e talora di sovrapposizione dei diversi luoghi di condivisione europea delle informazioni.

Difatti, il *report* non affronta il tema dei rapporti tra i facilitatori di innovazione, il relativo *network* lanciato di recente ed i "luoghi" di condivisione istituiti a livello europeo: da un lato il *FinTech Knowledge Hub*, creato dall'EBA²³, dall'altro lato l'*EU FinTech Lab* a cura della Commissione europea²⁴.

²³ L'istituzione figura nel novero delle iniziative assunte dall'EBA nella sua *FinTech Roadmap. Conclusions from the consultation on the EBA's approach to financial technology (FINTECH)*, 15 March 2018, reperibile sul sito istituzionale.

²⁴ Trattasi di un laboratorio europeo per le tecnologie finanziarie, creato nell'ambito del Piano d'Azione per *FinTech* [cfr. *FinTech Action Plan: For a more*

Premessa la mancanza di chiarezza a monte circa i rapporti tra l'*Hub* e il Laboratorio, che nella declinazione delle finalità riconosciute, sembrano talora duplicarsi e sovrapporsi nelle funzioni da svolgere a favore delle autorità nazionali e delle imprese che figurano tra gli adepti, il *report* tace poi sull'*an* e sul *quomodo* debbano o possano con essi interloquire i facilitatori di innovazione o il *network*.

I dubbi e le perplessità potrebbero moltiplicarsi con riguardo ad un'equazione di non facile soluzione, che sfrutta da un lato, ove esistente, la disciplina vigente, facendo poi leva dall'altro lato su incognite che svolgono però un ruolo decisivo ai fini della scalabilità e del potenziamento di *FinTech* in una dimensione europea.

Ed è proprio con riguardo alla disciplina vigente che emergono poi ulteriori implicazioni laddove la normativa europea non sia improntata ad un principio di armonizzazione massima (come nel caso della direttiva sulla distribuzione assicurativa) e lasci ancora aperti varchi di discrezionalità in sede di recepimento nazionale.

A fronte di quella che appare una risposta temporanea, diversi possono essere quindi i profili di netto miglioramento di una soluzione non univoca sotto diversi aspetti e che tenta di creare convergenza esclusivamente su criteri minimi di operatività dei differenti facilitatori di innovazione, lasciando nel contempo intatti i margini di discrezionalità delle autorità nazionali su aspetti rilevanti per un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari.

Difatti la soluzione adottata potrebbe tradursi in una penalizzazione del contesto europeo con quello di più ampio respiro internazionale che vanta mercati più maturi in tema di *FinTech*.

Diversamente, in una prospettiva lungimirante, una soluzione più appropriata al contesto in evoluzione sarebbe stata quella a favore della creazione di una *regulatory sandbox* europea²⁵ ove centralizzare

competitive and innovative European financial sector [COM(2018) 109/2, pubblicato l'8 marzo 2018, sub point 2.4]

²⁵ EBA, *REGULATORY SANDBOXES. A proposal to EBA by the Banking Stakeholders Group*, 20 July 2017, https://www.eba.europa.eu/documents/10180/807776/BSG+Paper+on+Regulatory+Sandboxes_20+July+2017.pdf; EBF, *Report on Innovate. Collaborate. Deploy. The EBF vision for banking in the Digital Single Market*, 14 November 2016, <https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/05/EBF-vision-for-banking-in-the-Digital-Single-Market-October-2016.pdf>; W. RINGE – C. RUOF, *A Regulatory*

dibattito e soluzioni da adottare, in modo da rendere condivisibili in tutti gli Stati membri quelle raggiunte a livello europeo. Una *sandbox* europea infatti sarebbe stata in grado di realizzare una vera “armonizzazione” dei singoli approcci, divenendo nel contempo luogo privilegiato sia di vigilanza proattiva sui vari rischi paventati, sia di propulsione per eventuali interventi normativi di correzione o di nuova introduzione.

Tale ipotesi avrebbe avuto maggiori *chances* di competere come polo europeo per *FinTech*, presentandosi come luogo multidisciplinare, aperto alla sperimentazione anche delle nuove tecnologie con tutte le *skills* necessarie per un’opportuna valutazione, tale da superare anche le barriere sollevate da eventuali disarmonie normative.

Una soluzione che peraltro nel dibattito europeo ha riscosso diversi consensi e che in un contesto internazionale avrebbe avuto le carte in regola per competere e curare *ongoing* la propria *leadership* tecnologica da esportare fuori dai confini europei.

Un simile obiettivo deve difatti fare i conti con due percorsi con diverse velocità: uno circoscritto all’ambito strettamente europeo, l’altro di più ampio respiro e di dimensione internazionale, che supera i margini europei per allargare gli orizzonti in direzione di un *network* globale.

In quest’ultimo senso, artefice di una sorta di alleanza internazionale è stata la FCA che, con tutto il bagaglio di esperienza maturata in materia di *FinTech*, a seguito dell’imminente Brexit, sarà in grado di esercitare spinte competitive notevoli sul *competitor* europeo, che nel confronto è ancora ad uno stadio iniziale.

Anzi, la *regulatory sandbox*, creata dalla FCA, oltre ad assurgere ad antesignana di quelle implementate successivamente, è stata replicata da diverse autorità asiatiche sulla scorta di diversi accordi di cooperazione stipulati in funzione della condivisione di informazioni e di esperienze, rafforzando così la sua posizione competitiva sul mercato internazionale che le ha consentito di lanciare la scorsa estate una consultazione per esplorare le opportunità di un approccio di

Sandbox for Robo Advice, EBI Working Paper Series, 2018 – no. 26, 2 May 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3188828.

dimensione internazionale, volto a creare il *Global Financial Innovation Network*²⁶.

A fronte di una sfida competitiva di siffatta portata una *sandbox* di dimensione europea avrebbe potuto candidarsi quale nuovo baricentro “regolamentare” e di supervisione del mercato unico tecnologico dei servizi finanziari e magari aderire al *Global Network* in condizioni di parità concorrenziale con gli altri poli tecnologici, rischiando diversamente l’isolamento nel panorama internazionale in una partita che si preannuncia impari e dal risultato scontato.

²⁶ FCA, *Global Financial Innovation Network (GFIN). Consultation document*, August 2018, www.fca.org.uk.

Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti

SOMMARIO: 1. Natura delle valute virtuali e interessi rilevanti. – 2. Moneta e valuta. Una distinzione possibile ma non necessariamente utile. – 3. *Segue*. Delimitazione del campo: moneta legale, moneta scritturale, moneta elettronica e moneta convenzionale. Contiguità e differenze sul piano della oggettivazione giuridica. – 4. *Ratio* della disciplina dell'obbligazione pecuniaria e sua estensibilità al debito di valute virtuali. La disciplina dell'estinzione dell'obbligazione pecuniaria e della maturazione degli interessi legali come espressione di uno statuto che presuppone un debito di moneta legale. – 5. Rilevanza della funzione di investimento delle valute virtuali il cui valore è soggetto a fluttuazioni repentine sul piano della individuazione dei conflitti.

1. Natura delle valute virtuali e interessi rilevanti

Per comprendere come il progresso tecnologico stia ponendo il giurista dinanzi a nuovi interrogativi, basta pensare alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante «Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica». In essa il Parlamento, preso atto, da un lato, del potenziale della robotica e dell'intelligenza artificiale, con riferimento ai più diversi campi di applicazione, e, dall'altro, dei nuovi rischi cui i fruitori di tali prodotti della tecnologia sono esposti, invita la Commissione a riflettere sulle soluzioni giuridiche possibili e, in particolare, sull'istituzione «di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»¹.

Il passo, interpretato alla stregua di una provocazione da alcuni, è stato preso invece molto sul serio da chi reputa possibile e soprattutto utile adattare i concetti giuridici tradizionali alle nuove realtà, fino a perpetrare la finzione della soggettività, già utilizzata per le persone

¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL))*, p. 12, lett. f) (*on line*).

giuridiche, estendendola anche alle intelligenze artificiali². Le medesime seriosità e attitudine a scomodare i concetti si ritrovano nel dibattito sorto all'indomani dell'apparizione sui mercati delle c.d. criptovalute³. Lì non si è trattato di estensione di concetti rilevanti sul piano della teoria generale del diritto, ma pur sempre si è trattato dell'estensione di concetti, dotati di uno specifico significato normativo, utili a sintetizzare una data disciplina applicabile.

Punto di partenza delle molte costruzioni che si sono susseguite nel tempo in tema di obbligazioni pecuniarie è stato la definizione del suo oggetto⁴. E perciò, anche con riguardo alle criptovalute, il primo tentativo di inquadramento ha scontato l'esigenza di approdare su lidi

² Per tutti G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trd. it. P. Femia, Napoli, 2019, spec. p. 50 s.

³ C. PERNICE, *Digital Currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, spec. p. 199 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Obbligazioni pecuniarie in criptomoneta*, in *Giustiziacivile.com*, 2018; V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 747 ss.; R. BOCCHINI, *Sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inf. e informatica*, 2017, p. 27 ss.; G. LEMME e S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale*, in questa *Rivista*, 2016; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf. e informatica*, 2015, p. 415 ss.; N. VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin*, in *Diritto inf. e informatica*, 2015, p. 443 ss.

⁴ Premesso che le diverse costruzioni possono essere sistemate all'interno di due filoni principali in ragione del rilievo ascrivito al substrato fisico della moneta, tra le principali, si segnalano T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 67 ss.; G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 68 ss.; B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, VI, Padova, 1986; ID., *Obbligazioni pecuniarie, Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2011, p. 36, che riprende la costruzione di A. NUSSBAUM, *Money in the law*, Chicago, 1939; ID., *Basic monetary conception in the law*, 35 *Mich. L. Rev.* 868 1936-1937; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, p. 255 s.; L. FARENGA, *Moneta bancaria*, Torino, 1997, p. 19 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, pp. 23 ss. e 167 ss.; G. LEMME, *Sistemi di pagamento*, in P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, II, cit., p. 119 ss.; ID., *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003, p. 16 ss. Sia, infine, consentito di rinviare a M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008.

già noti e ha condotto a interrogarsi anzitutto sulla loro riconducibilità al concetto di moneta⁵.

A monte v'è l'ovvia esigenza di qualificazione, al fine di stabilire, in una prospettiva di tutela degli interessi coinvolti, la disciplina applicabile. Il nodo diventa pertanto assai spesso la comprensione della essenza di questi nuovi fenomeni, per stabilire se essi siano davvero nuovi, concretizzando ipotesi di conflitti di interessi rispetto ai quali le regole esistenti si rivelerebbero inadeguate⁶.

Muovendo esattamente da tale prospettiva, queste brevi riflessioni intendono interrogarsi anzitutto sull'utilità della possibile qualificazione delle criptovalute in termini di moneta. Utilità, la quale dovrebbe misurarsi non soltanto nella riferibilità della disciplina in materia di obbligazioni pecuniarie alla prestazione avente a oggetto le c.d. valute virtuali, ma soprattutto nella idoneità della evocata qualificazione a costituire una risposta adeguata sul piano delle tutele degli interessi coinvolti. Sin troppo scontato risulta, infatti, che i maggiori problemi posti dalle criptovalute non attengono tanto al loro utilizzo alla stregua di strumenti di pagamento nella prospettiva della tutela del debitore pecuniario, quanto, invece, alla loro attitudine a rappresentare strumenti di investimento, nella prospettiva della tutela del risparmio⁷. E, proprio da questo angolo visuale, a determinare vuoti di tutela è anzitutto l'assenza di una disciplina organica della attività di

⁵ V. *retro*, nota 4, per i riferimenti bibliografici.

⁶ Sul metodo, nella prospettiva della necessità di adeguare i concetti al mutamento della realtà e, se del caso, di superarli, valgono ancora le illuminanti pagine di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ult. ed., 2006.

⁷ Tale consapevolezza inizia a farsi strada tra i più recenti contributi in materia: tra gli altri, v. E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 733 ss.; P. CARRIÈRE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"*; *tra tradizione e innovazione, ibidem*; A. CALONI, *Bit Coin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, p. 159 ss.

estrazione delle valute virtuali (c.d. di mineraggio)⁸ e dei soggetti che le collocano presso il pubblico⁹.

2. *Moneta e valuta. Una distinzione possibile ma non necessariamente utile*

Fatte queste premesse, è opportuno osservare sin da subito che l'utilità del riconoscimento delle criptovalute in termini di moneta sottende l'indifferenza, sul piano della disciplina applicabile e, segnatamente,

⁸ Le criptovalute e, in particolare il *bit coin*, costituiscono la primissima applicazione della *blockchain*. Quest'ultima rappresenta una tecnologia che permette la creazione di un registro diffuso, con funzione di certificazione delle transazioni avvenute sulla rete. La caratteristica di tale registro sta nel fatto che ciascun partecipante coopera alla sua creazione e gestione, mantenendo traccia delle transazioni eseguite, poi organizzate in blocchi, sulla propria macchina. La cooperazione alla creazione del registro avviene attraverso il processo di validazione di ciascuna transazione, che certifica non soltanto la titolarità delle somme o dei beni trasferiti, ma anche la corretta esecuzione della stessa transazione. Nel processo di validazione, che presuppone il consenso della metà più uno dei partecipanti alla rete, un ruolo particolare è svolto dai *miner*: coloro che, attraverso la potenza di calcolo dei loro computer, risolvono il quesito matematico che consente l'esecuzione della transazione. Atteso che la soluzione del quesito implica il dispendio di molta energia elettrica, l'algoritmo è programmato per remunerarla in moneta virtuale. Pertanto, il primo dei *miner* che trova la soluzione, ove tale soluzione sia confermata dalla maggioranza dei nodi, ottiene in corrispettivo criptovalute. In argomento, diffusamente M. AMATO e L. FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle valute virtuali*, Milano 2016.

⁹ Seguendo tale approccio, sarebbe subito chiaro che i maggiori problemi posti dalle monete virtuali non attengono al piano dell'esecuzione dell'obbligazione, ma, invece, a quello del controllo sia della loro circolazione, sia dell'attività di chi li colloca sul mercato. In questa direzione, va la recente direttiva Europea 2018/843 del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE, là dove afferma che «Le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la moneta elettronica [...] con il più ampio concetto di «fondi» [...], con il valore monetario utilizzato per eseguire operazioni di pagamento [...], né con le valute di gioco che possono essere utilizzate esclusivamente all'interno di un determinato ambiente di gioco. Sebbene le valute virtuali possano essere spesso utilizzate come mezzo di pagamento, potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò online. L'obiettivo della presente direttiva è coprire tutti i possibili usi delle valute virtuali» (Considerando n. 10).

della individuazione dell'ambito di applicazione di quella riferibile alle obbligazioni pecuniarie, della distinzione tra moneta legale e moneta convenzionale o, detto altrimenti, tra moneta a valuta. È infatti un dato abbastanza scontato che la c.d. moneta virtuale, se moneta è, di certo non è moneta avente corso legale. Essa, d'altro canto, non è neppure lontanamente equiparabile alla moneta scritturale e alla moneta elettronica, non comportando, a differenza di queste due ultime forme di disponibilità monetaria, alcun trasferimento di moneta legale, bensì soltanto il trasferimento di un valore spendibile nell'ambito di una comunità ristretta¹⁰.

A monte, il nodo da sciogliere attiene, dunque, alla definizione della rilevanza dell'intervento dello Stato nel fenomeno monetario¹¹, sotto lo specifico profilo della delimitazione del campo di applicazione della disciplina dettata per il debito pecuniario¹².

Ebbene, concettualmente è pure possibile distinguere tra moneta avente corso legale e danaro¹³. La storia ci consegna l'esperienza della moneta naturale: un bene che per convenzione è assunto a strumento di scambio e misuratore di valori nell'ambito di una ristretta comunità.

¹⁰ Sulla differenza tra moneta scritturale, moneta elettronica e monete virtuali, v. *infra*, § successivo.

¹¹ Il riferimento alla intermediazione dello Stato quale elemento caratterizzante il fenomeno monetario è invero ricorrente in dottrina (per tutti, B. INZITARI, *La moneta*, cit., p. 40 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 36 ss.). La necessità di tale intermediazione è avvertita esattamente al fine di spiegare la funzione di strumento di pagamento non rifiutabile, che è propria esclusivamente della moneta legale, pure in assenza di un qualunque valore intrinseco. Punto di partenza di ogni analisi storica del fenomeno monetario è la consapevolezza che l'obbligazione pecuniaria rappresenta «il punto di crisi di ogni ordinamento giuridico»: «essa vive in un terreno dai confini non ben definiti, dove il pubblico e il privato si mescono e si confondono»: P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, p. 4. Più di recente, per una attenta analisi storica sul ruolo dello Stato nella coniazione del pezzo monetario v. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Torino, 2012, p. 104 ss.

¹² Nella prospettiva dell'inquadramento sistematico delle monete virtuali, affrontano la questione, sebbene con un approccio differente da quello adottato nel testo, A. CALONI, *Bit Coin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 162 ss.; V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale*, cit., p. 747 ss.; G. RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 261.

¹³ Per tutti, T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928.

L'esperienza della moneta naturale testimonia, in definitiva, del fatto che per convenzione una data comunità può elevare a strumento di scambio un certo bene. Storicamente, la scelta è sempre caduta su beni che si prestavano a essere scambiati con altri anzitutto per il loro valore d'uso, assicurando una elevata utilità marginale in ragione della relativa attitudine a soddisfare bisogni essenziali nell'ambito delle comunità primitive.

È indubbio che anche rispetto alla moneta naturale, la stabilizzazione dell'utilizzo del bene prescelto quale strumento di scambio porta alla astrazione dello stesso dalle sue qualità materiali, con la conseguenza che la sua circolazione si arricchisce di una forte componente fiduciaria. Il bene, cioè, per uso diffuso diviene strumento di scambio generalmente riconosciuto, rinvenendo detta qualità nell'accordo dei consociati. Ciò nondimeno, resta pur sempre vero che *ab origine* la scelta è dettata esattamente dall'evocato valore d'uso.

Con la comparsa della moneta *sub specie iuris* la componente della fiducia continua a caratterizzare la circolazione della ricchezza, ma ad essa si affianca la componente istituzionale, rendendo possibile il definitivo distacco del bene prescelto dalle qualità fisiche delle cose che di volta in volta l'hanno rappresentata. La convenzione diventa istituzionale ed è perciò l'ordinamento ad attribuire alla moneta le funzioni di strumento di pagamento universalmente accettato e di misuratore di valore ultimo di ogni altro bene e servizio¹⁴.

È chiaro che l'introduzione di una convenzione istituzionale cambia i caratteri essenziali dello statuto giuridico della moneta, introducendo il corso legale, ma non esclude che accanto alla valuta possano circolare

¹⁴ Nella qualificazione della moneta un ruolo centrale ha sempre rivestito l'analisi delle funzioni di misuratore di valori, di strumento di scambio e di accumulo della ricchezza a essa ascrivibili: per alcuni spunti ricostruttivi in tale senso v. G. SCADUTO, *I debiti pecuniari*, cit., p. 4 ss.; G. STAMMATI, *Moneta*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 747, il quale osserva che «dalla definizione della principale funzione monetaria, quella, cioè, di strumento di intermediazione degli scambi, discende la definizione della moneta come “qualunque cosa che funziona generalmente come intermediaria di scambi”»; F. CARBONETTI, *Moneta*, in *Diritto monetario*, in *Diz. dir. priv.* Irti e Giacobbe, V, Milano, 1987, p. 377 ss.; B. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 694 ss.; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. civ.* Rescigno, IX, 1, Torino, 1984, p. 435 ss.; N. DISTASO, *Somma di danaro (debito di)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1980, p. 867 ss., p. 867 ss.

anche monete convenzionali, che traggono cioè la loro valenza di strumenti di scambio da una convenzione che istituzionale non è. Non altrettanto scontato è, invece, che al debito di moneta convenzionale risulti applicabile la disciplina dettata in materia di obbligazioni pecuniarie.

La moneta virtuale, si diceva, è cosa ben diversa dalla moneta scritturale e dalla moneta elettronica. Queste ultime, infatti, non rappresentano nuovi beni, distinti dalla moneta legale, e, dunque, specifiche ipotesi di moneta convenzionale. Esse, al pari delle banconote, sono moneta legale, nel senso che la situazione giuridica che le assume come referenti oggettivi non differisce da quella che individua nelle prime il proprio oggetto¹⁵. Ammettere l'estensione della disciplina in materia di obbligazioni pecuniarie anche al valore monetario da queste rappresentato, pertanto, non comporta il riconoscimento, in via automatica, della sua applicabilità al debito avente a oggetto le criptovalute.

È chiaro che a monte dirige in modo nitido verso questa soluzione la scelta operata sul piano della qualificazione della moneta avente corso legale, sicché ove essa conduca alla netta distinzione, sul piano della oggettivazione giuridica, delle disponibilità monetarie rappresentate

¹⁵ Riconosciuta la natura di convenzione istituzionale della moneta legale, nella quale vanno ricercati il criterio di imputazione e di legittimazione a disporre del valore monetario inteso quale potere economico di acquisto, e operato perciò il definitivo distacco della stessa dalle banconote, non è più necessario ricorrere al diritto di credito ai fini della qualificazione della situazione giuridica del titolare di moneta scritturale ed elettronica. Ogni qualvolta ci si trovi in presenza della imputazione al patrimonio di un valore immediatamente spendibile nei termini anzidetti, istituzionalmente riconosciuto, il soggetto cui è riferibile quel patrimonio deve considerarsi titolare di una disponibilità monetaria. Per alcune riflessioni costruttive in questa direzione M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., *passim*. In senso opposto non soltanto la dottrina più tradizionale (A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, IV, Bologna-Roma, 1969, p. 162 ss.; G. FERRI, *Il conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 666; G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, p. 80 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1978, p. 490 ss.), ma anche quella più recente (B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 117; ID., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, cit., 2007, I, p. 133 ss.; L. FARENGA, *La moneta bancaria*, cit., p. 49 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., pp. 47 ss. e 179).

dalle banconote o dalle scritturazioni bancarie o da byte su carte magnetiche, in via di logica potrebbe essere pure più agevolmente prospettabile l'apertura di un varco alla estensione della disciplina in materia di obbligazioni pecuniarie anche alle criptovalute.

