PUBBLICAZIONE SEMESTRALE
ISSN 2785-7298

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Gennaio / Giugno 2025

DB

dirittobancario.it/dialoghi

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da
Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale
Andrea Marangoni

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria
Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciraolo, Prof.ssa Carmela Robustella, Prof. Gian Luca Greco, Dott. Luca Lentini, Dott. Federico Riganti

Mercato dei capitali finanza strutturata
Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo, Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza
Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti De Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati
Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalaqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro, Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza
Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria
Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche
Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, rationes materiae, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (single blind peer review) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente rationes materiae, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

Sede della Redazione

Università degli Studi di Trento – Facoltà di Giurisprudenza

Via Verdi, n. 53, 38122 TRENTO

Dialoghi di Diritto dell'Economia

SOMMARIO

ARTICOLI

P. Lucantoni, **C. Villani**, La gestione e supervisione dei rischi ICT e di sicurezza nelle attività finanziarie esternalizzate tra DORA e CRD VI 1

M. Renna, Le azioni inibitorie collettive: profili funzionali e regolatori 23

G. Estrafallaces, Le nuove indicazioni del GAFI per l'ecosistema AML in materia di assessment nazionale antiriciclaggio 55

G. Ferri Jr, Scopo di lucro e sostenibilità 77

S. Cavaliere, Il sostegno pubblico alla cultura e al turismo. Tra concorrenza e sviluppo economico: prassi applicative e problematiche emergenti 91

A. Parziale, Il processo di recepimento della Direttiva NPL in Italia: questioni aperte tra apertura del mercato e assorbimento nella vigilanza 167

C. L. Appio, **D. De Filippis**, L'in house providing nei servizi pubblici di rilevanza economica:la prospettiva del diritto dell'economia a qualche anno dal riordino 193

G. Cottino, **M. Irrera**, L'assicurazione tra passato e presente 207

F. Amici, Credit Protection Insurance: Too Good to Be True? Actual Challenges and Future Applications 219

M. D'Auria, Stato e imprese nella climate change litigation 237

G. La Rocca, Art. 2033 c.c., buona fede dell'accipiens e mercato finanziario 257

G. De Donno, Confidence, credit and law 265

C. Buzzacchi, Il risparmio a fondamento del sistema economico e sociale: la tutela della Costituzione e gli scenari di evoluzione 285

M. Maisano, Lo statuto minimo delle alienazioni con causa di garanzia: il patto marciano atipico 305

Dialoghi di Diritto dell'Economia

F. Piraino, Brevi note su bene giuridico e sostenibilità 323

E. Rulli, Profili critici della banca come servizio (bank as a service) 357

P. Marano, La governance delle imprese di assicurazione dopo la revisione di Solvibilità II: prime riflessioni sul principio di proporzionalità 373

M. Maggiolino, La Bussola per la Competitività: un futuro tutto da realizzare 387

V. Vitti, Vigilanza amministrativa e scopi di sostenibilità. Considerazioni de iure condendo su un ripensamento del sistema di public enforcement in punto di sostenibilità d'impresa 419

NOTE

F. Mattassoglio, La Corte di giustizia europea, algoritmi e credit scoring. L'apertura del vaso di Pandora delle società che si "limitano" a elaborare gli scoring 1

A. Canepa, La rilevanza delle banche dati creditizie in epoca di valutazione algoritmica tra comunicazione e aggiornamento delle informazioni 15

A. M. Bernabei, La difficile convergenza fra clima e finanza nei primi arresti giurisprudenziali stranieri 33

R. R. Severino, La sentenza della Corte d'appello dell'Aja nel caso Milieudefensie et al. c. Shell e i possibili sviluppi del caso Greenpeace et al. c. Eni et al. Il 2025 sarà l'anno decisivo per il contenzioso climatico italiano? 45

La gestione e supervisione dei rischi ICT e di sicurezza nelle attività finanziarie esternalizzate tra DORA e CRD VI

Paola Lucantoni
Professore Ordinario di Diritto dei mercati finanziari
Università di Roma Tor Vergata

Chiara Villani
Dottoranda di Ricerca in Diritto e Tutela
Università di Roma Tor Vergata

Indice dell'articolo: 1. Globalizzazione dei mercati ed esternalizzazione delle attività d'impresa nel sistema aristotelico; 2. La gestione dei rischi della esternalizzazione dei servizi *ICT* nella prospettiva regolatoria; 3. La resilienza operativa digitale nel regolamento *DORA*; 4. I *critical third party providers* (*CTPP*) e la supervisione da parte del *lead overseer*; 5. La vigilanza sui soggetti terzi fornitori di attività *ICT* esternalizzate nella *CRD* VI; 6. Una sintetica analisi comparativa delle politiche di esternalizzazione negli USA e nel Regno Unito; 7. Riflessioni finali: un nuovo perimetro di vigilanza oltre le attività riservate?

1. Globalizzazione dei mercati ed esternalizzazione delle attività d'impresa nel sistema aristotelico[01].

Il pensiero aristotelico secondo cui «il tutto è più della somma delle sue parti»[02] si presta bene a descrivere l'organizzazione dell'attività d'impresa nel contesto dei mercati globalizzati, caratterizzata da una notevole complessità e dall'interconnessione tra attività interne e attività esternalizzate, con particolare riferimento all'ambito *ICT* (*Information and Communications Technology*), che ricomprende l'insieme dei metodi e delle tecniche utilizzate nella trasmissione, ricezione ed elaborazione di dati e informazioni. L'esternalizzazione, invero, non riguarda solo una scelta tattica di delega operativa, ma

01 Anche se il lavoro è frutto di una riflessione comune, i §§ 2, 4 e 6 sono attribuiti a Paola Lucantoni, mentre i §§ 1, 3 e 5 sono attribuiti a Chiara Villani; il § 7 è attribuito a entrambe le autrici.

02 Aristotele, Metafisica, Libro VIII, 1045a

si inserisce in una rete di rapporti interdipendenti tra aziende, fornitori tecnologici e il mercato globale, in cui il valore generato dalla collaborazione supera il contributo di ogni singolo attore.

L'esternalizzazione delle attività aziendali è, infatti, un fenomeno strettamente connesso con la globalizzazione dei mercati; avendo quest'ultima comportato la competizione delle imprese su scala internazionale, e generato così nuove dinamiche di mercato ed esigenze operative, il ricorso all'esternalizzazione di attività, funzioni e processi risponde alla logica di incrementare la flessibilità operativa e ridurre i costi. L'*outsourcing*, infatti, permette alle organizzazioni di focalizzarsi sul proprio *core business* e, grazie alla collaborazione con fornitori specializzati, di accedere a competenze tecnologiche e infrastrutture avanzate senza l'onere di svilupparle internamente[03].

Questo aspetto è particolarmente rilevante nei settori ad alta intensità tecnologica, dove l'innovazione è rapida e richiede un costante aggiornamento delle competenze[04]; fra queste, rientra certamente il settore finanziario inteso in senso ampio – comprensivo dei tre mercati finanziario in senso stretto, bancario e assicurativo - da sempre

---

03 In letteratura, cfr. F. W. McFarlan - R. L. Nolan, *How to manage an IT outsourcing alliance*, in *MIT Sloan Management Review*, 36(2), 1995, 9; W. L. Currie, V. Michell, O. Abanishe, *Knowledge process outsourcing in financial services: The vendor perspective*, in *European Management Journal*, 26(2), 2008, 94; R. González, J. Gascó, J. Llopis, *Information systems outsourcing reasons and risks: review and evolution*, in *Journal of Global Information Technology Management*, 19(4), 2016, 223; M. Könning, M. Westner, S. Strahringer, *A systematic review of recent developments in IT outsourcing research*, in *Information Systems Management*, 36(1), 2019, 78.

04 Sul tema si richiama L. Murphy, *The influence of IT outsourcing on organisational success and innovation*, in *Futur Bus J* 10, 84, 2024. L'autore studia analizza il fenomeno dell'IT *outsourcing* (ITO), concentrandosi sulle implicazioni per il successo o il fallimento organizzativo e sull'impatto sull'innovazione. Il presupposto dello studio è l'individuazione di significative lacune nella letteratura, tra le quali la carenza di studi empirici sugli esiti dell'ITO per le organizzazioni, sull'influenza dell'ITO sull'innovazione e sull'effetto del settore industriale sull'esito dell'ITO. Per rispondere a queste carenze, l'Autore ha formulato tre domande di ricerca (*To what extent do organisations perceive IT outsourcing to be a success or failure? What influence does IT outsourcing have on an organisation's ability to innovate? What influence does an organisation's industry have on the perceived success or failure of IT outsourcing?*) che hanno portato allo sviluppo di un modello concettuale innovativo per valutare l'impatto dell'ITO sulle organizzazioni. I risultati evidenziano un elevato tasso di insuccesso percepito dell'ITO e dimostrano che il settore industriale di appartenenza può influenzarne l'esito. Inoltre, emerge che l'ITO ha un impatto negativo sull'innovazione organizzativa. Sulla base di queste evidenze, lo studio propone otto *best practices* per migliorare i risultati dell'ITO, tra le quali: condurre ricerche di mercato sulle competenze e sull'esperienza dei fornitori; definire contratti ben strutturati; rispettare rigorosamente gli SLA senza periodi di tolleranza; preferire progetti di breve durata; adottare strategie di *multi-sourcing*; rafforzare le competenze interne in ambito IT; promuovere la comprensione del valore dell'ITO tra i dipendenti; implementare una *governance* rigorosa. Lo studio riconosce i propri limiti, suggerendo la necessità di ulteriori ricerche con un campione più ampio e una rappresentazione settoriale più diversificata per validare ed estendere i risultati ottenuti.

incline all'evoluzione tecnologica, come l'espressione *FinTech*[05] – nota crasi tra le parole finanza e tecnologia – fa intendere[06]. Il settore bancario, ad esempio, risulta fortemente interessato dall'*outsourcing* nella gestione delle infrastrutture necessarie per i bonifici istantanei[07]; questi richiedono, infatti, la collaborazione con *provider* di servizi di pagamento o reti esterne, come *TIPS* (*Target Instant Payment Settlement*), per garantire l'accesso diretto alle infrastrutture, oltre al ricorso a soluzioni di *cloud computing*[08] per l'archiviazione e l'elaborazione dei dati in modo scalabile e in tempo reale. Rilevante è anche l'adozione di modelli *SaaS* (*Software as a Service*)[09], ovvero piattaforme esterne per l'esecuzione e il monitoraggio delle transazioni, nonché di sistemi di sicurezza *IT* avanzati per la protezione delle operazioni finanziarie.

Ne consegue che i soggetti vigilati affidano sempre più segmenti specifici della propria catena organizzativa a *start-up* tecnologiche, *BigTech* e grandi fornitori di tecnologia tramite rapporti di *outsourcing*, rappresentando questo il modo più rapido per acce-

05 Il *FinTech* è definibile, infatti, come un «ampio insieme di innovazioni – osservabili in campo finanziario in senso lato – che sono rese possibili dall'impiego delle nuove tecnologie sia nell'offerta di servizi agli utenti finali sia nei "processi produttivi" interni agli operatori finanziari nonché nel disegno di imprese-mercato (il c.d. *financial marketplace*)»; così C. Schiena, A. Tanda, C. Arlotta., G. Potenza, *Lo sviluppo del FinTech*, in *Quaderni FinTech*, CONSOB, 1/2018, VIII. Per precisione, si aggiunge che «Il Fintech è per sua natura un fenomeno in continua evoluzione, non racchiudibile in un contenitore e non definibile in modo statico» così R. Lener., *Spunti di riflessione sugli sviluppi del Fintech*, in *I diversi settori del Fintech. Problemi e prospettive*, E. Corapi – R. Lener (a cura di), Milano, 2019, 1. Sul tema anche F. Annunziata, La disciplina del mercato mobiliare, Torino, 2021, 28.

06 Sui tre settori del mercato finanziario in senso ampio – mercato finanziario in senso stretto, mercato bancario e mercato assicurativo - cfr., per tutti, P. Corrias e R. Lener (a cura di), *Manuale di diritto dell'economia. I mercati finanziari e dell'energia,* di Torino, 2024, *passim*. Sul tema v. altresì CIPA – ABI, *Rilevazione sull'IT nel settore bancario italiano, Profili economici e organizzativi, Esercizio 2023*, in *www.cipa.it*, ottobre 2024, 5 rileva che il modello prevalente per il *sourcing* dell'IT con riferimento all'operatività bancaria è l'*outsourcing*, affidando il 63% delle banche la gestione del Data centre e delle Applicazioni a uno o più fornitori.

07 Sulle novità in tema di bonifici istantanei si veda C. Villani, *Instant Payments Regulation: la svolta per i pagamenti elettronici in euro?*, in *FCHub.it*, 31 maggio 2024.

08 In tema di *cloud computing*, alla luce delle particolari problematicità connesse al servizio, dovute principalmente al fatto che vengono esternalizzati dati appartenenti all'impresa esternalizzante, il Garante della Protezione dei dati ha pubblicato una scheda di documentazione nella quale viene enfatizzata la necessità di una stringente *due diligence* rispetto all'ente al quale vengono esternalizzate attività e funzioni. Il riferimento è a Garante della Protezione dei dati, *Cloud computing: indicazioni per l'utilizzo consapevole dei servizi*, scheda di documentazione, 23.06.2011. Anche l'ESMA si è espressa in materia: ESMA, *Orientamenti in materia di esternalizzazione a fornitori di servizi cloud*, 10.05.2021, ESMA50-164-4285. Si veda anche U. Piattelli, *La regolamentazione del Fintech, Dai nuovi sistemi di pagamento all'intelligenza artificiale*, Torino, 2023, §3.8.

09 CIPA – ABI, *Rilevazione sull'IT nel settore bancario italiano, Profili economici e organizzativi, Esercizio 2023*, in *www.cipa.it*, ottobre 2024, 2 rileva che ben 21 gruppi bancari su 22 adottano modelli *SaaS*.

dere alle competenze e alle infrastrutture pertinenti[10]. Nella prospettiva sistematica aristotelica, l'*outsourcing* nel *FinTech* prova come la sinergie tra soggetti vigilati e *provider* tecnologici vada ben oltre la mera somma delle risorse coinvolte: l'interazione tra conoscenze specializzate, infrastrutture tecnologiche e accesso ai mercati globali crea nuove opportunità operative e innovative che una singola entità, operando isolatamente, non potrebbe raggiungere.

2. La gestione dei rischi della esternalizzazione dei servizi *ICT* nella prospettiva regolatoria

L'esternalizzazione di attività comporta, tuttavia, rischi significativi, particolarmente enfatizzati nel mondo finanziario, tra i quali (i) vulnerabilità informatiche, (ii) minacce alla *privacy* e (iii) possibili impatti sistemici.

In merito alla (i) vulnerabilità informatica, un'indagine del 2020 ha rilevato come il 20% del totale degli attacchi *cyber* riguardi proprio il settore finanziario[11]. Di particolare importanza è altresì il tema in tema delle (ii) minacce alla *privacy*, posto che il mercato finanziario «si alimenta di informazioni»[12], che riguardano non solo dati aziendali relativi alle attività delle imprese, ma anche dati sensibili riferiti a singoli individui. Rispetto ai (iii) possibili impatti sistemici, i moderni mercati finanziari sono strettamente interconnessi e interdipendenti, e quindi l'innesco di un meccanismo non può essere limitato al mercato specifico in cui si verifica ma ha un effetto esplosivo anche sugli altri, il c.d. effetto cascata: determinati fornitori, locati in nodi critici della rete, potrebbero infatti diventare *single points of failure* cui potrebbero conseguire effetti di *spill-over* nell'intero sistema finanziario[13].

Un *vulnus* ad uno di questi profili, talvolta interrelati e complementari tra loro, lede la fiducia degli investitori, disincentivandone gli investimenti, e mina di conseguenza l'in-

10 Sui criteri che orientano alla decisione di affidarsi a terzi nello svolgimento dell'attività di impresa bancaria e su quelli seguiti nella selezione della controparte contrattuale si veda A. Cardani, I. Girardi, *Impresa bancaria ed esternalizzazione di servizi tecnologici,* in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2/2024, 594. Sull'attività assicurativa, si veda invece il *report* di Carlino, Costanzo & Associati, *La Rivoluzione Digitale nel settore assicurativo. Big Tech, Big Data e Intelligenza Artificiale: facciamo chiarezza*, Milano, 12 gennaio 2024.

11 GCSEC - Global Cyber Security Center, *L'impatto del cyber risk sul mercato finanziario*, *Case Studies*, marzo 2020.

12 Così S. Seminara, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 3/2008, 331.

13 E. Cerrato, E. Detto, D. Natalizi, F. Semorile, F. Zuffranieri, *I fornitori di tecnologia nel sistema dei pagamenti: evoluzione di mercato e quadro normativo, in Mercati, infrastrutture, sistemi di pagamento (Markets, Infrastructures, Payment Systems)*, Banca d'Italia, n. 47, marzo 2024, 11.

tegrità del mercato finanziario stesso[14]. In chiave aristotelica, l'effetto cascata in caso di crisi sistemiche è provocato proprio dalla natura del "tutto" che trascende la somma delle singole parti.

La coscienza di queste vulnerabilità ha mosso i Ministri delle Finanze e i Governatori delle banche centrali del G7 a focalizzare l'attenzione sui pericoli associati all'uso di servizi offerti da terze parti; il riferimento è al documento "*The G7 Fundamental Elements for Third Party Cyber Risk Management in the Financial Sector*", aggiornato nell'ottobre 2022, che evolve i principi originariamente introdotti nel 2016. Il documento offre una serie di linee guida di carattere generale fondamentali per gestire i rischi informatici derivanti dall'esternalizzazione dei servizi *ICT* e dalle nuove minacce nella catena finanziaria. Le aree chiave trattate includono: *governance*; gestione del rischio; risposta agli incidenti; piani di emergenza e strategie di uscita; monitoraggio del rischio sistemico; coordinamento intersettoriale; specificità delle terze parti nel settore finanziario[15]. Più recentemente, il G7 sulla cybersicurezza, riunitosi il 3 dicembre 2024 presso la sede romana dell'ACN, ha dato seguito al mandato ricevuto dai *leader* del G7 durante il vertice di giugno 2024 in Puglia il cui documento finale, al paragrafo dedicato alla sicurezza informatica, esplicitava l'impegno comune ad adottare misure concrete per rafforzare la resilienza collettiva attraverso il neoistituito G7 *Cybersecurity Working Group*. Tra i temi tecnici discussi nei vari tavoli tematici del G7 Cybersecurity, è emersa in particolare l'attenzione alla protezione degli ecosistemi digitali, con un *focus* sulla *supply chain* di beni e servizi *ICT*.

Mette conto segnalare un attacco *cyber* del febbraio 2024, noto alle cronache come "truffa dell'anno"[16], in cui è stato creato un clone *deepfake* di un dirigente in posizione apicale che, durante una videoconferenza, ha imposto ad un impiegato a versare 25 milioni di dollari su cinque conti correnti. Fidandosi dell'autenticità della conferenza, l'impiegato effettua l'operazione, cadendo pienamente nel sofisticato inganno: la videochiamata era stata creata con l'intelligenza artificiale e i personaggi che interagivano

14 L'interrelazione tra condotte abusive, ivi intese in senso lato, e la fiducia degli investitori, è ben espressa nella disciplina specifica degli abusi di mercato. In tal senso, il Considerando n. 2 della Direttiva 2003/6/CE afferma: «Un mercato finanziario integrato ed efficiente non può esistere senza che se ne tuteli l'integrità. Il regolare funzionamento dei mercati mobiliari e la fiducia nel pubblico dei mercati costituiscono fattori essenziali di crescita e di benessere economico. Gli abusi di mercato ledono l'integrità dei mercati finanziari e compromettono la fiducia del pubblico nei valori mobiliari e negli strumenti derivati».

15 E. Cerrato, E. Detto, D. Natalizi, F. Semorile, F. Zuffranieri, *I fornitori di tecnologia nel sistema dei pagamenti: evoluzione di mercato e quadro normativo,* cit., 14.

16 Corriere, *La truffa dell'anno: creano un clone deepfake del suo capo e lo convincono a versare 25 milioni di dollari*, 7 febbraio 2024, al link: https://www.corriere.it/tecnologia/24_febbraio_07/la-truffa-dell-anno-creano-un-clone-deepfake-del-suo-capo-e-lo-convincono-a-versare-25-milioni-di-dollari-fcb62466-31eb-421a-93be-79b935d2dxlk.shtml?refresh_ce_____(ultima consultazione 24.10.2024)

con l'impiegato erano solo dei *deep fakes*[17]. Nuovamente soccorre la logica aristotelica espressa nella *Poetica* secondo cui la mimesi, come la rappresentazione della realtà, non sia necessariamente una copia fedele, ma piuttosto qualcosa che appare credibile e coerente, capace di ingannare o persuadere lo spettatore grazie alla sua somiglianza con il reale. Nel caso dell'attacco *deepfake*, l'inganno si fonda sulla capacità dell'intelligenza artificiale di creare una rappresentazione estremamente verosimile delle persone coinvolte, capace di evocare un'immagine talmente plausibile da superare il filtro critico della vittima. Se, come ci ricorda proprio Aristotele, l'uomo è un animale sociale la cui capacità di giudizio è fortemente influenzata dalle relazioni e dal contesto, la truffa sfrutta proprio questa dinamica; l'impiegato, immerso in un ambiente apparentemente familiare e strutturato secondo le regole sociali e aziendali, sospende il proprio spirito critico perché ciò che vede e sente corrisponde alle sue aspettative relazionali. Questa riflessione filosofica mette in luce l'urgenza di una nuova prospettiva di *governance* interna e di vigilanza esterna che consenta di discernere tra reale e simulato in un'epoca di rappresentazioni sempre più sofisticate.

L'area del *FinTech* è così stata sottoposta a un'intensa regolamentazione[18] che cerca di bilanciare innovazione e sicurezza ma che si scontra con il problema della rapidità evolutiva della tecnologia[19]. Vi è stato anche un tentativo, infruttuoso, da parte della

17 Sono ormai lontani i tempi dei primi *deep fakes* che si limitavano a rallentare e distorcere video preesistenti: si ricorda il caso Nancy Pelosi, la *speaker* democratica della Camera Usa, prima vittima di *deep fakes* che in un video manipolato del maggio 2019 appare come se stesse parlando a un convegno completamente ubriaca. Un caso che già allora aveva sollevato questioni, anche giuridiche, circa le conseguenze sia rispetto alla creazione e diffusione di tale video nonché sul suo mantenimento sulle diverse piattaforme *social*: YouTube, facente capo a Google, aveva deciso di rimuovere il contenuto perché violativo degli *standard* di correttezza; Facebook, invece, aveva lasciato le immagini sulla piattaforma, limitandone tuttavia la condivisione, nella convinzione che la notizia non fosse più la presunta ubriachezza della *speaker*, bensì che un video fosse stato manipolato. Per maggiori informazioni e per visionare il video si consulti The New York Times, *Distorted Videos of Nancy Pelosi Spread on Facebook and Twitter, Helped by Trump*, May 24, 2019 al link: https://www.nytimes.com/2019/05/24/us/politics/pelosi-doctored-video.html (ultima consultazione 24.10.2024)

18 Nel diritto internazionale, infatti, la c.d. guerra cibernetica non è regolata né da norme di *jus cogens* né da trattati vincolanti (*hard law*). L'unico riferimento è il "Manuale di Tallin", un atto di *soft law* elaborato dal Centro NATO per la cyberdifesa, che aggiorna il diritto bellico rispetto alle nuove tecnologie. L'ultima edizione, del 2017, mira a razionalizzare le prassi adottate da alcuni Stati membri della NATO. Tuttavia, la cibersicurezza pone sfide rilevanti per il diritto internazionale, in particolare per attribuire responsabilità statale agli atti ostili cibernetici (come hackeraggi o interruzioni di servizi). Queste difficoltà pratiche ostacolano lo sviluppo di norme pattizie o consuetudinarie universali. Sul tema A. Lauro, *Vulnerabilità e tutela dei diritti fondamentali alla prova della guerra cibernetica*, in *DPCE Online*, 61/2024, 485, §2. L'Autore si sofferma in particolare sul rischio che lo spazio cibernetico si trasformi in uno spazio di arbitrio rendendo vulnerabili i diritti fondamentali.

19 Sul tema della disciplina europea del FinTech si richiama C. Sandei, *FinTech, quo vadis? Un'introduzione allo studio del diritto europeo del FinTech*, in *Diritto del FinTech*, M. Cian, C. Sandei (a cura di), Milano, 2024, XXIX. In particolare, eloquente è il titolo del §2 "*Il diritto del fintech: un puzzle in continuo movimento*".

Commissione Europea, con il *Fintech Action Plan del 2018*[20], di introdurre strumenti regolatori *soft* per promuovere un'innovazione responsabile ed evitare una regolamentazione eccessivamente «prescrittiva e precipitosa. I recenti interventi normativi europei di *hard law*, come il Regolamento *DORA* (di cui *infra*)[21], dimostrano come la sicurezza informatica non sia più un tema esclusivamente tecnico, ma un aspetto strategico che riguarda la stabilità economica e i diritti fondamentali degli individui[22]. I soggetti vigilati devono quindi rafforzare la propria resilienza operativa e adottare *standard* di sicurezza adeguati, mantenendo alta l'attenzione verso le vulnerabilità introdotte dall'esternalizzazione digitale[23]; catene di fornitura in continua espansione e complessità, accompagnate da un aumento e una diversificazione degli operatori coinvolti aumentano infatti sensibilmente l'area esposta ad attacchi *cyber*[24].

In particolare, la diffusione dell'*outsourcing* nei settori regolamentati porta in primo

20 Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, Bruxelles, 8.3.2018, COM(2018) 109 final.

21 Oltre al *DORA*, con particolare riferimento al tema dell'*outsourcing* tecnologico si ricordano anche la Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016 (c.d. Direttiva NIS) recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione, attuata nell'ordinamento italiano con il Decreto Legislativo 18 maggio 2018 n. 65; il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati (c.d. GDPR), il quale definisce la posizione e le responsabilità dell'esternalizzante e dell'esternalizzato; il Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

22 La sicurezza e la resilienza cibernetica sono oggetto di attenzione anche nell'ordinamento nazionale e costituiscono una delle priorità del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), sviluppato nell'ambito dell'iniziativa europea *Next Generation EU* (NGEU). Per realizzare gli obiettivi previsti dal PNRR, il governo Draghi ha approvato il Decreto-Legge n. 82 del 14 giugno 2021, successivamente convertito nella Legge n. 109 del 4 agosto 2021, intitolata "Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale". Con questa legge, è stata ridefinita l'architettura nazionale cibernetica ed è stata istituita l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), ente di diritto pubblico incaricata di rafforzare l'autonomia strategica nazionale ed europea nel settore digitale, operando in sinergia con il sistema produttivo nazionale e coinvolgendo il mondo dell'università e della ricerca. Inoltre, il legislatore nazionale, con la Legge di Bilancio 2023, ha previsto l'istituzione di un "Fondo per l'attuazione della Strategia Nazionale di Cybersicurezza" e di un "Fondo per la gestione dei progetti di cybersecurity". Infine, il 19 gennaio 2023, è entrata in vigore la Determina del 3 gennaio 2023 dell'ACN, che rappresenta l'ultimo elemento normativo volto a regolamentare i soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Per un approfondimento sulla cospicua normativa volta a disciplinare il settore della cybersicurezza nell'ordinamento interno alla luce della normativa europea si richiama F. Camisa, A. Simoncini, *Il fattore umano e la regolazione della cybersecurity*, in *Mondo Digitale*, marzo 2024.

23 Sul tema si veda N. Michieli, *Cybersecurity e gestione del rischio ICT: l'impatto sulla corporate governance*, in *Banca, Impresa, Società*, 2/2024, 243.

24 Per un'analisi dei dati sul tema si consulti European Union Agency for Cybersecurity (ENISA), *Enisa threat landscape 2024, July 2023 to June 2024*, September 2024.

piano le problematiche di *governance* associate a questo fenomeno, mettendo in discussione la struttura stessa del modello di *business* tradizionale dei soggetti vigilati; l'organizzazione produttiva tende così a frammentarsi in più segmenti affidati a diversi soggetti, sia vigilati che non vigilati, coinvolgendo anche operatori "alternativi" a quelli specializzati del sistema.

Ne consegue che nei settori regolamentati l'emersione del fenomeno delle esternalizzazioni ha fin da subito catturato l'attenzione delle autorità di vigilanza; a livello europeo, il primo intervento organizzativo è riconducibile alle *Guidelines on Outsourcing* del *CEBS* (*Committee of European Banking Supervisors*), emanate nel 14 dicembre 2006[25] in ambito bancario. Queste linee guida erano strettamente legate alle pratiche allora in uso e agli orientamenti europei del *Joint Forum*, ed avevano lo scopo di armonizzare i diversi mercati bancari e promuovere un approccio uniforme, alla luce delle differenti risposte delle autorità di vigilanza nazionali. Le *Guidelines* miravano inoltre a garantire coerenza con le normative del settore finanziario ossia, all'epoca, la Direttiva MiFID I. La *Guideline* 1, alla lett. a), forniva una prima definizione di *outsourcing*[26] nei termini di «utilizzo da parte di un'entità autorizzata di una terza parte (il "fornitore di servizi in *outsourcing*") per svolgere attività che normalmente sarebbero svolte dall'entità autorizzata, ora o in futuro. Il fornitore può essere esso stesso un'entità autorizzata o non autorizzata»[27].

Le indicazione del *CEBS* trovavano applicazione solo con riferimento alle *material activities* esternalizzate dagli istituti bancari, ossia a: (i) attività di importanza tale che qualsiasi insufficienza o mancanza nella fornitura di tali attività potrebbe avere un effetto significativo sulla capacità dell'ente autorizzato di adempiere alle proprie responsabilità regolamentari e/o di continuare a operare; (ii) qualsiasi altra attività che richieda un'autorizzazione da parte dell'autorità di vigilanza; (iii) qualsiasi attività che abbia un impatto significativo sulla gestione del rischio; e (iv) la gestione dei rischi connessi a tali attività[28]. Veniva invece fatto espresso divieto, tutt'ora vigente nei diversi mercati regolamentati del credito, della finanza e delle assicurazioni, all'esternalizzazione di

25 Committee of European Banking Supervisors (CEBS), *Guidelines on Outsourcing*, 14 dicembre 2006.

26 Definizione che non è valsa a superare la confusione tra il concetto di "*outsourcing*" e quello di "acquisti". Il problema è stato ovviato dalla ISO 9001:2015 che supera la distinzione tra acquisti e *outsourcing* della precedente norma ISO 9001:2008 (rispettivamente al par. 7.4 e al par. 4.1) con un più generico concetto di «*external provision of good and services*», ossia di fornitura esterna di beni e servizi. In tal modo, si sono superate le difficoltà riscontrate dalle organizzazioni nel dover individuare quale fosse la disciplina applicabile al negozio concreto da esse poste in essere, essendo ora rilevante solamente la considerazione circa i rischi associati al singolo fornitore, prodotto, servizio o processo esterno per definire controlli adeguati.

27 Traduzione delle autrici. Di seguito il testo originale: «*outsourcing: an authorised entity's use of a third party (the "outsourcing service provider") to perform activities that would normally be undertaken by the authorised entity, now or in the future. The supplier may itself be an authorised or unauthorised entity*».

28 *Guideline* 1, lett. f), CEBS *Guidelines on Outsourcing*.

funzioni di gestione "*core*"[29] poiché in contrasto con l'obbligo imposto ai vertici aziendali e del personale *risk taker* di gestire l'impresa sotto la propria responsabilità: infatti, tra le varie disposizioni[30], il CEBS poneva anche il principio cardine in base al quale, in caso di *outsourcing*, la responsabilità ricadeva sull'ente esternalizzante, attribuendola in ogni caso al «*senior management*», i.e. a coloro che gestiscono concretamente le attività dell'ente creditizio[31].

Questo principio è stato ulteriormente rafforzato dall'EBA (*European Banking Authority*), che il 25 febbraio 2019 ha pubblicato la versione definitiva delle *Guidelines on Outsourcing arrangements*[32] relative all'esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti[33]. Queste *Guidelines* hanno l'obiettivo di promuovere una maggiore armonizzazione degli accordi di *outsourcing* stipulati da tutti gli intermediari bancari e finanziari, grazie al vasto insieme di soggetti inclusi nel campo d'azione dell'EBA[34]. Il documento, di natura ampia e basato su principi, dedica alla disciplina della *governance* il titolo III, suddiviso in sette sezioni (dalla 5 alla 11). Tra le altre, si ricorda in particolare la Sezione 6, al cui par. 35 si ribadisce che «l'esternalizzazione di funzioni non può comportare la delega delle responsabilità dell'organo di amministrazione. Gli enti e gli istituti di pagamento restano pienamente responsabili del rispetto di tutti i loro obblighi normativi, compresa la capacità di vigilare sull'esternalizzazione di funzioni essenziali o importanti»; in definitiva, si conferma l'impostazione della responsabilità dell'organo gestorio[35], attraverso un principio di *governance* dei controlli interni centrato sull'autoregolamen-

29 *Guideline* 3, par. 1, CEBS *Guidelines on Outsourcing*, il quale annovera, tra le funzioni di gestione *core*, la definizione della strategia di rischio, della politica di rischio e, di conseguenza, della capacità di rischio dell'istituto.

30 Per un approfondimento sulle CEBS *Guidelines on Outsourcing* cfr. A. Polizzi, *La regolamentazione sull'outsourcing negli intermediari bancari e finanziari*, in *L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari*, S. Casamassima, M. Nicotra (a cura di), Milano, 2021, 1.

31 *Guideline* 1, lett. g), CEBS *Guidelines on Outsourcing*.

32 European Banking Authority (EBA), *Guidelines on Outsourcing arrangements*, 25.02.2019, EBA/GL/2019/02.

33 Le previsioni delle *Guidelines* EBA sono state interamente recepite a livello nazionale con l'Aggiornamento n. 34 del 23 settembre 2020 alla Circolare 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d'Italia, recante le "Disposizioni di vigilanza per le banche"; in particolare, si veda la Circolare 285, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione IV, paragrafo I: «Le banche che ricorrono all'esternalizzazione di funzioni aziendali all'interno o all'esterno del gruppo applicano i Titoli I, II, III e IV degli Orientamenti in materia di *outsourcing* dell'EBA».

34 Ossia gli enti creditizi e le imprese di investimento di cui all'art. 4, par. 1 del Regolamento (UE) 575/2013, gli istituti di pagamento di cui all'art. 4, par. 4 della Direttiva 2015/2366/UE e agli istituti di moneta elettronica di cui all'art. 2, par. 1 della Direttiva 2009/110/CE.

35 Si ricorda anche che, in continuità con le regolamentazioni più recenti, in base al par. 37 delle EBA *Guidelines on Outsourcing arrangements* del 2019 «(l)'esternalizzazione non dovrebbe abbassare i requisiti di idoneità applicati ai membri dell'organo di amministrazione di un ente, ai direttori e alle persone responsabili della gestione dell'istituto di pagamento e il personale che riveste ruoli chiave. Gli enti e gli istituti di pagamento dovrebbero avere competenze adeguate e risorse sufficienti e debitamente qualificate per assicurare un'adeguata gestione e supervisione degli accordi di esternalizzazione».

tazione degli istituti finanziari, i quali devono implementare normative interne per una corretta gestione delle esternalizzazioni e un sistema solido di monitoraggio[36].

Nella medesima prospettiva mette conto segnale le *Guidelines On certain aspects of the MiFID II compliance function requirements,* emanate nel 2021 dall'ESMA, al fine di chiarire i requisiti di MiFID II[37] relativi all'esternalizzazione, basati su obblighi organizzativi posti in capo all'ente esternalizzante, al fine di assicurare «alle autorità di vigilanza di controllare che le imprese di investimento adempiano a tutti i loro obblighi»[38]. Le *Guidelines* ESMA, al par. 77, esplicitamente confermano che «(l)e imprese possono esternalizzare soltanto i compiti, non le responsabilità; pertanto, le imprese che intendono ricorrere all'esternalizzazione restano pienamente responsabili dei compiti esternalizzati».

Con la *DORA*, come si vedrà nel paragrafo successivo, sembra entrare in crisi il principio della imputazione della responsabilità in capo al soggetto vigilato per le attività esternalizzate.

3. La resilienza operativa digitale nel regolamento *DORA*

L' accelerazione dell'esternalizzazione determinata dalle esigenze del *Fintech*, ha portato alla *Digital Finance Strategy*[39] del 2020, con la previsione nel *FinTech Action Plan* del 2018, del Regolamento (UE) 2022/2554, (*Digital Operational Resilience Act*, meglio noto come *DORA*)[40], che mira a proteggere il settore finanziario dai rischi legati alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le c.d. *ICT*[41].

---

36 Per un approfondimento sulle EBA *Guidelines on Outsourcing arrangements* del 2019 cfr. S. Casamassima, *Le regole di governance in tema di esternalizzazione delle funzioni*, in *L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari*, S. Casamassima, M. Nicotra (a cura di), Milano, 2021, 31.

37 Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

38 Art. 16, par. 5 MiFID II.

39 Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una Strategia in materia di finanza digitale per l'UE*, Bruxelles, 24.9.2020, COM(2020) 591 final. Sul tema P. Ciocca, *Pacchetto Finanza Digitale - Audizione della CONSOB presso la VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei deputati*, www.consob.it, 2021.

Sul tema si veda D.A. Zetzsche, F. Annunziata, D.W. Arner, R.P. Buckley, *The Markets in Crypto-Assets regulation (MiCA) and the EU digital finance strategy*, in *Capital Markets Law Journal*, 2021, 203-206.

40 Regolamento (UE) 2022/2554 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011.

41 *ICT*, acronimo che ha iniziato dai primi anni 2000, sta per *Information and Communications Technology*, risultante dall'unione di IT (*Information Technology*) e CT (*Communication Technology*). L'*ICT* comprende l'insieme di metodi e tecniche utilizzate per trasmettere, ricevere ed elaborare dati e informazioni, incluse le tecnologie digitali, e coinvolge tutti i settori professionali dedicati alla progettazione e allo sviluppo tecnico della comunicazione digitale.

Approvato nel 2022 e con implementazione obbligatoria a partire dal 17 gennaio 2025, il *DORA* introduce nuove disposizioni per i *test* digitali, la condivisione delle informazioni e la gestione dei rischi legati ai fornitori terzi, istituendo inoltre un sistema di sorveglianza per monitorare i rischi digitali dei fornitori di servizi *ICT* critici[42].

L'obiettivo del regolamento *DORA* è la "resilienza operativa digitale", un concetto che merita attenzione per la scelta di termini specifici come "resilienza", "operativa", e "digitale". Rispetto al termine più tradizionale di "sicurezza", la resilienza abbraccia un significato più ampio. Se la sicurezza si concentra principalmente sulla protezione dai rischi, la resilienza comprende anche la capacità di identificare, prevenire, gestire, rispondere e ripristinare le attività operative dopo un evento avverso. Questa sfumatura di significato è particolarmente rilevante nel contesto del rischio cibernetico. La resilienza è definita "operativa" perché mira a garantire il funzionamento regolare e ininterrotto delle organizzazioni e del settore finanziario, e "digitale" per riflettere l'uso diffuso di tecnologie e risorse informatiche[43]. *DORA*, quindi, adotta un approccio integrato e moderno, che va oltre la semplice sicurezza per garantire una capacità di adattamento e ripresa efficace in un ecosistema digitale complesso e interconnesso, potenziando la capacità del sistema a resistere ai «rischi informatici», definiti dalla stessa *DORA* (art. 3, co. 1, n. 5) come «qualunque circostanza ragionevolmente identificabile in relazione all'uso dei sistemi informatici e di rete che, qualora si concretizzi, può compromettere la sicurezza dei sistemi informatici e di rete, di eventuali strumenti o processi dipendenti dalle tecnologie, di operazioni e processi, oppure della fornitura dei servizi causando effetti avversi nell'ambiente digitale[44] o fisico».

Il Regolamento è destinato a ben venti soggetti regolamentati nell'Unione Europea, confluenti nell'ampia definizione di «entità finanziaria»[45] fornita dal regolamento stesso all'art. 2, co. 1, con il fine di garantire un'applicazione dello stesso uniforme e coerente, tutelando la concorrenza tra operatori finanziari e tenendo conto delle differenze di dimensioni, caratteristiche aziendali ed esposizione al rischio digitale.

---

42 In tal senso, il Considerando n. 62 *DORA* afferma che: «per un solido monitoraggio dei rischi informatici derivanti da terzi nel settore finanziario, è necessario stabilire una serie di norme basate su principi che guidino le entità finanziarie nel monitoraggio dei rischi che si presentano nel contesto di funzioni esternalizzate a fornitori terzi di servizi *ICT*, in particolare per i servizi *ICT* a supporto di funzioni essenziali o importanti, nonché più in generale nel contesto di tutte le dipendenze da terzi nel settore delle *ICT*».

43 E. CERRATO, E. DETTO, D. NATALIZI, F. SEMORILE, F. ZUFFRANIERI, *I fornitori di tecnologia nel sistema dei pagamenti: evoluzione di mercato e quadro normativo*, cit., 19.

44 In A. PERAZZALI, *Cyber sicurezza: Una continua sfida per l'economia e per la società*, in *www.bancaditalia.it*, 10 febbraio 2023, si osserva efficacemente che «(i)l *cyber*-spazio è la quinta dimensione della conflittualità – dopo terra, mare, aria e spazio extra-atmosferico – e costituisce uno degli elementi dello scenario in cui si innesta la politica internazionale».

45 Sul *DORA* con specifico riferimento al settore bancario si veda A. CARDINALI, *Il processo di digitalizzazione in Europa e il ruolo del sistema bancario*, in *Studi e ricerche del Dipartimento di Economia Aziendale*, A. PEZZI (a cura di), 223, §4.

DORA conferma esplicitamente l'approccio *cross*-settoriale, orientato al rischio e fondato su pochi principi generali da declinare in modo più specifico in base alle peculiarità di determinati ambiti, adottato dalla *Digital Finance Strategy*[46], che richiama il principio di proporzionalità adottato nel *report* finale del dicembre 2019 del ROFIEG (*Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation*)[47]. Difatti, nell'apertura del *DORA*, è presente un articolo dedicato proprio al "principio di proporzionalità", il quale chiarisce che non esistono misure *standard* universali per proteggere le organizzazioni da rischi e responsabilità; piuttosto, la conformità agli obblighi legali deve essere valutata caso per caso, in base alla specifica entità finanziaria, «tenendo conto delle loro dimensioni, del loro profilo di rischio complessivo, nonché della natura, della portata e della complessità dei loro servizi, delle loro attività e della loro operatività» (art. 4 *DORA*). In conformità a questo principio generale, viene introdotto un sistema di tutele e obblighi variabili, prevedendo, ad esempio, un quadro semplificato per le piccole entità finanziarie (art. 16 *DORA*) e più intenso per i sistemi di pagamento (art. 23 *DORA*)[48].

4. I *critical third party providers* (CTPP) e la supervisione da parte del *lead overseer*

Nel quadro normativo contenuto nel *DORA*, vi sono disposizioni specifiche relative all'esternalizzazione.

Tra gli elementi di continuità con il passato, vi è il requisito per gli organi di vertice di possedere conoscenze e competenze in materia di *outsourcing* e di gestione dei relativi rischi - in questo caso, *ratione materiae*, in ambito *ICT*. In particolare, l'art. 5, par. 4, *DORA* stabilisce che i membri del Consiglio di amministrazione debbano «mantenere attivamente aggiornate le conoscenze e le competenze necessarie per comprendere e valutare i rischi *ICT* e il loro impatto sulle operazioni dell'entità finanziaria».

D'altra parte, da un punto di vista quantitativo, vi è un notevole rafforzamento degli obblighi legali, ma sempre legati a una serie di doveri relativi alla pianificazione, selezione, verifica, monitoraggio e documentazione degli accordi di esternalizzazione, ora

46 Sull'approccio trasversale della *Digital Finance Strategy* cfr. A. Sciarrone Alibrandi, *Introduzione*, in *L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari*, S. Casamassima, M. Nicotra (a cura di), Milano, 2021, XV.

47 Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (ROFIEG), *Thirty Recommendations on Regulation, Innovation and Finance*, *Final Report to the European Commission*, 13 *December* 2019. Queste raccomandazioni propongono un cambio di approccio normativo nell'ambito dell'innovazione finanziaria, evidenziando la necessità di una regolazione comune a livello europeo per il *FinTech* in quanto l'attuale frammentazione normativa tra Stati membri ostacola sia la creazione di un mercato unico nonché la competitività rispetto agli operatori americani e asiatici. Le proposte, in un'ottica applicativa trasversale, suggeriscono di affrontare i nuovi rischi tecnologici, in particolare quelli legati all'*AI*, ed alla *blockchain*, di bilanciare la protezione dei dati e il *data sharing*, e di valutare l'impatto del *FinTech* sui consumatori. Del *report*, si ricorda in particolare, *rationae materiae*, la *Recommendation 5 – Outsourcing guidelines and certification/licensing*.

48 Sul tema *Digital Operational Resilience Act* cfr. C. Sandei, *FinTech e gestione del rischio informatico*, in *Diritto del FinTech*, M. Cian, C. Sandei (a cura di), Milano, 2024, 19.

descritti in modo più preciso e specifico, in quanto riguardanti esclusivamente i rischi di *cybersecurity*. Ad esempio, mentre le *Guidelines* dell'EBA si limitavano ad affermare succintamente, al paragrafo 82, che «gli istituti di pagamento dovrebbero definire i requisiti di sicurezza dei dati e dei sistemi nell'accordo di esternalizzazione e monitorarne costantemente il rispetto», l'art. 30, par. 2, *DORA* affronta la questione in modo molto più dettagliato: infatti, è previsto l'obbligo di specificare contrattualmente il comportamento del fornitore di servizi *ICT* in caso di situazioni critiche durante il rapporto, come l'insolvenza, la cessazione delle operazioni, la risoluzione degli accordi o un incidente *ICT* legato al servizio fornito; il fine è quello di fornire all'entità finanziaria adeguate garanzie di accesso, recupero e restituzione dei dati, personali e non, in un formato facilmente accessibile.

La proposta più innovativa all'interno del *DORA* riguarda i fornitori terzi di servizi *ICT* considerati «critici» (i c.d. «*critical third party providers*» – CTPP), i quali saranno soggetti alla supervisione di un «*lead overseer*», ossia di un'autorità di vigilanza capofila[49].

I criteri per valutare i fornitori terzi «critici» di servizi *ICT*, ossia quei fornitori il cui malfunzionamento potrebbe avere un impatto rilevante sul sistema finanziario, sono definiti all'art. 31, paragrafo 2, *DORA*. Questi criteri considerano vari fattori, quali: (i) la gravità di un' interruzione operativa del fornitore e l'influenza sulla stabilità, continuità e qualità dei servizi finanziari, incluso il numero di entità finanziarie che dipendono da quel fornitore e il valore complessivo delle loro attività; (ii) il ruolo sistematico delle entità finanziarie che si affidano al fornitore e, in particolare, quanti enti finanziari rilevanti a livello globale o a livello nazionale dipendono da quel fornitore nonché le interconnessioni tra questi enti sistemici e altre entità finanziarie, soprattutto quando forniscono servizi finanziari essenziali ad altri; (iii) la dipendenza delle entità finanziarie sui servizi del fornitore per funzioni critiche o importanti, sia direttamente, sia indirettamente tramite subappalti; (iv) la complessità della eventuale sostituzione del fornitore, correlata alla disponibilità di alternative sul mercato, quota di mercato del fornitore, complessità tecnica dei servizi offerti e uso di tecnologie proprietarie, nonché difficoltà legate alla migrazione verso un altro fornitore, come costi, tempi e rischi informatici o operativi associati a tale processo.

L'autorità di vigilanza capofila per ciascun fornitore terzo critico viene designata, ai sensi dell'art. 31 par. 1 del *DORA*, dalle Autorità Europee di Vigilanza (AEV); la scelta ricade sulla AEV responsabile delle entità finanziarie che, nel complesso, detengono la quota più alta delle attività totali, calcolata sommando i bilanci delle entità finanziarie che utilizzano i servizi di quel fornitore critico di servizi *ICT*.

Le modalità di supervisione seguite dall'autorità di vigilanza capofila sono descritte nel

49 Sul tema della convergenza, cooperazione, coordinamento e frammentazione della vigilanza in cui si inserisce *DORA* si veda C.P. Buttigieg, B. Brunelli Zimmermann, *The Digital Operational Resilience Act: Challenges and Some Reflections on the Adequacy of Europe's Architecture for Financial Supervision*, in *https://papers.ssrn.com/*, Jun 2024.

capitolo 5, sezione 2, *DORA*. Pertanto, oltre all'ordinario potere di condurre ispezioni, indagini e *audit*, l'art. 33, par. 2, *DORA* conferisce alle autorità di vigilanza capofila il diritto di imporre misure specifiche direttamente ai fornitori critici, laddove questi non dimostrino di aver «predisposto norme, procedure, meccanismi e accordi esaustivi, solidi ed efficaci per gestire i rischi informatici cui esso può esporre le entità finanziarie». I fornitori critici possono, quindi, essere a tutti gli effetti considerati enti sottoposti a vigilanza.

Viene dunque superato il principio del mantenimento della responsabilità solo a carico dell'intermediario per funzioni, attività o processi esternalizzati, introducendo un regime di vigilanza sul fornitore per una protezione più rigorosa contro rischi specifici. In questo modo, coerentemente con il principio di proporzionalità cui dichiara di conformarsi, il *DORA, in tema di governance* dell'esternalizzazione, sembra introdurre un'eccezione al principio della responsabilità e vigilanza esclusiva del soggetto vigilato esternalizzante il cui impatto sistematico è rilevante[50]. Da un lato, infatti, le previsioni *DORA* di una vigilanza diretta sui fornitori critici non comportano un indebolimento degli oneri gravanti sulle entità finanziarie e sui loro dirigenti nella gestione dei rischi e nel rispetto delle normative[51], i quali restano comunque responsabili quando le funzioni

50 Sul tema si veda ancora A. Cardani, I. Girardi, *Impresa bancaria ed esternalizzazione di servizi tecnologici*, cit., §12.

51 L'importanza del Consiglio di amministrazione nella gestione del rischio *ICT*, sancita dal *DORA*, si riflette in obblighi simili presenti in diverse giurisdizioni a livello globale. Sul tema si veda R. Ni Thuama – S.S. Costigan, *DORA - Understanding the New Regulatory Framework on Digital Operational Resilience*, in *SSRN*, August 23, 2023. Gli autori riconoscono che la responsabilità del Consiglio di amministrazione è riconosciuta sia nei sistemi di *common law* che in quelli di *civil law*, detenendo, questo organo, l'autorità decisionale ultima. Ad esempio, nel contesto del diritto inglese e gallese, il *Companies Act 2006* (sezione 174) stabilisce che i direttori devono esercitare ragionevole cura, competenza e diligenza, senza escludere i rischi legati alla sicurezza informatica. In Canada, la sezione 122 del *Canadian Business Corporations Act* impone obblighi simili, mentre in Australia la sezione 180 del *Corporations Act* richiede che i dirigenti agiscano con attenzione e diligenza nell'esercizio delle loro funzioni. Anche in Irlanda, il *Companies Act 2014* (articolo 228) prevede *standard* comparabili. Negli Stati Uniti, la responsabilità dei direttori è stata chiarita attraverso diverse decisioni giudiziarie, rientrando nel dovere fiduciario che impone loro di monitorare e supervisionare adeguatamente l'attività aziendale.

critiche e importanti sono affidate a fornitori di servizi *ICT* terzi[52]. Dall'altro lato, invece, l'estensione della supervisione ai soggetti cui l'attività è esternalizzata di fatto ampia il perimetro delle attività soggette a vigilanza prudenziale oltre i settori soggetti a riserva di attività[53].

Nella prospettiva empirica mette conto segnalare uno studio del 2022 condotto attraverso interviste con *manager* di alto livello nel campo della sicurezza presso organizzazioni di servizi finanziari (FSO) nei Paesi Bassi[54] da cui è emerso come la gestione del rischio delle terze parti *ICT* sia considerata uno dei principali benefici del *DORA*, considerando vuoi la visione completa e integrata dei rischi *ICT*, sia interni che esterni, che offre; vuoi l'introduzione di un comitato di supervisione diretta per i principali fornitori *ICT*, ritenuto dagli intervistati particolarmente significativo per i principali operatori del mercato *cloud*, come Microsoft Azure, AWS e Google, contribuendo a migliorare la resilienza della catena di fornitura e idoneo a distinguere i fornitori di qualità da quelli meno affidabili, rafforzando la fiducia nel sistema.

Allo contempo, tuttavia, nello stesso campo del *cloud computing*, si è osservato che i

52 In questo senso il *Consultation Paper on Draft Regulatory Technical Standards to specify the detailed content of the policy in relation to the contractual arrangements on the use of ICT services supporting critical or important functions provided by ICT third-party service providers as mandated by Regulation (EU) 2022/2554*, pubblicato il 19 giugno 2023 congiuntamente da parte delle *ESA's*. In particolare, il par. 3, punto 7 afferma che: «*The use of ICT service providers cannot reduce the responsibility for the financial entities and their management bodies to manage their risks and to comply with legislative requirements, especially when critical and important functions are supported by ICT third party service providers. The draft RTS includes provisions that ensure that financial entities clearly assign the internal responsibilities for the approval, management, control, and documentation of contractual arrangements on the use of ICT services provided by ICT third-party service providers to support their critical or important functions. Such provisions strengthen the accountability within the involved business areas within financial institutions*». Nello stesso senso, il par. 4, punto 7: «*The ultimate responsibility of the management body in managing a financial entity's ICT risk is an overarching principle which is also applicable regarding the use of ICT third-party service providers. This responsibility should be further translated into the continuous engagement of the management body in the control and monitoring of ICT risk management, including in the adoption and review, at least once per year, of the policy on the use of ICT services supporting critical or important functions by ICT third-party service providers*». Nel senso di estendere la supervisione anche ai *provider* terzi, l'art. 3 par. 7 prevede che: «*The policy referred to in paragraph 1 shall ensure that the relevant contractual arrangements are consistent with the financial entity's ICT risk management framework referred to in Article 6(1), the information security policy under Article 9(4), the business continuity policy under Article 11 and the requirements on incident reporting under Article 19 of Regulation (EU) 2022/2554*».

53 Inoltre, in J. Woxholth – D.A. Zetzsche, *DORA on DEFI*, in *https://papers.ssrn.com/*, Jun 2024, si osserva che l'approccio gerarchico del *DORA* è in contrasto con l'approccio orizzontale della finanza decentralizzata (DeFi) e che le sue regole sui servizi ICT di terzi possono mettere sotto pressione i modelli commerciali della DeFi. Pertanto, gli autori sostengono la necessità di norme di attuazione della *DORA* su misura per la DeFi,

54 J.B. ter Haar, *DORA: Friend or Foe? A Qualitative Study into the Perceptions of the Financial Sector in the EU on the Expectation of the Digital Operational Resilience Act*, Amsterdam, November 2022.

cloud service providers "critici" (CCSPs) sono soggetti a più regimi normativi, incluso il GDPR per la protezione dei dati personali, la direttiva NIS 2 per la sicurezza informatica e il *DORA* per la resilienza operativa digitale, portando alla sovrapposizione di regimi di sorveglianza diversi; una situazione, questa, che potrebbe portare alla violazione del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'Articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[55].

Si segnalano, infine, fra gli ultimi *standard* tecnici pubblicati sotto il *DORA* in tema di esternalizzazioni, gli RTS su *outsourcing* e subappalto di servizi *ICT*[56] e gli ITS per il registro degli *outsourcing ICT*[57].

I primi stabiliscono i requisiti per la gestione e il controllo dei fornitori di servizi *ICT* di terze parti, con particolare attenzione a quelli che supportano funzioni critiche o importanti[58]. Fra le previsioni di maggior rilievo si ricordano: l'art. 1, il quale richiede alle entità finanziarie di considerare vari fattori per valutare i contratti con fornitori di servizi *ICT*, tra i quali la tipologia di servizi *ICT* critici o importanti, la localizzazione dei fornitori e dei subappaltatori e la lunghezza della catena di subappaltatori e concentrazione dei rischi; l'art. 3, il quale prevede a carico delle entità finanziarie l'esecuzione di un'attenta *due diligence* prima di stipulare contratti di *outsourcing* o subappalto che valuti l'affidabilità dei fornitori e dei subappaltatori, inclusa la loro capacità operativa e

55 Così E. Kun, *Challenges in regulating cloud service providers in EU financial regulation: From operational to systemic risks, and examining challenges of the new oversight regime for critical cloud service providers under the Digital Operational Resilience Act*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 52, 2024. In particolare, il *DORA* riconosce la correlazione tra la sua esistenza e la Direttiva NIS 2 al Considerando 20 e all'art. 32 par. 4 lett. e). Per quanto riguarda la sovrapposizione della sorveglianza nel GDPR e nel *DORA*, invece, l'A. afferma la mancanza di un quadro di coordinamento che attenui efficacemente le misure di applicazione ridondanti; ciò suscita preoccupazioni in merito alla possibilità di sanzioni duplicate, che possono potenzialmente minare il principio del *ne bis in idem*. L'A. ritiene, dunque, che sarebbe più vantaggioso migliorare la collaborazione e la cooperazione tra le attuali autorità di vigilanza, o, in alternativa, che l'UE istituisca un'autorità competente a livello europeo per affrontare i problemi di sicurezza informatica, in particolare alla luce della natura transnazionale dei CCSP. L'istituzione di un tale organismo di supervisione potrebbe offrire una strategia completa per la supervisione e l'attuazione, garantendo così un maggior grado di uniformità ed efficacia nella gestione e mitigazione dei rischi sistemici.

56 EBA, EIOPA and ESMA, *Final report on Draft Regulatory Technical Standards to specify the elements which a financial entity needs to determine and assess when subcontracting ICT services supporting critical or important functions as mandated by Article 30(5) of Regulation (EU) 2022/2554*, JC 2024 53, 26 July 2024.

57 EBA, EIOPA and ESMA, *Final Report on Draft Implementing Technical Standards on the standard templates for the purposes of the register of information in relation to all contractual arrangements on the use of ICT services provided by ICT third-party service providers under Article 28(9) of Regulation (EU) 2022/2554*, JC 2023 85, 10 January 2024.

58 Si ricorda che l'art. 30 par. 5 *DORA* prevede che «Le AEV, tramite il comitato congiunto, elaborano progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare ulteriormente gli elementi di cui al paragrafo 2, lettera a), che l'entità finanziaria deve determinare e valutare quando subappalta servizi TIC a supporto di funzioni essenziali o importanti.»

finanziaria, e la garanzia che i contratti includano diritti di accesso e *audit* lungo tutta la catena di subappalto; l'art. 4 che delinea una gestione contrattuale precisa, dovendo i contratti devono specificare chiaramente responsabilità dei fornitori, quali servizi possono essere subappaltati e a quali condizioni, obblighi di monitoraggio per i fornitori terzi rispetto ai subappaltatori, requisiti di sicurezza *ICT* e piani di continuità operativa; infine, l'art. 7 in base al quale l'entità finanziaria ha il diritto di terminare il contratto con un fornitore *ICT* terzo in caso di modifiche non approvate agli accordi di subappalto o di subappalto non consentito o violazione dei termini contrattuali. Gli RTS sono ancora soggetti a revisione da parte della Commissione Europea per l'adozione finale.

Gli *ITS* per il registro degli *outsourcing ICT* forniscono, invece, un modello *standard* per mantenere un registro centralizzato e aggiornato di tutte le relazioni contrattuali con fornitori *ICT* terzi. Si ricorda, infatti, che l'art. 28 par. 3 *DORA* prevede che nella gestione dei rischi informatici, le entità finanziarie debbano tenere «un registro di informazioni su tutti gli accordi contrattuali per l'utilizzo di servizi TIC prestati da fornitori terzi»; l'art. 28, par. 9 *DORA* incarica le AEV di elaborare una bozza di *Implementing Technical Standards* per stabilire i modelli *standard* di tale registro. In adempimento di tale incarico, le AEV hanno pubblicato la bozza di ITS la quale prevede che il registro deve rispettare requisiti formali e includere informazioni chiave, fra le quali dati dettagliati su tutti i servizi *ICT* forniti dai fornitori terzi diretti nonché su tutti i subappaltatori che supportano funzioni critiche o importanti. Questo registro standardizzato permette alle autorità competenti di valutare rapidamente i rischi associati ai fornitori terzi e garantire che le entità rispettino i requisiti di *DORA*. Inoltre, l'uso di un modello comune per i registri facilita la trasparenza tra le entità finanziarie e i regolatori, migliorando la gestione delle relazioni con terze parti e la preparazione alle ispezioni regolamentari. Tuttavia, il 3 settembre 2024, la Commissione UE ha comunicato alle autorità di vigilanza il suo rifiuto rispetto alla bozza, ritenendo inopportuno obbligare le entità finanziarie ad utilizzare il LEI (identificatore di entità giuridica) per identificare i fornitori terzi di servizi *ICT* registrati nell'UE, preferendo invece far scegliere tra il LEI o l'EUID (identificatore unico europeo). Le AEV hanno presentato un parere su tale bocciatura, esprimendo preoccupazioni sull'introduzione dell'EUID, ritenendolo complesso, impattante negativamente sulla gestione delle informazioni con conseguente aggravio dell'onere di segnalazione per le entità finanziarie nel contesto del *DORA* e rallentante l'identificazione dei fornitori critici. Le AEV sollecitano una rapida decisione sull'uso degli identificatori e invitano gli enti finanziari a prepararsi per l'implementazione entro il 2025.

Da ultimo, il 4 dicembre 2024 le AEV hanno pubblicato un documento[59] con il quale rammentano alle entità finanziarie e ai fornitori di terze parti l'importanza di prepararsi adeguatamente all'entrata in vigore del *DORA*, non prevedendo un periodo transitorio. In particolare, le AEV ricordano che, entro i primi mesi del 2025, le entità finanziarie devono avere pronti i registri aggiornati sugli accordi contrattuali con i fornitori *ICT*, i quali

59 EBA, EIOPA and ESMA, *DORA application*, JC 2024 99, 4 December 2024.

verranno trasmessi dalle autorità competenti alle AEV entro il 30 aprile 2025; queste devono anche essere preparate a classificare e segnalare gli incidenti *ICT* significativi fin dalla data di applicazione; invece, i fornitori *ICT* critici devono valutare la propria operatività rispetto ai requisiti del *DORA* e la prima designazione dei CTPPs è prevista nella seconda metà del 2025.

5. La vigilanza sui soggetti terzi fornitori di attività *ICT* esternalizzate nella *CRD* VI

In tema di supervisione delle attività esternalizzate, sulla stessa linea tracciata dal *DORA* si colloca la Direttiva (UE) 2024/1619 (*Capital Requirements Directive VI - "CRD VI"*)[60], entrata in vigore il 9 luglio 2024, che rivede le norme bancarie dell'UE con l'obiettivo di garantire la stabilità del sistema finanziario e la resilienza delle istituzioni finanziarie nell'Unione.

Ad esempio, l'art. 65, par. 4, lett. a, punto vi, della *CRD VI* prevede che le autorità competenti dispongano di tutti i poteri necessari per raccogliere informazioni e condurre indagini utili per l'esercizio delle loro funzioni. Questi poteri includono la facoltà di richiedere a persone fisiche o giuridiche di fornire informazioni necessarie, comprese quelle da presentare periodicamente e in formati specifici per scopi di vigilanza e statistici. Tali richieste possono essere estese anche a terzi ai quali sono state esternalizzate funzioni o attività, compresi i fornitori di servizi *ICT* "critici" come definiti dal *DORA*.

In questo senso, anche l'art. 100, par. 3, della CRD VI, stabilisce obblighi e restrizioni per le entità e i consulenti terzi che le assistono nei *test* di stress, esercizi volti a valutare la resilienza delle entità a *shock* economici o finanziari. L'obiettivo di questa norma è garantire l'integrità di tali *test*, prevenendo comportamenti opportunistici o collusivi che potrebbero distorcerne i risultati. In particolare, le entità e i consulenti devono astenersi dallo svolgere attività che potrebbero compromettere la validità o l'affidabilità dei *test*. Le autorità competenti sono investite del potere di raccogliere informazioni e condurre indagini per identificare potenziali violazioni, incluso l'accesso ai dati e alle informazioni necessari. La disposizione richiama inoltre altre normative pertinenti, così che le autorità competenti non solo debbano vigilare sull'integrità dei *test* di *stress*, ma anche garantire la conformità a tutte le altre normative collegate.

Dal punto di vista normativo, la *CRD* VI dovrà essere recepita da parte degli Stati membri nel diritto nazionale entro il 10 gennaio 2026. In quanto direttiva, agli Stati membri è lasciato un certo margine di discrezionalità nel modo in cui adattare le sue disposizioni alla propria legislazione nazionale; tuttavia, eventuali modifiche dovranno comunque garantire il raggiungimento degli obiettivi fissati dalla normativa europea ed essere compatibili con i principi fondamentali del diritto dell'UE. Dunque, nel recepirla, gli ordinamenti nazionali presumibilmente non si discosteranno molto da questo approccio.

60 Direttiva (UE) 2024/1619 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 che modifica la Direttiva 2013/36/UE per quanto riguarda i poteri di vigilanza, le sanzioni, le succursali di paesi terzi e i rischi ambientali, sociali e di *governance*.

6. Una sintetica analisi comparativa delle politiche di esternalizzazione negli USA e nel Regno Unito

Negli Stati Uniti, l'uso di fornitori terzi per i servizi e prodotti finanziari è regolato da tempo, con un programma inter-agenziale per la supervisione tecnologica in atto da diversi anni. Il *Bank Service Company Act* (BSCA) affida alla *Federal Reserve*, alla *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) e all'*Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) la regolamentazione di servizi eseguiti da terzi. Quando un servizio è coperto dal BSCA, le agenzie possono regolamentare ed esaminare l'attività con la stessa invasività utilizzabile nei riguardi dell'istituto finanziario. Le agenzie conducono esami sui fornitori di servizi tecnologici che rappresentano un rischio significativo per le istituzioni finanziarie clienti e per il settore finanziario, concentrandosi sulla gestione della tecnologia, sull'integrità dei dati, sulla riservatezza delle informazioni, sulla disponibilità dei servizi e sulla conformità. I risultati degli esami vengono messi a disposizione del fornitore di servizi e delle istituzioni finanziarie esternalizzanti, potendo i risultati contribuire a un monitoraggio costante[61].

Nel dicembre 2013, la *Federal Reserve* ha emanato una *Guidance on Managing Outsourcing Risk*[62], che include raccomandazioni per la selezione e la supervisione dei fornitori, il monitoraggio del rischio e la protezione dei dati. Questo documento, esteso a tutte le banche vigilate dalla FED, promuove il controllo sui fornitori terzi, la continuità aziendale e l'adeguata valutazione dei rischi ed integra l'*Outsourcing Technology Services Booklet* del *Federal Financial Institutions Examination Council* (FFIEC), del giugno 2004[63]. La *Guidance* identifica diverse categorie di rischio (conformità, concentrazione, reputazionale, legale, operativo e di Paese) che le istituzioni finanziarie devono valutare prima e durante l'*outsourcing*[64]. In questo contesto, è fondamentale effettuare una valutazione preliminare dei rischi legati all'attività da esternalizzare[65]. Inoltre, il programma di gestione dei rischi associati all'attività del fornitore di servizi esternalizzati dovrebbe prevedere un livello di sorveglianza e controllo adeguato al grado di rischio e in linea con gli accordi di esternalizzazione[66]. Dell'attuazione di queste politiche è responsabile il *top management*[67].

61 Board of Governors of the Federal Reserve System, *Supervision and Regulation Report*, May 2022, box 3, 17.

62 Board of Governors of the Federal Reserve System, *Guidance on Managing Outsourcing Risk*, December 5, 2013.

63 Federal Financial Institutions Examination Council (FFIEC), *Outsourcing Technology Services Booklet*, IT Examination Handbook, June 2004.

64 Par. II - Risks from the Use of Service Providers, *Guidance on Managing Outsourcing Risk*.

65 Par. IV - Service Provider Risk Management Programs, Sez. IV.A - Risk Assessments, *Guidance on Managing Outsourcing Risk*.

66 Par. IV - Service Provider Risk Management Programs, *Guidance on Managing Outsourcing Risk*.

67 Par. III - Board of Directors and Senior Management Responsibilities, *Guidance on Managing Outsourcing Risk*.

Parimenti, nel Regno Unito, il *discussion paper DP3/22 – Operational resilience: Critical third parties to the UK financial sector* del 2022[68], nel riconoscere la dipendenza del settore finanziario del Paese dai servizi tecnologici di terze parti, ha sollecitato pareri su misure di regolamentazione per mitigare i rischi derivanti da alcune terze parti critiche (CTP) e rendere i servizi da esse forniti più resilienti. Questo documento richiama anche il precedente *Bank of England policy on Operational Resilience of FMIs*[69] del 2021 con il quale le autorità di vigilanza hanno introdotto regole per rafforzare la resilienza operativa delle aziende e delle FMI, ritenendo le aziende responsabili della gestione dei rischi operativi anche quando fanno uso di terze parti.

Nel 2023 è stato così pubblicato il *consultation paper CP26/23 - Operational resilience: Critical third parties to the UK financial sector*[70] proponendo requisiti per gestire i rischi per la stabilità e la fiducia finanziaria derivanti da possibili guasti o interruzioni dei servizi dei CTP: con questo documento, le autorità di vigilanza ritengono opportuno un intervento normativo che introduca un regime di sorveglianza per i CTP, progettato per integrarsi al meglio con i regimi analoghi, attuali e futuri, in particolare con il Regolamento *DORA* e il BSCA[71] menzionati precedentemente[72].

7. Riflessioni finali: un nuovo perimetro di vigilanza oltre le attività riservate

La previsione normativa della vigilanza sui soggetti che prestano le attività esternalizzate ai soggetti finanziari regolati pone un interrogativo in merito al perimetro della vigilanza che sembra andare oltre quello della riserva di attività. In altre parole, come noto, la riserva di attività tradizionalmente persegue la finalità di porre una disciplina a carattere soggettivo, regolando l'attività delle entità che accedono a tale attività riservata, anche attraverso regole di comportamento e di stabilità a carico degli operatori

68 Prudential Regulation Authority, Financial Conduct Authority and Bank of England, *DP3/22 – Operational resilience: Critical third parties to the UK financial sector*, Discussion Paper, 21 July 2022.

69 Prudential Regulation Authority, Financial Conduct Authority and Bank of England, *Bank of England policy on Operational Resilience of FMIs*, 29 March 2021.

70 Prudential Regulation Authority, Financial Conduct Authority and Bank of England, *Consultation paper CP26/23 - Operational resilience: Critical third parties to the UK financial sector*, 7 December 2023.

71 Cfr. par. 11.31 *Consultation paper CP26/23 - Operational resilience: Critical third parties to the UK financial sector*: «*The Bank considers that the proposed CTP regime supports its financial stability objective by increasing the operational resilience of designated CTPs that offer services to firms or FMIs operating in another country, which can be argued as contributing positively to financial stability in that country. The regulators also note that the proposals allow for overseas entities to be designated as CTPs, and it can be argued that oversight of a designated CTP also enhances financial stability in other countries or territories which that CTP provides services to. Furthermore, the proposed oversight regime for CTPs has been designed to be as interoperable as reasonably practicable with similar regimes, such as the EU's DORA and the US's BSCA*».

72 Sulla comparazione USA, UE, UK in materia di utilizzo di fornitori terzi si veda D. Roselli, *Outsourcing: Terze Parti fornitrici e governo del rischio*, in www.dirittobancario.it, 21 marzo 2024.

del settore per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati[73]. Se, così, parte delle attività sono esternalizzate e sui soggetti che erogano dette attività esternalizzate si estendono i poteri di vigilanza delle autorità di settore, ci si potrebbe chiedere se dette attività esternalizzate debbano essere altresì sottoposte a riserva di attività.

Uno spunto in tal senso sembra cogliersi, sebbene su un piano non pienamente coincidente, nel ROFIEG (*Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation*), in particolare nella *Recommendation 5 – Outsourcing guidelines and certification/licensing* del già citato *report Thirty Recommendations on Regulation, Innovation and Finance*, ove è disposto che dispone che «la Commissione, in collaborazione con le AEV, dovrebbe valutare la necessità di introdurre un regime di certificazione o di licenza per i terzi che forniscono servizi tecnologici ai soggetti regolamentati»[74].

73 Sul tema cfr. R. Lener – P. Lucantoni, *Il Mercato Finanziario*, in P. Corrias - R. Lener, *op. cit.*, p. 459.

74 Traduzione delle autrici. Di seguito, per ragioni di completezza, il testo integrale della *Recommendation 5* in lingua originale: «*The Commission, in cooperation with the ESAs and the ESCB, international standardsetting bodies and other relevant authorities, should regularly monitor the extent and structure of outsourcing of critical services by financial institutions, and assess the appropriateness of tools in place to mitigate concentration risks, operational risks and systemic risk, taking account of the potential impact on innovation and competition. On this basis: - the ESAs should regularly review the outsourcing guidelines with a view to maintaining their proportionality in light of technological developments, new risks and new market conditions; - the Commission, in cooperation with the ESAs, should consider the need to introduce a certification or licensing regime for third parties providing technology services to regulated entities*».

Le azioni inibitorie collettive: profili funzionali e regolatori

MARIO RENNA
Professore Associato di Diritto Privato
Università degli Studi di Siena

SOMMARIO: 1. Inibitorie, dimensione collettiva del conflitto ed effettività della tutela; 2. L'azione inibitoria collettiva regolata dal codice di rito (protezione ambientale e impatti sull'esercizio dell'attività d'impresa); 3. L'operatività dell'azione inibitoria collettiva; 4. Indicazioni giurisprudenziali; 5. Le misure inibitorie previste dal codice del consumo; 6. Le azioni inibitorie quali congegni di regolazione del mercato.

1. Inibitorie, dimensione collettiva del conflitto ed effettività della tutela

Interrogarsi sull'impatto[01] che le azioni inibitorie collettive - nella configurazione generale[02] e consumeristica, così come oggi rispettivamente disciplinate dall'art. 840-*sexie*-

01 B. SASSANI, *Presentazione*, in Class action. *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, ID. (a cura di), Pisa, 2024, XII, mette in risalto l'opportunità, ancora incompresa, quando non del tutto ostacolata, della cooperazione della «via giudiziaria al controllo del mercato».

02 A. D'ADDA, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse»*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, II, 1386. L'azione inibitoria collettiva è "deconsumerizzata": A. BELLELLI, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, ivi, 2021, II, 1429-1430; nonché, V. CONTE, *Il controllo di costituzionalità delle leggi private globali.* Drittwirkung, *conformazione del contratto e obbligazione comunicazionale nei* social media, Milano, 2024, 237 ss. V., anche, A. AMIDEI, *Azione di classe e inibitoria collettiva: un bilancio a due anni dall'entrata in vigore della riforma, nella prospettiva del recepimento della Direttiva UE 2020/1828*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 407. In giurisprudenza, Trib. Milano, sez. impr., 10 ottobre 2024. Chiarisce il collegio che «il nuovo istituto assicura non solo una tutela inibitoria in senso stretto ma anche una tutela ripristinatoria, perché il tribunale può altresì ordinare l'adozione delle misure idonee ad eliminare o a ridurre gli effetti delle violazioni accertate».

sdecies c.p.c. e dall'art. 140-*octies* c. cons.[03] (il cui conio, in quest'ultimo caso, è di derivazione europea[04]) - spiegano in termini di tutela di interessi aggregati[05] e di condizionamento delle attività d'impresa[06] costituisce un punto di osservazione per esaminare i profili funzionali delle misure in questione, ma anche il più complessivo processo di *regulation through litigation*[07].

Si consideri come, tra i principi fondamentali costituzionali, sia ora annoverata la salvaguardia dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi[08] «anche nell'interesse delle future generazioni». Con tale formula si delinea un dovere repubblicano di protezione

03 Per una analisi esaustiva, v. N. Rumine, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, 181 ss.; e, prima, C. Iurilli, *Interessi superindividuali e danno collettivo*, Milano, 2016, 117 ss. Cfr., altresì, M. Taruffo, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in AA. VV., Class action*: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2010, 28 ss.

04 Si tratta di una disposizione che nasce in forza del d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

05 Secondo R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 357, l'azione inibitoria collettiva è posta «al servizio di indefiniti diritti individuali omogenei che trovano fonte in condotte illeciti plurioffensive». V., anche, P. Petrelli, *Interessi collettivi e responsabilità civile*, Padova, 2003, 240 ss.

06 Come osserva P. Rescigno, *Note minime attorno alla responsabilità civile*, in AA. VV., Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 451, l'ampia ammissibilità dell'inibitoria costituisce un dato positivo, ma non dovrà risolversi «nel blocco di ogni iniziativa, della libertà di movimento, di quel gioco della concorrenza che proclamiamo come uno dei valori della società contemporanea». Precisano M. Bussani, M. Infantino, *La responsabilità civile. Un'introduzione*, Napoli, 2022, 88, che il rischio di «scoraggiare potentemente l'iniziativa individuale [...] non può di per sé negare il ricorso all'inibitoria ogni qual volta si ritenga che l'utilità sociale dell'attività esercitata o esercitanda dal convenuto abbia un'importanza inferiore rispetto alla gravità dei portati negativi irreparabili che, da quella condotta, potrebbero scaturire a carico di terzi». Su azione inibitoria, discrezionalità giudiziale e conflittualità, v. M. Libertini, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 385 ss. Chiarisce l'A.: «la tutela civile inibitoria si innesta sulle 'onde lunghe' della storia del diritto privato contemporaneo, ed attiene a nodi centrali del funzionamento del sistema economico [...]» (387).

07 Sulla preferibilità dell'azione inibitoria in termini di effettiva attuazione dei diritti, v. I. Pagni, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3, L. 30.7.1998, n. 281)*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (L. 30 luglio 1998 n. 281)*, A. Barba (a cura di), Napoli, 2000, 144-145.

08 Cfr., in senso favorevole, M. Meli, *La centralità della questione ambientale e le ricadute sul diritto privato*, in *Dir. cost.*, 2023, 104; C. Camardi, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme* e G. Ceccherini, *Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, ambedue in AA. VV., Liber amicorum *per Paolo Zatti*, I, Napoli, 2023, rispettivamente 237 ss. e 251 ss.

ambientale, al contempo, diacronico e articolato[09]. Oltre all'art. 9, la novella costituzionale ha interessato l'art. 41, commi 2 e 3, e inciso i limiti posti nei confronti dell'iniziativa economica privata[10]. Così, se da un lato, il riferimento alla salute e all'ambiente[11] è destinato a generare formalmente nuovi, ma non inediti[12], punti di equilibrio, dall'altro, l'attività economica pubblica e privata potrà essere indirizzata e coordinata anche a fini ambientali[13]. Appare, allora, opportuno considerare le tecniche inibitorie tenendo conto della menzionata revisione costituzionale che, pur non mutando i rapporti di forza tra iniziative economiche e limiti esterni[14], né funzionalizzando l'autonomia privata individuale e collettiva, offre nuova linfa all'esame della tutela collettiva e dell'incidenza sugli assetti di mercato[15].

La tutela inibitoria collettiva appare capace di incidere sulle «soggettività costituzionalizzate di capitale e lavoro»[16]: essa si riflette «sulla libertà e sull'attività del soggetto», contraddistinguendosi «per l'anticipata valutazione del pregiudizio che traduc(e) in

09 N. Lipari, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 216, 218. Sull'effettiva protezione degli interessi delle generazioni future, cfr. G. Vettori, *L'"interesse" delle generazioni future*, in *Pers. e merc.*, 2023, 632 ss., 636; M. D'Auria, *La separazione dei poteri è un lusso che possiamo ancora permetterci?*, in *Giur. it.*, 2024, 2330-2332.

10 F. Bertelli, *Autonomia negoziale e iniziativa economica privata alla luce delle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. dir. impr.*, 2023, 499 ss.

11 G. Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 156.

12 Si osservi Corte cost., 13 giugno 2024, n. 105, par. 5.1.2. Secondo i giudici, «la riforma del 2022 consacra direttamente nel testo della Costituzione il mandato di tutela dell'ambiente [...] e vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi in vista della sua efficace difesa». Per un commento alla sentenza, v. F. Sanchini, *Prosecuzione di attività produttive strategiche o tutela della salute e dell'ambiente? La Corte costituzionale interviene sul "Decreto Priolo"*, in *Riv. reg. mercati*, 2024, 295 ss.

13 Secondo U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 238, «nella misura in cui si prescrive espressamente che l'iniziativa economica privata non possa arrecare danno all'ambiente, il disposto costituzionale sottrarrebbe al legislatore e/o al giudice quello spazio di discrezionalità che discende dalla valutazione di utilità sociale».

14 Chiarisce, tuttavia, N. Lipari, *op. cit.*, 225, che l'«interesse ambientale diventa un limite interno allo sviluppo economico e quindi all'attività di impresa e all'autonomia negoziale».

15 N. Vardi, *Collective Redress for Consumers of Financial Services*, in *Protecting Financial Consumers in Europe Comparative Perspectives and Policy Choices*, P. Tereszkiewicz, M. Golecki (a cura di), Leiden-Boston, 2023, 335, richiama il *Considerando* n. 7 della direttiva (UE) 2020/1828.

16 M.R. Marella, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, G. Alpa, V. Roppo (a cura di), Roma-Bari, 2013, 110. Già G. Tucci, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, 76, rilevava il mancato collegamento della tutela inibitoria «con una situazione di privilegio rispetto ad un bene riconosciuta nella sua tipicità. L'inibitoria si ricollega invece a quella sfera di attività materiale, che acquista una rilevanza giuridica unicamente perché viene garantita da ogni ingerenza esterna da parte di terzi». Sul punto, G. Gitti, *Appunti sull'azione inibitoria*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei* Principles of European Tort Law, P. Sirena (a cura di), Milano, 2011, 302.

termini patrimoniali»[17]. Il ricorso a tale strumento, oltre a favorire la comprensione del livello aggregato del conflitto[18], si riflette sull'esplicarsi dell'autonomia d'impresa, senza abilitare tendenze volte alla funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata[19].

L'azione inibitoria collettiva potrà farsi spazio con rfierimento al contenzioso lavoristico[20], purché il procedimento inibitorio avviato, e la relativa *causa petendi*, abbia ad oggetto l'«accertamento della lesione e non su quello del diritto affermato»: per i giudici del Tribunale di Milano, ad esempio, «tra i diritti individuali tutelabili non pare possano ritenersi esclusi quelli connessi a rapporti di lavoro - ove forniti del requisito dell'omogeneità - stante l'ampiezza della previsione legislativa, essendo pertanto sul punto infondata ogni contraria eccezione di parte resistente»[21].

Lo strumento processuale in rassegna, inoltre, oltre a poter essere invocato nell'ambito

17 Ciò si legge nell'intervento di P. Rescigno, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, S. Mazzamuto (a cura di), I, Napoli, 1989, 378.

18 Su apatia razionale, equilibrio del mercato e disincentivo all'efficienza commerciale, v. A. Zoppini, *Le azioni collettive quali rimedio deterrente*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei* Principles of European Tort Law, cit., 336-337. Con particolare riguardo alla *rational apathy* e alle *citizen suit* in caso di danni ambientali, v. A. Gambaro, B. Pozzo, *La responsabilità civile per danni all'ambiente nella recente legislazione italiana: alcune note di comparazione giuridica e analisi economica*, in *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, U. Mattei, F. Pulitini (a cura di), Milano, 1994, 62 ss.

19 Cfr. A. Zoppini, *Le azioni collettive quali rimedio deterrente*, cit., 337; nonché, Id., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici,* in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Id. (a cura di), Roma-Bari, 2004, 31. *Amplius*, M. Spanò, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberismo*, Napoli, 2013.

20 Cfr. D. Dalfino, *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *Foro it.*, 2019, V, 324; V. Protopapa, *Sindacato e nuove azioni di "classe"*, in *Lav. e dir.*, 2024, 257 ss., 273 ss.