Le più recenti costruzioni in tema di moneta non dubitano del fatto che la moneta legale non si identifichi con le banconote¹⁶. Fatta questa premessa, tuttavia, tendono a distinguere, sul piano delle forme giuridiche attribuibili, la rappresentazione concettuale delle diverse tipologie di disponibilità monetaria, relegando la moneta scritturale ed elettronica nell'area riservata ai diritti di credito e così qualificando la posizione del relativo titolare in termini di pretesa giuridicamente rilevante nei confronti dell'istituto di credito emittente a ottenere moneta avente corso legale¹⁷. Il che, in definitiva, significa per un verso, riconoscere nella moneta scritturale ed elettronica soltanto delle modalità di circolazione della moneta avente corso legale e, per altro verso, segnarne il definitivo distacco da quest'ultima proprio sul piano della oggettivazione giuridica e, dunque, su quello delle tutele dell'interesse al cui soddisfacimento sono dirette¹⁸.

¹⁶ L'identificazione della moneta avente corso legale con le banconote risale, nella dottrina italiana, a T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, p. 49; ID, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 126. La costruzione si fonda sulla duplicazione del concetto di moneta, che viene articolato in moneta unità di misura, deputata alla misurazione del valore di beni e servizi (compresa la quantità di danaro oggetto della prestazione) e moneta strumento di scambio. In tale prospettiva, la moneta strumento di scambio assurgerebbe a bene, che al pari di ogni altro, può costituire il referente oggettivo della convenzione tra i privati. L'oggetto della prestazione sarebbe perciò rappresentato dalle medesime banconote e monete metalliche: beni generici, fungibili, divisibili e consumabili. Per il suo superamento di tale impostazione, v. gli Autori citati nella nota precedente.

¹⁷ V. *retro*, nota 16.

¹⁸ In argomento, M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., spec. pp. 130 ss. e 205 ss.

3. *Segue. Delimitazione del campo: moneta legale, moneta scritturale, moneta elettronica e moneta convenzionale. Contiguità e differenze sul piano della oggettivazione giuridica*

Invero, non sembra che sul piano della oggettivazione giuridica si possa prospettare alcuna distinzione tra le diverse forme che può assumere la disponibilità monetaria avente corso legale.

Segnatamente, le differenti costruzioni in tema di moneta si sono occupate principalmente della precisazione dei caratteri strutturali della disponibilità monetaria e della individuazione del momento estintivo del debito di valuta, atteso che i nodi posti dalla disciplina in materia di obbligazione pecuniaria riguardano anzitutto la scelta del criterio di imputazione della stessa disponibilità al patrimonio e delle condizioni di legittimazione all'esercizio del potere economico d'acquisto da essa rappresentato¹⁹.

D'altronde, quando l'utilizzo del contante è diventato sempre meno diffuso ed è stato per gran parte soppiantato dalla moneta scritturale, il principale interrogativo al quale si è tentato di dare risposta ha riguardato proprio l'ambito applicativo dell'art. 1277 c.c. e, dunque, la sua estensibilità ai nuovi strumenti di pagamento, diversi dalla consegna di moneta cartacea²⁰. Ciò, laddove suddetta estensione presuppone necessariamente l'idoneità dei nuovi strumenti a

¹⁹ Sul piano della individuazione della natura giuridica della moneta e, quindi, della relativa qualificazione è decisiva la circostanza che la sua titolarità conferisce una certa quantità di potere economico d'acquisto. Già F.C. VON SAVIGNY (*Le obbligazioni*, I, trad. it., a cura di G. Pacchioni, Torino, 1912, p. 378), nel superare le costruzioni che riconducevano l'obbligazione pecuniaria all'obbligazione di dare cose generiche, affermava che il danaro assicura a chi lo ha «una generale potenza di disposizione applicabile ad ogni oggetto che si trovi liberamente in commercio». Va, tuttavia, specificato che il potere economico d'acquisto quale tratto funzionale scelto come prevalente ai fini della qualificazione della moneta non si sovrappone alla facoltà di disposizione. L'uno viene qui utilizzato alla stregua di una formula sintetica, per indicare il profilo funzionale della moneta; l'altra costituisce parte del contenuto della situazione giuridica e presuppone, quanto al suo esercizio, già avvenuta, a monte, l'individuazione (e la qualificazione) del relativo oggetto.

²⁰ Il tema è stato ripetutamente affrontato in dottrina: di recente, V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 79 ss.; A. GORASSINI e R. SICLARI, *Di alcune specie di obbligazioni*, in P. PERLINGIERI (diretto da) *Tattato CNN*, Napoli, 2013, p. 49 ss.; A. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Torino, 2011, p. 139 ss.

determinare l'imputazione del valore monetario al patrimonio del creditore.

È noto l'orientamento giurisprudenziale al riguardo. Posta un'interpretazione funzionalmente orientata dell'art. 1277 c.c., i giudici di legittimità riferiscono la menzionata disposizione all'oggetto del pagamento e non allo strumento per mezzo del quale detto oggetto entra nel patrimonio del creditore, sì da ampliare il relativo ambito applicativo sino a ricondurvi non soltanto gli assegni circolari²¹, ma anche gli assegni bancari²².

Gli è, tuttavia, che tale interpretazione obnubila il momento estintivo dell'obbligazione pecuniaria; momento il quale necessariamente coincide con la definitiva imputazione del valore monetario al patrimonio del creditore, comportando l'effetto liberatorio. Momento, al quale, peraltro, è strettamente collegato l'obbligo dello stesso creditore di accettare il pagamento in moneta legale, stante la valenza solutoria normativamente riconosciuta alla stessa.

Da questo angolo visuale, emerge la rilevanza della essenza convenzionale della moneta, nel senso che è nella convenzione istituzionale che risiedono i tratti caratterizzanti sia la funzione monetaria, intesa quale funzione definitivamente solutoria, sia la disciplina dello spostamento di questo valore, entrambe attinenti al profilo della imputazione e della legittimazione a disporre del potere economico d'acquisto di cui è espressione²³. Di tal che, può

²¹ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2008, p. 553 ss.; seguita da Cass., 24 settembre 2013, n. 21844, *ivi*. La pronuncia delle Sezioni Unite è stata accolta con favore dalla dottrina: tra gli altri, v. G. LEMME, *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, p. 553 ss.; A. VENTURELLI, *Esibizione di assegno ed esatto adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, p. 1407 ss.; M. PENNASILICO, *L'estinzione della obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: a proposito di interpretazione "evolutiva" della legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 777 ss.

²² Cass., 4 giugno 2010, n. 13658, in *dejure*, poi seguita da Cass., 17 dicembre 2014, n. 26543, *ivi*. In dottrina, A. VENTURELLI, *Offerta e ingiustificato rifiuto di assegno bancario*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2011, p. 1209 ss.

²³ Per un approfondimento di tale profilo M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, cit., p. 79 ss., ove si osserva che il segnale delle peculiarità del regime di circolazione della moneta, pure quando si tratti di moneta cartacea e sempre che essa sia assunta a referente oggettivo della pattuizione privata in quanto mezzo di pagamento, è rappresentato dalla costante coincidenza tra titolarità e

ragionevolmente affermarsi che si è dinanzi a una disponibilità monetaria quando il valore monetario, rappresentativo del potere economico d'acquisto istituzionalmente riconosciuto, è definitivamente imputato al patrimonio del creditore.

Se così è, moneta cartacea, moneta scritturale e moneta elettronica non divergono. Tutte parimenti espressive di un potere economico d'acquisto istituzionalmente riconosciuto, determinano l'estinzione del debito pecuniario soltanto quando sono definitivamente imputate al patrimonio del creditore. A divergere è esclusivamente il relativo criterio di imputazione, consistente, rispettivamente, nel possesso della banconota, nelle scritturazioni in conto corrente o nelle registrazioni di byte sulla carta magnetica, le volte in cui dette registrazioni non si risolvano in un mero succedaneo delle scritturazioni bancarie²⁴.

Cade per questa via la necessità di attribuire alla disponibilità monetaria forme giuridiche diverse e, dunque, di declinare la relativa titolarità in termini ora di titolarità di un diritto di proprietà, ora di titolarità di un diritto di credito. Il tratto caratterizzante la situazione

legittimazione, che si manifesta nella irrilevanza della preesistenza di una valida manifestazione di volontà ai fini della definitiva imputazione del valore al patrimonio. In questo senso, sono chiarissime le parole di P. FERRO LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, p. 404 ss.: «perché il potere che è caratteristico della moneta, il potere di acquisto, sia attuale, possa esercitarsi è necessario un rapporto fisico, diretto, materiale, istantaneo nel momento dell'esercizio. Il fatto che legittima, ma l'espressione legittima mi convince poco, che attualizza, rende concreto, effettivo, il potere di acquisto è un fatto fisico, materiale che deve esistere nel momento dell'esercizio e che prescinde dal titolo per il quale io ho, in mano, la moneta. Se io devo pagare un caffè posso avere moneta perché è mia, perché l'ho rubata, perché me l'hanno consegnata in custodia, ma il titolo della mia materiale detenzione secondo me non ha nessuna rilevanza; ogni potere si radica in un fatto costitutivo del potere, e il potere di acquisto si radica nella materialità della fisica detenzione della cosa». *Contra*, v. le recenti osservazioni di U. MALVAGNA, *Osservatorio rivendica di «moneta scritturale»?», in Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 816 ss.

²⁴ Con specifico riferimento alla moneta scritturale e, in particolare, alla funzione delle annotazioni in conto corrente in termini di pagamento, P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, cit., p. 217 ss., il quale individua l'essenza del contratto di conto corrente bancario nella regolamentazione del potere di disposizione rappresentato dal saldo; l'efficacia tipica del contratto «consiste nel regolare con annotazione, e conseguente variazione del saldo disponibile, i reciproci rapporti di dare e avere». ID., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "L'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 5 ss.

giuridica del titolare di moneta, sul piano esattamente della oggettivazione giuridica, è infatti lo stesso: l'utilità che conferiscono le diverse tipologie di disponibilità consiste sempre nella legittimazione a disporre di una loro porzione in funzione solutoria e le tutele apprestate in vista del suo conseguimento difficilmente possono assumere natura reale, in quanto a connotare fortemente le relative vicende circolatorie è la costante coincidenza tra criterio di imputazione e condizione di legittimazione a disporre²⁵.

4. Ratio della disciplina dell'obbligazione pecuniaria e sua estensibilità al debito di valute virtuali. La disciplina dell'estinzione dell'obbligazione pecuniaria e della maturazione degli interessi legali come espressione di uno statuto che presuppone un debito di moneta legale

Escluso ogni parallelismo tra moneta virtuale e moneta scritturale ed elettronica, ed ammessa la prospettabilità di monete convenzionali accanto a quelle legali, non sembrano sussistere ostacoli all'inquadramento delle criptovalute in tali termini, con i limiti che si fatto inquadramento porta con sé non soltanto con riferimento alla individuazione della cerchia dei soggetti nei cui confronti il valore da esse rappresentato è spendibile, ma anche sui piani della imputazione e della legittimazione a disporre, atteso che su entrambi diventa dirimente la qualificazione del bene, quale bene materiale o immateriale²⁶, in luogo della convenzione istituzionale. Con la conseguenza che, quanto alla relativa circolazione, potrebbero risultare nuovamente applicabili le regole poste a soluzione dei conflitti di interessi originati dalla tendenziale non coincidenza tra titolarità e legittimazione a disporre.

Ammettere che l'autonomia negoziale possa individuare un dato bene, pur privo di valore d'uso, quale strumento di scambio di altri beni e servizi non rappresenta dunque un fenomeno nuovo. I privati, ben possono vincolarsi ad accettare come strumento di pagamento la moneta virtuale. E pure possono ricostruire la disciplina del rapporto di

²⁵ V. *retro*, nota 23.

²⁶ In argomento, C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, cit., spec. 256 e, più di recente, A. CALONI, *Bit Coin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, cit., p. 171 ss.

debito credito sulla falsariga di quella dettata per le obbligazioni pecuniarie, prevedendo, in particolare, la maturazione di un interesse corrispettivo nell'ipotesi in cui la criprovaluta sia l'oggetto di un finanziamento, o di un interesse moratorio, allorquando il debitore non adempia nel termine convenuto. Il riconoscimento di tali facoltà, tuttavia, non implica di per sé l'estensibilità, in via diretta, dell'insieme di regole che costituiscono lo statuto del debito avente a oggetto moneta legale.

A tale proposito, è determinante l'individuazione degli interessi che la menzionata disciplina vuole tutelare e, conseguentemente, dei conflitti che vuole risolvere. Lo statuto dell'obbligazione pecuniaria sembra anzitutto espressione del bilanciamento degli interessi del debitore e del creditore rispetto a un debito avente a oggetto, sotto il profilo funzionale, un potere economico d'acquisto, istituzionalmente riconosciuto, caratterizzato da oscillazioni nel tempo e destinato alla sua stessa estinzione. Da un lato il principio nominalistico, dall'altro la regola della maturazione automatica dell'interesse monetario al tasso legale al fine di coprire la perdita di valore del danaro occorsa nel tempo, governano sì fatto bilanciamento, manifestando viepiù la natura di convenzione istituzionale che è propria soltanto della moneta legale.

Cominciamo dall'art. 1277 c.c., sull'inapplicabilità del quale al debito di criptovalute, peraltro, non sussiste alcun dubbio. Da tale disposizione si traggono due diversi precetti: l'uno che individua nella somma per il suo valore nominale l'oggetto della prestazione²⁷; l'altro che impone al creditore l'obbligo di accettare, con funzione solutoria, la moneta avente corso legale. Di là dalla circostanza che è la medesima disposizione a menzionare la moneta avente corso legale, si da escludere la sua stessa riferibilità a qualunque altro debito di danaro, la portata del nominalismo valutario, riguardata sotto il profilo degli interessi che intende tutelare, svela già di primo acchito la non coincidenza tra l'assetto di interessi sottostante al rapporto di debito credito avente a oggetto moneta legale e quello sottostante al rapporto avente a oggetto criptovalute.

²⁷ T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 132 ss.; L. MOSCO, *Gli effetti della svalutazione monetaria*, Milano, 1948, p. 49 ss.; E. QUADRI, *Svalutazione monetaria e principio nominalistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 371 ss.

Mettendo da parte i connotati ideologici, di opposizione al sistema, che possono accompagnare la scelta di una minoranza che decide di utilizzare moneta virtuale, è stato giustamente osservato che, nella maggioranza dei casi, chi acquista moneta virtuale per finalità di scambio effettua una simile scelta mosso dall'interesse a lucrare sulla differenza tra il suo valore nel momento dell'acquisto e il suo valore nel momento dello scambio²⁸. La volatilità del mercato di alcune criptovalute è nota. Posta detta volatilità, si osserva che l'interesse giuridicamente rilevante del titolare di moneta virtuale non è tanto a ottenere uno strumento di scambio spendibile in una data comunità sulla base della convenzione cui si è aderito acquistandola, bensì è a investire il proprio danaro nel relativo acquisto, sperando in un possibile ritorno economico, che può realizzarsi anche nella fase dello scambio, imputabile anzitutto alle oscillazioni del suo valore sul relativo mercato.

Anche la moneta avente corso legale, è bene chiarirlo, può essere oggetto di operazioni che hanno al fondo un movente speculativo, realizzabile attraverso il gioco del cambio delle valute. Si tratta, però, di interessi estranei alla disciplina dell'obbligazione pecuniaria, la quale, con il nominalismo valutario intende assicurare esclusivamente la certa individuazione dell'oggetto della prestazione solutoria.

Sì fatta estraneità diventa ancora più nitida, ove si valuti lo stretto collegamento esistente tra nominalismo valutario e disciplina degli interessi legali.

La moneta, anche quella avente corso legale, si caratterizza sotto il profilo funzionale per il fatto di rappresentare un potere economico d'acquisto. Potere, che, in ragione di una pluralità di leve economiche, è destinato a modificarsi nel tempo. La stagnazione, la svalutazione e la rivalutazione costituiscono la diretta conseguenza delle menzionate oscillazioni nel tempo. Se, da un lato, il nominalismo valutario costituisce un argine a dette oscillazioni con riferimento alla individuazione dell'oggetto della prestazione, ponendo perciò a carico del creditore il rischio della perdita di valore della moneta sino al tempo della scadenza dell'obbligazione, dall'altro lato, la disciplina

²⁸ E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, cit., p. 753 ss.

dell'interesse monetario, *sub species* di interesse al tasso legale, riporta questo rischio in capo al debitore inadempiente²⁹.

V'è infatti che, proprio con riferimento agli interessi monetari, netta è la distinzione, in una prospettiva funzionale, secondo che gli stessi maturino al tasso legale o al tasso convenzionale³⁰. La pattuizione sul tasso veicola all'interno della regola contrattuale l'interesse di parte, colorando particolarmente la funzione della prestazione, sicché essa assumerà, alternativamente, funzione moratoria (*i.e.* risarcitoria) e funzione corrispettiva. L'assenza di tale pattuizione determina invece la riconduzione dell'interesse monetario alla categoria degli interessi che maturano al tasso legale, i quali, sotto il profilo funzionale non sono affatto neutrali, in quanto anzitutto strumentali a compensare il creditore della perdita di valore, in termini di potere economico d'acquisto, subita a causa del decorso del tempo.

Tale disciplina, che si completa con quella dettata in tema di estinzione dell'obbligazione pecuniaria, per un verso, avvalorata l'idea che la *ratio* del complessivo assetto normativo in materia consista nell'assicurare l'equilibrio dello scambio e che, dunque, il medesimo statuto dell'obbligazione pecuniaria sia costruito sul presupposto della sua strumentalità a una funzione di scambio. Per altro verso, sembra confermare la necessità, ai fini della stessa applicazione della evocata disciplina, della preesistenza di un debito avente a oggetto moneta avente corso legale. La tecnica del riequilibrio del rapporto tra debitore e creditore per mezzo della maturazione dell'interesse legale, infatti, richiede la sussistenza di politiche monetarie che governino l'entità

²⁹ Diffusamente, sulla funzione dell'interesse monetario che matura al tasso legale M. SEMERARO, *Gli interessi monetari. Utilitas temporis, capitale e scelte di sistema*, Napoli, 2013, spec. p. 175 ss.

³⁰ Tradizionalmente, la dottrina non distingue il profilo funzionale delle diverse tipologie di interessi in ragione del tasso, legale o convenzionale. Le classiche funzioni corrispettiva, compensativa e moratoria, pertanto, caratterizzerebbero l'interesse monetario indipendentemente dalla preesistenza di una pattuizione sul tasso (per tutti, B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 268 s.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, p. 146 ss.; M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 95 ss.). Gli è, invece, che l'interesse monetario connota qualitativamente l'obbligazione pecuniaria, esprimendone l'essenza, soltanto qualora maturi al tasso legale e che, nella diversa ipotesi di tasso convenzionale, lo stesso interesse si traduce in una semplice modalità di determinazione di una prestazione monetaria, i cui caratteri funzionali vanno ricercati nel titolo.

dell'interesse in relazione all'andamento del valore della moneta. D'altronde, che questo accada è pure testimoniato da quanto previsto dall'art. 1284 c.c., che lega la determinazione del saggio dell'interesse legale al rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi, tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno.

In definitiva, non sembra che le norme che costituiscono il nucleo centrale dell'obbligazione pecuniaria, esprimendone l'essenza, possano trovare applicazione al debito di criptovalute. Non l'art. 1277 c.c., della cui inapplicabilità, si ripete, nessuno ha mai dubitato, e neppure le regole in tema di interessi legali.

Messe da parte queste regole, non si può escludere che i privati abbiano la facoltà di creare monete convenzionali. Parimenti, non si può mettere in dubbio la facoltà degli stessi di pattuire interessi corrispettivi e interessi moratori³¹. Resta pur sempre vero però che, anche a mantenere ferma la qualificazione dello scambio in termini di vendita³², le norme riferibili alla prestazione avente a oggetto valuta virtuale, sia sul piano della estinzione, sia sul piano della individuazione della prestazione risarcitoria, andranno rintracciate nel sistema, alla luce dei connotati funzionali che le suddette prestazioni assumono in relazione agli interessi delle parti.

5. Rilevanza della funzione di investimento delle valute virtuali il cui valore è soggetto a fluttuazioni repentine sul piano della individuazione dei conflitti

In apice si è detto che i maggiori problemi posti dalla diffusione delle criptovalute attengono, più che al piano della tutela del debitore

³¹ Più chiaramente, ove mai le criptovalute fossero oggetto di un mutuo, nulla vieterebbe alle parti di pattuire interessi corrispettivi. In questa ipotesi, infatti, l'interesse costituisce soltanto una tecnica di determinazione della prestazione. Allo stesso modo, i privati potrebbero pattuire interessi moratori, atteso che, anche in questo caso, l'interesse è strumento di determinazione di una prestazione: segnatamente, della prestazione risarcitoria. Diversamente invece è per la maturazione dell'interesse legale. In assenza di una specifica pattuizione, non sembra possibile ammetterne la maturazione automatica in presenza di un debito di moneta virtuale, stante la loro stretta connessione con l'esistenza di politiche monetarie.

³² Reputa che sia più corretto ricondurre lo scambio entro lo schema della permuta A. CALONI, *Bit Coin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, cit., p. 172 s.

pecuniario, a quello della tutela del risparmio. E che, perciò, soprattutto rispetto a essi, è necessario valutare l'adeguatezza delle regole vigenti in relazione alla (eventuale) mutata tipologia dei conflitti.

Invero, le problematiche determinate dalla diffusione delle valute virtuali si mostrano assai complesse, coinvolgendo il piano sia dell'ordine pubblico di protezione, sia dell'ordine pubblico di direzione. A tale ultimo riguardo, sono note le preoccupazioni connesse alla possibilità di trasferire ingenti porzioni di valore monetario sotto forma di valute virtuali sulla *blockchain*, in completo anonimato, nella prospettiva della lotta al riciclaggio dei proventi illeciti. La recente Direttiva dell'Unione Europea 2018/843 del 30 maggio 2018³³ pertanto, nell'introdurre un quadro giuridico unitario più stringente volto a contrastare il fenomeno del riciclaggio, anche legato ad attività di terrorismo, prende in considerazione direttamente le valute virtuali, definendole come la «rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente»³⁴.

Riguardata, invece, nella prospettiva dell'investimento, la comparsa delle valute virtuali rende centrale il tema delle tutele allo stato esperibili da parte di chi, affascinato dall'esorità di questi nuovi beni, venga indotto a investire una parte dei propri risparmi.

³³ Si tratta della Direttiva UE 2018/843 del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

³⁴ Su tale piano assume rilievo anche il d.lgs., 19 giugno 2017, n. 90, che, al fine di sottoporre i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali alle regole in materia di antiriciclaggio, definisce le valute virtuali come «la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente» e i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale come «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale».

La realtà dei traffici pone dinanzi a due fenomeni distinti. Nel primo, quello delle c.dd. *Initial Coin Offering*, che ha già visto l'intervento dell'Autorità di vigilanza, la criptovaluta è parte di una operazione economica di investimento più ampia. Si tratta infatti di ipotesi di raccolta del pubblico risparmio sotto forma di valute virtuali per il finanziamento di *start up*. Alla raccolta segue l'emissione di *token*, quali titoli di legittimazione all'esercizio dei diritti in essi incorporati e consistenti o nella fruizione dei beni e dei servizi che saranno lanciati sul mercato o nella partecipazione a una parte dei proventi sperati, tendenzialmente determinati a loro volta in moneta virtuale³⁵.

Rispetto ad alcune ICO, la Consob è intervenuta, qualificandole alla stregua di offerte di prodotti finanziari, e, conseguentemente, sospendendole per la mancata comunicazione del prospetto ai fini della pubblicazione prescritta dall'art. 94 del TUF. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che prima che venga lanciata un'offerta al pubblico di prodotti finanziari, l'emittente deve comunicare alla Consob il prospetto per la relativa pubblicazione; prospetto, nel quale devono essere contenute le informazioni necessarie affinché gli investitori possano «pervenire a un fondato giudizio» sulla situazione finanziaria dell'emittente, sui prodotti finanziari offerti e sui relativi diritti.

L'intervento dell'Autorità di Vigilanza è stato agevolato dal fatto che il TUF, nell'individuare la categoria dei prodotti finanziari, distingue tra strumenti finanziari, che costituiscono un numero chiuso, e ogni altra forma di investimento finanziario³⁶. È stata poi la stessa Consob a specificare i caratteri dell'investimento finanziario, diverso da quello rappresentato dall'acquisto di strumenti finanziari, stabilendo al riguardo la necessaria ricorrenza di tre elementi: «(i) un impiego di capitale; (ii) un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) l'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale»³⁷.

³⁵ Sulla natura giuridica delle ICO, di recente, S. MURINO, *Il conferimento di token e di criptovalute nelle srl*, in *Le società*, 2019, p. 32 ss.

³⁶ Sulle specificità della disciplina dei mercati finanziari e sulla portata della distinzione tra prodotti e strumenti finanziari, per tutti G. GUIZZI, *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 744 ss.

³⁷ Tra le ultime delibere Consob in argomento si segnalano la Delibera n. 19866 del 2017 e la Delibera Consob, 20660 del 2018.

Maggiori problemi, sul piano delle tutele, pone invece l'attività delle piattaforme di negoziazione dei *token* emessi da chi promuove le ICO e di quelle che vendono direttamente al pubblico criptovalute o che si limitano ad agevolare l'incontro tra domanda e offerta.

Segnatamente, molti dei pericoli connessi alla diffusione delle valute virtuali possono anzitutto derivare dalla volatilità dei corrispondenti mercati. Alcune di esse, come il *bit coin*, sono soggette a repentine oscillazioni di valore, con la conseguenza di divenire chiaramente referenti appetibili di operazioni speculative. Dinanzi alla loro offerta, in apice si pone anzitutto la questione di qualificare l'attività, in relazione alla elevata rischiosità dell'operazione in punto di perdita del capitale impiegato nell'acquisto. In questa prospettiva, non è mancato chi ha provato a inquadrare l'attività svolta dalle piattaforme che ricevono moneta legale in cambio di criptovaluta o che mettono in contatto terzi per operazioni di cambio in termini di servizio di negoziazione per conto proprio, nel primo caso, e di servizio di esecuzione di ordini, nel secondo³⁸.

Al riguardo va osservato, tuttavia, che la disciplina dei servizi di investimento è riservata alle operazioni che hanno a oggetto strumenti finanziari, tipici ed elencati dal Testo Unico Finanziario, e che, a meno che l'elenco non venga ampliato, allo stato la criptovaluta in sé considerata non figura al suo interno. Non resta pertanto che la categoria del prodotto finanziario, al quale è applicabile la disciplina dell'appello al pubblico risparmio, *sub species* di offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Nella prospettiva del rapporto, dunque, la tutela all'interno della singola negoziazione passa necessariamente attraverso la qualificazione di ciò che è collocato presso il risparmiatore in termini di strumenti finanziari. E, allo stato, soltanto alcuni *token* sembrano suscettibile di un siffatto inquadramento, ove riconducibili all'interno della categoria dei valori mobiliari³⁹.

In definitiva, in assenza di un intervento normativo che ampli la categoria degli strumenti finanziari, le tutele di chi investe utilizzando la moneta virtuale sono subordinate alla qualificazione della concreta

³⁸ E. GIRINO, *Criptoalute: un problema di legalità funzionale*, cit., p. 764.

³⁹ V., al riguardo, le osservazioni di P. CARRIÈRE, *Le "criptovalute" sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di "strumenti finanziari", "valori mobiliari" e "prodotti finanziari"*; tra tradizione e innovazione, in questa Rivista.

operazione economica posta in essere in termini di collocamento presso il pubblico dei risparmiatori di un prodotto finanziario, ovvero alla qualificazione del prodotto venduto alla stregua di uno strumento finanziario. Per il resto, la valutazione dell'operazione di acquisto è rimessa ai più tradizionali strumenti del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Alla domanda sul se le monete virtuali pongano innanzi a nuove questioni, originando conflitti di interessi rispetto ai quali le vecchie regole si rivelano inadeguate, la risposta sembra essere perciò soltanto per parte positiva.

L'utilizzo di queste monete come strumenti di pagamento, sul piano del rapporto di debito credito, nulla aggiunge alle dinamiche che sono proprie di un ordinario rapporto di scambio, ad eccezione del fatto che lo strumento di pagamento non è rappresentato dalla moneta avente corso legale. Il che, comporta, con riguardo alla individuazione del momento di estinzione dell'obbligazione che le ha quali referenti oggettivi, la prevalenza delle regole connesse alle caratteristiche del bene⁴⁰ rispetto a quelle che trovano la loro fonte nella convenzione istituzionale, costitutiva della moneta legale. E, con riferimento alla maturazione degli interessi monetario, la necessaria presenza di una pattuizione in tal senso.

Parzialmente diverso sembra essere, invece, per le operazioni che implicano l'assunzione di un rischio finanziario da parte di chi acquista *token* o criptovalute. Ferma l'applicabilità della disciplina all'uso dettata nei casi in cui la strutturazione dell'operazione sia idonea a integrare la fattispecie della collocazione presso il pubblico di un prodotto finanziario o il prodotto negoziato possa essere ricondotto al novero degli strumenti finanziari, negli altri casi resterebbe esclusa la possibilità di estendere il TUF.

Dunque, a fronte di un progresso tecnologico che apre a nuove forme di investimento, sebbene i conflitti da essi generati non sembrino apparire come del tutto nuovi rispetto al passato, le regole vigenti si rivelano inadeguate. D'altro canto, la stessa Autorità di Vigilanza ha

⁴⁰ Va peraltro aggiunto che, proprio sul piano della circolazione, un ruolo rilevante è svolto dal funzionamento della tecnologia *blockchain* e dalle modalità di accesso ai *wallets* nei quali sono custodite le criptovalute. Sul piano dei conflitti, i problemi maggiori possono derivare dallo smarrimento delle chiavi di accesso: su tali questioni M. AMATO e L. FANTACCI, *Per un pugno di bitcoin*, cit, *passim*.

preso atto di tale inadeguatezza, mettendo in consultazione il Documento del 13 marzo 2019 sulle Offerte Iniziali e gli scambi di criptoattività per promuovere l'adozione di una disciplina autonoma che tenga conto delle peculiarità delle nuove tipologie di investimento⁴¹, le quali, pur non presentando, talvolta, i caratteri dei prodotti finanziari in senso ampio inteso, necessitano parimenti di una particolare tutela dal lato del risparmiatore, che non può essere lasciata ai tradizionali strumenti offerti dal diritto codificato delle obbligazioni e dei contratti⁴²

⁴¹ Sulla portata dell'intervento della Autorità di Vigilanza sotto il profilo della regolazione A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività: il nuovo approccio regolatorio della Consob*, in www.dirittobancario.it.

⁴² Nel Documento Consob posto in consultazione si specifica che i caratteri distintivi delle cripto-attività dovrebbero essere: “della cripto-attività oggetto di esame consistono ne: “l’impiego di tecnologie innovative, tipo *blockchain*, onde incorporare nei *token* i diritti dei soggetti che hanno investito con l’obiettivo del finanziamento del progetto imprenditoriale sottostante, e la destinazione alla successiva negoziazione dei *token (crypto-asset)*, la cui trasferibilità è peraltro strettamente connessa con la tecnologia impiegata, ovvero con la sua capacità di registrare e mantenere l’evidenza della titolarità dei diritti connessi con i *crypto-asset* in circolazione”.

Tecnologie digitali e tutela dei dati personali: quali possibili impatti sulla PSD2?

SOMMARIO*: 1. La rilevanza giuridica del “dato personale”. Dal Codice Privacy al Regolamento europeo GDPR – 2. Big Data e privacy: quali rischi per la tutela e la riservatezza dei dati trattati? – 3. *Segue*. Le nuove frontiere della tutela della *privacy*: il *cloud computing*. – 4. La *blockchain* alla sfida del *Data Protection*. – 5. Privacy e PSD2: necessità di un intervento legislativo di coordinamento.

1. La rilevanza giuridica del “dato personale”. Dal Codice Privacy al Regolamento europeo GDPR

In un’epoca di transazioni mediate sempre più frequentemente ci si affida alle tecniche di digitalizzazione, cui vanno delegate la scelta di beni, di servizi e l’insieme di informazioni richieste, tanto che il concetto di *dato personale* ha finito via via con lo spingersi oltre le previsioni originarie, divenendo a tutti gli effetti un bene di scambio e pertanto difficile da monitorare a causa dell’impossibilità di esercitare un pieno controllo da parte del singolo individuo¹.

* Il presente scritto farà parte del volume che accoglierà gli Atti del Convegno in ricordo del Prof. Giuseppe Restuccia dal titolo “*I servizi di pagamento nell’era della digitalizzazione: innovazione tecnologica, esigenze della clientela e regolazione*”, svoltosi a Taormina il 15 e 16 febbraio 2018.

¹ La *Foundation for Accountability Information* distingue quattro tipologie di dati personali: *Provided Data*, forniti consapevolmente e volontariamente dagli individui (ad esempio la compilazione di un modulo on line); *Observed Data*, raccolti automaticamente (ad esempio dati raccolti tramite cookie o sistemi di videosorveglianza collegati al riconoscimento facciale); *Derived Data*, prodotti da altri dati in modo relativamente semplice e diretto (ad esempio calcolando la redditività del cliente dal numero di visite a un negozio e agli oggetti acquistati); *Inferred Data*, prodotti utilizzando un metodo analitico complesso per trovare le correlazioni tra i set di dati e utilizzarli per categorizzare o profilare le persone (ad esempio calcolare i punteggi di credito o predire lo stato di salute futuro di un soggetto). Si basano sulle probabilità e possono dunque essere meno “certi” dei dati derivati.

Sono tutti dati personali e tutti devono essere trattati conformemente alla

Questo cambio di paradigma, inteso come cambio di regole e prospettive, nonché di adeguamento del nostro modo di percepire e interpretare la realtà attuale, ha determinato un processo di *personalizzazione* del dato stesso² imputabile principalmente alla natura di alcune informazioni (o pezzi di informazioni) aggregate e apparentemente anonime che, seppur “spogliate” di alcuni elementi identificativi, sono a disposizione di soggetti pubblici e privati e possono essere comunque ritenute di carattere personale.

Diversamente argomentando si può dire che la quantità di informazioni create e gestita dai titolari del trattamento consente di poter “sfruttare” i dati per scoprire tendenze, migliorare i risultati aziendali (attraverso la gestione del rischio), ridurre tempi e costi del ciclo e creare contemporaneamente un funzionamento sostenibile e un vantaggio competitivo.

Ciò nonostante, l'utilizzo e la gestione delle informazioni, processate da sistemi informatici, sfuggono spesso ad ogni forma di controllo comportando effetti di alterazione nel modo di produrre e scambiare beni: la diretta conseguenza è quella di profilare in modo granulare miliardi di persone in tempo reale e di prevedere i loro comportamenti, massificandone l'indirizzo non senza precludere a possibili discriminazioni in chiave di marginalizzazione di condotte minoritarie, sul piano dei beni e dei consumi, con la conseguenza di spingere a privilegiare modelli predominanti di business, capaci di fidelizzare sempre maggiore clientela.

Ne consegue che se, da un lato, è impossibile frenare lo sviluppo tecnologico e il flusso delle informazioni, dall'altro, diventa indispensabile che le persone siano a conoscenza di chi è in possesso dei loro dati e dell'utilizzo (spesso generalizzato) che ne viene fatto.

Nel solco di siffatte questioni si colloca il Regolamento europeo

normativa.

² Mette conto ricordare che il “dato personale” rappresenta, ai sensi dell'art.4 del Codice *Privacy*, quell'informazione riferibile a “individui *identificati* o *identificabili*”.

Cfr., Regolamento, art.4, co.1, «[...] *si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*».

sulla protezione dei dati³ costituendo a livello internazionale l'unico tessuto normativo rispetto ad altri partner strategici dell'Ue, come ad esempio gli Stati Uniti, i quali non si sono conformati pienamente agli obblighi sulla *privacy* preferendo invece un approccio indiretto attraverso la costituzione di accordi *ad hoc*⁴. C'è da dire, per vero, che oltreoceano la definizione di violazione dei dati è una concezione giuridica percepita nei fatti come più attenuata e limitata all'"*accesso o acquisizione non autorizzati*" di una serie ristretta di elementi sensibili⁵, senza alcuna riconducibilità del rischio di danno ai "diritti e alle libertà" delle persone; un concetto questo per lo più inesistente nelle leggi americane sulla violazione dei dati.

Parimenti inesistente risulta essere, del resto, il diritto di cancellare dai siti web informazioni vecchie suscettibili di diventare lesive della persona se esposte per periodi eccessivamente lunghi (cd. "diritto all'oblio") avvertito dalla maggior parte dei giuristi statunitensi quale limite alla libertà di espressione, spianando così la strada ai più grandi colossi americani operanti nel settore dei servizi in rete (quali, per citarne alcuni, NSA, Facebook, Google, Microsoft ed Apple) non solo nell'accesso a tutte le comunicazioni elettroniche ma anche nella raccolta ed elaborazione di una moltitudine di informazioni sulla quasi totalità della popolazione esistente al mondo⁶.

³ Il 27 aprile 2016 è entrato in vigore il cd. GDPR (Regolamento Ue 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio europeo). La sua vigenza – a far data dal 25 maggio 2018 – ha abrogato la precedente Direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Il Regolamento è parte del "Pacchetto Protezione Dati" che è stato presentato dalla Commissione Europea nel gennaio 2012.

⁴ Quanto alla posizione degli USA nei confronti del *Data Protection*, sarebbe opportuno che i governi statali americani che commercializzano per l'Europa prendano nota delle azioni richieste dal GDPR. Ad esempio, le agenzie di viaggi e turismo americane che sponsorizzano viaggi per gli europei dovrebbero prepararsi a recepire il GDPR nell'utilizzo dei dati raccolti.

⁵ Il GDPR parla più ampiamente di una "*violazione della sicurezza che porta alla distruzione accidentale o illecita, perdita, alterazione, divulgazione non autorizzata o accesso ai dati personali.*"

Inoltre a livello europeo si definisce "dati personali" qualsiasi dato che può essere associato direttamente o indirettamente a un individuo vivente (un ambito molto ampio che ora include, ad esempio, gli indirizzi IP).

⁶ Per una compiuta analisi sul tema anche con riguardo all'inchiesta condotta sulla

Nel vecchio continente, il problema del rapporto tra diritto all'informazione e tutela della sfera privata, intesa nell'accezione più ristretta di *privacy* e riservatezza è, di contro, sempre stato percepito come importante già dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) del 1950, laddove il diritto alla riservatezza per sé e per la propria famiglia costituiva una prerogativa fondamentale dell'uomo, successivamente ribadita e rafforzata agli inizi degli anni Settanta del Novecento a seguito delle prime grandi banche dati elettroniche, che imposero l'esigenza di norme a tutela della *privacy* e riservatezza dell'individuo nell'ambito della raccolta, elaborazione e diffusione elettronica dei dati personali. Cosicché al diritto alla *privacy* e riservatezza si è andato ad aggiungersi un principio del tutto nuovo riguardante il trattamento dei dati personali⁷.

Dunque la spinta a considerare “riservatezza” e “protezione” quali diritti fondamentali, specificamente espressi e costituzionalmente previsti, ha portato il legislatore europeo – a distanza di più di vent'anni dalla sua entrata in vigore – a superare la pregressa normazione (Direttiva 1995/45/Ce) mediante l'emanazione di un nuovo Regolamento (679/2016/Ce)⁸. Quest'ultimo invero riflette integralmente (*ex artt.5 e 6*) i principi previsti dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 della Direttiva del 1995, aggiungendo l'ulteriore presupposto dell'*integrità* e della *riservatezza* ed estendendo le condizioni di *liceità* del trattamento dei dati personali⁹.

costruzione di un gigantesco *data centre* dell'NSA nel deserto dello Utah per l'immagazzinamento e l'analisi di dati degli utenti ricavati da Internet, si veda D. LYON, *Surveillance, Snowden, and Big Data: Capacities, consequences, critique*, in *Big Data and Society*, 2014.

⁷ Seguono la Convenzione di Strasburgo del 1981, adottata in ambito CEDU, in cui si ricostruiva il diritto alla riservatezza ed il diritto alla protezione dei dati personali come un unico diritto fondamentale (la riservatezza) e condizione essenziale di libertà (la protezione dei dati personali). Successivamente si segnalano la Direttiva 95/46/Ce e la Carta europea dei diritti fondamentali (Carta di Nizza).

⁸ Si rinvia a U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Giappichelli, 2014, 225 e ss., per una compiuta disamina sulle differenze fra *privacy* informazionale e protezione dei dati personali.

⁹ Fra questi principi, quello della “minimizzazione” nel prevedere che i dati personali siano «*adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati*»; segue il principio della “limitazione della finalità”, per il quale «*i dati personali sono [...] raccolti per finalità determinate, esplicite e*

Non vi è dubbio allora che il DGPR diventa misura di attuazione di un equilibrio tra sviluppo tecnologico e dignità umana, consentendo per tale via all'Europa di consolidare il suo ruolo di leader mondiale nell'individuazione di regole moderne per la gestione delle informazioni detenute dai grandi *player* del mondo del *Big Data*, dell'intelligenza artificiale e della robotica¹⁰.

Resta tuttavia una certa disomogeneità normativa di fondo – sulla quale vale la pena soffermarsi – che può (o potrebbe) dare origine a inevitabili contrasti tra il *Data Protection* e le leggi nazionali scritte spesso con non sufficiente attenzione.

Una preliminare questione attiene la sfera d'incidenza della norma in oggetto rispetto alla vecchia regolamentazione del Codice *Privacy*¹¹.

legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità», e quello di “liceità del trattamento”, stabilito dall’art.6 par. 1 del Regolamento. Con specifico riferimento alla liceità l’articolo in oggetto ne stabilisce la validità quando «a) l’interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all’esecuzione di un contratto di cui l’interessato è parte o all’esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell’interessato o di un’altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l’interessato è un minore».

¹⁰ Passi in avanti, in tal senso, sono stati compiuti globalmente e ormai 121 Paesi nel mondo si sono dotati di una normativa sulla protezione dei dati. Oggi il concetto di dato personale si è spinto oltre le previsioni originarie, divenendo a tutti gli effetti un bene di scambio. I dati sono da considerare la merce del presente e del futuro al punto tale che la Commissione europea, in una recente iniziativa normativa sul cd. *digital content*, ha proposto di estendere le garanzie dei consumatori anche agli utenti e agli abbonati di un servizio a cui, anziché il pagamento di una somma in denaro, venga richiesta la cessione dei propri dati, consacrando così il principio che si tratti a tutti gli effetti di una moneta. Questa ipotesi è stata duramente criticata al Garante europeo della protezione dei dati. Allo stesso tempo, la visione dei dati personali quale semplice merce e oggetto di scambio è ormai limitata ed è oggi evidente come essi abbiano finito per acquisire a tutti gli effetti il connotato di potere.

¹¹ Cfr., D. Lgs. 196/2003 rubricante «*Codice in materia di protezione dei dati personali*».

Con specifico riferimento alla protezione dei diritti della personalità (immagine, identità personale, *privacy*, oblio) il GDPR, pur mantenendo fermi i presupposti della passata legislazione in materia, si colloca su una scala più ampia di valori e pone l'individuo al centro della *policy* individuando un limite alla negoziabilità di questi diritti nel campo dell'informazione. In tal senso, appare indicativo soprattutto il fenomeno dei *Big Data*, nei termini in cui si specificherà, inteso quale concentrazione di informazioni nelle mani di pochi gestori in grado di disporre di algoritmi software e apparecchiature hardware che gestiscono e trattengono una quantità di informazioni illimitate per scopi di diversa natura.