21 Trib. Milano, sez. impr., 13 ottobre 2022, con note di G. Biasucci, *Il coordinamento fra azione collettiva e controversie di lavoro*, in *Labor*, 2023, 440 ss. e M. Barberio, *L'azione inibitoria collettiva delle controversie di lavoro: sarà per un'altra volta?*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2023, 596 ss. V., anche, Trib. Roma, sez. impr., 9 luglio 2023.

della *climate change litigation*[22], favorisce una feconda intersezione tra azioni rappresentative consumeristiche e protezione dei dati personali[23]: unitamente al richiamo al GDPR, così come risultante dall'Allegato I alla direttiva (UE) 2020/1828, quale plesso regolamentare incluso nell'ambito applicativo della predetta direttiva, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che l'art. 80 GDPR - rubricato "Rappresentanza degli interessati" - «non impedisce l'esercizio di azioni rappresentative complementari nel settore della tutela dei consumatori»[24]. Per i giudici europei, la «violazione delle norme aventi per scopo la tutela dei consumatori o la lotta contro le pratiche commerciali sleali - violazione che un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori [...] mira a prevenire e a sanzionare segnatamente mediante il ricorso alle azioni inibitorie previsto dalla normativa nazionale applicabile - può essere correlata, come nel caso di specie, alla violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali di tali consumatori»[25].

A conforto di quanto sopra sostenuto, una importante e concordante indicazione giun-

22 Come, larvatamente, appare dal ricorso di GREENPEACE Onlus, RECOMMON APS e altri c. ENI, MEF e CDP (atto di citazione del 9 maggio 2023, ove si rinviene una tendenziale richiesta al giudice di condannare la parte soccombente all'adozione di misure idonee a rimuovere o mitigare gli effetti delle violazioni accertate, così come invece espressamente e precipuamente previsto dall'art. 840-*sexiesdecies*, comma 7, c.p.c.). Sull'inibitoria nel contenzioso climatico, v. A. Barba, *Contenzioso climatico e difetto assoluto di giurisdizione*, in *Nuova giur. comm.*, 2024 (in corso di pubblicazione); R. Tiscini, *op. cit.*, 2024, 331 ss., 350 ss., nonché 355 ss. con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. Cfr., altresì, M. Zarro, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Napoli, 2022, 225 ss. ed E. Gabellini, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, in *Jus-Online*, 2024, 2, 210 ss. Di diverso avviso appare L. Serafinelli, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Torino, 2024, 280, secondo cui, «per come concepito nel versante europeo, dunque, il danno da cambiamento climatico presuppone l'esistenza di interessi che sfuggono alla logica della serialità omogenea, nella quale il viluppo di posizioni soggettive risulta in ogni caso riducibile a interessi individuali» (ulteriori criticità sono espresse dall'A. in corrispondenza della pagina 325, nt. 193, ove si legge come sarebbe opportuno «porsi l'interrogativo se sia rispondente materialmente a giustizia imporre misure pervasive di riorientamento delle politiche pubbliche e delle strategie industriali private senza un accertamento pieno in punto di antigiuridicità della condotta, criteri di imputazione e nessi di causa»). Sul tema, R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2061 ss.

23 G. Versaci, *Trattamenti illeciti dei dati personali e tutele collettive dei consumatori*, in Class action *e meccanismi di tutela collettiva. Le prospettive di sviluppo e le sfide della dimensione digitale*, A. Palmieri, F. Altamura (a cura di), Torino, 2023, 102 ss.

24 Corte giust. UE, 28 aprile 2022, C-319/2020, Meta Platforms Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., par. 81. La decisione è annotata da L. Vizzoni, *Le azioni collettive tra data protection e tutela consumeristica al vaglio della Corte di giustizia*, in *Medialaws*, 2023, 1, 252 ss.; e M. Federico, *Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e* group data protection, in *Pers. e merc.*, 2022, 674 ss., 690-692.

25 Corte giust. UE, 28 aprile 2022, C-319/2020, cit., par. 66.

ge sempre dalla giurisprudenza europea[26]. L'azione inibitoria collettiva, intentata ai fini della cessazione dell'utilizzo di una clausola di "tasso minimo", impiegata nelle condizioni generali di contratto di mutuo ipotecario, così come l'azione individuale, non osta al controllo di trasparenza delle clausole contrattuali da parte del giudice adito[27]; l'esame, tuttavia, «non può riguardare circostanze proprie di situazioni individuali, ma verte su prassi standardizzate di professionisti»[28]. Il giudice dovrà esaminare se «in funzione della natura dei beni o dei servizi oggetto dei contratti di cui trattasi, se il consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia in grado, al momento della conclusione del contratto, di comprendere il funzionamento di tale clausola e di valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di quest'ultima. A tal fine, detto giudice deve tener conto dell'insieme delle pratiche contrattuali e precontrattuali standard seguite da ciascun professionista interessato, tra le quali figurano, in particolare, la redazione di detta clausola e il posizionamento di quest'ultima nei contratti tipo utilizzati da ciascun professionista, la pubblicità che è stata fatta dei tipi di contratti oggetto dell'azione collettiva, la diffusione delle offerte precontrattuali generalizzate rivolte ai consumatori nonché ogni altra circostanza che detto giudice ritenga rilevante al fine di esercitare il suo controllo per quanto concerne ciascuno dei convenuti»[29].

2. L'azione inibitoria collettiva regolata dal codice di rito (protezione ambientale e impatti sull'esercizio dell'attività d'impresa)

I conflitti che investono diritti soggettivi e interessi legittimi ultraindividuali[30] necessitano di essere governati attraverso un appropriato apparato rimediale[31]: come già nitidamente precisato, «la tutela giurisdizionale - la 'giustizia' - sarà invocata non più

26 Corte giust. UE, 4 agosto 2024, C-450/22, Caixabank e a. c. Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (Adicae) e a., con nota di S. Pagliantini, *Caixabank e a.: l'epopea delle "suelo" e le malebolge dell'azione inibitoria collettiva. Giustizia mosse il mio alto fattore?*, in *Foro it*., 2024, IV, 428 (con riguardo alla possibile ascesa dell'inibitoria collettiva). Per l'A., la decisione «ambisce ad essere la prima pietra del processo di integrazione giudiziale di una direttiva 1828 fin troppo easy, nella sua infrastruttura basica, anche per gli standard laschi di un'armonizzazione minima e parziale» (420).

27 Corte giust. UE, 4 agosto 2024, C-450/22, cit., par. 38.

28 Corte giust. UE, 4 agosto 2024, C-450/22, cit., par. 39.

29 Corte giust. UE, 4 agosto 2024, C-450/22, cit., par. 41.

30 Cfr. P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quad. fior*., 1976-1977, 878; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2019, 134 ss. Sulla meritevolezza di una tutela ambientale ultraindividuale, G. Alpa, *La natura giuridica del danno ambientale*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, P. Perlingieri (a cura di), Napoli, 1991, 97. Sulla tutela inibitoria e sul diritto "necessitato" all'ambiente salubre, quale interesse privo di rimedi tipici, Id., Il *diritto soggettivo all'ambiente salubre: «nuovo diritto» o espediente tecnico?*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, L. Lanfranchi (a cura di), Torino, 2003, 13.

31 A. Orestano, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in *Le azioni seriali*, S. Menchini (a cura di), Napoli, 2007, 32.

soltanto contro violazioni di carattere individuale, ma sempre più spesso anche di carattere essenzialmente collettivo, in quanto coinvolgono gruppi, classi, collettività. Si tratta, in altre parole, di 'violazioni di massa'»[32].

Giova riconoscere come la tutela ambientale[33] risulti oggi - proprio per la sua incomprimibile declinazione relazionale e trans-soggettiva[34] - rinvigorita[35], e sempre più smarcata dalla tecnica risarcitoria[36], grazie all'introduzione dell'azione inibitoria collettiva nel codice di procedura civile[37]. Nel contesto «[del]la conservazione e [del]la difesa della natura [...] riconducibili all'aspirazione alla 'migliore condizione della vita'»[38], l'azione inibitoria collettiva potrà rappresentare uno strumento tempestivo e proporzionale, dotato di spiccata carica sociale[39], anche in considerazione della perdurante mancanza di una *azione diretta* da parte dei privati, sia in forma individuale che aggregata, volta a far valere il danno ambientale. Infatti, stante una perdurante situazione di inquinamento, là dove si manifesti in un deterioramento significativo e misurabile come pre-

32 M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 365.

33 Cfr. G. TUCCI, *Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 885 ss.; e M.V. DE GIORGI, *Diritto alla salute e all'ambiente*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, A. BELLELLI (a cura di), Napoli, 2007, 65 ss.

34 Cfr. S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 92 ss.; C. TENELLA SILLANI, voce *Responsabilità per danno ambientale*, in *Digesto/civ.* XVII, Torino, 1998, 359 ss.

35 U. RUFFOLO, *Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e "misure idonee" correttive*, in Class Action *ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, ID. (a cura di), Milano, 2021, 233 ss.

36 Cfr. V. DENTI, *Aspetti processuali della tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, 59; M. TARUFFO, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 442 ss.; e P. TRIMARCHI, *Introduzione*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, ID. (a cura di), Milano, 1994, V ss. V., altresì, B. POZZO, *Responsabilità per danni all'ambiente e ripristino dei siti inquinati: la prospettiva italiana alla luce delle esperienze europee*, in *Diritto e rigenerazione dei* brownsfields. *Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, M. PASSALACQUA, EAD. (a cura di), Torino, 2019, 39 ss.

37 Cfr. M. ROBLES, *Per una «grammatica» (negoziale) dei conflitti ambientale*, in *Giust. civ.*, 2021, 56 ss.; C. ANGIOLINI, *Gli interessi connessi all'ambiente alla prova dei «rimedi» civilistici e della l. 31/2019: quale ruolo per una prospettiva non esclusivamente individuale?*, in *Diritto e rigenerazione dei* brownsfields. *Amministrazione, obblighi civilistici, tutele,* cit., 499 ss.

38 P. RESCIGNO, *Introduzione*, in AA.VV., *Proprietà*, I, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 2005, XVII. V., anche, V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 127 ss.

39 Sulla preferibilità e sull'efficacia della tutela *ex ante* a livello collettivo, sociale ed ecologico, v. U. MATTEI, *Il diritto della responsabilità civile*, in ID., A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, 220. Chiarisce E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in AA.VV., Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 554, che, in ossequio alla proporzionalità del rimedio, «l'inibitoria non può risultare esuberante rispetto all'interesse per il quale la precauzione è dovuta». Più recentemente, ID., *Sostenibilità, precauzione, sussidiarietà*, in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, P.G. MONATERI (a cura di), I, Milano, 2024, 559.

visto dall'art. 300, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, potrà configurarsi un danno pubblico[40] ambientale che legittima l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (art. 311, comma 1, d.lgs. n. 152/2006). Assieme alla gestione accentrata del profilo risarcitorio, tra le risorse naturali suscettibili di essere compromesse da un deterioramento diretto o indiretto generatore di danno risulta formalmente assente l'aria: tuttavia, un'analisi, al contempo, sistematica e funzionale della disciplina prevista per la prevenzione e la limitazione dell'inquinamento atmosferico (art. 267 ss. d.lgs. n. 152/2006) potrebbe favorire, erodendo la centralità complessiva della logica rimediale di marca riparatoria, il rafforzamento della tutela inibitoria[41]. Si badi, infatti, che l'art. 313, comma 7, d.lgs. n. 152/2006 riconosce ai soggetti lesi nella loro salute o nei beni di loro proprietà da un fatto produttivo di danno ambientale il diritto ad agire nei confronti del responsabile[42]: viene così accordata, nella tipica prospettiva degli illeciti plurioffensivi, una tutela risarcitoria per i danni collaterali al pregiudizio ambientale, ovvero contestuali al deterioramento ambientale[43].

L'esigenza di una rilettura delle regole fissate nella parte sesta del d.lgs. n. 152/2006 pare, allora, legittimata dall'introduzione dell'azione inibitoria collettiva[44]. La nuova disposizione espressa dall'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. potrebbe rappresentare uno strumento ottimale per la salvaguardia di posizioni giuridiche soggettive in chiave preventiva e in una accezione collettiva, oltre a spiegare una efficacia deterrente di rile-

40 F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in Id., S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 171. Sul danno "collettivo" ambientale, v. M. Franzoni, *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna, 2020, 166.

41 Sulla preferibilità della tutela preventiva, v. S. Rodotà, *Introduzione*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, cit., 21; nonché, P. Perlingieri, *Conclusione dei lavori*, in AA.VV., *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto*, Firenze, 2008, 254, secondo il quale «l'inibire determinate attività, in attuazione dei principi di prevenzione e di precauzione, si rivela più efficace rispetto a soluzioni rimediali postume, quali il risarcimento danni o l'esecuzione in forma specifica (per giunta non applicabile)». Precisa chiaramente U. Salanitro, *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *Juscivile*, 2019, 508, nt. 8, che «la ragione per cui l'aria è sottratta alla disciplina della responsabilità ambientale attiene alla logica rimediale della normativa speciale, specificamente volta alla riparazione della risorsa naturale: l'aria per le sue caratteristiche non si contamina, ma è un vettore per i contaminanti che poi andranno a depositarsi nel suolo, nell'acqua o negli ecosistemi». Pertanto, prosegue l'A., «la protezione dell'aria può richiedere perciò rimedi di tipo inibitorio, ma non riparatorio».

42 Sulle lesioni individuali o collettive collaterali al danno ambientale e risarcibili ai sensi dell'art. 313, comma 7, d.lgs. n. 152/2006, nonché sul differente trattamento rimediale per i danni ulteriori (ad es. le pure perdite patrimoniali), cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 859; e M. Barcellona, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Mazzamuto*, VI, I, Torino, 2021, 255 ss.

43 La risarcibilità di un danno patrimoniale riguardante il valore d'uso di un bene e la compressione del diritto di proprietà a seguito di immissioni intollerabili provocate dagli stabilimenti riconducibili alla società ILVA è stata confermata da Cass., sez. III, 2 luglio 2021, n. 18810.

44 M. Meli, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's Never-Ending Story*, in *The Italian Law Journal*, 2020, 499 ss.

vante impatto in termini gius-politici e regolatori[45]. L'azione inibitoria collettiva, oltre ad emanciparsi da una protezione cautelare e singolare[46], offre una opzione più soddisfacente rispetto al risarcimento dei danni in forma specifica[47]. In termini di sistema, un siffatto modello di *private enforcement*[48] potrebbe: *i*) condurre alla salvaguardia di posizioni giuridiche su base aggregata e relazionale; *ii*) disincentivare la realizzazione di pratiche potenzialmente dannose da parte degli attori economici[49]. Non si tratta di legittimare soverchie ingerenze giudiziali, quanto di riconoscere alla tutela inibitoria non solo una strumentale attitudine preventiva, ma anche la capacità di contrastare atti e comportamenti capaci di generare fenomeni ascrivibili all'interno della categoria del danno ambientale[50].

3. L'operatività dell'azione inibitoria collettiva

L'azione inibitoria collettiva integra, dunque, un *tipo di tutela* non rimesso «all'interesse materiale e all'estro dell'iniziativa individuale»[51]. Con riguardo al versante soggettivo,

45 Secondo D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, 518, la prevenzione del danno svolge una funzione di *tecnologia politica*. Con riferimento all'azione inibitoria collettiva, S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna, 2020, 14; e A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*, Torino, 2021, 63. Puntualizza A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, 145, che l'inibitoria costituisce un problema di limitazione *pro futuro* della libertà economica altrui dinanzi a minacce presenti di future lesioni di diritti. In tema, GITTI, *op. cit.*, 315-316.

46 F. SARTORI, *Ideologie e tecniche della (ri)codificazione del diritto privato*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 9. Sulla tutela inibitoria per la protezione del diritto alla salute a causa dell'emissione di sostanze inquinanti, v. Cass., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8092, con nota di G. CECCHERINI, *Danno ambientale e tutela di situazioni giuridiche esclusive: l'inibitoria del giudice ordinario*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, I, 1284 ss., 1289. Ora, U. SALANITRO, voce *Danno ambientale e responsabilità civile*, in *Enc. dir., I tematici, Responsabilità civile*, Milano, 2024, 202.

47 Cfr. M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020, spec. 132, 152, 173; D. FRENDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, spec. 721-734.

48 In tema, U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), Bologna, 2009, 398 ss., 404, nt. 37; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 149, 748; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 361.

49 Sulla tutela diffusa dell'ambiente, v. F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, 114-115. Sulla tutela inibitoria quale mezzo per proteggere situazioni giuridiche rilevanti, v. M.R. MAUGERI, *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitoria*, Milano, 1997, 105 ss., 110, 298 ss.

50 C.M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 13 ss., 23. Cfr., altresì, C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 180-182; e F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982, 121-122.

51 M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 367.

l'azione ha una necessaria connotazione metaindividuale[52]; inoltre, con riferimento al portato effettuale, essa appare significativa, in quanto potrà inverare una tutela adeguata contro la violazione di interessi collettivi[53]. Il ricorrente, infatti, potrà ottenere dal giudice, anche sulla scorta di dati statistici e di presunzioni semplici, l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione delle condotte che, ad esempio, impattano sull'ambiente e causano pregiudizi diffusi[54]. Alla condanna alla cessazione delle condotte omissive o commissive potranno[55] far seguito, su richiesta di parte, provvedimenti di coercizione indiretta (ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c.: *astreintes*, la cui applicazione è, tuttavia, sganciata dal ricorrere dei presupposti indicati nella predetta disposizione[56]), nonché l'ordine rivolto alla parte soccombente, su richiesta del p.m. o delle parti, di adottare misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate (inibitoria positiva con effetti ripristinatori)[57]. L'azione inibitoria possiede una estensione effettuale *sostanzialmente collettiva*, la cui ampiezza è modulata dalla sorte dell'istanza. Mentre gli esiti di un giudizio favorevole al soggetto istante non potranno essere limitati ad esclusivo appannaggio della parte ricorrente; una pronuncia avversa al ricorrente non determinerà il maturare di preclusioni processuali nei confronti di ulteriori e distinti soggetti[58].

Sotto il profilo della legittimazione attiva si assiste ad una biforcazione, che permette di espandere in termini qualitativi, ad esempio rispetto al previgente art. 140, comma 1,

52 L'utilità derivante da una pronuncia inibitoria sarebbe insuscettibile di una appropriazione esclusiva: v. A. Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1184. R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 421 ss., 437 ss., inquadra l'azione collettiva inibitoria tra i giudizi collettivi a tutela di interessi individuali compatibili e concorrenti. In tema, G. Conte, *Dalla parte plurisoggettiva alla tutela degli interessi collettivi*, in *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, V. Vigoriti, Id. (a cura di), Torino, 2010, 180.

53 M. Cappelletti, *op. cit.*, 373.

54 A.D. De Santis, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Foro it.*, 2019, V, 387 ss. Per un commento, v. A. Bellelli, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, cit., 1430.

55 Il giudice è chiamato a valutare la sussistenza dei presupposti, non configurandosi un dovere di provvedere in tal senso. Chiarisce Trib. Torino, sez. impr., 23 aprile 2024, n. 558, che il giudice ben può «invece respingere la relativa domanda qualora rivesta natura risarcitoria (o restitutoria) e/o non sia diretta a ristabilire lo stato di fatto preesistente».

56 Chiarisce, A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1600, che «sembra naturale riferire il concetto al contenzioso del lavoro». G.A. Recchia, *Azione inibitoria collettiva nella sua prima applicazione giurisprudenziale*, in *giustiziacivile.com*, 7 novembre 2023, 3, rileva la «torsione lavoristica impressa al procedimento collettivo inibitorio».

57 Le possibili ricadute dell'inibitoria positiva sulla libertà di iniziativa economica privata sono state messe in luce da G. Gabrielli, *Sulla legittimazione a domandare la cessazione di immissioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, Milano, 1998, 361 ss.

58 Sulla logica e sulla funzione della «situazione di vantaggio a contenuto processuale fondamentale», v. A. Giussani, *Considerazioni sul rapporto fra le azioni collettive del codice di rito e quelle del codice del consumo dopo il d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Jus*, 2023, 456-457. Per alcune criticità, A. Fachechi, *Azione inibitoria collettiva ed efficacia* ultra partes *del giudizio di vessatorietà*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 806-810.

c. cons., la platea dei soggetti abilitati ad agire[59].

i) La legittimazione compete a *chiunque*[60] «agisca nella veste di entità esponenziale di interesse collettivo»[61], ovvero possegga un *interesse* alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti pregiudizievoli[62] per una pluralità di individui o enti[63] [peraltro, non è richiesta la prova da parte del ricorrente di essere in grado di curare adeguatamente i diritti omogenei fatti valere, come è prescritto invece dall'art. 840-*ter*, comma 4, lett. *d*), c.p.c. per l'azione di classe][64]. Il soggetto collettivo istante non andrebbe inteso quale portatore di un egoistico interesse, secondo una lettura singolare e restrittiva, quanto come interprete dell'interesse comune

59 I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2330.

60 Nota PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2329, che «l'azione inibitoria è, 'collettiva', nel senso che è a legittimazione plurale [...]». Tuttavia, chiarisce l'A., «perché le condotte possano pregiudicare 'una pluralità di individui', legittimati ordinari ad agire, deve trattarsi di diritti seriali [...]». Pertanto, «la selezione di coloro che possono agire deve passare, prima ancora che dal criterio dell'interesse ad agire, dalla previa individuazione della situazione soggettiva astrattamente suscettibile di essere pregiudicata dalla condotta illecita». Per alcune considerazioni critiche, v. A. BELLELLI, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, cit., 1431: «nessuna garanzia di adeguata tutela dell'interesse collettivo è, invece, prevista, come già detto, con riguardo al singolo che agisca in via inibitoria. La disciplina sul punto si discosta, inspiegabilmente, non solo da quanto normativamente richiesto per la legittimazione attiva all'azione inibitoria delle organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro ma anche dal modello dell'azione di classe per la quale è disposto il 'filtro' del giudizio di ammissibilità». Per uno spunto, P. MEZZANOTTE, Class action *e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, 2022, 1, 7-8.

61 Così, U. RUFFOLO, *op. cit.*, 245.

62 G. BASILICO, *L'inibitoria collettiva secondo la legge 12 aprile 2019 n.* 31, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 126. Per E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 355, «sebbene l'art. 840 *sexiesdecies*, comma 1°, c.p.c. si limiti a parlare di inibitoria di atti e di comportamenti posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, si deve trattare di atti e comportamenti illeciti, e cioè in violazione di norme giuridiche». Per una diversa prospettazione, Cfr. D. AMADEI, *L'azione inibitoria collettiva*, in Class action. *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., 323.

63 Per il ricorso all'azione inibitoria *solo* in presenza di un diritto minacciato, v. A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1984, V, 132.

64 A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura,* in *Giur. it.*, 2019, 2298. Per PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2330, la formula dell'interesse vantato dal ricorrente risulta eccessivamente ampia: «sarebbe stato più opportuno far passare la selezione dei legittimati ad agire dalla individuazione della situazione soggettiva astrattamente suscettibile di essere compromessa». In giurisprudenza, Trib. Bologna, sez. impr., 7 novembre 2024.

alla pluralità di soggetti lesi[65]: il provvedimento inibitorio è, infatti, chiesto a favore di terzi estranei al procedimento, non essendo prevista la procedura di adesione congegnata per l'azione di classe.

ii) La legittimazione ad agire spetta ad organizzazioni e associazioni - e non già ai soli enti del Terzo settore[66], diversi da imprese e cooperative sociali, come oggi disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017, come si evince(va) dal testo dell'art. 1, comma 2, lett. *c*), d.m. 27 febbraio 2022, annullato proprio in questa parte dalla sentenza del TAR Lazio, 23 giugno 2023, n. 10653[67] - iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840 *bis*, comma 2, c.p.c., che perseguono, tra gli obiettivi statutari, la salvaguardia degli interessi pregiudicati dalla condotta commissiva od omissiva che si intende contrastare con la decisione del Tribunale (sezione specializzata in materia d'impresa, competente per il luogo ove ha sede la parte resistente)[68].

Per quanto concerne, invece, il versante dei possibili destinatari dei provvedimenti giudiziali, la norma di riferimento non richiede l'esistenza di una qualificata - e preesistente - relazione giuridica tra il ricorrente e i legittimati passivi[69] e risulta sufficientemente ampia nell'indicare le imprese o gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità «relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle

65 Osserva D. Amadei, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 325, che, «nell'agire per la propria situazione sostanziale, quale oggetto del processo ma anche condizione legittimante, l'individuo ottiene, contro l'imprenditore convenuto, una tutela inibitoria a proprio vantaggio ma, una volta attuata, anche di tutti gli altri coinvolti dagli stessi comportamenti [...]». Chiarisce Trib. Roma, sez. impr., 9 luglio 2023, cit., che «le organizzazioni e le associazioni non sono le sostanziali titolari ma, semmai, le interpreti qualificate e le portatrici. In questo senso depone il tenore letterale della norma laddove si parla di pregiudizio arrecato «ad una pluralità di individui o enti» i cui interessi le organizzazioni e le associazioni si prefiggono per statuto di tutelare. Questa considerazione consente di delineare una differenza rispetto all'azione antisindacale prevista all'art. 28 dello Statuto nel quale i beni tutelati sono quelli a titolarità collettiva sindacale sicché il sindacato che agisce ai sensi di tale disposizione normativa tutela interessi e diritti propri e solo preterintenzionalmente dei lavoratori. Per tali ragioni appare improprio parlare di sostituzione processuale in senso tecnico».

66 La disciplina di dettaglio è contenuta all'interno del d.m. n. 27/ 2022.

67 V. il commento di V. Protopapa, *Sindacati in azione (di classe): il nodo della legittimazione ad agire*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 1111 ss.

68 Osserva P. Mezzanotte, *op. cit.*, 9: «i presupposti originari dell'inibitoria collettiva sottendono una realtà sociale e giuridica conforme ai postulati del pluralismo organizzato e a modelli più o meno collaudati di risoluzione e semplificazione del conflitto, che si avvalgono di rapporti di rappresentanza incardinati in soggetti 'istituzionali'».

69 Già, Corte giust. UE, 14 aprile 2016, C-381/14 e C-385/14, Jorge Sales Sinués c. Caixabank SA e Youssouf Drame Ba c. Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA), ove si legge che le azioni inibitorie si connotano per la «loro indipendenza nei confronti di qualsiasi conflitto individuale concreto» (par. 29).

loro rispettive attività»[70]. L'attuale perimetrazione soggettiva determina la preclusione dell'azione inibitoria collettiva nei confronti delle pubbliche amministrazioni e, quindi, degli organismi di diritto pubblico[71], così come, in termini oggettivi, potrebbe non essere ammissibile quale reazione avverso atti preparatori, di matrice tecnico-procedimentale, ovvero inidonei a cristallizzare interessi e posizioni giuridiche soggettive.

L'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. non fa riferimento a condotte illecite o illegittime, né ricorre al configurarsi di un danno, e quindi alla conseguente ingiustizia, né, tantomeno, fa appello ai criteri soggettivi di dolo o colpa ovvero al criterio normativo di responsabilità oggettiva[72]. Il controllo e la repressione giudiziale di comportamenti *contra ius*, ma anche *non iure*, nonché di condotte abusive, negative[73], ovvero in eccesso o in difetto delle facoltà riconosciute e dei poteri giuridici previsti[74], favorisce l'arretramento della tutela a una fase antecedente l'accertamento dell'eventuale danno[75], volta a spiegare

70 Si rafforza, quindi, l'*enforcement* privato: così, A. CARRATTA, *op. cit.*, 2298. Con specifico riguardo alla tematica ambientale, v. I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2334. Osserva E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, cit., 354: «siffatta statuizione pone all'attenzione dell'interprete due questioni: se l'azione possa essere esperita in danno di soggetti diversi dagli imprenditori, come ad esempio i soggetti che esercitano un'attività non imprenditoriale ma professionale; se l'azione possa essere esperita in presenza di atti non ancora compiuti o di comportamenti non ancora tenuti, ma soltanto raccomandati o minacciati. Qualora si desse una risposta negativa, vi sarebbe un "deficit di tutela", ed una evidente infrazione».

71 Trib. Roma, 21 settembre 2021, con nota di D. AMADEI, *Primi approcci della giurisprudenza alla nuova azione collettiva inibitoria*, in *Giur. it.*, 2022, 2144 ss. Con riguardo all'ambito di tutela, si legge quanto segue: «tale scelta legislativa, se risponde ad un criterio di mera opportunità che può non apparire del tutto convincente, in quanto limita l'operatività dell'istituto alla tutela da 'imprese' o da enti di gestione 'di servizi pubblici o di pubblica utilità' e non anche da altri soggetti che non esercitino una attività di impresa, ancorché la loro attività possa danneggiare 'una pluralità di individui o enti' e ciò in contraddizione con la finalità insita nell'azione inibitoria collettiva - volta alla tutela da 'atti e comportamenti' realizzati 'in pregiudizio di una pluralità di individui o enti', come specificato del primo comma dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. - appare per contro giustificabile nella parte in cui esclude la pubblica amministrazione dal novero dei soggetti nei confronti dei quali è esercitabile l'azione, essendo a quest'ultima tradizionalmente riservato un regime particolare».

72 C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 282.

73 Trib. Nuoro, sez. II, 10 maggio 2023, n. 259.

74 Come spiega, in termini generali, G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in ID., *Scritti*, Milano, 2023, 693, l'inibitoria «tende infatti ad impedire danni futuri: o attraverso la cessazione di una situazione antigiuridica, a prescindere dalla colpevolezza del comportamento di colui che in quella situazione viene a trovarsi e nei cui confronti la cessazione viene richiesta, ovvero attraverso l'imposizione di astenersi da comportamenti che una lesione potrebbero produrre, ancorché non abbiano ancora cagionato. Il risarcimento, per contro, anche quello in forma specifica, ha riguardo a danni già verificatisi». In tema, U. RUFFOLO, *op. cit.*, 246. Per alcune criticità, D. AMADEI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 326. Per l'A., c'è il rischio che l'espansione dell'azione inibitoria collettiva colpisca soggetti «che non hanno violato alcuna norma giuridica».

75 Cfr. l'ordinanza del Trib. Milano, sez. impr., 30 gennaio 2023, confermata, in secondo grado, da App. Milano, sez. impr., 31 gennaio 2024, n. 262.

capillari effetti deterrenti[76] e, al contempo, prescrittivi[77], così registrandosi una significativa espansione del *private enforcement*[78].

Tende a profilarsi uno strumento di controllo delle prassi commerciali[79], ovvero un dispositivo rimediale volto ad assicurare effettività alla tutela preventiva[80], privata e relazionale, dinanzi ad atti e comportamenti aventi attitudine offensiva[81]: l'azione inibitoria collettiva risulta, allora, volta a ridefinire, entro il perimetro della legalità, i canoni di operatività commerciale[82], senza, pur tuttavia, straripare in uno strumento volto a neutralizzare la discrezionalità imprenditoriale, avente copertura costituzionale[83].

Sarà possibile contrastare, come sopra anticipato, fattispecie di deterioramento delle risorse ambientali[84], indipendentemente da azioni inibitorie, che pur funzionalmen-

76 F. Cafaggi, P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2017, 608.

77 E. Gabellini, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1125.

78 *Amplius*, M. Cannarsa, *UCTD's Hybrid, Multifaceted and Differentiated Enforcement*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2024, 497 ss.

79 A.A. Dolmetta, *Profili emergenti nelle azioni di classe*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 294. V., anche, U. Ruffolo, *op. cit.*, 243.

80 A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 45-47.

81 Come chiarisce A. Lener, *Violazione di norme di condotta e tutela civile dell'interesse all'ambiente*, in *Foro it.*, 1980, V, 112, l'inibitoria volta ad incidere sulla produzione industriale esige una attenta analisi comparata degli interessi di rilevanza sociale (problema che non si pone nel risarcimento del danno).

82 Spiega D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 18, nt. 32, che i rimedi inibitori «mirano alla ricostituzione delle condizioni di possibilità dell'azione lecita». Attraverso essi si persegue la «finalità di una riconformazione delle azioni trasgressive. In questo senso si distinguono dai rimedi che hanno effetti di repressione' e, quindi, perseguono fini 'riparatori' dei contesti (ad esempio le azioni risarcitorie)».

83 Come precisa Trib. Roma, sez. impr., 9 luglio 2023, cit., «con riferimento all'accertamento della condotta discriminatoria, promossa con il rito di cui all'art. 840 sexiesdecies cpc, è dato rilevare una inadeguatezza dell'azione inibitoria collettiva a poter incidere su più situazioni che sebbene accomunate da un unico presupposto, ovverosia il beneficio delle tutele di cui alla legge 104/1992, necessiterebbero di un'analisi caso per caso che non è propria del ricorso di cui all'art 840 sexiesdecies». Per il Tribunale, l'istanza avanzata, «dal momento che rischierebbe di ledere la libertà imprenditoriale costituzionalmente garantita, richiederebbe un'attività istruttoria strutturata propria del rito di cognizione pieno. Solo in questi termini l'organo giudicante sarebbe messo nelle condizioni di apprezzare le singole candidature dal momento che, come detto in precedenza, la società resistente valorizzava, all'esito della fase di consultazione sindacale, il possesso delle competenze e delle esperienze pregresse nonché il possesso delle certificazioni necessarie per l'esercizio delle mansioni. Tali considerazioni, si pongono a ulteriore riprova dell'infondatezza del ricorso ferma l'inadeguatezza del rito di cui all'art. 840 sexiesdecies cpc a poter incidere su situazioni che in alcuni casi afferiscono a valutazioni di assoluta discrezionalità della società resistente».

84 U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, cit., 242.

te protese alla salvaguardia ambientale, risultino fondate sulle concorrenti ragioni di tutela della salute o della proprietà. La fissazione e il rispetto di *standard* e parametri contenuti nei provvedimenti abilitativi e conformativi dell'attività d'impresa potrebbero, peraltro, non essere del tutto sufficienti a prevenire o escludere pregiudizi: parametri oggettivi e soglie quantitative non andrebbero interpretati come mere circostanze esimenti, bensì, ad esempio, quali strumenti volti a definire, transitoriamente, i livelli di tollerabilità delle emissioni[85]. Anzi, anticipare la soglia di applicabilità della tutela inibitoria[86], al fine di scongiurare il verificarsi, il protrarsi o il ripetersi di atti lesivi, di cui non si richiede l'illiceità[87] - come può leggersi all'art. 840 *sexiesdecies*, comma 1, c.p.c.[88] - assegnerebbe una maggiore capacità al rimedio nell'incidere su comportamenti già facoltizzati o autorizzati[89], prescrivendo obblighi di astensione o di *facere* - quale «conseguenza diretta ed immediata della condotta omissiva censurata»[90] - volti a neutraliz-

85 Sull'inibitoria *quia timet*, sulla salvaguardia del diritto ambientale e sul principio di precauzione, v. A. D'ADDA, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse»*, cit., 1392. Precisa M. ROBLES, *La «conflittualità» ambientale fra «attributi» (negoziali) e «predicati» (rimediali)*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 638, che il giudizio di intollerabilità e/o illiceità può concernere anche fenomeni emissivi rientranti entro le soglie previamente autorizzate; ciò potrà, quindi, legittimare l'esercizio di un'azione inibitoria collettiva.

86 E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, G. GRISI (a cura di), Napoli, 2019, 239. A. ALBANESE, *Tutela preventiva del credito e diligenza nell'adempimento*, ivi, 376, mette in evidenza il legame - a livello di fattispecie normative - tra l'inibitoria e l'esigenza di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali della persona, «ampliandola e anticipandola».

87 Cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 20; e, prima, ID., *Conclusioni*, in *Azione inibitoria e interessi tutelati*, cit., 91 ss. In tema, M. BUSSANI, *L'illecito civile*, in *Trattato CNN diretto da Perlingieri*, VI, 1, Napoli, 2020, 93 ss. L'inibitoria potrebbe, allora, essere concessa nel caso in cui la soglia di rilevanza dei rischi non risulti irrisoria: cfr. C. CONSOLO, *Il rischio da ignoto tecnologico: un campo arduo – fra lecito e illecito – per la tutela cautelare e inibitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 606 ss. Tuttavia, sull'identità effettuale e contenutistica intercorrente tra inibitoria e accertamento dell'illiceità, v. M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, 25, 41, 81.

88 In questo senso, cfr. A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva* ex *art. 840*-sexiesdecies *c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 241-242; D. AMADEI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 326. Precisa, invero, A. CARRATTA, *op. cit.*, 2298, nt. 3, che l'assenza di una inibitoria preventiva o in via d'urgenza non impedirà di agire attraverso la tutela cautelare *ex* art. 700 c.p.c. Più in generale, in tema di inibitoria preventiva - con cui si intima di non compiere l'attività lesiva - e di inibitoria di cessazione - atta ad impedire il perpetuarsi della lesione già avvenuta -, v. M. TARUFFO, *op. cit.*, 443. Per un ulteriore approfondimento, v. FORNASARI, *op. cit.*, 2072 ss.

89 Cfr. A. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 560 ss., 573 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 315 ss. In tema, L. FRANCARIO, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, 322 ss. Per l'A., l'inibitoria può avere anche effetti ripristinatori: la condanna ad un *non facere* favorisce la rimozione dell'illecito e quindi integra un meccanismo restitutorio (dello stato ambientale preesistente).

90 P. TOSI, E. PUCCETTI, *L'azione inibitoria collettiva per la tutela di diritti individuali omogenei dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, 574.

zare le esternalità negative istantanee o perduranti, ovvero quelle di pericolo[91], e così salvaguardare in maniera ottimale l'ambiente[92].

Seppur fondato sulla lesione del diritto alla salute, alla serenità e alla tranquillità nello svolgimento della rispettiva vita privata, merita di essere evidenziato il ricorso, incardinato presso il Tribunale di Milano, *ex* art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. e presentato da alcuni residenti nel capoluogo jonico e nei comuni limitrofi, asseritamente lesi dall'attività produttiva dell'acciaieria la cui proprietà è di ILVA S.p.A. in a.s. (di seguito: ILVA) e gestita da Acciaierie d'Italia S.p.A. controllata da Acciaierie d'Italia Holding S.p.A. Per i ricorrenti i predetti diritti sono stati pregiudicati dai «comportamenti dolosi tuttora in atto che provocano un inaccettabile inquinamento causato dalle emissioni provenienti dagli impianti dello stabilimento siderurgico ILVA di Taranto (di seguito: lo Stabilimento) le quali espongono i cittadini residenti ad eventi di morte e malattie aggiuntive, non ulteriormente tollerabili».

Si badi che «i ricorrenti - nonostante alcuni di essi abbiano dedotto di essere o essere stati affetti da patologie oncologiche o malattie e che lo sono o lo sono stati loro famigliari - precisano di non agire per l'accertamento del nesso causale tra tali specifiche patologie e le emissioni inquinanti dello Stabilimento né per il risarcimento del danno - azione che si riservano di proporre in seguito -, ma perché sia eliminata l'attuale "ingiusta esposizione al rischio" del primario e fondamentale bene della salute, oltre che degli altri diritti indicati in ricorso». Attraverso l'azione inibitoria collettiva, è stato richiesto al giudice di ordinare: «i) la chiusura dell'area a caldo degli impianti, ovvero la cessazione delle relative attività, assegnando un termine massimo di 60 giorni, idoneo allo svolgimento dei lavori in sicurezza; ii) in subordine. la chiusura delle cokerie, ovvero la cessazione delle relative attività, entro lo stesso termine; iii) in via ulteriormente gradata, il blocco delle attività fino alla completa attuazione dell'AIA». Nell'ottica prescrittiva dell'azione inibitoria collettiva si colloca questa distinta richiesta: «disporre immediatamente un piano industriale che preveda l'abbattimento di non meno del 50 % delle emissioni di gas a effetto serra rispetto alle emissioni conseguenti ad una produzione di sei milioni di tonnellate annue di acciaio entro il 2026, ovvero ordinare che le parti resistenti adottino le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate».

91 Sulle potenzialità dell'azione inibitoria collettiva con riguardo ai danni diffusi da inquinamento, v. B. Pozzo, *I criteri di liquidazione del danno ambientale nella prospettiva della distinzione tra danno evento e danno conseguenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1869.

92 Sulla funzione ripristinatoria dell'azione inibitoria, v. R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in Id., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 261. V., altresì, D. Messinetti, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 822-824; e A. Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica. Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1992, 30, 140 ss. Per una applicazione estesa della tutela inibitoria dinanzi a comportamenti di terzi non illeciti, ma comunque lesivi di diritti riconosciuti, v. G.N. Nardo, *Riflessioni sulla azione inibitoria*, in AA.VV., *Scritti in onore di Nicola Picardi*, III, Pisa, 2016, 1839 ss.

Il Tribunale di Milano ha sospeso il procedimento e sollevato plurime questioni di pregiudizialità europea attinenti al rispetto della Direttiva 2010/75/UE, relativa alle emissioni industriali, da parte del legislatore italiano con riguardo alle procedure autorizzative dell'attività siderurgica. La Corte di giustizia, mediante la sentenza della Grande Sezione del 25 giugno 2024[93], ha, dapprima, precisato che:

i) il gestore di un'installazione, conformemente a quando disposto direttiva 2010/75/UE, deve, «nella sua domanda di autorizzazione, fornire segnatamente informazioni adeguate riguardanti le emissioni provenienti dalla sua installazione e deve, inoltre, durante tutto il periodo di esercizio di tale installazione, garantire l'ottemperanza ai suoi obblighi fondamentali ai sensi di detta direttiva nonché alle misure previste a tale riguardo, attraverso una valutazione continua degli impatti delle attività di detta installazione tanto sull'ambiente quanto sulla salute umana»[94]; contestualmente, lo Stato italiano è tenuto ad assicurare che «una previa valutazione degli impatti dell'attività dell'installazione interessata tanto sull'ambiente quanto sulla salute umana costituisca atto interno ai procedimenti di rilascio e riesame di un'autorizzazione all'esercizio di una tale installazione ai sensi di detta direttiva»[95];

e, successivamente, statuito - il che si presta ad avere un probabile impatto sulla causa attualmente riassunta presso il Tribunale milanese - quanto segue:

ii) la direttiva 2010/75/UE «deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale ai sensi della quale il termine concesso al gestore di un'installazione per conformarsi alle misure di protezione dell'ambiente e della salute umana previste dall'autorizzazione all'esercizio di tale installazione è stato oggetto di ripetute proroghe, sebbene siano stati individuati pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute umana. Qualora l'attività dell'installazione interessata presenti tali pericoli, l'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma, di detta direttiva esige, in ogni caso, che l'esercizio di tale installazione sia sospeso».

4. Indicazioni giurisprudenziali

A corredo di quanto argomentato, può essere richiamata l'elaborazione giurisprudenziale più significativa sinora emersa.

1) Il Tribunale di Torino, nell'aprile 2024[96], a seguito di un ricorso presentato da alcune associazioni attive nell'ambito della tutela dei consumatori, degli utenti dei servizi ra-

93 Corte giust. Ue, 25 giugno 2024, C-626/22, C. Z. e a. c. Ilva SpA in Amministrazione Straordinaria e Acciaierie d'Italia Holding SpA e Acciaierie d'Italia SpA.

94 Corte giust. Ue, 25 giugno 2024, C-626/22, cit., par. 94.

95 Corte giust. Ue, 25 giugno 2024, C-626/22, cit., par. 105.

96 Trib. Torino, sez. impr., 23 aprile 2024, n. 558, cit. In tema, A. BARBA, *In tema di inibitoria collettiva della pratica commerciale scorretta: riflessioni a margine di un recente decreto del Tribunale di Torino*, in *Accademia*, 2024, 533 ss.; G. MAGRI, *Presupposti e confini dell'azione inibitoria collettiva*, in *Nuova giur. comm.*, 2024, I, 1089-1090.

diotelevisivi e finanziari, veniva adito al fine di:

i) «accertare e dichiarare la responsabilità della B. S.p.A. per pratica commerciale scorretta ai sensi 20, comma 2, 21 e 22 del Codice del consumo»;

ii) ordinare la «cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva» della società B. S.p.a., nonché, con la condanna, l'adozione da parte del soggetto soccombente delle «misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate», e, conseguentemente, «ordinare a detta società di versare in favore dell'Ospedale (omissis) di Torino una somma di denaro pari alla differenza tra il costo del pandoro griffato (Euro 9.37 circa) ed il pandoro classico (Euro 3,68 circa) moltiplicato per la quantità dei pezzi venduti (250.000 circa), per un importo pari ad Euro 1.500.000, e/o sulla stima maggiore o minore che il Giudice vorrà accertare, a seguito dei dati contabili che riterrà di acquisire»;

iii) «condannare B. S.p.A., ex art. 840sexiedecies c.p.c. quintultimo comma e 614bis c.p.c., al pagamento di una somma di denaro "per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento", per un importo pari a Euro 5.000,00».

I giudici hanno accolto solamente la prima domanda, respingendo le ulteriori prospettazioni, in quanto:

i) l'azione inibitoria collettiva non prevede la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, come invece espressamente disposto dall'art. 840-*bis*, comma 2, c.p.c.;

ii) «le 'misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate' mirano a ristabilire lo stato di fatto preesistente (come, ad esempio, il ritiro dal commercio di un prodotto, la rettifica di un messaggio collegato alla vendita di un prodotto e così via) laddove, nel caso di specie, come si è detto, le parti ricorrenti intenderebbero conseguire un risultato proiettato in avanti e, precisamente, la soddisfazione dell'intento che ha indotto i consumatori all'acquisto del prodotto, ossia il versamento, a carico della società B. S.p.A., di una somma di denaro direttamente in favore dell'Ospedale infantile (omissis) di Torino, in ragione dei vantaggi economici derivanti dal maggior prezzo di vendita».

Il giudice, quindi, deve sempre valutare il ricorrere dei presupposti, al fine dell'adozione delle misure opportune ed effettivamente volte a ristabilire lo *status quo ante*.

I giudici di appello, rigettando il reclamo della società soccombente, hanno chiarito l'ampiezza dell'azione inibitoria collettiva, ribadendo, in assenza di disposizioni contrarie, la legittimazione del giudicante di accertare e dichiarare - pur senza emettere ordini o impartire divieti - «la responsabilità del soggetto resistente per aver posto in essere la condotta ivi specificata, ovvero atti e comportamenti in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, quale è certamente la pratica commerciale scorretta [...]

oggetto di causa»[97]. Il nesso tra procedimento inibitorio ed effettività della tutela viene a rinsaldarsi, là dove nulla preclude la dichiarazione dell'abusività della condotta contestata: come hanno statuito i giudici, «la pronuncia di accertamento rappresenta d'altronde una tutela meritevole di interesse per la pluralità di individui o enti che abbiano subito il pregiudizio dagli atti e comportamenti posti in essere dalla parte resistente, quando la condotta sia già cessata al momento del ricorso, come nel caso in esame»[98].

2) Il Tribunale di Torino, nell'aprile 2023[99], ha accolto l'azione inibitoria collettiva promossa avverso una società, al fine di contestare la violazione del divieto di comunicazioni commerciali che promuovevano, direttamente o indirettamente, sigarette elettroniche e liquidi di ricarica. Contestualmente, è stata ordinata «la rimozione delle comunicazioni commerciali di sigarette elettroniche e liquidi di ricarica indicate come illecite in motivazione, entro il termine di giorni 30 (trenta) dalla comunicazione del presente provvedimento» e disposta la fissazione di «una somma di denaro dovuta dalla resistente società (...) per ogni violazione accertata e per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione di quanto previsto al primo punto, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c. (richiamato dall'art. 840 sexiesdecies, comma 6, c.p.c.), che si stima equo determinare nella misura di Euro 500.00». Per la corte piemontese, l'efficace protezione del consumatore è connessa all'applicazione del divieto di ogni comunicazione commerciale che possa «avvicinare», in sostanza, il consumatore al prodotto in questione; pertanto, ogni comunicazione e immagine che non possa essere ricondotta nel novero della dinamica descrittiva e informativa contrasta con quanto divisato dall'art. 21, comma 10, lett. *a*), d.lgs. n. 6/2016, costituendo un messaggio pubblicitario, avente «lo scopo o l'effetto diretto o indiretto di promuovere le sigarette elettroniche e i contenitori di liquido di ricarica».

3) La Corte d'Appello di Milano, nell'agosto 2023[100], ha accolto parzialmente il reclamo avverso il decreto del Tribunale di Milano[101], presentato da alcuni notai, unitamente ad enti esponenziali, affinché venisse ordinata ad Unicredit SPA la «cessazione e il divieto di reiterazione delle proprie condotte concernenti: i) il mutamento unilaterale della domiciliazione cambiaria presso le proprie filiali locali a favore della sede centrale e il trasferimento presso la sede centrale di tutti i titoli cambiari ivi domiciliati; ii) la prassi di

97 App. Torino, 9 ottobre 2024, n. 733.

98 App. Torino, 9 ottobre 2024, n. 733, cit.

99 Trib. Torino, sez. impr., 21 aprile 2023. In linea, quindi, Trib. Torino, sez. impr., 6 marzo 2024. Ha chiarito Trib. Napoli, sez. impr., 16 luglio 2024, che «il divieto generale di emettere comunicazioni commerciali che abbiano per oggetto o per effetto di promuovere le sigarette elettroniche e i contenitori di liquido di ricarica discende già dalla legge, mentre l'inibitoria e le altre misure che l'assistono non possono che riguardare specifici comportamenti in contrasto con tale divieto». Così, anche, Trib. Napoli, sez. impr., 20 novembre 2024.

100 App. Milano, sez. impr., 23 agosto 2023, n. 372, con nota di A. Barone, *Disciplina dei protesti e organizzazione bancaria: la Corte d'Appello di Milano ristabilisce il primato del diritto*, in *Notariato*, 2023, 573 ss.

101 Trib. Milano, sez. impr., 2 aprile 2023.

omettere l'immediata restituzione dei titoli cambiari ai debitori che abbiano proceduto al pagamento presso le proprie filiali locali; iii) il conferimento ai Notai, aventi competenza territoriale presso la propria sede centrale, dei compiti di levare il protesto delle cambiali domiciliate presso le varie sedi territoriali».

Il Tribunale di Milano, oltre a ritenere nel merito del tutto infondato il ricorso, rilevò l'assenza di legittimazione sostanziale dei notai persone fisiche, in difetto del configurarsi, in capo agli stessi, di un diritto soggettivo, come tale suscettibile di tutela attraverso l'azione inibitoria.

Secondo la Corte d'Appello, invece, la legittimazione dei notai non è risultata revocabile in dubbio: «essi, infatti, si affermano titolari di una posizione giuridica sostanziale meritevole di tutela caratterizzata dall'attributo della serialità, presentandosi omogenea ad una pluralità di soggetti (id est i notai e i presentatori territorialmente competenti in zone diverse dalla Lombardia) e suscettibile di essere pregiudicata da una condotta plurioffensiva posta in essere dalla Banca reclamata (la chiusura del servizio di casse cambiali presso le filiali periferiche). La riorganizzazione operata da U. si rivelerebbe, nella prospettiva dei reclamanti, pregiudizievole per una pluralità di notai e presentatori (ad eccezione di quelli competenti per l'area meneghina) perché idonea a ledere, in violazione della disciplina pubblicistica della cambiale, il loro diritto-dovere a levare il protesto nei luoghi di domiciliazione indicati sul titolo di credito».

Nel merito i giudici hanno chiarito che l'istituto di credito ben può «accentrare nella propria sede in Milano il servizio di cassa cambiali, ma a condizione che faccia coincidere con tale sede anche il luogo del pagamento. La perdurante modalità del cd. pagamento 'in circolarità' snatura la funzione tipica della cambiale, il cui pagamento viene ad essere equiparato ad un pagamento qualsiasi». Si legge nei passaggi dell'ordinanza: «la decisione di riorganizzazione aziendale, lungi dal porsi come vicenda meramente interna dell'impresa e dal costituire una scelta imprenditoriale soggetta unicamente alla logica del libero mercato (efficienza del servizio, flessibilità, riduzione dei costi etc..) si traduce, piuttosto, in una alterazione dello schema legale della vicenda estintiva dell'obbligazione cambiaria». Quindi: «laddove la levata del protesto venga concentrata in un luogo di pagamento 'convenzionale', che sarà normalmente diverso da quello in cui sarebbe stato effettuato il pagamento se il titolo fosse andato a buon fine, si verificano, infatti, più alterazioni dello schema previsto dalla legge cambiaria per l'estinzione, o per l'accertamento della mancata estinzione, dell'obbligazione cambiaria che travalicano inaccettabilmente gli spazi ricavabili *in subiecta* materia per l'autonomia privata». Di tal fatta, «la riorganizzazione attuata dalla banca reclamata è sostanzialmente elusiva della *ratio* e delle finalità dell'art. 5 [D.P.R. n. 290/1975], norma di *favor* per il debitore». Pertanto, i giudici hanno ordinato a Unicredit SPA di «cessare la prassi consistente nell'avviare la procedura di levata del protesto in luogo diverso da quello indicato sulla cambiale per il pagamento»; e, di conseguenza, inibito, «nell'ipotesi disciplinata dall'art. 5 del D.P.R. n. 290 del 1975», la ricezione del pagamento «presso le filiali ove è domiciliato il titolo cambiario»; e ordinato, ai sensi dell'art. 45 R.D. n. 1669/1933, «di

provvedere alla riconsegna del titolo cambiario contestualmente al pagamento».

4) Una ulteriore, e più recente, soluzione giurisprudenziale permette di apprezzare la logica e la dinamica dell'azione inibitoria collettiva: il Tribunale di Torino, in una controversia sorta tra enti collettivi e la società PSA Italia, e legata all'inadeguatezza degli interventi di richiamo sui veicoli di marchio Citroën C3 e DS3, prodotti tra il 2009 e il 2019 e dotati di airbag difettosi, ha immediatamente chiarito come le misure correttive «dovranno essere tanto più incisive quanto più elevato è il rango dell'interesse da tutelare e più grave è il danno potenziale, mentre la tutela inibitoria potrà essere meno penetrante per interessi che attengono esclusivamente alla sfera economica, che per loro natura trovano adeguata soddisfazione anche attraverso la successiva tutela risarcitoria»[102]. Risultando predominante l'interesse alla protezione della vita e dell'integrità fisica dei conducenti e dei passeggeri, oltre ad una puntuale ed effettiva attività di comunicazione, è stato ordinato il mantenimento dei livelli sostitutivi - in essere - e la capillare messa a disposizione di una autovettura sostitutiva.

5) Giova, inoltre, segnalare un recente decreto del Tribunale di Milano, che offre interessanti spunti sull'impiego, e sui relativi limiti, dell'azione inibitoria collettiva quale tecnica conformativa dell'attività d'impresa[103]. Per i giudici, un'eventuale decisione volta ad ingiungere la radicale e completa eliminazione delle informazioni circa i "*bonus* di benvenuto" o i "*bonus* di gioco" da parte delle piattaforme operanti nell'ambito del mercato dei giochi digitali, «rischierebbe di tradursi in una irragionevole limitazione della libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., posto che l'offerta di *bonus* ha natura di proposta contrattuale, diretta a concludere un negozio gratuito ma sorretto da un evidente interesse economico dell'impresa promotrice». Peraltro, come chiarito dalle relative linee guida predisposte dall'AGCOM, sfuggono al divieto di pubblicizzazione del gioco d'azzardo - di cui all'art. 9, comma 1, d.l. n. 87/2018 - le comunicazioni relative alle condizioni per fruire dei *bonus* in questione, «purché effettuate nel rispetto dei principi di continenza, non ingannevolezza, trasparenza nonché assenza di enfasi promozionale»[104]. Proprio con riferimento a quest'ultima prescrizione, la corte milanese ha rilevato il contrasto tra la pratica commerciale contestata con le fonti normative suddette: pertanto, dopo aver censurato l'eccessiva enfasi e l'effetto promozionale delle comunicazioni sui *bonus*, il Tribunale ha ordinato alla società resistente di esporre «la comunicazione delle informazioni relative ai bonus in modo omogeneo e coerente con le altre condizioni contrattuali, senza alcuna differenziazione di collocazione, carattere e modalità iconografiche»[105].

102 Trib. Torino, sez. impr., 7 ottobre 2024.

103 Trib. Milano, sez. impr., 10 ottobre 2024, cit.

104 Delibera 132/19/CONS, Allegato A, par. 5.5.

105 Trib. Milano, sez. impr., 10 ottobre 2024, cit.

5. Le misure inibitorie previste dal codice del consumo

La tematica delle azioni rappresentative in chiave consumeristica merita di essere considerata alla luce della direttiva (UE) 2020/1828, con cui è avvenuta l'abrogazione della direttiva 2009/22/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori[106]. È opportuno riflettere, non solo sugli effetti legati alla singola transazione, quanto agli effetti macroeconomici, ovvero alla capacità dei provvedimenti inibitori di pratiche commerciali[107] di regolare e orientare il mercato, al fine di assicurare la protezione effettiva del consumatore[108] e l'integrità sistemica. D'altronde, la direttiva (UE) 2020/1828 concerne le violazioni delle norme comunitarie menzionate dall'Allegato I cessate sia prima dell'inizio[109] che prima della conclusione dell'azione rappresentativa, in quanto «potrebbe comunque essere necessario prevenire il ripetersi della pratica vietandola, accertare che una determinata pratica costituisca una violazione o facilitare l'ottenimento di risarcimenti da parte dei consumatori»[110]. La nuova soluzione regolatoria intende accrescere l'effetto deterrente circa le violazioni, perpetrate dai professionisti, delle disposizioni di cui all'Allegato I[111] che ledono o posseggono attitudine lesiva degli interessi collettivi dei consumatori, rafforzando i relativi «meccanismi procedurali»[112]. L'uniformità disciplinare ambisce ad essere funzionale al potenziamento

106 In tema, E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1377 ss. Più recentemente, A. Iandoli, *La Class action consumeristica: il nuovo ventaglio di tutele offerto dalla direttiva n. 2020/1828 si innesta sulle orme della legge n. 31/ 2019*, in *judicium.it*, 1° ottobre 2024.

107 Per pratica si intende «qualunque atto o omissione di un professionista»: art. 3, n. 8, direttiva (UE) 2020/1828.

108 Su effettività e *injunctive measure* nell'ambito della tutela consumeristica, v. F. Cafaggi, P. Iamiceli, *op. cit.*, 581 ss.

109 Secondo E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, cit., 1385, «la tutela inibitoria sembra ridursi ad una tutela di mero accertamento».

110 *Considerando* n. 20 direttiva (UE) 2020/1828.

111 Art. 2, par. 1, direttiva (UE) 2020/1828.

112 *Considerando* n. 5 direttiva (UE) 2020/1828.

della tutela consumeristica, nonché strumentale all'affermazione della concorrenza[113].

La dimensione collettiva dell'azione permetterebbe, inoltre, di raggiungere un livello efficace ed efficiente di tutela degli interessi dei consumatori, neutralizzando i costi di accesso ai procedimenti di difesa legati ad asimmetrie informative, *bias* cognitivi e «riluttanza psicologica»[114]. In tal senso, merita di essere letto quanto disposto dal *Considerando* n. 68: «le prove sono essenziali per stabilire la fondatezza di un'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti inibitori o risarcitori. Tuttavia, i rapporti tra imprese e consumatori sono spesso caratterizzati da asimmetrie delle informazioni e le prove necessarie possono essere in possesso esclusivamente del professionista, nel qual caso sono inaccessibili all'ente legittimato. Gli enti legittimati dovrebbero pertanto avere il diritto di chiedere all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa di disporre che il professionista esibisca le prove relative al loro reclamo»[115].

La direttiva (UE) 2020/1828 consente di tratteggiare i confini operativi della tecnica inibitoria: si legge, infatti, al *Considerando* n. 33 che «i provvedimenti inibitori hanno lo scopo di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori indipendentemente dal fatto che i singoli consumatori abbiano effettivamente sofferto un danno qualsiasi. I provvedimenti inibitori possono obbligare i professionisti ad adottare misure specifiche, per esempio fornire ai consumatori le informazioni che sono state precedentemente omesse in violazione di un obbligo legale. Una decisione in merito a un provvedimento inibitorio non dovrebbe dipendere dal fatto che la pratica sia stata posta in essere intenzionalmente o per negligenza». Quindi, la tutela inibitoria prescinde dal danno, si fonda sulla salvaguardia preventiva delle posizioni giuridiche soggettive e si smar-

113 Chiarisce G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1024, che ci si trova dinanzi ad una armonizzazione massima delle legislazioni nazionali, «sebbene ampiamente parziale e gravemente lacunosa». Puntualizza l'A.: «con riferimento specifico (ed esclusivo) agli 'aspetti' dei procedimenti collettivi da essa disciplinati *ex professo*, la direttiva è infatti rigorosamente vincolante per gli Stati membri, i quali non possono discostarsi dalle sue prescrizioni (salvo vengano volta per volta esplicitamente autorizzati in tal senso) né per incrementare né per ridurre il livello di protezione dei consumatori assicurato dalla disciplina dettata dalla direttiva stessa». Diversamente, per E. MINERVINI, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, cit., 1378: «si tratta di una direttiva di armonizzazione minima, anzi di armonizzazione (drammaticamente) parziale, alquanto deludente, che lascia agli Stati membri amplissimi (e talora ambigui) margini di discrezionalità in ordine alla disciplina delle azioni rappresentative».

114 *Considerando* n. 9 direttiva (UE) 2020/1828.

115 Art. 18 direttiva (UE) 2020/1828. Inoltre, «dovrebbe altresì essere possibile applicare sanzioni di tipo diverso, come misure procedurali, in caso di rifiuto di rispettare un'ingiunzione a esibire prove» (*Considerando* n. 69 direttiva (UE) 2020/1828). In ogni caso, le sanzioni dovranno essere effettive, proporzionate e dissuasive (art. 18, par. 1, direttiva (UE) 2020/1828). Per alcune criticità, anche legate al tema delle prove esplorative, v. E. CAMILLERI, *La Dir. 2020/1828/Ue sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di "enforcement"?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1073-1075.

ca da eventuali strettoie procedurali che potrebbero minare «l'efficacia procedurale delle azioni rappresentative»[116], ad esempio riconducibili all'accertamento del grado soggettivo di imputazione posto a fondamento della responsabilità invocata[117]. Il beneficio finale per i consumatori interessati consisterebbe «nella cessazione o nella proibizione della pratica costituente violazione»[118]: ciò appare coerente con la definizione di interessi collettivi dei consumatori che, con riguardo ai provvedimenti inibitori, si condensa nella locuzione «interessi generali dei consumatori» e non già di un «gruppo di consumatori», rilevante invece ai fini dei provvedimenti risarcitori [art. 3, n. 3, direttiva (UE) 2020/1828][119].

Al fine di meglio comprendere l'ampiezza della tutela inibitoria, occorre tenere conto di quanto enunciato dal *Considerando* 40 e dall'art. 8 della direttiva in esame, ovvero delle misure provvisorie e definitive[120]. Le prime, precauzionali e preventive[121], potranno consentire di porre fine a una pratica in corso o vietarne una in grado di danneggiare gravemente o irreversibilmente i consumatori. Inoltre, nell'ottica dell'integrazione delle tutele, i provvedimenti inibitori potranno operare anche qualora la pratica sia cessata prima delle azioni rappresentative, venendo *dichiarato* che una determinata pratica violi le disposizioni in rassegna, qualora sussista «ancora la necessità di stabilire che la pratica (costituisca) una violazione, per esempio al fine di agevolare azioni complementari volte a ottenere provvedimenti risarcitori»[122]. Le misure definitive, invero, potranno concretizzarsi in provvedimenti di *accertamento* dell'abusività della pratica, ovvero,

116 *Considerando* n. 35 direttiva (UE) 2020/1828.

117 Come precisato dall'art. 8, par. 3, lett. *b*), direttiva (UE) 2020/1828, l'ente legittimato non è tenuto a provare le perdite o i danni effettivamente patiti dai singoli consumatori lesi dalla violazione delle disposizioni di cui all'Allegato I, né tantomeno la condotta intenzionale o negligente del professionista.

118 *Considerando* n. 37 direttiva (UE) 2020/1828.

119 Cfr. E. Camilleri, *La Dir. 2020/1828/Ue sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di "enforcement"?*, cit., 1085, nt. 110; A. Bellelli, *Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*, cit., 1434. In tema, A.C. Di Landro, *Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del* new deal for consumer*. Alcune riflessioni*, in *Juscivile*, 2023, 990 e, ancor più recentemente, M.A. Astone, *Transazioni collettive e tutela dei consumatori nella previsione dell'art. 140-*decies *c.cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1221.

120 Il provvedimento provvisorio opera qualora la pratica commerciale sia stata *ritenuta* costituire una violazione di cui all'art. 2, par. 1; diversamente, il provvedimento definitivo opera nel caso in cui la pratica commerciale sia stata *accertata* costituire una violazione di cui all'art. 2, par. 1 [v. art. 8, par. 1, direttiva (UE) 2020/1828]. In tema, G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, cit., 1029.

121 È correlata la necessità di sollecitudine procedurale e di trattazione sommaria con riguardo alle azioni rappresentative aventi ad oggetto un provvedimento inibitorio con effetto provvisorio [*Considerando* n. 67 e art. 17, par. 2, direttiva (UE) 2020/1828]. Risulta critico, sul punto, E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, cit., 1385.

122 *Considerando* n. 40 direttiva (UE) 2020/1828.

sempre se previsto dal diritto nazionale, in «un obbligo di pubblicare, integralmente o parzialmente, nella forma che l'autorità giurisdizionale o l'autorità amministrativa ritenga appropriata, la decisione relativa al provvedimento o un obbligo di pubblicare una dichiarazione rettificativa»[123].

La direttiva tace sulla possibilità di accompagnare i provvedimenti inibitori da misure di *facere*, così come invece previsti dal previgente art. 140, comma 1, lett. *b*), c. cons., nonché dall'attuale art. 840-*sexiedecies*, comma 7, c.p.c. (richiamato dall'attuale art. 140-*octies*, comma 7, c. cons.)[124].

Con riguardo alla legittimazione ad agire, rispetto a quanto previsto dall'art. 840-*sexiesdecies*, comma 1, c.p.c., essa spetta esclusivamente a un ente legittimato. L'area della legittimazione passiva non si arresta alle imprese o agli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, bensì si espande nei confronti di ogni professionista[125]. L'art. 4 scandisce, poi, i requisiti operativi e le prescrizioni tecniche che sorreggono la costruzione della fattispecie degli «enti legittimati». Vi rientrano: la costituzione in conformità del diritto nazionale; l'operatività almeno annuale nell'ambito della tutela consumeristica; l'oggetto sociale coerente con la tutela degli interessi dei consumatori previsti dalle disposizioni di cui all'Allegato I; l'assenza di scopi lucrativi; l'indipendenza; la trasparenza. La legittimazione ad agire dell'ente è del tutto dissociata da ogni manifestazione di volontà rappresentativa da parte singoli consumatori.

La tutela collettiva lascia trasparire, negli effetti, una *manifestazione collaterale* di protezione individuale[126]: in questo senso, meritano di essere interpretati l'art. 7, par. 6, ove è riconosciuto ai singoli consumatori interessati da un'azione rappresentativa il diritto «di beneficiare» dei provvedimenti inibitori e risarcitori[127] e l'art. 16, dedicato ai termini prescrizionali. Gli Stati membri dovranno assicurare che un'azione rappresentativa inibitoria sospenda o interrompa i termini prescrizionali applicabili nei confronti dei

123 Articolo 8, par. 2, lett. *b*), direttiva (UE) 2020/1828.

124 Precisa G. De Cristofaro, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, cit., 1030: «decisivo, per risolvere la questione, è stabilire se l'elenco di 'provvedimenti' suscettibili di essere assunti nel procedimento instaurato attraverso l'esperimento di un'azione rappresentativa inibitoria, inserito nel par. 2 dell'art. 8 dir., debba essere inteso come meramente esemplificativo ovvero - come a noi parrebbe preferibile - come tassativo. In ogni caso, parrebbe doversi riconoscere che quando la 'pratica' posta in essere dal professionista consista in una mera omissione, il giudice adito con l'azione rappresentativa inibitoria possa ordinare al professionista convenuto di tenere la condotta che una disposizione UE inserita nell'Allegato gli impone». In tema, A.C. Di Landro, *op. cit.*, 997.

125 G. Salvi, *La tutela collettiva dei consumatori*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent'anni di direttiva 93/13*, S. Pagliantini (a cura di), Milano, 2024, 504; D. Amadei, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 335-337.

126 Tra l'altro, «all'atto di intentare un'azione rappresentativa, l'ente legittimato fornisce all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa informazioni sufficienti sui consumatori interessati dall'azione rappresentativa» (art. 7, par. 2, direttiva (UE) 2020/1828).

127 E. Minervini, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, cit., 1381.

consumatori interessati, così che non sia pregiudicata l'effettiva tutela risarcitoria. Di diversa portata pare essere l'art. 15, dedicato agli effetti delle decisioni definitive. Gli Stati membri, dovranno assicurare che una decisione definitiva relativa all'esistenza di una violazione a danno dei consumatori possa essere usata «da tutte le parti» quale prova nell'ambito di ulteriori azioni di matrice risarcitoria «nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica»[128]. Quindi, la tutela consumeristica appare necessariamente mediata dalla presenza dell'ente legittimato e ogni successiva azione non potrà configurarsi alla stregua di *follow-on*[129].

La direttiva (UE) 2020/1828 è stata internamente recepita attraverso il d.lgs. n. 28/2023, che ha determinato l'inserimento del Titolo II.1 alla parte V del codice del consumo, dedicato, per l'appunto, alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori[130]. Tali interessi, diversamente dalla partizione contenuta dall'art. 3, n. 3, direttiva (UE) 2020/1828, inglobano «gli interessi di un numero di consumatori che sono stati o che potrebbero essere danneggiati da una violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies*»[131]. La tutela di tali posizioni giuridiche soggettive è affidata, a livello processuale, ai soggetti collettivi (parte processuale) iscritti nell'elenco di cui all'art. 137 c. cons. attraverso azioni rappresentative finalizzate all'ottenimento di un provvedimento inibitorio[132]. Costituisce condizione di procedibilità l'invio di una comunicazione formale - tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, pec o altro servizio elettronico di recapito qualificato - al professionista, accompagnata dal-

128 Art. 15 direttiva (UE) 2020/1828. Secondo B. Zuffi, Sub *art.140*-octies, in *Codice del consumo*, V. Cuffaro, A. Barba, A. Barenghi (a cura di), Milano, 2023, 1191, la disposizione in questione è anodina.

129 Così, E. Camilleri, *La Dir. 2020/1828/Ue sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di "enforcement"?*, cit., 1070-1071: «dietro il tenore estensivo della formula "tutte le parti" si cela a ben vedere proprio una paradossale preclusione per i singoli consumatori eventualmente interessati a valersi di una decisione – di accertamento della violazione – nel quadro di un giudizio individuale di risarcimento».

130 In tema, G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840*-bis *ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 2 ss.

131 Art. 140-*ter*, comma 1, lett. *c*), c. cons. Per alcune considerazioni critiche, v. E. Camilleri, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti sull'*arrêt Repsol, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 443 ss. Chiarisce l'A.: «in estrema sintesi, la traccia degli interessi dei consumatori come interessi diffusi avrebbe potuto (e dovuto) mettere capo a una verticalizzazione delle tecniche di tutela, che corresse parallela al degradare delle situazioni protette dalla caratura generale e adespota, fino a quella propriamente individuale; una verticalizzazione dunque con in cima l'azione - inibitoria o riparatoria - rappresentativa e a seguire quelle collettiva e individuale, prevedendo altresì dispositivi di coagulo (necessario) intorno a quella di classe di eventuali plurime azioni individuali, riferite ai medesimi fatti e proposte contro lo stesso convenuto» (447-448).

132 Non occorre che i singoli consumatori interessati diano mandato ai soggetti legittimati ad agire (art. 140-*septies*, comma 1, c. cons.).

la richiesta di «cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti»[133]. Decorsi quindici giorni, in difetto, verosimilmente, di soddisfacenti contromisure da parte del professionista, potrà essere esperita l'azione volta all'ottenimento di una misura inibitoria.

I provvedimenti inibitori potranno essere richiesti assieme - «cumulativamente»[134]- a quelli compensativi, diversamente da quanto è previsto dall'art. 840-*sexiesdecies*, comma 9, c.p.c., ove è prevista la separazione delle cause in caso di azione inibitoria proposta congiuntamente all'azione di classe[135].

Costituisce provvedimento inibitorio, l'ordine impartito dal giudice al professionista avente ad oggetto «la cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva posta in essere in violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies*» e la contestuale «pubblicazione del provvedimento, integralmente o per estratto, su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale ovvero la pubblicazione di una rettifica»[136]. L'azione rappresentativa impedisce l'esercizio dell'azione di classe disciplinata nel codice di rito, ma, al contempo, non intacca «i rimedi contrattuali ed extracontrattuali»[137]. Inoltre, in ossequio a quanto disposto dalla direttiva di riferimento, la cessazione delle violazioni delle norme oggetto di protezione non impedisce l'avvio dell'azione rappresentativa, né determina la cessazione del contendere[138].

I soggetti collettivi legittimati ad agire dovranno, nell'atto di ricorso, indicare «gli elementi necessari a determinare il gruppo dei consumatori interessati dall'azione rappresentativa»[139], dando così concretezza all'interesse collettivo legittimante l'avvio

133 Art. 140-*octies*, comma 8, c. cons.

134 Art. 140-*septies*, comma 1, c. cons.

135 G. DE CRISTOFARO, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840*-bis *ss. c.p.c.*, cit., 5. In tema, A. GIUSSANI, *Considerazioni sul rapporto fra le azioni collettive del codice di rito e quelle del codice del consumo dopo il d.lgs. n. 28 del 2023*, cit., 467-469. *Contra*, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in Class action. *Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., 30. Nota, tuttavia, C. PETRILLO, *Le situazioni soggettive*, ivi, 70: «nulla esclude che il giudice davanti al quale siano proposte congiuntamente l'azione rappresentativa inibitoria e quella 'compensativa', possa pronunciare una sentenza parziale di inibitoria e rimettere la causa in istruttoria per la prosecuzione del giudizio risarcitorio».

136 Art. 140-*ter*, comma 1, lett. *i*), c. cons.

137 Art. 140-*ter*, comma 2, c. cons.

138 Art. 140-*ter*, commi 3 e 4, c. cons.

139 Art. 140-*septies*, comma 5, c. cons.

del procedimento[140]. In coerenza con la logica dell'inibitoria, l'ente legittimato «non è onerato di provare la colpa o il dolo del professionista, né le perdite o i danni effettivamente patiti dai singoli consumatori interessati»[141]. Qualora ricorrano giusti motivi di urgenza[142], potrà essere richiesto, in corso di causa, un provvedimento provvisorio, la cui efficacia verrà meno in caso di inammissibilità del provvedimento inibitorio o di rigetto nel merito[143].

L'adozione dei provvedimenti inibitori provvisori o definitivi è accompagnata dalla fissazione di un termine per l'adempimento da parte del professionista e, *anche* - quindi, *non solo*, così come previsto dall'art. 840-*sexiesdecies*, comma 6, c.p.c. - su domanda di parte, il giudice potrà disporre, «in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 1.000 a 5.000 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto tenuto conto della gravità e della durata della violazione»[144].

6. Le azioni inibitorie quali congegni di regolazione del mercato

L'importanza dei provvedimenti inibitori a livello europeo è confermata dalla Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità[145]: «al fine di ga-

140 In tal senso, va letto anche l'art. 140-*duodecies* c. cons.: «La prescrizione dei diritti dei consumatori tutelabili ai sensi dell'articolo 140 *novies* è interrotta, ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile, dal deposito del ricorso introduttivo dei procedimenti previsti dagli articoli 140-*octies* e 140-*novies*, sempre che il ricorso stesso sia notificato al resistente nel termine assegnato dal giudice. Dalla data del deposito dell'atto introduttivo sono altresì impedite le decadenze previste a carico dei consumatori». Tuttavia, come nota G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840*-bis *ss. c.p.c.*, cit., 7, «il c.p.c. si limita a prevedere che sia soltanto la domanda di adesione ad un'azione di classe, proposta dal singolo componente della 'classe' (e non il ricorso con il quale viene esercitata l'azione di classe *ex se*), a produrre (esclusivamente per quest'ultimo) «gli effetti della domanda giudiziale», incluso l'effetto interruttivo del termine prescrizionale delle pretese in tal modo fatte valere dall'aderente».

141 Art. 140-*octies*, comma 4, c. cons. In questa direzione, D. Amadei, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 338-339. Secondo N. Rumine, *La complessità strutturale degli interessi collettivi: spunti per una lettura critica delle nuove azioni collettive in materia di consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 574, «si tratta di una semplificazione probatoria di grande rilievo, che conferma la dimensione anche oggettiva degli interessi in discorso e che inoltre va collocata nella dimensione della costruzione di azioni rappresentative sempre più dissuasive, secondo un percorso che è d'altra parte molto chiaro anche a livello europeo e di cui si è dato conto in precedenza».

142 Secondo Trib. Torino, sez. impr., 23 febbraio 2024, «l'urgenza di provvedere è dunque legata al pericolo di reiterazione delle violazioni, con aggravio dei pregiudizi arrecati alla classe interessata nel suo insieme».

143 Art. 140-*octies*, commi 5 e 6, c. cons. Come osserva G. De Cristofaro, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140*-ter *ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840*-bis *ss. c.p.c.*, cit., 7, ciò non è contemplato dall'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.

144 Art. 140-*terdecies* c. cons.

145 Direttiva (UE) 2024/1760, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

rantire i mezzi di ricorso, i ricorrenti dovrebbero poter chiedere provvedimenti inibitori sotto forma di misure definitive o provvisorie per porre fine alle violazioni delle disposizioni di diritto nazionale adottate in attuazione della presente direttiva compiendo un'azione o cessando una condotta»[146]. L'art. 29, rubricato "Responsabilità civile delle società e diritto al pieno risarcimento", impone, al par. 3, lett. *c*), agli Stati membri di provvedere affinché «i ricorrenti siano in grado di richiedere provvedimenti inibitori, anche mediante procedimenti sommari; tali provvedimenti inibitori assumono la forma di misure definitive o provvisorie, per porre fine alle violazioni delle disposizioni di diritto nazionale adottate in attuazione della presente direttiva, compiendo un'azione o cessando una condotta»[147]. L'inibitoria determina un controllo - mediante l'impiego del criterio della diligenza[148] - sulle politiche d'impresa[149].

Dall'esame del quadro normativo sinora complessivamente considerato, spicca la centralità di una tutela collettiva scissa dall'accertamento e dalla liquidazione del danno e scortata dal ricorso a meccanismi di *astreintes*[150]; l'attitudine regolatoria dell'inibitoria collettiva si condensa nella possibilità riconosciuta al giudice di imporre l'adozione di

146 *Considerando* n. 86 direttiva (UE) 2024/1760.

147 Art. 29, par. 3, lett. *c*). Cfr. L. Serafinelli, *op. cit.*, 344.

148 Come ha precisato V. Pietrobon, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 26 ss., l'inibitoria non ha funzione riparatoria ma si traduce in una statuizione su doveri comportamentali.

149 G. Ghidini, *L'illecito dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 1978, 439 ss. Sull'impatto costituzionale dell'inibitoria, A. Proto Pisani, *Brevi note sull'art. 844 c.c. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 877 ss.; G. Carapezza Figlia, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. comm.*, 2021, I, 850 ss. Sottolinea la possibile tendenza dell'inibitoria positiva a risolversi in una forma di «determinazione giudiziale dei modi di svolgimento dell'attività economica», entrando così in contrasto con l'art. 41 Cost., V. Fusco, *Il ruolo dell'inibitoria positiva in presenza di immissioni eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 888.

150 Sulla necessità di aggregare *astreintes* e tutela inibitoria, v. G. Cian, *op. cit.*, 694. V. sul punto N. Cevolani, *Modelli e novità dell'azione di classe,* in *Profili attuali di diritto dei contratti per l'impresa*, M.N. Bugetti (a cura di), Torino, 2020, 276-277.

misure conformative[151], che incidono - *ultra partes*[152] - sul concreto svolgersi , nell'orizzonte temporale contingente e in quello *pro futuro*[153], delle attività commerciali[154].

Volendo richiamare quanto deciso da una recente ordinanza della Corte di cassazione, l'azione inibitoria è strumento «atto a ripristinare le condizioni di fatto che consentono il normale svolgimento di un'attività»[155]. La dimensione preventiva, *raison d'être* della

151 G. Gitti, *op. cit.*, 316.

152 Corte giust. UE, 26 aprile 2012, C472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt, su cui v. A. Fachechi, *op. cit.*, 791 ss.; e G. Salvi, *op. cit.*, 487-489. In tema, S. Pagliantini, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), Torino, 2016, 86, chiarisce: «il giudicato sarà così produttivo di effetti *ultra partes* ma, naturalmente, ove il provvedimento sia favorevole ai consumatori (un'efficacia *secundum eventum litis* dunque), non anche quando sia di rigetto, i cui effetti rimangono pertanto limitati ai rapporti tra le parti del procedimento inibitorio». In questo senso, già, S. Chiarloni, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Id., P. Fiorio (a cura di), Torino, 2005, 10. V., anche, F. Tommaseo, Sub *art. 1469*-sexies *c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469*-bis - *Art. 1469-sexies*, G. Alpa, S. Patti (a cura di), in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, 1212. V., anche, E. Ferrante, *L'interesse di classe*, in *Studi economici-giuridici on line*, 2024, 1, 68, secondo il quale «il provvedimento di tutela inibitoria o compensativa non protegge il diritto soggettivo o diritti omogenei, ma l'interesse di classe tout court».

153 Corte giust. UE, 26 aprile 2012, C472/10, cit. V., anche, Trib. Bolzano, sez. impr., 17 giugno 2024, n. 646. Il Tribunale dopo aver accertato la vessatorietà della clausola predisposta da Sicily by Car S.p.A., avente ad oggetto una penale pari ad € 50,00 oltre IVA per l'omesso e tempestivo pagamento di contravvenzioni, pedaggi e parcheggi, ha chiarito, che «la condotta di cui deve essere ordinata la cessazione e il divieto di reiterazione comprende sia l'inserimento della clausola, o di altra analoga, nei contratti che Sicily by car stipulerà in futuro, sia l'applicazione della stessa rispetto ai contratti già stipulati, ossia l'utilizzo della clausola». In dottrina, E. Minervini, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori*, E. Gabrielli, Id. (a cura di), I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, III, Torino, 2005, 428.

154 Come nota C. Salvi, *Note sulla tutela civile della salute come interesse collettivo*, in Id., *Cinquant'anni di scritti giuridici*, Roma, 2024, 920, nt. 85, «l'inibitoria è diretta a vietare la lesione del bene giuridico, non l'attività lesiva in sé e per sé. Ciò vuol dire che il provvedimento del giudice può ottenere il risultato funzionale predetto anche con un contenuto diverso dal mero divieto di (continuare a) svolgere l'attività lesiva; ad es., nella materia che ci interessa, prescrivendo modalità tecniche idonee ad evitare che il proseguimento dell'attività produca effetti lesivi (come l'adozione di impianti antinquinanti o di altre cautele). L'inibitoria appare quindi come lo strumento centrale mediante il quale rendere possibile un controllo sociale delle attività produttive (e non solo di singoli atti giuridici) nelle forme del diritto civile». V., anche, F. Rizzo, *L'azione inibitoria*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti (a cura di), Napoli, 2014, 562.

155 Cass., sez. III, 22 aprile 2024, n. 10720.

tutela inibitoria[156], risulta così affiancata da una dimensione performativa[157]: il rimedio, generale e consumeristico[158], presenta, a livello sistematico, notevoli implicazioni in termini di salvaguardia dell'integrità del mercato[159] e si candida a costituire una modalità di tutela efficiente[160] ed efficace per i diritti connessi - quindi per le situazioni giuridiche soggettive *unificate*[161], in un logica di «protezione in prospettiva o in movimento»[162] - alle istanze ambientali e consumeristiche[163].