Questo dà la percezione di come le piattaforme digitali siano destinate ad acquisire sempre più il ruolo di filtro della realtà tra ciò che avviene e cosa potrà accadere, prendendo decisioni con effetti importanti sul modo di vivere ed organizzare le relazioni tra i soggetti, non solo sul piano individuale ma soprattutto sociale e collettivo.

2. Big Data e privacy: quali rischi per la tutela e la riservatezza dei dati trattati?

L'ampiezza di siffatta prospettiva pone dunque un ulteriore interrogativo circa la reale possibilità di proteggere i dati personali, cui discende la necessità di individuare quali di questi in particolare debbano essere tutelati.

E' noto come gli algoritmi (ma anche i software e i potenti processori), applicati nell'analisi dei *Big Data*, permettono di controllare in modo *autonomo* e *automatizzato*¹² anche dati di grandi dimensioni¹³. Non è un caso dunque come proprio quel particolare

¹² Sulle qualità computazionali automatiche e sul livello di autonomia, cfr., M. VAN OTTERLO, *A Machine Learning View on Profiling*, in *Privacy, Due Process and the Computational Turn-Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology*, a cura di M. HILDEBRANDT, K. DE VRIES, London, 2013 per il quale «*machine learning is a branch of AI that seeks to develop computer systems that improve their performance automatically with experience*»; B.D. MITTELSTADT ET AL., *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, 2016, 3 ss.; J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in 78 *Ohio State Law Journal*, 2017 allorché afferma «*Collection and processing of data produces ever more data, which in turn, is used by algorithms to improve themselves*».

¹³ La "qualità" del dato rilevato comporta spesso taluni costi per i consumatori in

segmento di mercato caratterizzato da transazioni di natura finanziaria più di altri abbia saputo cogliere le opportunità offerte dalla tecnologia informatica¹⁴ e che, allo stesso tempo, ne sia stato maggiormente influenzato.

La possibilità di raccogliere, organizzare ed analizzare grandi insiemi di dati – forniti in modo più o meno diretto e consapevole dal consumatore nell'utilizzo dei diversi canali digitali – con l'obiettivo di facilitare e velocizzare le decisioni strategiche nella gestione del business ha spinto sempre più le banche verso processi di *Big Data analytics*, incrociando e valorizzando dati interni strutturati provenienti dalle transazioni delle carte di pagamento, dagli investimenti finanziari e immobiliari, dall'elenco fidi e affidamenti. Non di meno, l'utilizzo congiunto delle informazioni finanziarie ricavabili dalle altre banche dati (si pensi alla Centrale dei Rischi o al Crif) unite a quelle ricavabili dai *Big Data* hanno certamente favorito un miglior controllo del rischio e il relativo *pricing* ma anche la *compliance*¹⁵ e la capacità di previsione di rimborso, rendendo possibile un servizio personalizzato e centrato sulle reali esigenze del cliente. Questo vale indubbiamente anche per la gestione dei risparmi laddove la raccolta dei dati sulle transazioni di pagamento e la propensione al rischio di un cliente può mettere l'intermediario nelle condizioni di proporre prodotti capaci di rispondere meglio alle esigenze d'investimento.

Inoltre, lo sviluppo dei software e delle infrastrutture informatiche per l'operatività on line ha consentito di elaborare in ambito finanziario sistemi di negoziazione talmente avanzati da essere in grado di

termini di esternalità negative (cd. “*spill-overs*”) nei confronti di terzi dal momento che «*la loro curva di indifferenza (o di utilità) è affetta da comportamenti di altri individui, al di fuori dai consueti meccanismi dello scambio di mercato*». In tal senso, il “costo sociale” diventa più o meno elevato per il consumatore a seconda che l'utilizzo di algoritmi provochi danni alla reputazione di alcune categorie tracciandone profili identitari distorti con possibile preclusione dell'accesso a determinati servizi.

¹⁴ Si pensi alle negoziazioni elettroniche di strumenti finanziari, operatività eseguita per il tramite di sistemi e procedure informatiche che, nella prassi, ha preso il nome di “*trading on line*”. Sul tema si rinvia alla compiuta analisi di G. BENEDETTO, F. MIGLIOLI, *Trading on-line. Guida operativa all'investimento in rete*, Milano, 2000.

¹⁵ Il controllo sistematico dei dati relativi alle transazioni, unito all'azione di algoritmi atti a individuare comportamenti sospetti nelle operazioni di pagamento, nel prelevamento di contanti o nella negoziazione di titoli, consentono in via prospettica di integrare i processi di *compliance* degli istituti di credito evitando, con il tempo, il riciclaggio di denaro e altri atti illeciti.

realizzare la completa automazione di tutte le fasi dell'attività di *trading*, a partire dalla definizione dei parametri del singolo ordine fino all'esecuzione dello stesso in una *trading venue*. Non secondario il ruolo della regolazione e soprattutto delle Direttive MiFID che attraverso l'obbligo di esecuzione degli ordini dei clienti alle "migliori condizioni praticabili" (cd. *best execution*), da un lato, e tendenza alla frammentazione dei mercati dovuta alla presenza di numerose piattaforme di scambio, dall'altro, hanno creato i presupposti per la diffusione degli algoritmi di negoziazione tra gli intermediari del settore chiamati a garantire costantemente ai propri clienti l'accesso al miglior prezzo di contrattazione presente su ciascun mercato di riferimento.

In questo contesto, ad esempio, il *trading* algoritmico – ponendosi quale attività differente dal tradizionale servizio di esecuzione di ordini per conto dei clienti – costituisce una modalità di negoziazione basata sull'utilizzo di programmi informatici (in genere molto complessi) capaci di raccogliere ed elaborare le informazioni e i dati di mercato in tempo reale¹⁶ e avviare in automatico gli ordini dell'utente (di vendita o di acquisto di strumenti finanziari) sulle diverse piattaforme di negoziazione in cui l'intermediario è abilitato ad operare.

Qui il problema si focalizza sulle correlazioni effettuate dagli algoritmi nei processi decisionali automatizzati che richiamano – con un approccio più funzionale e proattivo – il principio di *accountability*, vale a dire di "responsabilizzazione" dei soggetti preposti al trattamento dei dati in base al quale si richiede di dimostrare la conformità del proprio operato (e delle proprie scelte) agli obblighi imposti dal GDPR quali, in particolare, i requisiti di *liceità, equità e trasparenza*¹⁷.

In senso più generale, l'acquisizione dei dati sensibili non ha risposto solo ad una logica di mera raccolta ma ha riguardato l'utilizzo degli stessi quale fonte ulteriore di ricavi tramite la rivendita (a vari livelli)

¹⁶ Quando viene svolto a velocità molto elevata prende il nome di trading ad alta frequenza o *high-frequency trading* (HFT).

¹⁷ Attraverso tale principio, appunto, il GDPR indica lo scopo da raggiungere: la garanzia della tutela e protezione effettiva dei dati personali, rimettendo alla loro responsabilità l'individuazione delle misure adeguate da adottare nell'ambito di un vero programma di protezione dei dati (*privacy by design*). Resta fermo l'obbligo di "essere in grado di dimostrare" agli stessi interessati al dato – di fatto una sorta di obbligo di rendicontazione – che le misure adottate siano idonee a garantire il rispetto del Regolamento.

ad altre aziende di servizi¹⁸; cosa che ha posto, in maniera concreta, una serie di problematiche in tema di garanzie a protezione dei dati personali, mettendo in evidenza così il complicato rapporto tra *Big Data* e *privacy* dal punto di vista giuridico.

Nel solco di siffatte argomentazioni si aprono ulteriori scenari circa le modalità tecnologiche con cui il dato è acquisito¹⁹: esse infatti risultano di particolare importanza in quanto influenzano in modo determinante il ruolo e il valore delle informazioni raccolte.

Con Internet delle Cose (*Internet of Things*) – considerata l'avanguardia dell'innovazione della Rete – e, come si dirà successivamente, con il *Cloud* ingenti quantità di dati²⁰ vengono rilevati mediante sensori, capaci di trasformare le rilevazioni effettuate in entità digitali in tempo reale, riferibili a coordinate spazio-temporali ben precise. Il meccanismo è molto semplice: collegare oggetti del mondo reale per scambiare i dati raccolti da questi e perseguire un obiettivo comune²¹.

Dunque non è difficile comprendere come, anche in questo caso,

¹⁸ Un esempio può essere dato da alcune delle maggiori banche retail e società emittenti di carte di credito per esempio vendono i dati grezzi relativi ai propri clienti attraverso intermediari specializzati come Cardylitics. O ancora da colossi come American Express, la quale commercializza studi di marketing basati sui propri dati clienti tramite una sua società specializzata, American Express Business Insights.

¹⁹ I metodi di estrazione dei dati variano a seconda che la produzione del dato avvenga in Rete, in un ambiente *IoT*, ovvero off line, in quest'ultimo caso si pensi ai sondaggi e ai “programmi fedeltà” (*loyalty programs*) dei supermercati. Al riguardo, cfr., FEDERAL TRADE COMMISSION, *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, 2016, 4.¹_{SEP}

²⁰ Si tratta di dati geografici, ambientali, o generati da una *smart car*, da uno *smartphone* o ancora mediante tecnologie *wearable* del tipo *smartwatch*.

²¹ Si rimanda all'analisi approfondita di Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things*, 2014; P. HOWARD, *Pax Technica. How the Internet of Things May Set Us Free or Lock Us Up*, New Haven, 2015. Ancora sul tema, cfr., M. PAEZ, M. LA MARCA, *The Internet Of Things: Emerging Legal Issues For Businesses*, in 43 *Northern Kentucky Law Review*, 2016, 31, i quali parlando in termini di superamento della vecchia concezione di Internet così affermano «*In sum, the IoT marks a paradigmatic departure from the Internet technology of previous decades: instead of simply facilitating human interaction through machine-to-machine communications, the IoT allows devices to measure and interact with the physical environment, gather information from that environment, and transmit that information to other devices, people, or environments*»).

risulti abbastanza complessa la gestione sicura del dato personale affidato²².

In quest'ottica i termini della precedente domanda si invertono ed allora occorre capire se si può collezionare una grande mole di dati garantendo nel contempo il rispetto della *privacy*.

Sulla scorta di quanto già accennato, la detenzione di un enorme patrimonio informativo da parte dei *Big Data* pone inevitabili problemi di tutela e riservatezza dei dati trattati; tuttavia la questione non sta tanto nell'adozione di differenti modalità di applicazione di siffatti principi – giustificata dalle peculiari caratteristiche dei *Big Data* – quanto nella concomitante assenza sia di trasparenza che di effettivo anonimato. Invero, la “quantità” risulta essere predominante rispetto alla loro “qualità”, inducendo gli attori di questa “catena del valore” dei dati personali (chi li genera, chi li raccoglie, chi li tratta e chi prende decisioni a seguito di questi trattamenti) verso il loro ri-uso piuttosto che verso la verifica della loro affidabilità.

E' prassi come, una volta inseriti nei sistemi, i dati contenuti negli strumenti di storage dei *Big Data* vengano “persi di vista”, comportando inevitabilmente un elevato rischio per l'interessato, in quanto il titolare del trattamento potrebbe utilizzarli per finalità non perseguibili rispetto alle informative e ai consensi raccolti²³.

Inoltre, anche informazioni apparentemente “anonimizzate” possono presentare delle problematiche, posto che attraverso la fusione di diverse banche dati, si può facilmente riuscire a “re-identificare” un

²² Per le fonti normative in materia, vedasi “*Statement on Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*” - Article 29 Data Protection Working Party, 2014; Resolution Big Data of the 36th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners of 2014; Working Paper on Big Data and Privacy Privacy principles under pressure in the age of Big Data analytics - International Working Group on Data Protection in Telecommunications, 2014; GDPS, Opinion 7/2015 - Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability, 2015.

²³ Il tema delle informative e dei relativi moduli di raccolta di consenso è cruciale in quanto la numerosità delle fonti informative fa sì che le persone interessate abbiano grandi difficoltà nel comprendere come i dati vengano integrati tra loro e trattati. È necessaria dunque una manifestazione espressa, prima del trattamento, da parte degli interessati del consenso all'utilizzo dei propri dati per fini di analisi o di profilazione. Cfr., Garante per la protezione dei dati personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati per profilazione on line*, 19 marzo 2015.

interessato (un dato considerato *anonimo* infatti, può essere successivamente attribuito a una determinata persona) anche veicolando informazioni apparentemente anonime.

Ci si chiede allora quale tipo di protezione dei dati personali è veramente possibile.

Un approccio regolamentare potrebbe ricavarsi proprio dal “diritto di portabilità” contenuto all’art.20 del recente GDPR²⁴, la cui estensibilità è giustificata dal fatto che la nozione di «*dati che riguardano l’interessato*» – e che sono da questi forniti a un titolare per effettuare trattamenti automatizzati sulla base del “consenso” o del “contratto” – potrebbe ricomprendere anche le valutazioni, frutto delle analisi realizzate dal titolare sui dati grezzi, mediante tecniche di *Big Data analytics*.

Per la verità la questione non è del tutto pacifica in quanto non è chiaro se il concetto di dati “forniti”²⁵ direttamente dall’interessato – e

²⁴ Cfr., art.20 del GDPR per il quale «*l’interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti*». In questo senso, il 68° Considerando del GDPR promuove lo sviluppo di formati “interoperabili” da parte dei titolari così da consentire la portabilità dei dati, configurando per gli interessati la possibilità non soltanto di ottenere e riutilizzare i dati forniti a un titolare, bensì anche di trasmettere questi dati a un diverso fornitore di servizi. I dati inoltre devono essere forniti «*senza ingiustificato ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta stessa*». La conservazione, su supporto personale o su cloud privato, consente all’interessato di poter facilmente spostare un contratto di servizi senza dover fornire nuovamente tutti i suoi dati ma semplicemente, chiedendo al vecchio gestore di trasportarli ad un diverso fornitore di servizi. In tal modo le persone possono migrare da un fornitore di servizi ad un altro, impedendo così il formarsi di fenomeni di *lock-in* (blocco all’interno di un servizio).

²⁵ Il diritto alla portabilità riguarda i dati “forniti” dall’interessato, pertanto è limitato ai soli dati personali (non si applica ai dati anonimi, ma ai dati pseudonimi essendo questi ultimi chiaramente collegati ai dati personali). Secondo l’interpretazione del Gruppo Articolo 29, l’espressione “forniti” dev’essere inteso in senso ampio, per cui il diritto non si limita ai soli dati personali comunicati dall’interessato al titolare del trattamento (ad esempio indirizzo mail), ma si estende anche ai dati personali generati (*observed*) dalle attività dell’interessato (dati di localizzazione, etc.) Non sono compresi, invece, i dati generati dal titolare sulla base dell’analisi dei dati forniti o raccolti dall’interessato (*inferred and derived data*, come ad esempio il “*credit score*”), né ovviamente i dati ottenuti da terze parti.

a questo riferibili – sia circoscritto o circoscrivibile solo a quelli *generati* nell’ambito del rapporto col titolare, o piuttosto “allargato” a quei dati che il titolare ricava usando sistemi di *Data analysis* attraverso cui è possibile catalogarne comportamenti ed attitudini, con evidenti benefici per l’azienda come l’aumento delle vendite, miglior soddisfazione del cliente, maggiore efficienza e, più in generale, aumento della competitività.

Si ripropone in termini concreti il quesito posto all’inizio: quali dati proteggere?

Benché l’orientamento sia proteso a considerare i dati “creati” dal titolare (cd. *Inferred Data*) non oggetto del “diritto di portabilità” per il fatto stesso di non essere forniti direttamente dall’interessato – anche se ipoteticamente a lui riferiti o riferibili – una siffatta circostanza potrebbe dar luogo a qualche difficoltà applicativa nei casi in cui risulti difficile individuarne la provenienza, aprendo a scenari abbastanza ampi connessi ai trattamenti dei dati ricavabili dai *Big Data* e basati sulla *Data analysis*. A tacer del fatto che il titolare del trattamento potrebbe utilizzare i dati raccolti per finalità non perseguibili rispetto alle informative e ai consensi ottenuti riproponendo il discusso tema delle informative e dei relativi moduli di raccolta di consenso²⁶.

L’argomento, visto in termini più generali, può riguardare, come si accennava prima, un dato considerato «anonimo» poi successivamente attribuito a una determinata persona – attraverso la fusione di diverse banche dati o la generazione di nuove informazioni e spesso di nuovi dati personali – mediante l’utilizzo di algoritmi applicati nell’analisi dei *Big Data*.

Questa avvertita esigenza di tutela del dato, tra l’altro, ha trovato spazio anche nell’ambito delle disposizioni di vigilanza delle autorità europee, le quali hanno richiesto alle imprese di sviluppare *best practices* sull’uso dei *Big Data*²⁷ ai fini di una maggiore sicurezza delle informazioni mentre sono archiviate e in transito.

²⁶ L’adeguatezza ai nuovi principi normativi non consente, in particolare, una descrizione troppo vaga e generica delle finalità del trattamento, determinando pertanto la *nullità* del consenso. Inoltre, la numerosità delle fonti informative fa sì che le persone interessate abbiano grandi difficoltà nel comprendere come i dati vengono integrati tra loro e trattati.

²⁷ Trattasi di principi generali, come quello della promozione di un trattamento dei consumatori equo, trasparente e non discriminatorio.

L'approccio legislativo del GDPR, entrato in vigore lo scorso maggio, cambia sostanzialmente gli scenari: l'utilizzo dei Big Data, secondo quanto stabilito nel nuovo Codice, deve sempre bilanciare gli interessi del titolare/responsabile con quelli degli interessati,²⁸ garantendo, nella raccolta dei dati di grandi dimensioni, prioritariamente il rispetto della privacy.

Per questo è fatto obbligo ai responsabili del trattamento di mettere in atto misure tecniche ed organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza coerente con il grado di rischio, supportate da procedure valutative circa la loro efficienza ed efficacia al fine di garantire la concreta tutela dei dati trattati (privacy by design e by default).

3. (Segue). *Le nuove frontiere della tutela della privacy: il cloud computing*

Stesse riflessioni devono essere fatte in merito ai nuovi modelli di servizio offerto alla clientela, sempre più spesso esternalizzati (cd. *outsourcing*), basati sul ricorso al *cloud computing*²⁹, la piattaforma in grado di archiviare dati trasferendoli tramite Internet, o un'altra rete, a un sistema di archiviazione esterno gestito da una terza parte nella cui "nuvola" sono conservati i dati. Questi, infatti, non risiedono fisicamente nell'ambiente informatico del fruitore bensì nel server del

²⁸ Secondo quanto imposto dalla MiFID2 gli algoritmi devono essere presentati alle autorità, di modo che possano essere giudicati idonei ed eventualmente autorizzati. Grazie a questa norma è possibile eventualmente bloccare l'algoritmo in maniera tempestiva.

²⁹ I maggiori *cloud providers* in Europa hanno aderito al CISPE (*Cloud Infrastructures Services Provider in Europe*) adottando il 26 settembre 2016 un Codice di condotta ed un modello di *compliance* che consente ai clienti di accertare la conformità del proprio venditore d'infrastruttura agli standard di protezione dei dati. Il Codice anticipa in parte l'applicazione dei dettami previsti dal nuovo Regolamento europeo 679/2016 (GDPR) e, infatti, il fornitore di servizi *cloud* dovrà trattare i dati dei clienti in base alle istruzioni da questi impartite. Il *Code of Conduct* vieta poi ai *cloud provider* di effettuare il cd. "*data mining*", ovvero quel processo che permette di estrarre, da grandi quantità di dati, tutta una serie di informazioni "nascoste" per poi poterle utilizzare ai fini di marketing o pubblicità. Le informazioni non possono assolutamente essere vendute a terzi né utilizzate per altri scopi personali. Sul punto, A. MANTELETO, *Processi di Outsourcing Informatico e Cloud Computing*, in *Dir. informaz. Informatica*, 2010, I, 675 e ss.

provider che oltre a fornire servizi di storage dei dati, permette in aggiunta la fruizione di applicativi software cui si può accedere direttamente on line oppure la configurazione di ambiti di sviluppo e programmazione.

La contrattazione *cloud* è standardizzata³⁰, per cui la scelta dell'utente attinge al servizio che più risponde alle proprie esigenze³¹, senza la possibilità di cambiarne nessun aspetto (né durante gli stadi iniziali, né durante l'esecuzione del contratto). Questa che si definisce tecnicamente una situazione di “*take-it-or-leave*”³² comporta che l'utilizzatore, pur non essendo a conoscenza degli aspetti peculiari della fornitura del servizio, provveda comunque a sottoscrivere il contratto: è il caso, ad esempio, dell'erogazione di un servizio *cloud* cui corrisponde una catena di *sub-provider* della quale l'utente quasi sempre ne ignora l'esistenza³³.

L'evidente sproporzione contrattuale e le asimmetrie informative e

³⁰ Anche i servizi offerti sono standardizzati e di solito si basano su servizi gestiti da *sub-provider*, tenendo conto dei relativi sub-contratti. Molto comune nel *cloud* è il fenomeno del *sub-processing*. Per un approfondimento cfr., K. HON, C. MILLARD, *Cloud Technologies and Services*, in C. MILLARD, *Cloud Computing Law*, 2013, Oxford, 3; AA.VV., *Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services*, disponibile all'indirizzo ssrn.com/abstract=1662374, 1 settembre 2010, 15.^[1]_{SEP}. Sui contratti di *cloud computing* si veda A.R. POPOLI, *Il contratto di cloud computing: natura giuridica e clausole limitative di responsabilità*, in giustiziacivile.com; G. FAGGIOLI, A. ITALIANO, *I contratti di cloud computing*, Franco Angeli, 2017.

³¹ Sinteticamente i modelli di fruizione del *cloud* si distinguono *public*, *community* e *private cloud*, a seconda che il servizio sia messo a disposizione di una pluralità indistinta o omogenea di fruitori, ovvero di singoli soggetti. Sono presenti sul mercato, altresì, modelli misti, o ibridi, che presentano profili di commistione tra i differenti modelli.

³² Si rinvia sull'argomento a A. CUNNINGHAM, C. REED, *Caveat Consumer? Consumer Protection and Cloud Computing Part 2. The Application of ex ante and ed post Consumer Protection Law in Cloud*, disponibile all'indirizzo papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2212051, 40-41.

³³ È la natura dell'offerta dei servizi *cloud* a contribuire alla stessa integrazione tra *cloud providers*; quest'ultimo tuttavia, in qualità di responsabile del trattamento, non potrebbe nominare un altro soggetto, a sua volta responsabile del trattamento, senza un'autorizzazione scritta del titolare, ovvero il cliente *cloud*. Un esempio di sub-trattamento di dati, da parte di ulteriori soggetti sub-responsabili del trattamento, è dato dal servizio di storage Dropbox: Dropbox fornisce SaaS, ma per offrire questo servizio, Dropbox fa affidamento ai server che Amazon gli fornisce come IaaS.

conoscitive riguardante il fruitore richiederebbe, ai fini di un riequilibrio tra le parti, che gli incaricati del trattamento informassero il cliente sulla gestione dell'offerta on demand, descrivendone nel dettaglio la tipologia concessa in sub-appalto, le caratteristiche dei sub-contrattenti attuali o potenziali e le garanzie offerte da queste entità al fruitore di servizi di *cloud computing*.

Tuttavia, in quasi tutti i contratti emerge la presenza di una serie di clausole tendenti a limitare la responsabilità del fruitore di siffatto servizio, sia in termini di garanzia nella fornitura sia di esclusione di responsabilità e/o di limiti di risarcibilità per danni da esso causati al fruitore³⁴. Esse solitamente si accompagnano nei contratti all'indicazione secondo cui il servizio di *cloud computing* è fornito “*as is*”, in altre parole “così com'è”, “com'è disponibile”, cosa che lo rende, di fatto, privo di alcuna garanzia espressa e implicita, quanto alla qualità e affidabilità del servizio, nonché alla sua sicurezza³⁵.

Un altro tema che ricorre spesso quando si valutano i rapporti esistenti tra *cloud computing* e GDPR è l'individuazione dei ruoli delle parti. Nella peculiarità del quadro normativo, anche il fruitore di servizi presenta delle caratteristiche proprie, risultando sostanzialmente una figura ibrida con un grado di autonomia incompatibile con il ruolo di esecutore delle istruzioni impartite dal titolare del trattamento³⁶, che gli consente di svolgere solo una mera attività di custodia delle banche

³⁴ Si tratta, principalmente di responsabilità per la perdita o la compromissione di dati ospitati nel *cloud service*, ovvero l'oggetto stesso della prestazione fornita. Solo allorquando si verificano situazioni di inadempimento vi sarebbe una presa di conoscenza da parte del fruitore delle clausole contrattuali, ivi comprese quelle riguardanti l'esclusione di garanzia del servizio offerto, quelle limitative di responsabilità e risarcitorie.

³⁵ Cfr., F. COLLINA, *Aspetti di sicurezza nel Cloud Computing*, disponibile all'indirizzo amslaurea.unibo.it/4653/1/collina_francesca_tesi.pdf, 38; E. PROSPERETTI, *Gli obblighi di assicurare la custodia e la sicurezza dei dati in un sistema cloud*, in *Trattato di diritto dell'Internet*, di G. Cassano - G. Scorza - G. Vaciago (a cura) Padova, 2012.

³⁶ La struttura del servizio *cloud* sembra porsi dunque al di là delle definizioni dei poteri e delle responsabilità dei soggetti coinvolti disciplinate dal Codice *Privacy*, laddove il titolare del trattamento dei dati personali è il soggetto cui viene riservato ogni potere decisionale con riguardo alle finalità ed alle modalità del trattamento dei dati; mentre il responsabile rappresenta il soggetto al quale vengono delegate dal titolare stesso alcune particolari operazioni di trattamento, sulla base di specifiche istruzioni.^[1]_{SEP}

dati delle società clienti. Questa sfera di autonomia particolarmente ampia – indispensabile per la gestione della “nuvola” – pone in rilievo la necessità di un intervento normativo volto a ridistribuire i pesi di responsabilità tra i diversi player, attraverso l'introduzione di una speciale figura di responsabile, in grado di offrire ai clienti particolari garanzie in termini di affidabilità e di assumersi in prima persona specifici obblighi.

Strettamente connesso al profilo della responsabilità si pone l'analisi degli indiscussi vantaggi – sintetizzabili nella diminuzione dei costi, investimenti iniziali bassi e vincoli di servizio assunti dall'*outsourcer*³⁷ – ai quali si contrappongono una serie di rischi dovuti all'inevitabile diminuzione di controllo sui dati per quanto riguarda la *business continuity* e in ambito di *Data Protection*³⁸.

E' di immediata comprensione come la tutela della *privacy* diventi in questo caso delicatissima e di grande importanza per due ordini di motivi, entrambi riconducibili a evidenti lacune di regolamentazione (da affrontare sulla base di parametri contrattuali ben definiti) che tuttavia non appaiono facilmente superabili se rapportati all'ampiezza dei servizi *cloud* e dei modelli di fruizione, i quali rendono estremamente complesso racchiudere tale tecnologia all'interno di una definizione giuridica stringente³⁹.

³⁷ I vantaggi risiedono nella possibilità di usufruire delle risorse di cui l'utente necessita in un qualsiasi momento (a patto di avere una connessione Internet funzionante), gratuitamente o a costi estremamente ridotti, senza che queste debbano risiedere nei sistemi informatici dello stesso non essendo necessaria, in molti casi, la previa installazione di software o l'acquisto di particolari infrastrutture hardware. Le soluzioni *cloud* rappresentano una risorsa sfruttabile soprattutto per le piccole e medie imprese. Queste si affidano ad un servizio che presenta standard elevati in termini di efficienza e sicurezza, consentendo un vantaggio competitivo grazie ai costi ridotti e alle caratteristiche di scalabilità dello stesso. Sui profili economici del servizio cfr., AA.VV., *Above the clouds: A Berkley View of Cloud Computing*, in <https://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.pdf>

³⁸ Per maggiori approfondimenti in merito Cfr., A. CARDETTA, *IT outsourcing: il cloud computing tra sicurezza e privacy*, disponibile all'indirizzo <https://www.ictsecuritymagazine.com/articoli/it-outsourcing-cloud-computing-sicurezza-privacy/>

³⁹ Una prima definizione, per quanto ampia, viene data dal National Institute of Standard and Technology secondo cui «*il cloud computing è un ambiente di esecuzione elastico che consente l'accesso via rete e su richiesta ad un insieme condiviso di risorse di calcolo configurabili (ad esempio reti, server, dispositivi di*

La prima ragione va posta in termini di rischio di non adeguata tutela del dato trattato dal momento che il *cloud* è offerto sovente, come si diceva poc'anzi, attraverso l'adozione di servizi "esternalizzati", collocati oltre i confini europei, in Paesi dove mancano livelli adeguati di protezione anche sotto il profilo contrattuale. In questo caso per rendere il trasferimento lecito è necessario che il committente (titolare del trattamento) e l'*outsourcer* (responsabile dello stesso) adottino le misure previste dalla normativa in materia di *privacy* (consenso interessato, *model clauses*, *binding corporate rules*). Inoltre, il committente dovrà acquisire idonee garanzie in merito alle modalità di elaborazione e di conservazione dei dati caricati in *cloud*⁴⁰.

Succede spesso che in molti di questi Paesi le leggi sulla sicurezza dei dati sono inapplicabili anche se l'urgenza, in ambito europeo, di affrontare le questioni relative a dati sembra trovare nel GDPR la strada per appianare le differenze legali oltre i confini comunitari creando un ambiente sicuro in cui le organizzazioni private e pubbliche possano utilizzare, acquistare e vendere servizi *cloud*.

La questione dunque attiene sia alla protezione, archiviazione e conservazione del dato sulle memorie dei computer che a quello in transito su reti informatiche più o meno sicure, tenuto conto del fatto che non sempre le aziende valutano attentamente come governare i rischi relativi alla protezione in caso trasferimento fuori dallo Spazio Economico Europeo.

Questo fa ben comprendere come per il fruitore non sia affatto ininfluenza il luogo ove risiedono i propri dati personali in quanto la normativa in materia di protezione stabilisce cautele ed obblighi particolarmente penetranti, unitamente alla previsione di sanzioni amministrative e penali nel caso in cui il "trasferimento" – sul quale proprio di recente si è espresso il nuovo Codice *Privacy* a proposito di

memorizzazione, applicazioni e servizi) sotto forma di servizi a vari livelli di granularità. Tali servizi possono essere rapidamente richiesti, forniti e rilasciati con minimo sforzo gestionale da parte dell'utente e minima interazione con il fornitore».

⁴⁰ Negli Stati Uniti, i dati possono essere lecitamente trasferiti soltanto verso società che si siano rese conformi al *Privacy Shield*, un accordo stipulato fra la Commissione Europea ed il Governo degli Stati Uniti, nel quale si indicano una serie di requisiti necessari a certificare il rispetto di un adeguato livello di protezione dei dati. Soltanto le imprese statunitensi che rispettino questi requisiti potranno dirsi conformi al *Privacy Shield* e consentire il trasferimento dei dati dall'Europa agli Stati Uniti.

*lex domicilii*⁴¹ – avvenga oltre l’ambito comunitario. Invero, il semplice spostamento della sede della società e dei *data center* potrebbe consentire al *provider* di sottrarsi ai vincoli previsti in materia di protezione anche laddove i propri servizi fossero diretti principalmente a tale mercato.

Pertanto il fornitore del servizio dovrà procedere ad una mappatura dei luoghi, cioè della rete di data center, in cui i dati della società potrebbero essere ospitati⁴², al fine di assicurarsi che il loro trasferimento da Paese a Paese avvenga sempre nel rispetto di quelle garanzie minime, in termini di misure di sicurezza, previste dalle disposizioni europee.

A fortiori, la trasparenza della piattaforma del fornitore⁴³ – sia riferibile al momento della instaurazione della relazione contrattuale (con riguardo alla mappa dei data center e alla policy privacy) sia in costanza di rapporto (mediante l’offerta di adeguate garanzie patrimoniali per il caso di eventuali accessi abusivi, sottrazione o perdita di dati) – è estremamente rilevante anche per una ulteriore ragione.

Considerato l’ampio ricorso all’outsourcing e all’hosting dei sistemi, tendenti sempre di più verso la “delocalizzazione” dei dati conservati, risulta di notevole importanza l’operato dell’autorità giudiziaria del Paese ospitante la quale, sul presupposto della sussistenza di leggi interne, potrà dare esecuzione ad ordini di esibizione, di accesso o di sequestro, consentendo all’autorità italiana di superare i limiti di un’azione diretta sui data center se non attraverso complicate rogatorie

⁴¹ Il GDPR introduce la nuova regola basata sul principio di *territorialità* del dato, per cui il trattamento, nell’ambito dell’offerta di beni e servizi, di dati personali di residenti nell’Unione dovrà essere sempre effettuato secondo gli obblighi e le cautele previste dalla normativa europea a prescindere dal fatto che il titolare o il responsabile abbiano sede al di fuori dell’Unione. La nuova regola determina un significativo cambiamento in relazione soprattutto all’ipotesi cui il *cloud service provider* stabilito al di fuori dell’EU assuma il ruolo di titolare nel trattamento.

⁴² Ciò richiede altresì un’accurata individuazione dell’operatore al quale i propri dati saranno affidati, anche attraverso una valutazione della solidità finanziaria e del grado di trasparenza e di sicurezza garantito dalle *policy* aziendali del partner prescelto.

⁴³ Per una valutazione delle problematiche sottese si rinvia all’interessante articolo disponibile su www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2011-01-05/protezione-dati-personali-tempo-133601.shtml?uuid=AYbqmNx

internazionali.

Tornando al delicato problema di legittimità del trasferimento di dati personali all'estero, il quadro normativo ad oggi risultante dal Regolamento, lascia sostanzialmente immutato quanto già tracciato dall'ormai abrogata direttiva 95/46/Ce, prevedendo quale aspetto di rilievo una disciplina di maggiore dettaglio in relazione all'emanazione di decisioni di adeguatezza.

Quanto al concetto di "trasferimento", sebbene non definito dal GDPR, esso trova riscontro in vari punti della disciplina a cominciare dall'art.44 e ss., contenenti le regole cardine per il trasferimento di dati personali in Paesi terzi, nonché in relazione a specifici adempimenti come il registro dei trattamenti, *ex art.30*; i contenuti dell'informativa, *ex art.13* e la valutazione di impatto, art.35 del *Data Protection*.

In particolare, l'art.44 fissa il principio generale secondo cui un trasferimento di dati personali oggetto di un trattamento – oppure destinati ad esserlo dopo il trasferimento verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale⁴⁴ – possa aver luogo, fatte salve altre disposizioni del GDPR, soltanto se l'operatività del titolare e del responsabile sia aderente a determinati meccanismi⁴⁵ volti a garantire un principio cardine: quando i dati personali dei cittadini europei vengono trasferiti all'estero, la protezione si sposta con i dati⁴⁶.

Il secondo motivo riguardante la tutela della *privacy* è dato dall'interesse crescente delle banche per la tecnologia *cloud* che prelude ad una sua adozione sempre più generalizzata⁴⁷.

⁴⁴ Vanno altresì ricompresi i trasferimenti successivi da un Paese terzo o un'organizzazione internazionale verso un altro Paese terzo o un'altra organizzazione internazionale.

⁴⁵ In quest'ottica si rinvia alle condizioni di cui al capo V del GDPR redatte sulla base di regole fissate su criteri di adeguatezza ed adeguate garanzie; nonché su norme vincolanti d'impresa (*Binding Corporate Rules* o "BCR").

⁴⁶ Cfr., Digital Single Market: Commission strengthens trust and gives a boost to the data economy, European Commission, January 2017; Digital Single Market: Communication on Exchanging and Protecting Personal Data, January 2017.

⁴⁷ Tra gli studi più recenti si cita A. BROWN, *Six reasons why cloud computing will transform the way banks serve clients – and the five hurdles to overcome*, in *Banking Technology on line*, 28 luglio 2014, disponibile all'indirizzo <http://www.bankingtech.com/236322/six-reasons-why-cloud-computing-will-transform-the-way-banks-serve-clients-and-the-five-hurdles-to-overcome/>; P. CROSMAN, *Banks Pushed Toward Cloud Computing by Cost Pressures*, in *Americanbanker.com*, 10 marzo 2014. Ed ancora per le sperimentazioni bancarie

Il *cloud* infatti offre alle banche la capacità di rispondere rapidamente alle mutevoli esigenze del mercato, della clientela e delle tecnologiche, consentendo ad esse di sviluppare sistemi idonei a fornire informazioni puntuali sui clienti e prendere decisioni migliori a loro nome (i servizi potrebbero diventare così più personalizzati).

Anche qui la sicurezza dei dati viene posta in primo piano. Poiché le grandi banche forniscono servizi *cloud* da diversi *provider* ciò comporta, per un verso, la gestione congiunta di più sistemi di sicurezza e, per l'altro, – dal momento che l'*interoperabilità* è d'obbligo in ambiente *cloud* – la necessità di garantire che tutte le parti della propria attività possano comunicare tra loro e, ove opportuno, con i clienti.

E' superfluo dire che la sicurezza dei dati passa da una verifica preliminare dell'"affidabilità" del *cloud provider*, il quale insieme al requisito della "serietà" devono essere declinati non solo in termini di capacità di comprovato rispetto dei livelli di servizio garantiti e degli impegni contrattuali, ma anche in termini di esperienza e presenza sul mercato⁴⁸.

Secondo quanto stabilito dal Regolamento il *cloud service provider* dovrà sviluppare, in modo coordinato con il titolare del servizio, e garantire nel tempo tutte le misure di sicurezza tecniche e organizzative adeguate a mantenere al sicuro i dati di cui è in possesso⁴⁹.

4. La blockchain alla sfida del Data Protection

La preoccupazione crescente da parte degli utenti circa la perdita di controllo sui propri dati e informazioni personali che viaggiano su Internet pone un'ultima questione, questa volta sul fronte dei servizi di

verso siffatta tecnologia, *Is cloud computing almost too good to be true for banks?*, rinvenibile alla pagina www.flinders.edu.au/its/essentials/its-security/cloud-security-guidance/cloud-security-guidance_home.cfm; T. GROENFELDT, *Some Banks Are Heading To The Cloud - More Are Planning To*, in *Forbes on-line*, 26 giugno 2014.

⁴⁸ Un elemento per misurare la capacità di rispettare effettivamente termini e condizioni può essere il riferimento a rapporti di *audit* sviluppati da terzi soggetti indipendenti e alla presenza di certificazioni. Elementi ulteriori che rafforzano l'affidabilità economica possono essere costituiti da adeguate polizze assicurative del fornitore *cloud*.

⁴⁹ Tali misure di sicurezza devono essere applicate a tutti i sistemi che siano sotto il controllo del *cloud provider* (*data centre, network, server* nonché tutti gli *host software*).

pagamento laddove la diffusione non solo delle criptovalute ma anche di altri strumenti di pagamento innovativi ha richiesto – a motivo anche dell’espandersi degli attacchi della nuova criminalità informatica – una ferrea regolamentazione giuridica ed organizzativa riservata agli intermediari e traducibile sostanzialmente in specifici obblighi di precauzione⁵⁰ e misure di sicurezza intraprese ai fini della conservazione e del trattamento dei dati personali.

Occorre rammentare, ma si dirà meglio dopo, come il duplice obiettivo della PSD2 è stato quello di aumentare la concorrenza, il “*fair play*” e l’innovazione nel settore dei pagamenti, ma anche di dare un impulso significativo alla garanzia di adeguate misure di salvaguardia della clientela⁵¹.

Orbene, il *Regulatory Technical Standard* (RTS) adottato dalla Commissione europea nel novembre 2017 è stato progettato proprio allo scopo di definire le norme tecniche di regolamentazione: il documento infatti delinea i protocolli che devono essere implementati per proteggere la sicurezza e la riservatezza delle informazioni dei clienti e per garantire comunicazioni sicure e aperte durante tutto il processo di pagamento e, non meno importante, per monitorare il trattamento di rilevanti quantità e tipi di dati personali, cosa che comunque non esime ma anzi impone al regolatore una rilettura delle RTS⁵² alla luce delle prescrizioni della nuova *Data Protection*.

⁵⁰ Primo fra tutti l’obbligo di garantire l’inaccessibilità dei dispositivi di pagamento a soggetti non autorizzati (ossia diversi dal loro legittimo titolare), ai sensi dell’art. 8, co. 1, lett. a) del D. Lgs. 11/2010.

⁵¹ Un obiettivo importante è stato quello di garantire una forte autenticazione del cliente. Gli standard tecnici di regolamentazione (RTS) specificano vari elementi per garantire l’autenticazione del cliente forte come richiesto in PSD2. La comunicazione sicura tra banche, istituzioni finanziarie, fornitori di servizi di informazioni di pagamento e di conto (AISP e PISPS) è forse il requisito più importante per PSD2 che è coperto da RTS che definisce in dettaglio gli elementi necessari per una forte autenticazione del cliente. Gli standard impongono alle istituzioni finanziarie di definire KPI (*Key Performance Indicators*) trasparenti e obiettivi di livello di servizio per la loro interfaccia di pagamento.

⁵² Il *Regulatory Technical Standard* (RTS) prevede alcuni principi fondamentali, tra cui il monitoraggio e la profilazione del comportamento degli utenti dei servizi di pagamenti allo scopo di mitigare i rischi di frodi ed in generale di uso illecito dei servizi. In base al livello di rischio ipotizzato, l’ammontare e la ricorrenza della transazione, il canale utilizzato, si dovrà ricorrere a sistemi di *Strong Customer Authentication* (SCA), con accertamento dell’identità attraverso due o più strumenti di

Il confronto invero si rende necessario tenuto conto dell'ampia casistica approntata dal GDPR in merito alla definizione di dati personali, lasciando desumere come molti di questi – utilizzati ai fini delle RTS – sono considerati appunto “*dati personali*” (incluso l'indirizzo IP associato al mezzo con il quale un utente interagisce con un servizio di pagamento)⁵³ così come quasi tutti i trattamenti previsti dalle RTS comportano le necessità di conformarsi a specifiche prescrizioni del Regolamento per non incorrere nelle consistenti sanzioni amministrative (fino a 20 milioni di euro o 4% del fatturato se superiore).

Il binomio criptovalute-blockchain – tecnologia alla base delle transazioni finanziarie ma che nel giro di un decennio si estenderà rapidamente a tutta una serie di altre attività e servizi – apre un ulteriore scenario nella valutazione della capacità di adattamento alle regole sulla protezione dei dati personali introdotte dal recente Regolamento⁵⁴.

Anche qui è d'obbligo la domanda: le blockchain trattano dati personali e se sì quali in particolare.

autenticazione. Inoltre è previsto che siano adottate misure volte a garantire la riservatezza e l'integrità delle credenziali degli utenti; infine che le comunicazioni tra banche, TPP, ordinanti e beneficiari, siano basate su standard aperti, comuni e sicuri. Per quanto riguarda i *Third Party Players* (AISP, PISP e CISP), questi avranno accesso alle sole informazioni utili all'erogazione dei propri servizi, sulla base di un mandato per uno specifico conto o di una richiesta individuale. Dovranno identificarsi per interagire con le banche e potranno scambiare dati solo tramite soluzioni sicure e comunicazioni cifrate. In questo senso i *trust services* avranno un ruolo importante entro i nuovi scenari creati dalla PSD2.

⁵³ Si rinvia al noto caso Breyer sul quale si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza del 19 ottobre 2016, causa C-582/14, con nota di A. BERTI SUMAN, *Indirizzi IP dinamici e cybersicurezza: la conservazione dei “dati personali” degli utenti da parte dell'Internet Provider nel caso Breyer*, in *Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di responsabilità civile*, a cura di Alpa G., Conte G., Torino, 2018, 119 e ss.