156 Per R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in ID., *Responsabilità civile e danno*, cit., 25, l'azione inibitoria e la condanna «ad astenersi dagli atti, che vengono riconosciuti come vietati, può - ove si abbia riguardo alle finalità caratteristiche e allo stesso spirito del diritto privato - costituire di già un rimedio adeguato avverso l'illecito». Nella giurisprudenza europea, v. Corte giust. UE, 14 aprile 2016, C-381/14 e C-385/14, Jorge Sales Sinués c. Caixabank SA e Youssouf Drame Ba c. Catalunya Caixa SA, con nota di N. CEVOLANI, *A proposito dei "mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive". Tutela individuale e tutela collettiva*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, I, 1157 ss.

157 Cfr. M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, 113; A. D'ADDA, *Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse»*, cit., 1385, 1395. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 49, rileva come l'azione inibitoria possiede una funzione deterrente che «permette di scongiurare pericolosi fenomeni imitativi». Sull'impiego dell'inibitoria collettiva in senso funzionale al «libero svolgersi della concorrenza», v. A. FACHECHI, *op. cit.*, 795.

158 M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1995, 556, ha chiarito che l'inibitoria «non è eccezionale solo se ed in quanto svolga funzione di riparazione specifica di un danno attuale. È invece eccezionale quando è riconosciuta in funzione propriamente 'restitutoria', cioè sulla base del semplice accertamento della titolarità di una situazione soggettiva attiva e della lesione dell'interesse protetto».

159 Come ha osservato R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., 25, la diffusione di provvedimenti inibitori «nel diritto moderno [...], secondo l'evoluzione della coscienza sociale ed il progredire della tecnica giuridica», consente di rilevare come «il diritto viene chiamato, già per quanto attiene ai rapporti tra i privati, ad assolvere a nuovi compiti, che postulano una tutela peculiare degli interessi in gioco (ed eccedente quella tradizionale, la quale si risolve [...] nell'attribuzione dei diritti soggettivi e delle azioni che valgono a garantirne l'attuazione». In tema, A. BELLELLI, *L'azione inibitoria*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, P. SIRENA (a cura di), Milano, 2006, 367 ss.

160 Come osserva A.A. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, cit., 364, l'inibitoria funge da strumento di perequazione economica, data l'insufficienza della reintegrazione patrimoniale nel soddisfare gli interessi generali.

161 I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 2333.

162 Secondo D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei* Principles of European Tort Law, cit., 33, l'azione inibitoria è diretta alla «reintegrazione [...] di situazioni soggettive».

163 Precisa A. BARBA, *In tema di inibitoria collettiva della pratica commerciale scorretta: riflessioni a margine di un recente decreto del Tribunale di Torino*, cit., 544, che, l'iniziativa privata «si mobilit(a) in forma processuale per l'attuazione di un principio regolativo del mercato corrispondente ad una finalità (la tutela del consumatore) di interesse generale». V., altresì, A. FICI, *Sub art. 37 c. cons.*, in *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469* bis. *Leggi collegate*, E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), in *Comm. Gabrielli*, Milanofiori Assago, 2011, 898 ss.

Le nuove indicazioni del GAFI per l'ecosistema AML in materia di assessment nazionale antiriciclaggio

GIAMPAOLO ESTRAFALLACES*
Consigliere senior
Banca d'Italia

Sommario: 1. Premessa; 2. I concetti chiave per la valutazione e la comprensione del rischio di riciclaggio; 3. I prerequisiti del NRA; 4. I passaggi del processo e le buone pratiche; 5. Allineare, sensibilizzare, migliorare; 5.1 Allineare strategie e policy AML al rischio; 5.2 Sensibilizzare e coinvolgere gli stakeholder; 5.3 Migliorare il processo di NRA; 6. Prospettive e considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il 7 novembre 2024 il GAFI/FATF (d'ora innanzi "GAFI" o "Organismo internazionale") ha pubblicato la propria guida per orientare i diversi paesi nell'attività di assessment nazionale del rischio di riciclaggio[01] (National Risk Assessment o NRA).

Questa guida non è il primo documento della specie. Dopo l'introduzione nel 2012 della Raccomandazione n.1, il GAFI pubblicò una raccolta di orientamenti per guidare le valutazioni nazionali sia del rischio di riciclaggio che di quello di finanziamento al terrorismo[02] (d'ora innanzi, rispettivamente ML e TF) provvedendo, a febbraio 2019, ad aggiornate quelle sul rischio di TF[03] e ad adottare ex novo, nel 2021, quelle in materia di

* Le opinioni espresse non impegnano l'Istituto di appartenenza.

01 FATF (2024), Money Laundering National Risk Assessment Guidance, FATF, Paris. La guida è dedicata esclusivamente al rischio di riciclaggio (ML).

02 FATF (2013), National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment Guidance.

03 FATF (2019), Terrorist Financing Risk Assessment Guidance.

proliferazione delle armi di distruzione di massa[04] (PF).

Questa manifesta esigenza di aggiornamento fa da corollario al convincimento che l'identificazione e la comprensione sostanziale dei rischi cui un paese è esposto rappresenti la base fondamentale per l'efficace attuazione di tutte le 40 Raccomandazioni[05].

Per tale ragione, sempre a parere del GAFI, un assessment del rischio di riciclaggio che non si traduca in una mera ricognizione dello stato dell'arte[06], ma abbia anche una portata predittiva, deve essere frutto di un processo dinamico e continuo per far funzionare il quale la guida fornisce una serie di principi e best practices.

Come viene sottolineato dal GAFI, il risultato di questo processo non ha una valenza esclusivamente pubblica ma è finalizzato a fornire informazioni utili anche alle istituzioni finanziarie, alle imprese e professioni non finanziarie designate (DNFBP)[07] e ai fornitori di servizi di asset virtuali (VASP)[08] per supportare le valutazioni in ordine al proprio rischio intrinseco e la scelta e messa in opera delle misure di mitigazione.

Pertanto, la valutazione nazionale del rischio ML viene definita dal GAFI come "un processo basato su una metodologia concordata fra tutte le parti coinvolte"[09] e, conseguentemente, in applicazione ai dettami della Nota interpretativa alla Raccomandazione n.1 "I paesi dovrebbero…disporre di meccanismi per fornire informazioni appropriate sui risultati <dell'assessment> a tutte le autorità competenti e agli organismi di autore-

04 FATF (2021), Proliferation Financing Risk Assessment Guidance.

05 In tal senso il GAFI laddove indica le attività di individuazione e valutazione dei rischi come base per l'applicazione dell'approccio basato sul rischio (RBA): *"This approach should be an essential foundation to efficient allocation of resources … and the implementation of risk-based measures throughout the FATF Recommendations"*, FATF (2012-2023), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Paris, France, R.1 Assessing risks and applying a risk-based approach.

06 *"…countries should not see the NRA as a tick-box exercise"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Paris, Section 3: Post-NRA Actions, Align AML Strategies and Policies with Risk, p.49. Peraltro, la Direttiva UE 2024/1640 prevede che nella valutazione nazionale sia inserita una parte meramente descrittiva riguardo alla struttura istituzionale e alle principali procedure in materia di AML/CFT *"…inclusi le FIU, le autorità fiscali e i procuratori, i meccanismi di cooperazione con omologhi all'interno dell'Unione o in paesi terzi, nonché le risorse umane e finanziarie assegnate…"*, Direttiva (UE) 2024/1640 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 maggio 2024 relativa ai meccanismi che gli Stati membri devono istituire per prevenire l'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, e modifica e abroga la direttiva (UE) 2015/849, articolo 8, par.4.

07 Designated non-financial businesses and professions. Per il dettaglio si veda FATF (2012-2023), International Standards cit., General Glossary, p.126.

08 Virtual Asset Service Providers. Per il dettaglio si veda FATF (2012-2023), International Standards cit., General Glossary, p.137.

09 *"A national ML risk assessment is a process based on a methodology, agreed by all parties involved…"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Key Concepts Relevant to Assessing and Understanding ML Risks, p.10.

golamentazione, alle istituzioni finanziarie e ai professionisti designati" (trad. dell'A.)[10].

Considerata, dunque, la complessità delle problematiche coinvolte e la varietà dei destinatari, il GAFI ha fatto ricorso per la predisposizione di queste linee guida ad una metodologia quanto più inclusiva possibile, coinvolgendo nell'aggiornamento co-diretto da Messico, Hong Kong e Cina non solo i propri membri e quelli degli organismi regionali (FSRB)[11] ma anche gli operatori del settore privato attraverso l'attivazione, nell'aprile 2024, di un forum e l'avvio, a luglio 2024, di una consultazione pubblica ad esito della quale il team di progetto ha ricevuto 501 risposte provenienti da vari attori tra cui istituzioni finanziarie, professionisti, accademici, organizzazioni non profit e consulenti aziendali.

2. I concetti chiave per la valutazione e la comprensione del rischio di riciclaggio

La descrizione del processo di risk assessment prende l'avvio dall'individuazione da parte del GAFI di alcuni concetti chiave: minaccia, vulnerabilità, impatto, rischio, (misure di) mitigazione.

A. L'individuazione e la valutazione delle diverse minacce rappresenta il punto di partenza per la comprensione del rischio di riciclaggio: secondo l'Organismo internazionale la minaccia è rappresentata dal singolo soggetto o da più soggetti o attività, potenzialmente idonee a dissimulare le origini illecite dei fondi, causando in tal modo danni allo Stato, alla società e all'economia.

B. Ciò premesso, il concetto di vulnerabilità nel contesto dell'AML assessment può afferire alle caratteristiche:

- di un paese, ad esempio la struttura del suo settore finanziario, di quello commerciale o le procedure e formalità per la costituzione di società e altri veicoli, o
- di un particolare settore di attività, prodotto o servizio finanziario che rende tali strumenti particolarmente idonei per finalità di riciclaggio.

In entrambi i casi la vulnerabilità può dipendere da carenze della regolamentazione o nella sua applicazione (ad esempio non conformità o parziale conformità della legislazione nazionale ai requisiti delle raccomandazioni del GAFI) o essere riconducibile ad una inadeguata attività di supervisione.

C. Come parte della loro valutazione del rischio ML i diversi paesi dovrebbero concentrarsi, oltre che sull'identificazione delle minacce e delle vulnerabilità che li caratteriz-

10 *"Countries should keep the assessments up-to-date, and should have mechanisms to provide appropriate information on the results to all relevant competent authorities and self-regulatory bodies (SRBs), financial institutions and DNFBP"*, FATF (2012-2023), International Standards cit., Interpretive note to recommendation 1 (assessing ML/TF risk and applying a risk based approach), par.5, Assessing ML/TF risks.

11 FATF-Style Regional Bodies.

zano, anche sulla comprensione approfondita del loro potenziale impatto, inteso come "danno" che il riciclaggio può cagionare all'economia e alla società in generale.

In questo contesto il concetto di "danno", inteso nel senso ampio di detrimento, svantaggio o diminuzione, comprende anche l'aspetto reputazionale di un paese e la capacità attrattiva del suo settore finanziario e potrà avere una portata nazionale e/o internazionale, di breve o lungo termine e includere effetti negativi nei confronti dell'intera popolazione o di specifiche comunità e settori di attività.

D. Quanto al concetto di rischio, la guida GAFI, pur non esplicitandone una definizione precisa, ponendo in connessione logica i concetti sopramenzionati, afferma che lo stesso si manifesta nel momento in cui una minaccia sfrutta con successo una vulnerabilità per produrre un impatto (negativo, ovviamente).

E. A loro volta le misure di mitigazione del rischio vengono individuate in tutte quelle azioni, controlli o strategie finalizzate alla gestione del rischio ML e possono essere di tipo legislativo, regolamentare, di vigilanza o altre azioni amministrative intraprese per contenere il rischio.

3. I prerequisiti del NRA

Sebbene il GAFI sia consapevole che i paesi debbano calibrare il proprio assessment in base alle loro caratteristiche, la guida individua una serie di prerequisiti per un assessment nazionale efficace indipendentemente dalla capacità, dal rischio e dal contesto del paese.

i. Commitment politico sulla conduzione del NRA

La guida pubblicata a novembre 2024 sottolinea l'importanza del sostegno ufficiale degli organi di governo (*"senior government level commitment"*) ai fini della percezione da parte dell'ecosistema AML della rilevanza del processo di assessment.

A tal fine, indicatori di un forte commitment governativo possono essere rappresentati dalla decisione di assegnare il compito di condurre il processo a un gruppo, a basso turn over, composto da soggetti di adeguata esperienza tratti dalla FIU, dalle autorità di vigilanza, di regolamentazione e con compiti sanzionatori e da altre autorità competenti in materia AML nonché nella scelta di effettuare investimenti in soluzioni tecnologiche per la raccolta e l'elaborazione di dati con modalità tali da garantire risultati affidabili[12].

12 In un sondaggio della Banca Mondiale condotto tra un gruppo eterogeneo di esperti nazionali coinvolti negli assessment nazionali, il 9 per cento degli intervistati ha indicato che la mancanza di impegno politico era un ostacolo significativo per la qualità del loro assessment. Nello stesso sondaggio oltre il 60 per cento dei partecipanti segnalava che la mancanza di impegno politico, si era tradotto nella difficoltà nell'ottenere risorse, in problemi di coordinamento e nella mancanza di responsabilizzazione del gruppo di lavoro. Kuntay Celik, 2023, Lessons Learned from the First Generation of Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessments. Washington, DC, World Bank.

ii. Il meccanismo nazionale per valutare il rischio

Gli standard GAFI prevedono che i diversi paesi debbano individuare un'autorità o una struttura di coordinamento delle attività di assessment nazionale (*authority or mechanism*), ma attribuiscono margini di flessibilità affinché sia adottato un approccio che tenga conto del contesto nazionale: non è richiesta, pertanto, l'istituzione di un organismo permanente per lo svolgimento dell'assessment.

In ogni caso dalla guida emerge, almeno ai fini dell'assessment nazionale, un ampliamento del perimetro dell'ecosistema AML, espressione che ricorre nel documento del GAFI solo una volta senza, peraltro, essere accompagnata da una definizione e lasciando al lettore il compito di intuirne le componenti.

Il riferimento ad un "ecosistema AML" è presente anche in altri documenti[13], ma dalla lettura della guida GAFI pubblicata a novembre 2024 emerge una tendenza ad amplificarne i confini fino a comprendere non solo regolatori e supervisori, ma anche i soggetti obbligati e quelli che pur non essendolo, in base alle loro funzioni istituzionali, pubbliche o private, possano offrire un contributo alle diverse fasi di articolazione del processo di assessment.

Infatti, il GAFI sottolinea che per garantire la completezza della valutazione del rischio, qualunque sia la soluzione organizzativa prescelta, dovrebbe essere favorita la partecipazione di un'ampia gamma di autorità nazionali quali le agenzie di intelligence e sicurezza, le forze di polizia (ivi incluse quelle a presidio delle frontiere), l'autorità giudiziaria, la FIU, l'autorità antidroga e quella anticorruzione, le autorità doganali, quelle di vigilanza e di regolamentazione e dovrebbero, inoltre, essere coinvolti tutti i soggetti pubblici che possono detenere informazioni rilevanti per l'assessment, tra cui banche

13 A titolo d'esempio, Kannan Subramanian, The Money Laundering and Financing of Terrorism Eco-System, Notion Press, 2016; ed ancora, Building an effective Anti-money laundering ecosystem, position paper, Accountancy Europe, may 2021. Quest'ultimo documento, pur prendendo in considerazione un nucleo ristretto di soggetti (obliged entities - Oes - supervisors and policy makers) rimarcava comunque l'importanza di PPPs (Public-private partnerships), sottolineando come questi partenariati *"...can play an important role in strengthening the AML ecosystem. Enhanced cooperation between OEs and authorities can better inform and improve understanding of the common threats. National actors should overcome the 'taboo' of cooperating with the private sector to combat financial crime..."*, Building an effective cit, Facilitate collaboration between the private and public sector, p.9.

Nella sua sinteticità questo riferimento ha rappresentato un progresso rispetto all'atteggiamento quanto meno timido, manifestato dal GAFI nel 2013 in merito al peso da attribuire al settore privato ai fini dell'assessment nazionale.

In quella sede l'Organismo internazionale prendeva atto che *"...Private sector involvement may also be valuable in building a complete picture of national ML/TF risks and may benefit the assessment process in a number of ways - as either as a source of information or by having representatives participating directly in some aspects of the process if the country considers that appropriate"*, FATF (2013), National Money Laundering and Terrorist Financing Risk cit., 3. Organisation and information, 3.2 Sources of information, Involvement of the private sector and other actors, par.27, p.15.

dati fiscali e istituti di statistica che possono fornire, tra l'altro, dati ripartiti per settori di attività utili a valutare le differenze di impatto del riciclaggio.

Inoltre, a seconda delle caratteristiche del paese, dovrebbe essere preso in considerazione anche il coinvolgimento dei soggetti che si occupano delle politiche di inclusione finanziaria.

Viepiù, sebbene l'assessment nazionale del rischio ML sia istituzionalmente destinato a sintetizzare la posizione governativa in ordine a tale rischio, una maggiore concretezza del risultato richiede il coinvolgimento di stakeholder non governativi compresi, non solo gli intermediari finanziari, i professionisti designati, i VASP, ma anche i rappresentanti della società civile e del mondo accademico ivi inclusi eventuali esperti nella valutazione di rischi differenti da quelli del mondo AML.

A parere del GAFI, infatti, il coinvolgimento di stakeholder non governativi non solo può condurre all'individuazione di minacce emergenti ma contribuirebbe a integrare e contestualizzare le informazioni, specie quelle in possesso delle forze dell'ordine e dei supervisori, illuminandole di una luce "pratica"[14] utile a evitare generalizzazioni e cogliere sfumature e dettagli per comprendere concretamente come prodotti e servizi possano essere utilizzati legittimamente o per finalità di riciclaggio.

A tal fine l'Organismo internazionale stimola con la guida i diversi paesi, non solo ad acquisire dai soggetti sottoposti alla normativa AML le loro autovalutazioni circa l'esposizione al rischio, ma a chiedere altre informazioni tramite l'invio di sondaggi o questionari finalizzati ad ottenere feedback[15] e ulteriori dati la cui utilità potrà essere tanto maggiore quanto più elevato è il livello di standardizzazione del modello per la loro analisi[16].

iii. La definizione dell'ambito e degli obiettivi

Secondo il GAFI, è essenziale che tutti i soggetti coinvolti nella valutazione nazionale del rischio abbiano chiaro fin dall'inizio il motivo per cui esso vada condotto, nonché l'ambito del suo svolgimento.

---

14 *"Involving non-governmental stakeholders can supplement or validate information from LEA and supervisors to detail what is occurring in practice"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Section 1: NRA Preparation and Set-up, An Inclusive National Mechanism to Assess Risk, Involvement of Non-governmental Stakeholders Risks, p.15.

Interessante, al riguardo, l'esperienza tedesca riferita dal GAFI: in Germania, per la realizzazione di un questionario utile all'assessment da inviare al settore privato le autorità hanno preventivamente consultato un criminologo e un sociologo per garantire che la struttura del questionario e la formulazione delle domande fossero tali da garantire risposte imparziali e di facile analisi.

15 A titolo di esempio il GAFI rammenta al lettore che, una volta che il processo NRA è formalmente iniziato, l'autorità del Regno Unito invia questionari ai soggetti sottoposti agli obblighi AML per chiedere il loro punto di vista su come i rischi sono cambiati dall'ultimo assessment.

16 *"It is a good practice to have a standardised template to facilitate the analysis of the information received"*, FATF (2024), Money Laundering cit., p.15.

Definire l'ambito del processo significa delineare e formalizzare chiaramente l'iter decisionale per la conduzione dell'assessment e i protocolli di riservatezza per la trattazione dei dati, identificare le domande a cui dovrebbe essere data risposta, i criteri che saranno utilizzati per rispondere a tali domande e le possibili decisioni e strategie che saranno adottate in base al risultato emerso, le tempistiche, i passaggi chiave, le scadenze durante tutto il processo.

Andranno, per quanto possibile, determinate anche le fonti dei dati da acquisire e i materiali già prontamente utilizzabili in modo da garantire che le risorse siano impegnate in modo mirato, massimizzando così l'efficienza della valutazione.

Un primo passo è, dunque, quello di riprendere l'NRA precedente[17] e considerare altri documenti eventualmente già disponibili e utili alla valutazione del rischio come, ad esempio, studi e ricerche su determinate tematiche o settori[18] come le analisi già con-

17 Questa "scienza del precedente" dovrebbe portare a rispondere a domande ben precise quali, ad esempio:

a. la metodologia e l'ambito individuati in passato erano appropriati?

b. ci sono stati problemi con la raccolta dei dati che ora potrebbero essere risolti?

c. sono state coinvolte tutte le autorità e gli altri stakeholder (mappatura degli stakeholder)?

d. sono state riscontrate difficoltà nella comprensione del rischio da parte del settore privato?

e. ci sono state difficoltà nella scelta e nell'implementazione di misure di mitigazione del rischio?

f. quali dati mancavano che avrebbero potuto supportare ulteriormente le conclusioni in merito al rischio?

18 Gli studi settoriali sono quegli approfondimenti finalizzati a un'analisi mirata dei rischi di riciclaggio specifici di un settore o sottosettore (targeted analysis) attraverso l'esame delle vulnerabilità e delle caratteristiche peculiari del settore compresi i servizi e i prodotti offerti, i profili dei clienti, i modelli aziendali adottati, il modo in cui si svolgono le transazioni finanziarie e qualsiasi tendenza consolidata ed emergente nel settore. Tale tipo di approfondimento dovrebbe anche occuparsi dell'eventuale esposizione del settore alle minacce transfrontaliere, che potrebbe variare a seconda delle dimensioni del settore, della posizione del paese e del fatto che i clienti siano cittadini del paese o meno. È importante tenere presente che dall'assessment nazionale potrebbe emergere una mancanza di conoscenze delle dinamiche di uno o più settori tale da indurre il paese, dopo l'adozione dell'NRA, a impostare prioritariamente una valutazione del rischio con riferimento ad un determinato settore.

Rispetto agli studi settoriali, gli approfondimenti tematici si concentrano su temi specifici o questioni trasversali foriere di rischi di riciclaggio, ad esempio l'uso di denaro contante o di pagamenti digitali che potrebbero avere un impatto su molti settori, o su una minaccia emergente, ad esempio una specifica tipologia di frode informatica, che il paese non ha ancora approfondito in dettaglio e che ha il potenziale per diventare un rischio significativo. Gli approfondimenti della specie sono per lo più incentrati sulle vulnerabilità del sistema AML, comprese eventuali lacune che potrebbero essere sfruttate, sui modus operandi e sulle conseguenze negative derivanti dal riciclaggio. Questi approfondimenti hanno generalmente una portata più ampia rispetto agli studi settoriali perché trattano temi che possono avere un impatto su più settori.

In tal senso, FATF (2024), Money Laundering cit., Annex A. Types of Risk Assessments that Complement the NRA, Sectoral and Thematic Risk Assessments, p.66.

dotte da parte della FIU (*trends and typologies reports*)[19], delle forze dell'ordine o degli uffici di intelligence[20], di istituzioni bancarie e finanziarie, di istituti di ricerca indipendenti o i report di organismi internazionali come il documento Unionale sulla valutazione del rischio sovranazionale[21]: l'utilizzo di questi documenti nei quali sono già presenti dati e valutazioni in tema di rischi è un modo, secondo il GAFI, per ottimizzare le risorse disponibili[22].

iv. La raccolta delle informazioni e dei dati

Tutto ciò premesso risulta pressoché scontato il richiamo del GAFI al ruolo essenziale svolto in ogni fase del processo di assessment nazionale dall'attività di raccolta dei dati. In tale ambito il GAFI distingue fra dati quantitativi e qualitativi.

I primi sono rappresentati dalle informazioni numeriche e misurabili che possono essere espresse in termini di quantità o importi e consentono di trarre conclusioni oggettive[23].

Queste informazioni, pur costituendo una buona base di partenza per misurare la capacità delle autorità di monitorare andamenti tendenziali, non sono sufficienti per interpretare i fenomeni sottostanti e comprendere le relative implicazioni in termini di efficacia del sistema di contrasto al riciclaggio.

I dati qualitativi si sostanziano, invece, in informazioni descrittive non numeriche, ad esempio, l'illustrazione di casi di studio, pareri di esperti e osservazioni provenienti da

19 La FIU nazionale, oltre a fornire *trends and typologies reports* e statistiche in materia di segnalazioni di operazioni sospette, può svolgere un ruolo in sede di assessment nazionale fornendo informazioni di intelligence finanziaria raccolte presso giurisdizioni straniere con le quali abbia eventualmente sottoscritto Memorandum of Understanding (MOU).

20 Le agenzie nazionali di intelligence sono in possesso o hanno, comunque, accesso a informazioni preziose sulle dinamiche geopolitiche e sulle minacce emergenti eventualmente connesse, nonché sulle reti criminali transnazionali e sugli aspetti evolutivi delle diverse tipologie di riciclaggio.

21 La Commissione europea ha già pubblicato tre valutazioni del rischio sovranazionale (SNRA), nel 2017, 2019 e nel 2022. Una quarta SNRA sarà pubblicata nel 2025. Questo tipo di valutazione fornisce un'analisi completa di quei rischi che trascendono i confini nazionali, il che è particolarmente importante considerata la presenza di rischi transfrontalieri correlati al ML che non possono sempre essere identificati e mitigati attraverso l'azione di un singolo paese. Secondo l'AML Package, una valutazione del rischio AML/CFT a livello unionale sarà pubblicata ai sensi dell'articolo 7 della Direttiva (UE) 2024/1640 entro il 10 luglio 2028 e aggiornata ogni quattro anni. La Commissione europea potrà però aggiornare parti del rapporto più frequentemente, se opportuno.

22 *"This allows a progressive approach to be adopted to promote more optimal use of resources, particularly in resource-limited or lower capacity situations"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Section 1: NRA Preparation and Set-up, Scoping and Objective Setting, Different Types of Risk Assessments and their Interactions, p.19.

23 Ad esempio, statistiche sul numero delle segnalazioni sospette ricevute dalla FIU e disseminate, numero delle indagini e azioni penali, condanne, ammontare dei proventi di reato confiscati, statistiche sulle azioni di vigilanza, sanzioni irrogate, etc.

vari soggetti come le forze dell'ordine, l'autorità giudiziaria, organismi di autoregolamentazione: tale tipo di dati è in grado di fornire dettagli sulle percezioni, gli atteggiamenti e le esperienze delle principali parti interessate e supporta l'identificazione delle carenze e dei relativi margini di miglioramento.

Entrambe le tipologie di dati dovrebbero contribuire a delineare un quadro accurato dei rischi di un paese: ad esempio, se non sono state inoltrate segnalazioni di operazioni sospette da parte di un certo tipo di soggetti obbligati ciò potrebbe far sembrare quei soggetti come a basso rischio. Tuttavia, le informazioni qualitative potrebbero evidenziare la ridotta consapevolezza di quel settore riguardo ai propri obblighi segnaletici, circostanza potenzialmente significativa di un livello di rischio più elevato di quanto suggeriscano i dati quantitativi.

In tale ambito, il GAFI richiama l'utilità che la raccolta e l'integrazione dei dati avvenga tramite un data base centralizzato a livello nazionale in grado di fornire una visione olistica dei dati relativi al riciclaggio, se possibile comparabili e uniformi nel tempo, così preconizzando un approccio realizzato da un numero ancora limitato di paesi[24].

Viepiù, l'utilizzo di un data base centralizzato consentirebbe la verifica incrociata di dati provenienti da fonti diverse per creare un quadro scevro da incoerenze.

4. I passaggi del processo e le buone pratiche

Per lo svolgimento dell'assessment il GAFI descrive un processo lineare articolato - secondo le buone pratiche di cui si è fatto collettore - in sei passaggi (v. figura 1) precisando, tuttavia, che quello delineato non è uno strumento prescrittivo ma solo un approccio di massima che ciascun paese potrà adattare alle proprie caratteristiche.

Fig.1

I. Non è un caso, infatti, che il primo step sia definito *"Environmental Scan"*, espressione con la quale si fa riferimento all'esame del quadro attuale del paese mediante l'analisi del contesto demografico, finanziario, normativo, geografico, sociale ed economico nel quale vengono consumati i reati/violazioni e generati i proventi criminali.

24 Fra gli Stati che hanno già realizzato o iniziato a realizzare una piattaforma digitale per la raccolta dei dati figurano Grecia e Finlandia. Fra i progetti cui guardare con maggiore interesse il GAFI indica anche l'Illicit Financial Flows Data (IFFD), un data base realizzato dalla Banca Mondiale sui proventi di reati e sui flussi finanziari illeciti paese per paese. L'IFFD è messo a disposizione delle autorità nazionali gratuitamente.

Non solo: l'analisi dei fattori ambientali e della loro evoluzione non ha una valenza meramente descrittiva ma deve terminare con un giudizio in ordine alla loro capacità di incidere sul rischio ML o di esserne influenzati.

La fase di *"Environmental Scan"* dovrebbe portare a una prima e del tutto preliminare misurazione del livello di rischio cui il paese è esposto (*"initial view of the country-level ML risk"*): secondo la guida questo giudizio dovrebbe poggiare tanto su quello che lo stesso GAFI definisce *"brief scan of the data"* in merito al contesto nazionale sotto il profilo criminale, quanto sull'intuizione dei componenti del team che intraprende l'assessment[25].

In questa fase sono particolarmente importanti i dati forniti dall'autorità giudiziaria, non solo per la comprensione delle diverse minacce, ma anche ai fini della valutazione del livello di efficacia del quadro giuridico e delle misure di mitigazione utilizzate, nonché per l'identificazione delle aree di miglioramento[26].

Come detto, lo scopo in questo step è quello di giungere ad una prima valutazione del rischio da testare alla fine dell'intero processo di assessment.

Questo step, pertanto, dovrebbe concludersi con la predisposizione di un primo elenco di minacce/reati/violazioni e di vulnerabilità (*"initial list of threats and vulnerabilities the country faces"*) che non necessariamente attesta la sussistenza di un rischio alto o basso ma individua semplicemente una o più fattispecie rientranti nel complesso delle informazioni da analizzare[27].

II. Una volta allestito questo elenco si può dare avvio alla fase detta del "processo analitico" che secondo la guida del GAFI rappresenterebbe *"...the critical part of the NRA"*[28].

Obiettivo di questa seconda fase è quello di sviluppare un processo strutturato per ana-

25 *"Such a determination can be deduced from the from a brief scan of the data that has been collected, context on the crime environment in the country, credible and reliable non-governmental information sources, as well as the intuition of the professionals that make up the team undertaking the NRA"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Section 2: Assessing and Understanding ML Risks, Environmental Scan, p.32.

26 "*Judiciary and prosecution authorities provide data on judgements related to predicate and money laundering offences, as well as statistics on prosecutions and convictions. This data is essential for understanding the effectiveness of the legal framework and mitigation measures used in combating money laundering and terrorist financing and identifying areas for improvement*", FATF (2024), Money Laundering cit., Section 1: NRA Preparation and Set-up, Collection of Information and Data, p.24.

27 *"It should be stressed that something identified on the list at this stage is not automatically classified as having higher (or lower) risk – it has simply been identified as sufficiently relevant to go into mix of risks to be analysed"*, FATF (2024), Money Laundering cit. p.33.

28 FATF (2024), Money Laundering cit. p.34.

lizzare la portata, la natura, la probabilità e le conseguenze di ciascuna delle minacce[29] e delle vulnerabilità che saranno identificate e, quindi, fornire una valutazione relativa (livello basso, medio, alto) delle minacce e delle vulnerabilità che ne sintetizzi l'importanza in termini di gravità e urgenza

Per quanto ovvio non esiste un metodo unico per effettuare queste valutazioni in termini di probabilità, entità e conseguenze ma si può scegliere di impiegare tecniche più formali, come sondaggi condotti da esperti o analisi statistiche della frequenza delle attività, o si può scegliere di condurre discussioni di gruppo o workshop.

III. Il terzo step è quello dell' "analisi delle minacce" la cui finalità è offrire una visione olistica ("*holistic threat understanding*") delle principali fonti dalle quali possono essere generati proventi oggetto di riciclaggio e, conseguentemente, individuare le priorità da affrontare.

Secondo le indicazioni della guida, l'identificazione delle minacce dovrebbe prendere avvio dalla disamina dei dati forniti dalla giurisdizione penale, dall'intelligence, dalla FIU e dalle forze dell'ordine riguardo alla tipologia e al numero dei reati presupposto consumati, alle condanne pronunciate, alle caratteristiche degli autori[30], ai sequestri e alle confische di beni, all'entità e natura dei proventi generati (denaro, altri beni o utilità), alle segnalazioni di operazioni sospette, etc.

L'interpretazione di questi dati quantitativi va condotta con cautela a causa di vari fattori fra i quali uno spicca fra tutti: le attività criminose ufficialmente rilevate rappresentano solo una parte dell'effettivo volume dei crimini in quanto, in generale, alcuni reati tendono ad essere più facilmente denunciati (ad esempio, le rapine) rispetto ad altri pur rilevanti (come la tratta di esseri umani).

Inoltre, unitamente al numero dei reati, in questa fase è essenziale che vada considerato anche l'ammontare totale e medio dei proventi per ciascuna categoria di reato: è possibile, infatti, che un singolo tipo di reato presenti un'elevata ricorrenza ma ciò non

29 In tema di valutazione delle conseguenze il GAFI richiama il lettore a non concentrarsi solo sul contesto nazionale che potrebbe anche non riflettere la vera portata delle conseguenze stesse, ma a considerare anche eventuali effetti transfrontalieri.

Si tenga presente sul punto che in Italia l'analisi delle minacce include anche la stima delle conseguenze che vengono misurate utilizzando sostanzialmente tre parametri: la stima finanziaria (cioè l'ammontare dei proventi generati dal comportamento illecito); la sanzione prevista in quanto misura del disvalore sociale attribuito alla minaccia; la frequenza con cui il comportamento illecito si verifica sul territorio. La combinazione di questi parametri genera un indicatore che supporta la valutazione delle minacce.

30 Conoscere gli autori dei comportamenti illeciti significa comprendere la complessità del fenomeno criminale che può coinvolgere gruppi criminali organizzati, white-collar, funzionari pubblici corrotti, gruppi a basso reddito impiegati ad esempio come money mule, etc. Ciò consente, come detto di modulare le ulteriori azioni conoscitive e acquisire una visione olistica: ad esempio, nel caso di gruppi criminali organizzati transnazionali si renderà opportuno, ai fini di un assessment nazionale più solido, il coinvolgimento anche di partner stranieri.

significherà necessariamente che quel reato sia la minaccia ML più importante per il paese.

Infine, sempre in tema di proventi criminali, nella fase dell'analisi delle minacce il team di assessment è chiamato a comprendere se i proventi generati a livello nazionale siano riciclati all'estero e/o viceversa: è questo un passaggio fortemente rimarcato dal GAFI, secondo il quale sottovalutare l'impatto che il riciclaggio transnazionale ha sull'economia di un paese può compromettere non solo l'efficacia del quadro AML nazionale ma anche globale[31]. In tale prospettiva possono essere tratte informazioni su modelli comportamentali, tendenze e tipologie di reato "transnazionale" considerando:

- il numero delle richieste di informazioni che gli organismi nazionali, ivi inclusa la FIU, ricevono dalle omologhe autorità straniere e che potrebbero concentrarsi su determinate fattispecie di reato;
- i flussi finanziari transfrontalieri in entrata e in uscita;
- i dati dell'import/export del paese.

Infine, il team di assessment dovrà contestualizzare i dati sulle minacce attraverso una valutazione per ciascuna di esse in termini di gravità per comprendere dove le attività di contrasto e le misure di mitigazione post assessment dovrebbero essere indirizzate prioritariamente[32]: questa valutazione, di gravità della minaccia andrebbe sintetizzata da un indicatore elaborato tenendo presenti due dimensioni, la probabilità che il reato sia consumato nella giurisdizione e il grado di importanza della violazione desumibile, il più delle volte, dalla relativa pena edittale.

IV. Il quarto step è rappresentato dall'analisi delle vulnerabilità: questa fase ha come obiettivo l'identificazione dei principali settori, prodotti, servizi, canali, categorie di clientela, aree geografiche e altri fattori che le minacce più comunemente sfruttano per portare a successo le attività di riciclaggio.

Questa valutazione va condotta sia a livello nazionale che settoriale.

La prima comporta, prioritariamente, la disamina del sistema dei controlli AML inclusa la completezza del quadro normativo del paese e il suo allineamento agli standard del GAFI.

Fra i fattori che possono avere un riflesso in termini di vulnerabilità nazionale, il GAFI evidenzia il livello di coordinamento fra le autorità, la disponibilità di attività formative specializzate e di tecnologia e la capacità di rilevare, investigare e interrompere effica-

31 *"Underestimating the impact of transnational money laundering can significantly undermine the effectiveness of country, regional, and even the global AML framework"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Analysis of Threats, p.38.

32 Proprio nell'ottica di fornire alle autorità la possibilità di adottare misure post assessment il GAFI chiede che le ragioni del giudizio sulla minaccia venga documentato.

cemente le attività di ML. Possono inoltre avere un peso fattori geografici e fattori sociali come l'immigrazione, la coesione sociale nonché i livelli di utilizzo delle tecnologie nelle transazioni finanziarie.

Inoltre, in questa fase si dovrebbe tener conto del livello di inclusione/esclusione finanziaria del paese e dei relativi riflessi sulle caratteristiche dell'economia sommersa.

Accanto alla valutazione a livello nazionale, il GAFI prevede l'esame delle vulnerabilità intrinseche associate ai diversi settori finanziari e non finanziari all'interno del paese.

Ogni settore può, infatti, presentare vulnerabilità uniche che i riciclatori di denaro potrebbero cercare di sfruttare e un'analisi mirata e specifica è essenziale per sviluppare contromisure efficaci: ad esempio, alcuni settori possono offrire prodotti o servizi con caratteristiche ad alto rischio come un elevato volume di transazioni in contanti, movimenti di fondi transfrontalieri o la capacità di dissimulare la titolarità effettiva, rendendoli attraenti per i riciclatori di denaro.

Il giudizio settoriale dovrebbe tener conto del livello di conformità con gli obblighi AML come la due diligence del cliente, il monitoraggio delle transazioni e l'obbligo di segnalazione di attività sospette attingendo ai risultati delle attività di vigilanza ispettiva e cartolare e coinvolgendo il settore privato.

Anche questa fase termina con la formulazione di un giudizio sulle vulnerabilità espresso attraverso un indicatore - preferibilmente realizzato in modo da indicare quali aree nazionali, settori e prodotti o servizi dovrebbero avere misure di mitigazione prioritarie - il cui valore (ad esempio su una scala da 1 a 10) è determinato dalla probabilità in cui la vulnerabilità verrebbe sfruttata a fini di riciclaggio, nonché dalle conseguenze/impatti di tali attività illecite.

V. Il quinto step è quello della valutazione del rischio nella duplice accezione di rischio inerente e rischio residuo.

Il rischio inerente rappresenta il livello del rischio ML prima dell'introduzione di eventuali misure di mitigazione e descrive come le minacce interagiscono con le vulnerabilità determinando un impatto negativo.

Come sottolinea il GAFI, non esiste un modello unico e definitivo per calcolare il rischio inerente nazionale: questo dovrebbe scaturire dalla valutazione collettiva dei singoli rischi già identificati in termini di grado e importanza.

Il rischio residuo è il livello assunto dal rischio ML dopo l'adozione delle misure di mitigazione.

Esso è, dunque, inferiore o al massimo pari (nell'ipotesi di totale inefficacia delle misure di mitigazione) al rischio intrinseco e viene determinato dopo un'analisi che coinvolge l'intero ecosistema AML finalizzata a far emergere in che misura i meccanismi di mitigazione vengono implementati in modo efficace e se stanno favorendo i risultati desi-

derati nel rilevare, scoraggiare e interrompere le attività di ML.

I fattori da considerare nell'ambito di tale analisi includono tanto misure operative (ad esempio, istituzione o meno del registro dei titolari effettivi) che politiche, nonché la verifica del grado di conformità alle disposizioni normative da parte dei soggetti obbligati, l'efficacia delle segnalazioni di operazioni sospette e l'impatto delle azioni di vigilanza intraprese dalle autorità competenti.

VI. Il sesto e ultimo step del processo di assessment è definito *"Horizon Scanning"* e consiste nella individuazione di quelle che potrebbero essere le nuove minacce, vulnerabilità e rischi emergenti.

Ad esempio, va tenuta presente l'evoluzione dei metodi di truffa imputabile all'uso più sofisticato delle tecnologie da parte degli autori (richieste di contatti telefonici o tramite indirizzi e-mail o siti Web, o creando falsi annunci e profili social) e altre minacce informatiche come l'hacking, gli attacchi DDoS (distributed denial-of-service)[33] e ransomware.

Ciò richiede un monitoraggio continuo, la collaborazione fra gli stakeholder e l'utilizzo di fonti di intelligence con la finalità di consentire l'individuazione di gruppi criminali emergenti, di nuovi prodotti e servizi e di altri fattori che possano contribuire ad un cambiamento nell'ambiente di rischio, inclusi gli effetti delle misure di mitigazione: ad esempio, le misure normative implementate in un settore possono spostare le attività di riciclaggio di denaro in un altro settore.

Comprendere queste dinamiche e il loro potenziale impatto sul panorama di rischio è fondamentale per sviluppare strategie e misure proattive e predittive.

5. Allineare, sensibilizzare, migliorare

L'identificazione, la valutazione e la comprensione dei rischi ML sono nel loro insieme attività finalizzate al conseguimento di un preciso risultato. La nota interpretativa alla Raccomandazione n.1 prevede, infatti, che l'attività di assessment venga condotta al fine di:

- comprendere quali dovrebbero essere i potenziali cambiamenti da apportare al regime AML del paese, incluse modifiche alle leggi, ai regolamenti e ad altre misure al fine di adattare le strategie nazionali alle caratteristiche assunte dal rischio;
- definire le priorità per una migliore allocazione delle risorse da parte delle autorità competenti;
- rendere disponibili le informazioni sulla valutazione del rischio AML utili per la

33 Sull'argomento specifico, Chintan Dave, Security Challenges with Blockchain, Orange Education Pvt Limited, 2024.

conduzione dell'autovalutazione da parte dei soggetti obbligati.

Viepiù, la Raccomandazione n.2 stabilisce che, "I paesi devono disporre di una policy AML/CFT/CPF nazionale, che tenga conto dei rischi individuati e che sia periodicamente rivista, designando un'autorità o un meccanismo di coordinamento o altro che sia responsabile di tali politiche" (trad. dell'A.)[34].

In tale ambito il GAFI indica tre attività che ciascun paese deve porre in essere a conclusione del proprio ML assessment (v. figura 2).

Fig.2

5.1 Allineare strategie e policy AML al rischio

Nella guida del GAFI campeggia ineludibile l'affermazione secondo cui "La condotta di un NRA non dovrebbe essere un processo burocratico senza risultati"[35] (trad. dell'A.) ma uno strumento per conformare le strategie e le politiche nazionali al rischio ML del paese.

L'allineamento delle strategie con il rischio non dovrebbe, dunque, essere visto come uno sforzo diretto ad individuare situazioni di rischio più elevato cui applicare misure rafforzate ma anche per identificare aree a rischio più basso da sottoposte a misure semplificate o di minore intensità.

Ai fini dell'applicazione concreta e proporzionata delle misure di mitigazione, la guida richiede la predisposizione di un piano d'azione definito nei paesi anglosassoni "*Strategic Implementation Roadmap*".

34 *"Countries should have national AML/CFT/CPF policies, informed by the risks1 identified, which should be regularly reviewed, and should designate an authority or have a coordination or other mechanism that is responsible for such policies"*, FATF (2012-2023), International Standards cit., R.2 National cooperation and coordination.

35 *"The conduct of an NRA should not be a bureaucratic process without outcomes"*, FATF (2024), Money Laundering cit., Align AML Strategies and Policies with Risk, p.48.

In tale ottica, il coinvolgimento con continuità di tutti gli stakeholder durante l'intero processo attraverso meccanismi di comunicazione e coordinamento agevolerebbe preventivamente un accordo sulle azioni da intraprendere e garantirebbe che gli stakeholder privati si sentano corresponsabili del piano d'azione.

Le attività di allineamento pianificate richiedono, generalmente, i seguenti interventi:

- **modifiche normative**

Dall'NRA possono emergere lacune o debolezze del quadro normativo nazionale che potrebbero essere sfruttate dai criminali. Il piano d'azione potrebbe, dunque, dover prevedere la necessità di apportare modifiche al quadro normativo del paese per colmare queste lacune come, ad esempio, misure dirette a limitare l'utilizzo del contante e delle carte prepagate, riduzione degli spazi di anonimato per chi opera con beni virtuali, istituzione o potenziamento di registri, introduzione di obblighi di comunicazione periodica, etc.

Tuttavia, questo processo di aggiustamento normativo non solo non è immediato ma richiede un significativo lasso di tempo in quanto per il suo compimento è necessario il coinvolgimento di più parti, dell'ecosistema AML, tra cui il legislatore, esperti legali e rappresentanti del governo per garantire che le leggi proposte siano complete ed efficaci e in linea con gli standard e le buone pratiche internazionali.

Inoltre, il coinvolgimento degli stakeholder non governativi dovrebbe avvenire attraverso procedure di consultazione pubblica per evitare reazioni impreviste una volta che le leggi saranno promulgate.

Peraltro, eventuali fenomeni di superfetazione normativa a valle del risultato dell'assessment potrebbero indurre i destinatari ad adottare quello che viene definito un *"tick-box approach"* cioè un atteggiamento assolutamente pernicioso, frutto di una cultura di conformità minima, in cui l'obiettivo primario è soddisfare i requisiti normativi piuttosto che comprendere e mitigare realmente i rischi secondo un approccio al rischio[36].

- **sviluppo e miglioramento dei meccanismi di cooperazione nazionale e internazionale**

Come detto, questa cooperazione può avvenire attraverso l'istituzione di un forum per-

36 Sul concetto di *"tick-box approach"*, Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, a cura di P. Abbadessa, 2015.

manente come il Comitato di sicurezza finanziaria (Csf)[37] in Italia o attraverso altri meccanismi che, comunque, devono essere in grado di supervisionare lo sviluppo dell'NRA.

È essenziale, secondo il GAFI, il coordinamento, la cooperazione e la condivisione delle informazioni tra la FIU e le forze dell'ordine.

Viepiù, il GAFI suggerisce che la condivisione delle informazioni riguardi anche le indagini penali in corso di cui la FIU dovrebbe prendere conoscenza per implementarle con i dati in suo possesso.

- **implementazione delle risorse**

L' NRA può evidenziare lacune in termini di risorse, capacità e competenze a tutti i livelli del sistema AML.

Sulla base dei risultati del NRA, le autorità politiche e quelle che si occupano di supervisione dovrebbero allocare le risorse in modo più efficace per affrontare le lacune identificate e migliorare le capacità AML del paese.

In particolare, il budget e le risorse disponibili potrebbero richiedere una riallocazione verso aree che risultino a rischio più elevato, ad esempio, mediante un aumento dei finanziamenti per le forze dell'ordine o per le autorità di vigilanza al fine di migliorare la loro capacità di condurre ispezioni su settori specifici.

Aumentare il personale che si occupa di gestire il rischio AML nelle aree ad alto rischio è considerato dal GAFI un buono step, ma ancora più importante per l'Organismo internazionale è garantire che tutto il personale che opera nel sistema AML disponga di conoscenze che consentano di svolgere efficacemente il proprio lavoro.

Il piano d'azione deve, pertanto, identificare le aree in cui la formazione è carente o obsoleta, e raccomandare lo sviluppo di programmi di formazione su misura per le esigenze specifiche di tutte le parti coinvolte negli sforzi AML. Questi programmi di formazione possono coprire una gamma di argomenti vari, tra cui metodologie di valutazione del rischio, tecniche di indagine finanziaria, requisiti di conformità normativa e tendenze emergenti riguardo ai reati finanziari.

Al riguardo, il GAFI statuisce che "Investendo nello sviluppo delle capacità e nella formazione, un paese può migliorare la competenza e la professionalità del proprio personale

37 Istituito con decreto legge del 12 ottobre 2001, n. 369 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 dicembre 2001, n. 431) e disciplinato con il decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109, il Csf è presieduto dal Direttore generale del Tesoro ed è composto da rappresentanti di altre amministrazioni e autorità: Ministero dell'economia e delle finanze; Ministero dell'interno; Ministero della giustizia; Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale; Ministero dello sviluppo economico; Banca d'Italia; Commissione per le società e la borsa; Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo; Unità di informazione finanziaria; Guardia di finanza; Direzione investigativa antimafia; Arma dei carabinieri; Direzione nazionale antimafia; Agenzia delle dogane e dei monopoli.

AML, migliorando così l'efficacia dei propri sforzi per combattere la criminalità finanziaria" (trad. dell'A.)[38].

Infine l'NRA può anche individuare aree che possono essere rese più efficienti mediante l'automazione o la digitalizzazione di determinati processi ancora manuali e l'introduzione di strumenti IT che possano far risparmiare tempo e risorse consentendo agli addetti AML di concentrarsi su questioni sostanziali.

- **azioni di vigilanza basate sul rischio**

La comprensione del rischio è un processo bidirezionale: l'NRA si basa sulla comprensione dei rischi da parte delle autorità di vigilanza e nel contempo le autorità di vigilanza acquisiscono conoscenze aggiornate sulle minacce.

Pertanto, al termine dell'NRA le autorità di vigilanza dovrebbero verificare se le conclusioni emerse siano coerenti con la cognizione che hanno del rischio proprio delle entità sottoposte alla loro supervisione e, conseguentemente, orientare l'intensità dei loro controlli e stabilire le priorità delle loro attività.

- **indagini, azioni penali e recupero dei beni**

Come già detto, le forze dell'ordine dovrebbero contribuire attivamente al processo NRA fornendo dati e approfondimenti qualitativi. Per contro i risultati emersi dovrebbero consentire l'adozione di misure che migliorino la loro capacità di indagine e, conseguentemente, l'esercizio di azioni penali da parte dell'autorità giudiziaria e il recupero dei beni riconducibili a reati.

Le forze dell'ordine possono ottenere informazioni utili per adattare le proprie tecniche e strategie di intelligence e investigazione e per concentrarsi sui principali fattori di rischio costituendo, ad esempio task force specializzate.

5.2 Sensibilizzare e coinvolgere gli stakeholder

I risultati dell'NRA, compresi eventuali aggiornamenti, devono essere portati all'attenzione degli stakeholder al fine di aumentarne la consapevolezza e la comprensione del rischio e sviluppare il loro senso di responsabilità[39].

Andrebbero promossi, a tal fine, workshop, forum e webinar per condividere le migliori pratiche.

In argomento, va tenuto presente che in alcuni paesi la comunicazione è differenzia-

38 *"Through investing in capacity building and training, a country can enhance the competence and professionalism of their AML personnel, thereby improving the effectiveness of their efforts to combat financial crime"*, FATF (2024), Money Laundering cit. p.54.

39 Nell'Ordinamento Italiano l'articolo 14, c.4 del d.lgs 231/2007 prevede che i risultati dell'analisi debbano essere resi disponibili ai soggetti obbligati e agli organismi di autoregolamentazione ai fini della valutazione e predisposizione delle misure di mitigazione del rischio rilevato.

ta tra comunicazione pubblica e non pubblica: alcuni paesi pubblicano, infatti, diverse versioni di NRA, una riservata, destinata alle autorità[40], e una pubblica, e talvolta persino versioni specifiche per settore.

È questo tra l'altro l'orientamento sposato dall'Unione europea sia per il risultato della valutazione sovrannazionale che per quella nazionale relativamente alle informazioni classificate eventualmente contenute (cfr articoli 7 e 8 della Direttiva 1640/2024).

5.3 Migliorare il processo di NRA

Lo stesso processo di assessment può essere influenzato e migliorato in base ai risultati emersi.

Pertanto, dovrebbe essere adottata la regola della revisione periodica dei criteri che presiedono la gestione del processo per consentire modifiche per migliorarne l'efficacia.

Poiché una delle difficoltà potrebbe riguardare l'ottenimento di dati accurati e completi è importante investire in strumenti di raccolta e analisi introducendo moduli standardizzati per l'acquisizione delle informazioni, cercando così di eliminare eventuali ridondanze.

Un fattore fondamentale ai fini del miglioramento del processo è la verifica dell'efficacia delle misure di mitigazione del rischio introdotte dopo il precedente NRA in quanto, pur adottate con le migliori intenzioni, alcune misure potrebbero sortire conseguenze indesiderate come nel caso di quelle eccessivamente restrittive che potrebbero avere un impatto negativo in termini di inclusione finanziaria e impedire a comunità già emarginate di accedere ai servizi finanziari.

6. Prospettive e considerazioni conclusive

Dal documento diffuso dal GAFI a novembre 2024 emergono alcune parole chiave: in particolare, l'espressione "ecosistema AML" è significativa di una tendenza al fisiologico coinvolgimento nel processo di assessment di un novero di attori quanto più ampio possibile e non più limitato ai supervisori e ai regolatori.

Questo coinvolgimento è considerato dal GAFI la chiave per conseguire risultati efficaci e stimolare sforzi convincenti per il superamento delle carenze riscontrate.

L'Ordinamento Italiano ha già introdotto più che apprezzabili aperture: l'articolo 14 del d.lgs 231/2007 c.2, ha infatti previsto che il Csf possa essere integrato, ai fini dell'assessment nazionale, da rappresentanti di altre amministrazioni con competenze specifiche su temi di interesse e possa avvalersi della collaborazione di studiosi e rappresentanti del mondo accademico e delle associazioni private rappresentative delle

40 Infatti, potrebbero esserci alcuni aspetti del NRA che un paese non desidera rendere disponibili al pubblico, ad esempio fonti di intelligence riservate, preoccupazioni per la sicurezza nazionale e il potenziale impatto economico dei rischi.

categorie interessate.

Tra l'altro, dalle indicazioni dell'Organismo internazionale emerge che la ricognizione nazionale del rischio non possa assumere i tratti di un'attività estemporanea o semplicemente periodica: se periodica dovrà essere la conduzione della parte finale del processo[41] e la pubblicazione della sua sintesi, il giudizio dovrebbe essere frutto di un dispositivo che opera con continuità attraverso la raccolta dei dati, la loro selezione ed elaborazione.

La stessa struttura deputata alla conduzione del processo dovrebbe essere consolidata nella sua composizione e dovrebbe tenere riunioni periodiche durante l'intero lasso temporale che intercorre fra l'una e l'altra NRA.

Inoltre, per fornire maggiore credibilità ai risultati, dovrebbe essere resa nota, compatibilmente con il livello di classificazione dei dati, non solo la sintesi conclusiva ma l'intera documentazione o almeno anche quelle parti che consentano di evitare letture generalizzate o eccessivamente estensive e permettano di comprendere la scaturigine del giudizio conclusivo e non semplicemente di accettarlo.

Vanno tenute, infatti, presenti le conseguenze che potrebbero derivare dall'utilizzo di espressioni come "rischio alto ed elevato", "influenza molto significativa", "insufficiente sensibilità", etc. che associate ad alcuni settori, prodotti, servizi o strutture fiduciarie potrebbero involontariamente decretarne - nell'ambito di una superficiale attività di de-risking da parte dell'industria - l'esclusione dal mercato e, comunque, conseguenze non proporzionate al rischio (ad esempio, un aggravamento delle incombenze a carico degli operatori e della clientela).

Guardando al futuro, gli assessment nazionali nell'ambito dell'Unione Europea saranno sempre più influenzati dalla valutazione del rischio a livello unionale: l'articolo 8 della Direttiva UE 2024/1640 stabilisce infatti che, nel condurre le valutazioni nazionali del rischio, gli Stati membri devono tener conto della relazione contenente la valutazione sovrannazionale, comprese le conclusioni di tale relazione.

Inoltre, il già citato articolo 7 della medesima Direttiva prevede che qualora la Commissione europea, nell'aggiornare la valutazione sovranazionale, identifichi nuovi rischi, possa raccomandare agli Stati membri di prendere in considerazione la possibilità di aggiornare le rispettive valutazioni nazionali o di effettuare valutazioni settoriali.

Viepiù, la Commissione potrà formulare raccomandazioni agli Stati membri riguardo alle misure idonee ad affrontare i rischi sovrannazionali, raccomandazioni che inevita-

41 Ai sensi dell'articolo 14 d.lgs 231/2007, c.1, in Italia l'assessment ha cadenza triennale, salva la facoltà del Csf di procedere al relativo aggiornamento quando insorgono nuovi rischi e ogni qualvolta lo ritenga opportuno. Tale disposizione è sostanzialmente in linea con le indicazioni contenute nella Direttiva 2024/1640 che all'articolo 8, c.1, stabilisce che la valutazione nazionale del rischio debba essere riesaminata da ciascuno Stato almeno ogni quattro anni.

bilmente orienteranno l'assessment nazionale.

Bibliografia

FATF (2013), National Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessment Guidance

FATF (2012-2023), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, Paris, France

Kuntay Celik, 2023, Lessons Learned from the First Generation of Money Laundering and Terrorist Financing Risk Assessments. Washington, DC, World Bank

Kannan Subramanian, The Money Laundering and Financing of Terrorism Eco-System, Notion Press, 2016

Building an effective Anti-money laundering ecosystem, position paper, Accountancy Europe, may 2021

Dialogo sul sistema dei controlli nelle società, Abbadessa P., 2015

Chintan Dave, Security Challenges with Blockchain, Orange Education Pvt Limited, 2024

Scopo di lucro e sostenibilità*

GIUSEPPE FERRI jr
Professore ordinario di Diritto Commerciale
Sapienza Università di Roma

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito. – 3. Impresa e sostenibilità. – 4. Società e scopo di lucro.

1. Premessa.

Il tema oggetto della relazione si presenta come un'equazione a due incognite: se è nota, infatti, la pluralità di significati che l'espressione sostenibilità è venuta assumendo, non meno varie sono non solo le accezioni nelle quali si parla di scopo di lucro, a partire da quelle evocate dalla distinzione tra lucro oggettivo e lucro soggettivo, ma anche, e prima ancora, le forme di rilevanza che esso presenta, a seconda, in particolare, che si abbia riguardo all'impresa o, rispettivamente, alla società.

Se, infatti, in ordine alla prima si tende ad escludere, o comunque a contenere, nei termini che si diranno, l'essenzialità dello scopo lucrativo, al contrario lo scopo di dividere gli utili, in particolare quelli derivanti dall'esercizio di un'attività economica, e dunque di esercitare un'attività in grado di generarli, ricorre nella stessa definizione legislativa di società offerta dall'ordinamento italiano: il quale, sotto lo specifico profilo dello scopo di lucro, si avvicina a quello francese, distanziandosi tanto da quello tedesco, che si riferisce genericamente ad uno scopo comune, quanto da quello nordamericano, che assegna al termine *Corporation* un significato ben più ampio, sostanzialmente corrispondente a quello di persona giuridica[01].

* Il lavoro riproduce il testo della relazione tenuta il 25 ottobre 2024 nell'ambito della Sessione IV – *Iniziativa economica privata* del convegno di studi dal titolo *Dottrine generali della sostenibilità. Verso una teoria del «diritto privato sostenibile»?*, organizzato nei giorni 24-26 ottobre a Viterbo, presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, sociali e pedagogiche dell'Università degli Studi della Tuscia.

01 C. ANGELICI, *"Società" in Europa: parole e paradigmi*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, Tomo I, Parte I, *Società in generale*, Torino, 2022, da 4 (e in Governance *e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, a cura di M. Callegari, S.A. Cerrato, E.R. Desana, Tomo I, Torino, 2022, da 3), 5 ss.

A sua volta, il diverso ruolo assunto dallo scopo di lucro in relazione a ciascuna di tali figure si comprende alla luce della circostanza che l'impresa indica un fenomeno produttivo di ricchezza, oggettivamente considerato e destinato ad operare indefinitamente nel tempo, che l'ordinamento regola al fine di accordare rilevanza alla pluralità degli interessi da essa coinvolti: solo uno dei quali è rappresentato da quello, di regola (ma non necessariamente) speculativo, dell'imprenditore; la società, al contrario, è essenzialmente uno strumento di investimento, nel quale prende forma un'operazione, da un lato, funzionalmente lucrativa, nell'ambito della quale l'esercizio dell'impresa assume un ruolo solo strumentale, non rappresentando altro che un mezzo, quello ampiamente più diffuso, di produzione del lucro destinato ai soci: e, dall'altro, strutturalmente a termine, risultando destinata a concludersi con il momento del disinvestimento, almeno individuale: come dimostra il fatto che tutte le volte in cui i soci non hanno fissato il termine finale della società, vale a dire dell'investimento collettivo, l'ordinamento consente comunque al singolo socio il diritto di recedere, cioè appunto di disinvestire individualmente, in qualsiasi tempo.

Tutto ciò preclude allora in radice qualsiasi tentativo di svolgere un discorso unitario in ordine allo scopo di lucro, imponendo piuttosto di mantenere tra loro nettamente distinte la disciplina dell'impresa e, rispettivamente, quella della società: sempre che si intenda mantenere l'analisi su un piano normativo, cioè strettamente aderente al diritto positivo, in particolare a quello italiano attuale, senza spostarsi su un piano politico, se non anche ideologico, come invece accade spesso proprio in materia di sostenibilità, in ordine alla quale talora si registra la tendenza a passare, indifferentemente, e non sempre consapevolmente, dall'una all'altra dimensione.

2. Il dibattito.

In realtà, l'esigenza, eminentemente tecnica, e comunque circoscritta al nostro ordinamento, di tenere conto del diverso ruolo che lo scopo di lucro riveste nella disciplina dell'impresa e, rispettivamente, in quella della società di solito non viene minimamente avvertita, assistendosi ad una continua sovrapposizione di piani: come dimostra, plasticamente, di là dall'abitudine, diffusissima, ad affrontare il problema del rapporto tra scopo di lucro e sostenibilità riferendosi pressoché esclusivamente all'impresa organizzata in forma societaria, assai eloquente risultando la frequente utilizzazione dell'espressione, sincretica, di "impresa azionaria", che ricorre fin dal titolo di alcuni tra i più noti lavori monografici dedicati all'argomento[02], la tendenza per un verso, ad evocare, ai fini in esame, il tema dell'interesse, ancora una volta, sociale, e dunque la tradizionale questione se si tratti di una formula che esprime, sinteticamente, l'interesse comune dei soci, gli *shareholders*, o se in esso rientrino anche interessi "altri", ai primi in via di principio contrapposti, e, segnatamente, quelli di cui sono "portatori" soggetti estranei

02 U. Tombari, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019, A. Genovese, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023.

alla società, gli *stakeholders*[03]; per altro verso, e soprattutto, quella ad impostare il problema in esame intorno al rapporto tra soci e amministratori[04]: interrogandosi cioè se questi ultimi siano tenuti a perseguire, o meglio a massimizzare, l'interesse lucrativo dei primi, anche a scapito della realizzazione di esigenze ascrivibili ad istanze di sostenibilità, o, tutto al contrario, a realizzare siffatte esigenze anche a costo di penalizzare la produzione di lucro da destinare ai soci o, infine, a bilanciare in qualche modo tra loro siffatti interessi.

Le cause di un approccio siffatto sembrano in particolare riconducibili a due ordini di ragioni, l'una specifica della materia della sostenibilità, l'altra più generale: si allude, da un lato, alla vocazione internazionale che, fin dall'origine, ha caratterizzato il dibattito dottrinale e la produzione normativa relativa ai temi della sostenibilità (e la conseguente, ed inevitabile, prevalenza di un approccio in definitiva politico), e segnatamente alla circostanza che la questione è sorta, e si è sviluppata, in sistemi, a partire da quelli anglosassoni, nei quali nemmeno ha senso distinguere, come nel nostro, tra impresa e società, nei quali cioè i problemi dell'impresa, e segnatamente della grande impresa, sono riferiti alla *Corporation*, come dimostra la fortunata espressione *Corporate Social Responsibility*, correttamente tradotta come responsabilità sociale dell'impresa, non della società; e, dall'altro, alla convinzione che, anche nel nostro sistema, la società rappresenti unicamente, o comunque essenzialmente, una forma di esercizio dell'impresa, se non addirittura un tipo di imprenditore: una convinzione, questa, che già si coglieva con chiarezza dalle riflessioni sull'interesse sociale, che proprio l'emersione delle tematiche legate alla sostenibilità hanno riportato all'attenzione[05], seppure nell'ambito di discussioni relative a quello che viene chiamato, a seconda dei casi, scopo, finalità e, con terminologia importata da altri sistemi, *purpose* o anche ragion d'essere. Non vuole, ovviamente, negarsi che la società, di regola, venga utilizzata come forma di organizzazione dello svolgimento e del finanziamento dell'impresa, e nemmeno, come si vedrà, che la legge, in taluni casi, la disciplini, e prima ancora la consideri, proprio in questa veste: ma solo precisare che la funzione essenziale, e sistematicamente prevalente, della società è, e resta, quella di strumento di investimento.

Ancor più delle cause, meritano di essere sottolineati gli effetti dell'approccio in esame, il quale, riferendo il problema della rilevanza della sostenibilità alla sola impresa organizzata in forma societaria, lo esaurisce sul piano dei rapporti tra soci e amministratori,

03 M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, da 1, 26 ss., ID., *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. e impr.*, 2019, da 1255, 1269 ss.

04 E. BARCELLONA, *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al "profitto"*, Milano, 2020, 2 ss.

05 C. ANGELICI, *Note minime sull'"interesse sociale"*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 2014, I, da 255, M.S. SPOLIDORO, *Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio tra interesse sociale e* Business Purpose, in *Riv. soc.*, 2022, da 322, U. TOMBARI, *Lo "scopo della società": significati e problemi di una categoria giuridica*, *ivi*, 2023, da 339.

e dunque più concretamente su quello dei doveri e della responsabilità di questi ultimi, con l'esito di renderlo, ma solo apparentemente, più lineare: trattandosi, in definitiva, di individuare quale sia il comportamento dovuto dagli amministratori e, parallelamente, in quali casi costoro possano essere chiamati a rispondere nei confronti dei soci per non averlo tenuto; assai più complesso, come dimostrano le discussioni intorno all'art. 2086, comma 2, c.c. e all'art. 3 c.c.i.i., è invece stabilire, a fronte di disposizioni che si limitano a prevedere, genericamente, determinati doveri dell'imprenditore, nei confronti di chi costui possa dirsi responsabile della loro violazione: e prima ancora, in mancanza dell'espressa previsione di sanzioni, se una sua responsabilità possa effettivamente configurarsi o se addirittura possa ancora parlarsi di veri e propri doveri.

La semplificazione, tuttavia, è, come si accennava, solo apparente, dal momento che siffatta sovrapposizione di piani finisce, a ben vedere, non tanto e non solo per ridimensionare sensibilmente la portata, e dunque l'utilità stessa, del dibattito, quanto piuttosto, e soprattutto, per pregiudicarne inevitabilmente gli esiti.

Per un verso, infatti, mentre quello della rilevanza da accordare ad istanze di sostenibilità è un *problema* generale, che si pone cioè nei confronti di qualsiasi impresa, indipendentemente dalla forma in concreto assunta[06], le *soluzioni* ad esso offerte, e proprio in quanto ricavate dalla ricostruzione del rapporto, gestorio, tra titolare dell'interesse e soggetto tenuto a realizzarlo[07], risultano particolari, e dunque parziali, in quanto adeguate unicamente alle imprese, come appunto quelle societarie, esercitate nell'interesse altrui: non anche a quelle esercitate nel proprio interesse, a partire da quella organizzata in forma individuale, in cui un rapporto siffatto risulta, e per definizione, assente.

Per altro verso, una volta circoscritta l'attenzione all'impresa societaria, non soltanto il rapporto tra l'interesse, tipicamente lucrativo, dei soci e le esigenze di sostenibilità, di cui sono portatori altri soggetti, finisce per assumere un carattere per definizione conflittuale, ma tale conflitto, almeno stando al diritto positivo italiano, non può che risolversi nel senso di accordare prevalenza al primo, e proprio per la centralità che, nel nostro ordinamento, lo scopo di lucro assume tanto nella "fattispecie" societaria, quanto, e soprattutto, nella relativa "disciplina": tanto che, quando si è inteso assegnare rilevanza, nell'ambito della società, ad esigenze riconducibili al tema della sostenibilità, si è reso necessario introdurre, attraverso espresse disposizioni normative, significative alterazioni, sotto l'uno o l'altro profilo, dell'ordinaria disciplina societaria[08], e cioè configurare modelli speciali di società.

Tutto ciò induce, allora, non soltanto a distinguere a seconda che si tratti della disci-

06 E. Barcellona, *op.cit.*, 76, testo e nota 53.

07 C. Angelici, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria: a proposito di un recente libro di Umberto Tombari*, in *Riv. soc.*, 2020, da 5, 8 ss.

08 C. Angelici, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, da 3, 10 ss.

plina dell'impresa o, rispettivamente, della società, ma, riarticolando, e arricchendo, il titolo della relazione, a soffermarsi, partitamente, sul rapporto tra impresa e sostenibilità, da un lato, e tra società e scopo di lucro, dall'altro, riservando maggiore attenzione al primo di tali profili, quello di portata più generale.

3. Impresa e sostenibilità.

Il ruolo ricoperto dalla sostenibilità nell'ambito dell'impresa e della sua disciplina presenta atteggiamenti tra loro radicalmente diversi a seconda che si abbia riguardo alla sostenibilità economica, che viene in considerazione anche sul piano della fattispecie, o, rispettivamente, a quella ambientale e sociale, che invece si presta ad assumere rilevanza solo su quello della disciplina.

Premesso che, in relazione all'impresa, cioè, come detto, ad un fenomeno produttivo oggettivamente considerato, lo scopo di lucro non può certo intendersi in termini di movente soggettivo dell'imprenditore, quanto piuttosto in quelli di modalità oggettiva dell'attività, o, meglio, di carattere oggettivo della produzione e della sua organizzazione, può notarsi, quanto in particolare alla *fattispecie*, come sia diffusa la tendenza a negare che uno scopo siffatto rappresenti un elemento essenziale della nozione di impresa, e segnatamente di quel suo profilo che si è soliti indicare in termini di economicità, ritenendosi invece che la legge si limiti a richiedere l'adozione di un metodo programmaticamente volto al pareggio dei costi[09]: metodo che, si noti, garantisce anch'esso l'idoneità dell'organismo a produrre ricchezza in senso oggettivo, in misura pari al valore che i fattori della produzione acquistano all'esito del processo produttivo, tanto che pure a tal proposito si è parlato di scopo di lucro oggettivo, a sua volta distinto dall'intento speculativo[10].

In questa sede, tuttavia, a venire in considerazione non è tanto il problema se l'adozione di un metodo siffatto sia o meno *sufficiente* a qualificare un'attività produttiva in termini di impresa, quanto piuttosto la circostanza, indiscussa, che a tal fine essa risulta comunque *necessaria*: e che dunque un'attività produttiva svolta secondo modalità tali da non garantire, strutturalmente, e dunque indefinitamente, almeno la copertura dei costi con i ricavi non può qualificarsi, per ciò solo, in termini di impresa, nemmeno, deve anticiparsi, in quelli di impresa sociale.

Intesa in tale accezione, tuttavia, l'*economicità* non rappresenta altro, a ben vedere, che un'espressione, più antiquata, per designare quella che, attualmente, si è soliti chiamare *sostenibilità economica*: con la conseguenza che solo le produzioni organizzate in modo economicamente sostenibile si prestano ad essere qualificate in termini di

09 G. MARASÀ, *L'imprenditore*, artt. 2082-2083, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, *sub* art. 2082, da 3, 20 ss. 132 ss., e già ID., *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *AGE*, 2014, da 33, 35 ss.

10 G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XVII Ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, 2023, 32 s.

impresa, e che dunque l'impresa o è programmaticamente sostenibile, in senso economico, o non è (impresa).

Ad assumere a questi fini rilevanza, è bene ricordarlo, non è il fatto che l'attività rispetti, effettivamente, il pareggio dei costi, e dunque risulti in concreto economicamente sostenibile, quanto piuttosto, e soltanto, che essa sia esercitata, e prima ancora organizzata, sulla base di un criterio in grado di assicurare, in astratto, tale risultato: risultato che allora ben potrebbe, poi, non essere di fatto raggiunto, come accade tutte le volte in cui l'impresa si riveli incapace di mantenersi sul mercato, vale a dire di continuare ad operarvi per un tempo ragionevole che si è soliti individuare in dodici mesi, in cui, cioè, si verifichi una perdita della sua *continuità aziendale*.

Anche la continuità aziendale, dunque, al pari dell'economicità, finisce allora per coincidere con la sostenibilità economica: intesa, tuttavia, non già, come la prima, in un'accezione astratta e temporalmente indefinita, ma, questa volta, in termini non solo concreti, ma relativi ad una prospettiva di breve periodo.

Passando al piano della *disciplina*, può notarsi, limitandosi ovviamente alle regole di diritto positivo, ad esclusione, allora, di quelle rinvenibili in fonti diverse, a partire dal *Codice di Corporate Governance*[11], come l'ordinamento, pur prendendo in considerazione la continuità aziendale, mostri di regolarne non tanto, su di un piano statico, la sussistenza, quanto piuttosto, in una prospettiva dinamica, da un lato la perdita, e, dall'altro, una volta che questa sia verificata, il recupero, almeno stando a quanto dispone l'art. 2086, comma 2, c.c., nella parte in cui richiede di attivarsi senza indugio per tentare appunto di recuperarla: una regola, questa, testualmente riferita all'"imprenditore che operi in forma collettiva o societaria", e cioè a tutte le imprese esercitate per conto altrui, ma non all'imprenditore individuale, che, esercitando l'impresa nell'interesse proprio, è libero di gestire come crede un fenomeno, quale la perdita della continuità aziendale, che, in quanto tale, non coinvolge interessi di terzi, a differenza della crisi e dell'insolvenza, che invece incidono su quelli dei creditori.

In quest'ultima eventualità, è appena il caso di notare, trovano applicazione una serie di discipline di carattere generale, si tratti di strumenti di regolazione della crisi o di procedure concorsuali, volte, di regola, e con la parziale eccezione dell'amministrazione straordinaria, a perseguire uno scopo di lucro, per quanto, per dir così, capovolto: consistente cioè nella massimizzazione della soddisfazione dei creditori, un tempo chiamata dividendo fallimentare, e dunque del valore reale dei relativi crediti, al fine di minimizzarne le "perdite", vale a dire la differenza tra tale valore e quello nominale; ed è proprio questo "lucro" a porsi più spesso in conflitto con istanze di sostenibilità sociale,

11 M. Stella Richter *jr*, *Long-termism*, in *Riv. soc.*, 2021, da 16 (e in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, a cura di C. Costa, A. Mirone. R. Pennisi, P.M. Sanfilippo, R. Vigo, Vol. II, *Impresa, Società, Crisi d'impresa*, Tomo II, Torino, 2021, da 901), 24 ss., E. Ginevra, *Il Codice di* Corporate Governance*: Introduzione e Definizioni (con un approfondimento sul "Successo sostenibile"*), in *Riv. soc.*, 2023, da 1017.

a partire dalla tutela dei posti di lavoro, e ambientali[12], a loro volta reciprocamente confliggenti: se, sul piano normativo, siffatti conflitti sembrano di regola, in assenza cioè di interventi specifici, doversi risolvere, anche in tal caso, a favore dell'interesse dei creditori, essi, quando coinvolgono imprese di grandi o grandissime dimensioni, sollevano problemi particolarmente gravi che, proprio per ciò, vengono spesso affrontati direttamente sul piano politico.

Tornando all'impresa, essa, e segnatamente quella esercitata per conto altrui, deve essere organizzata in modo non solo di assicurare, in astratto, la sostenibilità economica dell'iniziativa, ma anche di intercettarne, fin dai primi segnali, il venir meno, e, una volta venuta meno, di permetterne il recupero: ma, deve precisarsi, solo qualora, e sempre che i titolari dell'interesse intendano continuare l'iniziativa, e non anche interromperla, dal momento che la libertà di iniziativa economica, della quale la decisione di avviare un'impresa rappresenta un'espressione, sembra implicare, specularmente, anche la scelta di porvi fine in qualunque momento, beninteso nel rispetto delle regole previste dall'ordinamento. In questo senso, allora, per quanto in particolare riguarda l'impresa collettiva, e segnatamente societaria, il dovere, imposto agli amministratori dall'art. 2086, comma 2, c.c., di "attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per… il recupero della continuità aziendale" sembra implicare, in primo luogo, quello di consultare i soci, cioè i titolari dell'interesse, al fine di verificare la loro intenzione di perseguire tale obiettivo o, in alternativa, di porre fine all'iniziativa deliberando lo scioglimento della società: non appare pertanto possibile ricavare da tale disposizione l'emersione a livello di giuridica rilevanza di un interesse, superiore rispetto a quello dei soci e da realizzare anche contro la loro volontà, alla continuazione dell'impresa, coerentemente al ruolo strumentale che essa svolge rispetto all'interesse dei soci, oltre che alla mancata previsione di un dovere siffatto in relazione all'impresa individuale.

Nell'ambito dell'impresa e della sua disciplina, insomma, la sostenibilità economica assume un ruolo sistematicamente del tutto centrale, e comunque prevalente rispetto alle altre forme di sostenibilità, siano esse sociali o ambientali: al punto che a queste ultime in tanto appare possibile accordare rilevanza, in quanto, e solo in quanto, esse non pregiudichino la sostenibilità economica dell'impresa.

Passando alla *sostenibilità in senso non economico*, deve notarsi come la legge mostri di considerarla da punti di vista, ed in termini, tra loro profondamente diversi, se non anche contraddittori: in alcuni casi essa emerge come *rischio*, del quale allora deve essere *informato* il mercato, come è a dirsi delle discipline in materia di dichiarazione di sostenibilità[13], che mostrano di considerare i cc.dd. fattori di sostenibilità appunto

12 G. D'ATTORRE, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, da 60.

13 M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, da 1020, M. RESCIGNO, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile. Dall'informazione non finanziaria all'informazione sulla sostenibilità*, in *AGE*, 2022, da 165.

sotto il profilo del rischio, nella duplice direzione di elementi che possono essere messi a rischio dall'impresa, come era a dirsi in ordine all'originaria dichiarazione non finanziaria[14], o anche che, tutto al contrario, possono rappresentare essi stessi un rischio per l'impresa, secondo la prospettiva seguita, tra l'altro, dalla disciplina della dichiarazione di sostenibilità[15] e, prima ancora, da quella in materia di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari[16].

In altre ipotesi, invece, la sostenibilità, e segnatamente la sostenibilità ecologica, emerge, sempre da un punto di vista normativo, come *opportunità*, e cioè come un vero e proprio strumento di concorrenza, in quanto dotato (anche se non sempre) di particolare capacità attrattiva, che consente ad una serie soggetti a vario titolo operanti nel mercato, essenzialmente finanziario, sul lato, per dir così, dell'offerta, di valorizzare le preferenze non economiche, e segnatamente quelle ecologiche, di chi si presenta sul medesimo mercato dal lato, invece, della domanda, in veste, a seconda dei casi, di investitore istituzionale o di risparmiatore: trattandosi allora di evitarne utilizzazioni strumentali, il c.d. *greenwashing*, e dunque di assicurare, per utilizzare il linguaggio dei segni distintivi, la "verità", o comunque la "non decettività" delle "informazioni" trasmesse al mercato, al fine anche in tal caso di tutelare chi vi opera; in questa prospettiva si collocano, in particolare, le discipline volte a definire, delineandone una "tassonomia", le attività economiche ecosostenibili[17] e quelle, in materia di cc.dd. *green bonds*[18], che mirano a fissare le condizioni alle quali potersi presentare sul mercato utilizzando denominazioni (quelle, a seconda dei casi, di obbligazioni verdi europee ovvero, in termini meno impegnativi, commercializzate come ecosostenibili o semplicemente legate alla sostenibilità) che evocano attenzione ai temi della sostenibilità[19]: la quale, allora, assume, in queste ipotesi, una rilevanza appunto solo strumentale, al pari di quanto è a dirsi, come si vedrà, a proposito della società benefit.

In altri casi ancora, infine, assai più rari, la sostenibilità viene in considerazione come *oggetto di tutela* in quanto tale, come accade nella recente direttiva in materia di *due diligence*[20], che prevede, a carico di imprese di ingenti dimensioni, specifici doveri (non già di diligenza, ma) di vigilanza[21]: nel qual caso l'impresa è tenuta non soltanto ad informare il mercato degli impatti negativi che essa è in grado di comportare sulla

14 Dir. 2014/95 UE del 22 ottobre 2014 (c.d. NFRD), attuata in Italia con d.lg. 30 dicembre 2016, n. 254.

15 Dir. 2022/2464 UE del 14 dicembre 2022 (c.d. CSRD), attuata in Italia con d.lg. 6 settembre 2024, n. 125, e Reg. UE 2923/2772 del 31 luglio 2023.

16 Reg. UE 2019/2088 del 27 novembre 2019 (c.d. SFDR).

17 Reg. UE 2020/852 del 18 giugno 2020 e Reg. UE 2021/2178 del 6 luglio 2021.

18 Reg. UE 2023/2631 del 22 novembre 2023.

19 M. Maugeri, *Le obbligazioni "verdi": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2024, I, da 373.

20 Dir. 2024/1760 UE del 13 giugno 2024 (c.d. CSDDD).

21 M. Libertini, *Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese", in Riv. soc.*, 2021, da 325.

sostenibilità, ma, ben più incisivamente, ad individuare, prevenire ed arrestare tali impatti; in queste ipotesi, la tutela della sostenibilità prende forma nella previsione, in capo all'impresa, e dunque, nel caso di impresa societaria, agli amministratori, di doveri di comportamento, più o meno intensi e più o meno specifici, ispirati all'esigenza di realizzare obiettivi di sostenibilità sociale o ambientale, che rappresentano altrettanti costi ineludibili per l'impresa, al pari, se si vuole, dell'imposizione fiscale: è anzi proprio a seconda dell'intensità e della specificità di siffatti doveri che si è soliti misurare, e valutare, ma su un piano squisitamente politico, la sensibilità ambientale e sociale delle scelte operate dall'ordinamento.

In questa sede, appare sufficiente osservare come siffatti doveri, di là dal loro contenuto, rappresentano, tecnicamente, e soltanto, altrettanti *limiti*, *legali* ed *esterni*, alla libertà di iniziativa economica: limiti, questi, ovviamente non soltanto del tutto legittimi, ma che, tutte le volte in cui siano diretti ad evitare danni non solo alla libertà e alla dignità umana, ma anche, come (all'esito delle modifiche apportate con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1) ora dispone il secondo comma dell'art. 41 Cost., alla salute e all'ambiente, valgono ad attuare lo stesso precetto costituzionale[22]; fino a quando si tratti di limiti siffatti alla libertà di iniziativa economica, l'unico problema che si pone è quello della valutazione, politica, e dunque di merito, delle norme che li prevedono: la situazione, invece, finirebbe per modificarsi radicalmente, ove si rinvenisse nel perseguimento di obiettivi di sostenibilità non economica, nella sua accezione sociale o ambientale, un compito che l'impresa è tenuta in quanto tale ad assolvere[23], e cioè l'espressione di una *funzione*, interna, che essa sarebbe chiamata in quanto tale, e necessariamente, a realizzare[24].

In quest'ultima eventualità, di là dal conflitto, allora da regolare, che finirebbe per emergere rispetto ad altri interessi, a partire da quello dell'imprenditore e dei soci, si assisterebbe, infatti, ad una modificazione della stessa qualificazione dell'iniziativa economica, che da libertà, e cioè attività libera, allora anche nei fini, come il primo comma del citato articolo la definisce, finirebbe, come un tempo da taluno si sosteneva in ordine alla proprietà, per diventare appunto una funzione, cioè una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento non già nell'interesse esclusivo del titolare, ma anche, e innanzitutto, nell'interesse altrui: un esito, questo, che, di là, ancora una volta, da ogni valutazione di merito, non pare raggiungibile in via interpretativa, e dunque in definitiva sulla base di preferenze personali dell'interprete, ma renderebbe necessario un intervento, francamente irrealistico, e della cui compatibilità con il diritto europeo appare quantomeno

22 V. Cariello, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, in *ODCC*, 2022, da 413.

23 F. d'Alessandro, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birrario e la Ford Modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2022, da 410, 440 ss.