⁵⁴ A riguardo si richiama il report “*Blockchain Innovation Europe*” del 21 agosto 2018 redatto dall'European Union Blockchain Observatory and Forum che sottolinea come la tecnologia blockchain sia in realtà ancora immatura e che probabilmente, evolvendo, sarà più semplice conciliarla con quanto previsto dal Regolamento. Sono in elaborazione, infatti, nuove tecniche finalizzate ad una maggiore protezione dei dati personali che eliminano la possibilità di risalire al singolo. Questo dovrebbe persuadere il legislatore a far operare tutte le eccezioni previste dal GDPR in modo da evitare che un'interpretazione troppo restrittiva possa comportare un freno all'innovazione.

Iniziamo col dire che la blockchain contrasta con la *Data Protection* su due aspetti che, a ben guardare, rappresentano gli elementi fondanti della tecnologia in oggetto: la *pubblicità* dei dati (quelli inseriti nelle blockchain sono pubblici e accessibili da chiunque partecipi alla catena) e la loro durata temporale (essi infatti sono conservati illimitatamente a tutela dell'intero registro distribuito), elementi insieme che consentono di creare un archivio “decentralizzato” ed immutabile⁵⁵.

I dubbi sollevati circa l'applicabilità delle disposizioni contenute nel Regolamento *privacy* riguardano principalmente il fatto che esso nasce con il fine di disciplinare i cosiddetti *data silos* ovvero i casi di trattamento “centralizzato” di dati personali; mentre la tecnologia blockchain si basa fundamentalmente sulla “decentralizzazione” e distribuzione delle operazioni di computo su un network.

Benché l'analisi di tale tecnica giustificherebbe un approfondimento decisamente più ampio di questo, è necessario tuttavia sottolineare la difficoltà di conciliare profili più squisitamente privatistici del *Data Protection* con un sistema di blocchi all'interno del quale confluiscono enormi quantità di dati e informazioni, non più cancellabili né modificabili⁵⁶, cosa che sin da subito appare del tutto confliggere con quanto stabilito all'art.17 del Regolamento secondo cui l'interessato ha diritto ad ottenere la cancellazione dei propri dati personali quando la finalità per cui sono stati raccolti è venuta meno; in altre parole, quando

⁵⁵ Partendo proprio dalla caratteristica dell'“immutabilità” tipica della blockchain che può ritenersi non rispettato il cd. “*diritto all'oblio*” riconosciuto nel GDPR a tutti gli interessati in quanto manca del tutto sia il diritto alla cancellazione dei dati, da parte del titolare del trattamento, sia l'obbligo di questi – qualora abbia comunicato i dati a terzi – di cancellarli ed informare gli altri titolari della richiesta dell'interessato di eliminare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.

⁵⁶ La tecnologia blockchain utilizza una serie di dati che rientrerebbero nella definizione data dall'art.4 del Regolamento UE n.679/2016. Possono essere inseriti, anche se rappresentano un utilizzo anomalo della blockchain, documenti contenenti dati personali ed è, inoltre, possibile che siano registrate informazioni cifrate. Il file contenente i dati personali rimane *off chain*, mentre l'informazione cifrata viene registrata sulla blockchain (rendendo tracciabile la transazione). Le blockchain agiscono tramite l'utilizzo di chiavi asimmetriche da parte degli utenti: chi partecipa al network non conosce la chiave privata degli altri interlocutori, ma solamente la chiave pubblica che attraverso il *Public Key Hash* definisce gli identificativi dei destinatari delle transazioni. Nel primo caso sicuramente si rientra nella fattispecie del trattamento dati personali come delineato dal GDPR. Negli altri due casi la questione è più complessa.

è stato revocato il consenso che ne autorizza il trattamento e in una serie di altri casi (cd. “diritto all’oblio” o *right to be forgotten*)⁵⁷.

Guardando da un’altra angolazione – ed in linea di principio – attraverso la blockchain un utente è sempre in grado di controllare i propri dati personali, anzi, è l’unico a sapere a quali informazioni corrisponde la propria chiave pubblica, secondo un principio di “disaccoppiamento” dei dati dall’entità individuale per essere attribuito ad uno pseudonimo⁵⁸. Questo consente di tracciare lungo tutta la catena distribuita dove e come sono usate le informazioni oggetto di una transazione: ogni dato inserito in una blockchain è necessario per mantenere la “catena” di transazioni relative alla medesima “informazione digitale”, caratterizzando nello specifico siffatta tecnologia rispetto alle altre.

Inoltre, le ricadute delle disposizioni normative della V Direttiva antiriciclaggio⁵⁹, hanno esteso gli obblighi di riconoscimento anche in capo ai soggetti che offrono servizi di *wallet provider* cosicché la chiave pubblica – attraverso la quale vengono sottoscritte le transazioni sulla blockchain – costituisce sempre più un dato personale in quanto associata o associabile ad una persona fisica determinata.

Ora, vista dalla prospettiva della protezione dei dati personali degli utenti, tale tecnologia adotta sicuramente un approccio *privacy by design* secondo quanto stabilito dall’art.25 del Regolamento – mediante il quale si riducono al minimo l’elaborazione e la confidenzialità dei dati fin dalla progettazione del sistema di trattamento – puntando sui suoi aspetti di maggiore forza, ovvero le tecniche della crittografia e, come già accennato, della pseudonimizzazione⁶⁰, elemento di grande

⁵⁷ Vale la pena menzionare anche il cd. “diritto di rettifica”, previsto dall’art.16 del GDPR. L’interessato ha diritto a pretendere dal titolare la correzione dei propri dati, quando essi non sono veritieri o aggiornati.

⁵⁸ Solitamente la chiave è cifrata di modo che dalla singola transazione non è possibile risalire a colui che è titolare di detta chiave, ma l’eventuale riutilizzo di quest’ultima in altre transazioni (anche in congiunzione con altre chiavi pubbliche) consentirebbe di “linkarla” ad un utente specifico potendo quindi risalire alla sua identità. Oltretutto, l’eventuale disponibilità di log di accesso con conservazione di indirizzi IP renderebbe facilmente individuabile il titolare della chiave pubblica della transazione.

⁵⁹ Cfr., Direttiva (UE) 2018/843.

⁶⁰ Se ne ha contezza nell’ambito dello stesso art.32 del Regolamento *Data Protection*, il quale prevede tali misure come adeguate a garantire la sicurezza del

novità rispetto al precedente Codice *Privacy*.

In particolare quest'ultima tecnica consiste nel disaccoppiare i dati dall'identità individuale attraverso uno schema del tutto simile a quello contenuto nella funzione di hash utilizzata dalla blockchain⁶¹, rendendo di fatto applicabile il GDPR⁶²: l'hashing infatti è una tecnica di pseudonimizzazione (e non di anonimizzazione) idonea a registrare dati personali riferiti ad individui (anche solo in potenza) identificabili.

Quanto alla tecnica della crittografia (firme digitali, crittografia dei dati, marcatura temporale) invece essa consente che un dato crittografato, all'interno della blockchain, sia leggibile soltanto da chi possiede la chiave per decifrarlo, rappresentando, in questo senso, una misura di sicurezza adeguata a minimizzare il rischio.

trattamento dai dati personali. Mentre l'art.4, co.1, n.5 definisce la tecnica di pseudonimizzazione come «*il trattamento di dati personali in modo tale che (...) non possano più essere attribuiti ad un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile*». Si veda anche, Raccomandazione n.3/97, *Anonymity on Internet* (WP6), dell'Article 29 Working Party, e Parere n. 5/2014, *Anonymisation Techniques* (WP216). L'introduzione del concetto di *pseudonimizzazione* rappresenta una significativa opportunità per le imprese in quanto consente di definire nuove strategie e modelli di business basati sull'analisi/correlazione della grande mole di dati disponibili in azienda (cd. *Big Data Analysis*), limitando il rischio per la *privacy* degli interessati.

⁶¹ E' noto che la funzione di hash è irreversibile, nel senso che non è possibile risalire dalla stringa di caratteri generati tramite la funzione al contenuto del documento cui la stessa è stata applicata, ma al contempo consente di verificare se un determinato contenuto digitale sia identico a quello alla quale è stata applicata originariamente la funzione. Pertanto, in questo senso, anche l'hash è un dato personale. Cfr., Working Party 29, nella propria *Opinion* n.5/2014 del 10/4/2014 ha chiarito che l'hashing, così come altre tecnologie, rientra tra le tecniche di pseudonimizzazione (e non di anonimizzazione), in quanto risulterebbero comunque collegabili i dati contenuti nell'hash a dati personali esterni allo stesso e, soprattutto, facilmente ricostruibili attraverso un attacco "brute force". La soluzione a tale ultimo problema potrebbe essere risolto cifrando i dati prima di attestarli sulla blockchain e poi applicando sui dati cifrati la relativa funzione di hash. In questo modo il dato diverrebbe inintelligibile e sarebbe messo al sicuro anche contro attacchi "brute force", garantendo così l'accesso al dato stesso solo al soggetto titolare della componente privata della chiave di cifratura.

⁶² A questa conclusione perviene anche la Risoluzione del Parlamento UE P8_TA-PROV(2018)0373.

Tuttavia, non può trascurarsi il fatto che, sebbene indecifrabile, il dato personale criptato continua ad esistere, lasciando aperto la questione sulla sua potenziale decifrabilità una volta distrutta la chiave privata. È stato dimostrato infatti che, mediante l'aggregazione dei dati di diverso genere, pur "de-identificati" (tra cui i meta-dati dei messaggi crittografati), si può facilmente "re-identificare" la persona in questione⁶³.

Indubbiamente il testo del Regolamento europeo sui dati personali costituisce un approccio verso una nuova consapevolezza del valore dei dati nella moderna società tecnologica, in un'ottica di trasparenza e di *accountability* dei soggetti preposti al trattamento⁶⁴. Ma in una blockchain, chi svolge questo ruolo?

L'applicabilità del Regolamento alla tecnologia blockchain passa attraverso la valutazione del numero degli attori che all'interno della rete possono prendere o meno decisioni. Così nel caso della blockchain *permissioned* (o chiusa) si viene a configurare una contitolarità del trattamento in modo da identificare i ruoli e le responsabilità nel rispetto del GDPR: questa è l'ipotesi sostanzialmente del soggetto (persona fisica o ente) che partecipa ad un consorzio che gestisce una blockchain chiusa (o il caso di un consorzio che offre determinati servizi ai suoi utenti finali registrando i dati sulla blockchain chiusa).

L'individuazione di ruoli è più complessa nei casi di blockchain *permissionless* (ad esempio, Bitcoin o Ethereum) caratterizzate dal fatto di essere "decentralizzate" e aperte: essa infatti opera in senso orizzontalmente, non richiedendo la necessità di un organismo di controllo.

Inoltre, dal momento che non può definirsi un software ma un

⁶³ Cfr., L. HARDESTY, *How hard is it to 'de-anonymize' cellphone data?*, in *MIT News*, 27 marzo 2013 disponibile all'indirizzo <http://news.mit.edu/2013/how-hard-it-de-anonymize-cellphone-data>; DE MONTJOYE ET AL., *Unique in the Crowd: The privacy bounds of human mobility*, in *3 Scientific Reports*, 2013, a proposito di uno studio condotto dall'MIT e dell'Università Cattolica di Lovanio (Belgio) che procedendo ad un'analisi dei dati sull'utilizzo del cellulare di un milione e mezzo di persone residenti in un piccolo borgo europeo (acquisiti nell'arco di tempo di 15 mesi) è emerso che erano sufficienti per l'identificazione precisa del 95% di loro.

⁶⁴ L'art.4 del Regolamento europeo definisce il responsabile del trattamento come «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento». È inoltre legalmente responsabile del trattamento dei dati.

protocollo, questa circostanza rimarca ancor di più il mancato carattere di responsabilità dei soggetti nel trattamento dei dati.

Gli stessi miners (che portano potenza computazionale), gli sviluppatori e gli utenti non possono essere identificati come responsabili del trattamento, in quanto, i primi, si limitano a svolgere un mero ruolo tecnico, mentre di solito gli sviluppatori agiscono sotto pseudonimo e sono muniti di licenza libera. Anche la stessa soluzione di considerare ciascun nodo della blockchain come titolare non è sembrata idonea ad individuare il soggetto preposto al trattamento.

Il rischio è dunque quello di compromettere anche la possibilità di introdurre la figura del *Data Protection Officer* (DPO) – come del resto impone lo stesso GDPR – deputata ad assistere chi controlla o gestisce i dati al fine di verificare l’osservanza del Regolamento.

A queste considerazioni si aggiungono altresì le problematiche di applicazione dei principi individuati dal GDPR, quali la *liceità* del trattamento secondo un’opportuna base giuridica, gli obblighi in materia di sicurezza, la disciplina del trasferimento dei dati all’estero (essendo la natura di questi network quella di assumere dimensioni internazionali), nonché le questioni relative al diritto di ottenere la rettifica o la cancellazione dei dati inesatti che, come si è detto, mal si concilia con il carattere tecnico di potenziale immutabilità dei dati all’interno delle blockchain, con le già evidenziate conseguenze sul diritto all’oblio.

5. Privacy e PSD2: necessità di un intervento legislativo di coordinamento

Il Regolamento generale in oggetto e la Direttiva 2015/2366 sono certamente la prova di come il legislatore abbia cercato di contemperare l’utilizzo esteso della tecnologia, da parte degli intermediari, e il bisogno di accedere – sempre più velocemente e più facilmente – ai servizi digitali da parte dei consumatori, per trarne benefici e garanzie in termini di tutela⁶⁵.

⁶⁵ In questo binomio di servizi e necessità, tra l’intermediario e il consumatore si colloca inoltre la vigilanza prudenziale di Banca d’Italia attraverso la Circolare n. 285/2013, che esalta il sistema informativo bancario (inclusivo delle risorse tecnologiche – hardware, software, dati, documenti elettronici, reti telematiche – e delle risorse umane dedicate alla loro amministrazione) come uno strumento di

Tuttavia nel perseguire il suo obiettivo uniformatore, finalizzato ad una disciplina europea in materia dei dati personali, il regolatore sembra però non aver fatto i conti con sé stesso, dal momento che la *Data Protection* presenta alcuni punti di attrito con la costruzione giuridica della nuova direttiva *Payment Service Directive*.

Principio cardine su cui poggia la PSD2⁶⁶ (recepita con Legge del 12 agosto 2016 n.170) è l'attivazione di un unico standard europeo al fine di favorire lo sviluppo delle transazioni di pagamento digitali: la finalità è quella di implementare un mercato unico integrato – la *Digital Economy* in tutta l'area Ue – dove vigono regole uniformi in un'ottica di rafforzamento della sicurezza del sistema sia mediante un elevato livello di concorrenza tra soggetti che di trasparenza nei confronti dei consumatori.

L'affermarsi del digitale ha certamente imposto la nascita di nuove figure, o per meglio dire di nuovi intermediari, sul mercato; la direttiva dunque introduce per tutti i soggetti che utilizzano ad esempio un conto corrente on line, la possibilità di compiere operazioni di pagamento o di accedere a rendicontazione bancaria attraverso i *Third Party Provider* i quali, previa autorizzazione, potranno eseguire operazioni sui conti correnti dei clienti finali, ponendosi appunto come nuovi interlocutori tra le banche e i loro correntisti⁶⁷.

La domanda che andrebbe formulata in questo caso è quale sarà l'impatto diretto della *Data Protection* sui *Third Party Provider*, sulle App o sulle categorie di App di tali *provider* che sulla profilazione degli

primaria importanza per il conseguimento degli obiettivi strategici e operativi degli intermediari, in considerazione della criticità dei processi aziendali che dipendono da esso.

⁶⁶ Cfr., Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il Regolamento (UE) n. 1093/2010 e abroga la Direttiva 2007/64/CE.

⁶⁷ Brevemente per inquadrarli i TPP vengono suddivisi in *Account Information Services Providers* (AISP) che si collegano a conti correnti bancari al fine di recuperare informazioni (ad esempio gli utenti potranno usare gli AISP per avere un corretta visione di insieme della propria situazione finanziaria) e in *Payment Initiation Service Provider* (PISP), i quali invece permettono di effettuare una transazione di pagamento dal proprio conto verso un altro soggetto mediante un software che, di fatto, si comporta come un ponte tra i due account bypassando l'utilizzo della carta di credito.

utenti stanno cercando di costruire il proprio vantaggio competitivo.

Ora dal momento che la direttiva PSD2 non sembra aver fatto nessuna menzione al Regolamento generale in materia di protezione – e ciò lo si deduce dal tenore letterale dell’art. 94 – è corretto ritenere, rispondendo al quesito di cui sopra, come una siffatta regolamentazione esuli dal campo di applicazione della direttiva sui sistemi di pagamento. Cosa per la verità alquanto singolare, se posta in questi termini, tenuto conto del fatto che il servizio reso dai *Third Party Provider* presuppone la comunicazione, da parte della banca, di tutta una serie di dati personali dei clienti finali con quel che comporta in termini di *compliance* al Regolamento Europeo.

Stesse perplessità sorgono in relazione al diritto alla portabilità dei dati dal titolare originario ad un nuovo titolare (si pensi, ad esempio, il trasferimento di un *account* personale da una piattaforma on line ad un’altra) e conseguentemente al diritto alla *interoperabilità* previsti dall’art.20 della GDPR.

Ci si chiede allora quale comportamento dovrà tenere la banca qualora la richiesta dei dati del cliente in suo possesso provenga da una terza parte che non è in grado ipoteticamente di garantire le misure necessarie per la tutela della *privacy*.

Ancora una volta sembra non evidenziarsi alcuna correlazione con il principio di responsabilità del titolare dei dati (cd. *accountability*) e di sicurezza – in termini di protezione dell’interessato – che invece costituisce il tratto caratterizzante il quadro giuridico europeo istituito dal Regolamento. A fare le spese delle antinomie tra GDPR, da un lato, e Direttiva PSD2, dall’altro, sembrano soprattutto le banche europee, le quali secondo quanto previsto da quest’ultima normativa, dovranno soddisfare le richieste effettuate tramite appunto un *provider* di terze parti autorizzato a condividere i dati dei propri clienti⁶⁸ di cui esse sono responsabili.

Resta da capire se la banca, alla luce delle disposizioni contenute nella PSD2, potrà sottrarsi a tale obbligo allorquando non sia sicura dell’affidabilità di un determinato TPP, venendosi così a configurare la singolare situazione in cui l’ente creditizio per ottemperare a quanto

⁶⁸ Ovviamente la questione si pone nel caso in cui potrebbe essere attribuito ad un *Third Party Provider* un’eventuale perdita di dati o allorquando sia esso stesso vittima di un attacco informatico.

richiesto dal GDPR in materia di trattamento dei dati personali si esporrebbe alla comminazione delle sanzioni previste dalla PSD2, con l'unico vantaggio (forse) di pene meno onerose.

Sarebbe dunque auspicabile – come da più parti sostenuto – che il legislatore intervenisse in tempi brevi a eliminare gli attuali problemi di coordinamento normativo considerate le inevitabili ricadute.

In un'ottica di più ampio respiro occorre ricordare come la tutela dei dati personali non è più un tema esclusivamente legale ma diventa un argomento che riguarda l'organizzazione, la gestione dei processi produttivi e distributivi, la struttura degli strumenti informatici messi a disposizione degli utenti, in una parola, le tecnologie sempre più imperanti.

Questo si ritiene debba essere la sfera d'azione entro cui dovrà muoversi nei prossimi mesi il Regolamento *Data Protection* il quale, pur nella necessità di un assestamento e adeguamento nei vari ordinamenti europei, sembra costituire un efficace freno ad un processo tecnologico che, in un'era di galoppante *digitalizzazione*, potrebbe finire con il prendere il sopravvento e determinare le decisioni degli individui invece di limitarsi ad accompagnarle e sostenerle, come sarebbe più giusto attendersi.

La giurisdizione sui “regolamenti sanzionatori” di Consob spetta al giudice amministrativo. Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2019, n. 1355.

Spetta alla giurisdizione amministrativa l'esame dei vizi dei regolamenti sanzionatori di Consob quando l'oggetto del giudizio sia l'atto regolamentare o amministrativo “a monte” della determinazione punitiva. Il pregiudizio che deriva recta via dal regolamento sul procedimento - senza alcuna connessione con l'adozione del provvedimento sanzionatorio - trova la sua causa nel cattivo esercizio del potere la cui cognizione è riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo (annulla T.A.R. Lazio, sez. II-quater, 6 aprile 2018, n. 4269).

1. Con la pronuncia in epigrafe il Consiglio di Stato ha riformato una sentenza del T.A.R. Lazio, confermando la giurisdizione del Giudice Amministrativo sui regolamenti che disciplinano i provvedimenti sanzionatori di Consob (e Banca d'Italia)¹; risulta, così, corretto il contrario orientamento del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio secondo cui i profili di illegittimità dei regolamenti sarebbero “attratti” nel sindacato del Giudice Ordinario, cui compete la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori delle due Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e bancario.

Per il Consiglio di Stato non esistono spazi per interpretazioni derogatorie delle norme sulla giurisdizione amministrativa (art. 7,

¹ Nella stessa direzione e sul medesimo argomento della pronuncia annotata si veda, Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 962, in www.giustizia-amministrativa.it. In termini, si segnala anche Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 5800, in www.giustizia-amministrativa.it, che annulla una sentenza di primo grado declinatoria della giurisdizione sul regolamento sanzionatorio di Banca d'Italia. E', ancora, da evidenziare, come, prendendo posizione sulla questione della “giustiziabilità” dei regolamenti sanzionatori dell'autorità bancaria, la seconda sentenza richiami una precedente decisione della stessa sezione – Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 - relativa a quelli della Commissione nazionale per le società e la borsa. Sempre in tema di giurisdizione sui “regolamenti sanzioni” di Banca d'Italia, si vedano anche le conformi conclusioni di Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2017 n. 3822, in www.giustizia-amministrativa.it.

comma 1, cod. proc. amm.). In particolare, non è consentito - valorizzando la strumentalità del procedimento rispetto all'adozione del provvedimento - pretendere di concentrare in sede di opposizione alla sanzione pecuniaria (*ex art. 195, commi 4 - 7-bis, TUF*) anche le censure alle regole che disciplinano l'azione amministrativa. È, in altri termini, escluso che gli eventuali vizi del regolamento siano rilevabili unicamente in sede di opposizione al provvedimento sanzionatorio, "risalendo" da esso all'illegittima configurazione delle fasi e degli atti procedurali che li hanno preceduti².

Discostandosi dall'impostazione riduttiva/declinatoria del T.A.R. Lazio, il Consiglio di Stato non dubita che i ricorrenti sanzionati da Consob con l'irrogazione di significative pene pecuniarie possano anche veder scrutinare – in via principale – dal giudice amministrativo i motivi di censura del "regolamento sanzioni" di tale Autorità.

L'ordinamento prevede una tutela differenziata, destinata a svilupparsi sia innanzi al giudice ordinario che a quello amministrativo stante la "*naturale convivenza nell'ambito del procedimento sanzionatorio di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di interesse soggettivo (rispetto agli atti conclusivi del procedimento)*".

Sulla base di tale impostazione sistemica³, l'impugnazione in sede di opposizione della determinazione punitiva innanzi alla corte

² Per il T.A.R. Lazio, 4269/2018 cit. (motivazione, p. 4) in www.giustizia-amministrativa.it, "Ad avviso del Collegio la giurisdizione del giudice ordinario non può non estendersi - in linea di principio - a tutte le questioni attinenti alla conduzione e allo svolgimento del relativo procedimento amministrativo. Ciò essenzialmente in quanto il procedimento è finalizzato al provvedimento, mentre quest'ultimo, per converso, presuppone il procedimento". Dunque, risulta inammissibile l'impugnazione degli atti amministrativi che ineriscono a determinazioni punitive sindacabili dall'A.G.O. perché, "l'unitarietà del potere sanzionatorio, esercitato attraverso l'adozione di atti funzionalmente diretti all'adozione della decisione finale conclusiva del procedimento, comporta, sul piano processuale, che la competenza funzionale della Corte d'appello sui ricorsi in opposizione alle sanzioni della Consob si estende anche ai relativi atti endoprocedimentali, costituenti estrinsecazione di un medesimo potere sanzionatorio, sicché la relativa cognizione non può non essere attratta nell'ambito di cognizione del giudice munito di giurisdizione sull'opposizione proposta avverso il provvedimento sanzionatorio, nel quale confluiscono eventuali vizi degli atti prodromici e funzionali alla sua adozione".

³ Logica di sistema, si deve sottolineare, con fondamento costituzionale, *ex art. 103, comma 1 e dell'art. 113 Cost.*

d'appello assume rilevanza “confermativa”, ma non “preclusiva”, rispetto al giudizio amministrativo, ponendosi quale elemento che “*consolida l'interesse ad impugnare il regolamento*”⁴. L'adozione del provvedimento sfavorevole integra l'interesse ad agire. Invero, prima di tale atto non è dato immaginare quale utilità concreta il ricorrente potrebbe trarre da una pronuncia a lui favorevole in ordine all'illegittimità di una o più disposizioni del regolamento⁵.

2. L'affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa sui regolamenti “sanzionatori” della Consob è sorretta da una motivazione lineare, al limite dell'ovvio, ma tuttavia indispensabile per arginare la tendenza del T.A.R. Lazio a schivare l'onere di esercitare un sindacato pieno sui regolamenti delle Autorità di vigilanza “finanziaria”.

Una tendenza – erronea sotto il profilo strettamente giuridico – fondata su una sorta di deferenza nei confronti delle decisioni delle Autorità di vigilanza, motivata con la loro tecnicità, da cui discende il

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 5800/2018, cit. (motivazione, par. 7).

⁵ Si ricorda, infatti, che lo stesso Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n.1595/2015 (motivazione, par. 34 – 35), cit., ha escluso l'ammissibilità dell'impugnazione delle disposizioni del regolamento sanzioni Consob prima dell'adozione della misura affittiva, richiamando i principi in materia relativi agli atti normativi o generali, presupposti di atti ad incidenza puntuale. Per il Collegio, “*La questione relativa alla impugnabilità da parte dei singoli delle norme regolamentari è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha affermato che il singolo non è, di regola, legittimato ad impugnare le norme regolamentari in quanto la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni normative impedisce di ravvisare sia l'attualità della lesione sia una posizione differenziata rispetto al quisque de populo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Commissione speciale, parere 14 febbraio 2013, n. 3909/11).*”

La lesione che radica l'interesse al ricorso deve, infatti, essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto.

Nel caso in esame, la lesione si attualizzerà soltanto se e quando verrà eventualmente inflitta la sanzione, fonte di effetti immediatamente e direttamente lesivi”. In termini, conformi, si veda, anche, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2019, n. 969 (motivazione par. 3), in www.giustizia-amministrativa.it, che, richiamato l'arresto del 2015, ricorda come l'adozione della misura affittiva rappresenti il momento in cui si attualizza la lesione e, dunque, in cui sorge l'interesse all'impugnazione.

“salvacondotto” dell’insindacabilità⁶ [ignorando gli apporti della più recente dottrina sull’articolazione e graduazione delle valutazioni tecniche]⁷. O, ancor peggio mossa dal timore dell’impopolarità di pronunce di accoglimento dei ricorsi che ricadrebbero “a cascata” sull’efficacia di sanzioni “popolari” perché irrogate nei confronti della “casta” bancaria o finanziaria.

Sullo sfondo può esservi anche il timore di riaccendere il dibattito sulla legittimazione del G.A., stante l’accusa che il mondo politico ha mosso alla magistratura amministrativa d’essere un “freno per l’economia”⁸.

Per arrivare all’affermazione, “scontata”, della spettanza alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo della cognizione degli eventuali vizi dei regolamenti sanzionatori della Consob, il Consiglio di Stato ricorda come il potere normativo ed il potere sanzionatorio, per una consolidata e tradizionale impostazione abbiano caratteristiche e natura diversa: discrezionale il primo, vincolato il secondo⁹.

⁶ Sulla problematica e le sue ricadute operative, per tutti, F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica* in *Enc. Dir.*, Annali II/2, Milano 2009, p 471 e ss.

⁷ Deferenza che, come sottolinea la dottrina – S. AMOROSINO, *Effettività della tutela giurisdizionale ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d’Italia e Consob*, in AA. VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 14 e in Id., *Le trasformazioni delle banche*, Pisa 2018 – risulta ancora più evidente se si esaminano le sentenze dell’A.G.O. che concludono i procedimenti d’opposizione alle sanzioni amministrative comminate da Consob e Banca d’Italia.

⁸ In tal senso, si veda la provocatoria esortazione di Romano Prodi che, in più occasioni, ha sollecitato una riforma del sistema della giustizia italiana, con il superamento della giurisdizione amministrativa, vista come un laccio alla crescita dell’economia domestica. Cfr. *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all’Italia* (2013), in www.romanoprodi.it. Per una condivisibile critica alla proposta si veda, F. VOLPE, *Perché è sbagliato abolire o ridurre la fase cautelare nel processo amministrativo* (2014), in www.lexitalia.it. Per una difesa del G.A., tra gli ultimi, si segnala C. DEODATO, *La necessità della giustizia amministrativa* (2017), in www.federalismi.it.

⁹ E’, peraltro, da segnalare come, diversamente dalla giurisprudenza, la dottrina, da tempo, s’interroghi sulla reale natura del potere sanzionatorio. Per una ricostruzione del dibattito, nonché per ulteriori riferimenti, si veda l’ampio lavoro di S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017, spec. p. 91 ss. e p. 384 ss. Da ultimo, manifesta dubbi sulla natura del potere sanzionatorio, in ragione delle complessità degli accertamenti demandati alle autorità di vigilanza, diversamente da quanto accade per quelli semplici (ad es. violazione di

L'effettività dell'ordinamento finanziario si realizza – nel caso di Consob - tramite il concorso di due diverse funzioni attribuite alla medesima Autorità.

La prima si concreta nel potere discrezionale (normativo) di autoregolamentazione del proprio modo di procedere; la seconda è manifestazione di un potere (ad incidenza puntuale) di applicazione, di una eventuale sanzione, stabilita in base alla legge (art. 23 Cost.). Sanzione, si sottolinea, che è solitamente il risultato di un apprezzamento teso a valutare unicamente la gravità della condotta stigmatizzata¹⁰. A fronte della violazione di una regola di comportamento non vi è, quindi, spazio per una qualunque forma di ponderazione di interessi – che è il nocciolo della discrezionalità – poiché la P.A. può solo modulare l'entità della pena pecuniaria concretamente applicabile, avendo riguardo al disvalore della condotta, all'atteggiamento del soggetto passivo ed alle conseguenze dell'illecito. Il potere di ponderazione degli interessi¹¹ è invece, attribuito alla P.A. e poi esercitato, quando il soggetto pubblico che ne è investito stabilisce

un limite di velocità), M. CLARICH, *Le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto amministrativo* in AA. VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenichelli*, cit., pp. 153 - 154. L'autorevole giurista rileva, infatti, come l'accertamento sia diverso in funzione del tipo d'illecito da stigmatizzare. In particolare, gli illeciti di natura complessa – quali le violazioni di norme *antitrust* – involgendo l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati, attribuiscono alla P.A. uno spazio valutativo molto più ampio rispetto al mero accertamento del superamento di un limite di velocità.

¹⁰ Per l'applicazione del criterio della discrezionalità ai fini della distinzione tra misura afflittiva personale e misura di amministrazione attiva a carattere limitativo si veda, Cort. cost., 20 novembre 2018, n. 240 (motivazione, par. 4.2), in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Ad esempio, contemperando l'esigenza di celerità del procedimento che richiede la fissazione di termini quanto più brevi con le necessità difensive dell'indagato che, al contrario, necessita di un tempo adeguato per poter visionare la documentazione a disposizione della P.A. procedente e per poter rappresentare, in fase istruttoria o decisoria, le proprie argomentazioni e controdeduzioni.

con il proprio regolamento¹² *“il percorso procedimentale prodromico all’adozione del provvedimento sanzionatorio”*¹³.

E’, dunque, dalla diversità di posizioni giuridiche del soggetto passivo del procedimento rispetto ai due distinti poteri che si può trarre conferma della persistente validità dei tradizionali criteri di riparto della giurisdizione anche nei casi in cui l’Autorità sia stata abilitata dalla legge a *“disciplinare le modalità di sviluppo dell’istruttoria e della fase*

¹² Come ha evidenziato la più autorevole dottrina – S. AMOROSINO, op. cit., p. 22 – criticando la posizione declinatoria del T.A.R. Lazio, non è dato individuare *“(.) alcun motivo per il quale la situazione giuridica di chi impugna un atto amministrativo generale di natura regolamentare non sia quella “ordinaria” di interesse legittimo, ma debba essere quella di diritto soggettivo, per l’unica ragione “attrattiva” che il regolamento impugnato disciplina un procedimento sanzionatorio “finanziario”, il sindacato sul quale spetta al G.O. [mentre – ad esempio – spetta al G.A. se riguarda la regolamentazione dell’attività edilizia (che inerisce allo ius aedificandi) o, invece, dell’esercizio del commercio nel centro storico (che inerisce al diritto d’impresa)]. In tutti (...) i casi – sanzioni della Consob o di Banca d’Italia, attività edilizia, esercizio del commercio – la natura e la funzione giuridica dei regolamenti sono analoghe: disciplinare un tipo di attività, oggetto di leggi amministrative di settore, ed affidarne il “controllo” ad una amministrazione (anche la medesima che lo ha emanato). L’“attrazione” del sindacato sui “Regolamenti sanzioni” della Consob e della Banca d’Italia nella giurisdizione del G.O., soltanto perché hanno ad oggetto la disciplina della procedura ordinata all’irrogazione di sanzioni (che incidono su posizioni di diritto soggettivo), appare una forzatura logico-giuridica, all’origine della quale è la messa “fuori campo” dei principi generali dell’azione amministrativa e l’erronea riconduzione dei procedimenti sanzionatori in questione, previsti da una normazione “speciale” e disciplinati da regolamenti di Autorità di vigilanza indipendenti, al solo “modello generale” della l. 689/1981”.*

¹³ Il rapporto di alterità tra poteri normativi ed applicativi è ben evidenziata dal seguente passo della motivazione della sentenza che, muovendo dal diritto soggettivo all’integrità del patrimonio del soggetto passivo, giunge a considerare il modo tramite cui viene definito – con le prescrizioni regolamentari – la via attraverso cui viene attualizzato – con la sanzione pecuniaria – l’obbligo di pagamento: *“Sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, tale discrezionalità (...) fronteggia posizioni che - anche ai fini della giurisdizione - sono qualificabili di diritto soggettivo alla «integrità patrimoniale». La sanzione in “senso stretto” è comunque irrogata tramite un procedimento diverso da quello previsto dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, è garantita dai principi di legalità, personalità e colpevolezza (per quanto mutuati dalla legislazione ordinaria e non dalla Costituzione), è suscettibile di integrale riesame giudiziale (senza, cioè, alcun limite di “merito” amministrativo), ma ciò non toglie che l’Autorità alla quale la legge attribuisce il potere di infliggere la sanzione non possa disciplinare, nel rispetto dei principi contenuti nella l. 689/1981, il percorso procedimentale prodromico rispetto all’adozione del provvedimento sanzionatorio”.*

di adozione del provvedimento sanzionatorio” e la stessa legge preveda che l’opposizione al provvedimento sanzionatorio vada proposta all’autorità giudiziaria ordinaria. Infatti – ferma la cognizione di merito dell’A.G.O. sulle decisioni sanzionatorie di Consob (e Banca d’Italia) – “qualora, sussistendo i presupposti di cui all’art. 100 c.p.c., qualcuno sostenga di essere pregiudicato recta via dal regolamento sul procedimento, senza alcuna connessione con l’adozione di un provvedimento sanzionatorio, non può che rilevare il binomio cattivo esercizio del potere-interesse legittimo, con conseguente giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo a conoscere la relativa controversia”¹⁴.

Ancora, la pronuncia annotata, nel confermare la persistente validità del criterio normativo del riparto della giurisdizione, evidenzia come l’attualità di esso sia stata implicitamente confermata anche dalla decisione della Consulta (Cort. cost., 11 marzo 2014, n. 94) che ha ritenuto illegittimi gli artt. 133, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. – per un asserito difetto di delega – che ricomprendevano tra le materie di giurisdizione esclusiva anche i procedimenti di opposizione alle sanzioni di Consob e Banca d’Italia.

La sentenza n. 94/2014 non ha tuttavia riguardato l’attribuzione al Giudice Amministrativo della giurisdizione di legittimità sulla correttezza delle scelte - effettuate con lo strumento regolamentare – con cui la P.A. disciplina la procedura sanzionatoria¹⁵. Al giudice

¹⁴ Criterio di riparto, peraltro, recentemente confermato da una recentissima sentenza – Cass., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 6040, in www.giustizia.it – chiamata dirimere in via preventiva il quesito in merito al giudice investito della decisione delle questioni relative all’affidamento degli incarichi dirigenziali dei poli museali ed istituti statali di rilevanza nazionale (art. 14-bis, d.l., 31 maggio 2014, n. 83). Per la Corte regolatrice la previsione espressa del potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario dell’atto illegittimo presupposto non elide la giurisdizione amministrativa quando lo stesso atto sia oggetto d’impugnazione in via principale. Impugnazione, si può aggiungere, che non risulta testualmente esclusa od assorbita dal sindacato incidentale di legittimità dell’A.G.O., se si considera che lo stesso legislatore presuppone la concorrenza dei rimedi quando dispone che «l’impugnazione davanti al giudice amministrativo dell’atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo».

¹⁵ Nello stesso senso della pronuncia commentata si veda Cons. Stato, 1595/15, cit., per il quale in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012 risulta “(...) esplicitamente escluso che «la giurisdizione riservata al giudice ordinario sul provvedimento sanzionatorio possa estendersi anche agli atti

amministrativo spetta un sindacato che non si sostanzia in “*una forma di inammissibile c.d. «doppia tutela avverso il medesimo atto, ovvero della surrettizia riproposizione del criterio del riparto, ormai abbandonato, fondato sul c.d. petitum formale [come aveva ritenuto il T.A.R. Lazio]»*” ma è chiamato a “gestire” un rimedio diverso e concorrente stante la “*(...) naturale convivenza nell’ambito della materia procedimentale sanzionatoria di posizioni di interesse legittimo (rispetto agli atti presupposti) e di diritto soggettivo rispetto agli atti conclusivi del procedimento*”. Infatti, il G.O. può procedere alla disapplicazione dell’atto illegittimo (art. 5, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248) mentre il sindacato principale del G.A. può condurre all’annullamento del regolamento impugnato (art. 29, cod. proc. amm.)¹⁶.

3. Azzardando un’osservazione di carattere generale, si può dire che la sentenza in commento deve essere apprezzata non solo per la sua coerenza con i principi normativi e le coordinate costituzionali, ma anche perché conferma l’ineludibilità di un sindacato approfondito ed effettivo su tutti gli atti delle autorità amministrative indipendenti.

amministrativi” o regolamentari che non costituiscono diretta e concreta espressione della potestà sanzionatoria”, aggiungendo “*che «la sanzione inflitta e gli atti del procedimento sanzionatorio, ma non anche gli atti a monte del procedimento medesimo, sono espressione di poteri di diversa natura (regolamentare o amministrativa appunto) e rispetto ai quali sussistono certamente posizioni di interesse legittimo la cui tutela spetta, secondo gli ordinari criteri di riparto, alla giurisdizione del giudice amministrativo» ed, inoltre, che la giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni non può ritenersi «una giurisdizione di carattere esclusivo, in grado di estendersi a tutti gli atti comunque afferenti alla materia procedimentale sanzionatoria» (...), a prescindere dalla situazione giuridica soggettiva vantata dall’interessato.*

¹⁶ Ricordata la complementarietà delle tutele, infatti, la pronunzia in epigrafe (p. 7) puntualizza come “*in definitiva laddove la fonte diretta della lesione e, quindi, l’oggetto del giudizio, sia il provvedimento sanzionatorio, la giurisdizione è del giudice ordinario al quale spetta anche il potere di disapplicare gli atti amministrativi o regolamentari illegittimi di cui conosce in via incidentale. Nel caso in cui, invece, la fonte diretta della lesione e, quindi, l’oggetto del giudizio, sia l’atto regolamentare o amministrativo a monte, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, con conseguente possibilità di annullamento del provvedimento o del regolamento impugnato*”.

La riaffermazione della imprescindibile esistenza di un potere di controllo pieno impone l'assunzione da parte del giudice amministrativo di una responsabilità "sociale" non meno rilevante di quella di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa¹⁷.

L'affermazione della giurisdizione amministrativa sui regolamenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia, risulta tanto più significativa a fronte, poi, di una sempre più evidente svalutazione, da parte del Giudice Ordinario, della disciplina procedimentale, essendo tale giudice orientato nel senso della sanabilità di ogni vizio della decisione impugnata in sede di giudizio di opposizione, nel quale si realizza (o meglio si dovrebbe realizzare) quella *full jurisdiction* da cui derivano i più ampi "effetti taumaturgici"¹⁸.

La giurisprudenza ordinaria ama ripetere che il giudizio di opposizione non è incentrato sull'atto ma sul *rapporto*, per poi negare immediatamente la rilevanza del procedimento nella dinamica del rapporto amministrativo poiché non c'è vizio che non possa essere sanato dal "fuoco" purificatore del processo¹⁹.

In questo quadro la giurisdizione amministrativa, con il sindacato sugli eventuali vizi dei regolamenti delle procedure sanzionatorie, compensa in parte l'omissione del G.O. che rinuncia praticamente allo svolgimento di qualunque forma di sindacato incidentale sui vizi del procedimento conclusosi con il provvedimento sanzionatorio²⁰.

¹⁷ Tutela, si deve ricordare, che per la nostra Costituzione (art. 113, comma 2) non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi d'impugnazione o per determinate categorie di atti come invece, nella sostanza, pretende la pronuncia del T.A.R. Lazio, annullata dal Consiglio di Stato.

¹⁸ Cfr S. AMOROSINO, op. cit., p. 13 e 17. Il tema del "superamento", tramite un processo di piena giurisdizione, dei vizi del procedimento – nonché dei limiti dell'effetto sanante - è uno dei più indagati in dottrina. Oltre ai riferimenti rinvenibili nel lavoro citato, d'obbligo è il rinvio ai lavori di M. ALENA, Art. 6 CEDU. *Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. p. 70 ss.; F. GOISIS, *La tutela dei cittadini nei confronti delle sanzioni amministrative*², Torino, 2015, p. 109 ss. Ulteriori e più recenti riflessioni sul tema possono reperirsi nel fascicolo n. 2/2018, della rivista ad accesso libero *P.A. Persona e Amministrazione* [<http://ojs.uniurb.it/index.php/pea>] e nel fascicolo n. 1/2018 di *Diritto amministrativo*.

¹⁹ Tra le tante si segnala, Cass., 13 giugno 2017, n. 20675 (par. 2 motivazione), in www.giustizia.it.