24 B. Libonati, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, da 1540, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2013, da 615 (dal quale si cita), 631 ss.

legittimo dubitare, da parte dello stesso legislatore, che determini, con legge[25], gli opportuni programmi e controlli richiesti, dal terzo comma della medesima disposizione, al fine di indirizzare l'iniziativa economica a fini sociali, e ora anche ambientali, purché specificamente indicati[26], con ciò precludendo la possibilità stessa di funzionalizzare l'impresa richiamandosi ad una generica istanza di sostenibilità.

4. Società e scopo di lucro.

Spostando l'attenzione sulla società, intesa come strumento di investimento dei soci, appare opportuno in primo luogo ribadire, che, in generale, gli amministratori, al pari dell'imprenditore, sono tenuti a realizzare esigenze di sostenibilità soltanto in attuazione di (specifici) doveri previsti dalla legge, in assenza dei quali esse risultano recessive rispetto allo scopo di lucro, in senso tanto oggettivo quanto soggettivo, che caratterizza l'attuale disciplina delle società: così, per un verso, gli amministratori, beninteso nel rispetto di siffatti doveri, che rappresentano altrettanti limiti generali all'esercizio dell'attività di impresa, e nell'ambito segnato dall'oggetto sociale prescelto dai soci, sono tenuti a perseguire in via esclusiva l'interesse lucrativo di questi ultimi, in caso contrario potendo essere chiamati a rispondere nei loro confronti, mentre, per altro verso, il lucro così generato è destinato, altrettanto esclusivamente, ai medesimi soci.

Tutto ciò è a dirsi, appunto, in via generale, e dunque indipendentemente, oltre che da ogni considerazione in ordine all'opportunità di modificare la funzione stessa dello strumento societario, dalla previsione di specifiche regole volte ad assegnare rilevanza ad esigenze di sostenibilità, siano esse di fonte legale o statutaria: queste seconde, ovviamente, nei limiti in cui risultino compatibili con le prime e, più in generale, con il sistema[27]; l'esigenza, coerente con la presente occasione, di mantenere il discorso su un piano generale suggerisce di concentrare l'attenzione sulle regole legali, e segnatamente su quelle volte a dettare discipline di portata appunto generale: prescindendo allora sia dall'esame delle clausole statutarie, sia dalle disposizioni, in realtà le più numerose, ed alle quali si è già avuto modo di fare cenno, che risultano destinate ad applicarsi soltanto a talune società, individuate in ragione dei caratteri, dimensionali, delle imprese in cui prendono forma, che la legge mostra allora di considerare in questi termini, in quelli appunto di forma di esercizio dell'impresa.

Si avrà in particolare riguardo a tre diverse figure, quelle dell'impresa sociale svolta in forma societaria, della società benefit e delle società, diverse da queste ultime, con finalità di beneficio comune, e dunque "sostenibili".

---

25 G. Ferri, *op.cit.*, 13 s.

26 G. Minervini, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, da 618, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Vol. III, Padova, 1961, da 21, ora in Id., *Scritti giuridici. Impresa e concorrenza*, Napoli, s.d., ma 1996, da 57, 59 ss. e 79 s., B. Libonati, *op.cit.*, 633 ss., M. Libertini, *Impresa e finalità sociali*, cit., 27 ss.

27 M. Cian, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, in *Riv. soc.*, 2021, 475, 485 ss.

L'*impresa sociale* (d.lg. 3 luglio 2017, n. 112) si risolve nell'esercizio, da parte di un "ente", di "attività di interesse generale", rientranti tra quelle tassativamente indicate dalla legge, e volte al perseguimento di "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale", e cioè ascrivibili all'intero ambito della sostenibilità, tanto sociale, quanto ambientale, "adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento" di tutti i portatori di interesse, a partire dai "lavoratori" e dagli "utenti": essa si caratterizza, in particolare da un lato, per l'assenza di "scopo di lucro" (ferma restando, invece, la necessità dell'adozione di criteri di gestione in grado di assicurarne, programmaticamente, la sostenibilità economica, dal momento che, in caso contrario, non si tratterebbe più di un'impresa); e, dall'altro, per la scelta, diversa da quella operata in ordine agli altri enti del terzo settore (d.lg. 3 luglio 2017, n. 117), che pure possono esercitare (ma non necessariamente esercitano) un'impresa, di consentire espressamente che essa sia svolta anche in una forma, quella societaria, nella quale lo scopo di lucro risulta invece, come detto, essenziale[28]: una scelta, questa, che ha richiesto un duplice adattamento, tanto della disciplina dell'impresa sociale quanto di quella societaria, e cioè un'attenuazione sia dell'incompatibilità tra il perseguimento dello scopo di lucro e la figura dell'impresa sociale, sia della prevalenza dell'interesse lucrativo dei soci che connota le società.

Ne è derivata una disciplina, quella appunto dell'impresa sociale organizzata in forma societaria, che da un lato resta pur sempre caratterizzata dallo scopo di lucro oggettivo: nel senso che l'attività, pur avendo necessariamente ad oggetto un'impresa di interesse generale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, e pur dovendo essere svolta secondo le indicate modalità, deve essere comunque diretta a massimizzare la produzione del lucro, beninteso nei limiti concretamente consentiti dal carattere "sociale" dell'impresa; ma che, dall'altro, comprime, senza tuttavia eliminarlo integralmente, lo scopo di lucro soggettivo[29]: attraverso, in particolare, la previsione di limiti quantitativi all'ammontare complessivo di utili in varia forma distribuibili ai soci.

La disciplina delle cc.dd. *società benefit* (l. 28 dicembre 2015, n. 208, commi 376-384) appare invece volta non tanto e non solo a realizzare esigenze "sostenibili" dei soci, quanto piuttosto, e soprattutto, ad adottare una specifica strategia, o, come pure è stato detto, un peculiare modello di impresa[30], in grado di intercettare le preferenze non economiche diffuse nel mercato: modello che la legge favorisce consentendo, ma solo in presenza di determinati presupposti, di presentarsi sul mercato con la qualificazione di società benefit; la disciplina in esame si risolve appunto nella previsione di una serie di condizioni in presenza delle quali la società è legittimata ad utilizzare, accanto alla denominazione sociale, la dicitura di società benefit: tra le quali particolare rilevanza presenta il perseguimento, attraverso il raggiungimento di specifici obiettivi

28 G. Marasà, *Gli enti del terzo settore: attività e scopi*, *in Riv. dir. civ.*, 2023, I, 1169, 1170 ss.

29 G. Ferri, *op.cit.*, 34 s.

30 M. Palmieri, *Le società* benefit, *Riv. soc.*, 2023, da 1030, 1042 ss.

annualmente indicati dagli amministratori, di attività di beneficio comune, in assenza del quale l'utilizzazione di una dicitura siffatta esporrebbe la società all'applicazione delle sanzioni, pubblicistiche, previste in caso di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette.

Anche nella società benefit, del resto, l'intero lucro prodotto dall'attività sociale continua ad essere destinato ai soci: attività che, tuttavia, gli amministratori sono tenuti ad esercitare "in modo" non solo "responsabile… e trasparente", ma, questa volta, anche "sostenibile", nei confronti di tutti i portatori di interesse, e nel rispetto del dovere, espressamente previsto a pena di responsabilità, di operare un "bilanciamento" tra l'interesse, lucrativo, dei soci e le finalità di beneficio comune, indicate nell'oggetto sociale, senza peraltro pregiudicare l'interesse di coloro sui quali l'attività della società potrebbe finire per incidere.

Siffatto bilanciamento, in particolare, si opera in sede di individuazione degli obiettivi annuali che la società intende raggiungere, che gli amministratori devono selezionare in modo che al perseguimento delle finalità di beneficio comune risultino destinate risorse consistenti, e non irrisorie, ma in misura comunque coerente alla massimizzazione dell'interesse lucrativo dei soci: nel senso che il costo, strutturale, derivante dal raggiungimento di tali obiettivi (che vale a deprimere, dall'esterno, l'utile, come detto destinato esclusivamente ed integralmente ai soci) deve essere comunque inferiore al vantaggio economico atteso dalla possibilità di utilizzare la dicitura di società benefit, e con l'esito che gli amministratori dovranno indicare obiettivi raggiungibili appunto con un impiego di risorse ad esso inferiori.

Ultimo modello di società da prendere in considerazione è quello evocato dalla stessa disciplina della società benefit, nella parte in cui consente di indicare nello statuto *finalità di beneficio comune* anche a *società* diverse da quelle benefit, che cioè non ambiscano ad ottenere, e ad utilizzare, la relativa qualificazione (l. n. 208 del 2015, comma 379), con l'unico scopo, questa volta sì, di dare rilevanza statutaria ad interessi non economici dei soci: interessi che costoro intendono tuttavia perseguire avvalendosi di una forma, quella societaria, che, in assenza di espresse disposizioni positive, come detto necessarie al fine di consentire alterazioni del modello ordinario, mantiene intatta la connotazione lucrativa che la caratterizza.

Al fine di rendere tra loro coerenti, o comunque non incompatibili, le finalità di beneficio comune e lo scopo di lucro, in senso tanto oggettivo quanto soggettivo, deve ritenersi che attraverso l'indicazione di tali finalità nello statuto i soci intendano imprimere, stabilmente, al lucro a loro, e solo a loro, anche in tal caso pur sempre spettante, prodotto attraverso lo svolgimento dell'attività economica, la specifica destinazione di finanziare, altrettanto stabilmente, l'attività, non economica, diretta al perseguimento di siffatte finalità: un'attività, quest'ultima, anch'essa, a ben vedere, sociale, in quanto appunto volta a realizzare una finalità prevista nello statuto; è infatti proprio l'inserimento di tali finalità nello statuto, e in particolare nell'oggetto sociale, che impedisce di parlare, in tal caso, di limitazione del lucro soggettivo o comunque di una sua etero-de-

stinazione, in vero contrastante con lo scopo di lucro in senso soggettivo, trattandosi, al contrario, del reinvestimento di utili destinati integralmente ai soci, ma che costoro decidono di impiegare, attraverso la medesima società, al fine di realizzare propri interessi non economici, rinunciando allora non già alla spettanza, ma alla sola percezione delle relative somme in forma di dividendi: una possibilità, questa, offerta ovviamente anche alle società benefit, ma che non rappresenta una condizione per ottenere la relativa qualificazione.

In altri termini, tali società, oltre a quella, consueta, di strumento di investimento dei soci, svolgono altresì la funzione, ulteriore, di forma (almeno) di finanziamento (se non anche di organizzazione) di attività benefiche: il che non soltanto esclude in radice qualunque conflitto tra scopo lucrativo e finalità benefiche, e dunque la necessità stessa di operare un qualche bilanciamento o coordinamento tra siffatte funzioni; ma vale, al contrario, a renderle tra loro complementari: nel senso che l'attività benefica finisce per dipendere integralmente, dal punto di vista finanziario, da quella svolta a scopo di lucro.

Al riguardo, appare opportuno limitarsi ad osservare che se nella figura delle imprese sociali organizzate in forma societaria funzione lucrativa e finalità non economiche sono considerate come tra loro in conflitto, nelle società con finalità benefiche le medesime funzioni si presentano, tutto al contrario, come complementari, per quanto in senso opposto: nella società benefit, infatti, il perseguimento delle finalità di beneficio comune è strumentale alla realizzazione dello scopo di lucro, mentre nelle altre società con finalità benefiche è quest'ultimo a risultare strumentale alle prime.

Al problema del rapporto tra scopo di lucro e sostenibilità la disciplina positiva mostra, insomma, di offrire una pluralità di soluzioni diverse, ciascuna relativa allo specifico modello societario preso in considerazione: soluzioni, queste, che peraltro non esauriscono il novero di quelle astrattamente possibili, che sono a ben vedere infinite, come è a dirsi di ogni equazione a due incognite, compresa allora quella dalla quale si erano prese le mosse.

Il sostegno pubblico alla cultura e al turismo. Tra concorrenza e sviluppo economico: prassi applicative e problematiche emergenti

STEFANIA CAVALIERE
Associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Sommario: 1. Turismo, sviluppo e concorrenza - 2. Le incentivazioni economiche in campo culturale: criteri di compatibilità ed esenzione dalla previa notifica - 3. I soggetti beneficiari degli aiuti di Stato in campo turistico e culturale - 3.1 Le imprese turistiche - 3.2 Le imprese culturali e creative - 4. Politiche europee e legislazione nazionale pre-Covid di sostegno al settore turistico: una ricognizione delle principali fonti e della loro destinazione - 4.1 Gli aiuti al settore cultura prima della pandemia: uno sguardo d'insieme del quadro normativo di riferimento - 4.2 L'industria dell'audiovisivo tra intervento statale e rispetto del diritto dell'Unione - 4.3 Il settore museale e la sua progressiva riconduzione nell'alveo della concorrenza - 5. Cultura e turismo post pandemia: il "nuovo corso" interventista - 5.1 La programmazione settoriale nel PNRR - 5.2 Peculiarità disciplinari, governance e progetti operativi per il turismo - 6. Nota conclusiva

1.Turismo, sviluppo e concorrenza

Il Trattato di Lisbona, agli artt. 6 e 195 assegna la competenza dell'Unione in materia di turismo. L'art.195, evocando il principio di sussidiarietà, stabilisce che: «L'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore. A tal fine l'azione dell'Unione è intesa a: a) incoraggiare la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo delle imprese in detto settore; b) favorire la cooperazione tra Stati membri, in particolare attraverso lo scambio delle buone pratiche». L'UE, quindi, ha previsto numerosi programmi di finanziamento di sostegno al settore turistico[01].

01 R. VUILLERMOZ, *La disciplina dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato applicata al settore turistico-ricreativo*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 2/2011, 27 ss.

La disciplina degli aiuti di Stato, inizialmente, non prendeva in considerazione in maniera specifica le attività turistiche e per tale settore venivano applicati gli orientamenti elaborati, in via generale, per tutte le attività economiche. A tal proposito, tuttavia, deve evidenziarsi che il turismo non può essere ricondotto *sic et simpliciter* alle imprese di servizi poiché il settore in esame possiede talune peculiarità rispetto agli altri tipi di impresa dato che quanto offerto si colloca sul mercato in maniera flessibile e ci sono molte differenze a seconda delle prestazioni offerte (per es. strutture ricettive o strutture per lo sport e il tempo libero), della dimensione dell'impresa, del luogo dove ha sede (zone di pregio o periferie urbane), del tipo di offerta (pensione, grande albergo, affittacamere, *beauty farm*, *camping*, *resort*) e dell'eventuale appartenenza della struttura ricettiva a una catena di multinazionali. Per di più, le diverse tipologie di turismo (turismo culturale, enogastronomico, vacanziero, religioso, termale ecc.) presentano caratteristiche molto variegate che incidono sulle modalità delle attività svolte, tanto che, in determinati casi, si è potuto fare ricorso alle deroghe previste dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 107 TFUE relative agli aiuti compatibili *ipso iure* e a quelli discrezionali[02].

Non è da escludere, peraltro, come certi eventi naturali - quali un tempo eccessivamente piovoso o freddo, la mancanza di neve, fenomeni di eutrofizzazione, incendi o terremoti - possano determinare una diminuzione anche sensibile delle presenze turistiche e quindi incidere negativamente nel settore. Nel nostro Paese, non sono mancati esempi del genere come nel caso del terremoto in Umbria o ad Amatrice per i quali sono stati erogati aiuti di Stato che hanno trovato la loro giustificazione e compatibilità nella previsione del par. 2 lett. b) dell'art. 107 TFUE[03].

Il più delle volte, tuttavia, le sovvenzioni che hanno inteso sostenere determinate aree dotate di particolari attrattività (beni culturali, paesaggistici, eventi culturali ecc.), non comportando vantaggi quantificabili per determinate imprese o produzioni, non sono da considerarsi aiuti di Stato in quanto rappresentano una generica promozione di una località o un territorio[04]. Se, invece, l'incentivo conferisce vantaggi a determinati soggetti o a singole iniziative turistiche o culturali, sarà necessario valutare se tali attività abbiano natura economica o se, invece, non abbiano carattere commerciale per qualificarlo o meno come aiuto di Stato. A tal proposito, è da notare che, un finanziamento

02 Sul tema, tra gli altri, N. Landi,*Le deroghe al principio generale di incompatibilità*, in A. Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato. Un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Torino, 2006, 57 ss.; G. Luchena, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, Bari, 2012, 20 ss.; C. Cellerino, F. Munari, *Articolo 107*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1141 ss.;H. C. Hofmann, C. Micheau, *State AidLaw of theEuropean Union*, Oxford, 2016, 234 ss.; A. Bates, *Compatibility of Aid – General Principles*, in K. Beacon (ed.), *European Union Law of State Aid*, IIledition, Oxford, 2017, 97.

03 È appena il caso di ricordare che l'art. 107 par. 2, lett. b) prevede la compatibilità del mercato interno degli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali. In merito, tra gli altri, C. Buccico, *La compatibilità europea degli interventi di sostegno per le aree colpite da calamità naturali*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2012, 1108 ss.

04 C. E. Baldi, *La disciplina degli aiuti di Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2020, 82.

non rientrante nelle deroghe contenute nell'art. 107 TFUE, può, comunque, essere ritenuto compatibile nel caso soddisfi i requisiti per la disciplina degli aiuti *de minimis*[05].Tra l'altro, le imprese che operano nel settore del turismo possono anche beneficiare delle norme di favore relative agli aiuti alla formazione, all'occupazione e all'assunzione che sono applicabili a tutti i comparti economici.

Le regole in materia si sono, poi, evolute sino ad arrivare all'emanazione di discipline più specifiche perché non può non considerarsi che le strutture turistiche presentano caratteristiche peculiari che spesso possono trovarsi in concorrenza solo indiretta tra loro, in quanto offrono tra loro prodotti diversi, richiamando utenti con bisogni diversi.

Il punto controverso, in *subiecta materia* è comprendere se è possibile qualificare le attività in esame tra quelle che formano oggetto di scambi tra gli Stati membri e se i soggetti che operano in tale settore possano considerarsi destinatari degli aiuti di Stato, rispondendo ai requisiti stabiliti dalla normativa europea[06]. L'elemento dirimente consiste nel chiarire se tutti coloro che svolgono un'attività turistica rientrino nel concetto di impresa (circostanza essenziale per applicare la disciplina sugli aiuti di Stato e concetto su cui ci soffermeremo più avanti) e, soprattutto, se sono capaci di alterare la concorrenza pur offrendo servizi diversi da quelli forniti dalle imprese c. d. tradizionali. Ovviamente, fanno eccezione le grandi catene ricettive, in quanto queste ultime, data la loro dimensione, sono in concorrenza non con le singole strutture, ma, appunto, con i grossi gruppi commerciali che offrono le stesse prestazioni e quindi possono avere la capacità di falsare la concorrenza. Potrebbero essere beneficiari di aiuti legittimi alcune attività turistiche come, ad esempio, alberghi localizzati in quartieri urbani svantaggiati[07] piccole strutture ricettive a basso costo situate nelle periferie di grandi metropoli, le quali non avrebbero la capacità di incidere sugli scambi tra Stati membri con la conseguenza che le misure di incentivazione, in questo caso, non dovrebbero neanche essere notificate. Vi è da evidenziare, in ogni caso, che la Commissione non ha mai trascurato il settore in oggetto, svolgendo un lavoro capillare nel controllare la compatibilità con il Trattato degli aiuti alle attività turistiche e culturali, anche con il

05 Tale categoria di aiuti sarà analizzata nel prossimo paragrafo.

06 C. E. BALDI, *La compatibilità con il mercato comune degli aiuti al turismo un approccio problematico*, in *www.europrjetonline.it*, 2000, 7.

07 Si v. la Direttiva 97/C-146/08, *Disciplina degli aiuti di Stato alle imprese nei quartieri urbani svantaggiati*.

supporto della Corte di giustizia [08].

Le considerazioni esposte evidenziano quante complessità sussistano nell'attribuzione degli aiuti di Stato al turismo, mostrando la necessità di determinare nello specifico la compatibilità caso per caso con la normativa europea. In questa materia, poi, non si tratta di individuare solo l'eventuale minaccia che l'incentivo può provocare al libero mercato relativamente agli scambi tra gli Stati membri, ma anche, se, e in quale misura, ciò potrebbe accadere. Per di più, occorre definire quale sia (se esiste) il livello (statale o locale) di aiuto ammissibile secondo il concreto effetto distorsivo che esso può provocare alla concorrenza.

Spesso, poi, nelle sue decisioni, la Commissione, considerando il criterio della giustificazione compensatoria, ha precisato che anche se l'incentivo incide sugli scambi tra gli Stati membri, l'effetto positivo che esso può produrre nell'economia ne può giustificarne la concessione poiché l'interesse comune è certamente quello di salvaguardare la concorrenza, ma è anche quello di sviluppare l'occupazione, salvaguardare l'ambiente, promuovere la ricerca e l'innovazione, ovvero, in sostanza, favorire lo sviluppo[09]. Se lo Stato o un'amministrazione pubblica intende concedere un aiuto a un'impresa turistica, quindi, occorre stabilire per le diverse tipologie di attività, quale sia l'incidenza sugli scambi tra Stati membri e quale sia l'intensità degli aiuti ammissibile, in modo che un'eventuale alterazione della concorrenza non sia contraria all'interesse comune, ovvero sia compensata da un vantaggio rilevante in quel determinato territorio. In tale situa-

08 Occorre segnalare che non tutti gli aiuti al turismo, secondo la Corte di giustizia e la Commissione, possono rientrare nelle esenzioni previste dall'art. 107, paragrafo 2 e 3 TFUE. Si v., *inter alia*, la sentenza del 19 settembre 2000, Germania/Commissione, causa C-156/98, punti 29-31, nonché l'emblematica decisione della Commissione del 27 novembre 2002 relativa al regime greco di premi agli operatori turistici. Nel caso di specie, dietro segnalazione del ministero dell'economia tedesco, la Commissione ha adottato una decisione negativa in merito agli aiuti concessi dall'Ente ellenico del turismo a favore degli operatori che incentivavano il soggiorno di turisti stranieri nelle basse stagioni, accordando un premio di €40 per singolo viaggiatore. Detti aiuti, non ancora concessi, non erano stati notificati. La Commissione ha dichiarato tale regime incompatibile, salva l'applicazione dell'esenzione *de minimis*, ritenendo che i premi ellenici costituissero aiuti al funzionamento, i quali, anche se concessi in una regione che sino a tutto il 2006 poteva avvalersi pienamente della deroga del paragrafo 3 su richiamato, potevano essere autorizzati soltanto nel rispetto delle condizioni stabilite negli Orientamenti della Commissione stessa. In particolare, gli aiuti potevano essere giustificati qualora apportassero un contributo allo sviluppo regionale, avendo, comunque, un'entità proporzionale agli svantaggi ai quali essi intendevano porre rimedio, una durata limitata e un importo decrescente. Poiché le autorità greche non avevano presentato alla Commissione nuove prove che consentissero di valutare la pertinenza degli aiuti in oggetto sotto questi profili e poiché le suddette autorità non avevano neanche presentato osservazioni in risposta ai dubbi espressi dalla Commissione riguardo le conseguenze del regime dei premi al livello delle agenzie del settore turistico e l'eventuale concessione di aiuti in regioni alle quali non poteva applicarsi l'articolo 107, paragrafo 3del Trattato, la Commissione, non essendo in grado di valutare se la concessione degli aiuti in oggetto rispondesse alle condizioni stabilite dagli Orientamenti, ha, quindi, considerato gli aiuti in questione non compatibili con il mercato comune e non rientranti nei termini della deroga stabilita dal Trattato.

09 Si v. anche, Decisione della Commissione dell'8 maggio 2012, relativa all'aiuto di Stato SA.22668, punto 103.

zione, infatti, si può considerare la deroga finalizzata allo sviluppo e alla salvaguardia di un determinato settore o di una particolare regione *ex* art. 107, par. 3, TFUE.

2. Le incentivazioni economiche in campo culturale: criteri di compatibilità ed esenzione dalla previa notifica

Le politiche culturali europee, che tra l'altro, per alcuni versi, non possono non essere collegate con il turismo, hanno subito un cammino lento con ostacoli nell'elaborazione di azioni comuni, data la difficoltà di attribuire alla cultura europea una definizione idonea a essere condivisa fra tutti gli Stati membri dato che rappresenta ogni manifestazione della civiltà umana[10].

Agli inizi del progetto comunitario, la materia beni culturali e, in generale, la cultura era rimasta estranea agli interessi della Comunità, la cui azione era principalmente incentrata sulla realizzazione del mercato unico e sull'integrazione degli Stati membri sotto il profilo meramente economico. Le politiche riguardanti la cultura, quindi, furono intraprese con ritardo perché le problematiche relative all'integrazione economica furono considerate decisamente più urgenti e, solo intorno agli anni '70, si cominciò a prendere in considerazione l'elaborazione di progetti nel settore. Con il Trattato di Maastricht si statuì esplicitamente la competenza dell'Unione di contribuire al pieno sviluppo delle culture dei Paesi membri e di incoraggiare la cooperazione tra questi ultimi. L'art. 167 del TFUE prevede, difatti, la possibilità per il Parlamento e il Consiglio europeo di adottare azioni di incentivazione, incoraggiando la cooperazione tra Stati, per il miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, la conservazione e la salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea[11], gli scambi culturali non commerciali, la creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo, riconoscendo, quindi, alle Istituzioni europee un vero e proprio dovere di agire quando le politiche dei singoli Stati non sono adeguate. Tale competenza fu ed è esercitata soprattutto attraverso programmi di finanziamento e progetti culturali, nonché attraverso la disciplina degli aiuti di Stato. Dopo la Risoluzione del Consiglio Europeo del 15 dicembre 1997 sugli Orientamenti in materia di occupazione[12], la Commissione prese atto dell'importanza della formazione e istruzione (cultura in generale[13]) per promuovere lo sviluppo, lasciando intendere che i finanziamenti pubblici a quest'ultima, in determinate circostanze, avrebbero potuto potenzialmente incidere negativamente sul libero mercato. Questo perché sempre più spesso la formazione rappresenta

10 C. Pauwels, S. De Vinck, B. Van Rompuy, *Can State Aid in the Film Sector Stand the Proof of EU and WTO Liberalisation Efforts?*, in *European Studies*, 2007, 24.

11 A. Papa, *Le prospettive di un cambio di paradigma nella definizione del patrimonio culturale europeo*, in *Federalismi.it*, n.2/2022, 732 ss.

12 Adottata con atto del Consiglio europeo straordinario sull'occupazione, Lussemburgo, 20/21 novembre 1997.

13 Così, A. Cariola, *Lo Stato culturale. Prime riflessioni sul tema*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 3/2024,40.

un costo per le imprese (ma anche in questo caso, come per il settore turistico, occorre comprendere, come si illustrerà in seguito, se chi produce o offre beni e servizi culturali possa definirsi imprenditore e, quindi, destinatario degli aiuti di Stato), le quali intendono migliorare la propria competitività e il loro *know how*, servendosi delle nuove tecnologie. Un incentivo che riduce per alcune imprese le spese che esse dovrebbero normalmente sostenere per perfezionare le qualifiche dei propri dipendenti, infatti, conferirebbe a queste ultime un vantaggio nei confronti delle concorrenti, falsando la concorrenza. A questo proposito, occorre anche sottolineare che la Commissione ha riconosciuto da tempo[14] il suo favore per l'intervento pubblico nei confronti della formazione dei lavoratori, dei tirocini o della riqualificazione dei disoccupati.

Rilevante è la deroga prevista dall'art. 107, par. 3, lett. d) del TFUE che, come è noto, è dedicata in maniera specifica agli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio[15].Essa rappresenta il riconoscimento dell'importanza attribuita dall'Unione alla promozione di questo settore e, di conseguenza, anche al sostegno delle imprese culturali, sebbene, in verità, bisogna rilevare come tale norma, effettivamente, non brilli per chiarezza.

La circostanza che il legislatore europeo abbia previsto una disposizione simile, comunque, evidenzia come il settore sia stato ritenuto fonte non trascurabile di sviluppo socioeconomico. È ormai noto, infatti, come la cultura contribuisca alla crescita e alla qualità della vita dei cittadini dell'UE, rappresentando un valido strumento per promuovere, sia l'integrazione, sia il progresso dei territori.

La normativa sugli aiuti di Stato alla cultura, escludendo alcuni finanziamenti dall'eccezione di incompatibilità, concreta un modo per ribadire la necessità di sottoporre le attività delle imprese operanti in tale mercato, ammesso che sia possibile parlare di un mercato in tale materia, allo scrutinio europeo[16]. L'ampio margine di apprezzamento di cui gode la Commissione sulle proposte di aiuti, apre la strada ad una vera e propria politica nel settore, dove si avverte l'esigenza di bilanciare l'interesse alla tutela di tutto ciò che riguarda il patrimonio storico artistico di un Paese rispetto all'interesse comune di un mercato europeo aperto e concorrenziale. Anche in questo caso, risulta evidente il potere dell'Unione (Commissione) di condizionare e di orientare la condotta dei poteri pubblici nazionali, attraverso i criteri elaborati nelle Comunicazioni interpretative sugli aiuti di stato.

14 Già dalla Direttiva 98/C-343/07 si evidenzia come gli aiuti alla formazione dei lavoratori siano ritenuti una questione di interesse comune per tutti gli stati europei.

15 L. Zagato, *Aiuti di Stato alla cultura: recenti sviluppi*, inL. Rossi, E. Baroncini (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli*, Napoli, 2010, 224 ss.; F. Togo, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon*, n. 2/2009, par. 3; P. Mastellone, *Tutela e promozione del patrimonio culturale nella disciplina internazionale ed europea: dall'insufficienza dei finanziamenti pubblici alla valorizzazione della leva fiscale per stimolare l'intervento dei privati*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, n. 2/2018, 138 ss.

16 C. Fontana, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, 186.

La deroga relativa agli incentivi in oggetto è stata anche definita "eccezione culturale" perché il Trattato prevede la possibilità di concedere aiuti statali in settori di rilievo culturale, sottraendoli in generale alle regole di mercato. In tal modo, nel contesto della diversità culturale europea, gli Stati nazionali rimangono i pieni tutori delle espressioni del loro passato, arte e tradizioni e in questa prospettiva, la possibilità di concedere un sostegno o un aiuto pubblico rappresenta una tutela, anche sul piano economico, della medesimadiversità culturale che non è sottoponibile al libero gioco delle forze di mercato in quanto piena espressione identitaria degli Stati membri[17].

Le fattispecie previste nell'articolo 107, paragrafo 3 lett. d) TFUE sono due: la promozione della cultura e la conservazione del patrimonio; nel primo caso si ipotizza un'attività d'incentivazione a favore di enti culturali o musei che curino manifestazioni o attività similari, nel secondo si prevedono aiuti per il patrimonio storico-artistico inteso nel senso indicato dall'art. 9 Cost., cioè come identificativo dei valori e delle tradizioni riconducibili ad un'identità comune[18]. Tale norma, per alcuni rappresenterebbe il modo attraverso cui la cultura viene posta su un piano di uguaglianza, se non superiore, ai principi di concorrenza[19].Dagli anni 2000, infatti, si è imposta la tesi propugnata dalla giurisprudenza europea[20]secondo la quale gli incentivi concessi dagli Stati in materia di cultura, il cui importo non ecceda quanto risulti necessario per la realizzazione della missione di interesse generale o per attuare l'obbligo del servizio pubblico, non rappresentano un vantaggio per le imprese beneficiarie e, pertanto, non costituiscono un aiuto statale *ex* art. 107 del TFUE, con la conseguenza che non si concretizza neanche il dovere di notifica alla Commissione *ex* art. 108 par. 3 TFUE.

Gli aiuti alla cultura sono disciplinati in un Regolamento del Consiglio del 1998[21], modificato nel 2013, poi abrogato e riformulato nel 2015[22] con un nuovo Regolamento di semplificazione che ha autorizzato la Commissione a esentare dall'obbligo di previa notifica la maggior parte degli aiuti di Stato relativi a tale settore. A seguito di questo processo di riforma e modernizzazione, le categorie di incentivi pubblici esentati dall'obbligo di

17 D. Ferri, *La Costituzione culturale dell'Unione europea*, Padova, 2008, 54.

18 La Corte di Giustizia in un primo tempo respinse l'idea di riconoscere una disciplina sulla cultura in generale che potesse derogare alle regole del mercato, conseguentemente cominciò a giustificare una possibile restrizione al libero scambio muovendo verso il riconoscimento di un'eccezione culturale che in seguito venne sempre più invocata. Si v., per es., l'emblematica sentenza dell'11 luglio 1985, cause riunite C-60 e C-61/84, *Cinéthèque ed altri contro la Fédération Nationale des Cinémas Français*.

19 F. Togo, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, cit., par. 2.

20Per una ricostruzione, si v., R. Craufurd Smith, *Culture and European Union Law, in European Law Journal*, n. 2/2008, 28 ss.

21 Regolamento n. 994 del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE (oggi 107 e 108 del TFUE).

22 Regolamento UE 2015/1588 del Consiglio del 13 luglio 2015 sull'applicazione degli artt. 107 e 108 del TFUE a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (codificazione).

notifica preventiva si sono considerevolmente ampliati[23], mentre, per altro verso, si è estesa la responsabilità delle amministrazioni concedenti poiché esse sono tenute al controllo preventivo di compatibilità delle misure in esenzione, e quindi a svolgere un'attività di valutazione delle misure che qualora integrano gli estremi di un aiuto di Stato sono da assoggettare alle regole di concorrenza. Il Regolamento sopra menzionato ha completato la disciplina degli aiuti di Stato alla cultura e ha chiarito in maniera più puntuale, quali sono gli incentivi compatibili con il mercato interno *ex* art. 107, par. 3 lett. d), TFUE.

Il GBER, in applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE sulle condizioni di compatibilità di determinate tipologie di incentivi, in particolare, nell'art. 53, esenta dall'obbligo di notifica preventiva talune misure di sostegno statale anche per il settore culturale[24]. Tale disposizione prevede un elenco di situazioni il cui finanziamento può costituire aiuto di Stato in regime di esenzione che, invero, comprende la maggior parte delle attività in campo culturale (relative a musei, siti archeologici, monumenti, archivi, biblioteche, teatri, sale da concerti, spazi culturali e artistici, il patrimonio immateriale, compresi i costumi e l'artigianato del folclore tradizionale, l'educazione culturale e artistica, programmi educativi e di sensibilizzazione del pubblico) anche se la Commissione nei suoi atti non ha mai effettuato una vera e propria classificazione di esse, aprendo il fianco a dubbi applicativi da parte delle autorità nazionali.

Nell'art. 54 del Regolamento 651/2014 viene determinata l'intensità degli aiuti per il settore audiovisivo e tale criterio si applica anche ai prodotti culturali, salvo i casi elencati dalla stessa disposizione. Il problema, però e che la stessa disposizione non qualifica cosa effettivamente siano i prodotti culturali, lasciando agli Stati membri questo compito[25], con la conseguenza di ingenerare situazioni di confusione[26] sull'effettivo oggetto delle misure. Così, per fare un esempio, non è chiaro se le opere dell'ingegno (che pure potrebbero essere definite prodotti culturali) riguardanti il campo della riproduzione, l'utilizzo di elementi grafici distintivi del patrimonio culturale, i diritti di brevetto, le licenze *know-how* rientrino nell'art. 54 o in una diversa parte del Regolamento di esenzione, ovvero negli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione.

La Commissione ha, poi, evidenziato, al punto 72 del Considerando del Regolamento

23 Ricordiamo il noto Regolamento Generale di Esenzione per Categoria (c.d. GBER).

24 C.E. Baldi, *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise,* in *www.aedon.ilmuino.it,* n. 2/2018, par. 1.

25 L'art. 54 par. 2 del Regolamento UE 651/2014 recita: ‹‹Gli aiuti sostengono un prodotto culturale. Al fine di evitare errori palesi nella classificazione di un prodotto come prodotto culturale, ciascuno Stato membro stabilisce procedure efficaci, quali la selezione delle proposte da parte di una o più persone incaricate o la verifica rispetto a un elenco predefinito di criteri culturali››.

26 A. Bruno, *Primi appunti circa la possibile confusione nell'applicazione delle normative sugli aiuti di Stato discendente dal nuovo istituto dell'impresa culturale e creativa*, in *www.diritto.it*, 2020, 3 ss.

651/2014, così come modificato[27], che devono essere ritenute di carattere economico e, quindi, non rientranti negli aiuti potenzialmente incompatibili, tutte quelle attività culturali e di conservazione del patrimonio prevalentemente finanziate dai contributi degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali. Insomma, è evidente, come in questo settore la lesione del libero mercato sia difficilmente riscontrabile e come, nello stesso tempo, risulta oscuro comprendere se effettivamente si possa considerare esistente un mercato concorrenziale[28].

A titolo di esempio, si può fare riferimento a una manifestazione a pagamento che richiami un vasto pubblico: in questa circostanza, occorre considerarne il carattere di essa, poiché se quest'ultima fosse di rilevanza locale potrebbe non esserci l'effetto distorsivo della concorrenza, se invece fosse di livello nazionale, allora si potrebbe verificare un effetto distorsivo degli scambi tra Stati membri.

Mentre agli inizi degli anni 2000 la Commissione ha cercato di valutare la compatibilità di un aiuto alla cultura, caso per caso, a seguito della notifica dello Stato membro interessato[29],in seguito, la stessa ha adottato una serie di Regolamenti che hanno permesso di comprendere quando queste ultime possono configurare un aiuto di Stato legittimo ed essere esentate dall'obbligo di comunicazione preventiva.

Il GBER, per esempio, non esclude la possibilità che lo Stato possa finanziare la realizzazione di infrastrutture culturali o gestire le medesime infrastrutture anche quando queste non abbiano rilevanza squisitamente locale, ma ciò è possibile esclusivamente nel rispetto del principio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato[30]. Il campo di applicazione del Regolamento de quo è definito esplicitamente da un'elencazione di obiettivi e di attività culturali ammissibili, a dimostrazione del fatto che qualsiasi intervento nel settore culturale può essere considerato un potenziale aiuto di Stato. Esso, inoltre, specifica anche i costi ammissibili, precisando che gli aiuti sia agli investimenti, sia al funzionamento inferiori a determinate soglie sono esentati dall'obbligo di notifica, a condizione che sia esclusa ogni sovracompensazione.

La disciplina appena esposta, comunque, in considerazione del fatto che le attività culturali non sempre possono essere considerate di natura economica, in quanto, non di

27 Così come modificato dal Regolamento UE 2017/1084 che ha aumentato le soglie di notifica.

28 La Commissione ha dato la sua interpretazione del punto 72 del GBER attraverso la Comunicazione 262/2016.

29 Tra gli altri, caso n. 377/2007 *Support to Bataviawerf* del 28 novembre 207; n. 216/2005 *Geocenter Møns Klint (Denmark)* del 26 agosto 2005; n. 268/2002 *Regione Sicilia* del 5 dicembre 2003; n. 136a/2002*Ecomusée de Alsace*del 21 gennaio 2003.

30 C. E. BALDI, *Aiuti alla cultura musei e altre "infrastrutture culturali"*, in *www.europrject-online.it*, 2013, 5, è molto critico sull'applicazione di tale principio in campo culturale interrogandosi su quale sarebbe la sorte del patrimonio culturale europeo se gli Stati membri si comportassero nella sua gestione secondo il criterio dell'investitore privato. L'autore sostiene, poi, che è inutile applicare i principi che si riferiscono al mercato ad un settore al quale tali principi non possono adattarsi.

rado non registrano utili, ma perdite, deve essere sempre interpretata caso per caso, per comprendere se la produzione cui si vuole concedere gli incentivi, alla luce di tutte le circostanze, possa essere considerata effettivamente impresa e quindi soggetto destinatario di aiuti di Stato.

Sono ammissibili, secondo il GBER, gli investimenti materiali e immateriali ivi elencati, come i costi per l'ammodernamento, la tutela, la riqualificazione, l'accessibilità del patrimonio culturale, i costi per progetti e attività culturali, le borse di studio e le attività di promozione. Se sono state attribuite sovvenzioni per investimenti, queste sono state considerate ammissibili qualora l'infrastruttura sia stata utilizzata a fini culturali almeno per l'ottanta percento della sua capacità. La Commissione, tuttavia, ha avuto modo di pronunciarsi su pochi casi e non ha segnalato particolari criticità nella pratica generalizzata a livello europeo del finanziamento pubblico delle attività culturali. Solo dopo la sentenza relativa alla causa *Mitteldeutsche Flughafen* AG e *Flughafen Leipzig-Halle GmbH* contro Commissione europea[31], quest'ultima ha segnalato la possibile presenza di aiuti di Stato non legittimi in caso di progetti infrastrutturali cofinanziati da Fondi strutturali e ha dedicato il numero 4 della Griglia analitica generale sugli aiuti di Stato[32] (una sorta di *checklist* per chiarire le norme sugli aiuti di Stato applicabili al finanziamento pubblico di progetti infrastrutturali predisposta ai sensi dell'art. 107 par. 3 lett. d del TFUE)ai criteri che permettono di valutare come ammissibili incentivi per la costruzione di infrastrutture culturali quali spazi polifunzionali ("arene"), musei, studi cinematografici e sale cinematografiche, nonché per la ristrutturazione di monumenti storici. Solo qualora la misura adottata dai Paesi membri non soddisfi le condizioni dei criteri di cui sopra, costituisce aiuto di Stato a tutti gli effetti con l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione. L'Istituzione europea, inoltre, considerando che il settore, il più delle volte, non registra utili perché non è sempre in grado di compensare i costi inerenti alla gestione, si è dimostrata favorevole alla possibilità che questi ultimi vengano colmati da sovvenzioni pubbliche che, per tale motivo, possono essere considerati aiuti di Stato ammissibili. L'attività culturale, infatti, come si sa, per essere valutata attività di mercato deve essere svolta in concorrenza con altri soggetti e deve consistere in un'offerta alternativa rispetto agli altri operatori, nel senso che l'acquisto di un bene o di un servizio da un professionista del settore deve implicare la rinuncia ad un acquisto simile ad un altro. La concorrenza, invero, può esistere solo tra beni o servizi equivalenti e tra loro scambiabili, situazione che, in effetti, raramente si verifica nell'ambito delle attività culturali. È difficile sostituire la fruizione di un quadro di Picasso con un quadro di Botticelli, oppure paragonare la visione di un'opera tragica con una commedia; allo stesso modo è difficile che possano sentirsi in competizione i gestori di un museo con quelli di un monumento[33]. L'Autorità Garante della concorrenza e del

31 Sentenza Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, Causa C288/11 P.

32 Il 01/08/2012.la Commissione (DG REGIO + DG COMP) ha inviato agli Stati la griglia generale (2012)834142.

33 C.E. Baldi, *La disciplina degli aiuti di Stato*, cit., 449.

mercato italiano ha, peraltro, affermato, in un suo parere[34], che due alberghi (che offrono indiscutibilmente servizi tra loro alternativi) possono essere considerati in concorrenza se si trovano nello stesso bacino d'utenza come due strutture ubicate in quartieri diversi di Bologna, mentre non lo sono l'albergo di Bologna con quello di Modena.

La differenza tra aiuto compatibile e quello che non è qualificabile tale sembra, tuttavia, in concreto piuttosto opaca in considerazione dell'eterogeneità delle situazioni che possono crearsi. Allo stesso modo, anche i riferimenti normativi non si presentano del tutto chiari. Ad esempio, nel più volte menzionato Regolamento 651/2014, si afferma che: "nel settore della cultura e della conservazione del patrimonio, determinate misure adottate dagli Stati membri possono non costituire aiuti di Stato in quanto non soddisfano tutti i criteri di cui all'articolo 107, paragrafo 1"[35], ma non si forniscono gli effettivi parametri o criteri idonei per stabilire se una misura è aiuto o non aiuto. A tal proposito, la Commissione attraverso la Comunicazione del 2016[36], che recepisce le sollecitazioni presentate dall'Italia volte a far riconoscere la natura non economica dell'attività dello Stato in campo culturale[37], ha ritenuto opportuno inserire alcuni chiarimenti in materia. Vi si sottolinea il ruolo della cultura come veicolo di identità valori che rispecchiano e modellano la società dell'Unione, ma si evidenzia altresì che talune attività del settore possono essere organizzate in modo non commerciale, riconoscendo più in generale che il finanziamento pubblico di attività legate alla cultura e alla conservazione del patrimonio accessibili alla collettività gratuitamente risponde, il più delle volte, a un interesse esclusivamente sociale che non riveste carattere economico. Secondo la Commissione devono essere considerate di carattere economico "le attività culturali e di conservazione del patrimonio[...] prevalentemente finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali (ad esempio esposizioni commerciali, cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale, ...)", rilevandosi, nuovamente, una mancanza di chiarezza, perché non è agevole comprendere quale sia concretamente il concetto di "prevalenza" e quello di "altri mezzi finanziari"[38]. Così, il pagamento del biglietto da parte dei visitatori di un museo non attribuisce la qualifica economica all'attività culturale quando tale contributo non si configura quale remunerazione del servizio prestato e, pertanto, un eventuale incentivo a tale ente non può essere considerato aiuto di Stato. Si ritiene, invece, attività economica quella che viene finanziata prevalentemente con l'apporto dei fruitori o di altri mezzi commercia-

34 Provv. n. 14659 del 25 agosto 2005, C-7221 – Michele Amari/CIGA, in Boll. n. 32-23-34/05.

35 Punto 72 del considerando del decreto in oggetto.

36 Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1del TFUE, C-2016/2946.

37 C.E. Baldi, *L'intervento pubblico in campo culturale. Il faticoso iter di linee guida condivise*, cit., par. 1.

38 C.E.Baldi, *Finanziamento della cultura e regole di concorrenza. Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 3/2016, par. 3.

li[39]. Solo in presenza di un caso del genere e quando il finanziamento pubblico è idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri, perché richiama spettatori provenienti da luoghi anche lontani oppure quando si è in presenza di attività culturali e di conservazione del patrimonio che favoriscono esclusivamente talune imprese nei confronti di altre (ad esempio il restauro di un edificio storico utilizzato da una società privata) si possono applicare le condizioni regolate dal GBER. A grandi linee i criteri per stabilire se una misura si configura come aiuto di Stato oppure no, dovrebbero essere da un lato la gratuità o i semi gratuità del servizio offerto e dall'altro la dimensione dell'evento/fenomeno e la capacità di distorcere la concorrenza.

La distinzione tra un aiuto di Stato e una misura che non può essere qualificata come tale non è un'inutile disquisizione teorica poiché gli interventi in campo culturale qualificati incentivi pubblici, condizionano in forza della disciplina dell'art. 107 TFUE, l'attività delle pubbliche amministrazioni che intendono sostenere il settore cultura. La mancanza di criteri distintivi del tutto certi mette in difficoltà le autorità nazionali che devono interpretare il tipo di sostegno che si intende concedere e, qualora, quest'ultimo rientri tra gli aiuti compatibili, devono attuare tutti gli adempimenti procedurali, compreso l'obbligo di indicazione nel Registro Nazionale degli Aiuti assumendosi l'onere delle eventuali problematicità di recupero nel caso in cui la misura venisse in seguito dichiarata illegale[40]. Questa circostanza potrebbe disincentivare interventi socialmente necessari e capaci di dare un importante impulso all'economia[41], sebbene il Regolamento di esenzione abbia nei fatti ridimensionato di molto le ipotesi in cui le misure pubbliche possono qualificarsi aiuto di Stato e quindi essere soggette alla relativa disciplina. Un incentivo al settore culturale, perciò, secondo gli ultimi orientamenti della Commissione, per essere ritenuto compatibile con il TFUE, deve essere necessario per la promozione delle attività culturali e la conservazione del patrimonio, non alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in modo da non vulnerare l'interesse comune, deve essere proporzionale alle finalità da perseguire, deve essere compatibile con aiuti nazionali e con quelli europei per altri fini e non deve discriminare per motivi di nazionalità le imprese a cui è rivolto. L'aiuto sarà legittimo se finanzia solo i costi dell'attività culturale e non anche altre attività industriali o commerciali svolte contemporaneamente dal destinatario, rispettando i limiti quantitativi relativi all'aiuto e alla territorializzazione dell'attività. La giurisprudenza europea ha precisato che le incentivazioni concesse dagli Stati per la cultura, il cui importo non ecceda quanto risulti necessario per la realizzazione della missione di interesse generale o per erogare il servizio pubblico relativo, non rappresentano un vantaggio per le imprese beneficiarie e, pertanto, non costituiscono un aiuto statale, con la conseguenza che non

39 Si v. Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1del TFUE, 2.6.

40 Sul punto, C. E. Baldi, *La disciplina degli aiuti di Stato*, cit., 469.

41 Di questo avviso anche Id, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e politica culturale europea. L'incoerenza di un sistema fortemente burocratizzato*, in *www.aedon.imulino.it*, n. 3/2014, par. 6.

sussiste neanche il dovere di notificazione alla Commissione dell'art. 108 par. 3 TFUE[42]. Ciò ha permesso, ovviamente, un significativo aumento degli aiuti nel settore, i quali sono anche favoriti dagli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia che costituiscono i criteri base per valutare e attribuire le sovvenzioni stanziate dall'Unione europea nell'ambito dei suoi programmi di finanziamento aventi lo scopo di promuovere progetti nel campo culturale.

3. I soggetti beneficiari degli aiuti di Stato in campo turistico e culturale

3.1 Le imprese turistiche

L'impresa turistica è una particolare forma di impresa che si caratterizza per le particolari tipologie delle attività esercitate. La sua definizione è stata fornita a livello interno, dalla l. n. 217/1983[43] poi riformulata, ampliata e integrata dalla l. n. 135/2001 all'art. 7, dove si qualifica tale entità[44]. Tale norma è stata poi trasfusa nell'art. 4 comma 1 del Codice del turismo[45], articolo che, sebbene, buona parte del decreto su citato sia stato dichiarato incostituzionale[46], è ancora in vigore e costituisce la base per identificare un'impresa turistica.

Quest'ultima, quindi, secondo il d.lgs. n.79/2011 è un'impresa che esercita un'attività economica, organizzata per la produzione, la commercializzazione, l'intermediazione e la gestione di prodotti, di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari, di infrastrutture e di esercizi, compresi quelli di somministrazione facenti parte dei sistemi turistici locali, concorrenti alla formazione dell'offerta turistica. Tali servizi sono condivisi da diverse tipologie di utilizzatori e possono riguardare svariati oggetti e spesso possono non rappresentare un mercato. La definizione delle imprese in oggetto, quindi, attualmente non è più basata sul tipo di attività, come lo era quella contenuta nella legge del 1984, ma sulle finalità perseguite, comprendendo tutte quelle concorrenti alla formazione dell'offerta turistica in una visione di sviluppo e di integrazione del sistema. La fattispecie appare ampia, comprendendo attività molto diverse tra loro che però sono accomunate degli scopi turistici. Sono, infatti, riconducibili alla nozione di impresa turistica la maggior parte delle attività di offerta di servizi per coloro che viaggiano, i quali non si esauriscono solo in quelli tradizionali come alberghi o ristoranti, ma sono caratteriz-

42 Si vv., per es. la sent. del 22 novembre 2001, Ferring, causa C-53/00 e la sent. del 24 luglio 2003 Altmark Trans GmbH, causa C-280/00.

43 Il comma 1 dell'art. 5 della l. n. 217/1983 così recita: «sono imprese turistiche quelle che svolgono attività di gestione di strutture ricettive ed annessi servizi turistici».

44 A. Sciarrone Alibrandi, *L'impresa turistica*, in M. Gola (a cura di), *Evoluzione e prospettive della legislazione sul turismo*, Milano, 2022, 133 ss.

45 D. lgs. n. 79/2011.

46 La Corte costituzionale, con sentenza 2-5 aprile 2012, n. 80, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 del d. lgs. n. 79/2011 nella parte in cui dispone l'approvazione dell'art. 1, limitatamente alle parole «necessarie all'esercizio unitario delle funzioni amministrative ed altre norme in materia», nonché degli artt. 2, 3, 8, 9, 10, 11, co. 1, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, co. 2, 21, 23, co. 1 e 2, 30, co. 1, 68 e 69 dell'allegato 1 del medesimo decreto.

zate da una grande varietà di attività che concorrono direttamente o indirettamente allo sviluppo del settore, ovvero, le imprese dell'ospitalità in senso ampio, le agenzie di viaggio, dei trasporti come le ferrovie o le linee aeree e di navigazione, quelle per il tempo libero e lo svago comprendenti i locali notturni e i parchi giochi, quelle per lo sport e la gestione di impianti sportivi, quelle per il turismo balneare, quelle per il turismo di montagna come gli impianti di risalita e di noleggio di attrezzature sportive, quelle per il turismo culturale, quelle connesse al turismo congressuale e di affari e in fine tutte le imprese che anche indirettamente sono legate alla presenza di un ospite in una località[47]. È stato fatto notare che proprio l'ampliamento della fattispecie rende più difficile individuarne una disciplina unitaria rendendo più complessa la definizione dei contorni della figura giuridica in esame[48].

Il denominatore comune sembra, comunque, trovarsi nel fatto che quella turistica è un'impresa a statuto conformato, nel senso che l'attività non è completamente libera ma è vincolata da prescrizioni pubblicistiche come, per esempio, l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese per ottenere i finanziamenti. Per altro verso, il Codice del 2011, evitando di definire le imprese turistiche in maniera eccessivamente rigida, ha attribuito una certa flessibilità a tale figura giuridica consentendole una importante capacità di adeguamento all'evoluzione continua della materia in quanto, i modelli precostituiti potrebbero essere rapidamente superati e rivelarsi in breve tempo del tutto insufficienti a rappresentare un fenomeno così in progressiva evoluzione.

Occorre specificare, poi, che a rendere più articolata la trama normativa, spetta alle Regioni, le quali *ex* art. 117 comma 4 Cost. hanno competenza in materia di turismo, dettare la normativa per la gestione e la classificazione delle aziende ricettive secondo livelli rappresentati da un numero di stelle variabile da uno a cinque attribuite dal Sindaco del Comune interessato, sentito il parere delle agenzie regionali o provinciali per il turismo.

Il Codice del turismo ha previsto che, per usufruire delle agevolazioni, dei contributi, delle sovvenzioni, degli incentivi e dei benefici di qualsiasi genere ed a qualsiasi titolo, l'impresa deve iscriversi al registro delle imprese[49] o al repertorio delle notizie economiche e amministrative. Alle imprese in oggetto, peraltro, sempre secondo il d.lgs. n. 79/2011, avendo carattere commerciale, sono estesi, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni, gli incentivi e i benefici di qualsiasi genere previsti dalle norme vigenti per le attività industriali. È prevista anche una normativa di favore per le attività in oggetto prove-

47 C. De Stefanis, A. Quercia, *Definizione di impresa turistica*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 15 ss.

48 F. Casale, *Introduzione all'impresa turistica*, in *Studium iuris*, n. 4/2010, 391 ss., ma anche, F. Morandi, *L'impresa turistica: gli aspetti giuridici*, in *Rivista del turismo*, n. 4/2002, 80 ss.

49 Si tratta del registro delle imprese di cui all'art. 8 della l. n. 580/1993, e successive modificazioni, con le modalità previste nel d.P.R. n. 581/1995.

nienti dall'estero, le quali anche se non costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro europeo o di uno Stato appartenente all'EFTA possono essere autorizzate a stabilirsi e ad esercitare le loro attività in Italia, secondo il principio di reciprocità. Ciò può essere concesso, però, se le stesse si iscrivono nel registro delle imprese e posseggono i requisiti richiesti dalle leggi statali e regionali, nonché dalle linee guida di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 112/1998. Il Codice del turismo prevede anche la possibilità che possano costituirsi imprese turistiche senza scopo di lucro, queste ultime possono assumere la forma di associazioni che operano nel settore del turismo giovanile e che esercitano finalità ricreative, culturali, religiose, assistenziali o sociali nel rispetto, però, delle medesime regole e condizioni delle imprese turistiche con scopo di lucro, anche se appartenenti ad associazioni straniere aventi finalità analoghe e legate fra di loro da accordi di collaborazione. Si deve sottolineare che la gran parte dell'industria dell'ospitalità, comunque, ha come fattore comune la dimensione medio-piccola, circostanza che premette di attribuire altre agevolazioni alle imprese turistiche da aggiungersi a quelle concesse alle piccole e medie imprese.

L'Unione europea, dal canto suo, ha spesso preso in esame il tema delle imprese turistiche, un settore che contribuisce al 9,5% del PIL totale dell'UE e conta 3 milioni di imprese, dando lavoro a circa 22-26 milioni persone che lavorano direttamente o indirettamente nel settore e che rappresenta una rilevante fetta dell'economia commerciale non finanziaria europea[50].

In base all'art. 6, lett. d) TFUE, l'Unione ha competenza ad adottare azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri in materia di turismo in attuazione del principio di sussidiarietà. L' art. 195 dello stesso Trattato, peraltro, stabilisce che l'Unione completa l'azione degli Stati membri nel settore del turismo, in particolare, promuovendo la competitività delle imprese dei Paesi, incoraggiando la creazione di un ambiente propizio allo sviluppo e favorendo la cooperazione tra esse attraverso lo scambio delle buone pratiche.

Per completezza occorre evidenziare che recentemente si sono imposte nel nostro Paese, proprio perché soggette a un regime di favore, le *start up* sul turismo[51] che possono essere costituite anche nella forma di s.r.l. semplificate *ex* art. 2463-bis c.c. con l'obbiettivo di favorire l'accesso soprattutto dei giovani all'esercizio di tale tipologia di impresa. Queste ultime devono essere composte da persone fisiche di età inferiore a 40 anni e sono soggette a un regime agevolato[52], sia relativamente all'ammontare del

50 Per gli ultimi dati sul turismo europeo, si v. ultima edizione del rapporto trimestrale *Tendenze e prospettive del turismo europeo* pubblicato dalla European Travel Commission, 2024, in *www.etc.corporate.org*.

51 G. Rotondo, *Innovazione di impresa e turismo nel quadro della ripresa economica post emergenza pandemica*, in A. Amirante, G. Rotondo (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico,* Napoli, 2022, 34.

52 Oltre agli aiuti che gli possono essere concessi secondo la recente normativa europea per le *start up*.

capitale sociale necessario per la loro costituzione, sia per le formalità di accesso meno onerose rispetto a quelle che devono essere sostenute per istituire la "tradizionale" forma della società a responsabilità limitata e sono anche esenti da imposta di registro, diritti erariali e tassa di concessione governativa.

3.2. Le imprese culturali e creative

Un'altra forma di impresa è quella culturale, il cui inquadramento giuridica appare tutt'altro che scontato dato che non è agevolmente riscontrabile proprio lo svolgimento dell'attività di impresa. Vi è, infatti, chi dubita che essa possa costituire un fattore di rilievo per il sistema produttivo, sebbene le loro produzioni realizzino beni e servizi orientati al consumo e capaci di contribuire allo sviluppo economico[53] con dinamiche riconducibili spesso al mercato. Tale fenomeno appare rilevante perché rappresenta un crogiolo in cui la creatività si intreccia con il lavoro e la produzione, interessando le strutture sociali ed economiche contemporanee[54]. Non è facile, infatti, giungere a una definizione giuridica condivisa di tale impresa o ad una sorta di tassonomia, poiché non esistono parametri adatti a comprendere tutte le sue componenti a causa della sua eterogeneità. Il settore culturale si differenzia da quello artistico, anche per la compresenza di attività di mercato e non di mercato, ragione per cui sono spesso qualificate in modi diversi, tanto che taluni preferiscono parlare di industria creativa e altri di industria culturale creativa, sebbene le varie denominazioni sembrino differenziarsi solo in modo marginale. Recentemente, tuttavia, si preferisce inquadrare tali produzioni nel concetto di *Orange economy*, ovvero, di quell'economia legata alla cultura e aperta a dinamiche innovative capaci di trasformare lo scenario socioeconomico fortemente influenzato dagli effetti della globalizzazione e dall'assenza di un sistema concreto di garanzie sociali[55]. A tal proposito, le attività in oggetto hanno permesso di evidenziare, in ambito europeo, ma anche globale[56], quanto sia importante l'impatto della cultura sullo sviluppo locale, nonché hanno mostrato i contributi specifici che esse possono fornire all'innovazione e al diffondersi di nuove competenze esprimendo uno dei fattori che maggiormente esaltano l'essenza stessa di uno Stato[57].

Una disamina della letteratura sul tema mostra che si sono utilizzati i criteri più dispa-

53 Il problema per es. sorge per le imprese culturali e creative, sul tema, P. A. Valentino, *L'impresa culturale e creativa: verso una definizione condivisa*, in *Economia della cultura*, n. 3/2013, 273 ss.

54 G. Pescatore, *Una finestra sul lavoro nelle industrie culturali e creative*, in R. Paraciani, L. Cattani (a cura di), *Forme di produzione nelle industrie creative e culturali. Confini e significati*, Roma, 2024, 9.

55 Sul tema mi sia concesso rinviare a S. Cavaliere, *Un innovativo approccio dell'intervento pubblico nell'economia: l'orange economy*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, Gennaio, 2024, 1 ss.

56 In Colombia, Stato dove si è coniato il termine di *Orange economy*, il Governo sta scommettendo per il suo sviluppo proprio sulle industrie culturali e creative. In merito, F. Buitrago, I. Duque, in *La Economía Naranja: Una Oportunidad Infinita*, Washinton DC, 2013, 3ss.

57 Non è un caso che, anche in Italia, il Governo abbia sentito il bisogno di mettere a disposizione del settore congrui finanziamenti attraverso i fondi di coesione.

rati per definire l'industria culturale e creativa. Il modo deduttivo è stato utilizzato dagli economisti della cultura, per i quali esistono criteri che permetterebbero di selezionare le imprese da includere nel settore della produzione e del consumo della cultura in senso lato. Gli stessi hanno cercato di inserire nella definizione di impresa culturale un nucleo di attività tendenti alla creazione di servizi e prodotti con un minimo comune denominatore, che spesso si è rivelato insufficiente per la difficoltà di distinguere in modo chiaro le attività creative e culturali dalle altre. Il modo induttivo è stato elaborato per l'insufficienza del metodo deduttivo e considera le imprese creative e culturali tutte quelle attività che rientrano in un catalogo prestabilito[58]da individuare attraverso una specie di tassonomia.

L'interesse per l'industria culturale è nato dal fatto che quest'attività nel tempo è diventata sempre più importante dal punto di vista economico e già negli anni '60 del secolo scorso in Italia si cominciò a comprenderne la rilevanza. All'epoca si utilizzò la definizione, fornita nella letteratura anglosassone che intendeva tale impresa come quella comprendente tutte quelle attività connesse alla gestione e valorizzazione dei beni culturali, quelle necessarie per la gestione e realizzazione delle arti visive e dello spettacolo generate dalla prima rivoluzione industriale, tra cui il cinema, la radio, la tv, la stampa, la fotografia e tutte le forme di riproduzione dall'arte alla musica[59]. Dalla denominazione di impresa culturale si è, poi, passati a utilizzare il termine più ampio di industria creativa, che secondo la maggior parte degli economisti includeva anche la prima fattispecie. Tale ultimo termine fu elaborato in Inghilterra nel 1997 attraverso un documento elaborato dal *Department of culture media and Sport*[60]per tenere conto delle modificazioni intervenute nella "produzione" e nel "consumo" della cultura in senso lato.

Esistono, tuttavia, specificità e differenze tra le attività culturali e quelle creative ed è quindi, tutt'ora, non scontata una denominazione che possa accomunare entrambe, anche perché, la digitalizzazione ha creato nuovi strumenti di produzione e comunicazione, i quali, ampliando l'*output* ditali imprese, hanno generato ulteriori difficoltà teoriche nell'individuare le attività da includere in un settore che effettivamente è composto da due anime.

La nuova tecnologia, per di più, dando vita a un approccio alla cultura completamente diverso, ha cambiato profondamente sia le forme di espressioni artistiche, sia quelle di produzione, permettendo di trasferire in modo più facile e veloce le conoscenze con un allargamento del potenziale pubblico di consumatori disposti a pagare per fruire di queste attività. L'era digitale, infatti, ha dischiuso per queste produzioni nuove prospettive di mercato, instaurando modelli economici che consentono ai consumatori di accedere

58 Una delle tassonomie per definire il perimetro delle imprese creative e culturali è stata elaborata *dall'European Statistical System network on Culture* nel 2012.

59 M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO *Dialektic Deraufklarung*, nella traduzione italiana di R. SOLMI, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 1966, 31 ss.

60 Si fa riferimento al documento dei Laburisti inglesi, *A New cultural framework*, Londra, 1998.

a un'offerta diversificata e di qualità. Ciò genera effetti positivi indiretti, contribuendo all'innovazione, allo sviluppo delle competenze con un non trascurabile impatto anche su turismo e industrie Ict (*Information and Communication Technology*).

L'interesse nei confronti dei prodotti culturali e creativi da immettere nel mercato è una delle ragioni che ha indotto, negli anni '90, i *policy maker* a livello globale a porre la società dell'informazione e le industrie in esame al centro di una strategia di sviluppo comune[61]. Le varie produzioni immateriali sviluppatesi con il cambiamento delle tecniche di produzione[62], infatti, hanno fornito l'occasione di ridisegnare le economie territoriali e di creare nuove fonti di sviluppo, rispondendo in maniera efficace alla crisi del settore manifatturiero tradizionale.

Anche a livello internazionale, si è evidenziata la difficoltà di trovare una definizione chiara e condivisa di imprese culturali e creative[63], tanto che, se si passano in rassegna le disposizioni emanate in materia, si rilevano spesso formulazioni differenti a seconda dei provvedimenti. La Convenzione per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali dell'UNESCO[64], per esempio, ha definito industrie culturali quelle che producono beni, servizi e attività, che per i loro attributi, scopi e caratteristiche, sono considerate culturali, indipendentemente dal valore economico intrinseco. Nel 2006 il *Kea european affairs*, centro di consulenza e ricerca specializzato in politiche culturali, audiovisive e materie legate allo sport, alla cultura e alle industrie creative, invece, pubblicando per conto della Commissione europea uno studio sul tema[65], è, invece, giunto a una conclusione diversa rispetto a quanto evidenziato nella Convezione UNESCO sopra citata. Il Kea ha posto al centro della definizione delle industrie culturali e creative i loro prodotti finali, rilevando che le industrie culturali tradizionali sono composte dalle espressioni artistiche (arti visive, danza, teatro, istituzioni museali, ecc.) il cui aspetto economico è da ritenersi marginale in quanto frequentemente sostenute da fondi pubblici.

Un altro studio prodotto nel 2010 per la Commissione europea dal *Directorate General for Education and Culture da Hogeschool vor de Kunsten Utrecht*, dal titolo *The entrepreneurial dimension of the cultural and creative industries*[66]qualifica imprese culturali quelle che producono e distribuiscono merci o servizi legati a una specifica forma

61 Per una ricostruzione dell'evoluzione della nozione di industrie culturali e creative, L. De Grassi, *Le industrie culturali e creative: una nozione in divenire*, in L. De Grassi, V. Franceschelli (a cura di), *Le industrie culturali e creative, Profili giuridici ed economico-aziendali*, Milano, 2017, 5 ss.

62 A. Lazzaro, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *Federalismi.it*, dicembre 2017, 2 ss.

63 R. Paraciani, L. Cattani, *Forme di produzione nelle industrie culturali e creative: confini e significati*, in R. Paraciani, L. CATTANI (a cura di), *op. cit.*,15 ss.

64 Firmata a Parigi il 20 ottobre 2005.

65 *Kea European Affairs*, *The Economy of Culture in Europe*, October 2006.

66 Consultabile in *www.ec.europa.eu*.

di espressione culturale comprendenti i settori più tradizionali delle arti visive e dello spettacolo, ma anche quelli più moderni quali il cinema, la tv e la radio, i nuovi media, l'editoria e la stampa. Le industrie creative, inoltre, sono anche state definite come quelle che usano la cultura come *input* ma i cui prodotti hanno una funzione ben precisa comprendendo in tale perimetro il *design*, la moda, la pubblicità e l'architettura. In Italia, gli studiosi del settore, sempre con l'intento di trovare una definizione soddisfacente, hanno operato una bipartizione di tali imprese a seconda che interessino la creatività funzionale allo sviluppo dell'innovazione, oppure che riguardino lo sviluppo culturale e sociale. Con questo criterio, la classificazione delle imprese creative dovrebbe dividere le imprese dello spettacolo, del settore audiovisivo, cinematografiche, musicali, editoriali, (ossia quelle connesse allo sviluppo dell'innovazione), dalle imprese e gli enti di valorizzazione del patrimonio culturale, come i musei, le biblioteche, gli archivi, i siti monumentali, (ossia tutte quelle tese allo sviluppo culturale e sociale)[67].

Questa complessità e multiformità della fattispecie "aggravata" dalla sovrapposizione di leggi e di diverse fonti ordinamentali del diritto europeo ha creato talune criticità, anche per quanto riguarda l'iscrizione degli incentivi alle attività culturali/creative nel Registro Nazionale degli Aiuti di Stato, sebbene la Commissione con la Comunicazione 262/2016, abbia chiarito che «talune attività concernenti la cultura, o la conservazione del patrimonio e della natura possono non essere soggetti destinatari di aiuti di Stato poiché organizzati in modo non commerciale che non presenta un carattere economico[68].

I decisori politici italiani hanno mostrato una particolare sensibilità nei confronti delle imprese culturali e creative, anche se le difficoltà definitorie hanno, per così dire, frenato il legislatore nazionale, il quale non ha ancora emanato una disciplina *ad hoc*[69] data la complessità di attribuire una valutazione economica o meno al bene creativo che comunque spesso ha natura mista e semipubblica[70] con una fetta di mercato di natura decisamente singolare.

Nel 2009 la Commissione sulla Creatività e Produzione di Cultura in Italia ha pubblicato un Libro Bianco sulla Creatività e Produzione di Cultura in Italia[71], cercando di definire le imprese culturali e creative attraverso una descrizione delle caratteristiche centrali di queste imprese legate al patrimonio storico e artistico, rappresentato dai beni e dalle attività culturali (secondo l'accezione legislativa italiana), ovvero dal patrimonio

67 W. Santagata, *Libro bianco sulla creatività. Per un modello italiano di sviluppo*, 2009, Milano, 51.

68 Punto 34 della Comunicazione di cui sopra.

69 M. Cammelli, *Impresa culturale. Qualche appunto in tema di imprese culturali*, in *www.aedon.ilmulino.it*, n. 2/2017, par. 2, evidenzia come la mancanza di chiarezza sul significato dei termini non può garantire la chiarezza sull'argomento e sui suoi relativi confini.

70 Sul tema, M. S. Giannini, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, 5 ss.

71 *Libro Bianco sulla Creatività. Per un modello italiano di sviluppo*, curato dalla Commissione di studio ministeriale coordinata dal prof. Walter Santagata, Roma, 2009.

culturale, dalle arti, dallo spettacolo, dall'architettura, dalla musica e dall'industria legata all'informazione e alle comunicazioni, dove l'*high tech* si integra nella produzione di servizi (editoria, cinema, pubblicità, tv e radio, *software sciences*), ma anche nella cultura materiale, incentrata sulla produzione di servizi e di oggetti, comprendente i macro settori della moda, del *design* e dell'industria del enogastronomica.

Una regolazione più compiuta nel nostro ordinamento delle imprese culturali e creative si è avuta con la legge di Stabilità 2018[72] cui, purtroppo, non è stato dato seguito. Tale legge all'art. 1, co. 57 si riferiva alle imprese culturali e creative con l'obiettivo di attribuire loro un credito d'imposta nella misura del 30 per cento dei costi sostenuti per attività di sviluppo, produzione e promozione di prodotti e servizi culturali e creativi e, a tal fine, fornisce una definizione comune di queste fattispecie, evidenziando che «sono imprese culturali e creative le imprese oppure i soggetti che svolgono attività stabile e continuativa, con sede in Italia, in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in uno degli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo, purché siano soggetti passivi di imposta in Italia, che hanno quale oggetto sociale, in via esclusiva o prevalente, l'ideazione, la creazione, la produzione, lo sviluppo, la diffusione, la conservazione, la ricerca e la valorizzazione o la gestione di prodotti culturali, intesi quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e all'audiovisivo, agli archivi, alle biblioteche e ai musei nonché al patrimonio culturale e ai processi di innovazione ad esso collegati». Il comma successivo delegava la disciplina sulla procedura per il riconoscimento della qualifica di impresa culturale e creativa ad un decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, sentite le competenti Commissioni parlamentarie previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, tenendo conto delle necessità di coordinamento con le disposizioni del codice del Terzo Settore, decreto, che purtroppo non è mai stato emanato. Sempre lo stesso comma prevedeva, poi, adeguate forme di pubblicità per la procedura finalizzata al riconoscimento della qualifica di impresa culturale e creativa e per la definizione di prodotti e servizi culturali e creativi.

La denominazione di imprese culturali e creative è stata inseguito ripresa nel disegno di legge recante *Misure per lo sviluppo del turismo e per le Imprese Culturali e Creative. Delega al Governo in materia di spettacolo* in programma per l'approvazione in Consiglio dei ministri nel febbraio del 2020, ma che, a causa della pandemia non ha avuto seguito. Il disegno di legge di cui sopra intendeva attribuire alle imprese Culturali e Creative una cornice normativa più organica e prevedeva anch'esso di delegare le modalità di riconoscimento della qualifica di impresa culturale e creativa ad un decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, con lo stanziamento anche di un *Fondo per lo*

72 L. n. 205/2017.

sviluppo delle attività culturali e creative e un credito di imposta nella misura del 30 per cento dei costi sostenuti per attività di sviluppo, produzione e promozione di prodotti e servizi culturali e creativi.

Il decreto contemplava anche l'istituzione delle Zone Franche per la cultura nei Comuni con popolazione superiore a cento mila abitanti denominate "Quartieri degli artisti", luogo che permetteva alle imprese culturali e creative che ivi si volevano stabilire, esenzioni di imposte ed esonero di contributi previdenziali ed assistenziali. Con la legge di bilancio per il 2021[73], invece, si è esplicitato cosa si debba intendere per *settore creativo* (art. 1, co. 112), introducendo una formula che appare di più ampio respiro rispetto a quella contenuta nella legge del 2018, la quale si riferiva solo alle *imprese culturali e creative*. Per la disposizione richiamata, il settore creativo viene identificato come quel settore comprendente le attività dirette allo sviluppo, alla creazione, alla produzione, alla diffusione e alla conservazione dei beni e servizi che costituiscono espressioni culturali, artistiche o altre espressioni creative e, in particolare, quelle relative all'architettura, agli archivi, alle biblioteche, ai musei, all'artigianato artistico, all'audiovisivo, compresi il cinema, la televisione e i contenuti multimediali, al *software*, ai videogiochi, al patrimonio culturale materiale e immateriale, al *design*, ai festival, alla musica, alla letteratura, alle arti dello spettacolo, all'editoria, alla radio, alle arti visive, alla comunicazione e alla pubblicità. Si nota come la nuova disposizione faccia un passo in avanti rispetto alla legge di stabilità del 2018 perché fa riferimento, tra gli altri rami del settore, anche al *design*, ai *festivals*, all'editoria, alla comunicazione, alla pubblicità, al *software*, ai videogiochi, all'artigianato artistico, nonché al patrimonio culturale materiale e immateriale[74]. Relativamente alla definizione delle imprese in esame, un ulteriore approfondimento in chiave definitoria è stato fatto dall'art. 25 della legge n. 206/2023[75] che, ne lc. 2, ha dato una qualificazione, a dire il vero, precisa e omnicomprensiva di esse, stabilendo che «è qualificato impresa culturale e creativa qualunque ente, indipendentemente dalla sua forma giuridica, compresi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, nonché il lavoratore autonomo che: a) svolge attività stabile e continuativa con sede in Italia, ai sensi del Testo unico delle imposte sui redditi o in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in uno degli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo, purché sia soggetto passivo di imposta in Italia; b) svolge in via esclusiva o prevalente una o più delle seguenti attività: ideazione, creazione, produzione, sviluppo, diffusione, promozione, conservazione, ricerca, valorizzazione e gestione di beni, attività e prodotti culturali»; aggiungendo, poi,nelc.3, che «sono altresì qualificati imprese culturali e creative i soggetti privati costituiti in una delle forme di cui al c. 2 che svolgono, in via esclusiva o prevalente, attività economiche di supporto, ausiliarie

73 L. n. 178/2020.

74 Sull'importanza del patrimonio culturale immateriale, S. Colazzo, *Valorizzare il patrimonio culturale immateriale*, Roma, 2024, 7 ss.; A. Cozzi, *Patrimonio culturale immateriale e Unione europea*, in *DPCE online*, n. 2/2023, 1817 ss.

75 Recante *disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del made in Italy*.

o comunque strettamente funzionali all'ideazione, creazione, produzione, sviluppo, diffusione ,promozione, conservazione, ricerca, valorizzazione o gestione di beni, attività e prodotti culturali».

La nuova disciplina sui sostegni fiscali non è più contemplata, evidenziando come non sia importante l'etichetta giuridica, quanto emanare una norma che riconosca alle attività in oggetto uno *status* giuridico ovvero una forma di regolamentazione che permetta loro la possibilità di godere di interventi mirati anche relativi a politiche incentivanti[76], sebbene attualmente la legge del 2023 prevede un albo delle imprese culturali e creative di interesse nazionale. Nel nostro Paese, comunque, come si vedrà meglio in seguito, sono stati stanziati diversi incentivi per la filiera culturale e creativa, evidenziandosi come le industrie creative, al di là di quanto si possa pensare, sono spesso orientate alla produzione di beni culturali destinati al consumo, motivo per cui la dimensione economica non può sempre essere negata[77].

Le Regioni a statuto ordinario, che sono titolari con lo Stato di materie di potestà legislativa concorrente riguardanti la cultura(valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; istruzione, ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi) hanno approvato leggi regionali per attivare forme di accesso al credito atte a istituire veri e propri incubatori di creatività, i c.d. Fablab, sostenuti anche dal contributo di Fondazioni di origine bancaria. Attualmente, però, nonostante questi buoni propositi, in Italia, come rilevato, non è ancora stato emanato una disciplina organica dell'impresa culturale e creativa[78], per cui, spesso, si applicano analogicamente le norme relative all'impresa sociale contenute nel d. lgs. n. 112/2017 che prevede incentivi fiscali per quest'ultima[79]. Secondo l'art. 1 del decreto appena citato ‹‹possono acquisire la qualifica di impresa sociale›› tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del Codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale". Le attività di interesse generale che possono essere svolte dagli enti del terzo settore sono indicate nell'art. 5 e tra queste vi sono anche quelle che riguardano l'educazione, l'istruzione, la formazione professionale, la cultura e ciò che è di interesse sociale con finalità educative, interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio formazione universitaria e post-universitaria, ricerca scientifica di particolare interesse

76 Sul tema della motivazione degli scarsi strumenti di sostegno pubblico, A. Cicerchia, C. Oteri, *Mappatura delle professioni e delle competenze nel mercato del lavoro culturale e loro traiettorie formative*, in *Economia della Cultura*, n. 2/2023, 181 ss.

77 Il *design*, l'architettura e la moda, per esempio, sono senz'altro settori dotati di economicità.

78 M. D'Isanto, *Le imprese culturali e creative ancora nel limbo*, in *www.rivistaimpresasociale.it*, giugno 2020, ha evidenziato l'ambigua situazione delle imprese culturali ancora in cerca di un loro statuto.

79 G. Taffari, *Imprese culturali: la scelta della veste giuridica,* in *Cooperative e enti non profit*, n. 11-12/2023, 34 ss.

sociale, organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura, la radiodiffusione sonora a carattere comunitario, l'organizzazione e la gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso. È quindi agile fare rientrare in questo tipo di imprese, anche nella forma delle imprese *benefit*, che perseguono volontariamente, nell'esercizio dell'attività d'impresa, oltre allo scopo di lucro anche una o più finalità di beneficio comune, come la diffusione e il sostegno alle attività culturali e creative e quelle deputate alla conservazione e al recupero di beni del patrimonio artistico e archeologico presenti nel luogo ove operano o sul territorio nazionale[80].

La riforma del Terzo settore[81]ha offerto nuovi punti di riferimento alle organizzazioni non lucrative che intendono sviluppare le proprie attività in ambito culturale[82] e che si trovano a riconsiderare la *governance* reimpostandola in una prospettiva più dinamica.

Da più parti, tuttavia, è stata fatta notare l'importanza di concepire una disciplina di diritto speciale destinato alle attività d'impresa culturale, così come, occorrerebbe approfondire lo studio giuridico dei sistemi organizzativi e dei modelli manageriali idonei a favorire il consolidamento delle imprese in esame[83]. Ciò si rende necessario perché, soprattutto negli ultimi anni, nel nostro Paese si sta sviluppando una mentalità più consapevole circa la dimensione economica della cultura e si stanno istituendo strumenti orientati alle forme miste di finanziamento a sostegno di queste attività, come i partenariati pubblico-privato[84].

Occorre considerare, infine, che sebbene l'analisi dell'occupazione generata dalle attività della cultura e della creatività sia effettivamente un'indagine molto complessa data la scarsità di dati omogenei e specifici relativi al mercato di riferimento, Eurostat, nel 2019, ha rilevato come, nel complesso dei ventotto Paesi membri dell'UE, si siano registrate circa 8,7 milioni di persone impiegate in tale settore, ovvero il 3,8% del numero totale dei lavoratori europei, in piccolo ma costante aumento. Il tasso di crescita medio

80 Le Società Benefit perseguono anche la crescita del benessere di persone e comunità e la diffusione di attività sociali con finalità rivoltealla collettività. Sul tema, D. Siclari, *Le società benefit nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, n. 1/2016, 36 ss.

81 Sulla riforma del terzo settore, A. Fici, *Il terzo settore italiano in prospettiva europea*, in *Diritto ed economia del terzo settore*, n. 1/2024, 3 ss.; M. R. Gheido, *Enti del Terzo settore: cosa è cambiato*, in *Diritto e pratica del lavoro*, n. 36/2024, 2125 ss.; M. Tamponi, *La riforma del Terzo settore: obiettivi, soluzioni, problemi aperti*, in *Rivista di diritto civile*, n. 5/2023, 1003 ss.; A. Saporito, *Le fondazioni nel terzo settore*, in *Società e diritti*, n. 15/2023, 169 ss.; G. Marasà, *Gli enti del Terzo settore. Attività e scopi*, in *Rivista di diritto civile*, n. 6/2023, 1168 ss.

82F. Broccardi, *Le ricadute della riforma dei settori di attività: la cultura*, in*Impresasociale.it*, n. 11/2017, il quale evidenzia come le imprese culturali siano in una fase ibrida e di profonda trasformazione.

83 G. Bosi, *Lo statuto giuridico dell'impresa culturale* italiana, in *Aedon*, n. 3/2014, par. 4.

84 N. Vettori, *Le "forme speciali di partenariato" per la valorizzazione dei beni culturali: la causa di comunione di scopo quale elemento di specialità, in Aedon,* n. 1/2024, par. 3 ss.

annuo, che prima del Covid si attestava intorno all'1,3%[85] e che dopo la crisi sanitaria ha ripreso a crescere, conferisce a queste imprese un palese carattere economico, ma anche una rilevante importanza sociale per il contributo da esse fornito allo sviluppo intellettuale e spirituale della collettività. Nonostante i dati incoraggianti in termini di nuovi occupati e di produzione di ricchezza, le imprese culturali e creative, tuttavia, non sono ancora riuscite a ottenere una buona reputazione agli occhi delle istituzioni finanziarie europee poiché vengono percepite come un settore non bancabile, con alto profilo di rischio e scarsa produttività[86]. Questa situazione genera conseguenze sfavorevoli per le attività in oggetto che pagano il giudizio non troppo lusinghiero della finanza con la conseguenza di subire un arresto nella loro espansione non riuscendo a esprimere a pieno le loro potenzialità come sarebbe opportuno.

4. Politiche europee e legislazione nazionale di sostegno pre-Covid al settore turistico. Una ricognizione delle principali fonti e della loro destinazione.

Il turismo, prima del "ciclone" Covid, rappresentava il 10% del PIL dell'Unione e produceva 1,56 euro di valore aggiunto per ogni euro speso da tali imprese. Tra le imprese in oggetto il 90% sono PMI[87], sebbene un ruolo non meno importante sia svolto da alcune grandi multinazionali. Sia queste ultime, sia le PMI insieme al loro indotto riescono ad assicurare oltre 23 milioni di posti di lavoro[88], ragione per cui, l'Unione, dopo un primo disinteresse per la materia, ha cominciato, soprattutto attraverso Risoluzioni e Comunicazioni della Commissione e del Parlamento a rimarcare che il turismo costituisce un importante volano per la crescita dei Paesi UE. Molto prima della crisi sanitaria, nella Comunicazione dal titolo *Un approccio di cooperazione per il futuro del turismo europeo*[89] la Commissione ha proposto un Quadro di azione con misure volte a stimolare l'industria turistica dell'UE, scommettendo sulle sue potenzialità. La Risoluzione del Consiglio, del 21 maggio 2002, sul futuro del turismo ha, successivamente, confermato quanto prospettato dalla Commissione e ha favorito e incoraggiato un nuovo slancio verso la cooperazione tra soggetti pubblici e privati nel settore turistico al fine di rendere l'Europa la principale destinazione turistica. Successivamente una serie di comunicazioni ha dato impulso al consolidamento delle politiche nel settore fra queste viene in evidenza la Comunicazione a favore del turismo e delle sue imprese, tra queste meritano di essere menzionatela Comunicazione del 30 giugno 2010 **«**L'Europa, prima destinazione turistica mondiale - un nuovo quadro politico per il turismo europeo**»**[90], che analizza i fattori e gli ostacoli che possono frenare la competitività del turismo, de-

85 Reperibile *su www.ponculturaesviluppo.beniculturali.it*.

86 Relazione del Parlamento europeo A8-0357/2016.

87 Dati reperibili nel rapporto del Parlamento europeo*COVID-19: sostegno dell'UE per l'industria del turismo*, in *www.europarl.europa.eu*.

88 Consultabile in *www.eurostat.europa.eu*.

89 COM (2001)665.

90 COM (2010)0352.

dicando ben due paragrafi all'industria turistica e alle sue possibili opportunità, nonché alle potenzialità di crescita del settore individuando specifiche azioni per accrescerne l'innovazione anche attraverso una maggiorazione degli strumenti finanziari dell'UE. La Comunicazione del 7 novembre 2012 **«**Attuazione e sviluppo della politica comune in materia di visti per stimolare la crescita nell'UE» [91], invece, si prefigge di aumentare i flussi dei turisti dei Paesi terzi attraverso la politica comune delle autorizzazioni, mentre la Comunicazione del 20 febbraio 2014 «Strategia europea per una maggiore crescita e occupazione nel turismo costiero e marittimo»[92] è diretta a promuovere la crescita sostenibile e la competitività del turismo costiero e marittimo. Altrettante misure sono state approvate dalle istituzioni europee[93] a favore del settore e degli indotti a esso collegati. Tra queste ricordiamo la Raccomandazione del Consiglio per la protezione antincendio degli alberghi[94], la Direttiva del 2008 relativa all'utilizzo della multiproprietà[95] e la Direttiva del 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici[96]. A questi atti, si è poi aggiunta l'adozione di Regolamenti riguardanti i diritti dei passeggeri nel settore dei trasporti nonché numerose iniziative a favore del turismo europeo intraprese dalla Commissione, su richiesta del Parlamento. A tal proposito, meritano di essere citate l'iniziativa «Eden»[97], la quale premiando le destinazioni europee emergenti ancora poco conosciute e indirizzate verso un turismo economicamente redditizio, si pone il fine di rispettare il principio dello sviluppo sostenibile e il progetto «DiscoverEU», che fa parte di una serie di programmi volti a promuovere il turismo, consentendo dal 2019 ai cittadini europei di 18 anni di viaggiare in tutto il territorio europeo per scoprire le diversità culturali dei Paesi membri. Sotto l'egida del programma COSME[98]sono state successivamente intraprese diverse iniziative a favore della digitalizzazione delle imprese. In particolare, il programma citato sostiene una crescita competitiva e sostenibile del settore, promuove e sviluppa prodotti e servizi relativi allo sport e al benessere, tutela il patrimonio culturale e industriale europeo, facilita i flussi turistici transnazionali

91 COM (2012)0649.

92 COM (2014)0086.

93 Per il dossier completo dei programmi e dei finanziamenti per le imprese turistiche, si v. *www.transdolomites.eu*.

94 Raccomandazione del Consiglio 86/666/CEE.

95 Direttiva 2008/122/CE.

96 Direttiva (UE) 2015/2302.

97 Acronimo di *European Destinations of Excellence*, programma adottato nel 2006 dalla Commissione Europea**.** Ha lo scopo di selezionare mete turistiche in Europa che eccellano nel campo del turismo dai punti di vista ambientale, sociale e culturale.

98 Il Cosme (Competitiveness of Enterprises and SMES) è un Programma europeo per la competitività, in particolare delle PMI, per il periodo2014-2020finalizzato a incrementare la competitività delle imprese, incoraggiando una cultura imprenditoriale e promuovendo la creazione di nuove imprese. Regolamento (UE) n. 1287/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 che istituisce un programma per la competitività delle imprese e le piccole e le medie imprese (COSME) (2014 – 2020) e abroga la decisione n. 1639/2006/CE, reperibile in *www.ec.europa.eu*.

nell'UE nella bassa e media stagione impiegando al meglio le infrastrutture esistenti e il personale per massimizzare le sinergie tra il turismo e le industrie di alta gamma. L'UE, peraltro, ha da sempre sostenuto la creazione di reti tra le principali regioni europee per migliorare la conoscenza del patrimonio europeo e le *best practices*. Nel luglio 2009, infatti, è stata, infatti, istituita NECSTouR, una particolare piattaforma di scambi, di conoscenze e soluzioni innovative per migliorare le *performance* delle imprese turistiche.

Sempre la Commissione, con l'intento di modernizzare le attività del settore e perfezionare le competenze professionali di quanti prestano il proprio lavoro in questo campo, soprattutto al fine di migliorare le conoscenze digitali, adeguandole alle aspettative del mercato, ha previsto azioni mirate al raggiungimento di questi ultimi nell'ambito della strategia "Europa 2020". Particolare efficacia è stata riscontrata nell'iniziativa faro "Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro"[99] che ha evidenziato, ancora una volta, l'importanza della formazione e dello sviluppo relativo alle competenze dei dipendenti nel corso della loro vita lavorativa, soprattutto attraverso la previsione di adeguati finanziamenti per coloro che operano nel settore turistico, al fine di aumentare il tasso di occupazione specializzata.

Tali incentivi sono stati attribuiti, sia in forma diretta come sovvenzioni, sia in forma indiretta come garanzie prestate da intermediari finanziari oppure concessi attraverso prestiti di capitale. I beneficiari, tuttavia, in nessuna circostanza potevano essere finanziati due volte per gli stessi costi. Il 26 novembre 2018 il Consiglio dell'UE ha adottato la modifica al Regolamento generale di esenzione[100] per autorizzare l'inserimento in quest'ultimo di nuove categorie di aiuti di Stato, tra cui anche quelli relativi al turismo, facilitando l'erogazione di tali sovvenzioni e migliorando il coordinamento dei progetti di finanziamento europeo con le norme in materia di aiuti di Stato. I fondi gestiti a livello nazionale e quelli gestiti a livello dell'UE potranno essere combinati in maniera semplificata e senza la preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea perché si inseriscono nell'ambito degli incentivi che apportano un contributo particolarmente utile per la crescita e la coesione. Tali incentivi, infatti, non danno luogo a distorsioni significative della concorrenza in quanto sono pertinenti ai programmi attuati dagli organismi dell'Unione[101] e, quindi, possono godere di un regime più flessibile e agile.

Trai fondi europei merita un cenno Fondo Europeo per gli investimenti strategici (FEIS), un'iniziativa avviata congiuntamente dalla Commissione e dalla BEI con l'intento di ov-

99 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 23 novembre 2010, *Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione: un contributo europeo verso la piena occupazione*, COM (2010)682.

100 Regolamento (UE) 2018/1911 del Consiglio del 26 novembre 2018 che modifica il Regolamento (UE) 2015/1588 sull'applicazione degli artt. 107 e 108 del TFUE a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali.

101 Punti 2 e 3 del considerando del Regolamento del Consiglio (UE) 2018/1911.

viare all'insufficienza di liquidità e di mobilitare finanziamenti privati per investimenti strategici al fine di stimolare la crescita economica e la competitività a lungo termine. Il FEIS, oltre a finanziare infrastrutture strategiche, istruzione, ricerca, sviluppo tecnologico, crescita delle energie rinnovabili, sostegno alle piccole e medie imprese, ha finanziato anche infrastrutture per i trasporti, l'efficienza energetica di alberghi e *resort* turistici, le piccole e medie imprese nel settore turistico e l'istituzione di piattaforme di investimento dedicate al turismo.

Rilevante è anche il Fondo sociale europeo (FSE), utilizzato anche nel settore del turismo per finanziare nuovi posti di lavoro. Al contrario, le iniziative comunitarie Interreg, Leader+, Urban e EQUAL sono programmi speciali che la Commissione europea ha proposto con la finalità di sostenere e diffondere approcci innovativi nella risoluzione di problemi specifici. Tali progetti hanno, infatti, inteso realizzare un impatto significativo su tutto il territorio europeo come la promozione di forme nuove di turismo rurale, sostenibile e sociale attraverso i finanziamenti provenienti dai Fondi strutturali. Si è, inoltre, rivelato efficace il Fondo Europeo di sviluppo regionale FESR che ha permesso a ogni Stato membro di realizzare investimenti per conseguire obiettivi tematici e priorità in linea con le politiche di Europa 2020. Attraverso il programma succitato si è sostenuto lo sviluppo dei prodotti legati all'informazione e alla comunicazione per il turismo; lo sviluppo di sistemi turistici innovativi, in particolar modo nelle regioni meno favorite e periferiche; lo sviluppo di prodotti e servizi ad alto valore aggiunto nei mercati di nicchia come il turismo per la salute, il turismo della terza età; lo sviluppo del turismo culturale insieme all'ecoturismo, al turismo gastronomico e al turismo sportivo.

Le imprese hanno utilizzato buona parte dei fondi per la ricerca, per l'innovazione tecnologia e per la competitività delle PMI turistiche, nonché per la tutela dell'ambiente. Sotto l'egida del FESR, inoltre, sono state finanziate le attività industriali del comparto, valorizzati i prodotti turistici regionali e realizzate azioni per la tutela e la promozione lo sviluppo dei beni culturali ambientali. Un altro progetto utilizzato questa volta per incrementare il turismo sostenibile è "Life" che finanzia in particolare progetti ambientali e di conservazione della natura.

Anche Orizzonte 2020[102] programma quadro dell'Unione sulla ricerca e l'innovazione, relativo al periodo 2014-2020, prevedendo incentivazioni in settori chiave dell'economia, ha interessato il turismo attraverso finanziamenti relativi allo sviluppo della formazione incentrata sulle competenze innovative per promuovere la memoria e l'identità del patrimonio culturale e il sostegno alle PMI per metterle in grado di affrontare la concorrenza sul mercato globale con progetti pionieristici. Attraverso il già menzionato COSME sono, inoltre, state previste azioni in ambito turistico di particolare interesse, con lo scopo di finanziare lo sviluppo e la promozione di prodotti tematici e di nicchia con rilevanza transnazionale, sfruttando le sinergie tra il turismo e le industrie creative. La creazione di partenariati pubblici e privati transnazionali ha dato vita a prodotti

102 Regolamento (UE) n. 1291/2013.

turistici destinati a fasce d'età specifiche (giovani o terza età) per aumentare i flussi di viaggiatori tra Paesi europei durante la bassa stagione. Il progetto Erasmus, nelle sue varie edizioni, consente lo sviluppo del turismo giovanile, invece, il progetto "Capitale europea della cultura" rappresenta un notevole strumento per attirare i visitatori delle città e degli Stati che riescono ad ottenere l'ambito riconoscimento.

Prima del Covid, il turismo nel nostro Paese è stato caratterizzato da una espansione significativa e continua, nel 2019 aveva addirittura raggiunto un *record* assoluto: 131,4 milioni di arrivi e 436,7 milioni di presenze negli esercizi ricettivi, con una crescita, rispettivamente, del 2,6% e dell'1,8% rispetto all'anno precedente[103] e questo aveva attirato l'attenzione del settore pubblico ma anche degli investitori privati.

È stato possibile, poi, dare il via a numerosi programmi su base regionale di aiuti alle imprese turistiche sulla base del Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione[104], che evidenzia come il turismo abbia un ruolo importante nelle economie nazionali esercitando in generale un effetto particolarmente positivo sullo sviluppo locale e come sia opportuno esentare dall'obbligo di notifica i regimi di aiuti regionali a favore di attività di tale settore[105]. I relativi bandi sono stati finalizzati molto spesso a promuovere e sostenere i processi di integrazione tra imprese turistiche locali attraverso lo strumento delle reti di impresa.

A livello nazionale, la gran parte degli incentivi per il settore in oggetto sono stati concessi facendo leva sulle deroghe stabilite dall'art. 107, par. 3 del TFUE, ma anche molto spesso utilizzando gli aiuti *de minimis*. I progetti di sovvenzioni in ambito turistico sono, infatti, il più delle volte ricompresi nelle eccezioni stabilite dal paragrafo 3 dell'articolo sopra menzionato, in particolare, in quella prevista nella lettera c) relativa agli «aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse», e in quella contenuta nella lettera d), relativa agli «aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune».

Numerosi incentivi alle imprese turistiche sono stati concessi soprattutto dall'allora Ministero dello sviluppo economico sulla base dei programmi dei Fondi nazionali per lo sviluppo e la coesione[106].

L'obiettivo è stato quello di supportare i processi di riorganizzazione della filiera turisti-

103 Dati disponibili sul Conto satellite del turismo per l'Italia, in *www.istat.it*, 2019.

104 Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria).

105 G. Della Casa, *Gli aiuti per commercio e turismo passano dalle regioni*, in *PMI*, 1999, 28.

106 E. Becheri, R. Micera, A. Morvillo (a cura di), *Rapporto sul turismo italiano*, Napoli, 2017, 712 ss.

ca, migliorare la specializzazione e la qualificazione del comparto, incoraggiare e accrescere la capacità competitiva e innovativa dell'imprenditorialità turistica nazionale, in particolare sui mercati esteri. I progetti realizzati, la maggior parte delle volte, sono stati improntati alla riduzione dei costi delle imprese attraverso la messa a sistema degli strumenti capaci di facilitare una gestione più agile dei servizi turistici e la creazione di piattaforme per acquisti collettivi di beni e servizi. Si è previsto, inoltre, il finanziamento di iniziative per migliorare la conoscenza del territorio a fini turistici con particolare riferimento a sistemi di promo-commercializzazione *on line*, con l'implementazione di progetti basati sull'utilizzo di *internet*. In particolare, il fine è stato quello di favorire la

crescita di nuovi strumenti di *social marketing* condivisi fra aziende per creare pacchetti turistici innovativi e promuovere le imprese turistiche sui mercati esteri con la creazione di materiali promozionali comuni. I finanziamenti sono stati concessi a fondo perduto nel rispetto del regime degli aiuti *de minimis*, secondo il quale ciascuna impresa poteva ottenere aiuti complessivamente non superiori a euro 200.000,00 nell'arco di tre esercizi finanziari (facendo riferimento all'esercizio finanziario in corso e ai due precedenti). L'erogazione del finanziamento spesso ha previsto il 40% a titolo di anticipazione e dietro presentazione di idonea garanzia fidejussoria, un altro 40% a stato di avanzamento in coerenza con il cronoprogramma previsto e il rimanente 20% a saldo, previa rendicontazione finale e dietro presentazione della documentazione relativa alla spesa effettivamente sostenuta.

Anche il contratto di sviluppo, introdotto dall'art. 43 del d. l. n. 112/2008[107] ed operativo dal 2011, ha rappresentato, con le modifiche apportate negli anni, uno strumento importante per garantire una maggiore celerità delle procedure di accesso ai fondi fornendo una risposta più efficiente alle esigenze manifestate dal tessuto produttivo nazionale tra cui anche quelle delle attività turistiche. La gestione dei Contratti di sviluppo è stata affidata all'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. (Invitalia), che opera sotto le direttive ed il controllo del Ministero dello sviluppo economico (ora Ministero delle imprese e del made in Italy). Le agevolazioni sono state concesse, nel rispetto della normativa sugli aiuti di Stato e nella forma di finanziamento agevolato, nei limiti del 75% delle spese ammissibili, di contributo in conto interessi, di contributo in conto impianti e di contributo diretto alla spesa.

Uno strumento molto utilizzato soprattutto dagli enti locali è stato il Fondo per gli interventi a sostegno dei settori del commercio e del turismo le cui risorse sono state impiegate per il cofinanziamento di misure soprattutto per il turismo culturale secondo un programma organico di interventi per la riqualificazione e rivitalizzazione del sistema ricettivo e il recupero e la riconversione dei comprensori turistici in crisi, con l'obiettivo di determinare un miglioramento dei fattori di competitività delle imprese unitamente

107 D. l. n. 112/2008, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008.

ad una ricaduta occupazionale[108].

Anche il d. l. c. d. *art bonus*[109], introducendo un credito d'imposta per le erogazioni liberali in denaro a sostegno della cultura e dello spettacolo e del turismo, ha fornito un valido aiuto per incrementare il settore. Inizialmente, è stato pensato per il triennio 2014-2016, ma poi, la legge di stabilità 2016[110], ha reso permanente questa norma che stabilisce agevolazione fiscali al 65% per le donazioni a sostegno della cultura e del turismo. Nello specifico le liberalità possono riguardare la manutenzione, la protezione e il restauro di beni culturali pubblici; il sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica (come i musei, le biblioteche, archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali, i teatri di tradizione, le istituzioni concertistico-orchestrali, i teatri nazionali, i teatri di rilevante interesse culturale, i *festival*, le imprese e i centri di produzione teatrale e di danza, i circhi e gli spettacoli viaggianti, nonché i circuiti di distribuzione); la realizzazione di nuove strutture, restauro e il potenziamento di quelle esistenti o di enti o istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo; il sostegno diretto ai concessionari o affidatari dei beni culturali oggetto di manutenzione, protezione e restauro; gli interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali di interesse religioso, presenti nei Comuni colpiti dagli eventi sismici, anche appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose. Il credito di imposta relativo all'*art bonus* è riconosciuto a persone fisiche non titolari di reddito di impresa (dipendenti, pensionati, titolari di reddito da lavoro autonomo etc.); enti che non svolgono attività di impresa (enti non commerciali, società semplici) e titolari di reddito di impresa (imprenditori individuali, enti che svolgono attività commerciale, stabili organizzazioni). Il credito maturato deve essere comunque ripartito in tre quote annuali di pari importo. L'*art bonus* stabilisce, inoltre, di impiegare con contratti a tempo determinato professionisti fino a 40 anni nella tutela e valorizzazione dei luoghi d'arte, in deroga ai tetti sulle assunzioni nella PA e di concedere per 7 anni a imprese, cooperative e associazioni costituite in prevalenza da giovani fino a 35 anni beni pubblici per la realizzazione di percorsi pedonali, ciclabili, equestri, mototuristici, fluviali e ferroviari. Rientrano tra i crediti d'imposta anche la *tax credit* alberghi e il *super bonus*. La prima, già contenuta dagli artt. 9 e 10 del d.l. n. 83/2014(i quali prevedono anche incentivi al settore turistico tramite il Piano strategico «Grandi Progetti Beni culturali»), attribuisce un credito di imposta, inizialmente previsto per il periodo 2014-2016, poi esteso fino al 2019,con il fine di favorire la riqualificazione delle strutture ricettive turistico alberghiere (tramite

108 G. Della Casa, *op. cit.*, 29 ss.

109 Il d. l. n. 83/2014, *Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo*, convertito con modificazioni in l. n. 106/2014, dispose un credito di imposta per le erogazioni liberali a sostegno della cultura e dello spettacolo. In generale sull'*art bonus*, M.C. Fregni, *Aiuti fiscali alla cultura: lo strumento dell'Art Bonus,* in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n.4/2022, 444 ss.; A. Vozza, *Art bonus: ambito di applicazione e possibili sviluppi*, in *Corriere tributario*, n. 5/2019, 507 ss.

110 L. n. 208/2015.

interventi di eliminazione delle barriere architettoniche, lo sviluppo dell'efficienza energetica, dei progetti di digitalizzazione). Tale misura è stata, in seguito, anche prevista per gli agriturismi, per gli stabilimenti termali e per le strutture ricettive all'aria aperta. Il *super bonus*, invece, è una detrazione per interventi di ristrutturazione edilizia, restauro della facciata degli edifici, riqualificazione energetica, progetti di digitalizzazione. Anche i b*onus* vacanze si sono rivelati un buon metodo per sostenere la domanda e incentivare il turismo soprattutto nei periodi di bassa stagione. Il DPCM 9 luglio 2010 è stato il primo a prevedere l'erogazione di buoni vacanze da destinare a interventi di solidarietà in favore delle fasce sociali più deboli e per favorire la destagionalizzazione dei flussi turistici nei settori del turismo balneare, montano e termale. Il decreto stabilisce un contributo che può essere erogato una sola volta per nucleo familiare e per anno solare fino ad esaurimento dei fondi disponibili, tenendo conto dell'ISEE dei richiedenti e secondo una priorità cronologica.

La l. 178/2020[111] (art. 1, commi da 84 a 87) ha, infine, introdotto specifiche disposizioni finalizzate a sostenere determinate categorie di investimenti nel settore turistico, promuovendo la realizzazione di programmi in grado di ridurre il divario socioeconomico tra le aree territoriali del Paese e di contribuire ad un utilizzo efficiente del patrimonio immobiliare nazionale. La stessa legge facilita, poi, l'accesso allo strumento del credito agevolato e l'integrazione settoriale prevedendo contributi specifici anche per il turismo religioso. In generale, quindi, prima del Covid, il settore era già oggetto di una gran quantità di sovvenzioni, tuttavia, spesso si scorgeva la mancanza di una progettualità di più ampio respiro, che non ha affrontato nella maniera più opportuna le problematiche strutturali del settore, il quale, pur godendo di un buon numero di misure agevolative non ha eliminato le disomogeneità ataviche.

4.1 Gli aiuti al settore cultura prima della pandemia: uno sguardo d'insieme del quadro normativo di riferimento.

Per quanto riguarda gli incentivi alla cultura, si è rilevato, come l'art. 107, par. 3, lett. d) del TFUE sia dettato specificamente per gli aiuti di Stato relativi a questo settore, dichiarandoli compatibili con il mercato interno ammesso che non alterino le condizioni della concorrenza a livello europeo in misura contrarie all'interesse comune.

La previsione della lett. d), sebbene sia stata spesso oggetto di giudizi discordanti, è da considerare, comunque, una norma di forte impatto[112]. Questo anche se è difficile pensare di promuovere la diversità culturale senza alterare "le condizioni degli scambi", ma, soprattutto è difficile comprendere come un aiuto possa essere oggettivamente destinato a "promuovere la cultura e la protezione del patrimonio" e nello stesso a tempo operare "contro l'interesse comune", se, *ex* art 167 TFUE, valorizzare il retaggio cul-

111 L. n. 178/2020, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*.

112 M. V. CABALLERIA, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'Unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale*, in *www.arteantica.it*, 30 ss.

turale di tutti gli Stati (ovvero promuovere la cultura) è uno degli obiettivi dell'Unione e, quindi, proprio uno degli "interessi comuni" dell'Unione. Ovviamente, questa mancanza di coerenza normativa si è ripercossa nell'individuazione concreta degli aiuti compatibili e non compatibili.

L'Unione, tuttavia, ha predisposto un congruo numero di programmi a sostegno della cultura, tra questi, innanzi tutto, è da citare il Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale,[113] che promuove e mette in pratica un approccio integrato e partecipativo alla cultura europea, contribuendo all'integrazione di quest'ultima in buona parte delle politiche dell'UE. Il Quadro stabilisce una direzione comune per le attività legate al patrimonio culturale a livello europeo, principalmente nel contesto delle politiche e dei programmi dell'UE, fornendo una panoramica degli impegni assunti dalla Commissione europea in questo contesto. Tra i documenti più recenti, ricordiamo Europa 2020[114] ed Europa Creativa 2014-2020[115]; quest'ultimo è un programma della Commissione europea per il sostegno ai settori della cultura e degli audiovisivi, attraverso i quali l'istituzione, oltre a riprendere gli obiettivi dei progetti precedentemente emanati[116], ha proposto di attribuire la maggiore rilevanza all'economia della cultura, assegnando a quest'ultima un ruolo più significativo. Il progetto, infatti, ha impegnato fondi per favorire gli indotti legati al settore in oggetto attraverso un miglior accesso al credito per sostenere la cooperazione politica a livello transnazionale e rafforzare la capacità finanziaria delle PMI e delle micro, piccole e medie organizzazioni nei settori culturale e creativo, nella consapevolezza della loro notevole importanza per aumentare l'occupazione e lo sviluppo economico.

Il citato programma "Orizzonte 2020" nel periodo 2014-2020 ha previsto finanziamenti anche per sostenere le tecnologie, le metodologie e gli strumenti per garantire la dinamicità, la sostenibilità e la conservazione del patrimonio culturale nonché per sostenere le nuove industrie creative. L'obiettivo di Orizzonte 2020 relativamente alla cultura era quello di contribuire a costruire una società e un'economia basate sulla conoscenza e sull'innovazione mediante la mobilitazione di contributi supplementari per la ricerca e lo sviluppo. Il programma ha sostenuto l'attuazione della strategia Europa 2020 e altre politiche dell'Unione sulla materia in oggetto, ma anche la creazione dello Spazio europeo della ricerca (SER). Per il settennio 2021-2027, invece, ***è*** stato emanato il Pro-

113 Commissione europea, Direzione generale dell'Istruzione, della gioventù, dello sport e della cultura, *Quadro d'azione europeo sul patrimonio culturale*, Ufficio delle pubblicazioni, 2019, in *www.dataeuropa.eu*, 2019.

114 Comunicazione (COM(2010)2020) – Europa 2020: *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

115 Regolamento (UE) n. 1295/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2013, il quale istituisce il programma Europa creativa (2014-2020).

116 Il programma Europa Creativa sostituisce i precedenti programmi Cultura, MEDIA e MEDIA Mundus stabiliti nella Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1718/2006 ed è suddiviso in tre sottoprogrammi: "Cultura", "Media" e la sezione "transettoriale".

gramma quadro proposto dalla Commissione europea a maggio 2018 chiamato *Horizon Europe*[117], poi, profondamente, modificato a maggio 2020 a seguito dell'emergenza sanitaria. Vi è da dire che la Commissione, molto avvedutamente, non ha mai trascurato la circostanza che le attività, i beni e i servizi culturali hanno una doppia natura, economica e sociale[118], considerando che essi, in quanto portatori di identità e valori, non sempre possono essere trattati solo come beni aventi valore commerciale. La necessità di attribuire al settore sovvenzioni pubbliche è, perciò, innegabile, così come è innegabile la necessità, come più volte rilevato, di valutare i singoli casi per comprendere se si è o meno in presenza di aiuti di Stato. Nel quadro della strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, il secondo obiettivo dell'Agenda europea per la cultura[119] si propone di sfruttare il potenziale della cultura come catalizzatore della creatività e dell'innovazione delle politiche dei Paesi membri. Sull'argomento è stato emanato il Libro Verde della Commissione europea dal titolo "Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare"[120], che, secondo quanto stabilito nella strategia "Europa 2020", si propone di far emergere nuove fonti di crescita economica intelligente, sostenibile e inclusiva. Il sopra citato Libro verde ha fornito un elenco di elementi che sono parti integranti delle imprese culturali e creative, come il patrimonio artistico e monumentale, gli archivi, le biblioteche, i libri e la stampa, le arti visive, l'architettura, le arti dello spettacolo, i media/multimedia audio e audiovisivi. Lo stesso atto ha, poi, indicato le funzioni di cui le stesse imprese dovrebbero farsi carico: conservazione, creazione, produzione, diffusione, commercio/vendita e istruzione collegati agli elementi sopra elencati. Si ricordano, tra gli altri atti dell'Unione, la Proposta di Risoluzione del Parlamento europeo su "Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare"[121], dove si evidenzia il ruolo propulsivo delle industrie culturali e creative nell'economia dell'Unione europea; la Risoluzione del Parlamento europeo su "Valorizzare i settori culturali e creativi per favorire la crescita economica e l'occupazione", del 12 settembre 2013 e il Programma «Europa Creativa»[122], rivelatosi un importante strumento di finanziamento dell'Unione Europea nell'ambito in oggetto, emanato proprio per rafforzare la competitività delle industrie europee del settore, accomunate dalle medesime sfide.

Ai sensi dell'art. 2, co. 1del Regolamento istitutivo del su menzionato Programma, i settori culturali e creativi sono descritti in maniera molto ampia e i vari tipi di attività sono stati trasfusi nella definizione contenuta nella legge italiana di Stabilità del 2018.

117 COM (2018)435.

118 Anche la Convenzione Unesco del 2005, della quale l'Unione è parte, sottolinea la doppia natura dei prodotti culturali

119 Comunicazione della Commissione su un'Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione COM (2007)242.

120 Emanato il 27 aprile 2010.

121 Proposta del Parlamento europeo 2010/2156(INI).

122 Istituito dal regolamento (UE) n. 1295/2013 del Parlamento europeo e del Consigliodell'11 dicembre 2013.

Sempre nell'ambito del progetto Europa creativa, il30 giugno 2016 è stato approvato un sistema di garanzia chiamato Cultural and Creative Sectors Guarantee Facility con lo scopo di facilitare l'accesso al finanziamento per micro, piccole e medie organizzazioni che operano nel settore creativo e culturale, tradizionalmente caratterizzate da un alto profilo di rischio. A queste misure deve aggiungersi il progetto "Finanza, apprendimento, innovazione e brevetti per le industrie culturali e creative (FLIP per ICC)", emanato nel 2019, prima che scoppiasse la pandemia, con l'obiettivo di sviluppare industrie culturali e creative e di generare benefici intersettoriali nelle diverse aree e settori con cui quest'ultime si interfacciano. L'Unione Europea, quindi, ha dato vita a politiche e a misure di sostegno e di finanziamento a favore delle imprese culturali e creative, tenendo conto delle caratteristiche proprie di ciascuna filiera, nella consapevolezza che esse costituiscono un ottimo potenziale e rappresentano una parte integrante della cooperazione e della coesione territoriale, anche se è evidente come nei Paesi membri vi sia un diverso approccio al settore a seconda della loro collocazione geografica. Nel Nord Europa, per esempio, le imprese culturali e creative sono più legate agli aspetti tecnologici e innovativi e meno tradizionali, mentre, nei Paesi dell'Europa Centrale e Meridionale emerge una chiara preferenza verso le attività legate al patrimonio culturale che si focalizzano maggiormente sulla nozione di cultura tradizionale. Tale diverso modo di concepire le industrie del settore, peraltro, non è da sottovalutare poiché, spesso, le incentivazioni pongono condizionalità[123] legate proprio alle diverse modalità operative delle attività con la necessità, ancora una vota, di interpretare accuratamente ogni caso per comprendere la compatibilità o meno delle sovvenzioni concesse.

Nell'ambito dei programmi europei sono state avviate molteplici iniziative nazionali atte a incentivare il settore, la maggior parte delle quali sono state nel tempo ampliate e perfezionate. Tra queste ricordiamo, per esempio, la creazione di un Fondo per programmare attività in occasione dell'Anno europeo del patrimonio culturale 2018 istituito con decreto dell'allora Mibact n. 128/2018 che intendeva sostenere imprese, società, associazioni impegnate a realizzare iniziative nell'ambito dell'iniziativa su indicata. Lo stesso Mibact ha istituito vari fondi destinati alle misure di sostegno per il settore come quello per i soggetti, sia di natura sia pubblica, sia di natura privata responsabili della tutela e/o della gestione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella "lista del patrimonio mondiale" e posti sotto la tutela dell'UNESCO. In particolare, negli anni 2014-2018 sempre lo stesso Ministero ha dato attuazione alle politiche europee per lo sviluppo della coesione economica, sociale e territoriale e alla rimozione degli squilibri economici e sociali tra le diverse regioni del Paese, divenendo titolare di Programmi Operativi nazionali dedicati alla cultura e al turismo mettendo

123 G. Luchena, *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità,* in *Federalismi.it.*, febbraio 2022, 472 ss.; L. Bini Smaghi, *Governance and conditionality: toward a sustainable framework?*, in *Journal of European Integration*, n. 7/2015, 755 ss.; A. Viterbo, F. Costamagna, *L'impatto sociale della politica di condizionalità nel contesto della crisi nell'area euro: profili giuridici*, in N. Napoletano, A. Saccucci (a cura di),*Gestione internazionale delle emergenze globali: regole e valori*, Napoli, 2013, 167 ss.

a disposizione una dotazione finanziaria complessiva di oltre 2,2 miliardi di euro. Tra questi programmi ricordiamo il PON Cultura e Sviluppo che aveva il fine di migliorare la fruizione culturale e sostenere la filiera imprenditoriale legata al settore, compreso anche il turismo[124].

Una particolare rilevanza ha avuto il progetto "Cultura Crea", adottato con decreto del Mibact n. 243 del 11 maggio 2016, il quale ha previsto un sistema di incentivi per sostenere la nascita e lo sviluppo di iniziative imprenditoriali e del *no profit* nel settore dell'industria culturale, creativa e turistica, con l'obiettivo di valorizzare le risorse del territorio nelle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia e Sicilia.

Il programma è stato promosso al fine di sostenere la filiera culturale e creativa delle Regioni interessate e di consolidare i settori produttivi collegati, rafforzando la competitività delle micro, piccole e medie imprese in attuazione del Programma Operativo Nazionale (PON) FESR "Cultura e Sviluppo 2014-2020", finanziato dalla Commissione europea.

Cultura Crea prevedeva finanziamenti agevolati a tasso zero e contributi a fondo perduto su determinate spese, con una premialità aggiuntiva per giovani, donne e imprese con rating di legalità. Gli incentivi previsti nell'ambito del progetto di cui sopra sono concessi nell'ambito del Regolamento de minimis e possono coprire fino all'80% delle spese totali, elevabili al 90% in caso di particolari premialità. I soggetti ammessi all'agevolazione sono state le start upper la nascita di nuove imprese di micro, piccola e media dimensione della filiera culturale e creativa; le imprese consolidate per la crescita e l'integrazione delle suddette attività e dei prodotti tradizionali e tipici e le imprese sociali per sostenere i soggetti del terzo settore nelle attività collegate alla gestione di beni, servizi e attività culturali.

L'incentivo era gestito da Invitalia, che valutava i business plan, erogava i finanziamenti e monitorava la realizzazione dei progetti. Con lo stesso decreto è, poi, stato previsto un regime di aiuti per sostenere la filiera culturale e creativa e rafforzare la competitività delle PMI, finalizzato allo sviluppo e al consolidamento del settore produttivo collegato al patrimonio culturale italiano nelle regioni italiane più svantaggiate. Tre sono state le linee di intervento individuate: creazione di nuove imprese dell'industria culturale e creativa che promuovano l'innovazione, lo sviluppo tecnologico, a cui sono stati destinati 41,7 milioni di euro, sviluppo delle imprese dell'industria culturale, turistica e manifatturiera cui è stato indirizzato un finanziamento di 37,8 milioni di euro, sostegno alle imprese del terzo settore attive nell'industria culturale e turistica obiettivo per il quale è stato stanziato un budget di 27,4 milioni di euro.

Numerosi sono stati, poi, i bandi regionali emanati per promuovere la condivisione e la circolazione di idee e artisti, la coproduzione e la creazione di strategie di nuovi mo-

124 A. Bondini, *Il Mibact e gli investimenti per la cultura e il turismo: alcune note sulla gestione dei fondi europei e nazionali*, in *www.aedonilmulino.it.*, par. 1 ss.

delli di business culturale, il miglioramento delle competenze degli operatori culturali e dell'utilizzo delle nuove tecnologie che comunque devono sempre tenere conto, dei criteri di esenzione della notifica stabiliti per gli investimenti per la cultura, la conservazione del patrimonio e per il funzionamento delle attività del settore, così come stabilito dal già menzionato Regolamento GBER.

Tra gli investimenti per il settore vanno poi considerati gli aiuti per le PMI che sono una fetta molto importante del tessuto produttivo di cultura e turismo. Un programma di rilievo per le imprese di cui sopra è il già citato COSME, emanato per sostenere la competitività di queste ultime per il periodo 2014-2020. La sua attuazione spetta all'agenzia esecutiva EASME[125], le cui componenti finanziarie sono gestite dal Fondo Europeo per gli Investimenti, in collaborazione con gli intermediari finanziari accreditati a livello locale. Esso si è proposto di promuovere l'imprenditoria in Europa, con particolare riferimento proprio alle PMI, espressamente ritenute dal Programma su citato parte fondamentale dell'economia europea. Gli obiettivi che si proponeva riguardavano la facilitazione dell'accesso ai finanziamenti per le PMI; la creazione di un ambiente favorevole alle imprese e al loro sviluppo; la possibilità di incoraggiare una cultura imprenditoriale in Europa; l'aumento della competitività sostenibile delle imprese dell'UE; il sostegno alle piccole imprese ad operare al di fuori dei loro Paesi d'origine per migliorare il loro accesso ai mercati.

Le azioni chiave previste dal progetto erano: l'accesso alla finanza per le PMI attraverso strumenti finanziari dedicati; il sostegno di *Enterprise Europe Network* ovvero una rete di centri che offrono servizi alle imprese come trovare *partner* commerciali e tecnologici e comprendere la legislazione europea per accedere ai finanziamenti dell'UE; il sostegno alle iniziative che favoriscono l'imprenditorialità; il supporto alle PMI per accedere ai mercati extra Unione europea attraverso centri specifici e servizi di assistenza, supporto tecnico e informativo.

4.2. L'industria dell'audiovisivo tra intervento statale e rispetto del diritto dell'UE

Il settore audiovisivo è da sempre considerato considerevole per lo sviluppo economico e culturale di un Paese[126] ed è stimato come un caposaldo dell'espressione culturale

125 L'EASME (*Executive Agency for SMEs*) è l'Agenzia esecutiva per le piccole e medie imprese istituita nell'ambito della Commissione europea.

126 Nello Zambia e nella Nigeria l'economia legata all'audiovisivo, per es., ha giocato un ruolo importante: nel primo Paese lo sviluppo dell'industria cinematografica, sovvenzionata dallo Stato, ha portato a una considerevole crescita economica; nel secondo, dal 2013, sempre l'industria cinematografica ha permesso una crescita del PIL del Paese di quasi il doppio promuovendo l'occupazione giovanile e la diversificazione economica, si v., in tal senso, P. Kabanda, *Le arti nell'economia e l'economia nelle arti*, in D. Lewis, D. Rodgers, M. Woolcock (a cura di), *Nuovi mezzi, messaggi migliori?*, Oxford, 2022, 150 ss.

europea[127]. Le modalità di applicazione della disciplina del settore dell'audiovisivo sono specificate nel Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica, allegato al Trattato di Amsterdam. Non si può negare che le opere a esso relative svolgono un ruolo essenziale nel formare le identità europee e riflettono le diverse tradizioni degli Stati membri e delle singole Regioni. È, tuttavia, caratterizzato da elevati costi di investimento, dalla percezione di una scarsa redditività a causa di un numero spesso non troppo ingente di fruitori, da difficoltà di attirare finanziamenti privati aggiuntivi e da elementi specifici che influenzano notevolmente la disciplina sugli aiuti di Stato loro applicabili.

Le particolari caratteristiche dell'audiovisivo, invero, sono dovute in gran parte alla sua doppia natura, spesso comportante contrasti, in quanto, da una parte, rappresenta un bene economico con notevoli opportunità per creare ricchezza e, dall'altra, fa parte del patrimonio culturale che dà forma alla società rappresentandone l'essenza stessa[128].

Tutti gli Stati membri hanno dimostrato di essere molto propensi a emanare misure di sostegno a favore della produzione di film, programmi televisivi e altre opere audiovisive. L'Unione non ha tralasciato la regolamentazione del settore audiovisivo adottando una serie di azioni in tre settori principali: la creazione di un Quadro regolamentare per l'attuazione di un mercato unico della radiodiffusione, inteso anche a proteggere i minori da contenuti audiovisivi pericolosi; l'adozione meccanismi di sostegno per integrare gli attuali sistemi nazionali; provvedimenti per la difesa degli interessi culturali europei nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Il finanziamento avviene mediante regimi di aiuto a livello nazionale, regionale e locale che sono indirizzati a incentivare le imprese del settore e a garantire l'espressione della cultura e del potenziale creativo attraverso strumenti audiovisivi come il cinema e la televisione. Le misure in oggetto puntano, inoltre, a generare la c. d. massa critica di attività necessaria per innescare una dinamica di sviluppo e consolidamento del settore attraverso la costituzione di imprese di produzione dalle basi solide e di un serbatoio permanente di competenze umane ed esperienza.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già nel 1985, attraverso la sentenza *Cinéthèque* ed altri contro *Federation nationalle des cinema francais*[129] cominciò a evidenziare l'interesse europeo per le opere cinematografiche e dichiarò l'importanza di promuovere la produzione di queste ultime, riconoscendo la possibilità di una restrizione al libe-

127 B. Zambardino, *Ricognizione sullo scenario europeo in merito alle procedure di gestione delle azioni di sostegno all'industria cinematografica ed audiovisiva in funzione dell'individuazione di un format procedurale funzionale alla razionalizzazione del sistema*, Studio di settore elaborato per conto dell'Osservatorio dello Spettacolo presso il Segretariato Generale Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Dicembre 2002, 3 ss.

128 Sul tema, L. Bellucci, *Cinema e aiuti di Stato nell'integrazione europea – Un diritto promozionale in Italia e in Francia*, Milano, 2006, 268.

129 Sentenza Corte di giustizia 11 luglio 1985, *Cinéthèque contro la Fédération Nationalle des Cinémas Français*, cit., in questo caso la Corte non stabilì un principio generale, ma elaborò l'eccezione culturale (che deve essere non discriminatoria, proporzionale, di competenza statale).

ro scambio muovendo verso il riconoscimento dell'eccezione culturale che in seguito venne sempre più invocata. L'Unione Europea è intervenuta con una intensa politica di finanziamento a sostegno della diffusione dell'audiovisivo per lo sviluppo, distribuzione e formazione professionale.

La politica di favore relativa agli audiovisivi nell'UE è disciplinata dagli artt. 167 e 173, ma anche dagli artt. 28, 30, 34, 35 (libera circolazione delle merci), dagli artt. da 45 a 62 (libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali), dagli artt. da 101 a 109 (politica in materia di concorrenza) e dall'art. 114 (armonizzazione tecnologica e ravvicinamento) del TFUE oltre che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dove si proclama il rispetto della libertà dei media e del loro pluralismo. In particolare, il più volte citato art. 167 TFUE dichiara espressamente che l'Unione europea incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostiene e integra l'azione di questi ultimi nella creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. Le opere audiovisive ed in special modo il cinema svolgono un ruolo essenziale nella promozione della cultura europea con la particolarità che presentano caratteristiche tali da offrire notevoli opportunità per creare ricchezza e occupazione, rispecchiando e modellando la società. Il più delle volte gli aiuti a questo settore rientrano nell'eccezione culturale *ex* art. 107, paragrafo 3 lett. d) del TFUE, male imprese che si occupano della produzione di film e programmi televisivi possono usufruire anche di altri tipi di aiuti, per esempio quelli concessi ai sensi dell'art. 107, paragrafo 3, lettera a) e c) del TFUE, ovvero aiuti regionali, aiuti alle PMI e aiuti alla ricerca, allo sviluppo, alla formazione o all'occupazione, sempre nel rispetto delle intensità massime di aiuto in caso di cumulo di essi.

Per essere compatibili con la lett. d), comunque, le incentivazioni agli audiovisivi devono promuovere la cultura, sebbene la definizione di cosa possa essere qualificato culturale, visto il significato identitario di questo termine, come si è evidenziato, spetta agli Stati membri con la conseguenza di creare una mancanza di armonizzazione e diverse ambiguità di fondo in ambito europeo[130]. Rimane compito della Commissione vigilare sull'operato degli Stati membri ai fini dell'ammissibilità dell'aiuto e del rispetto delle condizioni della Comunicazione e del Regolamento di esenzione, potendo essa censurare, tuttavia, solo i casi di "errore manifesto", nei quali i fondi pubblici vengano concessi ad opere prive di rilievo culturale. A questo proposito, la stessa Commissione ha sottolineato che "l'eventuale natura commerciale di un film non gli impedisce di

130 La Comunicazione della Commissione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive (2013/C-332/01), limitatamente al settore audiovisivo, è l'unica che contiene le condizioni in base alle quali un aiuto può essere considerato compatibile. La stessa Commissione, nella Comunicazione su un'agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione del 10 maggio 2007 COM/2007/242 al par. 2, ammette la difficoltà della definizione del termine "cultura". Essa può indicare una molteplicità di opere d'arte, beni e servizi culturali e ha anche un significato antropologico. È alla base di un mondo simbolico di significati, convinzioni, valori, tradizioni, che si esprimono attraverso la lingua, l'arte, la religione e i miti e proprio come tale svolge un ruolo fondamentale nello sviluppo umano e nella costruzione complessa delle identità e delle abitudini dei singoli e delle collettività.

essere un prodotto culturale" conformemente alla definizione di attività, beni e servizi culturali prevista dalla Convenzione UNESCO del 2005. L'organo esecutivo dell'Unione, infatti, si è impegnata a fare in modo che gli schemi di aiuti sottoposti alla valutazione di compatibilità siano effettivamente coerenti con l'a nozione di eccezione culturale. Per tale motivo, i Paesi membri hanno elaborato i c.d. cultural test, ovvero delle particolari "griglie" contenenti specifici criteri, cui è associato un sistema di punteggio minimo e massimo ottenibile per ciascun film che si vorrebbe finanziare.[131] I test, comunque, sono sottoposti al vaglio della Commissione, la quale viene identificata come l'istituzione che verifica il concreto ed effettivo legame tra l'aiuto concesso e il prodotto culturale che ne beneficia.

Di solito, nella valutazione di un regime di aiuto a favore di opere audiovisive, la Commissione dopo aver stabilito il rispetto del principio di «legalità generale», verifica che esso non contenga elementi in contrasto con disposizioni del TFUE relative a settori diversi da quello degli aiuti di Stato e, soprattutto, come sempre, che non distorca la concorrenza. La Commissione si sofferma sul rispetto dei criteri specifici di compatibilità in una sua Comunicazione[132].Importante è che l'eventuale natura commerciale dell'attività destinataria dell'aiuto non impedisca all'incentivo di essere un prodotto che promuove la cultura perché, altrimenti, se di carattere prettamente economico, dovrà essere esclusa dal beneficio della più volte menzionata lettera d) dell'art. 107 TFUE. Come si è rilevato, spetta a ogni Stato membro garantire che il contenuto della produzione sovvenzionata abbia la qualificazione di culturale in base ai suoi criteri nazionali, ma questi ultimi, devono, in ogni caso essere sottoposti alla verifica della Commissione[133].

Il produttore, poi, deve essere libero di spendere almeno il 20% del bilancio del film in altri Stati membri senza subire conseguenze nel caso in cui vi sia un obbligo eventualmente imposto di *territorializzazione* della spesa. A questo si aggiunge la circostanza che l'intensità degli aiuti deve essere in linea di massima limitata al 50% del bilancio di produzione. La Commissione, in questo modo, intende stimolare le iniziative commerciali proprie di un'economia di mercato, incoraggiando eventuali forme di mecenatismo da parte del settore privato, limitando eccessivi aiuti tra gli Stati membri[134]. L'istituzione europea, inoltre, non ammette ulteriori aiuti a specifiche attività cinematografiche

131 F. Togo, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, cit., par. 6.2.

132 Comunicazione della Commissione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive, 2013/C-332/01.

133 J. Broche, O. Chatterjee, I. Orssich, N. Tosics, *State aids for films – a policy in motion*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 1/2007,1.

134 Un'eccezione a questo limite sono i film "difficili"(quelli che si ritiene abbiano una scarsa accettazione sul mercato e con poche possibilità di commercializzazione in virtù del loro carattere sperimentale o perché ad esempio il loro contenuto o la presentazione artistica e/o tecnica comporta dei rischi elevati)e con risorse finanziarie modeste (quelli i quali costi di produzione sono inferiori alla media dei costi), definiti tali, secondo il principio di sussidiarietà, da ciascuno Statoe secondo i suoi parametri nazionali. Il caso *German Film Support Scheme* ha stabilito che l'intensità dell'aiuto rivolto alla produzione di queste tipologie di film può ammontare fino all'80%.

(come, per esempio, la post-produzione) perché ammette l'effetto incentivante degli aiuti solo se risulti neutrale, onde evitare che lo Stato attraverso la sovvenzione attiri o protegga le attività in questione[135].

La Commissione, infine, ha precisato che i fondi forniti direttamente dai programmi comunitari non costituiscono risorse statali; pertanto, la loro presenza non incide sul calcolo del tetto massimo del 50%. Questi ultimi, peraltro, spesso promuovono la distribuzione di film nazionali all'estero e di conseguenza i loro effetti non si aggiungono a quelli prodotti dai sistemi nazionali, che si concentrano invece sulla produzione e sulla distribuzione domestica.

Occorre considerare che gli incentivi a favore della produzione di una trasmissione televisiva o di una *fiction* possono essere qualificate in modi diversi a seconda delle loro caratteristiche. Possono non integrare la nozione di aiuto se si configurano alla stregua di facilitazioni a produzioni che diano rilevanza al patrimonio culturale o naturale del territorio, o se rappresentano un corrispettivo per un servizio, qualora l'amministrazione pubblica abbia commissionato l'attività a terzi attraverso un affidamento dell'incarico nel rispetto dei principi di evidenza pubblica con un ritorno in termini di immagine. Possono, tuttavia, anche essere ritenuti aiuti di Stato, sebbene esentati dalla notifica, se l'incentivo ricade nelle ipotesi disciplinate dal Regolamento n. 651/2014 che disciplina anche gli aiuti per la sceneggiatura, la produzione, la distribuzione e la promozione di opere audiovisive. Gli atti normativi dell'Unione, per tale settore, sono mirati a creare un mercato unico per i servizi a esso relativi, ma nello stesso tempo, evidenziano un'attenzione particolare per la specificità della materia[136].

Gli sviluppi nell'ambito delle tecnologie di trasmissione, poi, hanno portato a un aumento del numero di stazioni televisive commerciali nell'UE con la possibilità che le trasmissioni siano captate in vari Paesi. Per questo motivo è sorta anche l'esigenza di norme minime comuni che, nel 1989, si sono tradotte nella cosiddetta Direttiva «Televisione senza frontiere»[137], revisionata nel 1997, dove si stabilisce che le emittenti televisive sono sotto la giurisdizione dello Stato membro in cui hanno sede. Tale atto, poi, è stato nuovamente modificato nel 2010 con il nome di «Direttiva sui servizi di media audiovisivi»[138], ulteriormente ritoccata e aggiornata nel 2018[139]al fine di predisporre una strate-

135 Aiuti di Stato n. 3/1998 – Francia, *Sostegno alla produzione cinematografica*, giugno 1998.

136 Per es., Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2010, sul coordinamento di alcune disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti la fornitura di servizi di media audiovisivi, ma anche la Relazione della Commissione del 2012 concernente l'applicazione della Direttiva sui servizi di media audiovisivi e il libro verde della Commissione del 2013 dal titolo *Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori* (direttiva sui servizi di media audiovisivi).

137 Direttiva n. 89/552/CEE.

138 Direttiva n. 2010/13/UE.

139 Direttiva n. 2018/1808 UE che aggiorna la Direttiva AVMS n. 2010/13/UE (sui servizi di media audiovisivi) nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale

gia unitaria per il mercato unico digitale e regolare la loro offerta e fruizione.

Anche il Parlamento europeo ha sottolineato la necessità che l'UE stimoli la crescita e la competitività del settore audiovisivo, riconoscendo al contempo la più generale rilevanza di quest'ultimo in materia di salvaguardia della diversità culturale con l'emanazione di varie Risoluzioni sin dagli anni '80.

I criteri della disciplina europea in tema di aiuti di Stato alle opere cinematografiche e audiovisive sono espressi molto chiaramente dalla Commissione nella Comunicazione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive del 2013[140] che ha innovato la precedente Comunicazione del 2001, nella quale si evidenzia come i benefici forniti dal settore alla collettività sono collegati non solo all'occupazione e alla ricchezza, ma anche alla promozione culturale e all'espressione delle identità nazionali.

La Commissione europea nella Comunicazione appena citata, illustra gli indirizzi programmatici ed espone i principi da seguire nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al settore cinematografico, per migliorare la produzione e la distribuzione delle opere cinematografiche in Europa, in questo modo, anche riconoscendo in larga parte la regola del *de minimis*, svolge un importante ruolo di sostegno alle attività in oggetto. In altre situazioni, sempre secondo l'istituzione europea, il sostegno al cinema sarà considerato come aiuto per la promozione della cultura e valutato di conseguenza. L'atto della Commissione amplia la gamma degli aiuti da considerarsi legittimi nel settore audiovisivo e lascia agli Stati membri la responsabilità di stabilire quali siano le attività che meritano di essere sovvenzionate. Stabilisce, inoltre, che gli aiuti possono concessi fino al 50% del bilancio previsto per la produzione di un film, ma anche per i costi di distribuzione e promozione. Le coproduzioni finanziate da più di uno Stato membro, invece, possono ricevere aiuti fino al 60% del bilancio di produzione, mentre non vi sono limitazioni per quanto riguarda gli aiuti alle sceneggiature, allo sviluppo dei progetti cinematografici o alle opere audiovisive considerate difficili, secondo criteri stabiliti da ciascuno Stato membro.È permesso a questi ultimi anche imporre condizioni territoriali per le spese sostenute dai beneficiari al fine di promuovere la diversità culturale in merito alla tutela delle risorse e del know-how di un'industria cinematografica nazionale o locale, sebbene la limitazione territoriale debba essere proporzionata agli obiettivi da raggiungere. È prevista, poi, la possibilità per gli Stati membri di esigere che un livello minimo di attività di produzione si svolga sul proprio territorio come condizione per beneficiare degli aiuti.

140Comunicazione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive (2013/C-332/01) che ha sostituito la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni su taluni aspetti giuridici riguardanti le opere cinematografiche e le altre opere audiovisive (2002/C-43/04), la quale continua ad applicarsi per la valutazione di aiuti di Stato concessi anteriormente al 15 novembre 2013.

La Comunicazione della Commissione del 2013, insieme al Regolamento n. 651/2014/UE[141] e successive modifiche, indirizzano le Autorità nazionali sulle regole da rispettare per predisporre misure di sostegno alle opere audiovisive compatibili con i vincoli dettati dall'Unione europea in tema di aiuti di Stato[142], stabilendo la tipologia di attività finanziabili. Queste ultime non sono limitate alla produzione tradizionalmente intesa, ma si estendono dalla fase di creazione/sceneggiatura dell'opera sino alla sua distribuzione e promozione; la tipologia delle opere finanziabili che possono includere anche la singola componente audiovisiva di progetti di "comunicazione transmediale" o "multipiattaforma" al di là del concetto tradizionale di "produzione cinematografica e televisiva". La Comunicazione in oggetto prevede anche la necessità di attribuire a tali *output* una valenza culturale, secondo la definizione di ciascuno Stato membro nell'ambito del c.d. processo di selezione culturale; i limiti entro i quali possono essere imposti "obblighi di spese territoriali", con riferimento alle percentuali del bilancio di produzione da destinarsi in spese nel territorio dello Stato che concede l'aiuto; l'utilizzabilità degli aiuti a beneficio delle produzioni transnazionali ed internazionali[143]; l'intensità massima dell'aiuto erogabile in favore della medesima impresa, la sua cumulabilità con altre tipologie di aiuti (sino al massimale) con i fondi UE; gli obblighi in tema di trasparenza, ai sensi dei quali gli Stati membri sono tenuti a pubblicare e mantenere per 10 anni su un apposito sito *internet* le informazioni concernenti, tra l'altro, il nome del beneficiario dell'aiuto, il nome e la natura dell'attività o progetto sovvenzionati e l'importo dell'aiuto.

Con l'avvento del digitale, il settore dei prodotti audiovisivi, è sempre più spesso considerato avente carattere economico e quindi assoggettabile alla disciplina generale sugli aiuti di Stato (si pensi ai prodotti culturali via *internet* visibili su YouTube o in *streaming*), tanto più che la Commissione nella Comunicazione 262/2016 afferma espressamente che «dovrebbero essere considerate attività di carattere economico, le attività culturali o di conservazione del patrimonio (...) prevalentemente finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali (ad esempio, cinema, spettacoli musicali e *festival* a carattere commerciale».

La disciplina degli aiuti al settore in oggetto, inoltre, trova una specifica disciplina, come anticipato, nel più volte citato Regolamento n. 651/2014 e, precisamente nell'art. 54 che esonera dall'obbligo di notifica preventiva, a determinate condizioni, i regimi di

141 Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiarate alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli artt. 107 e 108 del Trattato.

142 S. Gobbato, *Aiuti di Stato alle produzioni audiovisive: dalla Comunicazione UE 2013 alla nuova Legge Cinema*, in *www.filodiritto.com*, 2016, par., 2.

143 Una misura pubblica a favore delle opere audiovisive può subordinare il sostegno a obblighi di spesa a livello territoriale, però non può riservare gli aiuti alle imprese già insediate sul territorio che impiegano maestranza e capacità locali. Le incentivazioni non possono nemmeno essere riservate ai cittadini dello Stato che intende concedere l'aiuto né può essere richiesto che le imprese beneficiarie siano costituite a norma del diritto nazionale come si evince dal programma *Europa creativa.*

aiuto per la sceneggiatura e lo sviluppo di opere audiovisive (preproduzione) e per la produzione e distribuzione di tali prodotti culturali. Per la preproduzione di opere audiovisive, gli aiuti possono arrivare a coprire fino al 100% dei costi ammissibili. Laddove la sceneggiatura o il progetto portino alla realizzazione di un'opera audiovisiva come un film, i costi della preproduzione sono integrati nel bilancio totale e presi in considerazione nel calcolo dell'intensità di aiuto. In linea generale quest'ultimo non deve superare il 50% dei costi ammissibili, ma, in determinati casi, come per esempio, per le produzioni transfrontaliere o per le coproduzioni si può arrivare a finanziare anche il 100% dell'opera.

Gli Stati membri possono anche subordinare la concessione dei contributi per il settore audiovisivo a determinati obblighi minimi di spesa a livello territoriale.

Tra i programmi proposti dall'U.E. a sostegno degli audiovisivi ricordiamo il piano "Piano Media" (*Measures to Encourage the Development of the Audio-visual Industry*), presentato nel 1989 nell'ambito del progetto Europa creativa e poi rinnovato. I programmi "Media" si suddividono in una lunga serie di sottoprogrammi riguardanti ogni comparto dell'audiovisivo e sostengono, promuovono e sviluppano il settore all'interno dell'UE rafforzando la capacità del settore audiovisivo di operare a livello transnazionale e internazionale. Tali programmi sono basati su un punteggio minimo che deve essere raggiunto per ottenere il finanziamento. I punti sono assegnati in funzione delle risorse creative e tecniche impiegate per realizzare il film. I finanziamenti intendono incentivare, in particolare, opere audiovisive europee, come film, opere tv (*fiction*, documentari creativi e animazione) e videogiochi con potenzialità di circolazione transfrontaliera; la distribuzione di film europei nelle sale cinematografiche e su altre piattaforme e attività di vendita internazionale; le attività di formazione volte a promuovere l'aumento di competenze, la condivisione delle conoscenze e le creazione di *network* tra i professionisti del settore audiovisivo e attività di alfabetizzazione cinematografica e di *audience development* attraverso progetti di cooperazione internazionale.

Nel 1989 il Consiglio d'Europa ha varato il fondo *Eurimages* (fondo di sostegno culturale)[144], che conta la partecipazione di 39 stati membri, più il Canada come membro associato, preordinato a favorire le coproduzioni e la distribuzione di opere cinematografiche e audiovisive europee e la digitalizzazione delle stesse. Esso è stato emanato con l'obiettivo di promuovere l'industria cinematografica europea, incoraggiando la produzione e la distribuzione di film e la cooperazione tra i professionisti. Il fondo è indipendente, ma, comunque coordinato con il Programma "Media", sostenendo finanziariamente opere che riflettono i molteplici aspetti della società europea e che evidenziano l'appartenenza alla cultura del Vecchio Continente. Vi sono anche altri fondi per gli audiovisivi come quelli di coesione e strutturali che coadiuvano gli incentivi na-

144 Risoluzione del Consiglio UE (88)15 *Setting up a European support fund for the co-production and distribution of creative cinematographic and audiovisual works*.

zionali e regionali[145].Un sostegno per i *network* europei di sale cinematografiche è stato previsto dal bando EACEA 24/2019rivolto a network di sale che rappresentino almeno 100 cinema dislocati in 20 diversi Paesi partecipanti al programma MEDIA. Il contributo finanziario di tale bando non può superare il 50% dei costi ammissibili complessivi che devono riguardare azioni volte a promuovere e proiettare film europei, attività educative volte alla sensibilizzazione del pubblico giovane, attività di promozione e di marketing in cooperazione con altre piattaforme di distribuzione (per esempio emittenti televisive e piattaforme di Video on demand), attività di networking, informazione e comunicazione.

Gli aiuti attribuiti dagli Stati membri al settore che sono stati approvati dalla Commissione dimostrano che essa ha considerato ammissibili un'ampia gamma di incentivi, che, tuttavia, ha sottoposto a un serio scrutinio. La maggior parte dei regimi ammette sovvenzioni a produzioni cinematografiche selezionate il cui massimale è stabilito come percentuale del bilancio della produzione del beneficiario dell'aiuto. Un numero crescente di Stati membri ha, però, introdotto sistemi che definiscono l'importo dell'aiuto come una percentuale delle spese nelle attività di produzione effettuate solo nello Stato membro che concede l'incentivo. Quest'ultimo è spesso concepito sotto forma di riduzioni fiscali oppure in modo da applicarsi automaticamente a un audiovisivo che soddisfa determinati criteri di ammissibilità.

Nel nostro Paese l'intervento dello Stato a favore della cinematografia è stato sempre notevole, soprattutto perché nel settore, da sempre, sono stati investiti ingenti capitali, circolando con essi una parte cospicua del reddito nazionale. Già a partire dagli anni '20, infatti, il sostegno pubblico alle attività cinematografiche assunse una dimensione organica e strutturata, e fino agli anni '40, l'intervento statale cercò di sostenere la produzione nazionale privata, attraverso la partecipazione diretta dello Stato all'attività audiovisiva mediante creazione di enti e società da esso controllati.

Attualmente, le moderne tecnologie multimediali hanno modificato radicalmente il sistema cinematografico, la produzione e la fruizione per cui l'impianto normativo si è dovuto adeguare. La disciplina delle incentivazioni al settore poggia su una serie di norme stratificatesi nel tempo, che hanno, peraltro, dovuto adeguarsi all'art. 117 Cost., secondo cui le attività dello spettacolo dovrebbero rientrare tra le materie di "legislazione concorrente" tra Stato e Regioni, sebbene i confini e soprattutto rimane dubbio quali leggi possono considerarsi effettivamente di principio. Il settore audiovisivo, tuttavia, in Italia a causa di diverse ambiguità di fondo, ha sofferto e soffre di un'inferiorità in termini di fatturato rispetto ai principali Paesi europei e rispetto alle potenzialità del sistema. L'Italia, invero, esporta pochissimi film e serie TV e i progetti realizzati in co-produzione risultano ancora marginali.

145 Come, per es., *PugliaSounds*, il programma della Regione Puglia per lo sviluppo del sistema musicale regionale attuato con il Teatro Pubblico Pugliese – Consorzio Regionale per le Arti e la Cultura, nell'ambito del Fondo di Sviluppo e di Coesione 2014-2020.

Gli aiuti di Stato agli audiovisivi sono stati definiti in maniera più precisa dalla legge finanziaria 2008, le cui misure sono state poi prorogate con successivi decreti-legge. Sebbene gli incentivi previsti da tale disposizione possano essere giudicati piuttosto frammentari, quest'ultima ha avuto il pregio di evidenziare la necessità di rafforzare le potenzialità culturali del cinema italiano la cui identità è a rischio di scomparsa a causa di una considerevole presenza di film commerciali ad alto b*udget* di origine per lo più statunitense e a causa di una decisa difficoltà delle industrie italiane di produrre film a matrice culturale per via dei costi in crescita. L'art. 6 del d. l. n. 83/2014[146] ha previsto disposizioni urgenti per la crescita del settore cinematografico e audiovisivo, anche attraverso l'attrazione di investimenti esteri in Italia per il miglioramento della qualità dell'offerta e, modificando le precedenti disposizioni sul finanziamento al settore in oggetto, ne ha ampliato gli stanziamenti.

Dal 2016 la situazione normativa è profondamente cambiata perché è stata emanata la c. d. legge Cinema[147] che ha razionalizzato le norme vigenti e ha stabilizzato le dotazioni finanziarie annualmente destinate al settore. La legge appena citata ha istituto un nuovo Fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell'audiovisivo, alimentato, sul modello francese, direttamente dagli introiti erariali derivanti dalle attività di programmazione e trasmissione televisiva; dalla distribuzione cinematografica; dalla proiezione cinematografica e dall'erogazione di servizi di accesso ad Internet da parte delle imprese telefoniche e di telecomunicazione.

Sono, poi, stati stabiliti incentivi per le giovani società che producono film, prevedendo criteri più oggettivi nella selezione delle opere cinematografiche da sostenere. È stato, inoltre, concesso alle imprese del settore un maggior sostegno finanziario, attraverso la tax credit e sono state abolite le commissioni ministeriali che finora avevano il compito di stabilire i criteri e l'entità dei contributi da riconoscere alle imprese e ai film, sostituite da un sistema di incentivi automatici per le opere italiane[148]. Si prevede anche una maggiore valorizzazione delle sale cinematografiche italiane tramite previsioni urbanistiche ed edilizie volte a favorire il potenziamento o la costruzione di cinema e centri culturali multifunzionali e il riordino normativo di importanti settori e strumenti nel cinema e nell'audiovisivo. È stata realizzata anche una profonda riorganizzazione del settore dello spettacolo dal vivo attraverso un "Codice dello spettacolo"[149] che ha semplificato le procedure amministrative e gli incentivi per l'offerta artistico-culturale in Italia. La legge c. d. Cinema rimanda, comunque, a decreti-legge e a decreti mini-

146 D.lg. 83/2014 recante *Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo* convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2014.

147 L. n. 220/2016recante *Disciplina del cinema e dell'audiovisivo*.

148 Viene istituito a tal fine un Consiglio superiore per il cinema e l'audiovisivo, al posto della Sezione Cinema della Consulta dello Spettacolo, composto da undici membri di alta competenza con il compito di decidere a chi destinare i finanziamenti pubblici.

149 L. n. 175/2017, *Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia*.

steriali futuri per la concreta definizione delle disposizioni applicabili in materia e in particolare anche per regolare la gestione dei fondi[150]. Molte sono poi le iniziative nelle varie Regioni che prevedono sovvenzioni e contributi a fondo perduto per le opere cinematografiche sempre nel rispetto degli aiuti di Stato. Tra queste ricordiamo: Lazio Cinema International, il Contributo a fondo perduto sostenuto da Torino Film Commission per interventi a sostegno delle opere audiovisive, il Contributo a fondo perduto a sostegno delle produzioni cinematografiche e dell'audiovisivo realizzate in Lombardia, il Bando per opere cinematografiche e audiovisive dell'Emilia-Romagna, il Contributo a fondo perduto per sostenere la produzione audiovisiva nella Regione Puglia, insieme alla fondazione Apulia Film Commission che finanzia film in collaborazione con la Regione Puglia[151], gli Aiuti per la produzione di cortometraggi e documentari in Basilicata (ovvero la Lucania Film Commission).

4.3. Il settore museale e la progressiva riconduzione nell'alveo delle regole sulla concorrenza

Anche il settore museale è da comprendere nelle eccezioni disciplinate nell'art. 107, par. 3, lett. d)[152] e nel Regolamento n. 651/2014 dove è previsto specificamente all'art. 53 punto 2 lett. a) che tra gli aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 3 del TFU esentati dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108, devono essere ricompresi gli aiuti concessi per i musei che possono assumere la forma di costi per esposizioni interattive, la creazione o l'ammo-

150 Tra questi il Decreto Ministeriale MIBACT n. 63 del 25 gennaio 2018, *Disposizioni applicative in materia di Film Commission e indirizzi e parametri generali per la gestione di fondi di sostegno economico al settore audiovisivo, stanziati tramite le Regioni o Province autonome*, il Decreto Interministeriale MIBACT-MEF n. 157 del 15 marzo 2018,*Disposizioni applicative in materia di credito di imposta per le imprese di produzione cinematografica ed audiovisiva di cui all'articolo 15 della legge 14 novembre 2016, n. 220* e il Decreto Interministeriale MIBACT-MEF n. 158 del 15 marzo 2018,*Disposizioni applicative dei crediti d'imposta nel settore cinematografico e audiovisivo*.

151 La Regione Puglia ha adottato tali finanziamenti in base al Regolamento Regione Puglia n. 6 del 26 febbraio 2015, *Regolamento regionale della Puglia per gli aiuti in esenzione. Regimi di aiuti a favore delle opere audiovisive*, relativo agli aiuti compatibili con il mercato interno ai sensi del TFUE.

152 Con Decisione sull'aiuto n. 43/2007 del 30 aprile 2008, la Commissione ha dichiarato compatibile col Trattato un aiuto concesso dalla Repubblica Ceca ai musei pubblici che organizzano importanti mostre. L'aiuto in questione consisteva in un fondo di garanzia creato dal Ministero della Cultura al fine di pagare eventuali danni agli oggetti di maggior valore esposti nelle mostre (a partire da circa €4.000). Posto che, a detta dell'autorità ceca, i costi di assicurazione rappresentavano oltre il 50% del totale dei costi di organizzazione delle mostre, il fondo pubblico consentiva un notevole risparmio ai musei che organizzano eventi di grande rilievo. Secondo la Commissione la misura esaminata consentiva di preservare il patrimonio culturale nazionale senza alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all'interesse comune. Nell'analisi della Commissione è da notare che non appaiono dubbi circa la potenziale incidenza sul commercio intracomunitario di aiuti ai musei per grandi eventi che sono capaci di attrarre un pubblico internazionale. Inoltre, la Commissione ha sottolineato positivamente che la garanzia riguardava solo oggetti di valore superiore a €4000 circa, per cui l'aiuto era mantenuto al livello minimo necessario.

dernamento delle infrastrutture culturali ed il loro funzionamento[153].La Commissione, tuttavia, ha evidenziato che, se non appaiono dubbi circa la potenziale incidenza sul commercio intracomunitario di aiuti ai musei per grandi eventi capaci di attrarre un pubblico internazionale, sono, invece, da ritenere ammissibili, data la loro non rilevanza sul commercio intracomunitario, salvo casi eccezionali, gli eventi sponsorizzati da musei di natura locale, in considerazione della portata limitata e del modesto ammontare dell'aiuto finanziario[154]. Più recentemente anche gli incentivi alle infrastrutture intese come attività economiche funzionali a tali luoghi della cultura, incrementandone la valorizzazione, si fanno rientrare nella disciplina degli aiuti di Stato[155].

La Commissione, nella Griglia Analitica sugli aiuti di Stato n. 4[156], dedicata, tra l'altro ai musei, richiama i criteri idonei a stabilire quando l'intervento pubblico per questi ultimi costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1 del TFUE, segnalando la possibile presenza di essi nei progetti infrastrutturali cofinanziati dai Fondi strutturali. L'organo esecutivo dell'Unione ha, inoltre, ribadito quanto affermato in sue precedenti decisioni[157]ovvero che: «per musei e monumenti storici più piccoli che si rapportano ad una domanda strettamente locale e che non attirano visitatori a livello internazionale, l'effetto esercitato sugli scambi potrebbe essere non necessariamente evidente [...]. Per musei e monumenti storici più grandi che godono di fama internazionale, tuttavia, non è possibile escludere un effetto sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati Membri. La valutazione dipende dall'effettiva/potenziale capacità di attrarre visitatori stranieri». Questa puntualizzazione evidenzia che lo Stato membro può finanziare la realizzazione o la gestione di infrastrutture culturali, senza che questo incentivo venga sottoposto alle rigide regole degli aiuti di Stato anche quando non si tratti di infrastrutture di rilevanza squisitamente locale, ma solo se rispettino il criterio di cui sopra. Per la Commissione, in tal caso, occorre considerare il principio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato[158]formulato per la prima volta in linea generale nella Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato per le autorità pubbliche nei capitali delle imprese[159] e avallato dalla giurisprudenza dei giudici comunita-

153 A. Bruno, *Aiuti di Stato: nella cultura*, in *www.diritto.it*, 2018.

154 Si v. tra le altre, Decisione della Commissione sull'aiuto n. 43/2007 del 30 aprile 2008, sull'aiuto n.540/2008 dell'8 aprile 2009, sull'aiuto n. 136a/2002 del 21 gennaio 2003, e sull'aiuto n. 630/2003del 18 febbraio 2004 (relative ai musei).

155 C. E. Baldi, *Aiuti alla cultura musei e altre "infrastrutture culturali"*, in *www.europroject-online.it*, 8/5/2013.

156 Ares (2012)834142 del 01/08/2012.

157 Si veda nota 137.

158 In generale, su tale criterio, P. De Luca, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato: il caso Commissione c. Électricité de France*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n.3/2012, 521 ss.

159 Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del trattato (CEE CE 9/1984).

ria[160]. Attraverso tale criterio, la Commissione verifica se le condizioni in presenza delle quali lo Stato trasferisce risorse finanziarie ad una determinata impresa corrispondono a quelle che sarebbero state considerate accettabili da un ipotetico investitore privato. In altre parole, l'intervento statale deve avere prospettive future di remunerazione delle risorse investite, perché le attività culturali, ivi comprese quelle relative alla realizzazione e alla gestione delle cosiddette infrastrutture culturali, possono essere considerate attività d'impresa e come tali, possono essere soggette all'applicazione delle norme in materia di concorrenza. Tutto ciò, però, è messo in discussione dalla circostanza che il biglietto di ingresso di un museo non è quasi mai in grado di compensare i costi inerenti alla gestione dello stesso. Molto spesso, infatti, quanto pagato dai fruitori non riesce a coprire neanche gli eventuali ammortamenti dell'investimento iniziale o le spese di manutenzione. In molti casi, poi, per determinate categorie di utenti (pensionati, giovani, appartenenti ad associazioni, ecc.), l'ingresso è gratuito o scontato e questo diminuisce i guadagni. Il biglietto non sembra rappresentare il corrispettivo per un servizio, mentre appare più opportuno considerarlo come un contributo alle spese per un servizio a carattere sociale. Per di più, occorre evidenziare che un'attività per essere considerata di mercato, deve essere svolta in concorrenza con altri operatori e, quindi, come si sa, consistere in un'offerta alternativa di beni e servizi, tale per cui l'acquisto o la fruizione di essi deve comportare la rinuncia ad un bene o servizio analogo proposto da un altro operatore del settore, situazione che si verifica solo quando i beni e i servizi sono comparabili e tra loro sostituibili[161]. Il dubbio che questo si possa ricontrare nel caso dei musei è forte poiché, come si sa, tali strutture offrono servizi unici senza rivalità nel consumo. Allo stesso modo, è discutibile l'idea che essi svolgano effettivamente un'attività d'impresa[162]poiché l'economicità della gestione dei beni culturali e la sua efficienza, come anche la Corte costituzionale ha affermato[163] non sono l'obiettivo principale di queste attività che, in primis, promuovono la cultura, la sua conservazione e la sua diffusione ex art. 9 Cost. Tale circostanza, ovviamente, limita la possibilità che agli aiuti di Stato concessi in tale settore abbiano l'attitudine a falsare il libero mercato. L'organo esecutivo dell'Unione, invero, sebbene si sia espresso molto raramente sul

160M. SEBASTIANI, *Il principio dell'investitore di mercato*, in *www.astridonline*, 2010, 2 ss. Sul tema, tra le altre, sentt. Corte di giustizia del 24/01/1977, Pubblico ministero del Regno dei Paesi Bassi c. Jacobus Philippus van Tiggele C-82/77; 30/01/85, C-290/83, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese; 17/03/1993, Cause riunite C-72/91 e C-73/91, SlomanNeptunSchiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemerder Sloman Neptun Schiffahrts AG; 13/03/2001, C-379/98, Preussen Elektra AG contro Schhleswag AG;16 maggio 2002, C-482/99 Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee.

161 C.E. BALDI, *Aiuti alla cultura, musei e altre "infrastrutture culturali"*, cit., 3.

162 È da segnalare, tuttavia, che nella Decisione sull'aiuto n. 293/2008, la Commissione ha affermato che i musei si comportano, in realtà, come imprese che offrono un servizio sul mercato.

163 Sentenza Corte cost. 27/06/1986, n. 151, dove il Giudice costituzionale ha affermato la «primarietà del valore estetico-culturale che non può essere subordinato ad altri valori, ivi compresi quelli economici e anzi indica che la stessa economia si deve ispirare alla cultura, come sigillo della sua italianità».

sostegno pubblico ai musei di portata internazionale ubicati in aree turistiche e, pur partendo dall'assunto che l'attività museale costituisce attività economica, ha, spesso, ritenuto che, data l'importanza marginale delle strutture coinvolte e/o dei territori interessati, l'eventuale distorsione sugli scambi potesse essere compensata dai vantaggi correlati alla tutela del patrimonio culturale tali da permettere di giudicare l'aiuto compatibile[164].Nei casi valutati dalla Commissione, tuttavia, essa più che argomentare sull'eventuale impatto dell'aiuto sulla concorrenza causato nell'ambito dell'attività museale, ha soprattutto valutato le ricadute dell'aiuto stesso sulla collettività e sul territorio, ritenendo giustificato il sostegno pubblico quando il beneficio sociale è capace di superare il beneficio privato[165].

I programmi europei a favore dei musei sono per la maggior parte quelli per sostenere la cultura in generale, anche se deve segnalarsi che le somme stanziate, almeno per questo settore, sono piuttosto basse. Il piano di lavoro per la cultura 2015-2018, adottato nel dicembre 2014 dai ministri della Cultura dei paesi dell'UE[166], fissa quattro priorità principali per la collaborazione a livello europeo nel campo delle politiche culturali e tra queste il raggiungimento di una cultura accessibile e aperta a tutti e la valorizzazione del patrimonio culturale, in cui si fa rientrare a pieno titolo la promozione dei musei.

Opportunità di rilievo per il settore si ritrovano in Europa creativa, in particolare, nella parte dedicata al sottoprogramma Cultura, in *Horizon* 2020 utilizzato per raggiungere l'eccellenza scientifica e per risolvere le sfide sociali, nel programma quadro per la ricerca e l'innovazione e nei vari fondi strutturali. Il programma Erasmus+ Settore Educazione degli Adulti Attività KA1 ha previsto agevolazioni per i musei e ha dato vita al progetto EMME, *Education, museums and migrants' experiences*, finalizzato alla formazione e aggiornamento di educatori destinati a sviluppare e a promuovere il contributo di immigrati, nuovi cittadini e comunità straniere alla mediazione museale, incentivando visite e attività museali condotte da mediatori stranieri.

In Italia, il meccanismo di finanziamento dei musei si basa su incentivi rapportati alle varie iniziative culturali e i fondi spesso derivano da quelli europei come i FESR, nonché dai Fondi di coesione e da quelli strutturali. È da segnalare anche che l'Italia è il secondo Paese europeo che riceve più fondi strutturali per la cultura provenienti dall'Unione. Molto utilizzate per i musei sono le risorse del Fondo di Tutela del Patrimonio, istituito dalla legge di Stabilità del 2015[167]. La loro destinazione e il relativo cronoprogramma

164 Si vv. i casi: n. 11/2002 – *United Kingdom, Individual Cases of application Based on the National Heritage Memorial Fund* (27/05/2003, C (2003) 661 def.; N 377/2007 – NL – Sostegno a *Bataviawerf* – Ricostruzione di un vascello del XVII secolo (Decisione del 28.11.2007); N 630/2003 IT – Musei di interesse locale – Regione autonoma della Sardegna (Decisione del18.2.2004); *N 377/2007 -Lipica Horses – Slovenia-* (Decisione del 11.02.2009).

165 Decisione della Commissione dell'8 maggio 2012 relativa all'aiuto di Stato SA.22668, punto 103.

166 Conclusioni del Consiglio e dei Rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, su un piano di lavoro per la cultura (2015-2018).

167 L. n. 190/2014.

sono preventivamente concordati tra il MIBACT (ora MIC) e il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE).

Vi è, poi, il Fondo per il funzionamento dei piccoli musei, istituito con decreto dell'allora MIBACT[168], i quali, secondo la legge, sono da intendere come strutture permanenti, senza scopo di lucro, aperti al pubblico, che acquisiscono, conservano, catalogano, tutelano, promuovono, comunicano e rendono fruibile il patrimonio materiale e immateriale, facendo ricerca e divulgazione culturale e offrendo esperienze di educazione e intrattenimento, con entrate non superiori a 20.000 euro detratti i guadagni annuali destinati alle spese per il personale. Il fondo è stato concesso ai musei regionali, provinciali, civici o privati, gestiti da soggetti pubblici o da organizzazioni non profit, che non erano stati destinatari, almeno 2 anni prima, di contributi o finanziamenti statali e le sovvenzioni sono state attribuite secondo criteri stabiliti dal Ministero e a domanda degli interessati con l'obiettivo di realizzare la digitalizzazione del patrimonio, nonché la progettazione di *podcast* con percorsi espositivi funzionali alla fruizione delle opere e la predisposizione di programmi di didattica telematica (*e-learning*).

Il rapporto *Cultural Heritage counts for Europe*, stilato nel 2015 ha evidenziato l'importanza degli investimenti nel campo dei beni culturali e, quindi, anche nei confronti dei musei, sottolineando che essi hanno un ritorno in termini di benefici sociali ed economici che possono sintetizzarsi in 10 punti: maggiore sviluppo turistico; incremento di posti di lavoro; sostegno alla creatività, all'innovazione, alle nuove idee, alle soluzioni ai problemi, all'interpretazione del passato; ritorni dagli investimenti anche come generatori di tasse per gli istituti pubblici che traggono beneficio sia dalle attività collegate al patrimonio, sia dall'indotto; rigenerazione delle aree su cui il patrimonio insiste; capacità di essere parte della soluzione alle sfide poste dalla sostenibilità; miglioramento della qualità della vita; stimolo per l'istruzione; fattore di costruzione di capitale sociale e aiuto ai percorsi di coesione sociale, di partecipazione, impegno civico e integrazione.