²⁰ Si reputa, infatti, acquisito che l'accertamento incidentale del G.O. si debba estendere ad ogni vizio dell'atto amministrativo su cui è fondata la pretesa dedotta in

Il giudice ordinario a fronte di censure relative allo svolgimento del procedimento afferma costantemente che le violazioni procedurali possono rilevare solo se il ricorrente dimostra il tipo di lesione che gli è derivato dalla violazione denunciata²¹. Tanto meno viene presa in considerazione la violazione, da parte della P.A. – in sede di formulazione delle regole sulla propria azione – dei principi cui essa si deve conformare²².

giudizio e, dunque, rilevino non solo l'incompetenza e la violazione di legge ma anche l'eccesso di potere, F. FRIGORILLI, *Gli altri giudici delle controversie con l'amministrazione*, in AA. VV., *Giustizia amministrativa*⁷, Torino, 2017, pp. 54 – 55. In giurisprudenza, si veda Cass., 3 giugno 2015 n. 11489, in www.giustizia.it, per cui, “La giurisprudenza di questa Corte, quanto meno a partire da Cass., sez. un., 21 settembre 1970, n. 1646, è ferma nel ritenere che il controllo sulla legittimità degli atti amministrativi e dei regolamenti devoluto al giudice ordinario, sia pure al solo fine della loro disapplicazione, è consentito per accertare non solo se la PA da cui l'atto promana avesse in astratto il potere di emetterlo, ma anche se ricorressero i presupposti di legge per la sua emissione, nonché per accertare l'osservanza della legge durante lo svolgimento del procedimento amministrativo, "estendendosi così sia alla forma, sia al contenuto degli atti". Al predetto potere di controllo va ravvisato un solo limite, quello della impossibilità per l'A.G.O. di sindacare le valutazioni della PA, che involgano apprezzamenti discrezionali (vedi, tra le tantissime: Cass. 16 giugno 1983, n. 4143; Cass. 21 marzo 1985, n. 2066 e di recente, in senso analogo: Cass. 1 aprile 2010, n. 7997; Cass. SU 30 novembre 2011, n. 2273; Cass. 7 luglio 2014, n. 15427 ed infine anche recentemente Cass. n. 9112 del 2015)”.

²¹ A titolo esemplificativo, si segnala, Cass., 25 novembre 2015, n. 24048 [motivazione, par. 13 (a)], in www.giustizia.it, che a fronte della censura di una norma procedimentale per violazione del principio di c.d. “parità delle armi” e del contraddittorio, ne afferma l'infondatezza “in quanto la ricorrente non sembra aver prospettato alcuna concreta lesione del diritto di difesa in conseguenza della mancata comunicazione dei risultati dell'istruttoria”.

²² Come evidenziato in dottrina - S. AMOROSINO, op. cit., p. 18 – la giurisprudenza, subordina la rilevanza del vizio ad una prova diabolica, poiché è impossibile dimostrare retrospettivamente quale difesa avrebbe potuto articolare l'incolpato, nell'ambito del procedimento, se avesse avuto piena conoscenza, ad esempio, di tutti gli atti – che in parte magari - gli sono stati negati o degli altri documenti non tempestivamente ostesi, perché reputati irrilevanti dall'amministrazione precedente ai fini della contestazione dell'addebito. All'evidenza l'impostazione riferita risulta assolutamente distante dal diverso approccio serbato dal giudice amministrativo chiamato ad occuparsi di vizi dei regolamenti sanzionatori di Consob. Questo, infatti, li ha ritenuti rilevanti al fine dell'assunzione della decisione cautelare, a prescindere dalla dimostrazione da parte dei ricorrenti della concreta lesione giuridica loro inferta, come rilevato da W. TROISE MANGONI, *Procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob e garanzia del contraddittorio: profili evolutivi anche alla luce della recente*

Ed ancora: pressoché tutti i vizi di natura procedimentale vengono accantonati affermandone l'irrelevanza tramite la loro riconduzione alla categoria dei vizi formali. La Cassazione²³ elimina ogni spazio per un controllo sulla disciplina regolamentare con una "storpiatura" delle indicazioni ritraibili dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990. Ora – a prescindere dal dubbio sulla qualificabilità di tutti i provvedimenti sanzionatori come atti vincolati – si deve sottolineare l'erroneità d'un'interpretazione che pretende di trarre da una disciplina di carattere generale – qual è quella della l. 241/1990 – un principio destinato ad operare in un ambito oggetto di disciplina speciale onnicomprensiva posta dalla l. 689/1981. Disciplina speciale che la stessa Corte²⁴ ha in passato "valorizzato" sostenendone l'"impermeabilità" ai principi della trasparenza, tra cui a rigore si dovrebbero ricomprendere anche quelli dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990.

giurisprudenza interna e sovranazionale, Dir. proc. amm., 2015, p. 597 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

²³ Per Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929 (par. 6.2, motivazione), in www.giustizia.it, per effetto dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990, "gli eventuali vizi del provvedimento riferibili a vizi del procedimento (ovvero sulla forma degli atti) non sono, nella specie, rilevanti, in quanto risulta palese tanto la natura vincolata del provvedimento impugnato quanto la immodificabilità del relativo contenuto". Nello stesso senso, più di recente, si veda, Cass., 14 dicembre 2015, n. 25142 (par. 3.1, motivazione), *ivi*.

²⁴ Cass., 4 marzo 2015, n. 4363 (par. 6), in www.giustizia.it, ove viene, appunto, sottolineato il rapporto di specialità, ai fini della individuazione dei tempi dell'azione dell'autorità, in quanto, "la disciplina dettata dalla L. n. 241 del 1990 non è applicabile nell'ambito di un procedimento sanzionatorio retto dai principi di cui alla L. n. 689 del 1981 (a nulla rilevando la circostanza che la stessa Consob, nell'erroneo convincimento di dover regolare ai sensi della L. n. 241 del 1990 i tempi del procedimento concernente la formulazione della proposta di sanzione spettante alla sua competenza, abbia emesso il regolamento che ha fissato in 360 giorni il termine in questione, stante l'inidoneità del regolamento a modificare le disposizioni procedurali dettate dalla L. n. 689 del 1981)". Da ultimo, in senso conforme, si esprime Cass., 23 gennaio 2018, n. 1621, *ivi*, ricordando che è "consolidato orientamento" della Corte regolatrice ritenere che, per il principio di specialità, i procedimenti di irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie siano compiutamente retti dalla l. 689/1981.

Giudizio di meritevolezza dei contratti derivati *over the counter*. Recenti sviluppi giurisprudenziali.

SOMMARIO: 1. Il problema delle operazioni in derivati *over the counter* – 2. Il giudizio di meritevolezza dello strumento derivato: dalla causa in concreto alla razionalità dell'alea – 3. La dichiarazione di operatore qualificato *ex art. 31, I Regolamento intermediari* – 4. Conclusioni

1. Il problema delle operazioni in derivati over the counter

Le operazioni di investimento in strumenti derivati, segnatamente i contratti negoziati bilateralmente tra intermediario e cliente (c.d. *over the counter*, in seguito “OTC”), rimangono ancora oggi un tema al centro del dibattito sia in giurisprudenza che in dottrina. In particolare, il giudizio di meritevolezza, *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, dei contratti di *interest rate swap* (di seguito, “IRS”), cerca faticosamente di trovare un suo assestamento grazie alle più recenti pronunce della Corte di Cassazione.

E' bene premettere che il problema giuridico si riferisce alla regolamentazione *ante* direttiva 2004/39/CE (di seguito “MiFID”) e dunque al Regolamento Consob n. 11522 del 1998 (di seguito, “I Regolamento Intermediari”) successivamente sostituito prima dal Regolamento 16190 del 2007 (di seguito “II Regolamento Intermediari”), emanato in seguito all'adeguamento del nostro ordinamento della MiFID, a sua volta oggi superato dal Regolamento 20307 del 15 febbraio 2018 (di seguito “nuovo Regolamento Intermediari”) in ragione dell'entrata in vigore del Regolamento UE n. 600/2014 (di seguito, “MiFIR”) e dell'adeguamento alla direttiva 2014/65/EU (in seguito “MiFID II”). La premessa è doverosa per inquadrare correttamente il quadro normativo di riferimento dell'evoluzione giurisprudenziale. Ultimamente la discussione sulla natura e la meritevolezza della tutela sorge da una diffusa pratica di *misselling* degli strumenti derivati, conseguenza anche di un eccessivo quanto improprio ricorso del *caveat* della autodichiarazione di operatore qualificato da cui dipendeva l'inapplicabilità di diversi presidi normativi in favore del cliente; in particolare, venivano derogate: la previsione della forma scritta *ex art. 23 D.lgs. 58/1998* –

testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (di seguito “TUF”) –, la disciplina del conflitto di interessi, gli obblighi di informazione attiva e passiva (art. 27, I Regolamento Intermediari), e da ultimo le prescrizioni in tema di operazioni inadeguate (art. 29, I Regolamento Intermediari). Le più rigorose regole di comportamento introdotte con MiFID – con una valutazione in fase di distribuzione – e, oggi, la disciplina della *product governance* di MiFID II – con una duplice verifica prima in astratto in fase di produzione dello strumento finanziario e poi nuovamente al momento della sua distribuzione – dovrebbero sul piano teorico ridurre la possibilità che strumenti complessi come i derivati vengano sottoscritti senza un’efficace verifica della capacità del cliente di comprendere la reale portata dei rischi connessi all’operazione di investimento.

Più in generale, dunque, il problema di fondo è da individuare nello strutturale conflitto di interessi che caratterizza un’operazione in derivati OTC: una controparte, generalmente la banca, riveste il doppio ruolo di consulente e contraente e gode, dunque, di una posizione di superiorità informativa rispetto all’altra controparte, l’operatore commerciale. In altre parole, l’operatore commerciale si rivolge ad un soggetto che allo stesso tempo deve strutturare il prodotto in base alle necessità del cliente e assumersi il rischio che gli viene trasferito attraverso il derivato. Di qui, l’intreccio dei due temi che qui si passano in rassegna: l’evoluzione giurisprudenziale sul giudizio di meritevolezza e la qualificazione nonché la validità della dichiarazione di operatore qualificato.

2. Il giudizio di meritevolezza dello strumento derivato: dalla causa in concreto alla razionalità dell’alea

Sul giudizio di meritevolezza di tutela dei derivati da parte dell’ordinamento si possono distinguere oggi tre principali filoni. Il primo, minoritario, non mette in discussione la validità degli *swap* e riconosce la responsabilità precontrattuale dell’intermediario a fronte dell’inadempimento per violazione delle regole di condotta. Il secondo e il terzo filone, maggioritari, sostengono entrambi la nullità dei contratti derivati oggetto di controversia, giungendo a tale conclusione a seguito di due diversi percorsi argomentativi. L’orientamento più risalente e confermato da un recente pronuncia della Suprema Corte di

Cassazione (Cass. 31 luglio, 2017, n. 19013) riconosce l'accertamento della nullità del contratto per difetto della causa concreta in quanto il derivato, stipulato per finalità di copertura, risulta per contro inidoneo a perseguire gli interessi voluti da una delle parti, precisamente dall'operatore commerciale. In questa prospettiva, è rilevante funzione che si vuole perseguire con lo strumento derivato che può essere di copertura o speculativa. Su questo presupposto, la Suprema Corte si è occupata di stabilire quando un derivato può definirsi di copertura e, sul punto, fa riferimento a tre precisi criteri di valutazione, stabiliti da CONSOB con la sua Determinazione DI/99013791 del 26 febbraio 1999. Uno strumento derivato si considera di copertura quando: 1) le operazioni siano esplicitamente poste in essere al fine di ridurre la rischiosità di altre posizioni detenute dal cliente; 2) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; 3) siano adottate procedure e misure di controllo interno idonee ad assicurare che le condizioni di cui sopra ricorrano effettivamente. Quando tali circostanze non ricorrono, lo strumento derivato negoziato non realizza pienamente una funzione di copertura. Tale recente arresto della Suprema Corte conferma dunque l'orientamento giurisprudenziale secondo cui è il contratto derivato è nullo per mancanza di causa in concreto, ma nel contempo aggiunge che nel valutare ai sensi dell'art. 1322 c.c. la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato – nel caso di specie un IRS – il giudice deve comunque considerare l'art. 21 TUF e del Regolamento intermediari Consob vigente al tempo della sottoscrizione (nella specie, l'art. 26 del Regolamento n. 11522), nonché per i contratti IRS di copertura, la Determinazione Consob sopra citata. L'art. 21 TUF rientra dunque fra i requisiti di meritevolezza dell'operazione di investimento (*contra* chi ritiene invece, sulla scorta delle "sentenze gemelle" Cass. SS.UU. n. 26274 e n. 26725, si debba tenere fermo che la violazione delle regole di comportamento produca la responsabilità precontrattuale e non la nullità del contratto).

Una giurisprudenza ricorrente, e relativamente più recente, ha elaborato una seconda via per la quale si giunge comunque alla dichiarazione di nullità del derivato per difetto di causa. Questa seconda via, ai fini del giudizio di meritevolezza degli interessi, prescinde in prima battuta dalla finalità che si vuole perseguire con lo strumento

derivato stipulato, ma prende in considerazione altri elementi del contratto che ne costituiscono la causa.

Secondo tale orientamento, i contratti derivati sono delle scommesse della particolare categoria di quelle legalmente autorizzate in virtù dell'articolo 23, comma 5, TUF, che, nell'esonerare tali contratti dalla disciplina dell'art. 1933 c.c., ne richiama la sua natura aleatoria. Detto questo, perché la scommessa sia legalmente autorizzata e perciò meritevole di tutela deve presentare un'alea razionale per entrambi gli scommettitori; in altre parole, il rischio deve essere ponderato e ragionato. Il contratto derivato *swap* è valido qualora presenti un'alea bilaterale e razionale (App. Milano 13 settembre 2013 e anche App. Bologna, 11 marzo 2014). La bilateralità sussiste allorché su ciascuno dei contraenti grava una componente di rischio. Pur non essendo necessario che lo strumento finanziario produca una distribuzione del rischio in modo equivalente tra le parti, l'assoluta mancanza dell'alea a carico di un contraente può dar luogo ad assenza di causa (Trib. Napoli, 2 maggio 2017, n. 4698 e Trib. Roma, 8 gennaio 2016 n. 212). Oltre alla bilateralità, l'alea deve essere «razionale» nel senso che il contratto deve consentirne la misurabilità. Conseguentemente, quando una delle controparti, solitamente l'operatore commerciale, non è posto nelle condizioni di prefigurarsi i rischi assunti e la misura degli stessi, l'alea bilaterale non può dirsi razionale e pertanto, configurando un elemento essenziale della causa del contratto, il derivato è nullo (Trib. Roma, 5 giugno 2017, n. 11364). A tal fine è necessario che dal contratto si possano evincere gli elementi che complessivamente considerati determinano, concretamente, la distribuzione dell'alea, in particolare: gli scenari probabilistici, le conseguenze del verificarsi degli eventi, il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti e, infine, i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso. Qualora il contratto manchi di tali elementi si deve ritenere nullo per difetto di causa: la razionalità dell'alea fonda, infatti, il riconoscimento della meritevolezza della tutela da parte dell'ordinamento (App. Milano, 18 settembre 2013). La Corte di Cassazione ha però escluso che un eventuale difetto di informazione da parte dell'intermediario all'investitore sugli esatti termini del rischio assunto con i contratti stipulati possa determinare la nullità dello stesso, non incidendo tale difetto sulla loro causa negoziale, ma potendo ciò al limite determinare solo conseguenze sul piano risarcitorio, laddove

effettivamente sussista la violazione di obblighi di condotta dell'intermediario (Cass., 28 luglio 2017, n. 18781).

Inoltre, Il giudice deve tener conto delle commissioni implicite e del loro peso sull'articolazione della scommessa e dunque chiarire se questa rappresenti una scommessa razionale (Trib. Milano, 14 dicembre 2016). Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa da essa possono discendere integrano la causa del contratto derivato e devono pertanto essere definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza, da tutte le controparti (Trib. Torino, 17 gennaio 2014).

Tra questi elementi di costo, nella giurisprudenza sono stati oggetto di particolare approfondimento il *mark to market* (metodo di valutazione in base al quale il valore di uno strumento o contratto finanziario è sistematicamente aggiustato in funzione dei prezzi correnti di mercato) e la somma di denaro che il soggetto eventualmente avvantaggiato nella stipula dello *swap* deve pagare alla controparte (svantaggiata) per riequilibrare finanziariamente il contratto, affinché abbia valore iniziale nullo (c.d. *up front*). Detti elementi del contratto rappresentano, infatti, insieme alle più facilmente individuabili commissioni dovute, componenti di redditività per l'intermediario in virtù di una strutturazione dei flussi finanziari meno favorevole per il cliente. In altre parole, lo strumento finanziario derivato si presenta *non par* a vantaggio della banca determinando in partenza un *mark to market* negativo per l'operatore commerciale. Il *mark to market* deve considerarsi un elemento essenziale dell'oggetto del contratto IRS (Trib. Milano, 13 settembre 2016, n. 10049). La mancata indicazione del *mark to market*, consentendo all'intermediario di occultare il proprio compenso, potrebbe essere sufficiente a determinare la nullità del contratto derivato per mancanza di accordo su un requisito essenziale del compenso *ex art.* 1709 (Trib. Torino, 17 gennaio 2014, riconosce solamente la responsabilità extracontrattuale Trib. Milano, 13 settembre 2016, n. 10049).

Contrari a questo orientamento si pongono alcuni lodi arbitrali (Lodo arbitrale, Milano 28/07/2016) secondo i quali detti costi impliciti non snaturano la causa del contratto o producono la indeterminatezza dell'oggetto determinandone in entrambi i casi la nullità. Detti costi implicano semplicemente un dovere di trasparenza nei confronti del cliente e dunque, in mancanza di loro indicazione nel contratto,

l'intermediario ne risponde contrattualmente qualora addebiti un costo implicito occulto.

Le clausole che prevedono un versamento di una somma di denaro in favore del contraente che parte da una situazione di svantaggio – con *up front* – qualora il *mark to market* di uno strumento derivato non sia pari a zero (derivato *non par*) non rendono di per sé nullo il contratto, ma è necessario verificare caso per caso se il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti sia lecito e persegua o meno interessi meritevoli di tutela (Cass., 28 luglio 2017, n. 18781). Quand'anche si ritenesse che *l'up front* costituisca un rapporto di finanziamento, la causa aleatoria del derivato e la causa del sottostante rapporto di finanziamento rimangono autonome e distinte senza essere snaturate dal collegamento tra i due rapporti e senza alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale (Cass., 28 luglio 2017, n. 18781).

3. La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31, I Regolamento intermediari

Il secondo tema centrale per le vicende qui in discussione riguarda la validità della dichiarazione di operatore qualificato. Il regime *pre* MiFID suddivideva i clienti degli intermediari finanziari in due categorie: i clienti al dettaglio e gli operatori qualificati. Tale classificazione incideva sull'intensità delle tutele accordate dalla legge e consentiva, sul piano teorico, agli operatori qualificati di accedere a servizi e prodotti di investimento ad un minor costo, proprio in ragione del minor costo di protezione. In particolare, si fa riferimento all'art. 31, Regolamento Consob n. 11522, laddove include nella nozione di operatore qualificato «ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante». In virtù di una prassi consolidata e diffusa, molti clienti venivano così promossi ad operatore qualificato anche quando in concreto tale cliente non potesse effettivamente ritenersi tale. Sul punto si è dunque sviluppato un dibattito, sia in giurisprudenza che in dottrina, riconducibile essenzialmente a due approcci: uno formalista, secondo cui l'intermediario non ha alcun onere di verificare la corrispondenza della dichiarazione del soggetto rispetto al dato reale,

l'altro, per converso, più sostanziale. La Corte di Cassazione trova una soluzione di equilibrio (a partire da Cass. 26 maggio 2009, n. 12138 e confermato di recente Cass. 4 aprile 2018, n. 8343) ponendo alcuni importanti punti fermi sulla *vexata quaestio* in parola. In primo luogo, la semplice dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante che la società disponga della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in valori mobiliari costituisce elemento di prova per il giudice ed esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche qualora non siano ravvisabili elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario stesso. Tale dichiarazione, poi, non ha valore confessorio, ma piuttosto di presunzione semplice e pertanto il cliente potrà in sede di giudizio produrre allegazioni specificatamente dedotte e dimostrate circa la conoscibilità in concreto da parte dell'intermediario delle circostanze dalle quali desumere la reale situazione in cui versi l'investitore nel momento in cui sottoscrive la dichiarazione (App. Milano, 14 gennaio 2015). In caso contrario, la dichiarazione può costituire argomento di prova anche come unica e sufficiente fonte di prova. In altre parole, qualora si voglia sostenere la sostanziale discordanza tra il contenuto della dichiarazione e la situazione reale, ricade sul cliente l'onere di provare ogni circostanza da cui desumere la non veridicità del contenuto della dichiarazione di operatore qualificato.

4. Conclusioni

In conclusione, le sentenze della Corte di Cassazione in argomento confermano la nullità degli strumenti derivati OTC, segnatamente *swap*, per difetto di causa. Ai fini del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. è necessario che il giudice tenga conto delle norme dell'art. 21 TUF, ritenute imperative e inderogabili, e dell'art. 26, I Regolamento Intermediari, norma estranea alla sottrazione di disciplina che opera per l'effetto della dichiarazione di operatore qualificato. A queste norme, si aggiungono le prescrizioni approntate dalla Determinazione Consob del 26 febbraio 1999 in relazione alle operazioni di copertura. In altre parole, nell'ipotesi di una operazione conclusa per finalità di copertura, perché il contratto di derivato OTC sia meritevole di tutela, e dunque sussista la sua causa concreta, si deve considerare il comportamento della banca alla luce delle norme appena

cite. Anche gli strumenti derivati sottoscritti per finalità speculative sono di per sé validi, trattandosi di contratti aleatori per i quali è espressamente esclusa l'applicabilità del 1933 c.c. (art. 23, co. 5, TUF). Relativamente a questi ultimi contratti, rimane incerto il perimetro entro cui il giudice possa muoversi per svolgere in controllo circa la meritevolezza della tutela *ex art. 1322 c.c.* Se da un lato, infatti, la presenza di un'alea bilaterale – anche se non equamente distribuita – rimane imprescindibile, per altro verso, il difetto di informazione da parte dell'intermediario sugli esatti termini del rischio (e quindi la loro presenza del contratto come elementi che ne definiscono la razionalità dell'alea) non sembra al momento trovare riscontro chiaro nelle sentenze di legittimità. Rimane il merito di tale orientamento giurisprudenziale di fissare dei criteri per il giudizio *ex art. 1322* che prescindono dalla finalità per cui è stato sottoscritto lo strumento sia essa di copertura o meno.