5. Cultura e turismo post pandemia: il "nuovo corso" interventista

Le restrizioni dei viaggi, del settore dei trasporti, dell'utilizzo delle strutture ricettive, della ristorazione, delle attività ricreative relative alla cultura, al tempo libero, allo sport e alla natura, come è ampiamente noto, hanno arrecato un arresto dei flussi di turisti e dei fruitori di cultura sin dal primo trimestre del 2020[169]. Secondo le stime della Commissione UE, la diminuzione delle entrate a livello europeo ha raggiunto l'85% per gli alberghi, per i ristoranti, per gli operatori turistici e per il trasporto ferroviario a lunga

168 Previsto dall'art. 1, c.359, l. n. 160/2019, decreto del MIBACT n. 451 del 9 ottobre 2020.

169 Consultabile in*www.commission.europa.eu*.; Per uno studio del fenomeno a livello nazionale, S. Scaramuzza, *L'impatto della pandemia e della guerra sul settore turistico: effetti delle crisi e speranze di ripresa a livello internazionale, europeo, nazionale, regionale e locale*, in U. Izzo (a cura di), *Il diritto alle prese con la vulnerabilità del turismo, fra guerra e persistente pandemia*, in *Lawtech*, 2022, 68 ss.

percorrenza e il 90% per le crociere e le compagnie aeree. L'industria europea dei viaggi e del turismo, poi, ha segnalato che durante il Covid le prenotazioni sono diminuite tra il 60% e il 90% rispetto ai periodi corrispondenti degli anni precedenti[170]. Le PMI del settore sono state le più colpite dalla crisi che, sia per l'assenza di liquidità, sia per la situazione di incertezza hanno stentato a proseguire le attività, le quali sarebbero fallite definitivamente se non fossero stati previsti i c. d. "aiuti istantanei"[171] i quali, peraltro, hanno anche salvato i relativi dipendenti e, quindi, un numero non trascurabile di posti di lavoro.

Le imprese turistiche e culturali trovandosi in un contesto strutturalmente fragile dal punto di vista economico, sociale e ambientale hanno stentato a rimettersi in carreggiata e la ripartenza è potuta avvenire solo grazie alla disciplina meno rigida elaborata dall'UE in materia di aiuti di Stato. Anche il Parlamento dell'Unione non ha ignorato la grave situazione di turismo e cultura in seguito alla pandemia e, in una Risoluzione adottata nel settembre 2020, ha affermato con forza che l'Europa non può esimersi dal sostenere tale comparto con supporti mirati diretti e rapidi, affermando che l'aiuto finanziario dovrebbe provenire non solo dai bilanci nazionali, ma anche dai fondi unionali. I deputati hanno sottolineato, inoltre, il ruolo cruciale del già richiamato programma Europa creativa, chiedendo di raddoppiarne i fondi e invitando la Commissione a proporre nuovi modi per mitigare l'impatto della crisi sul settore.

La Commissione non ha ignorato i suggerimenti del Parlamento e, in considerazione della grave situazione dei settori in oggetto, nel maggio 2020, ha presentato un pacchetto, a dire il vero con una politica basata su un approccio decisamente più flessibile rispetto al passato, di Linee Guida, Orientamenti e Raccomandazioni sul turismo e i trasporti per aiutare gli Stati membri a far ripartire, attraverso una precisa strategia, le at-

170 A. D'Amelio, *Il Covid-19 e le conseguenze sul turismo*, in *www.rizzolieducation.it*, 3.

171G. Luchena, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, in *Concorrenza e mercato*, n. 26/27, 2020, 17 ss.

tività del settore, dopo lo stop forzato[172]. Questi atti hanno inteso aiutare turismo e cultura, sostenendo in maniera particolare le imprese affinché l'Europa continui a essere la destinazione numero uno per accoglienza dei visitatori, ma hanno anche cercato di superare le criticità preesistenti come i ritardi e le complessità amministrative nonché gli squilibri territoriali del passato poiché spesso le aree periferiche o meno sviluppate hanno ricevuto aiuti minori rispetto alle grandi città, dove si concentrano le principali istituzioni culturali e le barriere all'accesso di alcuni luoghi marginalizzati che hanno meno opportunità di beneficiare degli aiuti a causa di vincoli economici o logistici.

Da giugno 2020 è stata istituita Europeana[173], una piattaforma dell'Unione istituita con il fine di mostrare il patrimonio culturale in maniera digitale per accentuare la curiosità dei cittadini e nello stesso tempo evitare i contatti ravvicinati fra essi. La web-app complementare alla piattaforma su citata, ovvero "Gemme culturali", inoltre, ha lanciato una campagna per favorire e rendere più appetibile il turismo di prossimità. La digitalizzazione, peraltro, ha dato un forte input alla cultura e in particolare al patrimonio culturale creando nuovi modi di fruizione che hanno richiesto nuove tipologie di finanziamento[174]. La Commissione ha adattato il programma Europa creativa alle nuove realtà che l'epidemia di Coronavirus ha imposto con l'impegno di applicare la massima flessibilità possibile nel concedere incentivi, ma sempre nei limiti di quanto previsto nei principi previsti nel Trattato. Nel sottoprogramma Cultura di Europa creativa è stata anche messa a disposizione una somma complessiva di 48,5 milioni di euro, per i progetti di cooperazione atti a fornire il supporto necessario agli artisti, alle organizzazioni e ai professionisti creativi coinvolti. Il piano ha una chiara dimensione europea e si pone in perfetto coordinamento con le misure di emergenza adottate a livello nazionale.

172 La Commissione europea, dopo il *lockdown,* il 13 maggio 2020 ha trasmesso al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni una Comunicazione COM 82020)550 intitolata *turismo e trasporti nel 2020 e oltre*, al fine di permettere agli Stati membri di revocare gradualmente le restrizioni di viaggio e consentire alle attività turistiche di riaprire, dopo mesi di blocco, nel rispetto delle necessarie precauzioni sanitarie. L'obiettivo della Comunicazione era quello di aiutare il settore turistico dell'UE a riprendersi dalla pandemia, sostenendo le imprese perché possano continuare a rendere l'Europa la destinazione numero uno per i viaggiatori. Essa si compone di cinque parti con l'obiettivo principale di invogliare gli Stati membri a gestire, in maniera corretta e coordinata, gli strascichi della pandemia sul proprio territorio, a favorire un turismo sostenibile e soprattutto a restituire ai cittadini la capacità di viaggiare in sicurezza, migliorando il sistema dei trasporti e l'accesso alle informazioni riguardanti le frontiere e i viaggi, le strutture turistiche e le condizioni di sicurezza e salute anche attraverso mezzi digitali. Su questa scia si inserisce anche la Comunicazione *Covid-19: Orientamenti dell'UE per il progressivo ripristino dei servizi turistici e la definizione di protocolli sanitari nelle strutture ricettive*, C/2020/3251 cheha fornito gli orientamenti per i protocolli sanitari, i quali non erano vincolanti ma volti a garantire che le misure preventive potessero essere attuate dagli Stati membri con coerenza.

173 E. Macrì, C.L. Cristofaro, *The Digitalisation of Cultural Heritage for Sustainable Development: The Impact of Europeana*, in P. De martini, L. Marchegiani et al (ed), *Cultural Initiatives for Sustainable Development*, Berlino, 2021, 373 ss.

174 G. Mancini Palamoni, *Lo sviluppo sostenibile del patrimonio culturale tra emergenze e tecnologie digitali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 1/2022, 267 ss.

Sono state previste anche misure speciali per il cinema nel contesto del progetto MEDIA alla rete Europa Cinemas, al quale è stato aggiunto uno stanziamento supplementare di 5 milioni di euro per supportare le attività legate al cinema in modo che possano sviluppare strategie di marketing innovative.

La convenzione in corso con Europa Cinema per le attività svolte nel 2020 è stata, poi, ulteriormente modificata prevedendo un altro finanziamento aggiuntivo di circa 6,2 milioni di euro.

Numerose sono le azioni per dare concreta attuazione alle misure eccezionali adottate dagli Stati, autorizzate dalla Commissione con maggiore elasticità, proprio al fine di sostenere l'economia della cultura e del turismo e di arginare gli impatti della pandemia sul PIL nazionale. Ciò perché non è stato possibile ignorare la pesante variazione del numero dei consumatori del comparto e la situazione emergenziale. In Italia, per esempio, rispetto al 2019 la diminuzione delle presenze è stata pari al 91%, con una perdita di quasi 74 milioni di viaggiatori (43,4 milioni stranieri e 30,3 milioni di italiani)[175].Così, soprattutto il nostro Paese non poteva tardare a predisporre atti normativi per cercare di fronteggiare tale situazione e già a partire dai primi mesi della manifestazione della crisi sanitaria ha emanato decreti per attribuire aiuti per i settori in oggetto e per le PMI ivi operanti, finalizzati in particolare a contenere l'impatto dei costi fissi e straordinari (locazioni e ristrutturazioni) sostenuti dagli operatori; per garantire contributi a fondo perduto a sostegno della liquidità e delle spese correnti con l'obiettivo di potenziare gli interventi per la promozione turistica; per la tutela dei lavoratori e delle imprese anche attraverso la Cassa Integrazione e il blocco dei licenziamenti, stabilendo una moratoria sui debiti e un massiccio piano di garanzie pubbliche con l'istituzione o l'incremento di Fondi speciali per i settori in oggetto[176]. Per far fronte all'emergenza, sono stati emanati, soprattutto con atti del Governo, una pletora di provvedimenti[177].I vari decreti, il c.d. decreto cura-Italia[178], il c.d. decreto liquidità[179], il c.d. decreto agosto[180], il c.d. decreto rilancio[181], il c. d. decreto sostegni[182]spaziano dai *bonus* ai lavoratori autonomi e ai

175 Dati reperibili in *www.istat.it*.

176 Sul tema A. Germani, *Gli aiuti finanziari alle imprese nell'epoca del Covid- 19*, in *Guida alla contabilità & bilancio*, n. 5/2020, 24 ss., ma anche, C. Mariconda, *Il turismo ai tempi del Covid -19*, in A. Amirante, G. Rotondo (a cura di), *Strutture sociali e governo del cambiamento nel contesto post-pandemico*, cit., 261 ss.

177 Sulle misure emanate per far fronte alla crisi pandemica, A. Sartori, M. Corti, *Dal decreto "Cura Italia" al decreto "Rilancio": l'Italia prova a ripartire*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2020, 77 ss.; M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 560 ss.

178 D.l. n.18/2020.

179 D.l.n. 23/2020.

180 D.l.n. 104/2020.

181 D. l. n. 34/2020.

182 D.l.n. 41/2021.

professionisti alla corresponsione di ammortizzatori sociali, dalle misure ripristinatorie a interventi per lo sviluppo con un impegno finanziario notevole che non sarebbe mai stato possibile se non fosse stata attivata la clausola di salvaguardia prevista dal Patto di stabilità e crescita, la quale ha sospeso la sua efficacia[183].

Attraverso il decreto "Cura Italia "è stato istituito, presso l'allora MIBACT un tavolo di crisi, con il compito di presentare proposte di sostegno per il comparto in oggetto e si è prevista la sospensione dei versamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto in scadenza nel mese di marzo 2020 per "le imprese turistico-ricettive, agenzie di viaggio, turismo e tour operator" (art. 61, comma 2, lettera a), per i "soggetti che organizzano corsi, fiere ed eventi, ivi compresi quelli di carattere artistico, culturale, ludico, sportivo" (art.61, comma 2, lettera e) nonché per i "soggetti che gestiscono musei, biblioteche, archivi, luoghi e monumenti storici, nonché orti botanici, giardini zoologici e riserve naturali" (art.61, comma 2, lettera g). Nello stesso decreto si stabilisce pure un'indennità pari a 600 euro per il mese di marzo per i lavoratori stagionali del turismo e degli stabilimenti termali (art. 29, comma 1), la nascita del Fondo emergenze spettacolo e cinema gestito dall'*ex* MIBACT, per il sostegno degli operatori, autori, artisti, interpreti ed esecutori (art.89), il rimborso di *voucher* per i viaggi e pacchetti turistici annullati, per i biglietti per gli spettacoli, cinema, teatri, musei e altri luoghi della cultura e per gli alberghi e le strutture ricettive (art.88 e 88 bis) e infine il rilancio dell'immagine dell'Italia all'estero attraverso la realizzazione di una campagna di comunicazione volta a promuovere non solo le esportazioni italiane ma anche il turismo e la cultura (art.72). In particolare, stanziamenti considerevoli sono stati destinati ad assicurare la sopravvivenza dei musei e dei luoghi della cultura statali (165 milioni di euro)[184], e non statali (70 milioni)[185].

Una Decisione della Commissione del maggio 2020[186]ha riconosciuto la conformità al *Temporary Framework* e alle sue successive modifiche della disciplina degli aiuti di Stato per la lotta al Covid-19 contenuta nel c.d. "Decreto Rilancio"[187] e ha stanziato nove mi-

183 Sul tema, tra i tanti contributi, D. Rossano, *Solidarietà e stabilità economica nella ridefinizione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, suppl. al n. 1/2023, 133 ss.; R. Artoni, *Considerazioni sul patto di stabilità e crescita*, in *Moneta e Credito*, dicembre 2023, 219 ss.; L. Bini Smaghi, *La Riforma del Patto di Stabilità e Crescita: Ce n'è veramente bisogno?*, in *Policy Brief*, n. 9/2022, 1 ss.; C. Dominicali, *La Commissione europea e la flessibilità "temporale" nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, 453 ss.

184 Art. 183, co. 3, d.l. n.34/2020 (Decreto Rilancio) e art. 80, co. 1, lett. b), d.l. n. 104 del 2020 (Decreto Agosto).

185 Il finanziamento per i musei non statali è a gravare sul Fondo per le emergenze delle imprese e istituzioni culturali.

186 Decisione *State Aid*, SA.57021.

187Sul Decreto Rilancio, A. Massari, *La normativa dell'emergenza, il decreto "Rilancio" e le questioni ancora aperte*, in *Appalti e contratti*, n. 5/2020, 2 ss.

liardi di euro a sostegno di diversi settori quali sanità, lavoro, famiglia, scuola, cultura[188], turismo e mobilità e dove sono stati previsti diversi *bonus* tra cui il c. d. *bonus* vacanze, quello a favore dell'ambiente e quello per stimolare uno stile di vita migliore, nonché un turismo più *green*.

Nel decreto richiamato sono previste misure di ricapitalizzazione destinate a tutte le imprese, con una particolare attenzione per quelle operanti in settori economici maggiormente danneggiati dai provvedimenti adottati per limitare la diffusione del SARS-Cov-2. Il provvedimento ha individuato una serie di azioni specifiche a sostegno delle *start-up* innovative, anche quelle in materia di cultura e turismo. **È** stato istituito, inoltre, il Fondo Turismo a valere nello stato di previsione dell'*ex* MIBACT (ora MITUR), per consentire di sostenere il settore turistico mediante operazioni di mercato e per sottoscrivere quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio e fondi amministrati da società di gestione del risparmio, in funzione di acquisto, ristrutturazione e valorizzazione di immobili destinati ad attività turistico-ricettive. Il decreto ha altresì previsto il Fondo per la promozione del turismo in Italia finalizzato a favorire la ripresa dei flussi turistici in ambito nazionale attraverso risorse che saranno assegnate a soggetti individuati e a supportare iniziative finanziate dallo stesso Ministero anche avvalendosi dell'Enit, ovvero l'Agenzia nazionale del turismo. L'investimento previsto dal decreto in commento che ha avuto maggiore risonanza mediatica **è** quello per la realizzazione di una piattaforma digitale per la fruizione del patrimonio culturale e degli spettacoli[189] realizzata dal MIC, principale soggetto a cui **è** stata affidata la linea editoriale con la partecipazione della Cassa depositi e prestiti, la quale, a sua volta, ha facoltà di coinvolgere soggetti pubblici e privati[190]. Un altro fondo, quello per emergenze imprese e istituzioni culturali **è** stato istituito sempre nel decreto Rilancio all'art. 183, comma 2 e una sua quota parte verrà utilizzata per il ristoro degli operatori nel settore delle mostre d'arte che non siano stati in attività nel 2019 e che abbiano inoltrato domanda secondo i criteri stabiliti dall'avviso pubblico emanato dal Ministero. Il c.d. Decreto Liquidità ha previsto misure a supporto di imprese, artigiani, autonomi e professionisti a cui possono accedere anche i lavoratori del turismo e cultura. Tale atto normativo al fine di favorire la ripartenza del sistema produttivo italiano, ha trasformato il Fondo di Garanzia per le PMI in uno strumento capace di garantire fino a 100 miliardi di euro di

188 Le soglie per gli aiuti agli investimenti per la cultura e la conservazione del patrimonio secondo il Regolamento di modifica del GBER del 2023 ammontano a 165 milioni di euro per progetto, gli aiuti al funzionamento per la cultura e la conservazione del patrimonio a 82,5 milioni di euro per impresa e per anno.

189 Art. 183, co. 10, d.l. n. 34/2020.

190 Sul ruolo di Cassa depositi e prestiti negli investimenti strategici per il Paese, M. Passalacqua, B. Celati, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, cit., 107. È da evidenziare che CDP partecipa anche nella gestione del Fondo per la cultura e nella gestione del Fondo turismo, entrambi istituti dal Decreto Rilancio per il 2020 al fine di promuovere investimenti e altri interventi di tutela, conservazione, restauro, fruizione, valorizzazione e digitalizzazione del patrimonio culturale materiale e immateriale.

liquidità, prevedendo un forte snellimento delle procedure burocratiche per accedervi, potenziandone la dotazione finanziaria ed estendendone l'utilizzo anche alle imprese fino a 499 dipendenti[191].

Nella Comunicazione del 19 febbraio 2020, *Shaping Europe's Digital Future*, la Commissione ha individuato tra i propri obiettivi, quello di consentire alle *start-up*[192] e PMI innovative e in rapida crescita di avere facile accesso ai finanziamenti così da garantirne un maggiore sviluppo[193], favorendo così anche i settori in esame.

Il Decreto Rilancio ha anche esteso l'*Art Bonus* a complessi strumentali, società concertistiche e corali, circhi e spettacoli viaggianti.

Con il Decreto Agosto **è** stato stanziato un Fondo di garanzia per le PMI che si **è** rivelato utile anche per le imprese del settore turistico e culturale ed **è** stata prorogata la cassa integrazione fino al 31 dicembre 2020 per i lavoratori del turismo. L'atto avente forza di legge ha disposto l'accesso allo sgravio contributivo per chi assume personale a tempo indeterminato, l'aumento del Fondo emergenze agenzie di viaggio e *tour operator*, in cui sono compresi anche le guide e gli accompagnatori turistici. Ha, poi, esteso al settore termale il credito d'imposta del 60% per gli affitti degli immobili, la sospensione della rata dei mutui al 31 marzo 2021, con un potenziamento del credito d'imposta a 180 milioni di euro per la riqualificazione e il miglioramento delle strutture ricettive comprese quelle all'aperto come gli agriturismi e i campeggi.

Il limite degli orari di chiusura e la totale sospensione della gran parte delle strutture turistiche ha portato, poi, all'approvazione dei c.d. "decreti Ristori"[194] per aiutare le categorie di lavoratori e operatori economici che durante la seconda ondata hanno maggiormente risentito delle restrizioni per fronteggiare la diffusione della pandemia. Questi decreti hanno volta per volta definito nuovi finanziamenti per il fondo per le imprese, per il settore fieristico e soprattutto della ristorazione, esteso le date di scadenza per richiedere gli indennizzi e rinviato ulteriormente il versamento dei contributi al secondo trimestre del 2021, coinvolgendo circa 460 mila attività produttive prevede in particolare aiuti per i bar, le pizzerie, i ristoranti, le gelaterie, le pasticcerie, le piscine, le palestre e i centri sportivi, i teatri, i cinema. Il primo decreto Ristori (ne sono stati emanati ben quattro), in particolare, ha previsto il Fondo speciale, istituito nello stato di previsione del Ministero a sostegno degli operatori turistici e della cultura e un'indenni-

191 A. Parziale, *Crisi pandemica e sostegno pubblico all'economia. Le garanzie fondo PMI e SACE*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2/2020, 467 ss.

192 Le quali assommano ai provvedimenti agevolativi di cui sopra il regime di favore italiano.

193 Sull'argomento, F. Zatti, *L'impatto delle misure adottate in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulle politiche a sostegno dell'innovazione tecnologica: prime riflessioni in tema di aiuti di Stato*, in *Concorrenza e mercato*, 2020, 192 ss.

194 È necessario sottolineare che tale decreto è stato sottoposto a quattro modifiche che hanno preso il nome di decreto Ristori-*bis* (d.l. n. 149/2020), Ristori-*ter* (d.l. n. 154/2020) e Ristori-*quater* (d.l. n. 157/2020).

tà, poi ripresa dagli altri decreti, per i lavoratori stagionali del turismo, degli stabilimenti termali e dello spettacolo e misure urgenti di sostegno all'*export* e al sistema delle fiere internazionali.

Con il Decreto Sostegni sono stati destinati alla cultura fondi per l'ammontare di circa 1 miliardo di euro con un ennesimo scostamento di bilancio. L'atto avente forza di legge, oltre sostenere la salute, la sicurezza e il trasporto pubblico locale, prevede un condono fiscale fino a 5 mila euro delle cartelle esattoriali, contributi a fondo perduto per imprese e partite iva, aiuti al lavoro dipendente e, in particolare, un'indennità straordinaria per tutti i lavoratori dello spettacolo, considerando gli artisti e le maestranze con almeno 7 giornate lavorative e un reddito inferiore ai 35.000 euro e coloro che, con almeno 30 giornate lavorative, abbiano un reddito inferiore ai 75.000 euro. Altri 400 milioni di euro saranno destinati ai fondi di emergenza esistenti, ripartiti tra sostegno dei musei statali, del cinema e dello spettacolo e aiuti per le imprese e delle istituzioni culturali[195]. Con tale decreto sono stati previsti nuovamente aiuti alle imprese di ristorazione, alle attività commerciali dei centri storici e alle imprese operanti nel settore dei matrimoni e degli eventi privati.

Tra le misure a sostegno della cultura, infine, vanno annoverate la quota parte dei fondi stanziati in favore delle partite IVA destinata a operatori, a lavoratori autonomi del settore e a chi esercita un'attività di impresa, un'attività artistica, professionale o ha un reddito agrario o assimilato (ad esempio anche un agriturismo) con contributi a fondo perduto che tengono conto dei ricavi e dei compensi percepiti dagli imprenditori nel 2019. Va anche considerata la proroga delle diverse forme di cassa integrazione, che sono andate a sostegno del reddito dei lavoratori dipendenti del comparto culturale e dello spettacolo, ma anche la *tax credit* per alberghi e il *super bonus* per le ristrutturazioni, agevolazioni già previste in passato ed estese per i periodi di imposta 2020 e 2021 che hanno consentito alle imprese di sfruttare la sospensione dell'attività dovuto al *lockdown* per effettuare lavori di ammodernamento, contribuendo, nello stesso tempo, al sostegno del settore edilizio e al miglioramento dei consumi energetici e all'attrattività turistica delle strutture.

Per il turismo le risorse stanziate ammontano a 1,7 miliardi di euro cui si deve aggiungere una parte del maxi-fondo da 200 milioni per le imprese del *wedding* e della ristorazione nei centri storici. Nello stesso decreto sono stati previsti *bonus* per i lavoratori stagionali e per i lavoratori dipendenti e un fondo per i periodi invernali. Le misure erogate, da una parte sono state trasversali a tutti i settori, come i crediti d'imposta per coprire alcuni costi legati all'emergenza (spese sostenute per ridurre il rischio da contagio oppure per acquistare dispositivi di protezione individuale), dall'altra hanno

195 Secondo l'UNESCO, 85.000 istituzioni museali nel mondo (circa il 90% del totale) sono state temporaneamente chiuse e il 10% potrebbero rimanere chiuso. Sull'argomento, rapporto OCSE, *Shock cultura: Covid-19 e settori culturali e creativi*, 7 settembre 2020, 16 ss.

riguardato specificamente la cultura e il turismo. Nel decreto c.d. "Sostegni *bis*"[196] sono stati stanziati ulteriori 3,340 miliardi di euro che implementano la precedente quota già concessa dal primo decreto Sostegni. Le risorse sono distinte per categorie, tra cui aiuti per operatori del turismo e dello sport, sovvenzioni per città d'arte, credito d'imposta per canoni di locazione, agenzie di viaggio, *tour operator*, guide turistiche. **È** stato istituito anche il *bonus* vacanze con l'obiettivo di essere impiegato presso le agenzie di viaggio e i *tour operator*, in più sono stati attribuiti 50 milioni di euro per i territori dove sono ubicati siti Unesco patrimonio mondiale dell'umanità. Il decreto Sostegni *bis* contempla, altresì, ristori a fondo perduto, misure per la liquidità, un pacchetto di norme in favore dell'occupazione, stanziamenti in favore delle attività chiuse e fondi a favore di agriturismi e aziende vitivinicole, oltre all'istituzione di un "fondo per il sostegno alle attività economiche chiuse", al fine di supportare le attività economiche rimaste non operative per un periodo complessivo di almeno quattro mesi tra il primo gennaio 2021 e la data di conversione in legge del decreto.

I molteplici provvedimenti adottati dal Governo nel pieno della crisi hanno dimostrato la volontà in prima battuta di trovare una soluzione rapida per tutelare sia il turista consumatore che aveva subito danni dalla sospensione delle attività, sia soprattutto per frenare la crisi che stava investendo pesantemente imprese e lavoratori. I decreti, tuttavia, hanno evidenziato di contenere una disciplina non dotata di un piano ben preciso, comprendendo disposizioni con ambiti di applicazione soggettivi e temporali non omogenei con, a volte, un po' di confusione. Si sono evidenziate, infatti, previsioni basate su logiche, a volte, non del tutto comprensibili, come talune disposizioni in cui l'emergenza sanitaria **è** sembrata un pretesto per adottare norme di favore per chi opera in ambiti "ambigui" (si pensi per esempio alla ennesima proroga delle concessioni balneari che, nonostante le diverse Raccomandazioni formulate in sede europea in senso contrario, **è** stata disposta al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza)[197]. A onore del vero, occorre anche rilevare come, spesso, le difficoltà innanzi richiamate sembrano essere legate alla peculiarità del settore in oggetto che costituisce esso stesso un sistema non definito in maniera puntuale e che, data la sua trasversalità con altre materie, presenta una complessità innegabile[198]la quale non agevola l'emanazione di norme dotate di organicità.

Anche a livello ministeriale si **è** assistito all'emanazione di una serie di provvedimenti per attribuire sovvenzioni varie. Così il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (ora, come noto, sostituito da Mic e Mitur) ha provveduto a emanare decreti ministeriali volti a sostenere le attività culturali maggiormente in difficoltà, prevedendo sostegni di circa due miliardi e mezzo per tale comparto. Con DM 2 ottobre 2020 sono

196 D. l. n. 73/2021.

197 E. Cavalieri, *Le misure a sostegno della cultura e del turismo nella seconda fase dell'emergenza sanitaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 32 ss.

198 B.N. Romano, *Il difficile momento del turismo tra il fallimento "Thomas Cook" e la pandemia di "Covid-19"*, in *www.giustam.it*, n. 6/2020, 1.

state stabilite sovvenzioni rivolte alle agenzie di viaggio, ai *tour operator*, agli operatori dello spettacolo, alle guide e agli accompagnatori turistici. Il DM 14 ottobre 2020 e il DM 16 ottobre 2020 si sono occupati del mondo dello spettacolo, prevedendo un ristoro per mancata bigliettazione dei teatri di rilevante interesse culturale, per i centri di produzione teatrale, per i teatri di tradizione e per i centri di produzione danza. Per le sale cinematografiche, invece, il DM 7 ottobre 2020 ha previsto aiuti per il mancato guadagno come anche per i musei e i mancati introiti dalla bigliettazione, mentre per le mostre annullate o rinviate vi **è** una regolamentazione specifica nel DM 29 ottobre 2020. Il 25 maggio 2021 il ministro della cultura ha approvato un ulteriore decreto a favore delle sale cinematografiche e del settore audiovisivo, ampliando gli incentivi già stanziati ed estendendo la dotazione del fondo cinema per favorire la riapertura di questi luoghi simbolo dell'industria creativa del Paese. In un secondo momento, l'intervento pubblico, invece si **è** rivolto verso una pianificazione con un progetto di più ampio respiro con obiettivi generali come la sostenibilità, l'innovazione e la resilienza[199].

L'Italia, come gli Stati membri, spinti dalla *policy* europea si sono sforzati di stimolare alla competitività tramite incentivi all'innovazione tecnologica e di dare vita a investimenti produttivi e di largo respiro o, come **è** stato detto, "pazienti"[200], ma sempre nel rispetto del mercato.

Così **è** stato istituito nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo unico per il sostegno delle associazioni e società sportive dilettantistiche, le cui risorse, sono state trasferite dal bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei ministri al Dipartimento per lo Sport. Il Fondo **è** stato destinato all'adozione di misure di sostegno e ripresa delle associazioni e società sportive dilettantistiche che hanno cessato o ridotto la propria attività istituzionale a seguito dei provvedimenti statali di sospensione delle loro attività a causa del Covid, attribuendo garanzie di Stato a titolo gratuito del 100% su prestiti a tasso agevolato, per aiutare gli enti di cui sopra ad affrontare la carenza di liquidità, aiutarle nell'accesso al mercato del credito e a riprendere la loro attività.

A questi provvedimenti si **è** aggiunta anche la legge di bilancio 2021[201] che si inserisce nell'ambito del c.d. "Pacchetto Turismo" e che, mentre da un lato ha rifinanziato le misure emergenziali dei mesi precedenti, dall'altro, ha introdotto nuove disposizioni di favore per il settore. In particolare, ha previsto un contributo a fondo perduto stanziato in favore delle "Città Santuario" che ricalca quello già previsto per i centri storici, con un incremento delle risorse del Fondo per lo sviluppo degli investimenti nel cinema e nell'audiovisivo, l'esenzione della prima rata Imu 2021 per gli immobili dove si svolgono attività connesse ai settori del turismo, della ricettività alberghiera e dello spettacolo,

199 M. BENVENUTI, *La spada e lo scudo. Prime note sulle nuove forme di intervento diretto nell'economia con finalità di politica industriale,* in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2021,13 ss.

200 M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2020,25 ss.

201 L. n. 178/2020.

per gli stabilimenti balneari, i parchi marittimi, lacustri e fluviali e gli stabilimenti termali, gli agriturismi, i villaggi turistici, gli ostelli della gioventù, i rifugi montani, le colonie marine e montane, gli affittacamere, le case e gli appartamenti per vacanze, i *bed and breakfast*, i *residence* e i campeggi, gli immobili utilizzati dagli espositori nell'ambito di eventi fieristici e manifestazioni, le discoteche e le sale da ballo.

L'art. 4, del d.l. 73/2021 ha stabilito, fra le altre misure, anche l'estensione del credito d'imposta già previsto per i canoni di locazione degli immobili ad uso non abitativo adibiti ad agenzie viaggio e *tour operator*, per le imprese di produzione di audiovisivi, nonché per le imprese di distribuzione, di produzione esecutiva e di post-produzione. L'atto governativo, inoltre, stabilizzando alcune disposizioni introdotte per il 2020 dal decreto "Rilancio", ha introdotto una maggiore flessibilità nella determinazione delle risorse da attribuire al settore anche in deroga alle percentuali già stabilite. Altri incentivi per le attività operanti nei settori in oggetto sono stati previsti anche da Regioni e Comuni che, a seconda delle situazioni specifiche, sono intervenuti con proprie norme nel rispetto del diritto europeo.

A tal proposito occorre rilevare che la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha approvato un documento sulle iniziative di sostegno ai comparti dell'industria, del commercio e del turismo sempre a seguito dell'emergenza Covid,[202] in cui si è evidenziata la necessità di agire sul mantenimento della continuità produttiva, dei flussi di approvvigionamento e distribuzione, definendo specifici interventi sulle dinamiche occupazionali e a sostegno della liquidità delle imprese.

La Commissione si è dimostrata favorevole a questi aiuti di Stato e in linea di massima ha dichiarato la loro compatibilità dichiarandoli congruenti rispetto al "Quadro temporaneo"[203].

Le città italiane turistiche colpite dal coronavirus hanno potuto beneficiare di misure di sostegno se nel giugno 2020 il loro fatturato è diminuito di almeno un terzo rispetto a giugno 2019 e l'importo della sovvenzione è stato calcolato sulla percentuale di tale differenza di fatturato. Allo stesso modo, sono stati ritenuti compatibili anche gli aiuti per le piccole case editrici e l'industria musicale discografica e fonografica del valore complessivo di 20 milioni per soddisfare le esigenze di liquidità e aiutare tali imprese a mandare avanti le loro attività durante e dopo la pandemia, così come un incentivo da 625 milioni di euro a sostegno degli operatori turistici, delle agenzie di viaggio delle imprese dei settori del turismo e delle cure termali colpite dalla pandemia di Coronavirus. L'aiuto mirava a ridurre il costo del lavoro a carico dei datori di lavoro privati attivi nei settori del turismo e delle cure termali, al fine di preservare i livelli occupazionali. La misura, infatti, prevedeva un'esenzione totale dal pagamento dei contributi previden-

202 Il documento è stato approvato il 23 aprile 2020.

203 Si v. per es., SA.102105 Covid-19: *Tax credit in favour of tourism undertakings for rental payments* del 6/5/22.

ziali a carico dei datori di lavoro (esclusi i contributi relativi all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro), per un periodo di tre mesi.

Infine, anche gli aiuti a sostegno delle imprese del Sud Italia e a favore di PMI e lavoratori autonomi emanati dal Governo italiano a più riprese sono stati ritenuti compatibili con la normativa europea, rivelandosi un valido sostegno per coloro che svolgono attività turistiche e culturali. La Commissione ha, infatti, considerato le misure come essenziali, opportune e proporzionate a quanto necessario per porre rimedio al grave turbamento dell'economia di uno Stato membro e in linea con l'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del TFUE[204]. Non solo, occorre rilevare che data la propensione della Commissione a concedere aiuti secondo quanto stabilito dall'art. 107, paragrafo, 3, lett. b) per il quale si possono considerare compatibili con il mercato interno, tra gli altri, «gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», il Governo italiano ha istituito nel maggio 2022uno specifico Fondo IPCEI per importanti progetti di comune interesse europeo riguardanti il turismo con una spesa ammessa fino a 10.000.000 €. Quest'ultimo prevede tra i settori cui concedere le agevolazioni anche cultura e turismo e i servizi a essi collegati come quelli di trasporto, quelli alberghieri e quelli di ristorazione[205] che verranno finanziati nel caso verranno istituite iniziative collaborative attive nei citati settori effettuate su grande scala con la partecipazione di diversi attori (pubblici o privati) presenti sul panorama europeo. Il succitato progetto è particolarmente importante poiché la disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione, a volte, entra in conflitto con le politiche culturali nazionali, che spesso riflettono priorità locali e particolarismi che in tal modo si cercano di superare. Occorre, infine, anche evidenziare che l'attribuzione degli incentivi a questi settori deve tenere conto di alcune criticità come la circostanza che alcune imprese del settore potrebbero diventare dipendenti dagli aiuti di Stato, riducendo così la loro capacità di autosostenersi. È, infatti, importante trovare un equilibrio tra il supporto pubblico, il mercato e la capacità di finanziamento privato o commerciale che effettivamente non è facile da raggiungere poiché gli aiuti dovrebbero essere accompagnati da strategie per migliorare la sostenibilità economica delle istituzioni culturali, favorendo i partenariati con il settore privato.

5.1. La programmazione settoriale nel PNRR

204 I provvedimenti di approvazione della Commissione europea relativi agli aiuti concessi tramite i decreti-legge emanati durante l'emergenza Covid, sono presenti, in *www.affarieuropei.it*, sessione: "Gli aiuti a sostegno dell'economia italiana".

205 A tal proposito, si v. *www, incentivigov.it*., sezione IPCEI.

Una dimostrazione tangibile della nuova programmazione europea[206]sviluppatasi dopo la crisi pandemica e attuata con la collaborazione dei Paesi membri è il Piano nazionale di ripresa e di resilienza[207], elaborato in attuazione di quanto stabilito dal *Next generation Eu* che costituisce una parte fondamentale dei suoi finanziamenti da impiegare secondo una logica proattiva. Il PNRR prevede precise modalità da attuare nel procedimento di approvazione della programmazione statale degli interventi, si tratta di condizionalità positive che assumono un valore trasversale nelle scelte riguardanti i finanziamenti e che devono rispettare la ripartizione dell'allocazione delle risorse nell'ambito dei progetti relativi alla transizione verde; alla trasformazione digitale; alla crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; alla coesione sociale e territoriale; alla salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; alle politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani. I tre assi strategici del Piano sono: la digitalizzazione e l'innovazione; la transizione ecologica; l'inclusione sociale e il riequilibrio territoriale. Tutti i Paesi membri, in vero, hanno attuato queste priorità anche attraverso i programmi per agevolare la ripresa del turismo e della cultura, nella piena consapevolezza che questi ultimi sono settori chiave per uno sviluppo di un'economia di qualità[208].

In particolare, per i settori in esame, in tutta l'Unione, sono state stanziate risorse per una maggiore competitività soprattutto attraverso una più intensa digitalizzazione e sostenibilità, favorendo l'utilizzo di mezzi di trasporto *green* (in particolare per il turismo), il rafforzamento della tutela dei paesaggi e della diversità culturale, promuovendo nuove modalità eco compatibili di gestione dei flussi e dei servizi turistico-culturale, compreso un sistema più moderno dell'analisi dei Big Data e delle piattaforme per migliorarne l'offerta[209]. Gli attuali fondi di coesione sono stati convogliati, secondo gli intendimenti della Commissione, anche verso investimenti volti a ripristinare il bisogno e la possibilità di fruire di cultura e turismo. Il PNRR, già rimodulato rispetto alla prima

206 Sulla nuova forma di programmazione, G. Luchena, *Il "nuovo" intervento pubblico nell'economia tra politiche globali e programmazione europea*, in *European Law and Finance Rewiew*, n.1/2023, 36 ss.; S. Amorosino, *Le regolazioni pubbliche delle attività economiche,* Torino, 2021,12 ss.; M. Benvenuti, *Prime note sulle nuove forme di intervento diretto nell'economia,* in *Diritto costituzionale*, n. 1/2021, 17 ss.

207 Tutti i dettagli operativi e strutturali del PNRR sono consultabili nel sito istituzionale *www.italiadomani.gov.it*. Per un'analisi sull'attuazione e sulle modifiche del PNRR, tra i più recenti, A. Dirri, *La leale cooperazione nell'assestamento del PNRR: un regionalismo "esecutivo" per il superamento dei divari territoriali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2024, 145 ss.; N. Lupo, *Un "metodo di governo" nuovo e destinato a durare: l'attuazione dei PNRR e il divieto di reversal*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2024, 111 ss.; V. Bontempi, *La riforma della governance del PNRR*, in *Diritto costituzionale*, n. 2/2022, 63 ss.; G. Viesti, *Riuscirà il PNRR a salvare l'Italia*, Roma, 2023, 23 ss.; M. D'Alberti, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni,* in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2023, 3 ss.; M. Clarich, *Il Pnrr tra diritto europeo e nazionale un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 1 ss.

208 G. Rotondo, *Innovazione di impresa e turismo nel quadro della ripresa economica post emergenza pandemica*, cit., 295 ss.

209 M. D'Amore, *Come internet ha stravolto il concetto di viaggio: le tendenze,* in*Agendadigitale.eu*, 2024.

stesura per meglio adeguarsi alle criticità emerse nella fase di attuazione[210], sembra considerare i settori in esame molto rilevanti per contribuire al rilancio del nostro Paese e per promuovere l'immagine e il *Brand* dell'Italia nel mondo. Nella prima Missione del "Piano" "Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura" sono stati assegnati 40,73 miliardi con specifici investimenti per i due comparti in esame, pari al 2,44% delle risorse complessive del *budget* dello stesso *Recovery Plain*, che considerati insieme al fondo complementare e agli altri fondi strutturali europei destinati al nostro Paese, totalizzano quasi 5,74 mld di euro di finanziamenti, sebbene, in realtà, dato anche il diverso peso degli stanziamenti, gli interventi per la cultura sembrano essere ancillare al turismo[211]. Le Misure contenute nel PNRR mostrano l'intenzione del Governo di ampliare il peso dei settori in esame con l'intenzione di creare le condizioni per una maggiore consapevolezza circa l'importanza di essi da sviluppare con l'ausilio delle più moderne tecnologie.

Il PNRR ha inserito gli ambiti oggetto di questo studio, proprio nella Missione 1, probabilmente, per evidenziare la forte interattività fra le componenti e le filiere di turismo e cultura e i processi di miglioramento della società. La Missione in oggetto si articola in tre componenti: digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA; digitalizzazione, innovazione e competitività nel sistema produttivo (Transizione 4.0) e turismo e cultura 4.0. Gli interventi previsti si conformano agli obiettivi e ai principi trasversali del Piano, con il fine di favorire gli *asset* chiave del patrimonio culturale italiano e la nascita di nuovi servizi turistici, sfruttando la leva dell'inclusione e della rigenerazione sociale per migliorare l'attrattività, l'accessibilità (fisica ma anche digitale), la sicurezza e la sostenibilità dei settori nell'ottica generale della tutela ambientale e di una cooperazione tra attori pubblici, e tra essi e i privati[212], in linea con quanto dichiarato nella Convenzione di Faro[213] e nel Quadro di azione europeo per il patrimonio culturale[214]. La Componente 3 della Missione 1 è dedicata, come rilevato, a Turismo e Cultura 4.0" con azioni che puntano all'obiettivo di rafforzare e rilanciare tali settori. Una prima linea di azione riguarda interventi di valorizzazione di siti storici e culturali, volti a migliorare capacità attrattiva, sicurezza e accessibilità dei luoghi. Gli interventi sono dedicati anche alla tutela e alla valorizzazione dei siti minori (ad esempio i "borghi" e le realtà culturali "minori"), nonché alla rigenerazione delle periferie urbane e allo sviluppo dei luoghi identitari per

210 Il 24 novembre 2023, la Commissione UE ha approvato il nuovo Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano, che include un nuovo capitolo dedicato a *REPowerEU*. Il piano, dopo la revisione, copre 66 riforme e 150 investimenti.

211 A. M. Nico, *Il patrimonio culturale nel diritto positivo e nel PNRR*, in *Lo Stato*, n. 19/2022, 264.

212 A. Pirri Valentini, M. Thatcher, *Possibilità, opportunità e rischi del finanziamento privato alla cultura. Alcuni esempi dal modello italiano e inglese,* in *Rivista di politica economica*,107 ss.

213 M. Cammelli, *La ratifica della convenzione di Faro: un cammino da avviare,* in*Aedon*, n. 3/2020, 186 ss.

214 C. Carmosino, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società,* in Aedon, n.1/2013, 41 ss.; E. Mottese, *La Convenzione quadro sul valore del patrimonio culturale per la società e la sua interazione nello spazio giuridico europeo. Spunti di riflessione*, in *Freedom, Security &Justice: European Legal Studies*, n. 3/2020, 233 ss.

renderli più attrattivi[215], rafforzando al tempo stesso il tessuto sociale del territorio senza dimenticare di sostenere le grandi città, le località balneari e i luoghi di maggiore attrazione che rischiano di essere penalizzati dai comportamenti turistici "insostenibili. La riqualificazione e il rinnovamento dell'offerta turistica e culturale sono, infatti, improntati a una filosofia di sostenibilità ambientale anche con l'ausilio dell'utilizzo delle potenzialità del digitale e delle nuove tecnologie[216] per offrire nuovi servizi che concedono un migliore accesso e fruizione delle risorse turistiche/culturali. Si punta anche a innalzare l'efficienza energetica degli edifici[217], oltre che a ottimizzare la gestione degli eventi turistici e culturali in una logica di riduzione dell'impatto ambientale[218]. Il primo intervento riguarda il patrimonio culturale per la prossima generazione che considera un nuovo modo di approcciarsi alla cultura attraverso un maggiore utilizzo della digitalizzazione per migliorare la fruizione dei beni a 360° e l'accessibilità dei luoghi della cultura (compreso i disabili che attraverso la tecnologia possono aumentare le loro capacità di godere delle cose di interesse storico-artistico[219]). Si propone la modernizzazione del settore per realizzare una concreta sostenibilità anche in termini di miglioramento dell'edilizia di musei, cinema e teatri (pubblici e privati)[220]con l'obiettivo di ottimizzare la fruizione dei luoghi, cercando di evitare preoccupanti fenomeni come l'*over tourism*[221].

Il secondo intervento è rivolto alla Rigenerazione di piccoli siti culturali, al miglioramento della tutela, attrattività e sviluppo del patrimonio culturale religioso e agricolo per creare nuove mete e attrazioni che possano spostare parte dei flussi dei viaggiatori

215 A. Claroni, *La normativa nazionale per le aree sottoutilizzate (giugno 2022-febbraio 2023),* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 1/2023, 237 ss.

216 Come è noto, almeno il 20% delle risorse secondo la disposizione dell'Unione devono essere indirizzate verso la transizione digitale. Sulla transizione digitale nei settori in esame, L. Moro, *Il Piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale*, in R.A. Genovese (a cura di), *Il Patrimonio culturale tra la transizione digitale, la sostenibilità ambientale e lo sviluppo umano*, Napoli,2021, 63 ss.

217 Sul tema, MIC, Linee di indirizzo per il miglioramento dell'efficienza energetica nel patrimonio culturale. architettura, centri e nuclei storici ed urbani, in *www.cultura.gov.it*, 2021; R. Bolici, *Salvagente dall'Europa*, in *Yuotrade, 2023*, 156 ss.

218 B. Baldini, *Transizione energetica, ambiente e tutela del patrimonio culturale: un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 2/2023, 417 ss.; E. Becheri, B. Lo Bianco, *Per un turismo responsabile, sostenibile e inclusivo*, in *Turistica*, n. 4/2019, 87 ss.

219 Secondo l'ISTAT, nel 2018 solo il 53% dei musei, dei monumenti, delle aree archeologiche e dei parchi statali e non statali ha migliorato le proprie strutture rimuovendo le barriere fisiche; inoltre, solo il 12% di loro ha affrontato il tema delle barriere percettive, culturali e cognitive, statistiche rinvenibili nel Rapporto *Italia dei musei*, reperibile in *www.istat.it*, 2019.

220 P. Petraroia, V. M. Sessa, *Miglioramento energetico e conservazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, n. 3/2023, 375 ss.

221 Per un approfondimento, F. Higgins Desbiolles, *The "war over tourism": challenges to sustainable tourism in the tourism academy after COVID-19*, in *Journal of Sustainable Tourism*, n. 4/2021, 551 ss.; E. Koh, *The end of over-tourism? Opportunities in a post-Covid-19 world*, in *International Journal of Tourism Cities*, n. 4, 1015 ss.

che di solito sono rivolti verso i luoghi maggiormente conosciuti. Tali investimenti, per di più, si propongono di consentire la valorizzazione del non trascurabile patrimonio di storia, arte e cultura presente nei centri minori, nelle zone rurali e nelle aree interne della nostra Penisola, favorendo il recupero delle tradizioni. In tal modo, è possibile anche sostenere ulteriori iniziative imprenditoriali/commerciali (come, ad esempio, la nascita di nuove modalità ricettive), capaci di rivitalizzare il tessuto socioeconomico dei luoghi meno conosciuti (si pensi alla riattualizzazione dei mestieri tradizionali) e contrastare lo spopolamento dei territori. Attraverso questi interventi si punta a migliorare l'interesse verso il patrimonio culturale di tutta la penisola italiana dall'innegabile potenziale per la crescita economica, ma sempre nel rispetto della compatibilità eco-ambientale[222]. A tal proposito, è stato disposto il "Piano Nazionale Borghi", un programma di sostegno relativo allo sviluppo delle zone svantaggiate e dei piccoli centri che attribuisce un maggiore risalto dei prodotti e dei saperi dei vari territori. L'intenzione di questo progetto sembra quella di adottare una strategia volta a far sentire ai potenziali turisti che il nostro Paese è capace di adattarsi alle esigenze richieste dagli stessi, con l'obiettivo di rendere fruibili le bellezze italiane in un clima di sicurezza e serenità, anche rimuovendo le barriere che non permettono l'accessibilità dei luoghi alle persone anziane o diversamente abili. Un altro obiettivo è la riqualificazione, manutenzione e fruizione di parchi e giardini storici, con un particolare occhio di riguardo per la sicurezza antisismica di chiese, campanili e torri. Per il restauro si utilizzerà il patrimonio del Fondo Edifici di Culto e per la realizzazione di Siti di ricovero delle opere d'arte coinvolte in eventi calamitosi il c. d. *Recovery Art*. Interessante la creazione del Centro per il controllo e il monitoraggio dei Beni Culturali al fine di ottimizzare la sicurezza dei siti culturali italiani, nonché per riconvertire alcune centrali nucleari dismesse ed *ex* strutture militari[223] in siti da utilizzare per scopi sociali.

Il terzo intervento si riferisce all'Industria Culturale e creativa 4.0 (in pratica quella che prende il nome di *Orange economy*) e contempla finanziamenti per strutture ed enti *profit e non profit* operanti nel settore, che privilegiano in particolar modo una gestione basata sulla transizione digitale delle proprie strutture e che favoriscono un'evoluzione in senso ecologico della produzione e della partecipazione attiva dei cittadini alla cultura, promuovendo le produzioni innovative e l'*eco-design* e riducendo le esternalità negative degli eventi culturali. Altre risorse ancora sono state stanziate per un Piano che contempla interventi improntati a favorire la ripresa dei settori culturali e creativi promuovendo la domanda e incentivando la formazione tecnologica e *green* degli operatori. Le maggiori risorse di questo intervento, comunque, sono attribuite agli investi-

222 Anche turismo e cultura devono rispettare il principio del *do not signicant harm* che rappresenta la precondizione di ogni attività ecosostenibile. Sul tema, I. Costanzo, *La valutazione di conformità al principio do not significant harm(DNSH)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2023, 676 ss.

223 Le strutture sono specificamente individuate nel PNRR e sono: *ex* Centrale Nucleare di Bosco Marengo (Alessandria), *ex* Centrale Nucleare di Caorso (Piacenza), *ex* Centrale Nucleare di Garigliano (Caserta), *ex* Caserma Cerimant (Roma), *ex* Casermette (Camerino).

menti nell'ambito cinematografico e audiovisivo per renderlo sempre più competitivo e moderno. Il *sub* intervento in questione si rivolge, in particolare, agli studi cinematografici di Cinecittà per aumentare i livelli qualitativi e quantitativi dell'offerta produttiva e la capacità di attrarre un numero maggiore di produzioni cinematografiche nazionali, europee e internazionali. Si prevede, inoltre, il rilancio delle attività formative, della digitalizzazione, dell'efficientamento energetico della Fondazione Centro Sperimentale di Cinematografia e un potenziamento della Cineteca Nazionale. L'industria del cinema viene considerata come ambito distintivo della produzione culturale italiana e, in particolare, si scommette sulla sua capacità di rivitalizzare gli eventi culturali (mostre, festival, eventi culturali, eventi musicali) sempre senza trascurare l'utilizzo di criteri sociali ed ecologici.

Dall'*escursus* appena compiuto si evidenzia come la realizzazione di tutti gli obiettivi previsti dal PNRR è un'impresa decisamente molto ambiziosa che, se si riuscirà a concretizzare, potrà realizzare un vero cambio di passo del settore. Le statistiche dell'ultimo periodo che sono molto migliorate[224] fanno ben sperare che i settori di cui ci si occupa possano davvero diventare un fiore all'occhiello per l'Italia.

Il Ministero della Cultura ha individuato, per ciascuno dei nove interventi di sua competenza contenuti nel PNRR, le strutture responsabili dell'attuazione e della *governance* rimodernandole. Per il programma Piattaforme e strategie digitali e per l'accesso al patrimonio culturale il coordinamento è assegnato alla *Digital Library*; per i programmi Rimozione delle barriere fisiche e cognitive in musei, biblioteche e archivi, ed efficienza energetica in cinema, teatri e musei, sarà responsabile la Direzione Generale Musei che collaborerà con la Direzione Generale Spettacolo dal Vivo per i cinema e teatri. Il Servizio V del Segretariato Generale del Ministero di cui sopra gestirà i programmi Attrattività dei borghi, Tutela e valorizzazione dell'architettura e del paesaggio rurale, la sicurezza sismica dei luoghi di culto, il restauro del patrimonio culturale del Fondo Edifici di Culto (FEC) e *Recovey Art*. Quest'ultimo programma sarà attuato in collaborazione con il Ministero degli Interni per la parte del FEC (fondo edifici di culto) e con la Soprintendenza speciale di Roma per le chiese della Capitale. La Direzione Generale per il Cinema gestirà il programma relativo allo sviluppo dell'industria cinematografica che riguarderà Cinecittà, Istituto Luce e la Fondazione Centro sperimentale di cinematografia. La Direzione Generale Creatività Contemporanea si occuperà del programma di investimenti *Capacity building* per gli operatori culturali che devono realizzare la transizione digitale e verde. La riforma di adozione dei criteri ambientali minimi negli avvisi e negli eventi culturali pubblici sarà, invece, di competenza del Ministero della Transizione Ecologica.

5.2. Peculiarità disciplinari, *governance* e progetti operativi

224 I primi dati provvisori del 2023, riferiti al bimestre gennaio-febbraio sembrano confermare la definitiva ripresa del settore (+45,5% le presenze complessive rispetto allo stesso bimestre dell'anno 2022), con una crescita rilevante sia delle presenze straniere (+70,5%) sia di quelle domestiche (+28,8%). Così, ISTAT, *Rapporto annuale 2023, la situazione del Paese* 2023, in *www.istat.it*, 166 ss.

Il quarto intervento riguarda il Turismo 4.0[225]e prevede, tra le principali azioni, il *Digital Tourism Hub*, il Fondo integrato per la competitività delle imprese turistiche, il miglioramento delle infrastrutture ricettive attraverso lo strumento del *tax credit*, il progetto *Caput Mundi-New generation EU* per i grandi eventi turistici, la riforma dell'ordinamento delle professioni delle guide turistiche e un Piano strategico per i grandi attrattori culturali dove sono programmati specifiche azioni riguardanti siti individuati in varie città d'Italia[226]. È stato predisposto un *Fondo per il Turismo Sostenibile* all'interno del più generale *Fondo di Fondi* per la realizzazione di diversi interventi anche per mantenere in equilibrio l'ecosistema locale e le attività umane, al quale si sommano investimenti mirati della BEI. Per il rilancio del settore è stata potenziata una piattaforma *web* centrale del turismo italiano che, su ispirazione delle migliori pratiche messe in atto da altri Paesi, intende offrire una comunicazione di qualità circa il patrimonio e l'offerta del territorio italiano in modo da fornire utili informazioni sui servizi offerti al turista.

L'obiettivo dell'*Hub* digitale è quello di creare un ecosistema turistico integrato composto da operatori turistici, imprese e *stakeholders* istituzionali, capace di supportare e coadiuvare le scelte del turista nella pianificazione della destinazione e dei viaggi, con il fine di aggregare e valorizzare l'offerta turistica anche attraverso strumenti di *data analytics* e intelligenza artificiale che hanno contribuito a rendere il settore pronto a raggiungere nuovi *record* alla fine del 2024. Si prevede, infatti, un futuro indotto economico globale che raggiungerà la cifra astronomica di 11,1 trilioni di dollari[227]. È evidente come il rafforzamento della digitalizzazione e la spinta all'innovazione sono considerati, come ormai è opportuno, una priorità da realizzare comunque in maniera sinergica con altri settori e, per questo, sono state previste altre misure nel *Recovery Plain* che completano la strategia del Governo per il turismo. Sono stati anche istituiti particolari

225 C. Ponti, *PNRR, verso il turismo 4.0: ecco le misure e gli obiettivi*, in *www.agenda digitale.eu*, 2022; F. Antolini, A. Giusti, S. Cesarini, *Il PNNR: un'opportunità per il turismo e per il territorio*, in *XXV Edizione del Rapporto sul Turismo Italiano*, Roma, 2022, 44 ss.; M. Brogna, S. Bozzato, V. Cocco, A. Salustri, *Il turismo post pandemia, tra ripresa, risorse latenti e potenzialità territoriali*, in M. Brogna (a cura di), *Il turismo nel Lazio tra prossimità e orizzonte globale. Domanda, offerta, innovazione, formazione*, Roma 2024, 25 ss.

226 Si tratta del progetto di sviluppo e potenziamento delle attività della Biennale di Venezia in funzione della costruzione di un polo permanente di eccellenza nazionale e internazionale a Venezia; del recupero del Porto Vecchio di Trieste; del progetto relativo a Torino, al suo parco e al suo fiume: memoria e futuro; di quello relativo alla Biblioteca Europea di Informazione e Cultura (BEIC); della valorizzazione della cinta muraria e del sistema dei forti genovesi; del potenziamento dell'attrattività turistica delle aree del parco del delta del Po; della riqualificazione Stadio Artemio Franchi di Pierluigi Nervi; del progetto URBS: dalla città alla campagna romana; di quello del *Waterfront* di Reggio Calabria; del recupero dell'ex complesso della Manifattura Tabacchi in chiave culturale, con realizzazione del primo Auditorium per la Città di Palermo; dei percorsi nella storia – Treni storici e Itinerari culturali in varie località; del progetto integrato di restauro, fruizione e valorizzazione dell'immobile costiero Colombaia – Castello di mare – Torre Peliade di Trapani; della valorizzazione e rigenerazione urbana del Real Albergo dei Poveri a Napoli e dell'ambito urbano piazza Carlo III, via Foria, piazza Cavour.

227 M. D'Amore, *op. cit*.

fondi con il proposito di perseguire, oltre alla più volte richiamata sostenibilità, il sostegno all'imprenditorialità giovanile e la riqualificazione a 360° degli immobili ad alto potenziale turistico.

Vi è, altresì, da considerare che le Misure 2, 3 e 7 riguardanti rispettivamente la rivoluzione verde, la transizione ecologica e le infrastrutture per una mobilità sostenibile, nonché il *REPowerEU*, per la strategia energetica nazionale affiancano gli interventi riguardanti specificatamente il turismo e sono tese alla realizzazione di azioni di cui possono beneficiare anche le attività del comparto[228].Il fondo integrato per la competitività delle imprese, inoltre, è costituito da un sistema organico di strumenti preesistenti che consentiranno di rendere disponibili risorse finanziarie a favore del miglioramento delle infrastrutture ricettive. Tale fondo ha come obiettivo la realizzazione di interventi per le attività turistiche con il fine di favorire una strategia unitaria per il loro rilancio nonché per lo sviluppo e la resilienza di prodotti e servizi del settore, permettendo alle imprese di ricorrere alla leva finanziaria per il loro rafforzamento patrimoniale coadiuvati da investimenti improntati ancora una volta alla sostenibilità ambientale, all'innovazione e alla digitalizzazione. Nel Fondo Nazionale Turismo è stato implementato anche l'investimento c. d. Valorizzazione, competitività e tutela del patrimonio ricettivo e cultura attraverso la partecipazione del MiTur. Uno speciale sostegno alla nascita e al consolidamento delle PMI turismo è fornito dalla sezione «turismo» del Fondo di Garanzia per le PMI. Un fondo rotativo per le imprese (FRI) è stato, poi, previsto per il sostegno delle imprese di minori dimensioni che intendono svilupparsi nei servizi del settore[229].

Il progetto *Caput mundi*, invece, traccia un processo innovativo di valorizzazione del patrimonio turistico, culturale di Roma e del Lazio sfruttando l'opportunità del prossimo Giubileo 2025. Un altro *sub* intervento di turismo 4.0 prevede anche una riforma relativa all'ordinamento della professione delle guide turistiche con l'obiettivo di dare, nel rispetto delle competenze regionali, una maggiore uniformità nazionale e una migliore qualificazione professionale alla categoria che da tempo è soggetto a diverse problematiche e necessita di norme certe[230].

Il *Recovery Plan*, inoltre, supporta la crescita delle competenze degli operatori dell'industria culturale e creativa, puntando sulla riqualificazione di questi ultimi in modo da permettere loro di acquisire nuove conoscenze e capacità su temi *green* e digitali promuovendo la più ampia inclusione sociale (secondo i tre assi portanti del NEX Generation Eu) attraverso programmi di formazione *ad hoc*. In particolare, si intende migliorare la professionalità dei nuovi imprenditori *under* 35, per aumentare scommettendo sulle

228 M. Faccioli, *Turismo e territorio nel PNRR*, in *www.documentigeografici.it*, n.1/2022, 316.

229 Sui fondi per il turismo, A. Bondini, *Il Mibact e gli investimenti per la cultura e il turismo: alcune note sulla gestione dei fondi europei e nazionali*, in *Aedon*, n.1/2020, 29 ss.

230 Sul tema mi sia consentito rinviare a S. Cavaliere, *Gli incerti confini della disciplina giuridica della professione di guida turistica tra diritto dell'Unione europea e ordinamento nazionale*, in *Diritto pubblico europeo, rassegna online*, n. 1/2017, 3 ss.

capacità della nuova generazione affinché il turismo del futuro possa fornire servizi di eccellenza[231].

I progetti relativi a tale settore prevedono anche una forte cooperazione tra gli attori pubblici perché possano occuparsi di predisporre specifiche politiche di sostegno per migliorare l'efficienza delle azioni. L'aver messo il punto sulla collaborazione delle amministrazioni interessate è molto importante in quanto per la materia in oggetto insistono diverse competenze a livello centrale e locale (Comuni, Città Metropolitane e Regioni) che spesso creano complicati attriti che ingessano e rallentano l'attuazione della maggior parte dei progetti[232].

Non si tralascia neanche il coinvolgimento dei privati e a tal scopo vengono favorite le incentivazioni delle *sponsorship* attraverso forme di *governance* multilivello, in linea con il Quadro di azione europeo per il patrimonio culturale, che specificamente invita a promuovere i partenariati nell'ambito della cultura[233].Come anticipato, molti interventi proposti dal PNRR riguardanti altre materie hanno dimostrato di favorire il turismo e cultura in maniera indiretta, ricordiamo, ad esempio, gli interventi relativi all'inclusione e alla coesione, nonché le iniziative per il rafforzamento dell'istruzione che permettono di intercettare risorse aggiuntive al di là di quelle specificamente "etichettate" per i settori in esame. Si comprende, tuttavia, come la concretizzazione di questi buoni propositi non sarà semplice poiché i progetti dovranno essere ben definiti negli obiettivi, nei risultati attesi e nei ruoli. Occorre, inoltre, rendere trasparente il procedimento per ottenere i finanziamenti, i relativi interlocutori e i tempi e i modi dell'istruttoria, formando in maniera consona gli amministratori locali, i corpi intermedi e gli operatori culturali ancora un po' carenti su questi temi perché, proprio a tali soggetti spettail ruolo di facilitatori dei progetti programmati e soprattutto il compito di porsi al di sopra degli interessi di categoria per realizzare risultati concreti e duraturi[234].

231E. Reginato, P. Modica, F. Cabiddu, *Le politiche pubbliche a sostegno della crisi da COVID-19 nel settore turistico: un'analisi esplorativa*, in *Management control*, n. 1/2023, 98 ss.

232 A. Sau, *Beni e attività culturali tra Stato e Regioni: ciò che resta della stagione della regionalizzazione. Guardando alla prossima*, in *Aedon*, n. 1/2023, 4 ss.

233 F. Montella, *Cultura, patrimonio culturale e creatività nelle politiche della ricerca europee,* in *Il capitale culturale,* n. 24/2021, 341 ss.; E. Mottese, *La Convenzione quadro sul valore del patrimonio culturale per la società e la sua interazione nello spazio giuridico europeo. Spunti di riflessione*, cit., 233 ss.; M. C. Spena, *Impresa, cultura e comunità: dalle collaborazioni strategiche al partenariato speciale pubblico-privato*, in *Amministr@tivamente*, n. 4/2022, 269 ss.; M. C. Cavallaro, *La cultura nel PNRR e la cultura del PNRR: alcune considerazioni*, in *P.A. persona e amministrazione*, n. 1/2023, 446 ss.; I. Bongiovanni, *Cultura cooperativa per la rigenerazione di luoghi e comunità. L'esperienza dell'Osservatorio per i partenariati speciali pubblico-privato*, in *Economia della Cultura*, n. 1/2023, 119 ss.

234 Occorre ricordare che è stato istituito il sistema ReGiS come strumento centrale per la raccolta e analisi dei dati che rappresenta la modalità attraverso cui le Amministrazioni centrali e territoriali, gli uffici e le strutture coinvolte nell'attuazione possono adempiere agli obblighi di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle misure e dei progetti finanziati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Il d.l.n. 152/2021, c.d. Decreto PNRR, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, poi, tra le misure urgenti ha previsto ulteriori quattro articoli specifici per il settore turismo. L'art. 1 ha stanziato, al fine di migliorare la qualità dell'offerta ricettiva in attuazione della linea progettuale del PNRR, nuovi fondi in favore di imprese alberghiere, di strutture che svolgono attività agrituristica, di strutture ricettive all'aria aperta, nonché di imprese del comparto turistico, ricreativo, fieristico e congressuale, ivi compresi gli stabilimenti balneari, i complessi termali, i porti turistici e i parchi tematici, sotto forma di credito di imposta, fino all'80% delle spese sostenute per gli interventi realizzati a decorrere dalla data di entrata in vigore del summenzionato decreto e fino al 31 dicembre 2024. Per i soggetti appena menzionati, peraltro, è riconosciuto anche un contributo a fondo perduto non superiore al 50% delle spese sostenute per gli interventi di riqualificazione edilizia espressamente specificati nella disposizione in commento realizzati a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31 dicembre 2024. Il contributo è riconosciuto per un importo massimo pari a 40.000 euro che può essere aumentato a determinate condizioni stabilite sempre nell'articolo in oggetto (ad esempio per le imprese la cui sede operativa è ubicata nei territori delle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia, o per le imprese costituite da giovani, o per le imprese che investono nella digitalizzazione).

Le spese si considerano effettivamente sostenute secondo i criteri stabiliti dal Testo unico delle imposte sui redditi n. 917/1986[235]. Gli incentivi sono erogati annualmente fino ad esaurimento delle risorse stanziate per ciascuna annualità secondo l'ordine cronologico delle domande. Il compito di pubblicare l'avviso con le modalità per l'erogazione degli incentivi è attribuito al Ministero del turismo che ha previsto, secondo i criteri del PNRR, procedure più snelle, al contrario di quanto avveniva nel passato. Tuttavia, la circostanza che le sovvenzioni abbiano un *budget* non altissimo e che la graduatoria attribuisca la preferenza alle domande presentate per prime, tuttavia, fa pensare che forse, per evitare disuguaglianze, occorreva disciplinare un sistema diverso, con benefici rivolti a una maggiore platea di operatori del settore.

Nel caso specifico della Componente Turismo e Cultura 4.0, gli interventi sono stati programmati per sostenere la nascita di nuovi servizi, che devono favorire l'inclusione sociale attraverso la digitalizzazione, la quale diventa nel caso specifico sinonimo di democraticità. L'accesso *online* ai beni culturali[236] permette a un pubblico molto più ampio di esplorare e apprezzare le bellezze italiane, superando le barriere geografiche e socioeconomiche. L'organizzazione di cultura e turismo digitale è stata predisposta per conservare e favorire l'enorme e pregevole patrimonio culturale e artistico del Paese

235 M. Di Terlizzi, L. Occhetta, F. Oneglia, *Testo unico delle imposte sui redditi: commentario al Dpr. 917/1986*, Milano, 2008, 10 ss.

236 P. Carpentieri, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2020, 92 ss.; A. Areddu, *Innovazione e digitalizzazione del patrimonio culturale*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 38/2023, 72 ss.

ma anche l'ecosistema turistico con l'obiettivo di raggiungere la piena sostenibilità[237]. Le azioni previste nella Componente 3, per di più, si propongono di colmare il divario di cittadinanza in modo da migliorare il potenziale del Sud e rafforzare, altresì, i servizi sociali territoriali per il sostegno alle persone disabili e anziane[238]. Non solo, le nuove imprese del settore si sono mostrate particolarmente attente a favorire la creazione di posti di lavoro, specialmente nei confronti di giovani e donne anche nel pieno rispetto della transizione verde strettamente collegata con l'esigenza di tutela e valorizzazione del patrimonio paesaggistico e culturale sancita a livello costituzionale[239]. Gli investimenti sono diretti a migliorare "la capacità attrattiva, l'accessibilità e la sicurezza" dei beni e si propongono, sia nelle grandi aree turistiche, sia in quelle minori, di sfruttare la partecipazione culturale come leva di inclusione e "rigenerazione sociale", aumentando il flusso dei viaggiatori/fruitori, ma sempre nel rispetto dei canoni della sostenibilità[240], che, secondo il PNRR, devono essere il paradigma di ogni intervento sulle strutture turistiche/culturali, comprese le misure per l'efficientamento energetico.

Rilevante è la circostanza che il Recovery Plan supporti la crescita delle competenze degli operatori dell'industria culturale e creativa, puntando sulla riqualificazione di questi ultimi in modo da permettere loro di acquisire nuove conoscenze e capacità su temi *green* e digitali con programmi di formazione più efficaci per riqualificare la professionalità degli imprenditori turistici. I progetti relativi a tali attività prevedono anche una forte cooperazione tra gli attori pubblici ai quali è attribuita la predisposizione di speci-

237 M. Cerquetti, E. Cutrini, *The role of cultural heritage in the green and digital transition*, in *Il Capitale culturale*, 2023, 17 ss.

238 I sette decreti di autorizzazione alla fruizione delle agevolazioni sotto forma di credito d'imposta per le strutture ricettive, emanati dal MITUR, consultabili in *www.ministeroturismo.gov.it*, prevedono come condizioni necessarie per accedere ai finanziamenti proprio il rispetto di tali obiettivi. P. Greganti, *Accessibilità e barriere culturali: progettare contesti tra cultura abilista e cultura inclusiva*, in L. Farroni, A. Carlini, M. Mancini (a cura di), *Orizzonti di accessibilità*, Roma, 2023, 66 ss.; I. Garofalo, *Accessibilità e patrimonio culturale: alcuni spunti di riflessione per nuovi approcci progettuali*, in M. Centofanti (a cura di), *Rilievo dei beni culturali e rappresentazione inclusiva per l'accessibilità museale*, Milano, 2023, 51 ss.

239Si rileva come la riforma degli artt. 9 e41 della Costituzione (L. Cost. n. 1/2022) sono un esempio dell'importanza attribuita attualmente all'ambiente, sul tema, tra gli innumerevoli contributi, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, 286 ss.;G. Mercatajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Ambiente e Diritto.it*, n.2/2022 ; M. Pierri, *Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana*, in *Rivista quadrimestrale dell'ambiente*, n. 2/2022, 234 ss.; M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, n.2/2023, 59 ss.; V. De Santis, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *www.nomos-leattualitàneldiritto.it*, n. 1/2023, 1 ss.; D. Di Paola, G. Trenta (a cura di), *La valorizzazione costituzionale dell'ambiente Riflessioni sulla recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, Messina, 2023, 63 ss.

240 S. Creaco, S. Cassar, *Turismo, cultura e sostenibilità*, in *Studi economico sociali*, n. 1-2/2018, 59 ss.

fiche politiche di sostegno.

6. Nota conclusiva

Gli interventi del PNRR non hanno solo lo scopo di superare la congiuntura negativa subita negli ultimi anni[241] e di riportare l'economia al periodo *pre*-pandemia, ma hanno l'obiettivo di ottimizzare ancora di più le *performances*, sebbene, non sia un buon segno che rispetto allo stanziamento previsto per l'intera Missione 1, solo circa 6,8 miliardi sono destinati al binomio turismo e cultura[242], mentre la quota maggiore dei finanziamenti sono destinati alle altre componenti.

Le conseguenze economiche e sociali della pandemia, nonché gli effetti asimmetrici della crisi tra i vari Stati e anche la circostanza che le nuove disposizioni hanno modificato tangibilmente la situazione *quo ante* già piuttosto fragile e soggetta agli squilibri del sistema finanziario[243], hanno dimostrato quanto sia necessario sviluppare politiche per un'economia sostenibile e resiliente in tutti i settori, compreso quelli in esame. Si è reso manifesto, inoltre, come le riduzioni della spesa, in generale, e, nello specifico nei settori dell'istruzione e della cultura, rappresentino per uno Stato un *vulnus* e uno svantaggio notevole ai fini di una rapida ripresa[244]. La parte del PNRR dedicata a turismo e cultura cerca di realizzare un progetto di ampio respiro dotato di cronoprogramma e scadenze intermedie e finali che devono essere rispettate. Ciò è importante perché, se non si riuscirà a tenere conto del *timing*, la conseguenza sarà la perdita dei finanziamenti[245] e di un'opportunità significativa per lo sviluppo economico dell'Italia[246].

I fondi messi a disposizione dall'Unione europea per gli interventi elaborati dagli Stati membri sono finanziati da prestiti contratti dalla Commissione europea garantiti dal bilancio UE 2021-2027. Ciò crea due effetti: da un lato, si produce un indebitamento dell'Unione in deroga al principio del pareggio di bilancio di cui all'art. 310 TFUE e, dall'al-

241 Per un'analisi delle perdite subite dal settore turistico, *Statistiche report*, in *www.istat.it*, settembre 2021; C. Demma, *Il settore turistico e la pandemia di covid-19*, in *www.bancaditalia.it*, settembre 2021.

242 Il preambolo del PNR riconosce a turismo e cultura notevole rilevanza. Ciò avrebbe fatto sperare una dotazione maggiore per questi settori, sul tema, R. Calvano, *Istruzione, Ricerca, Cultura. Appunti sul PNRR*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 2/2021, 203 ss.

243 Sugli effetti della crisi finanziaria verificatasi prima di quella sanitaria, si v., almeno, F. Capriglione, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà sui cui riflettere*, in, *Concorrenza e mercato*, 2012, 867 ss.

244 L. Campiglio, *Lo Stato Sociale: da "lusso" a necessità*, in *Vita e pensiero*, febbraio 2020, 24 ss. Concetto Marchesi, nel dibattito per l'approvazione della Costituzione, osservò che uno Stato che cerchi economie nei bilanci per la pubblica istruzione è uno Stato nemico della civiltà, così, C. Marchesi, *Relazione sui principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola*, Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione, Roma, 1946, 39.

245 Sui controlli relativi all'attuazione del PNRR dei Paesi membri, in generale, F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, cit., *passim*.

246 M. Mazzucato, *Non Sprechiamo questa crisi*, Bari-Roma, 2020, 127 ss.

tro, si attribuisce centralità al bilancio europeo[247]. Questi due aspetti rappresentano un vero e proprio limite a qualsiasi programma da mettere in atto poiché la responsabilità della restituzione dei prestiti andrà a gravare sulle generazioni future che, peraltro, non beneficeranno in maniera diretta dei debiti contratti attualmente.

Le aspettative sono dense di dubbi: gli investimenti rappresenteranno scelte idonee a sostenere l'iniziativa economica privata e i consumi? I programmi predisposti con tanta enfasi saranno effettivamente capaci di realizzare una solida la competitività garantendo la stabilità e la resilienza macroeconomica? Non solo, i controlli saranno efficaci[248]? Una simulazione condotta sulle imprese e basata sull'impianto del Covid-*assessment*[249], indica che, senza un effettivo e rapido ritorno alla crescita, le conseguenze su occupazione e investimenti sarebbero particolarmente pesanti per le piccole imprese e per quelle che operano in alcuni comparti, come per esempio, proprio le agenzie viaggio, le strutture ricettive e i ristoranti, che potrebbero arrivare a perdere un terzo o più del loro personale.

Per arrivare a ridurre il debito, ovviamente, è fondamentale incrementare il potenziale di crescita dell'economia, ma questo stato di fatto è fonte di grande incertezza poiché da un buon decennio la nostra economia cresce, salvo qualche eccezione come per il settore del turismo e della cultura, a ritmi troppo bassi per riuscire ad arginare il *deficit* pubblico[250]. Ciò è aggravato dalla distribuzione asimmetrica delle attività produttive, comprese quelle in oggetto, per territori, classi dimensionali e per l'insufficienza delle strutture tecnologiche da esse possedute legate tutt'ora a modelli organizzativi inadeguati con il risultato di rallentare notevolmente l'attuazione delle misure di rilancio dell'economia comprese quelle contenute nel PNRR[251]. A tutto ciò, si aggiungono anche i disagi pratici e tecnici delle imprese nel processo di attuazione della completa digitalizzazione, spesso per la mancanza di preparazione professionale e per l'assenza di competenze specifiche del personale, condizione che ostacola notevolmente l'adozione delle nuove strategie. Vi è anche un altro ostacolo da non sottovalutare, ovvero la

247 C. Fasone, *La riforma del Patto di Stabilità e Crescita: un compromesso al ribasso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2024, 442 ss.; M. Bolognese, *L'asimmetria tra la riforma sul Patto di stabilità e crescita e il quadro temporaneo degli aiuti di Stato*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, n. 4/2023, 826 ss.; C. Marchese, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2021, 252.

248 E. Tatì, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *Federalismi.it*, dicembre 2022, 85 ss.

249 Rapporto Cerved PMI 2020, consultabile in *www.cerved.com*, 18.

250 Sulla debolezza della ripresa economica italiana, F. Busetti, C. Giorgiantonio, G. Ivaldi, S. Mocetti, A. Notarpietro, P. Tommasino, *Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*, in *Questioni di Economia e Finanza*, reperibile su *www.bancaditalia.it*, 2019, 5 ss.

251 B. Bratta, L. Romano, P. Acciari, F. Mazzolari, *The impact of digitalization policies: Evidence from Italy's Hyper-depreciation of Industry 4.0 Investments*, in *MEF Working paper DF WP*, n. 6/2020, 15 ss.

difficoltà di applicare le misure elaborate nel Piano in maniera omogenea su tutto il territorio[252]:le difficoltà di superare i divari tra i vari territori italiani[253] (come, per esempio, quelle relative all'innovazione e alle nuove tecnologie) emerse anche dalle analisi effettuate su quante e quali imprese hanno partecipato ai bandi in materia relativamente ai comparti in esame[254].

Secondo le stime contenute in sede di elaborazione del PNRR, gli incentivi contenuti nella Missione 1 a turismo e cultura sono considerati quelli che dovrebbero comportare il maggiore impatto sulla crescita del Paese con +3,9 punti percentuali di innalzamento del PIL reale rispetto allo scenario base nell'intero periodo 2021/2023[255]. Tuttavia, c'è un elemento molto preoccupante che si affaccia all'orizzonte: la legge di bilancio 2025. Il testo di quest'ultima, trasmesso alla Camera, prevede diversi tagli ai Ministeri. Per il Ministero della Cultura, i tagli sono di 147 milioni per il 2025, 178 per il 2026 e 204 per il 2027, a fronte di un bilancio complessivo che si aggira attorno ai 3,5 miliardi di euro. In particolare, la manovra intende ridurre in maniera maggiore le spese per la tutela del patrimonio culturale, in maniera minore i sostegni dello spettacolo dal vivo, gli incentivi per la tutela e la valorizzazione dei beni archivistici, la tutela e la valorizzazione dei beni librari e la promozione del libro, per la valorizzazione del paesaggio e del patrimonio culturale, nonché per il sistema museale e il settore del cinema e audiovisivo, compresi gli interventi per la sicurezza del patrimonio culturale, per le emergenze e per la promozione del patrimonio culturale nazionale all'estero. Quanto al bilancio del Ministero del Turismo, i tagli ammontano a 69 milioni per il 2025, 46 per il 2026 e 40 per il 2027 e riguardano la promozione dell'offerta turistica, l'informatizzazione, la digitalizzazione e l'analisi statistica del settore[256], invero, in contrasto con molti dei progetti che si sono illustrati nell'ambito di questo scritto, privando una buona parte del sostegno necessario alle politiche riguardanti il turismo stesso.

Queste considerazioni permettono di comprendere l'importanza di garantire un'attenta pianificazione e supervisione degli incentivi relativi a cultura e turismo per massimizzarne l'impatto, in modo da permetterne una gestione efficace e puntuale e realizzare in concreto gli obiettivi previsti nel PNRR limitando, altresì, l'incidenza sulla sostenibilità

252 G. Viesti, *Riuscirà il PNRR a rilanciare l'Italia?*, in *www.rivistailmulino.it*, 7 giugno 2021, *passim*.

253 Per una riflessione sulle diverse dinamiche delle varie zone economiche italiane dal punto di vista del turismo, G. F. Masetti, *Il piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: recupero delle aree interne per un turismo e un'economia sostenibili*, in *www.documentigeografici.it*, n. 1/2022, 103 ss.; A.M. Cecere, *Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *www.rivistaaic*, n. 3/2021.

254 Dati rinvenibili in *www.pnrr.cultura.gov.it*.

255 L'attuazione delle misure del PNRR è consultabile in *www.governo.it*, 258.

256 Per un approfondimento sull'ammontare dei tagli, si v. *www.finestresull'arte.it*.

finanziaria[257].

Non può sottacersi, poi, che nella Misura 1, Componente 3 del Piano, la riorganizzazione degli *asset* chiave di cultura e turismo e i relativi sostegni sono stati sì predisposti con l'intento di sviluppare questi settori ma, probabilmente, anche con l'intento di dare un'attuazione concreta all'economia sociale di mercato[258], cardine del progetto europeo. L'aggettivo "sociale", infatti, sebbene sia stato spesso interpretato solo in senso formale (e ciò è stato giudicato come un *deficit* genetico dell'Unione europea)[259], dopo la pandemia sembra stia riappropriandosi del suo significato, tanto che si avverte una tendenza a riconsiderare più incisivamente i diritti sociali e le politiche di *welfare*, i quali, innegabilmente, sono parte del concetto stesso di tale modello di economia[260]. Le politiche su cultura e turismo paiono rafforzare questa direzione poiché è palese che entrambi sono beni pubblici che contribuiscono al benessere della società nel suo complesso e alla coesione comunitaria. Anzi, l'intervento dello Stato, in questi settori, sembra garantire che i diritti a essi collegati (ovvero i diritti culturali, anch'essi da considerarsi sociali)[261] non siano solo appannaggio di pochi, ma valori in grado di arricchire tutti i cittadini. Gli incentivi in oggetto, per di più, si possono ritenere anche

257 Evidenzia alcune delle criticità emerse nel corso della gestione pandemica, A.M. Cecere, *Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *www.rivistaaic*, n.3/2021, 358 ss.

258 Sull'economia sociale di mercato, espressione utilizzata per la prima volta da A. Muller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, in Id., *Wirtschaftsordnung und irtschaftspolitik*, Berna-Stoccarda, 1976, 55 ss., tra i tanti, C. Rotondi, *Economia sociale di mercato: la "via italiana" tra liberalismo, liberismo e stato sociale*, in G. Antonelli, M.A. Maggioni, G. Pegoretti, G., Pellizzari, F. Scazzieri, R., Zoboli (a cura di), *Economia come scienza sociale. Teoria, istituzioni, storia*, Bologna,2012, 113ss.;P. De Pasquale, *L'economia sociale di mercato*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2014, 1ss.;A. Somma, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale*, in *Astridonline*, 2015, 1 ss.; G. Luchena, *Economia sociale di mercato,* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n.1/2020, 81 ss.; G. Salvatori, G. Guerini, *L'economia sociale di mercato alla prova della policy*, in *rivistaimpresasociale.it*, 2024; C. Borzaga, G. Salvatori, *Sul concetto e la rilevanza dell'economia sociale*, in *Euricse Working Paper Series*, n. 133/24, 3 ss.

259 Sul tema, G. Luchena, *SozialeMarktwirshaft e costituzione economica "conforme": una rilettura del pensiero giuridico-economico alle radici del modello europeo*, in*PasSaggi costituzionali*, n.2/2023, 415.

260 L. Bonini, *Economia sociale di mercato,* Bologna, 2012, 33 ss.; L. Bruni, S. Zamagni, *Dizionario di economia civile,* Roma, 2009, 9 ss.

261 Su questa tesi, F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989, 22, rileva come la cultura rientri nei diritti sociali fondamentali, così pure, T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 420 ss.; P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, 104 ss., ma anche, se si vuole, S. Cavaliere, *La gestione dei beni culturali tra i livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018, 28 ss.

un'espressione concreta del terzo comma dell'art. 41 Cost.[262], secondo il quale la legge deve orientare l'iniziativa economica privata verso il perseguimento di finalità sociali, obiettivo che i settori in esame, realizzandola crescita personale e la consapevolezza civica, conseguono in pieno.

Ciò è evidente anche per quanto riguarda i sostegni di natura fiscale a turismo e cultura (come, per esempio, l'*Art Bonus*), i quali facilitano l'iniziativa economica privata indirizzata all'utilità pubblica bilanciando la libertà economica con la necessità di tutelare i valori collettivi. Questo perché l'attività svolta dalle imprese riguardanti i comparti in oggetto non persegue solo scopi di profitto, ma contribuisce alla crescita della persona umana essendo, nello stesso tempo, un *driver* di sviluppo.

262 Sulla riforma dell'art. 41 Cost., relativamente al c. 3, *ex multis*, tra i più recenti, M. Benvenuti, *La revisione dell'articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *www.rivistaaic.it*, n.2/2023, 59 ss.; G. Capo, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giustizia Civile*, n.1/2023, 81 ss.; L. Longhi, *Note minime sulle recenti modifiche dell'art. 41 Cost.*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022, 54 ss.

Il processo di recepimento della Direttiva NPL in Italia: questioni aperte tra apertura del mercato e assorbimento nella vigilanza

ALFONSO PARZIALE
Dottore di ricerca in diritto dell'economia
Università di Roma Tor Vergata

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il recepimento in Italia della Direttiva NPL - 3. L'apertura del mercato secondario del credito in Italia e la riserva di gestione - 4. Flussi informativi tra venditori, acquirenti di crediti e debitori ceduti - 5. La nuova figura del gestore di crediti in sofferenza 6. Il difficile coordinamento tra Direttiva NPL e disposizioni in materia di cartolarizzazione - 7. Le nuove prospettive di mercato per i soggetti incumbent - 8. Questioni aperte

1. Introduzione

La naturale sostanza dell'attività bancaria si rinviene nell'intermediazione tra i soggetti in *surplus* dell'ordinamento e quelli in *deficit*, esercitata mettendo in comunicazione i due estremi della raccolta del risparmio, da un lato, e dell'erogazione del credito, dall'altra. L'erogazione dei *finanziamenti in qualsiasi forma effettuati* costituisce la voce principale degli impieghi, la cui remunerazione consente alla banca di sostentarsi e remunerare i depositanti e gli azionisti[01].

01 Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2025, P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca impr. Soc.*, 1996, I 61; Id. *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2004, 89; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2012, 193; più di recente v. ad es. per una panoramica M. DE POLI, *Ordinamento e impresa bancaria*, in P. Corrias e R. Lener (a cura di), *Manuale di diritto dell'economia*, Torino 2024, 155.

La biunivocità di questo processo può essere messa in crisi dall'insolvenza del debitore, che beneficia dell'impiego delle risorse da parte della banca. Per la verità, l'insolvenza è una vicenda prettamente individuale ma quando, in corrispondenza di determinate fasi del ciclo economico, la stessa si generalizza fino a investire porzioni considerevoli del portafoglio dei crediti di titolarità della banca, quest'ultima rischia di destabilizzarsi per effetto delle perdite riscontrate, determinando la necessità di una risoluzione della crisi o la liquidazione dell'intermediario stesso[02].

Per quanto la banca possa tentare di perfezionare il proprio processo di erogazione del credito, selezionando i migliori potenziali debitori, il rischio di insolvenza resta comunque ineludibile (e giustifica, peraltro, la remunerazione dell'impiego, e cioè il costo del credito)[03]. Se ciò è vero, è però altresì possibile per la banca individuare una soluzione, per così dire, *laterale*, procedendo alla dismissione del credito deteriorato[04].

Se quanto sopra appare in principio condivisibile (e sin anche desiderabile, in un sistema liberale e capitalista), la visione astratta e macroscopica della questione (i "bilanci", il "mercato", il "credito", i "portafogli") e la sua finanziarizzazione (il mercato come luogo di scambio di interessi di vendita ed investimento) fallisce però nell'individuare la que-

02 In arg. v. ad es. P. Messina, *Le crisi bancarie e l'importanza della gestione prodromica dei crediti deteriorati. Alcune novità normative in materia di non-performing loans*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993 – 2023): The test of time*), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale n. 99*, 2024, 389; D. Rossano, L*a gestione dei crediti deteriorati nelle crisi bancarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2 (suppl.), 83; V. Troiano, G.M. Uda, *La gestione delle crisi bancarie. Strumenti, processi, implicazioni nei rapporti con la clientela*, Milano, 2018, 4; E. Rulli, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, 2017.

03 L'insolvenza bancaria è generalmente ritenuta *non desiderabile* a causa delle rilevanti conseguente sociali e per l'impatto sul tessuto economico/imprenditoriale. La normativa, dunque, ha imposto l'applicazione di regole di natura prudenziale per la gestione delle posizioni, imponendo all'istituto appositi accantonamenti, in modo da gestire la possibile perdita relativa alla posizione; ciò però appesantisce i bilanci bancari e impedisce di impegnare le risorse disponibili verso impieghi più proficui di nuovo credito. In arg. v. F. Capriglione, *La problematica dei crediti deteriorati, in Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 2 (suppl.), 1; F. Sartori, *Sul "diritto della gestione degli attivi problematici (non-performing loans)": linee dell'evoluzione normativa*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, I, 677. V. anche C. Bussoli, V. Caputo, D. Conte, *Le determinanti degli NPL in Europa, una analisi di moderazione*, in *Bancaria*, 2020,1, 22.

04 Lo smobilizzo delle posizioni deteriorate può avvenire tanto trasferendo gli attivi a terzi (*true sale*), quanto facendo in modo che gli stessi figuri fuori dal bilancio dell'intermediario bancari con altre tecniche di finanza strutturata (*e.g.*, cartolarizzazione sintetica, operazioni di c.d. risk sharing). In verità, la circolazione del credito può avvenire anche prima dei fenomeni di inadempimento/insolvenza del debitore, rispondendo così ad una strategia predeterminata di creazione di portafogli di crediti finalizzata alla loro circolazione (*originate to distribute*); per quanto qui concerne, però, la questione assume interesse come strumento di riduzione degli attivi della banca (c.d. *deleveraging*), "pulizia" dei bilanci e sin anche di apertura di un mercato di crediti secondari, finalizzato al conseguimento di obiettivi di liquidità, trasparenza ed efficienza. Cfr. Commissione Ue, *Green Paper – Shadow Banking*, Com(2012) 102 Final, in ec.europa.eu; O. Akseli, *Securitisation, the financial crisis and the need for effective risk retention*, in *European business organization law review*, 2013, 14, 5 ss.; M. Segoviano, B. Jones, P. Lindner, J. Blankenheim, *Securitisation: lessons learned and the road ahead, International Monetary Fund Working Paper*, 2013, 255, 8 ss.. Per l'Italia v. U. Violante, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in Giur. Comm. 2014, I, 1004.

stione caratterizzante del settore del credito deteriorato: *l'esigenza di tutela*. Il nostro ordinamento impone, infatti, la necessità di supportare i soggetti in condizione di fragilità finanziaria sia pure, chiaramente, in un contesto di persistente inadempimento delle proprie obbligazioni[05].

Tra tensione verso il mercato e tutela delle parti deboli, interviene l'emanazione della Direttiva (UE) 2167/2021 (di seguito Direttiva "NPL" o "SMD", acronimo di *Secondary Market Directive*)[06] che, nell'ambito della strategia della Commissione UE per la gestione dei crediti *non-performing* di origine bancaria, cerca di individuare un contemperamento tra tutela del debitore, apertura agli investimenti e cattura del fenomeno nell'ambito

05 Il tema, piuttosto sentito nel nostro Paese, è emerso con forza nell'estate 2023 in considerazione della formulazione di alcuni disegni di legge (sia dei partiti di governo che di opposizione: DDL 414 (Sallemi), 669 (Ancorotti) 843 (Congedo), 1246(Vaccari)), finalizzati principalmente a garantire al debitore oggetto di potenziale cessione il diritto di estinguere la propria posizione debitore con una sorta di *saldo e stralcio ex lege*, quantificato nel valore di acquisto del credito da parte del potenziale acquirente. I disegni di legge hanno attirato critiche consistenti per il forte effetto destabilizzatore sul mercato (per una panoramica v. *Centro studi Alma Iura*, *Delle conseguenze giuridiche, economiche e sociali dell'eventuale riforma del recupero dei crediti in sofferenza*, position paper 1/2023, in almaiura.it; P. Messina, *La proposta di legge n. 843 e l'effetto distorsivo sul mercato italiano degli NPLs*, in *dirittobancario.it*) anche a livello internazionale (v. ad es. Fitch Ratings, *Italian Proposal Would Create Significant Uncertainty for the NPL Market*, in fitchratings.com, 6 settembre 2023) e sono state successivamente abbandonate. Maggiore fortuna potrebbe avere piuttosto l'esperienza della *cartolarizzazione a valenza sociale* (art. 7.1 della Legge 30 aprile 1999, n. 130). In arg. tra i pochissimi contributi apparsi v. V.Solimeno, *Le operazioni di cartolarizzazione a valenza sociale*, ottobre 2021, in dirittobancario.it.; v. più in generale U. Malvagna – A. Sciarrone Alibrandi, *L'onda lunga della pandemia e l'esigenza di una gestione "sociale" delle sofferenze bancarie*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità: voci dal diritto dell'economia*, Pisa, 2020, 211; U. Malvagna, A. Sciarrone Alibrandi, *I crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e "non esclusione" sociale*, in *An.giur.econ.*, 2020, 2, 631.

06 Direttiva (UE) 2021/2167 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 novembre 2021, relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 8 dicembre 2021. In argomento la produzione dottrinale è particolarmente esigua ma si segnala il primo contributo di P. Carrière, *La direttiva su "gestori" e "acquirenti" di NPL: prospettive per il mercato italiano*, dicembre 2021, in dirittobancario.it. V. anche A. Borghesi, *Non-performing loans – L'eredità della grande crisi come sfida per il sistema bancario europeo*, in *Riv. trim.dir.econ.*, 2020, 1 (suppl.), 14. Si veda inoltre P. Messina, *Le crisi bancarie e l'importanza della gestione prodromica dei crediti deteriorati. Alcune novità normative in materia di non-performing loans*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993 – 2023): The test of time*), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale n. 99*, 2024, 389 e sia inoltre consentito un rimando a A. Parziale, *Verso il mercato unico dei crediti deteriorati: la Direttiva 2021/2167 sui non-performing loans (NPL) nel quadro delle strategie europee di gestione dei crediti deteriorati e il suo recepimento in Italia,* in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, 391.

della regolamentazione[07]. La Direttiva NPL interviene per creare, principalmente, un mercato di crediti *non-performing* su base paneuropea, fornendo una disciplina armonizzata di "*acquirenti*" e "*gestori*". Rispetto alla bozza originaria di direttiva e nell'ottica di realizzare un maggior bilanciamento tra possibilità di investimento e tutela del debitore inadempiente, è venuto meno il progetto di creazione di una procedura europea di escussione accelerata delle garanzie, mentre sono state introdotte modifiche alla disciplina del credito ai consumatori e del credito immobiliare ai consumatori, che anticipano la futura revisione generale della materia[08].

2. Il recepimento in Italia della Direttiva NPL

In Italia, il recepimento della Direttiva NPL è stato avviato con un processo di consultazione conclusosi con ritardo rispetto all'originario termine stabilito dalla direttiva stessa (ma in linea, comunque, con numerosi Stati Membri dell'Unione, anch'essi in ritardo) cui è seguita un'ulteriore fase di consultazione, avente ad oggetto la normativa secon-

07 Commissione UE, *Tackling non-performing loans in the aftermath of the COVID-19 pandemic*, COM(2020) 822, in ec.europa.eu. V. anche ECOFIN, *Action plan to tackle non-performing loans in Europe*. Luglio 2017. I contenuti del piano riguardano, principalmente: indicazioni per la costituzione di *asset management company* (AMC) per la gestione e recupero dei crediti problematici; apertura del mercato secondario; aumento della trasparenza nelle operazioni di compravendita di NPL; miglioramenti al quadro regolatorio/prudenziale, riforma delle procedure di insolvenza e recupero del credito. In arg. V. S. Pelleriti, *La recente comunicazione della Commissione Europea sugli NPL: un'occasione di riflessione sul rapporto tra le norme sugli aiuti di Stato e le misure di sostegno ai crediti deteriorati*, in *Dir. banc. fin.*, 2021, 4, 543; R. Magliano, *NPL e cartolarizzazioni dei crediti tra attualità e criticità: riflessioni su un fenomeno nuovamente in ascesa, in Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 2, 325; M. Cardi, *Novità regolatorie in tema di esposizioni creditizie: la disciplina del default, la proroga delle GACS e le nuove cartolarizzazioni*, in *Dir.banc. fin.*, 2021, 3 109. A livello internazionale v. E. Avgouleas, R. Ayadum, M. Bodellini, G. Ferri, B. Casu, W.P. de Groen, *Non-performing loans: new risks and policies,* in *Financial stability amidst the pandemic crisis: on top of the wave*, C.V. Gortsos e W.G. Ringe (a cura di), Francoforte sul Meno, 2021, 153.

08 Cfr. "*Proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*", COM (2018)01351. Ad esito di un lungo e articolato percorso legislativo – che ha visto solo nel giugno 2021 l'accordo tra il Parlamento e il Consiglio UE - il Parlamento Europeo in data 19 ottobre 2021 ha approvato in prima lettura la proposta modificata di direttiva "*relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE*". Esula dall'oggetto di questo contributo, ma si segnala per le implicazioni particolarmente rilevanti nei rapporti con i debitori ceduti, la sostanziale introduzione di un diritto espresso e specifico, a livello paneuropeo, alla rinegoziazione dei contratti di credito che coinvolgono consumatori. Le direttive 2008/48/CE (credito ai consumatori) e 2014/17/UE (credito immobiliare ai consumatori) sono state modificate introducendo due articoli (16 bis e 27 bis) che introducono, tra le altre, la seguente previsione: "*Gli Stati membri prescrivono ai creditori di dotarsi di politiche e procedure adeguate affinché si adoperino per esercitare, se del caso, un ragionevole grado di tolleranza prima dell'avvio di procedure di escussione. Tali misure di tolleranza tengono conto, tra l'altro, della situazione del consumatore e possono consistere, tra l'altro, in: a) un rifinanziamento integrale o parziale di un contratto di credito; b) una modifica dei termini e delle condizioni esistenti di un contratto di credito [...]*". Peraltro, la modifica sembra in linea con un mutato approccio alla materia, più sensibile all'esigenza del contraente debole soprattutto alla luce del corrente scenario economico.

daria[09].

In estrema sintesi, l'attuazione della Direttiva NPL è stata realizzata modificando il testo unico bancario (TUB) introducendo il Capo II, Titolo V, TUB, relativo all'acquisto e alla gestione di crediti in sofferenza, aggiungendo gli articoli da 114.1 a 114.14. Queste disposizioni definiscono, principalmente, gli obblighi degli "*acquirenti di crediti*", la figura del "*gestore di crediti in sofferenza*" ed il suo ambito di attività; la relativa disciplina di attuazione è emanata dalla Banca d'Italia e ricomprende sia la revisione e l'ampliamento di atti già in vigore, che l'emanazione di inedite *Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza*[10].

Il Legislatore nazionale si è trovato, forse più che in altri Paesi dell'Unione, a dover operare un difficile bilanciamento tra l'esigenza di recepimento dei contenuti della Direttiva NPL e la preservazione degli equilibri del mercato domestico, che è già ampiamente sviluppato e ha contribuito in modo determinante al processo di *derisking* del sistema bancario nazionale successivo crisi del 2008-2012[11].

Quanto all'ambito di intervento, in linea generale, va considerato che l'acquisto di crediti

09 Il processo di recepimento è stato formalmente avviato con l'emanazione della legge 21 febbraio 2024, n. 15 (*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2022-2023*), in particolare il suo articolo 7. Tuttavia, *prima ancora* dell'emanazione della legge, il Ministero dell'economia ha avviato una consultazione relativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva NPL, ad esito del quale è stato finalizzato il testo del reclami (*Recepimento della direttiva (UE) 2021/2167, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2021, relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE*), pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 13 agosto 2024) (di seguito D.lgs. 116/2024). Anche in questo caso, comunque, *prima ancora* dell'emanazione del decreto legislativo di recepimento, la Banca d'Italia ha avviato una consultazione avente ad oggetto la documentazione secondaria a partire dal 24 luglio 2024. Si è trattato quindi di un processo non lineare ma giustificabile in considerazione dei ritardi accumulati (il termine di recepimento della Direttiva NPL era il 31 dicembre 2023, dunque prima ancora della legge di delegazione europea che ha avviato il processo di recepimento).

10 La documentazione posta in consultazione ricomprendeva la modifica delle disposizioni in materia di: (i) trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (Provvedimento del 29 luglio 2009, e successive modifiche); (ii) sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari (Provvedimento del 18 giugno 2009, e successive modifiche); (iii) assetti proprietari di banche ed altri intermediari (Provvedimento del 26 luglio 2022); (iv) Centrale dei Rischi (Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991). Le *Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza* costituiscono una novità, dovendo disciplinare una tipologia di intermediario di nuova istituzione. Le disposizioni sono state pubblicate dalla Banca d'Italia il 13 febbraio 2025; nel momento in cui si scrive si è in attesa della pubblicazione delle disposizioni in Gazzetta Ufficiale, data dalla quale le nuove norme entreranno formalmente in vigore.

11 Dal punto di vista quantitativo, il mercato secondario del credito è piuttosto esteso. Dall'ultimo report annuale dell'associazione di categoria delle imprese a tutela del credito risulta che il totale dei crediti affidati da soggetti diversi dalle banche *originator* è pari a 116,2 miliardi di Euro nel 2023 (cfr. UNIREC, *Servizi a tutela del credito, XIV Rapporto annuale*, 2024, 66). L'argomento è piuttosto complesso e non può essere qui affrontato esaustivamente; si rinvia per considerazioni di ordine generale a F. CAPRIGLIONE, *La problematica dei crediti deteriorati*, in D. Rossano (a cura di), *La problematica dei crediti deteriorati. Rischi e opportunità, atti del Convegno organizzato nei giorni 17 e 18 ottobre 2019 presso l'Università "Parthenope" di Napoli*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2019, 2 (supp. 2), 2.

a titolo oneroso costituiva un'attività attratta nella c.d. riserva bancaria (artt. 11 e 106 TUB, art. 2 DM 53/2015); tale limitazione si applica(va), pacificamente, tanto per le operazioni attive dell'intermediario (*e.g.*, lo sconto, art. 1858 c.c.) che per le operazioni di cessione di crediti originate dall'intermediario in favore di altro soggetto[12]. Tale forma di *gatekeeping* determinava una limitazione considerevole a livello soggettivo, restringendo la possibilità di circolazione di questa tipologia di attivi all'interno del mercato ed escludendo i soggetti non dotati di licenza bancaria o 106 TUB[13].

Ciò detto, però, il quadro normativo italiano già autorizzava la formazione di un settore di *shadow banking,* sia pure nei limiti della generale restrizione all'ingresso dell'attività di acquisto di crediti[14]. In particolare, era già possibile per investitori non bancari (professionali e *retail*, italiani o esteri[15]) investire attraverso lo strumento della cartolarizzazione (peraltro oggetto di interventi legislativi proprio con riguardo al settore dei crediti deteriorati[16]) oppure tramite fondi comuni di investimento[17].

12 Cfr. *ex multis,* A. Giannelli, *Banche ed attività bancaria*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, A. Sfameni, A. Giannelli (a cura di), Milano, 2018, 168. Sull'attività bancaria in generale le opinioni sono per la verità numerose. Tra i tanti, cfr. R. Costi, *L'ordinamento bancario,* Bologna, 2012, 201; F. Giorgianni, C.M. Tardivo, *Il nuovo diritto delle banche e degli intermediari finanziari in Italia e in Europa,* Bologna, 2021, 187; G. Artale, L. Criscuolo, P. Panico, *Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni,* in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, E. Galanti (a cura di), Padova, 2008, 305.

13 Per quanto riguarda l'attività di acquisto dei crediti, essa era riservata ai seguenti soggetti abilitati: (i) banche; (ii) intermediari finanziari autorizzati ex art. 106 TUB; (iii) soggetti autorizzati al recupero di crediti ex art. 115 TULPS (v. sotto), nel limite di quanto stabilito dall'art. 2.2 del Decreto Ministeriale n. 53/2015; (iv) fondi alternativi (FIA) quali ad esempio: i fondi che investono in crediti; fondi e veicoli di cartolarizzazione ai sensi della Legge 130/1999. Per una panoramica cfr. A. Giannelli, *Gli altri soggetti operanti nel settore finanziario e la liberalizzazione del credito*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, A. Sfameni, A. Giannelli (a cura di), Milano, 2018, 195 ss.

14 L'argomento in generale non può essere affrontato in modo esaustivo in questa sede ma si rimanda, tra gli altri, a J. Abad et al. *Mapping the interconnectedness between EU banks and shadow banking entities*, working paper n. 40, 2017, in eba.europa.eu, C. Gola et al. *Shadow banking fuori dall'ombra: l'intermediazione non bancaria e il quadro regolamentare italiano*, *Questioni di economia e finanza* n. 372, 2017 in bancaditalia.it; in gen. v. V. Lemma, *The shadow banking system*, Londra, 2016; G. Desiderio, *La disintermediazione delle banche*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993 – 2023): The test of time*), *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale n. 99*, 2024, 39.

15 Cfr. in tal senso art. 2, comma 4, Legge 130/1999: i titoli di cartolarizzazione possono essere sottoscritti anche da investitori non professionali, a condizione che l'operazione sia sottoposta alla valutazione del merito di credito da parte di terzi (in pratica, di un'agenzia di *rating*).

16 In tal senso, assolutamente apprezzabile la ricostruzione dei diversi interventi normativi contenuti in P. Carrière, *L'articolazione del regime di responsabilità patrimoniale della "società per la cartolarizzazione"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, 254, data anche la rapsodicità e la disorganicità degli interventi succedutisi nel tempo. V. anche R. Magliano, cit., 328.

17 Sul punto va ricordato, peraltro, che i c.d. fondi di credito in Italia hanno sia la possibilità di acquistare crediti sul mercato secondario (*performing* e *non-performing*) che di erogare crediti a valere sul proprio patrmonio; In arg. v., in modo esaustivo, M. Biasin, M. Sciuto, *Il fondo di credito diretto,* in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 5, 536; E. Righini, *Commento sub art. 46-bis, 46 ter, 46 quater,* in *Commentario breve al testo unico della finanza,* V. Calandra Bonaura (a cura di), Milano – Padova, 2020, 311; sia inoltre consentito il rinvio a A. Parziale – F. Stoppello, *Gli OICR di credito e l'ennesima revisione del TUF: un codice in perenne mutazione*, in fchub.it.

Sotto il diverso profilo della *gestione* del credito, invece, l'ambiente normativo italiano già conosce, in aggiunta ai soggetti vigilati, una categoria di intermediari specializzati nell'attività di recupero stragiudiziale di crediti (c.d. *servicing*), *i.e.*, le agenzie di recupero dotate di licenza amministrativa ex art. 115 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS)[18]. Il ruolo di questi soggetti nel mercato italiano è di assoluto rilievo, anche considerato il ruolo essenziale nelle attività di gestione degli attivi cartolarizzati; inoltre gli stessi, in virtù di una disposizione di rango secondario introdotta nel 2015, beneficiavano di una limitata possibilità di investimento in crediti *non-performing* (anche) di origine bancaria (c.d. gestione "in conto proprio"), giustificabile in considerazione dei presidi di tutela dei debitori comunque applicabili in virtù del peculiare *status* soggettivo degli acquirenti[19].

In definitiva, dunque, l'esperienza italiana già conosceva strutture ben rodate in grado di consentire l'investimento in crediti da parte di attori del mercato secondario e la loro gestione[20]; l'attuazione in Italia della Direttiva NPL non stravolge il quadro esistente ma ne fornisce un complemento, riconoscendo una compiuta liberalizzazione del mercato dei crediti *non-performing* di origine bancaria/finanziaria e affiancando, ai soggetti già

18 Per chiarezza, l'attività di recupero stragiudiziale del credito in Italia non è sottoposta a "*riserva*" in senso regolamentare, ma vi sono comunque alcune limitazioni. Sono soggetti coinvolti nel mercato: (a) le banche, che sono soggette al rilascio di licenza bancaria ed a vigilanza; (b) gli intermediari finanziari autorizzati ex art. 106 T.U.B., soggetti al rilascio di licenza e vigilanza; con riguardo a questi soggetti l'attività di recupero di crediti può essere svolta: (i) in via *complementare* rispetto all'attività di concessione di finanziamenti; (ii) quali *servicer* di operazioni di cartolarizzazione ex art. 2 comma 6 della Legge Cartolarizzazione; (c) agenzie di recupero stragiudiziale del credito ex art. 115 T.U.L.P.S. (persone fisiche e società), le quali devono essere dotate di specifica licenza di polizia, rilasciata dalla questura; (d) fondi alternativi (FIA) italiani e stranieri; (e) agenti in attività finanziaria iscritti nell'elenco ex art. 128-quater, comma 2 T.U.B., i quali possono essere incaricati da banche ed intermediari finanziari ex 106 TUB per la prestazione di "*consulenza e gestione dei crediti ai fini di ristrutturazione e recupero degli stessi*". L'attività di recupero stragiudiziale di crediti non rientra nella nazione di "*attività finanziaria*" ed è regolata dal Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULPS) di cui al R.D. 18.06.1931 n. 773 (Titolo II, Capo IV sulle "agenzie pubbliche") (art. 115 – 120). Non vi è quindi autorizzazione di una autorità di vigilanza bancaria o finanziaria; per di più, la licenza per il recupero crediti ha carattere *personale* (si rilascia, cioè, alla persona fisica legale rappresentante dell'agenzia, se costituita in forma societaria) e viene concessa dal questore. Quanto al contenuto di detta attività, questo risulta chiarito nella Circolare n. 557/PAS/6909/12015 del 10 gennaio 2011 del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza.

19 Sul punto le fonti sono particolarmente scarse; si segnala per esaustività G.P. LA SALA, *Parere pro veritate in materia di acquisto di crediti deteriorati da parte di società di recupero crediti ex art. 115 TULPS*, in studiolasala.altervista.org; M. SEPE, *L'attività finanziaria delle società di recupero crediti*, in *Rivista elettronica di diritto, economia, management*, 2020, 2, 112. Si rimanda poi molto sommessamente, per una panoramica, ad A. PARZIALE, *Società di recupero stragiudiziale del credito: una nuova opportunità di investimento?*, in fchub.it. Dal punto di vista dimensionale il mercato ha una certa consistenza, considerati gli oltre 30 miliardi di Euro di crediti detenuti da tali soggetti (cfr., UNIREC, *Servizi a tutela del credito, XIV Rapporto annuale*, 2024, 100).

20 Si è generalmente ritenuto che l'acquisto occasionale di crediti difettasse del requisito della "professionalità" che caratterizza la riserva di attività; cfr, F. VOLPE, *L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, I, 643; v. però, più di recente, l'indicazione di Cass. pen. 5 marzo 2024, n. 26110, in *dejure.it*, che segue un filone di precedenti di legittimità, secondo cui l'attività finanziaria può essere desunta anche dal compimento di una singola operazione, ove l'attività di concessione di finanziamenti possa potenzialmente rivolgersi a una pluralità di persone.

stabilmente presenti nel nostro ordinamento, attori nuovi e strutture di investimento alternative.

3. L'apertura del mercato secondario del credito in Italia e la riserva di gestione

In estrema sintesi, le nuove regole dispongono, a partire dalla loro entrata in vigore[21], una sostanziale liberalizzazione dell'acquisto dei crediti, non più quindi ricompresi tra le attività riservate, accompagnati però, *inter alia*, dall'obbligo per l'acquirente di nominare un soggetto dotato di licenza per svolgere i servizi di gestione del credito.

Dal punto di vista oggettivo, è rimarchevole che le nuove regole trovino applicazione con riferimento ai soli crediti di origine bancaria/finanziaria classificati come "*sofferenze*", con esclusione quindi dei crediti categorizzati come *performing*, ma anche UTP (*Unlikely to Pay*), e *past due*[22], oltre che dei crediti c.d. commerciali (*e.g. utilities*, crediti derivanti dall'attività di impresa etc.). La circolazione di tali categorie di crediti resta confinata al perimetro delle attività riservate ai soggetti autorizzati e alle forme tecniche di smobilizzo già conosciute nel nostro ordinamento (*e.g.*, sconto, factoring, cartolarizzazione, etc.).

La Direttiva NPL in verità, prevede astrattamente la sua applicazione a tutto il comparto dei crediti bancari *deteriorati* (categoria, questa, più ampia delle sole sofferenze) e prefigura non soltanto la possibilità di cedere i *crediti* non-performing ma, anche, i relativi contratti ove ancora in vigore[23]. Detto questo, comunque, la *ratio* della scelta del Legislatore nazionale appare chiara: in sostanza, si intende escludere dal mercato liberalizzato i rapporti c.d. vivi (inadempienze probabili e *past due* con contratti ancora in vigore e, astrattamente, anche residui obblighi di erogazione, che l'acquirente di crediti non può onorare, non potendo erogare nuovo credito), limitando l'opportunità di investimento ai soli rapporti ormai terminati e rispetto ai quali la prospettiva di inadem-

21 La nuova disciplina del Decreto SMD trova applicazione a partire dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia e solo con riferimento alle operazioni di acquisto di crediti in sofferenza effettuate a partire da tale data (art. 3 comma 7 del D.lgs. 116/2024).

22 La definizione di crediti "deteriorati" richiamata peraltro nella Direttiva NPL (art. 3) infatti, segue attualmente la previsione dell'articolo 47-bis del Reg. 575/2013 (c.d. CRR), che ricomprende le tre sottocategorie sopra richiamate. In arg. v. V. Confortini, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Europa dir priv.*, 2022, 3.

23 Così il testo della Direttiva NPL. La prima bozza di Direttiva NPL individuava quale campo di applicazione i soli contratti (!) e non i relativi crediti, con una sensibilità probabilmente più spiccatamente anglosassone rispetto alla differenza più valorizzata negli ordinamenti latini. Cfr. P. Carrière, *La direttiva*, cit., 9. Il Legislatore nazionale ha ritenuto di volersi avvalere di una discrezionalità fornita dalla direttiva NPL (art. 2, par. 3) che consentiva l'esclusione dei crediti deteriorati "*nel caso derivino da un contratto di credito deteriorato che non è scaduto, è scaduto da meno di 90 giorni o non è risolto conformemente al diritto civile nazionale*". Il Legislatore sembra quindi aver voluto presumere che tutti i rapporti *past due* o *Utp* non siano stati risolti.

pimento si intenda ormai conclamata ed irreversibile[24].

Per contro, mentre la cerchia dei crediti cedibili appare ristretta dal punto di vista *qualitativo* rispetto alle disposizioni europee, con riguardo al novero dei soggetti cedenti l'ambito di applicazione delle nuove regole *è più vasto*, posto che le sofferenze oggetto del nuovo quadro normativo sono tutte quelle derivanti da "*crediti concessi da banche e altri soggetti abilitati alla concessione di finanziamenti*"[25]. Ciò trova giustificazione nella circostanza che in Italia il novero dei soggetti abilitati alla concessione di crediti "*a valere sul proprio patrimonio*" di rango non bancario è piuttosto nutrito (include, ad esempio, intermediari finanziari di cui all'articolo 106 TUB, fondi di investimento, società veicolo di cartolarizzazione), anche per effetto degli interventi normativi succedutisi nel corso degli ultimi 15 anni[26].

Quanto all'ampliamento dei soggetti titolati all'acquisto delle sofferenze, paradossalmente la riforma non reca una previsione espressa in questo senso (in linea, peraltro, con il testo della Direttiva NPL). L'apertura del mercato a nuove categorie di acquirenti deve infatti dedursi per via definitoria e, in tal senso, le disposizioni della riforma, all'articolo 114.1 TUB, rappresentano gli "*acquirenti dei crediti in sofferenza*" come le "*persone fisiche o giuridiche, diverse dalle banche, che acquistano crediti in sofferenza nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale*". Si deve quindi concludere che la natura non "*non bancaria*" degli acquirenti (come definiti nel TUB e nella Direttiva NPL) determini nei fatti l'avocazione dell'attività di acquisto di crediti in sofferenza dal novero delle attività riservate.

Può sorprendere la circostanza che, secondo la definizione sopra riportata, l'acquisto del credito debba avvenire nell'ambito di un'attività "commerciale o professionale" e non, espressamente, per *investimento*; ciò può lasciare qualche dubbio circa l'effettiva portata della riforma nel nostro Paese e in Europa. Certamente, può ritenersi ammissibile

24 Nonostante quanto precede, però, l'articolo 114.1 TUB, al comma 1 prevede espressamente che "*se non diversamente disposto, le disposizioni del presente capo che fanno riferimento all'acquisto e alla gestione di crediti in sofferenza si applicano anche all'acquisto e alla gestione dei contratti sulla base dei quali il credito in sofferenza è stato concesso*". La previsione sembra avere un ruolo di chiusura ma la portata appare innovativa, posto che nella prassi il trasferimento dei contratti da cui derivano i crediti *non-performing* si è sempre ritenuto tendenzialmente precluso.

25 Ai sensi dell'art. 1, la Direttiva NPL stabilisce un quadro regolamentare comune per: "*i gestori di crediti che gestiscono i diritti del creditore derivanti da un contratto di credito deteriorato o il contratto di credito deteriorato stesso, emesso da un ente creditizio stabilito nell'Unione, che agisce per conto di un acquirente di crediti*". Inoltre, il successivo art. 2, comma 1, si ripropone la definizione aggiungendo la formula "*conformemente al diritto dell'Unione e al diritto nazionale applicabili*".

26 Si rimanda alla ricostruzione contenuta in P. Carrière, *L'articolazione del regime di responsabilità patrimoniale della "società per la cartolarizzazione"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, 2, 254, data anche la rapsodicità e la disorganicità degli interventi succedutisi nel tempo. V. anche R. Magliano, cit., 328.

l'acquisto di crediti per scopi comunque funzionali alla propria attività caratteristica (*e.g.*, acquisto di crediti ipotecari nell'ambito di una più generale attività di valorizzazione e sviluppo immobiliare). Più dubbio è, invece, il caso in cui lo scopo di una società di capitali sia esclusivamente quello di un investimento in crediti (*e.g.*, acquisto di crediti chirografari): tale attività deve però certamente considerarsi professionale (nel senso di cui all'articolo 2082 c.c.) e comunque consentita alla luce di alcune indicazioni fornite dalla disciplina transitoria[27], sempre in linea con lo spirito dell'intervento legislativo[28]. In definitiva, le nuove regole sembrano disporre l'effettiva liberalizzazione dell'attività di acquisto di crediti in sofferenza, sia pure in un contesto definitorio che avrebbe forse meritato (già a partire dal livello della normazione europea) maggiore precisione.

Peraltro, è interessante notare come dal punto di vista *geografico* l'acquirente dei crediti possa essere un soggetto costituito o residente in qualsiasi parte del mondo: le norme prevedono un regime differenziato per acquirenti stabiliti nell'UE o nei paesi terzi, che prevede per questi ultimi, principalmente, l'obbligo di nominare un rappresentante in Italia o comunque in un paese dell'UE[29].

In ogni caso, le nuove regole relative all'acquisto non trovano applicazione con riguardo a buona parte dei soggetti *incumbent*. Mentre per le banche vi è una esclusione espressa nella definizione di acquirenti di crediti, le nuove norme prevedono eccezioni anche per gli intermediari 106 TUB e OICR di credito (in tutti tali casi, quando l'attività è esercitata in Italia), soggetti marginalmente interessati dalla riforma[30] poiché già destinatari di un complesso di regole autonomo in materia di acquisto e gestione dei crediti in

27 Se si osserva la disciplina transitoria nazionale, all'articolo 3 del D.Lgs. 116/2024 si legge che "*A partire dalla data di adozione delle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia* [...], *l'attività di acquisto di crediti a titolo oneroso prevista dall'articolo 2, comma 1, lettera b), del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 2 aprile 2015, n. 53, si intende riferita all'acquisto di crediti diversi da quelli classificati in sofferenza ai sensi del capo II del titolo V del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Dalla medesima data, l'articolo 2, comma 2, lettera b), del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 2 aprile 2015, n. 53, continua a trovare applicazione limitatamente alla fattispecie di cui al numero 1), punto ii*". In sostanza, quindi, si spiega che, con l'entrata in vigore delle nuove norme, i limiti all'acquisto di crediti da parte di agenzie di recupero crediti ex art. 115 TULPS vengono meno e – si deve concludere – possano eseguirsi senza limitazione; ma l'acquisto di crediti da parte di questi soggetti avviene palesemente per investimento, posto l'attività caratteristica di questi soggetti è l'agenzia di affari (i.e., l'attività per conto di terzi). Si può quindi ritenere che il riferimento all' "*attività professionale o imprenditoriale*" non pregiudichi l'acquisto almeno da parte di una società commerciale il cui oggetto sia (anche) l'investimento in crediti *non-performing* (ferme quindi le riserve di legge applicabili alle altre tipologie di crediti).

28 In tal senso, sembra deporre anche il testo della *Relazione illustrativa* al decreto di recepimento (cfr. pag. 4).

29 È importante notare che al rappresentante designato, in linea con le previsioni dell'articolo 19 Direttiva NPL "*si applicano le disposizioni del presente capo riferite all'acquirente di crediti in sofferenza*" e, quindi, risponde della corretta esecuzione dell'obbligo di nomina del gestore.

30 Cfr. art. 114.2 TUB, con la precisazione che l'esclusione riguarda in tutti i casi i crediti "*concessi o acquistati*", e quindi anche quelli eventualmente acquistati a loro volta sul mercato secondario.

sofferenza. È altresì prevista una eccezione per le operazioni di cartolarizzazione, che necessita di uno specifico approfondimento, per il quale si rimanda ad un paragrafo successivo.

4. Flussi informativi tra venditori, acquirenti di crediti e debitori ceduti

Poiché gli acquirenti di credito (come definiti sopra) non erogano credito e, tendenzialmente, non raccolgono risparmio[31], il Legislatore europeo ha stimato che il rischio sistemico relativo a tali soggetti risulti trascurabile e che, quindi, l'attività di acquisto dei crediti in sofferenza possa essere esclusa dall'ambito della riserva bancaria. Se, quindi, dal punto di vista macroeconomico l'allargamento del mercato secondario del credito non sembra destare particolare preoccupazione, il Legislatore della riforma sembra più che altro interessato a bilanciare l'aumento della liquidità del mercato (con maggiori potenziali acquirenti è più estesa circolazione del credito) con la tutela del debitore ceduto, nell'ottica della migliore protezione di quest'ultimo.

Come già detto, il principale presidio di tutela per i debitori risiede nell'obbligo per l'acquirente di nominare un soggetto professionale e sottoposto a vigilanza, selezionabile tra una banca, un intermediario 106 TUB, *oppure un gestore di crediti in sofferenza autorizzato ai sensi dell'articolo 114.6 e ai gestori di crediti dell'Unione europea operanti nel territorio della Repubblica ai sensi dell'articolo 114.9*, incaricato con un contratto scritto[32].

Questa tecnica di vigilanza indiretta, che sposta il focus dalla *titolarità* degli attivi alla loro *gestione* e scinde il momento *dell'investimento* da quello *dell'amministrazione*, trova ampi punti di contatto con le fattispecie della gestione del risparmio e, soprattutto, delle strutture di cartolarizzazione e realizza l'obiettivo di attrarre nella vigilanza strut-

31 In verità l'affermazione incontra un limite poiché, nei fatti, nulla vieta l'esecuzione da parte di acquirenti costituiti come società per azioni di raccolta mediante l'emissione di strumenti finanziari di raccolta (*e.g.* obbligazioni), chiaramente entro i limiti dettati dalle norme applicabili (*e.g.*, art. 2412 c.c.).

32 In tal senso depone la stessa relazione illustrativa al decreto di recepimento ("*Tale scelta è dettata, da un lato, da esigenze di vigilanza (mediante tale obbligo, infatti, l'autorità potrà sempre interfacciarsi con un soggetto regolamentato a fini di verificare il rispetto della normativa applicabile) e, dall'altro, dalla volontà di assicurare maggior tutela al debitore ceduto*").

ture contrattuali ed operazioni economiche svolte da soggetti che ne sono estranei[33].

L'oggetto dell'attività svolta dal gestore è l'esecuzione di *attività di gestione dei crediti* come specificata nell'articolo 114.1 TUB, che ricomprende la gestione di tutte le fasi del recupero del credito e della relazione con il debitore[34]. Il gestore è tenuto, in ogni caso, all'adempimento di specifici obblighi di correttezza e professionalità non dissimili da quelli, già oggi, applicabili ad un operatore professionale tenuto ad un diligente adempimento dei propri compiti[35]. Di per sé, tale disposizione, oltre a ricalcare pedissequamente il contenuto della Direttiva NPL[36], non sembra apportare un contenuto particolarmente innovativo salvo, forse, estendere anche agli acquirenti di crediti il parametro

33 Nonostante sia pacifico che la Direttiva SMD istituisca una specifica disciplina applicabile unicamente ai crediti deteriorati, la scissione tra investimento e gestione del credito non è una novità nel nostro ordinamento, in quanto si rinvengono ampie similitudini con la struttura delle cartolarizzazioni. In particolare, l'art. 2 comma 6, della Legge 130/1999 introduce nello schema delle cartolarizzazioni la figura del cd. *servicer*, titolare di due macro-funzioni: una relativa all'attività di riscossione dei crediti ceduti e l'altra concernente il controllo di conformità di tali operazioni alla legge e ai prospetti informativi. Dunque, nelle operazioni di cartolarizzazione, seppure formalmente il titolare di tali funzioni appare essere la società veicolo, nella sostanza l'amministratore dei crediti è il *servicer*, verificandosi una separazione necessaria per far sì, sia che i servizi vengano svolti da soggetti di particolare affidabilità ma, soprattutto, imprescindibile per la sottoposizione a controlli da parte di un'autorità di vigilanza, i.e. Banca d'Italia (cfr, A. Cinque, *Commento sub art. 2, commi 6 e 3, lettera c)*, in P. Ferro-Luzzi, C. Pisanti (a cura di), *La Cartolarizzazione*, Milano, 2005, 234 ss.). Più di recente, il concetto è ribadito dall'autorità di vigilanza (cfr. Banca d'Italia, *Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischiosità e linee di vigilanza*, 11 novembre 2021, in bancaditalia.it), laddove si evidenzia che la scelta di rimettere a banche e intermediari finanziari i compiti di *servicing* risponde all'esigenza di assicurare un effettivo presidio di conformità su tali operazioni, mediante il coinvolgimento diretto di soggetti vigilati e specializzati nella gestione dei crediti e dei flussi di pagamento.

34 Stante sempre il divieto di concessione di finanziamenti da parte di soggetti non autorizzati ai sensi di legge, l'art. 114.1 lett. b) prevede espressamente che l'estinzione anticipata e la posticipazione del termine di pagamento non costituisce finanziamento. Le attività di "gestione" vere e proprie riguardano "*1) la riscossione e il recupero dei pagamenti dovuti dal debitore; 2) la rinegoziazione dei termini e delle condizioni contrattuali con il debitore, in linea con le istruzioni impartite dall'acquirente di crediti in sofferenza, a condizione che non costituisca attività di concessione di finanziamenti ai sensi dell'articolo 106; a tali fini non costituisce attività di concessione di finanziamenti l'estinzione anticipata e la posticipazione dei termini di pagamento. Non rientra nel presente numero 2) l'attività svolta da intermediari del credito come definiti dagli articoli 120-quinquies, comma 1, lettera g), e 121, comma 1, lettera h); 3) la gestione dei reclami dei debitori riguardanti gli acquirenti di crediti in sofferenza, i gestori di crediti in sofferenza e i soggetti a cui sono state esternalizzate funzioni aziendali riguardanti la gestione dei crediti in sofferenza; 4) l'informativa al debitore relativa a ogni variazione dei tassi di interesse e degli oneri o a ogni pagamento dovuto*".

35 Cfr. art. 114.8 TUB.

36 Cfr. Art. 10, comma 1 Direttiva NPL. Va detto che la trasposizione della Direttiva NPL nel nostro ordinamento ha comportato l'introduzione, tra gli altri, dell'impegno dell'acquirente e del gestore ad agire, nelle comunicazioni con il debitore "*senza molestia, coercizione o indebito condizionamento*" (la versione inglese della Direttiva riporta i termini "*harassment, coercion or undue influence*"). Non è chiaro, però, il raccordo con le regole del diritto civile italiano, e se in particolare si intenda fare riferimento (i) alla formula già presente dall'articolo 25 del codice del consumo (che però per effetto della previsione dell'articolo 114.12 TUB, vien esteso a tutti i debitori); (ii) a fattispecie di natura penale (*e.g.*, 660 c.p - Quanto al concetto di "molestia", peraltro, lo stesso è stato oggetto di intervento recente in giurisprudenza (Cass. 26018/2023)). Si sarebbe, forse, potuto valutare una modifica della previsione italiana facendo riferimento ai concetti di "dolo" "raggiro" e "violenza" che appaiono maggiormente immediate nell'interpretazione.

di diligenza proprio degli operatori professionali del settore del credito[37].

Dal punto di vista della relazione intercorrente tra le diverse parti coinvolte nel processo di circolazione e recupero del credito in sofferenza, poi, va certamente evidenziato il considerevole aumento dei flussi informativi. Una novità significativa della Direttiva NPL è, infatti, la nuova disciplina di trasparenza, che riguarda sia i rapporti tra cedenti e cessionari di crediti che, più in generale, la tracciabilità della vita del credito durante tutta la sua esistenza. Si tratta quindi di un doppio livello di conoscibilità che interessa sia l'acquirente del credito come diretto interessato, sia il sistema creditizio più in generale, e che punta ad incrementare la liquidità del settore assicurando, allo stesso tempo, il controllo sul medesimo da parte delle autorità di vigilanza.

Dal punto di vista pratico, il primo flusso informativo intercorre tra venditore e acquirente già all'atto della negoziazione per l'acquisto del credito in sofferenza. Sotto questo profilo, il mercato creatosi con riguardo a tali attivi è sempre stato ritenuto tradizionalmente opaco, benché in via di prassi le procedure di dismissione prevedessero sovente attività di verifica (*due diligence*) da parte dei potenziali acquirenti[38]. La novità rilevante è quindi l'instaurazione di un sistema di trasparenza informativa obbligatorio relativo alle operazioni di acquisto, nel contesto del quale il venditore è tenuto a fornire all'acquirente "*le informazioni necessarie a [*quest'ultimo*] per effettuare una valutazione del credito e della probabilità di recuperarne valore, nel rispetto delle vigenti normative in materia di riservatezza*"[39]. L'obbligo di informativa è ulteriormente esplicitato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2023/2083, ai sensi del quale i cedenti forniscono ai potenziali acquirenti di crediti le informazioni necessarie a questi ultimi per effettuare

37 L'estensione degli obblighi di condotta agli acquirenti di crediti può interpretarsi come una regola "di chiusura", frutto dell'eccessivo scrupolo del Legislatore che di una effettiva necessità di normazione: per effetto dell'obbligo di affidamento in gestione in capo agli acquirenti, infatti, la relazione tra acquirente di credito e debitore ceduto appare sempre mediata dal gestore professionale, con la conseguenza che il caso di un diretto esercizio dell'obbligo di diligenza e correttezza da parte dell'acquirente/mandante sembra apparire più teorico che pratico.

38 Le questioni dell'opacità di mercato e della differenziazione degli attivi dismessi appaiono peraltro particolarmente rilevanti per le operazioni che hanno ad oggetto crediti deteriorati qualificati come *unlikely to pay*, che spesso si accompagnano, in sinergia, con la dismissione di vere e proprie "*piattaforme*" (i.e., i rami d'azienda relativi alla gestione dei crediti medesimi e/o ricomprendenti i rapporti contrattuali di affidamento di portafogli di crediti). La questione della maggiore trasparenza sembra essere considerata in modo particolare dal Legislatore eurounitario, che propone l'attuazione di una gamma di interventi finalizzati alla diffusione delle informazioni (cfr. COMMISSIONE UE, *Tackling non-performing loans*, cit. 9 ss.), affiancata ad un rinnovamento della disciplina delle c.d. cartolarizzazioni di NPL ed alla raccolta di best practices da adottare su base volontaria allo scopo di orientare il mercato verso soluzioni più efficienti (cfr. COMMISSIONE UE, *Guidelines for a best execution process for sales of non-performing loans on secondary markets*, C(2022)7277 final, in ec.europa.eu).

39 Cfr. Art. 114.4 TUB.

una valutazione del credito e della probabilità di recuperarne valore[40].

Dal punto di vista pratico l'obbligo di informativa è adempiuto mediante la fornitura di un set standardizzato di informazioni finalizzato alla valutazione del credito, secondo le prescrizioni della disciplina europea (*data tape*); la disciplina italiana estende quest'obbligo anche alle cessioni eseguite dagli intermediari autorizzati ex art. 106 TUB[41]. Non è però prevista una conoscibilità dei prezzi finali, né la registrazione delle operazioni in archivi/*repositories* a livello europeo e non è comunque quindi prevista una forma di *discovery* dei prezzi praticati sul mercato.

A seguire, l'esecuzione del contratto di cessione tra cedente e cessionario determina poi un flusso informativo verso il debitore ceduto, mediante una comunicazione informativa di contenuto standardizzato, trasmessa a valle della cessione nonché ogni qualvolta sia richiesta dal debitore ceduto; la comunicazione riporta, oltre ai dati del cessionario e del gestore, anche l'importo del credito vantato[42]. È utile segnalare che anche questa previsione si applica a *tutte* le operazioni di cessione eseguite sul mercato: non soltanto, quindi, alle cessioni in favore di *acquirenti di crediti*, bensì anche di banche, intermediari autorizzati 106 TUB, fondi e veicoli di cartolarizzazione, superando

40 È interessante notare come questa regola trovi applicazione a tutte le operazioni di cessione, anche quando l'acquirente dei crediti è una banca, sovvertendo quindi nei fatti la precedente impostazione.

41 In arg. v. peraltro le Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza, II.1.III, che differenzia la quantità di informazioni da fornire da parte di banche e intermediari 106 TUB.

42 L'articolo 114.10 TUB richiede alla Banca d'Italia di individuare un contenuto tipico dell'informativa, in linea con la prassi delle c.d. *welcome letter* già in uso sul mercato. Il testo delle Disposizioni di Trasparenza (Sezione VII-ter, paragrafo 4) precisa che la comunicazione informativa, da recapitarsi al debitore ceduto, deve contenere, tra gli altri: "(a) *"la notizia dell'avvenuta cessione, compresa la data dell'operazione e quella di efficacia della stessa; (b) il nome e il cognome o la denominazione, l'indirizzo o la sede e i recapiti dell'acquirente di crediti in sofferenza; (c) la denominazione, la sede e i recapiti del gestore di crediti in sofferenza o della banca o dell'intermediario iscritto nell'albo previsto dall'articolo 106 T.U., di cui si avvale l'acquirente di crediti in sofferenza per la gestione di tali crediti; [...] (f) un punto di contatto al quale il debitore può rivolgersi se necessario per ricevere informazioni presso il gestore di crediti in sofferenza, la banca o l'intermediario iscritto nell'albo previsto dall'articolo 106 T.U., [...]; (g) l'importo dovuto dal debitore al momento della comunicazione, con il dettaglio di quanto dovuto a titolo di capitale, interessi, commissioni e altri oneri; [...]"* . La comunicazione al debitore è redatta in un linguaggio chiaro e comprensibile, tenendo conto delle caratteristiche delle categorie di clientela alle quali è destinata. Le nuove regole si applicano esclusivamente con riguardo ai crediti in sofferenza, ma l'articolo 114.10, comma 5, consente una estensione delle regole ad altri casi, ed è quindi verosimile che in un prossimo futuro il quadro informativo in materia di notifiche ai debitori possa essere uniformato a tutte le operazioni di cessione.

le preesistenti discipline settoriali[43].

La ricostruzione della funzione e del ruolo dell'informativa di cessione prevista dall'articolo 114.10 TUB è critica e sintomatica dell'approccio regolatorio del Legislatore unionale; al fine di evitare conflitti con le discipline di opponibilità delle forme di cessione previste dal nostro ordinamento, le nuove disposizioni si applicano "*ferme restando le disposizioni dell'articolo 58 [*TUB, *i.e.*, le cessioni di crediti in blocco*] , per le cessioni soggette all'applicazione dello stesso, nonché le disposizioni previste dal codice civile e da leggi speciali, in materia di efficacia della cessione del contratto e di efficacia della cessione dei crediti nei confronti del debitore ceduto e dei terzi*": in sostanza, quindi, *l'informativa* non supera le formalità sostitutive della *notifica* di cessione, né ha un rilievo processuale ai fini dell'esecuzione. Addirittura, la relazione di accompagnamento al decreto di recepimento afferma che "*da tale informativa non discendono effetti giuridici (ad esempio, ai fini della efficacia della cessione)*"; ci si potrebbe quindi domandare quale sia l'effetto di questa particolare forma di pubblicità notizia e se una sanzione (almeno dal punto di vista del *public enforcement*) risulti concepibile in caso di mancato adempimento[44].

L'intenzione del Legislatore nazionale è chiara ma, al contempo, la formula proposta meriterebbe forse un più sicuro coordinamento con le ordinarie formalità civilistiche (artt. 1260 ss. c.c.), ciò in quanto l'informativa può considerarsi a tutti gli effetti una *notifica* della cessione (giacché ne include certamente i requisiti informativi minimi), e

43 Quando la cessione di crediti è eseguita in blocco, le Istruzioni di Vigilanza per le Banche (circolare 229 del 21 aprile 1999, formalmente non abrogata) prevedono che l'informativa avente ad oggetto l'avvenuta cessione debba avvenire "alla prima occasione utile" (*e.g.*, estratto conto, rata mutuo) (cfr. Titolo III, capitolo 5, sez. II, par. 1). La stessa formula viene impiegata nel provvedimento del Garante della Privacy "Cessione in blocco e cartolarizzazione dei crediti" del 18 gennaio 2007 (in Gazzetta Ufficiale n. 24 del 30 gennaio 2007) che impone l'obbligo di trasmettere l'apposita informativa sulla gestione dei dati personali, eventualmente, anche tramite la società incaricata dei servizi di servicing, allo scopo di garantire la maggiore conoscibilità dell'avvenuta raccolta dei dati preso terzi ad opera della cessionaria, in aggiunta alla pubblicazione dell'informativa privacy sulla Gazzetta Ufficiale.

44 In verità la versione aggiornata delle Disposizioni di Trasparenza di Banca d'Italia (Sezione VII-ter, paragrafo 4) prevede che la trasmissione della notifica di cessione costituisca atto prodromico all'avvio delle attività di recupero dei crediti, sia di tipo giudiziale che extra giudiziale. Il principio generale appare condivisibile ma, per contro, non è chiaro dal testo delle disposizioni di nuova introduzione cosa accada in caso di mancato recapito per anagrafica non aggiornata e comunque per fatti indipendenti dalla volontà del creditore (posto che trattandosi di crediti in sofferenza, infatti, non è verosimile che i dati forniti in sede di cessione siano aggiornati e che i gestori di crediti non abbiano accesso ai dati dell'anagrafe della popolazione per potere avere un aggiornamento in tempo reale sui dati di residenza). Inoltre, né la normativa primaria, né le Disposizioni di Trasparenza chiariscono se la trasmissione dell'informativa possa qualificarsi come un "obbligo di risultato". In aggiunta a quanto sopra, è utile segnalare che la nuova normativa non dispone alcuna forma di raccordo con le norme del codice di procedura civile relative ai giudizi di accertamento e alle procedure esecutive. L'assenza di un coordinamento espresso porta a concludere che la trasmissione dell'informativa non possa costituire una c.d. condizione di procedibilità per l'avvio di azioni giudiziali, fermo restando che non si ha purtroppo una certezza in merito. Del pari, la necessità di dare seguito alla notifica non sembra comportare una sospensione delle procedure attive.

produce quindi gli effetti degli articoli 1264, comma 1, c.c., e 1248 c.c.; verosimilmente, si è in presenza di una mera "*sgrammaticatura*" del Legislatore italiano contenuta nella relazione di accompagnamento, con la conseguenza che la regola dovrà interpretarsi soltanto nel senso della prevalenza delle discipline speciali in tema di efficacia, che non si avvalgono dello strumento della notifica individuale (*e.g.*, art. 58 TUB, anche quando richiamato dall'art. 4 Legge 30 aprile 1999, n. 130 in materia di cartolarizzazioni – di seguito la "Legge 130/1999").

Dal punto di vista della tracciabilità delle operazioni, particolare attenzione è stata dedicata alle segnalazioni da effettuare sia dagli intermediari cedenti che dagli acquirenti dei crediti in sofferenza (in quest'ultimo caso, per il tramite dei gestori). Tali segnalazioni includono l'identità degli acquirenti che, sebbene non siano vigilati direttamente, vengono comunque censiti. Gli acquirenti stabiliti fuori dall'UE sono soggetti a un ulteriore obbligo, ovvero la nomina di un rappresentante all'interno del territorio dell'Unione[45]. In sostanza, dunque, la titolarità di tali attivi è sempre monitorata. Oltre a questa forma di vigilanza informativa, vi è la partecipazione anche degli acquirenti alla Centrale dei Rischi, garantendo così che il credito bancario rimanga sempre "visibile" per il sistema fino alla sua estinzione. Anche queste segnalazioni vengono effettuate tramite il gestore.

Si può osservare che le nuove disposizioni in materia di segnalazioni, in sostanza, chiudono un *loophole* nazionale poiché, per effetto della riforma, *tutti* gli acquirenti di crediti sono tenuti a dare informazione circa i trasferimenti dei crediti e a partecipare alla Centrale dei Rischi, con la conseguenza che i crediti in sofferenza oggetto di circolazione restano tendenzialmente censiti per tutta la loro esistenza[46]. La disposizione ha portata innovativa rispetto al precedente regime: va ricordato, infatti, che nel vigore della precedente disciplina alcuni cessionari di crediti bancari (*e.g.*, società di recupero autorizzate ex art. 115 TULPS) non erano tenuti ad eseguire delle segnalazioni di vigilanza e a partecipare alla Centrale dei Rischi, con la conseguenza che alcune posizioni deteriorate, di fatto, dovevano essere cancellate dopo la cessione in favore di tali soggetti.

45 Gli acquirenti di crediti *non-performing* non stabiliti all'UE sono tenuti all'adempimento di un obbligo aggiuntivo, i.e., la nomina di un rappresentante domiciliato o stabilito nell'UE a cui le autorità competenti possono rivolgersi in aggiunta o in sostituzione dell'acquirente del credito. Il rappresentante è responsabile degli obblighi imposti agli acquirenti dei crediti ai sensi della Direttiva NPL.

46 Cfr. Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza I.10.II. L'obbligo di segnalazione decorre da giugno 2025

5. La nuova figura del gestore di crediti in sofferenza

La principale novità della riforma del 2024, che accompagna l'obbligo di affidamento in gestione a terzi dei crediti in sofferenza da parte dei relativi acquirenti, è l'introduzione di un nuovo soggetto vigilato, iscritto in un apposito albo[47].

Le attività esercitabili da tali soggetti comprendono principalmente la gestione dei crediti in sofferenza per conto degli acquirenti di tali crediti, oltre che alcune attività di carattere accessorio come il recupero stragiudiziale di crediti diversi da quelli in sofferenza di origine bancaria finanziaria, che sarebbero astrattamente soggette all'articolo 115 (TULPS)[48], ma per le quali si è espressamente evitato l'obbligo per i gestori di crediti di richiedere una doppia licenza.

Le attività connesse e strumentali includono poi la gestione immobiliare legata ai crediti per il tempo strettamente necessario alla loro cessione, e la fornitura di servizi informatici, elaborazione dati, formazione del personale, analisi economica e finanziaria, oltre ai servizi di informazione commerciale e consulenza su finanza d'impresa. Particolare accento nella documentazione di dettaglio è prestato alle forme di segregazione patrimoniale attuabili dal gestore per segmentare il proprio patrimonio ed i beni gestiti per conto degli acquirenti (*e.g.* beni immobili cauzionali oggetto di esecuzione\recupero). Tali previsioni si affiancano ai requisiti per la tutela dei fondi dei debitori, che prevedono l'impiego obbligatorio di conti bancari separati per i fondi ricevuti dai debitori, che devono essere considerati distinti dal patrimonio del gestore stesso.

È utile segnalare che i gestori di crediti in sofferenza *non* sembrano poter svolgere l'attività di "*soggetto incaricato della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento*" (*servicer*) in operazioni di cartolarizzazione; ciò in quanto la Legge 130/99 non è stata modificata in occasione del recepimento della Direttiva NPL[49]; tale incongruità nel quadro normativo rende complesso identificare quale dei due plessi normativi (regole sulla cartolarizzazione e regole sui crediti in sofferenza) si possa considerare *lex specialis* (dunque, prevalente) rispetto all'altra. Tale incertezza costituisce probabilmente una *deminutio* rispetto alle potenzialità operative di questi soggetti, conside-

47 In tal senso sono chiare le disposizioni dell'art. 114.6 del TUB e delle corrispondenti sezioni delle Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza, che in sostanza riconducono le attività del gestore di crediti nei c.d. ordinamenti sezionali (in arg. v. ad es. M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Monete e credito*, 1949, Id. *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 621 oltre alle fonti in nota 1); in linea di massima si è quindi di fronte all'istituzione di una nuova riserva "*minore*".

48 V. *supra*.

49 In effetti la revisione della Legge 130/99 era parte della delega legislativa. Cfr. L. 21 febbraio 2024, n. 15, art. 7, lett. l, che non ha trovato effettiva attuazione.

rato che l'attività di gestione dei crediti non contempla erogazione di nuovo credito e, quindi, non vi è ragione di una differenziazione con gli intermediari 106 TUB che invece possono ricoprire tale posizione (probabilmente, non solo nel contesto di operazioni relative a crediti in sofferenza). In tal senso, dovrebbe però ipotizzarsi, a maggior chiarezza, un adeguamento della Legge 130/99, con l'obiettivo di scoraggiare azioni giudiziali da parte dei debitori gestiti (il contenzioso sul tema della legittimazione attiva dei *servicer*, negli ultimi anni, è stato cospicuo)[50].

Le attività eseguibili dal gestore di crediti sono esternalizzabili a terzi, con modalità che riecheggiano, in forma semplificata, i dettami della regolamentazione applicabile a banche ed intermediari finanziari in materia di delega di funzioni operative. Tale previsione è particolarmente rilevante in Italia, perché consente al gestore di esternalizzare l'attività di recupero stragiudiziale del credito in favore di agenzie di recupero autorizzate ex art. 115 TULPS, come già avviene in pratica per i portafogli di crediti di titolarità delle banche e per quelli cartolarizzati[51]. Le attività di gestione e possono essere eseguite anche all'estero nell'Unione Europea, in base ad un sistema di *passporting*, sia mediante l'apertura di sedi secondarie che secondo la modalità della libera prestazione di servizi[52].

Come già anticipato, l'attività del gestore di crediti è soggetta *a riserva*; l'autorizzazione

50 Cfr. art. 2 comma 1 lett c) e comma 6 Legge 130/99. In verità, la Banca d'Italia nei suoi riscontri alla consultazione pubblica relativi alla normativa secondaria ha chiarito che "*Le operazioni di cartolarizzazione c.d. monotranche aventi ad oggetto esclusivamente crediti in sofferenza rientrano, invece, nel campo di applicazione delle nuove Disposizioni per la gestione di crediti in sofferenza. In questo caso, le società cessionarie di crediti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione potranno nominare per le attività di riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento, una banca, un intermediario finanziario iscritto nell'albo previsto dall'articolo 106 TUB, oppure un gestore di crediti in sofferenza autorizzato ai sensi dell'articolo 114.6 del TUB. In caso di nomina di un gestore di crediti in sofferenza, a quest'ultimo faranno capo anche le attività di verifica della conformità delle operazioni di cartolarizzazione alla legge e al prospetto informativo (cd. funzioni di master servicer)*". L'interpretazione è certamente interessante (oltre che favorevole ai gestori) e va accolta con favore; tuttavia, resta il tema del mancato adeguamento della legge 130/99 che era, peraltro, uno dei criteri di delega legislativa all'esecutivo, cui non è stato seguito.

51 Il tema dell'esternalizzazione da parte dei soggetti vigilati è particolarmente sentito, principalmente con l'obiettivo di evitare "*fughe dalla vigilanza*" e snaturare quindi il principio della riserva di attività. In arg. con riguardo alle banche EBA, *EBA guidelines on outsourcing arrangements*, EBA/GL/2019/02, in eba.europa.eu. v. anche P. DE GIOIA CARABELLESE, *I Contratti di Esternalizzazione dei Soggetti Vigilati: Normativa; Potere Sanzionatorio delle Autorità. Il Provvedimento EBA nella Filosofia del Single Supervisory Mechanism e in relazione alla Normativa Italiana* in *Contratto e impresa*, 2019, 3, 1123.

52 Uno degli elementi di maggiore innovazione della Direttiva NPL è la possibilità per il gestore di crediti autorizzato di prestare i propri servizi di gestione anche in Stati Membri diversi da quello in cui è stata ottenuta l'autorizzazione (artt. 13 e 14 Direttiva NPL; art. 114.9 TUB). La richiesta di autorizzazione a prestare servizi in uno Stato Membro terzo (c.d. Stato Membro ospitante) è inoltrata presso l'autorità competente del proprio stato di origine; l'autorità competente, a sua volta comunica la richiesta all'autorità dello Stato Membro ospitante. E' importante segnalare che non è prevista una nuova autorizzazione da parte dello Stato Membro ospitante: la prestazione dei sevizi di gestione avviene sulla base di un principio di *passporting* non dissimile nella sua struttura a quanto previsto per la prestazione di servizi bancari e finanziari in regime di libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi.

viene concessa dall'autorità competente, *i.e.*, la Banca d'Italia. La normativa delegata dettaglia il procedimento di approvazione ed elenca i relativi requisiti; rispetto ad altri intermediari autorizzati, il gestore non deve soddisfare requisiti minimi di capitale (più in generale, il gestore, non erogando nuovo credito, non è soggetto a vigilanza prudenziale e non soggiace a regole vincolanti in materia di solidità patrimoniale); in linea con altre attività riservate, però, è necessario dimostrare la sussistenza di determinati requisiti organizzativi nonché qualifiche soggettive in capo agli amministratori e ai partecipanti al capitale. L'attività dei gestori è soggetta a vigilanza informativa e ispettiva (oltre che regolamentare)[53].

6. Il difficile coordinamento tra Direttiva NPL e disposizioni in materia di cartolarizzazione

È di peculiare interesse il coordinamento, realizzato dal Legislatore, tra le disposizioni di recepimento della Direttiva NPL e la disciplina nazionale sulle cartolarizzazioni; l'impatto di queste norme è particolarmente rilevante, poiché il settore è particolarmente importante nel nostro Paese e, soprattutto, coinvolge un numero considerevole di soggetti non direttamente vigilati, che svolgono funzioni di gestione dei crediti cartolarizzati. Sfortunatamente, le disposizioni di nuova introduzione non riescono a realizzare un raccordo preciso tra i diversi corpi normativi e ciò determina l'insorgenza di un'incertezza circa l'esatto ambito applicativo.

Allo stato attuale, nell'articolato del TUB si rinviene una principale regola "*di raccordo*" che combina fonti nazionali ed europee: le disposizioni in materia di acquisto e gestione dei crediti, infatti, "*non si applicano alla gestione di crediti in sofferenza effettuata nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130, quando l'acquirente di crediti in sofferenza è una società veicolo per la cartolarizzazione di cui all'articolo 2, punto 2), del regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017*".

Questa previsione merita un approfondimento, poiché i due estremi normativi richiamati fanno riferimento a fattispecie soltanto in parte sovrapponibili e, di conseguenza, le regole applicabili alle operazioni di cartolarizzazione risultano diversificate.

In linea generale, tutte le operazioni di cartolarizzazione che prevedono l'effettiva ces-

53 La normativa delegata è piuttosto ricca in tal senso e disciplina in modo puntuale i flussi informativi e le prerogative della vigilanza. In arg. si vedano integralmente le *Disposizioni di vigilanza per la gestione di crediti in sofferenza.*

sione di crediti ad un veicolo[54], in Italia, sono soggette all'applicazione delle regole di cui alla Legge 130/1999; tuttavia, non tutte le operazioni di cartolarizzazione italiane rientrano nell'ambito del regolamento europeo in materia di cartolarizzazioni (di seguito, per comodità, *securitisation regulation* o "SecReg")[55]. Difatti, le "cartolarizzazioni" cui fa riferimento il regolamento europeo citato sono solo quelle in cui è presente una forma di segmentazione del rischio per gli investitori[56] come elemento caratterizzante dell'operazione; in sostanza, quindi, la struttura dell'operazione deve prevedere una gradazione della priorità di soddisfacimento degli investitori, tale per cui l'investimento eseguito da alcuni di essi risulta essere più rischioso, poiché postergato al pagamento di altri.

Per effetto di quanto precede, quindi, in italia possono esistere operazioni di "cartolarizzazione" (generalmente, quelle con emissione di una sola classe di titoli o *monotranche*) che sono certamente soggette alla disciplina di settore nazionale ma che, al contempo, non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento europeo e non ne seguono quindi le disposizioni, poiché non realizzano una gradazione del rischio per gli investitori coinvolti[57].

Poiché il Legislatore della riforma distingue le due categorie di cartolarizzazioni, si deve dedurre che le stesse saranno assoggettate a regimi diversi *anche* con riguardo all'applicazione del *framework* della Direttiva NPL. Ciò in quanto solo le cartolarizzazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del SecReg sono escluse dall'applicazione del regime introdotto dagli articoli 114.1 ss. TUB[58], che si applicherà invece alle altre opera-

54 Sono escluse, per chiarezza, le c.d. cartolarizzazioni sintetiche, in cui non viene trasferita la titolarità degli attivi cartolarizzati ma soltanto il rischio economico connesso agli stessi.

55 Per completezza, va detto anche vi sono alcune operazioni in cui non si realizza l'effettivo trasferimento della titolarità degli attivi cartolarizzati ma solo il rischio (c.d. cartolarizzazioni sintetiche).

56 C.d. *tranching*, nella sua forma più semplice realizzato prevedendo l'emissione di classi di titoli subordinati (*e.g.*, senior, mezzanine, junior etc.). Ex articolo 2 punto 2) del SecReg "*«società veicolo per la cartolarizzazione» o «SSPE»: una società, un trust o un altro soggetto, diversi dal cedente o promotore, costituiti allo scopo di effettuare una o più cartolarizzazioni, le cui attività sono finalizzate esclusivamente alla realizzazione di tale obiettivo, la cui struttura è volta a isolare le obbligazioni della SSPE da quelle del cedente*". Senza voler richiamare tutte le definizioni a loro volta contenute nel brano riportato sopra, ci si può focalizzare sulla definizione di "*cartolarizzazione*" contenuta nello stesso articolo del SecReg: "*«cartolarizzazione»: l'operazione o lo schema in cui il rischio di credito associato ad un'esposizione o a un portafoglio di esposizioni è diviso in segmenti, avente tutte le seguenti caratteristiche: a) i pagamenti effettuati nell'ambito dell'operazione o dello schema dipendono dalla performance dell'esposizione o del portafoglio di esposizioni; b) la subordinazione dei segmenti determina la distribuzione delle perdite nel corso della durata dell'operazione o dello schema; c) l'operazione o lo schema non crea esposizioni che possiedono tutte le caratteristiche elencate all'articolo 147, paragrafo 8, del regolamento (UE) n. 575/2013*".

57 *E.g. risk retention*, obblighi di due diligence etc.

58 Fatta eccezione per le novità applicabili a tutti gli operatori di mercato, come ad es. l'obbligo di trasmettere l'informativa di cui all'art. 114.10 TUB.

zioni (quelle c.d. *monotranche*).

Le nuove disposizioni che attuano la Direttiva NPL non sono però espressamente coordinate con quelle della Legge 130/1999 e, dunque, tale opera di ricostruzione del quadro normativo applicabile è rimessa necessariamente all'interprete. La sovrapposizione tra i due regimi però fa sì che, in pratica, molte norme di nuova introduzione non risultino avere un impatto pratico rilevante, principalmente per le ragioni che seguono:

(i) tutte le cartolarizzazioni italiane prevedono già oggi la nomina di un soggetto autorizzato (banca o intermediario 106 TUB) per la "*riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento*" (c.d. *master servicer*); di conseguenza, l'obbligo di nominare un gestore autorizzato per il recupero dei crediti risulta già nei fatti adempiuto a prescindere dall'applicazione delle previsioni della Direttiva NPL[59];

(ii) in via di prassi, i *servicer* dell'operazione di cartolarizzazione delegano l'effettiva attività pratica di recupero del credito alle agenzie di recupero autorizzate ex art. 115 TULPS (c.d. *special servicing*)[60]; tale schema di delega resta pienamente attuabile anche nel nuovo quadro normativo poiché le attività recupero crediti sono espressamente delegabili (114.3 comma 6 TUB); l'esternalizzazione disciplinata dalla Direttiva NPL ha regole sue proprie che, però, non paiono particolarmente innovative rispetto a quanto già si riscontra nella prassi; in pratica, dunque, l'unica differenza rilevante consiste nella circostanza che anche i nuovi gestori di crediti in sofferenza potranno essere nominati *special servicer* in operazioni di cartolarizzazione;

(iii) i veicoli di cartolarizzazione già partecipano alle segnalazioni in Centrale Rischi (art. 3 comma 3 Legge 130/1999) e, quindi, anche in questo caso non si rinvengono particolari novità[61]; i veicoli di cartolarizzazione eseguono inoltre delle segnalazioni di vigilanza specifiche che sembrano comunque *lex specialis* rispetto a

59 Cfr. art. 2, comma 6, Legge 130/1999. V. anche BANCA D'ITALIA, Circolare 288 del 3 aprile 2015, I.3.6. Si ricorda che la distinzione tra *master* e *special servicer* non si rinviene nella lettera della Legge Cartolarizzazione ma è, piuttosto, un precipitato della prassi. G. RUMI, *Securitisation*, Milano, 2001, 156.; D. GALLETTI, G. GUERRIERI, *La Cartolarizzazione dei Crediti*, Bologna, 2002, 69 ss.. Chiaramente, ritenendo le regole della Legge 130/1999 *lex specialis* rispetto alle previsioni del TUB, l'incarico di *master servicer* non potrà essere attribuito ad un gestore di crediti in sofferenza autorizzato ex art. 114.6 TUB.

60 Cfr. per riferimento la comunicazione *Servicers in operazioni di cartolarizzazione. Profili di rischiosità e linee di vigilanza*, 10 novembre 2021, in bancaditalia.it.

61 Cambia per la verità la fonte giuridica, a questo punto: in precedenza l'obbligo di segnalazione derivava dall'esecuzione di un potere attribuito alla Banca d'Italia, ora invece deriva dall'applicazione di una norma di legge.

quelle previste per gli acquirenti di crediti[62].

Le considerazioni riportate sopra sembrano, in sostanza, attutire significativamente l'impatto delle nuove norme sul regime delle cartolarizzazioni "nazionali", posto che da quanto sopra deriva l'assenza di variazioni sostanziali nella struttura di tali operazioni e nel novero dei soggetti autorizzati a partecipare. Le novità potrebbero quindi sostanziarsi nel nuovo obbligo codificato di informativa alla cessione (che trova però applicazione generalizzata a tutte le cessioni di crediti sul mercato secondario, come già visto sopra) e, soprattutto, l'applicabilità alle cartolarizzazioni nazionali dell'articolo 114.4 in tema di informativa al momento dell'acquisto dei crediti, nonché l'applicabilità degli obblighi di segnalazione in caso di successiva circolazione degli attivi acquistati[63].

7. Le nuove prospettive di mercato per i soggetti *incumbent*

Il nuovo ambiente normativo non prevede l'introduzione di nuovi *competitors* sul mercato primario del credito (i.e., erogazione di nuovi finanziamenti): il gestore di crediti NPL non è autorizzato a concedere nuova finanza ai debitori ceduti (né nuovi finanziamenti possono essere erogati dagli acquirenti) ma può soltanto negoziare dilazioni di pagamento. Se, dunque, non vi è impatto sull'attività di erogazione dei finanziamenti, un nuovo mercato si apre con riguardo ai servizi di gestione per conto degli acquirenti, in cui potranno operare banche (italiane ed UE) ed intermediari 106 TUB in competizione con i gestori di crediti italiani ed UE[64]. Allo stesso modo, a livello transnazionale, gli intermediari 106 TUB avranno la possibilità di prestare servizi di gestione in UE, subordinatamente all'esecuzione delle relative formalità.

Protagoniste indirette della riforma, però, sono le agenzie di recupero crediti autorizzate ex art. 115 TULPS che, pur non trovando espresso riconoscimento nelle disposizioni introdotte nel testo unico bancario, sono ripetutamente citate all'interno del decreto di recepimento e che, con riguardo a coloro le quali non vorranno formulare domanda

62 Cfr. Provv. Banca d'Italia del 12 dicembre 2023, *Disposizioni in materia di obblighi informativi e statistici delle società veicolo coinvolte in operazioni di cartolarizzazione*.

63 Sotto questo punto di vista, va ricordato che le cartolarizzazioni "europee" già beneficiavano di un regime di trasparenza differenziato per gli investitori (cfr. artt. 5 e 7 SecReg) che resta confermato.

64 Gli intermediari 106 potranno richiedere l'autorizzazione alla Banca d'Italia per prestare attività di gestione di crediti in sofferenza in altri Stati dell'Unione Europea, ai sensi degli articoli 114.2 e 114.6.

per ottenere la nuova licenza ex art. 114.6 TUB[65], dovranno confrontarsi con gli impatti della riforma.

Dal punto di vista dell'acquisto dei crediti, anche le agenzie di recupero crediti divengono "acquirenti di crediti" nel senso fatto proprio dalla riforma. Ciò comporta che anche tali soggetti possano acquistare crediti non-performing, ma con l'obbligo di nominare un gestore (formalità sino ad oggi non necessaria). L'acquisto di crediti non bancari, come ad esempio quelli delle utilities, resta soggetto alle previsioni del DM 53/2015, che ammette l'acquisto con limitazioni, come il limite del doppio del patrimonio netto[66].

Paradossalmente, né la normativa primaria, né quella secondaria disciplinano espressamente il caso che più probabilmente potrà verificarsi nella pratica, e cioè lo schema per cui (i) una società di recupero autorizzata ex articolo 115 TULPS acquisti un credito *non-performing*; (ii) la gestione del credito venga attribuita ad un gestore autorizzato; e (iii) quest'ultimo riaffidi all'acquirente del credito l'esecuzione delle attività di recupero sulla base di un accordo di esternalizzazione. In linea generale una struttura del genere non sembra vietata nel nuovo quadro normativo; ovviamente ciò sul presupposto che il gestore del credito abbia una piena visibilità circa le attività coinvolte e possa monitorare con piena trasparenza le attività svolte dal soggetto cui le funzioni di recupero vengono esternalizzate[67].

Dal punto di vista della gestione dei crediti, poco cambia per questi soggetti, stante una disposizione transitoria di grande rilievo pratico, secondo cui non costituisce attività di gestione di crediti in sofferenza l'attività di recupero stragiudiziale di crediti in

65 Il D.lgs. 116/2024 prevede peraltro alcune disposizioni transitorie al suo articolo 3 che consentono un periodo di attività transitorio di sei mesi, parallelo all'esecuzione del procedimento di autorizzazione per ottenere la nuova licenza. I soggetti che, alla data di entrata in vigore del decreto svolgono attività di gestione di crediti in sofferenza possono continuare a svolgere queste attività per un periodo di sei mesi successivi alla data di entrata in vigore delle disposizioni attuative della Banca d'Italia. Entro tale data, essi devono ottenere l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 114.6 oppure cessare di svolgere le attività.

66 Cfr. art. 2 DM 53/2015.

67 In tal senso, sembra potersi richiamare *mutatis mutandis* la posizione già espressa in materia di cartolarizzazioni da Banca d'Italia nella comunicazione *Servicers*, cit.. Le risposte di Banca d'Italia alla consultazione sembrano avallare questa ricostruzione, sull'assunto che l'incarico al gestore ed il successivo riaffidamento di specifiche funzioni di gestione non costituisca una elusione dell'obbligo di licenza: "*Le Disposizioni non impediscono a una società acquirente di crediti in sofferenza, che abbia affidato la gestione di tali crediti ad un gestore di crediti in sofferenza autorizzato dalla Banca d'Italia, di operare come fornitore di servizi di gestione di crediti in sofferenza per conto del gestore. Resta fermo che il gestore di crediti in sofferenza deve assicurare il rispetto di tutte le previsioni contenute nella Parte Prima, Capitolo 5, Sezione IV, delle Disposizioni, con particolare riguardo all'obbligo di mantenere "in ogni momento un'idonea struttura e operatività sostanziale, evitando di diventare un'entità vuota (c.d. "empty shell")", di svolgere almeno una parte dell'attività di gestione dei crediti in sofferenza e di assicurarsi che il fornitore di servizi di gestione di crediti in sofferenza sia in possesso della licenza eventualmente necessaria per lo svolgimento della o delle attività esternalizzate*".

sofferenza esercitata, sulla base di un accordo di esternalizzazione di funzioni aziendali, da soggetti autorizzati ex art. 115 TULPS, per conto di gestori di OICR, come SGR, SICAV, SICAF, banche e intermediari 106 TUB. L'esternalizzazione di funzioni da un *master servicer* di operazione di cartolarizzazione ai sensi dell'articolo 2, comma 6, Legge 130/1999 e da gestori di crediti in sofferenza autorizzati è inclusa in questa categoria: in sostanza, quindi, non solo si conferma l'ambito delle funzioni di questi oggetti ma, tra le altre cose, si sancisce in via definitiva la liceità dell'affidamento in gestione di crediti nelle strutture *master/special servicing* delle operazioni di cartolarizzazioni, che era stato contestato recentemente in giurisprudenza[68].

8. Questioni aperte

In definitiva, l'attuazione della Direttiva NPL in Italia ridisegna il quadro del mercato secondario del credito nel nostro Paese, sia pure con una certa continuità rispetto ad istituti e funzioni già esistenti e consolidati. L'introduzione del nuovo ruolo del gestore di crediti sembra integrarsi in modo abbastanza coerente nel sistema nazionale, anche se con riguardo ad alcune questioni di dettaglio il Legislatore nazionale (sia a livello primario che secondario) potrebbe valutare ulteriori chiarimenti su alcune questioni, ad oggi, rimesse all'attenzione dell'interprete.

Come visto, però, i risultati della riforma potranno (e dovranno) essere apprezzati a lungo termine, poiché l'elemento caratterizzate delle nuove norme non è soltanto l'ampliamento della platea dei potenziali acquirenti di crediti, ma anche l'aumento della trasparenza sul mercato ai fini di una corretta fissazione dei prezzi. Non va dimenticato, in tal senso, che l'apertura del mercato secondario del credito risponde all'esigenza del

68 La questione della legittimazione attiva dello *special servicer* è stata oggetto di dibattito in giurisprudenza con argomenti che sono stati proposti persino all'attenzione della giurisprudenza di legittimità. In linea generale, alcune prese di posizione della giurisprudenza di merito hanno fatto leva su argomenti di natura testuale della Legge 130/1999, in particolare sull'espresso richiamo alla figura di un soggetto autorizzato (c.d. *servicer*) per l'esercizio della funzione di incasso e gestione dei pagamenti nell'ambito della cartolarizzazione (in arg. cfr. Trib. Livorno (ord.), 18 dicembre 2023, Trib. Civitavecchia 27 dicembre 2023; Trib. Monza (ord.), 22 gennaio 2024, Trib. Rimini, 28 febbraio 2024, tutte in onelegale.wolterkluver.it). Queste giurisprudenze, in verità, non consideravano, oltre al dato della prassi, la circostanza che la funzione di recupero crediti per una banca e un intermediario finanziario ex art. 106 TUB fosse attività ritenuta pacificamente esternalizzabile, sia pure nei limiti e con le precisazioni previste dalla normativa secondaria (cfr. BANCA D'ITALIA, Circolare 288 del 3 aprile 2015, I.3.6). Tale impostazione era stata in ogni caso superata dall'intervento di legittimità di Cass. (ord.) 18 marzo 2024, n. 7243 (sempre in onelegale.wolterkluver.it), secondo cui "*dall'omessa iscrizione nell'albo ex art. 106 TUB del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici (titolo VIII, capo I, del TUB)*". Nonostante questo intervento, si erano registrate posizioni di senso contrario successive (cfr. Trib. Firenze (ord.) 27 maggio 2024, in onelegale.wolterkluver.it). Astrattamente, la pronuncia di Cassazione lasciava aperta la possibilità di una verifica in ottica di c.d. *public enforcement* circa la condotta dell'intermediario vigilato delegante; tuttavia, la nuova previsione introdotta dall'articolo 3 del D.Lgs. 116/2024 dovrebbe superare la questione, nel senso della piena legittimità dell'incarico ad agenzie di recupero crediti ex art. 115 TULPS conferito nel contesto di operazioni di cartolarizzazione.

Legislatore europeo di assicurare la solidità del comparto bancario, accompagnando la creazione di un mercato più liquido con altri interventi di carattere pubblico per la gestione dello stock di debiti deteriorati. Sarà da valutare come il nuovo sistema sarà in grado di attutire eventuali shock considerato, peraltro, che allo stato attuale si è ancora in attesa di comprendere se vi si sarà un incremento delle sofferenze da gestire quale "onda lunga" della crisi pandemica.

L'in house providing nei servizi pubblici di rilevanza economica:la prospettiva del diritto dell'economia a qualche anno dal riordino

CATERINA LUISA APPIO

Professore ordinario di Diritto dell'economia
Università LUM Giuseppe Degennaro

DAVIDE DE FILIPPIS

Professore a contratto in Diritto dei mercati finanziari
Università LUM Giuseppe Degennaro

[*] [**] SOMMARIO: 1. Delimitazione del problema. – 2. Il riordino dei servizi pubblici locali: concorrenza e *in house providing* a confronto. – 3. L'art. 14: la (apparente) equiordinazione delle modalità di gestione. – 4. L'art. 17: l'obbligo di motivazione. – 4.1. (Segue) lo *stand still*. – 4.2. (Segue) analisi periodica e razionalizzazione. – 5. Spunti dal d.lgs. n. 36/2023. – 6. Il modello nel mercato (competitivo) dei servizi pubblici: la prospettiva del diritto dell'economia.

1. Delimitazione del problema

Il recente riordino che ha riguardato i servizi pubblici di rilevanza economica offre lo spunto per proporre qualche riflessione sulla natura del rapporto tra auto-produzione e ricorso al mercato nella gestione dei predetti servizi pubblici[01].

[*] Il presente contributo è destinato agli Scritti in ricorso di Felice Gnagnarella.

[**] Sebbene frutto di una riflessione comune, i paragrafi 1, 2 e 3 sono da attribuirsi a Caterina Luisa Appio, mentre i paragrafi 4, 4.1., 4.2., 5 e 6 a Davide De Filippis.

01 Il tema è stato affrontato, tra gli altri, anche da L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in *Astrid-online.it*, la quale, a proposito del rapporto mercato – *in house*, rileva(va) come «il ricorso all'*in house providing* è da escludere quando per le caratteristiche economiche e tecnologiche di una attività o di un settore sono presenti soggetti economici in numero adeguato in grado di svolgere quella determinata attività e quando la competizione tra di loro (anche se "per" il mercato) può avere come effetto significativi vantaggi per gli utenti del servizio».

Preliminarmente, è opportuno perimetrare il campo della nostra indagine. Non si tratta di proporre un inquadramento dei requisiti necessari perché possa aversi una società *in house providing*, essendo questi ultimi oramai legislativamente fissati all'interno di una norma di legge (cui il d.lgs. n. 201/2022 pure rinvia)[02], ma di comprendere quale debba essere il rapporto tra il ricorso, da parte dell'ente affidante, al mercato e quello a tale modulo societario.

Questione non di poco conto, visto che, in assenza (o nell'incertezza) di un preciso dato normativo[03], la giurisprudenza e la dottrina hanno, anche per i servizi pubblici, interpretato il ricorso al mercato come prioritario rispetto all'affidamento alla società domestica[04].

A tanto si è pervenuti facendo perno, in particolare, sull'esistenza dell'obbligo (generale) di motivazione previsto, per l'affidamento *in house*, nell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). In particolare, il dover dare conto delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» e, accanto a questo, dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta[05] determinerebbe il carattere *secondario* e *residuale* dell'affidamento *in house*, collocando quest'ultimo in posizione eccezionale rispetto all'ipotesi di competizione mediante gara[06].

Peraltro, la Corte di Giustizia ha giudicato la possibilità di subordinare l'affidamento a società domestica all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto compatibile con la direttiva europea 2014/24[07]. E, sulla scorta dell'approccio adottato

02 Il riferimento è all'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016. La letteratura su tali requisiti è amplissima: v. già, all'indomani del Testo unico partecipate, V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, 2016, spec. 1039 ss.

03 Per i servizi pubblici di rilevanza economica, è noto che l'unico riferimento era rappresentato dall'art. 34, commi 20 e 21, d.l. n. 179/2012, abrogato dal d.lgs. n. 201/2022, che prevedeva la necessità di pubblicare una relazione «che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

04 Ricostruisce, con gli opportuni riferimenti, quest'evoluzione M. Dugato, *voce «Servizi pubblici locali»*, in *Enc. dir., I tematici III*, Milano, 2022, 1109 – 1110, e pure B.G. Mattarella, *Ambiguità e vicende degli affidamenti* in house, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2023, 1283 ss.

05 Anche con riferimento, prosegue la norma, agli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

06 All'indomani della pronuncia della Corte di Giustizia richiamata poco dopo nel testo, hanno ribadito il carattere eccezionale dell'*in house providing* alla luce del prescritto obbligo motivazionale, tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682, tutte e due in *Onelegale*. Nella recente giurisprudenza di merito, v. TAR Lombardia, Brescia, 22 maggio 2023, n. 454, in *Onelegale*.

07 L'ordinanza è Corte Giust. UE, sez. X, 6 febbraio 2020, nn. da C-89/19 a C-91/19, e si trova, tra gli altri, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss., con commento di B. Mameli, *In house providing – Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, e in *Urb. e appalti*, 2020, 353 ss., con nota di C. Contessa, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*.

in sede europea, anche la Corte costituzionale ha reputato legittimo l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato, rispondendo la previsione di cui al citato art. 192 comma 2, agli interessi costituzionalmente protetti della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza[08].

In questa prospettiva, dunque, perlomeno fino alla recente sopravvenienza legislativa in materia di servizi pubblici (e a quella in materia di contratti pubblici), sarebbe l'obbligo di motivazione a determinare il carattere eccezionale dell'affidamento *in house* rispetto alla regola della gara pubblica. Centralità dell'obbligo motivazionale (ma, forse, non eccezionalità del modello) confermata pure in occasione della recente estensione del ricorso all'*in house providing* per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici collegati all'attuazione del PNRR[09].

2. Il riordino dei servizi pubblici locali: concorrenza e *in house providing* a confronto

Da tale constatazione è possibile allora muovere per verificare se l'aggravio motivazionale, prescritto pure dalla recente sopravvenienza per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, costituisca indizio per la collocazione di tale modalità di affidamento all'esterno del confronto competitivo, configurandola, per il nostro settore, in termini di eccezionalità.

Per fare questo, appare necessario, preliminarmente, comprendere se il mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica possa ritenersi "permeato" dall'apertura alla concorrenza, tenendo presenti, ai nostri fini, solamente i richiami (testuali/espressi) alla concorrenza contenuti all'interno del d.lgs. n. 201/2022.

In questa prospettiva, colpiscono alcuni indici normativi: (*i*) l'art. 1, comma 3, che, riferendosi all'oggetto del riordino, richiama la finalità di assicurare «la tutela e la promozione della concorrenza» per gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse economico generale di livello locale e, comunque, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi per gli operatori interessati a erogare i predetti servizi; (*ii*)

08 Trattasi, nello specifico, di C. cost. 27 maggio 2020, n. 100, in *DeJure*. Per un commento alla pronuncia v. S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella* sharing economy, in *federalismi.it*, 7 ottobre 2020, 267 ss.

09 Il riferimento è, segnatamente, all'art. 10 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108, che precisa, al comma 3, che «ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali». Per un commento alla norma v. E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'*in house providing*, dall'eccezione all'evidenza pubblica a strumento per l'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contr. impresa*, 2022, spec. 1167 ss. Con riguardo a tale norma, è stato osservato da B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 1319, come «la disposizione si limita a segnalare alle amministrazioni l'utilità delle società *in house* per la realizzazione degli investimenti pubblici e, quindi, a fornire un supporto per la motivazione dell'affidamento: quasi un incoraggiamento a ricorrervi, in chiara controtendenza rispetto al disfavore legislativo degli anni precedenti».

l'art. 3, comma 2, che menziona la concorrenza tra i principi generali ai quali deve informarsi l'istituzione, la regolazione e la gestione dei predetti servizi; (*iii*) l'art. 9, commi 2 e 3, che fa rientrare il confronto competitivo tra le misure di coordinamento tra gli enti locali.

La pluralità dei riferimenti alla concorrenza potrebbe, in effetti, convincere che il quesito che si poneva dinanzi possa trovare una risposta affermativa; e ciò considerato che la concorrenza pare investire, tanto, a monte, il momento dell'istituzione del servizio[10], quanto, a valle, quello di gestione dello stesso, nonché, ancora, la sua regolazione.

Se fosse così, il precipitato di tale premessa (fondata, quindi, sul favore per la concorrenza) dovrebbe essere la riduzione a strumento eccezionale del ricorso all'autoproduzione, per definizione collocata al di fuori del confronto competitivo. Conclusione che, nondimeno, verrebbe smentita solo che si consideri la (apparente) equiordinazione delle diverse modalità di affidamento del servizio, inclusa pure quella dell'*in house providing*, confortando una simile impressione l'*incipit* dell'art. 14 del complesso normativo in discorso a mente del quale, nella scelta della modalità di gestione, occorre tenere conto del «principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi».

3. L'art. 14: la (apparente) equiordinazione delle modalità di gestione

Segnatamente, l'art. 14 prospetta quattro modalità di gestione del servizio pubblico, ovvero l'affidamento (*a*) a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, (*b*) a società mista e (*c*) a società *in house*. Resta ammessa la gestione in economia o mediante aziende speciali, «limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete»[11].

10 Sull'istituzione di un servizio pubblico la dottrina amministrativista sottolinea, comunque, la natura di carattere politico-amministrativo della scelta dell'ente locale: in tal senso v. P. Chirulli, *Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento*, in *Riv. Regolazione mercati*, 2023, 299, la quale aggiunge che la scelta «deve essere adeguatamente motivata sulla base di parametri oggettivi, e dunque non è espressione di discrezionalità pura», e F. Figorilli, *L'*in house providing *fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore*, in *Riv. Regolazione mercati*, 2023, 343, per il quale «la determinazione finalizzata all'istituzione di un nuovo servizio pubblico si configura sempre più come la logica conseguenza di una reale ponderazione comparativa tra le differenti opzioni astrattamente esercitabili, costringendo l'ente a decidere sulla scorta di tutti gli elementi emersi nel corso delle verifiche preliminari». In questa prospettiva, A. Moliterni, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 491, si spinge ad affermare che «appare evidente che, attraverso una simile proceduralizzazione, la dimensione politico-discrezionale delle scelte – che pure continua a caratterizzare le valutazioni di base degli enti locali – viene ad essere sottoposta ad un vaglio di razionalità, anche alla luce del principio di concorrenza».

11 A. Lucarelli, *Il nuovo Statuto giuridico dei servizi pubblici locali: tra concorrenza e mito del "privato" si consuma l'eccesso di delega. Considerazioni a margine del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 8 della legge delega del 5 agosto 2022, n. 118*, in *federalismi.it*, 17 aprile 2024, 168 ss., ipotizza – a proposito dell'esclusione del ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale – un eccesso di delega, non essendo il tema «mai entrato nella legge delega e nella discussione che si è sviluppata su di essa».

Nella medesima disposizione, si aggiunge che, ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale deve tenere conto, in sintesi, delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare (comma 2) e che gli esiti della valutazione condotta dall'ente locale siano contenuti in una relazione, stilata prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, nella quale «sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta» (comma 3)[12].

Sotto questo profilo, è da rilevare una differenza di non poco momento sul piano testuale, dacché, nell'elencare le diverse modalità di affidamento, il legislatore contempla – a proposito di quelle menzionate poco prima *sub* (*a*) e (*b*) – il «rispetto del diritto dell'Unione europea», mentre – per l'affidamento *in house* – i «limiti fissati dal diritto dell'Unione europea». Sicché, in un caso, si farebbe parola dell'osservanza del diritto dell'Unione europea e nell'altro dei *limiti* che tale diritto imporrebbe.

Notazione non da poco perché la locuzione legittimerebbe il pensiero che esistano *limiti* frapposti dal diritto eurounitario rispetto al ricorso all'*in house*. Vero è che – guardando proprio al diritto dell'Unione europea – l'impressione è che il riferimento ai *limiti* possa alludere alla sussistenza, in concreto, dei requisiti legittimanti il ricorso alla società domestica, piuttosto che doversi interpretare alla stregua di una "chiusura" del diritto europeo all'*in house*; chiusura che, in effetti, non sarebbe neppure predicabile.

Da questo punto di vista, difatti, il diritto europeo ha fatto prevalere, sul piano del "concorso" tra i modelli di affidamento, un approccio di tipo neutrale, cui si aggiungono, nel settore dei servizi di interesse generale, il principio di libertà di definizione e quello di proporzionalità[13]. Per di più (e a conforto dell'interpretazione proposta), l'indicazione della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione per la forma di affidamento prescelta sarebbe inclusa, per tutte le forme di gestione, nella dapprima richiamata relazione che l'ente locale deve redigere all'esito della valutazione relativa alla scelta della modalità.

Se decifrato in questi termini, il riferimento ai *limiti* del diritto europeo non sembrerebbe costituire un argomento in senso contrario alla prospettata pari ordinazione delle diverse modalità di affidamento dei servizi locali.

Nondimeno, qualche indicazione in contraddizione sembrerebbe provenire – per quan-

12 Come osservato da A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società* in house *di attività aventi rilevanza economica e affidamenti* in house *"convenzionali"*, in *federalismi.it*, 13 dicembre 2023, 48, la previsione in discorso sembra riprendere, «precisandone meglio i contenuti», la disciplina di cui all'art. 34 commi 20 e 21, d.l. n. 179/2012 (abrogata proprio dal d.lgs. n. 201/2022).

13 In tal senso v., di recente, con gli opportuni riferimenti, A. LUCARELLI, *op. cit.*, 170.

to tale argomento non possa considerarsi così determinante sul piano interpretativo[14] – dalla Relazione illustrativa del decreto legislativo in commento nella quale si precisa che l'affidamento a società *in house* (o a società mista) è possibile, «solo se le gestioni in concorrenza nel mercato non sono sufficienti e idonee» e, poco dopo, si aggiunge che vengono preferite «le modalità concorrenziali, e segnatamente lo strumento della concessione all'esito della procedura a evidenza pubblica»[15].

Preferenza che, come si diceva, sembra confermata pure dall'aggravio motivazionale, di cui occorre, ora, occuparsi.

4. L'art. 17: l'obbligo di motivazione

In particolare, l'art. 17 impone – in caso di affidamento *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici – l'adozione di una (qualificata) motivazione nella quale si dia espressamente conto delle ragioni del *mancato ricorso al mercato* ai fini di un'efficiente gestione del servizio[16], illustrando «i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house».

La norma avrebbe, quindi, riguardo sia a elementi di carattere economico (investimenti, costi del servizio per gli utenti e impatto sulla finanza pubblica) sia a elementi di carattere qualitativo o politico-sociale[17] (qualità del servizio e obiettivi di universalità e

14 In giurisprudenza, secondo Cass., sez. I, 2 ottobre 2018, n. 23950, in *DeJure*, «è vero che la relazione di accompagnamento non ha efficacia cogente, né tantomeno è, essa stessa, fonte del diritto; e, però, quando sia del tutto conforme all'enunciato ed al significato fatto palese dalla consecuzione delle parole usate (art. 12 preleggi), certamente può contribuire alla corretta interpretazione di una norma o di un combinato disposto normativo».

15 Così a pag. 4 della Relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118».

16 Come ricorda F. Goisis, *L'*in house *nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, 2ª ed., Torino, 2023, 270, già la legge delega (art. 8, comma 2, lett. g, l. n. 118/2022) prevede(va) l'obbligo di motivazione rafforzata in capo all'ente locale. Sulla valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, la giurisprudenza (v., segnatamente, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 536, in *DeJure*) ha chiarito che queste possono essere valutate solo al momento di entrata della società sul mercato «in quanto solo in quel momento si crea quel danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli operatori del settore».

17 Così W. Troise Mangoni, *La motivazione qualificata dell'affidamento* in house, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, 2ª ed., Torino, 2023, 323.

socialità); e, a questi, si aggiungerebbero il fattore relativo alla tutela ambientale[18] e quello afferente ai risultati conseguiti in precedenti gestioni dirette[19].

Ora, rispetto a un siffatto onere motivazionale, anche nel confronto con quello già previsto (e richiamato) dall'art. 192, comma 2, del "vecchio" Codice dei contratti pubblici, buona parte della dottrina è concorde nel ritenere che la norma di (più) recente conio non richieda la dimostrazione del fallimento del mercato per poter disporre affidamenti *in house*, trattandosi di una scelta discrezionale rimessa all'amministrazione affidante la quale dovrebbe valutare la maggior convenienza del modello dell'autoproduzione rispetto alle altre forme di gestione e, in generale, sul piano economico e qualitativo[20].

In altri termini, l'aggravio motivazionale richiesto per l'opzione a favore dell'*in house* non sarebbe, stando a quest'interpretazione, decisivo nel senso di ritenere una siffatta modalità di gestione come eccezionale nel mercato dei servizi pubblici locali e, quindi, da impiegare, sostanzialmente, quale deroga rispetto agli altri modelli.

In distonia, non sono mancate altre voci che, facendo leva sull'esplicitazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, hanno sostenuto l'(implicita) imposizione della regola della concorrenza e della gara, con conseguente marginalizzazione della possi-

18 Nel rendere esplicito tale dato, A. MALTONI, *op. cit.*, 45, nota come «una gestione interamente pubblica in house potrebbe garantire il conseguimento di più ambiziosi obiettivi di sostenibilità ambientale nella gestione dei servizi, stabilendosi ad esempio che tutti gli avanzi di gestione siano destinati in via esclusiva a dette finalità». In senso (quasi) analogo, W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, sottolinea come la gestione del servizio in funzione della tutela dell'interesse ambientale avrebbe una ricaduta immediata sui costi di gestione.

19 Sempre A. MALTONI, *op. cit.*, 46, sottolinea, con riguardo ai risultati delle pregresse gestioni *in house*, come tale raffronto potrebbe essere utile per dimostrare i benefici per la collettività dal punto di vista economico.

20 Concordano su questa posizione: A. MALTONI, *ivi*, 47; A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 493, e G. FARES e V. LOPILATO, *L'affidamento* in house *dei servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA – G. BRUZZONE – A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023, 304 - 305, i quali sottolineano come «nonostante la diffidenza nei confronti dell'autoproduzione, quale sistema meno efficiente, resta tuttavia impregiudicata la discrezionalità organizzativa dell'ente affidante, che è di tale ampiezza da incontrare il solo limite dell'obbligo di motivare una scelta che deroga al modello del mercato concorrenziale e che potrà essere sottoposta al sindacato del giudice amministrativo». Più critico, in generale, nei confronti degli adempimenti procedurali (e, nella specie, la motivazione) è B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 1336, per il quale «questa è la tragedia delle regole sull'autoproduzione, di cui bisognerà sopportare i costi fino a quando una parte rilevante del sistema amministrativo ne avrà bisogno».

bilità di optare per l'autorganizzazione[21].

A ogni modo, prima di prendere partito sulla prospettata diversità di vedute, è necessario confrontarsi con le ulteriori prescrizioni ("procedimentali") che la norma impone in caso di ricorso all'*in house providing*.

4.1. (Segue) lo stand still

La norma prosegue con la previsione dell'obbligo di stipulazione del contratto di servizio con la società domestica solamente decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione della deliberazione di affidamento alla società *in house* sul sito dell'ANAC[22].

La finalità della disposizione è stata individuata nell'assegnazione di una moratoria temporale, prima della stipulazione del contratto di servizio, preordinata a favorire l'esperimento di controlli e impugnative da parte dei soggetti legittimati, evitando così la conclusione del contratto di servizio in pendenza del giudizio[23]. Si prosegue, da parte di quest'opinione, rilevando, in contrapposizione con lo *stand still* previsto in materia di contratti pubblici, come la previsione di un termine più ampio sarebbe tale da garantire comunque la necessaria tutela giurisdizionale degli interessi eventualmente lesi dalla delibera di affidamento[24].

---

21 Cfr. A. Lucarelli, *op. cit.*, 174, che ipotizza «un'irragionevole compressione della libertà di scelta degli enti locali e territoriali che confligge con il quadro giuridico europeo e interno». Aggiunge A. Di Giovanni, *Affidamento a società* in house, in E. Picozza e A. Di Giovanni (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Commento sistematico al D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Torino, 2024, 146, che «la scelta compiuta dal legislatore di mantenere l'onere di motivazione rafforzato sembra destare dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale». In senso meno critico ma comunque restrittivo v. pure E. Zampetti, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2022-2023*, Roma, 2024, 359 ss., secondo cui «la verifica che l'ente deve svolgere ai fini dell'affidamento in house condiziona direttamente la scelta della forma di gestione, e lo fa a tutela del principio della concorrenza, in quanto il fatto che esistano imprese potenzialmente capaci di adattarsi al ritmo e al programma dell'ente dovrebbe far propendere per le forme di gestione che garantiscono il confronto competitivo». E, ancora, W. Troise Mangoni, *op. cit.*, spec. 328, il quale sostiene che l'art. 17 farebbe «emergere un chiaro *favor* del legislatore per l'affidamento dei servizi pubblici locali attraverso una procedura competitiva, con la conseguenza che la gestione *in house* viene considerata modello derogatorio, sebbene (...) si possa osservare come una simile concezione del rapporto tra regola ed eccezione sia considerato sì compatibile con l'ordinamento UE dalla Corte di giustizia, ma da esso non richiesto quale vincolo per lo sviluppo della concorrenza nel settore».

22 L'art. 17, comma 3, aggiunge che «la disposizione di cui al presente comma si applica a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti nei settori di cui agli articoli 32 e 35».

23 In questi termini G. Fares e V. Lopilato, *op. cit.*, 310, e A. Di Giovanni, *op. cit.*, 148.

24 Cfr., ancora, G. Fares e V. Lopilato, *ivi*, 310 – 311, cui si rinvia anche per una (sintetica) ricognizione degli orientamenti della giurisprudenza amministrativa sulle conseguenze del ritardo nella stipula o dell'inosservanza della clausola di *stand still* in materia di contratti pubblici.

L'impressione è che un siffatto termine dilatorio rispetto alla stipula del contratto di servizio possa rappresentare un argomento a sfavore della tesi della pari ordinazione tra concorrenza e autoproduzione: l'imposizione dello *stand still* – solo per questo tipo di affidamento (e non, come per i contratti pubblici, per tutti) – legittimerebbe l'idea secondo cui, per tale via, si offrirebbe ai soggetti legittimati (che non includono solo gli operatori potenzialmente interessati all'assegnazione del servizio ma anche le autorità competenti) la possibilità di far valere ragioni opposte a quelle dell'amministrazione affidante e, quindi, di rimettere in discussione la scelta operata da quest'ultima, con la pretesa di affermazione del confronto competitivo sull'*in house providing*.

4.2. (Segue) analisi periodica e razionalizzazione

Un'impressione, peraltro, confermata, a quanto pare, anche da un'altra disposizione, ovvero quella di cui al comma 5 dell'art. 17: l'ente locale deve difatti procedere all'analisi periodica e all'eventuale razionalizzazione (sempre periodica) delle partecipazioni pubbliche, dando conto, specificamente, «delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'affidamento del servizio a società in house, anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione».

In generale, per la razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche la norma rinvia all'art. 20 del d.lgs. n. 175/2016, che, com'è noto, si pone a presidio della corretta gestione delle risorse pubbliche, con l'obiettivo di valutare la permanenza in vita della società pubblica (non necessariamente domestica) e, al contempo, di tutelare e promuovere la concorrenza e il mercato[25]. Coordinando la norma in commento con il citato art. 20[26], la scelta sarebbe quella di imporre all'ente locale che possiede la partecipazione nella società domestica una (ulteriore) incombenza sul piano motivazionale, dovendo, nell'ambito del provvedimento contenente l'eventuale piano di riassetto per la razionalizzazione, fusione e soppressione delle società in cui detengono partecipazioni, fornire le ragioni prima richiamate.

Ed invero, in un simile contesto, la circostanza che l'ente locale debba spiegare le ragioni che giustificano il mantenimento dell'affidamento del servizio alla società *in house* lascia trasparire – neppure troppo implicitamente – una sfiducia nei confronti di tale

25 Obiettivi del processo di razionalizzazione già individuati da S. Fortunato, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in S. Fortunato e F. Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 95 ss. Sulla portata della norma si rinvia, altresì, ai contributi di: G. Marasà, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, spec. 812 ss.; E. Fabrizio, *Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, spec. 424 ss.; R. Ursi, *La razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche*, in R. Ursi e M. Perrino (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, Torino, 2020, 253 ss., e, più di recente, S. Del Gatto, *Le società pubbliche tra obiettivi di razionalizzazione e prospettive di rilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, 584 ss.;

26 Sul coordinamento tra le due norme, si rinvia a G. Fares e V. Lopilato, *op. cit.*, 313 ss., e A. Di Giovanni, *op. cit.*, 150.

modalità di affidamento, tanto più che il legislatore indica (chiari) parametri sulla base dei quali offrire questa spiegazione. Da questo punto di vista, più che la qualità dei servizi, pure menzionata nella norma, sembra determinante, ai fini della decisione se conservare o meno l'affidamento (*in house*), il profilo della sostenibilità economica, attesi i riferimenti, per l'appunto, al *piano economico* e ai *risultati conseguiti nella gestione*.

In questa prospettiva, appare più gravoso per l'ente affidante il compito di giustificare la propria scelta relativa all'autoproduzione: se, da una parte, anche l'art. 20, comma 2, del Testo unico partecipate contempla, ai fini della razionalizzazione, alcuni parametri legati all'andamento della gestione (economica e finanziaria)[27], dall'altra, nel caso che ci occupa, la valutazione sembrerebbe più estesa (per non dire, a tratti, generica) e potrebbe condurre finanche all'abbandono del modello gestorio a fronte di risultati che, nell'immediato, non risultino particolarmente brillanti. Risultati che, però, potrebbero risultare scarsi in un orizzonte temporale di breve termine solamente a cagione della peculiare struttura che connota lo spazio (mercantile) nel quale la società *in house* opera. La maggior parte del fatturato di quest'ultima società viene infatti prodotto in un'economia a circuito chiuso e, com'è stato notato, difficilmente, tra l'altro, potrebbe ritagliarsi l'autosufficienza economica operando al di fuori di questa e a parità di condizioni con gli altri operatori[28].

5. Spunti dal d.lgs. n. 36/2023

L'analisi che si sta conducendo deve (necessariamente) completarsi con il confronto – già preannunciato – con la disciplina dell'autoproduzione recata dalla recente riforma dei contratti pubblici. Invero, dell'utilità, sul piano interpretativo, del confronto potrebbe dubitarsi nella misura in cui sarebbe la norma del nuovo Codice (art. 7) a rinviare al d.lgs. n. 201/2022 per la disciplina dell'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale, sicché i due plessi normativi potrebbero reputarsi non comunicanti tra di loro, nel senso che, in punto di modalità di affidamento, le norme sui contratti pubblici non sarebbero applicabili all'affidamento dei servizi pubblici (che pure, in astratto, potrebbero rientrare nell'ambito applicativo delle prime) e viceversa.

Al contrario, si ritiene che l'analisi che si sta conducendo potrebbe giovarsi del raffronto proposto, specialmente nella prospettiva dello studio della tendenza verso cui il *sistema* si sta orientando nell'approccio all'autoproduzione.

Anche nel Codice dei contratti pubblici è prevista, quando la stazione appaltante o l'ente concedente opti per l'affidamento in via diretta alla società *in house* e non si tratti

27 Cfr., fra le altre, le lettere: d) (partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro); e) (partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti) e f) (necessità di contenimento dei costi di funzionamento).

28 In questi termini, M. Cossu, *Le Sezioni Unite affermano la giurisdizione ordinaria su* tutte *le società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1398 – 1399.

di prestazioni strumentali[29], l'adozione di un *provvedimento motivato* in cui si dia conto «dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche».

Come è possibile osservare, sul piano del contenuto la motivazione in discorso presenta qualche assonanza con quella prescritta in tema di servizi pubblici locali: si pensi, a tacer d'altro, ai vantaggi per la collettività oppure alla qualità (in questo caso) della prestazione oppure, ancora, agli obiettivi di universalità e socialità. Sembra, invece, scomparire il riferimento alle ragioni del mancato ricorso al mercato e ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, alludendo (ma in senso, francamente, ampio) la norma di cui ora ci stiamo occupando a tale profilo solamente nella parte in cui si fa menzione del razionale impiego di risorse pubbliche.

Accanto a questo si potrebbe cogliere un (altro) riferimento al mercato tramite il rinvio, operato dall'art. 7, comma 2, all'art. 3[30], vale a dire al principio dell'accesso al mercato; tale norma dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le *modalità* indicate dallo stesso Codice, «l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità».

Tra i primi commentatori, l'accesso al mercato nella sua declinazione del *principio* di concorrenza è stato inteso in senso strumentale: la concorrenza sarebbe strumento per il raggiungimento del miglior risultato possibile[31]; e, comunque, il riferimento alle modalità indicate dal Codice starebbe a significare la volontà di rinviare proprio a quella disciplina (che include la nostra modalità) per ribadirne il "dominio" a scapito dei tentativi di estensione pretoria del perimetro delle regole della concorrenza[32]. Specialmente in una siffatta ultima accezione, il principio in questione potrebbe essere qualificato come neutro, vale a dire interpretabile in termini sintomatici dell'assenza, nel Codice, di preclusioni rispetto all'autoproduzione.

È possibile, allora, tornare all'art. 7 e all'obbligo motivazionale per l'*in house*: il dato te-

29 In tal caso, l'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 prescrive una motivazione ancor più snella di quella di cui si riferisce poco dopo nel testo, ritenendosi sufficientemente motivato il provvedimento «qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici».

30 Tale norma non è la sola a essere richiamata, rinvenendosi pure il rinvio agli artt. 1 (principio del risultato) e 2 (principio della fiducia). Per un inquadramento dei diversi principi menzionati si rinvia a R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss., e G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 287 ss.

31 Così R. CARANTA, *ivi*, 1955, il quale aggiunge «in un certo senso l'interesse pubblico (risultato) prende il sopravvento su quello privato (competizione), che diventa occasionalmente protetto».

32 In questi termini G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 294.

stuale parrebbe, nella prospettiva appena indicata, confermare l'opinione che la dottrina ha proposto riguardo al ruolo pari ordinato che l'autoproduzione assumerebbe rispetto al ricorso al mercato nell'ambito dei contratti pubblici. È stato infatti notato come il Codice dei contratti pubblici avrebbe "normalizzato" l'*in house providing*, prevedendosi sì la motivazione circa il ricorso all'autoproduzione ma non anche la dimostrazione del fallimento del mercato[33]. Per questa tesi, la divergenza di trattamento dell'autoproduzione – pur a fronte della (dichiarata) osservanza, in un caso (contratti pubblici) e nell'altro (servizi pubblici locali), del medesimo principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione – sarebbe poco ragionevole quando non addirittura in odore di incostituzionalità[34].

6. Il modello nel mercato (competitivo) dei servizi pubblici: la prospettiva del diritto dell'economia

Sulla scorta della constata (indubbia) diversità di trattamento dell'autoproduzione nelle due (pur affini) discipline, è giunto il momento di tirare le fila del discorso, allargando – necessariamente – lo sguardo al fine di cogliere – se si riesce – l'essenza del fenomeno che stiamo considerando riguardata, partitamente, dall'angolo visuale del diritto dell'economia.

La scelta, da parte dell'ordinamento, di regolare e, contemporaneamente, intervenire, con la forma che quella stessa regolazione ammette, nel mercato dei servizi pubblici locali è d'interesse per la sua (a tratti) unicità: lo Stato detta (finalmente) il modo nel quale si devono gestire i servizi pubblici e, nel decretarne, l'apertura al mercato sembra precludersi o, più correttamente, restringersi di molto le possibilità di intervento. Da un lato, si è dunque compresa, anche in ragione della natura degli interessi che sono coinvolti (cui oggi si aggiunge, espressamente, pure la sostenibilità ambientale: v. *supra*), la necessità di un intervento regolatorio idoneo a sottrare all'instabilità il mercato dei servizi pubblici locali[35]. Sotto l'altro profilo (quello dello Stato "imprenditore"/"azionista"), si è, come si diceva, cercato di rendere, per via proprio dell'aggravio motivazionale (e non solo) già descritto, più ardua la scelta di entrare, da parte del medesimo ente locale, nel mercato per mezzo di una propria articolazione organica.

Certamente, non è difficile scorgere le motivazioni in concreto sottese a una simile (ultima) scelta, motivazioni, forse, più politiche (o, se si preferisce, di salvaguardia delle

33 Il virgolettato e il pensiero sono di R. Caranta, *op. cit.*, 1957; nello stesso senso v. pure L.M. Fera, *L'*in house providing *nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato*, in *federalismi.it*, 20 novembre 2024, 50, e, anche se in modo dubitativo, G. Napolitano, *ivi*, 295, il quale aggiunge, a proposito della motivazione, che rimarrebbe comunque «la previsione di un onere aggiuntivo che il diritto europeo non impone».

34 Così sempre R. Caranta, *ivi*, 1958.

35 Tentativo, com'è noto, non nuovo se si pensa a quello – poi naufragato per effetto della pronuncia di C. Cost. n. 251/2016 – di cui all'art. 19 della l. 7 agosto 2015, n. 124.

risorse pubbliche) che legate a un autentico *favor* per la competizione; gli è, però, che le ricadute di questa opzione incidono, a livello di sistema, sul rapporto tra iniziativa pubblica e privata che, inutile ricordarlo, dovrebbe essere pari ordinato[36].

All'affidamento alla società *in house* da parte della pubblica amministrazione (costituente/affidante) si riserva, a quanto pare, un'area di intervento che, per quello che la disciplina sul riordino prevede, dovrebbe essere limitata, in definitiva, ai casi di fallimento del mercato, in continuità con la tesi, sopra riferita, che sostiene la marginalizzazione dell'autoproduzione. Se, infatti, le ipotesi (residuali) d'intervento sono, sostanzialmente, quelle in cui il mercato non è riuscito a esprimere un soggetto (privato) interessato a gestire il servizio, la conseguenza sarebbe l'impossibilità, per l'ente e la sua società domestica, di affrancarsi da quella situazione (di mercato) dove, come detto, è già di per sé difficile raggiungere l'autosufficienza economica. E, quindi, l'iniziativa pubblica sarebbe relegata a un ruolo recessivo rispetto a quella privata.

Conclusione cui, con le precisazioni già fatte, non è possibile pervenire, invece, nel caso dei contratti pubblici, ove sembrerebbe maggiore la libertà della stazione appaltante di procedere con questo tipo di affidamento.

In una prospettiva d'analisi giuseconomica del modello nell'ambito che ci riguarda, sarebbe allora sostenibile una limitazione dell'interventismo (imprenditoriale) dello Stato, avendo prescelto – nella regolazione delle forme d'intervento – una limitazione dell'iniziativa della pubblica amministrazione, pur a fronte del riconoscimento (a questo punto, solo sul piano formale) del principio di auto-organizzazione della stessa amministrazione. Ma, l'impressione è che, come si è cercato di evidenziare, questo valga limitatamente al mercato studiato, ovvero quello dei servizi pubblici di rilevanza economica prestati a livello locale, trattandosi, forse, di una (rara) eccezione al cospetto di un'espansione ormai inarrestabile delle forme di interventismo statale[37], ormai non solo imprenditoriale/azionario ma che includerebbe finanche declinazioni in punto di

36 Che l'iniziativa economica possa essere assunta tanto da privati quanto da pubblici operatori è, al vertice, ricavabile dall'art. 41, comma 3, Cost.: in questo senso v., già, F. GALGANO, Sub *art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna - Roma, 1982, spec. 13. Sull'intervento dello Stato nell'economica v., tra i più recenti (e senza alcuna pretesa di esaustività), i contributi di G. LUCHENA, *Il "nuovo" intervento pubblico nell'economia: come sistema di deroghe e come coprogrammazione a impulso europeo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. 4/2022, 57 ss.; M. CLARICH, *Concorrenza, regolazione e intervento dello Stato nell'economia*, in 2023, in *CERIDAP*, 123 ss.; G. MULAZZANI, *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, Bologna, 2023, 13 ss. ove una ricognizione (e ulteriori riferimenti bibliografici) circa l'evoluzione del rapporto tra Stato e mercato, e, anche con riguardo al rapporto tra diritto ed economia, F. CAPRIGLIONE, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, 2ª, Cedam, 2023, spec. 3 ss.

37 Basti pensare al ruolo vieppiù assunto dalla Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.: in argomento si veda, se si vuole, il mio *Separazione e destinazione nella Cassa Depositi e Prestiti. Lineamenti di un patrimonio destinato «soggettivizzato»*, Milano, 2023, spec. 1 ss.

programmazione[38].

38 Molto di recente si rinvia al contributo, sul tema, di G. LUCHENA, *La programmazione dell'economia nell'era dello stato resiliente: tendenze, obiettivi, regolazione per incentivi*, in questa *Rivista*, 6 dicembre 2024, 1 ss.

L'assicurazione tra passato e presente

GASTONE COTTINO E MAURIZIO IRRERA

SOMMARIO[01]: 1. Le origini dell'assicurazione – 2. Il nuovo volto del contratto di assicurazione – 3. La storia «parallela» dell'assicurazione sulla vita – 4. Assicurazione ed impresa. Assicurazione, capitale e gruppi finanziari – 5. La «funzione sociale» dell'assicurazione. L'assicurazione quale fenomeno diffuso. La contaminazione con il mondo bancario e finanziario. – 6. L'assicurazione nel tempo presente. Le opzioni di politica legislativa e l'evoluzione normativa

1. Le origini dell'assicurazione

L'assicurazione, intesa come contratto di indennità contro i rischi della navigazione, si manifesta originariamente in Italia, soprattutto tra i mercanti genovesi e fiorentini del Trecento; nasce sul mare, per estendersi, gradatamente, al traffico terrestre.

All'origine essa stenta a distinguersi dal prestito marittimo, cioè dalla convenzione per cui l'armatore della nave riceve una somma di denaro da restituirsi al mutuante maggiorata di interessi solo se questa sia giunta salva a destinazione: prestito nel quale si è spesso ravvisato un prototipo del contratto, nella forma di assicurazione «rovesciata» (con «l'indennizzo» pagato anticipatamente ed acquisito dal mutuatario

01 Il presente articolo rappresenta la rielaborazione ed il continuo aggiornamento nel tempo della Sezione iniziale (dal medesimo titolo) della parte dedicata all'Assicurazione da Gastone Cottino nel suo celebre Manuale di *Diritto commerciale*, 2^ ed. (vol. II, tomo II), Cedam-Padova, 1996 (e prima ancora nella 1^ ed. del citato manuale, vol. II, Cedam-Padova, 1978). Il brillante affresco è poi transitato nel vol. X di O. Cagnasso, G. Cottino e M. Irrera, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, nel *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Cedam-Padova, 2001 (e poi nella 2^ ed. M. Irrera, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Cedam-Padova, 2020), per poi trovare – oggi – collocazione quale capitolo introduttivo del volume *Lineamenti di diritto assicurativo*, 2^ ed., a cura di M. Irrera, Zanichelli-Bologna, 2025. Rappresenta, pur nei suoi intrinseci limiti, il desiderio di mantenere vivo il ricordo e la memoria di un grande Maestro del diritto commerciale.

se invece la nave andasse perduta).

Soltanto a partire dal XIV secolo l'assicurazione viene assumendo definitivamente, nell'*humus* mercantile italiano, i connotati di contratto individuale di copertura di un rischio, ed acquista – per via statuaria o consuetudinaria – le caratteristiche con le quali sarà recepita nelle legislazioni contemporanee. Anzitutto per la presenza della polizza, originariamente accompagnantesi, di regola, ad un atto formale notarile. In secondo luogo, per l'affermarsi del requisito dell'*interesse* dell'assicurato all'assicurazione, che cioè i beni siano esposti ad un rischio reale, un requisito che distingue (almeno sulla carta e non senza qualche smagliatura) l'assicurazione dalla semplice scommessa. Infine, per la progressiva professionalizzazione dell'attività assicuratrice.

Il sensale, o mezzano, diventa a Venezia nel XVI secolo una figura chiave del contratto di assicurazione (che qui non viene concluso, come accade invece generalmente, per atto notarile). Egli è caratterizzato da connotati di professionalità e conoscenza tecniche e anche da un'attività di assistenza al cliente che ne consentono, pur con tutta la prudenza del caso, un avvicinamento alla figura attuale del *broker*. È il sensale a porsi alla ricerca dell'assicuratore, a tenere i libri dei conti tanto per gli assicuratori quanto per gli assicurati.

2. Il nuovo volto del contratto di assicurazione

Tra il diciasettesimo e il diciottesimo secolo si determina una svolta decisiva nella configurazione dell'istituto. Grazie alle nuove tecniche di calcolo matematico delle probabilità, si passa dalla contrattazione individuale, e da un computo e da un frazionamento più o meno approssimativi e rudimentali dei rischi, alla contrattazione di massa posta in essere da imprese di dimensioni crescenti, specializzate nella copertura di rischi diversificati. Imprese le cui connotazioni sono decisamente lontane, specialmente nel campo terrestre (l'assicurazione marittima conserva, per forza di cose, un maggior margine di empiricità), da quegli elementi di scommessa sul verificarsi del sinistro che per molti secoli avevano «inquinato» il contratto.

È un'evoluzione che si accelera tra la fine del Seicento ed il Settecento allorché, nel nuovo *humus* capitalistico, si gettano le basi dell'assicurazione contemporanea; appare emblematica la vicenda del caffè londinese del signor Lloyd divenuto in breve volgere di tempo il centro del mercato inglese delle assicurazioni.

Questi secoli rappresentano uno spartiacque tra la forma individuale dell'assicurazione e l'assicurazione come contrattazione di massa.

Né pare casuale il fatto che le compagnie di assicurazione prendano a rivestire la forma azionaria prima che questo avvenga per le imprese manifatturiere, che durante la Rivoluzione industriale rimangono essenzialmente a base individuale o personale.

Nel Settecento anche i pubblici poteri cessano di disinteressarsi dell'assicurazione.

È nel diciottesimo secolo che, di fronte al moltiplicarsi dei fallimenti degli assicuratori

a cui facevano contrasto le esigenze di un traffico navale in turbinosa espansione, si promuove la costituzione di compagnie privilegiate. E con le codificazioni si darà, sia pur limitatamente all'assicurazione marittima, una disciplina globale dell'istituto.

Il controllo pubblico dell'attività assicurativa costituisce la novità saliente dell'assicurazione contemporanea. La regolamentazione del contratto rimaneva infatti in larga parte il frutto dell'autonoma elaborazione degli stessi assicuratori.

Anche nella realtà odierna, in cui i rapporti tra potere politico e potere economico tendono a farsi più problematici e dialettici, il confronto sul piano legislativo non è facile; lo dimostrarono a suo tempo le tenaci resistenze agli aspetti meno favorevoli alle compagnie della legge sull'assicurazione obbligatoria autoveicoli. Lo confermano i cospicui privilegi fiscali di cui gode l'assicurazione: dalla non tassabilità delle riserve matematiche alla detraibilità in sede di dichiarazione dei redditi dei premi assicurativi.

3. La storia «parallela» dell'assicurazione sulla vita

L'assicurazione sulla vita ha avuto inizialmente un ruolo del tutto subalterno, sia perché scarsamente distinguibile dall'assicurazione danni sia perché spesso e volentieri confusa con la pura e semplice scommessa.

Il fine previdenziale oggi normalmente perseguito dall'assicurazione sulla vita è sconosciuto nel Medio Evo (dove era nota e praticata se mai una figura completamente diversa, la rendita vitalizia). L'assicurazione è sulla morte, contro i danni che questa arrecherà all'assicurato.

Nell'età di mezzo mancano le premesse tecniche per una vera e propria assicurazione sulla vita; il suo sviluppo è strettamente legato alla determinazione delle probabilità di durata della vita umana. Ora le prime tavole di mortalità furono redatte alla fine del Seicento. Inoltre, l'assicurazione sulla vita non ha goduto buona stampa, proprio per gli elementi di ambiguità che la circondavano, sino alle soglie della codificazione. Se si eccettua l'Inghilterra, dove era praticata abitualmente (e l'Italia, dove era usata tanto come assicurazione danni che come scommessa e dove comunque prassi e dottrina le erano favorevoli), essa era vietata in Francia, Prussia, Olanda. La prima regolamentazione prussiana è del 1794; mentre in Francia essa si diffonde dopo l'entrata in vigore del codice di commercio del 1807, che pur tacendone non ne vietava la stipulazione.

Oggi l'assicurazione vita è uno tra i rami più floridi dell'attività assicurativa: un imponente strumento di drenaggio e di formazione e di canalizzazione del risparmio. Esso ha esteso progressivamente la sua sfera di applicazione e di influenza a campi collaterali. Ci si riferisce in primo luogo alle operazioni di capitalizzazione, ossia a quei contratti coi quali «l'impresa si impegna, senza condizioni relative alla durata della vita umana, a pagare somme al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività» (art. 179, 1° comma, cod. ass.): che si collocano ai confini tra l'attività assicurativa a quella finanziaria e più

del secondo che del primo tipo. Ma anche, oggi con particolare attualità, alla gestione di fondi collettivi costituiti per l'erogazione di somme in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell'attività lavorativa.

Con questi interventi si apre, o si amplia, il capitolo dell'attività previdenziale delle compagnie. La «riforma» pensionistica, erodendo sostanzialmente le basi su cui calcolare i futuri trattamenti di quiescenza e rendendone più smilze e precarie le prospettive economiche, ha infatti aperto nuovi spazi all'intervento delle compagnie. E questo sia indirettamente attraverso il potenziamento dei fondi pensione (a cui oggi i lavoratori dipendenti possono destinare anche il loro TFR), sia direttamente influendo sulle scelte individuali indotte a rendere più consistenti, con la stipulazione di polizze integrative, le speranze e le aspettative del cittadino medio per il tempo successivo alla conclusione della sua attività lavorativa.

4. Assicurazione ed impresa. Assicurazione, capitale e gruppi finanziari

La storia dell'assicurazione si è felicemente coniugata con l'evoluzione economica medioevale e post-medioevale. La modernizzazione, razionalizzazione e generalizzazione delle tecniche e del mercato assicurativo hanno sintomaticamente accompagnato la formazione del capitalismo contemporaneo, mercantile, industriale e finanziario. Il collegamento tra assicurazione e impresa, e impresa di un certo tipo e dimensioni, ha segnato un decisivo giro di boa rispetto alle originarie modalità di esercizio dell'attività assicurativa, caratterizzando il passaggio dal pionierismo individualistico e avventuroso dei secoli XIV e seguenti, al tecnicismo, altamente organizzato e sofisticato, dell'attività di massa svolta in progresso di perfezionamento delle imprese assicuratrici del XVIII e XIX secolo.

L'attività assicurativa riveste oggi un ruolo significativo nella nostra economia; si pensi che nel 2023 il rapporto tra i premi del portafoglio diretto italiano ed il prodotto interno è stato pari al 6,2%.

È un settore dunque molto importante: i premi lordi ammontano ad oltre 129 miliardi di euro; essi sono riferibili per il 30% circa al ramo danni e per il 70% circa al ramo vita.

Nel contempo si è assistito ad una poderosa concentrazione delle imprese assicurative italiane, sia numericamente (essendo passati dalle circa 200 compagnie di inizio XXI secolo alle 85 del 2023), quanto al peso dei principali gruppi assicurativi (anche stranieri) operanti sul nostro mercato: i primi 5 coprono infatti circa il 50% del mercato, mentre i primi 10 gruppi raggiungono quasi il 63%.

Tra questi la parte del leone (in tutti i sensi e non solo per la sua nota effige) la fa – come è risaputo – il Gruppo Assicurazioni Generali che nel 2002 aveva inglobato Ina-Assitalia: oggi la presenza sul mercato assicurativo di imprese controllate dallo Stato o da enti pubblici si concentra in grandissima parte in Poste Vita (che fa parte del Gruppo Poste Italiane) che incide per circa il 12% sul portafoglio diretto italiano; ancora negli anni '90 del secolo scorso, invece, l'ammontare delle riserve tecniche di Ina-Assitalia

superavano quelle di tutte le imprese private.

Non solo. Nel 2006 il Gruppo Generali ha acquistato anche Toro Assicurazioni che nel 2003 era passata dalla Fiat alla De Agostini; mentre nel 2021 ha rilevato il Gruppo Cattolica Assicurazioni. Sempre di più le Generali, il quarto gruppo assicurativo europeo (dopo la tedesca Allianz, seconda al mondo, la francese Axa e la svizzera Zurich con cui «combatte» per il terzo posto...), costituiscono uno snodo decisivo del capitalismo italiano: l'elezione – ogni triennio – del consiglio di amministrazione delle Generali è ormai diventato un classico, combattuto scontro del mondo finanziario.

Tra gli altri gruppi assicurativi che dominano il mercato italiano vi è il Gruppo Unipol che nel 2013 aveva rilevato Fondiaria Sai e che ricopre la seconda piazza nella raccolta premi dei rami danni. Mentre da oltre un decennio Intesa Sanpaolo Assicurazioni è saldamente presente (tra il secondo e il terzo posto) nella raccolta premi dei rami vita, segnando in modo plastico la contaminazione tra banca e assicurazione (su cui cfr., *infra*, par. 5.4.). La storica compagnia torinese Reale Mutua Assicurazione resiste ed anzi rappresenta – in buona sostanza – l'unica sopravvissuta di una nobile stirpe, quella delle mutue assicuratrici.

Sembrava perciò che sui due binari paralleli (concentrazioni spinte, da un lato, e quasi completa uscita dal mercato delle imprese assicurative pubbliche, dall'altro) su cui viaggiava a ritmi sostenuti l'attività assicurativa nel nuovo millennio non vi fossero ostacoli: ma così non è stato. La conferma è venuta ancora una volta da una delle ricorrenti crisi sistemiche del capitalismo finanziario, quella americana scoppiata nel 2008 che ha indotto il governo a stelle e strisce ad intervenire con denaro pubblico (in stridente contrasto con l'ortodossia liberista statunitense), ‹‹prestando›› (e divenendo socio all'80%) l'astronomica somma di 180 miliardi di dollari per salvare l'AIG (all'epoca il primo gruppo assicurativo mondiale), nella consapevolezza che l'insolvenza di una realtà di quelle dimensioni avrebbe provocato nel sistema danni non misurabili e certamente ben maggiori di quelli conseguenti al fallimento di una delle principali banche al mondo come Lehman Brothers. Un modo per significare la centralità dell'universo assicurativo nel capitalismo moderno ed una nuova nemesi storica: il potere pubblico espunto dal mercato è chiamato a salvare il mercato.

Potere pubblico che – in questo ambito – presto verrà chiamato a fornire garanzie alle compagnie assicurative nel rilascio delle polizze cosiddette catastrofali (sismi, alluvioni, frane, inondazioni, esondazioni), dirette cioè a dotare le imprese produttive di idonee coperture contro le crescenti calamità naturali (un nuovo settore denominato convenzionalmente «cat nat»): rischi che – senza un robusto intervento di garanzie pubbliche – le compagnie non avrebbero verosimilmente voluto assicurare o lo avrebbero fatto con premi «stratosferici».

5. La «funzione sociale» dell'assicurazione. L'assicurazione quale fenomeno diffuso. La contaminazione con il mondo bancario e finanziario

5.1. Non a caso si è insistentemente parlato di una funzione sociale delle assicurazioni private. In esse si ravvisava l'apertura verso una più ramificata partecipazione democratica ed una qualificata destinazione ed impiego del risparmio. L'assicurazione, si è ancora osservato, ripristinando i beni distrutti dal sinistro, ricrea posti di lavoro, fornisce mezzi per tutelare la salute e fronteggiare le malattie o la morte; garantisce commercianti, produttori ed operatori autonomi contro le alee incombenti sulle loro attività; premunisce i cittadini dai rischi provocati da queste stesse attività, dalle minacce dell'inquinamento e dalla sperimentazione, rispetto alle quali rappresenta un contraccettivo interno al sistema; offre a coloro cui il *Welfare State* in declino non darà più sufficienti garanzie di decorosa sopravvivenza la possibilità di ricostruire, se ne avranno i mezzi, adeguati equipollenti.

Non a caso si sono sottolineati questi aspetti del fenomeno. L'asserita funzione sociale delle assicurazioni ne rappresenta infatti una solida base di legittimazione formale. Nella delicata dialettica tra capitale finanziario ed interessi collettivi, tra libertà di mercato ed eventuali politiche pubbliche, essa ha rappresentato un forte elemento ideologico a favore della prima delle due opzioni possibili. È stata sostanzialmente, pur tra oscillazioni, la carta vincente, come eventi remoti e no paiono confermare.

5.2. Non tutto è andato sempre liscio, infatti, nei rapporti tra pubblici poteri e compagnie assicuratrici. Un primo significativo episodio risale all'inizio del Novecento, allorché Nitti e Giolitti nazionalizzarono le assicurazioni sulla vita, attribuendo il monopolio del loro esercizio all'Istituto Nazionale per le Assicurazioni e contro la legge statizzatrice si scatenò una dura tempesta. Contro chi sosteneva che i tempi erano maturi per sottrarre alla sfera privata e porre nelle mani dello Stato la più evoluta delle forme di risparmio, nonché l'ingentissimo patrimonio rappresentato dalle riserve matematiche, onde essere impiegato in opere di progresso nell'interesse della collettività, si ergeva il liberismo ortodosso di Luigi Einaudi, secondo il quale «la previdenza volontaria eleva e nobilita l'individuo; la previdenza obbligatoria lo riduce al livello di un impiegato pubblico, che consuma tutto lo stipendio perché ha la sicurezza della pensione pagata dallo Stato ed intanto lascia alla morte la famiglia senza capitali e tuttavia strepita per aumenti di stipendio, per case a buon mercato, senza far opera atta a guadagnarsi lo stipendio maggiore ed a costruire le intraprese atte a procurargli la casa bella».

A mettere tutti d'accordo fu allora il fascismo che, pagando uno dei vari prezzi al capitale finanziario per l'appoggio da esso dato alla marcia su Roma ed all'avvento della dittatura, cancellò nel 1923 il monopolio pubblico delle assicurazioni sulla vita. L'Istituto Nazionale delle Assicurazioni – INA – ossia l'ente pubblico cui tale monopolio era stato riservato avrebbe agito in concorrenza con le imprese private, che, come contropartita, avrebbero dovuto cedergli una parte del loro portafoglio.

Un compromesso in definitiva favorevole alle compagnie: conclusosi poi coerentemente

con la soppressione dell'obbligo di cessione di una quota dei rischi all'INA (art. 27 del d.lgs. 23 dicembre 1992, n. 513) in attuazione della seconda direttiva vita e con la stessa privatizzazione dell'INA. Quest'ultima, infatti, come si è già osservato, è stata trasformata in s.p.a. ed è stata poi, come si è ricordato, assorbita dalle Assicurazioni Generali.

Un secondo episodio è relativamente più recente: e nasce da processi riformatori che le compagnie italiane videro al tempo in chiave di minacciosa influenza pubblica; che in realtà, essendo legate alle prime direttive comunitarie, erano di pura e accorta razionalizzazione.

Ci si riferisce alla l. 24 dicembre 1969, n. 990 (oggi confluita nel codice delle assicurazioni) che introdusse nel nostro sistema l'assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli ed i natanti. Approvata in attuazione della Convenzione di Strasburgo del 1959, essa fece significativamente dieci anni di anticamera.

La presenza del fondo di garanzia per le vittime della strada, lo snellimento della procedura di risarcimento, l'eliminazione di alcune remore alla risarcibilità del danno, il principio in altre parole della generalizzazione della copertura assicurativa per le vittime della strada potevano ad avviso delle grandi compagnie accrescere i costi dell'assicurazione, schiudendo eventualmente la porta a più penetranti interventi pubblici. Dietro l'angolo della legge sembrava stare in agguato, ancora una volta, il temuto spettro della nazionalizzazione.

Alla fine, tuttavia non successe nulla di apocalittico; la nuova disciplina ebbe il suo regolare corso, le compagnie non furono insidiate nella loro libertà di azione sul mercato. Insomma, tanto tuonò che (non) piovve. Oggi le polizze auto rappresentano oltre il 40% dei premi raccolti nei rami danni; risultano assicurati quasi 33 milioni di veicoli, per i quali si registrano circa 1,8 milioni di sinistri. Alcune interessanti novità come la scatola nera (ovvero sistemi telematici installati sul veicolo che registrano percorsi e stili di vita) o il sistema di risarcimento diretto cosiddetto Card (che copre oltre l'80% dei sinistri e quasi il 50% degli importi) contribuiscono, da un lato, a ridurre il premio e, dall'altro, ad accelerare la liquidazione dei sinistri (effettuati dalla propria compagnia), riducendo i costi della gestione dei sinistri.

5.3. L'onda lunga si è chiusa senza conseguenze traumatiche. Il ricorso all'assicurazione è divenuto un evento abituale della vita quotidiana. Nella società contemporanea si sono accresciuti esponenzialmente sia i rischi di carattere universale, consustanziali alla scelta del modello economico dominante, sia i rischi che in modo più insidiosamente articolato si insinuano nelle pieghe dell'esistenza dei singoli. Dall'atomo all'ambiente, dalla circolazione ai trasporti alla distribuzione e impiego dei prodotti alla salute e sicurezza delle persone e delle cose, alle professioni, un intreccio ha progressivamente coinvolto tanto gli operatori quanto le loro (possibili) vittime, tanto chi possa essere chiamato a rispondere quanto chi intenda cautelarsi dal pericolo di danni di incerta risarcibilità.

Si è realizzata quella che potrebbe chiamarsi la necessità o inevitabilità del ricorso all'assicurazione. Il fenomeno ha avuto punte estreme in paesi dove – si pensi agli Stati Uniti – ogni cittadino è avvolto da un reticolo di polizze cui destina gran parte del proprio *budget* familiare. Costituisce una più netta linea di tendenza ovunque siano state ridotte le basi del *Welfare State*; in questa direzione va il sempre maggior peso che le polizze sulla salute hanno nel mercato assicurativo moderno. Sicché quasi insensibilmente si determina una situazione per cui il bisogno di ricorrere all'assicurazione si generalizza e l'incrocio tra interessi privati e collettivi in qualche modo si ripropone. Un intreccio ancora più stretto, come si è accennato, dinanzi alle ricorrenti crisi economiche ed ai cosiddetti nuovi rischi.

5.4. Grazie alla *deregulation* iniziata negli anni Novanta del secolo scorso le sinergie tra banche e assicurazioni sono divenute via via crescenti. Per le prime l'ingresso nel mondo assicurativo è servito per diversificare le fonti di ricavo, soprattutto nei lunghi anni in cui il fenomeno inflattivo sembrava sepolto, portando con sé una consistente riduzione del margine di interesse tra raccolta ed impieghi. Inoltre, la possibilità di offrire alla clientela prodotti alternativi (soprattutto quelli dei rami vita dotati di un più spiccato valore «sociale», abbinato pur sempre ad una componente finanziaria ragguardevole) rispetto a quelli bancari o finanziari tradizionali è parsa un'occasione troppo ghiotta da lasciarsi sfuggire.

Per le seconde, la cooperazione con le banche ha portato in buona sostanza ad un consistente sviluppo – a costi contenuti (ovvero le commissioni retrocesse agli istituti di credito) – della rete distributiva e ad un più ricco *set* informativo – che le banche storicamente possiedono – sulle condizioni economiche e finanziarie della clientela. Dunque, diversificazione dei ricavi per il mondo bancario e finanziario e significativo ampliamento, attraverso gli sportelli degli istituti di credito, della rete distributiva delle imprese di assicurazioni; nei rami vita quasi il 60% dei premi raccolti transita, infatti, dai canali distributivi bancari e postali. Non solo, ma le banche di maggiore dimensioni hanno iniziato a partecipare al capitale delle compagnie (nel 2019 le banche erano presenti nel capitale di 35 imprese assicurative e in 8 detenevano una partecipazione di maggioranza) ed anche a creare proprie imprese assicurative che – nei rami vita – rivestono un ruolo di primo piano, come nel caso di Intesa Sanpaolo Assicurazioni o, in misura minore, Mediolanum Vita. Ma le compagnie assicurative non sono rimaste a guardare come testimonia – in direzione opposta – la creazione nel 1998 di Banca Generali.

La contaminazione tra i due mondi riguarda anche i prodotti assicurativi, quelli dei rami vita in particolare. Le polizze *unit* e *index linked* (v., *infra*, cap. I, par. 3 e cap. XVI, Sez. II, parr. 1e 2) che non casualmente sono distribuite prevalentemente nei canali bancari e che si sono sviluppate soprattutto in corrispondenza storica con la progressiva *derugulation* del nostro sistema finanziario, hanno come caratteristica peculiare quella – in buona sostanza – di trasferire quasi integralmente il rischio dalla compagnia allo stesso assicurato-risparmiatore, in platica contraddizione con l'essenza stessa del

fenomeno assicurativo in cui è l'impresa che assume il rischio del verificarsi dell'evento: una sorta di alto tradimento della vocazione del mondo assicurativo alla neutralizzazione dei rischi.

6. L'assicurazione nel tempo presente. Le opzioni di politica legislativa e l'evoluzione normativa

6.1. Pur esorcizzati gli spettri ormai lontani della nazionalizzazione e pur invocando – quando necessario e molto più di recente – l'intervento del potere pubblico sotto forma di garanzie al fine di garantire l'assicurabilità di vecchi e nuovi rischi ambientali, il problema del controllo dell'esercizio assicurativo rimane sul tappeto. Forse in termini mutati, ma rimane: secondo modalità che, per quanto non orientative della politica aziendale, garantiscano il regolare funzionamento delle contrattazioni e la conservazione dell'integrità patrimoniale delle compagnie.

Una completa e pur da molte parti auspicata *deregulation* sarebbe inipotizzabile nello stesso interesse del sistema assicurativo nel suo complesso. Il punto è pertanto di vedere quali regole imporre, e con quali contenuti.

L'ordinamento introdotto dal testo unico del 13 febbraio 1959, n. 449 disegnava in effetti un quadro abbastanza penetrante di interventi pubblici: dall'autorizzazione, data a determinate condizioni, a società per azioni aventi un capitale minimo, alle rigide prescrizioni in ordine alla formazione delle riserve tecniche e matematiche, all'approvazione delle tariffe e condizioni di polizza, alla vigilanza sull'attività assicurativa. Si affermava peraltro già allora che questa disciplina era semplicemente rivolta a garantire «alla collettività la realizzazione del servizio assicurativo» e che non postulava interventi di carattere pianificatorio e promozionale sulle scelte e strategie delle imprese.

Da tale angolo visuale l'interesse «collettivo» costituiva un limite all'esercizio dell'attività, non un punto di riferimento positivo del suo svolgimento. Le finalità del regime di autorizzazione e di controlli pubblici, si affermava pertanto, non andavano oltre la salvaguardia del buon funzionamento delle imprese e delle legittime aspettative degli assicurati.

In altre parole, le linee essenziali dell'ordinamento emergente dal testo unico erano legate, ad avviso dei più, a presupposti di ordine tecnico assicurativo e non a considerazioni più generali sulla situazione del mercato. Con la loro accentuata spinta liberalizzatrice le direttive comunitarie hanno portato a compimento questo processo sotto il profilo normativo.

Ma non hanno, si ripete, eliminato il problema in sé. L'accentuato svuotamento degli aspetti di interferenza pubblica – quali l'abolizione della vigilanza sulle tariffe e sulle condizioni di polizza imposti dall'*èsprit liberiste* delle direttive – non poteva spingersi sino allo smantellamento del controllo.

Anzi. L'apertura di nuove frontiere all'evolversi, su base internazionale e multinazionale, dei mercati mobiliari, creditizio e assicurativo, se da un lato ha condotto ad

allentare la presa sulla libertà di movimento, di espansione, di concentrazione ed internazionalizzazione (ed anonimato) dei capitali, dall'altro l'ha accentuata e per certi aspetti appesantita su quello della vigilanza e dell'esercizio dell'attività.

Il reticolo normativo, ed in non lieve misura burocratico, indotto da direttive, leggi e regolamenti nonché dalle sempre più articolate e complesse mansioni affidate nei vari campi alla Banca d'Italia, alla Consob e, sul piano assicurativo, all'ISVAP (oggi IVASS), fa da singolare, ma forse inevitabile contrappunto all'emancipazione delle imprese dalle velleità programmatorie degli anni Sessanta del secolo scorso.

La filosofia della trasparenza e della correttezza gestionale e patrimoniale, quindi dell'osservanza di precise regole del gioco, nonché, in ambito specificamente assicurativo, i principi di salvaguardia patrimoniale delle aspettative degli assicurati comportano, se attuati, un prezzo sul piano della disciplina. Anche le direttive, pur tese come si diceva a spianare ogni ostacolo alla libertà di stabilimento ed incompatibili con qualsiasi funzionalizzazione delle imprese, debbono in qualche misura pagarlo.

6.2. È un prezzo che si paga, pare, anche sul terreno della razionalizzazione normativa. Se razionalizzazione significa infatti chiarezza e certezza di disciplina, quel che è accaduto, a partire dalla fine degli anni Settanta e dagli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, non pare offrirne un esempio particolarmente luminoso.

Sino al 1978 la materia era retta, per ciò che concerne la regolamentazione del contratto, dal codice civile e, per quanto riguarda l'esercizio dell'attività assicurativa, dal testo unico del 1959. Il codice civile si è sostanzialmente conservato intatto: e, pur con le rughe dell'età, offre tuttora all'interprete un quadro di riferimento preciso, anche se non più esauriente perché in parte delineato dalle leggi speciali (come quella sull'assicurazione obbligatoria autoveicoli e le numerose in materia di responsabilità civile ed obbligo assicurativo). Il regime dell'esercizio dell'attività assicurativa è stato invece sottoposto a un martellante processo di modifiche e di modifiche delle modifiche che ha impresso alla produzione normativa un ritmo quasi sussultorio.

In principio era, come si diceva, il testo unico del 1959. Poi sono sopravvenute tre generazioni di direttive, da cui sono scaturiti altrettanti provvedimenti legislativi di attuazione. Senonché sia le direttive sia le leggi ed i decreti di attuazione hanno cammin facendo divorato se stessi. Ciò è accaduto in modo particolarmente traumatico nel passaggio dalla seconda alla terza generazione.

Con la prima, si era sostanzialmente accantonato il testo unico del 1959. La l. 10 giugno 1978, n. 295, per il ramo danni, e 22 ottobre 1982, n. 742 per quello vita, hanno infatti reso operative nel nostro ordinamento le direttive 24 luglio 1973, n. 239 e 5 marzo 1979, n. 267.

La seconda generazione di direttive ha portato avanti il processo innovativo e riformatore. La n. 357 del 1989 e la n. 619 del 1990 hanno dato una prima attuazione alla regola della libera prestazione dei servizi assicurativi nell'allora Comunità europea e si

sono tradotte nei d.l. 15 gennaio 1992, n. 49 e 23 dicembre 1992, n. 515. La direttiva n. 618 del 1990 modificava intanto, in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, le precedenti direttive n. 239 del 1973 e 357 del 1988 trovando attuazione con il d.lgs. 23 dicembre 1992, n. 509. Altre due direttive, la n. 641 del 1984 e la n. 343 del 1987, in materia di assicurazione di assistenza turistica, crediti e cauzioni e tutela giuridica, erano nel frattempo rese operative con il d.lgs. 26 novembre 1991, n. 393.

A questo punto è intervenuta la terza ondata di direttive, la n. 49 e la n. 96 del 1992, i cui decreti legislativi di attuazione avevano praticamente fatto *tabula rasa* della legislazione precedente; il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174, in materia di assicurazione diretta sulla vita, abrogava infatti la l. 22 ottobre 1986, n. 742 e il d.lgs. 23 dicembre 1992, n. 515. Il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 175, relativo alle assicurazioni diverse da quelle sulla vita, abrogava la l. 10 giugno 1968, n. 295, il d.lgs. 17 dicembre 1992, n. 509 e quasi integralmente i d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 49 e 26 novembre 1991, n. 393, cioè praticamente tutti o pressoché tutti gli strumenti normativi di attuazione delle direttive precedenti.

Dall'ecatombe si erano salvate, oltre alla l. 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile dei veicoli e dei natanti (sia pur più volte modificata, e ancora da ultimo dallo stesso d.lgs. n. 175 del 1995), la l. 12 agosto 1982, n. 576 (già però modificato con l. 9 gennaio 1991, n. 20), istitutiva dell'ISVAP (oggi IVASS), nonché la l. 9 gennaio 1991, n. 20, con la quale si disciplinavano le partecipazioni rilevanti e di controllo delle società assicurative.

Se anche non vi era stato, nella transizione da una generazione all'altra, un radicale sovvertimento disciplinare e se pur il nucleo essenziale della normativa era stato sostanzialmente conservato, appariva giustificato lo sconcerto dell'interprete di fronte ad un procedimento che lo costringeva ad una ardimentosa gimkana tra norme di incerta vigenza, quando non ad interrogarsi sul fatto stesso se esse fossero ancora in vigore.

Era pressante dunque l'esigenza perlomeno di una razionalizzazione dell'intera normativa; sicché, con la l. 29 luglio 2003, n. 229 viene conferita delega al governo per il riassetto delle assicurazioni private. La delega, come sempre più spesso accade, era estremamente generica, tanto è vero che una prima versione del codice delle assicurazioni prevedeva anche la trasposizione in esso dell'intera disciplina dei contratti di assicurazione contenuta nel codice civile. Si levavano alte le critiche contro tale scelta, sia perché difettava la delega, sia per ragioni sistematiche.

Il codice delle assicurazioni viene alfine emanato con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Esso contiene l'intera normativa sull'impresa di assicurazione, nonché la disciplina sull'informativa dei contraenti, degli intermediari di assicurazione e del contratto di assicurazione obbligatoria R.C. auto. Non vengono, invece, toccate le disposizioni del codice civile.

Il codice delle assicurazioni persegue obiettivi di semplificazione o, più correttamente, di delegificazione, trasferendo all'ISVAP (oggi, IVASS) il potere di disciplinare profili di

estremo rilievo della normativa delle imprese di assicurazione. L'esercizio del potere regolamentare da parte dell'Autorità di Vigilanza si è dispiegato in questi anni in modo imponente, con l'emanazione, al momento, di ben 93 regolamenti! Regolamenti che nel corso degli anni vengono poi spesso rivisti, rivisitati ed ampliati e quasi sempre accompagnati da ampie relazioni, con uno sterminato sistema di norme secondarie che occupano ormai migliaia di pagine.

L'interprete, dunque, si trova ancora dinanzi ad un quadro estremamente complesso ed articolato, in continuo movimento, giacché il flusso della normativa europea non si è arrestato, costringendo il nostro legislatore (primario e secondario) ad un'ininterrotta opera di adeguamento dello stesso codice delle assicurazioni.

In tale quadro si colloca, ad esempio, la direttiva 2009/138/Ce (c.d. *Solvency II*), entrata in vigore nel 2016, incentrata prevalentemente sulla nozione di rischio e di *risk management* e che si articola su tre pilastri: (i) requisiti patrimoniali delle imprese assicurative; (ii) nuove regole in tema di *governance* delle stesse; (iii) obblighi di informazione delle imprese verso l'autorità di controllo ed il mercato, per garantire un'adeguata trasparenza del settore.

Nel 2010, intanto, l'Unione europea istituiva un Sistema europeo di vigilanza finanziaria (Sevif) articolato dall'insieme delle autorità di vigilanza dei vari Stati membri e da tre autorità europee di vigilanza, in ambito finanziario, bancario e assicurativo; quest'ultima viene denominata Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pension Authority*), più nota con l'acronimo Eiopa.

Perlomeno, ed è questo l'unico aspetto positivo, oggi la disciplina del settore assicurativo, seppur costantemente innervata da interventi che paiono non avere mai fine, si compone in gran parte – oltre all'imponente mole di regolamenti dell'ISVAP (oggi, IVASS) – di (soli) tre testi normativi: il codice delle assicurazioni, il codice civile (per le parti di competenza) ed infine il codice della navigazione per le assicurazioni marittime ed aeree (queste ultime profondamente modificate a seguito della revisione della parte aeronautica del codice della navigazione, conseguente ai d.lgs. n. 96 del 2005 e n. 151 del 2006 e in ottemperanza ai Regolamenti UE e alle Convenzioni internazionali). Permane, ad onor del vero, un consistente numero di leggi speciali che in contesti molto diversi sanciscono l'obbligo di assicurare la responsabilità civile di vari soggetti e variegate attività.

Credit Protection Insurance: Too Good to Be True? Actual Challenges and Future Applications

FRANCESCO AMICI
Postdoctoral Researcher
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

Summary: 1. Drawbacks of Italian real securities. - 2. A new approach to credit risk management: credit protection insurance. - 3. Credit protection insurance in Italian loan industry: legal framework. - 4. Key issues of credit protection insurance: a) Self-interested lenders and coercion in purchasing insurance. - 4.1. b) APR voidness, usury and undue influence. - 4.2. c) Lack of transparency on restrictions and exclusions. - 4.3. d) Economic drawbacks. - 5. Conclusions.

1. Drawbacks of Italian real securities

The dismantling of barriers between financial markets, rising business risks, and abrupt economic shifts have exposed the shortcomings of real securities – such as *hypothèca* and *pignus* – under Italian law, which have proven inadequate in effectively safeguarding lenders in cases of borrower default.

Much has been written on the causes of the real securities' crisis.

For some, the most serious shortcoming of real securities lies in the excessive rigidity

and formalism the parties must comply with [01]. Creating valid and enforceable security interests over a segment of the debtor's property, such as a piece of land, a building, or a movable chattel, involves several formal steps, depending on the nature of the asset secured. *Hypotheca* regulation is an important example of this problem. In Italian law, *hypotheca* takes the form of a written deed containing a detailed description of the property and the credit secured, registered in the public registry of the judicial district in which the real estate is located. Furthermore, the renewal of the registration of the *hypothèca* must take place within the first twenty years of its registration in order to remain enforceable.

These formalities have proved particularly useful since they provide for the resolution of conflicts if there are multiple security interests or liens on specific collateral. However, there are downsides as well. Firstly, failure to comply with the requirements posed by the law prevents the lender from having a valid and enforceable security. Secondly, due to the above formalities, using collateral to secure a loan is costly and time-consuming, making it less attractive to lend or invest money where there is a significant risk that the borrower will not be able to repay the debt.

For other commentators the old-fashioned conventional real securities present an altogether negative cost-benefit picture due to critical issues related to foreclosure.

Despite the fact that real securities entitle the lender to seize the collateral if the borrower defaults on the agreed-upon payments, it is well known that, for the foreclosure to be effective, the collateral must be as liquid as possible. However, since the collateral is usually real estate property, it is unlikely for the lender to be able to recover the entire

01 See, *ex multis*, E. Gabrielli, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, at 29 et seq.; G. Tucci, *Garanzia*, in *Dig. disc, priv.*, sez. civ., Torino, 1992, at 579 et seq.; C. Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Notar.*, 1996, at 1001 et seq.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, at 1428; F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro it.*, 1990, I, at 1440; M. Bussani, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1, 1997, at 163 et seq.; G. Biscontini, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, pag. 16, which highlights the overly rigid formalism of real credit securities, inadequately suited to the features of a modern economy, increasingly integrated into global markets; A. Chianale, Ipoteca, in *Dig. IV, Disc. Priv., Sez. civ.*, X, 1993, at 161; F. Fiorentini, *Garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000, at 255 et seq. See also A. Veiga Copo, Función de la garantía real, Madrid, 2021, *passim*, at 7 et seq., noting that "*las clásicas figuras han perdido fuerza, tal vez la inercia y los parámetros configuradores hasta el presente de las mismas, las ha llevado a punto donde la estructura resiste, pero es onerosa, gravosa, poco funcional, documentalmente farragosa y no reporta tantos beneficios ni para garante ni para acreditante*". For a comprehensive analysis on the limits of possessory credit guarantees, see E. Gabrielli, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990, at 94 et seq; Alb. Candian, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano 2001, at 305 et seq.; G. Trovatore, *I nuovi confini delle garanzie reali mobiliari*, in M. Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, at 277 et seq.

credit in a timely manner [02]. As a result, real securities are widely perceived to be a slow and expensive way of achieving a credit coverage [03].

Making matters worse, the value of the collateral should be relatively stable for the entire duration of the obligation secured. As is known, the value of the asset used to secure a loan is one of the key aspects in lending practice. Lenders often use this value to estimate the level of risk associated with a particular loan application. Nevertheless, even if the collateral is typically required to be high value, liquid, and have a low depreciation rate, the lender is exposed to the risk that the value may decrease over the life of the loan anyway, especially in long-term financing.

In this scenario, the remedies for the lender are somewhat limited.

Where the collateral is secured against damages and it deteriorates or perishes because of events that that are outside the reasonable control of the borrower, article 2742 paragraph 1, Civil Code indicates two possibilities: the borrower may refund directly the lender secured, providing the indemnity paid by the insurance company; alternatively, he could use that indemnity to repair the property insured.-If the first solution is adopted, a form of improper real subrogation occurs – *pretium succedit in locum rei*. Instead, where the borrower uses the indemnities to restore the damaged property, a real subrogation occurs – *res succedit in locum rei* –. Whichever solution the borrower chooses, if the collateral is insured against damages, the law provides some form of protection for the lender in case of deterioration or impairment.

By contrast, where the borrower has not stipulated insurance against damages, such right of subrogation cannot operate. According to Article 2743 Civil Code, if the value of the collateral becomes unsatisfactory [04] the lender can solely demand another suitable guarantee on another asset or, alternatively, invoke its right to demand the immediate payment of all the outstanding loan before the standard terms of the loan expire [05].

02 See F. Fiorentini, *Garanzie reali atipiche*, cit., at 257.

03 See. E. Gabrielli, *Studi sulle garanzie reali*, cit., at 29.

04 Article 2743 Civil Code does not define the meaning of insufficient value, and it is substantially untested in the courts. As one commentator has pointed out, the value of the security may be considered insufficient when, according to article 2875 Civil Code, the collateral has a value lower than the amount of the credit and the accessories, increased by one third. See V. Andrioli, *Conservazione della garanzia patrimoniale. Divieto del patto commissorio. Privilegi*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro sesto, Tutela dei diritti, art. 2740-2899, Bologna-Roma, 1960, at 47. Vice versa, other commentators stated that the parameter offered by article 2875 Civil Code is only indicative. See V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, 2, Torino, 1997, 2ª ed., at 556.

05 Instead, when the borrower causes a decrease in the value of the collateral, he loses any term of performance envisaged in his favor, and the lender can accelerate repayment of the loan, as stated by article 1186 Civil Code.

Despite article 2743 c.c. *prima facie* providing appropriate protection, this provision actually serves little to no purpose. The problems can be simply stated in the following way.

First of all, in most cases the borrower owns only one property eligible to secure the repayment of the loan.

Furthermore, the prevailing doctrine pointed out that article 2743 Civil Code does not apply if the value of the collateral is depreciated due to a general economic decline, such as a significant fall in the housing market. Indeed, the lender, by accepting a security interest over real estate asset, takes the risk that a significant decline in general economic activity may negatively impact the Loan-to Value-Ratio (LTV) and, moreover, that the value of the collateral which secures the repayment may become unsatisfactory [06].

In light of this evidence, it is not surprising that, where the value of the asset pledged by a borrower drops, the lender's ability to collect the outstanding debt is appreciably reduced. Making matters worse, such situation may indirectly strengthen the borrower's position. Indeed, it is an established fact that the risk of foreclosure is a strong incentive for the borrower to perform the obligation, otherwise he loses his collateral. However, when the value of the collateral is seriously decreased over the life of the loan, the lender may find it hard to seize the asset and obtain the whole value of the loan. Accordingly, the borrower may be induced to default, trusting that the lender will not take legal action against the property secured.

One last point can be made before we turn to the next subject. The shortcomings of the real securities affect not only the lender's ability to recover the outstanding debt, but also have significant economic drawbacks. On the one hand, the uncertain credit protection offered by old-fashioned real securities discourages the inflow of foreign capitals that are looking for an efficient legal system with minimal intricacy; on the other hand, the lack of mechanisms able to effectively reduce the lender's credit risk may also increase the interest rate paid by the borrower on its debts. In fact, the higher the risk, the higher will be the interest rate charged for borrowing, since the lender deals with a greater chance that, in the event of default, the security granted by the borrower will not allow him to recover the outstanding debt.

2. A new approach to credit risk management: credit protection insurance

As noted, serious issues have been discovered in the old-fashioned real securities. Accordingly, it comes as no surprise that the Italian loan industry has forced to adopt new

06 See V. Andrioli, *Conservazione della garanzia patrimoniale. Divieto del patto commissorio. Privilegi*, cit., at 50.

contractual mechanisms to better guarantee the repayment of a loan. Among many options, when there is a significant risk that future circumstances may lead the borrower to default on the agreed-upon payments, lenders frequently require the borrowers to take out an insurance policy against the risk of default, referred to as credit protection insurance (CPI) or payment protection insurance (PPI).

Credit protection insurance is exactly what the name implies.

Rooted in common law systems, credit protection insurance is a low-cost/high-value agreement designed to make debt payments on the borrower's behalf in the event of death, disability, involuntary unemployment, critical illness, or other circumstances that may prevent the borrower from earning income to service the debt [07].

Credit protection insurance is a three-party arrangement involving an insurance company, a lender – typically a banking institution – and a borrower. The insurance company, upon the payment of a premium usually paid in a lump sum at the time of signing the loan, is legally bound to reimburse, totally or partially, the borrower's debt when an event that make the borrower temporarily or definitively unable to meet the economic commitments undertaken occurs [08].

Depending on whether the inability to pay the debt is temporary or permanent, the insurance company pays the lender, respectively, part or all of the outstanding debt.

The adoption of such relatively plain vanilla insurance policies provides key advantages for the borrower, the borrower's heirs and the lender. From the borrower's standpoint, it offers hefty and affordable protection, it is easy to obtain and does not require the borrower to grant a real security over a segment of their property to guarantee the full payment of the debt. On this view, credit protection insurance prevents many homeowners

07 Credit protection insurance provides coverage for various debt obligations, including mortgages, consumer loans, and credit cards. However, in the Italian context, a range from 70 to 80% of credit protection insurance secures personal loans. See A. Lovera, *Le trappole della polizza sul mutuo: costi elevati e regole non sempre applicate*. https://argomenti.ilsole24ore.com. It should be noted that, in the U.S., credit protection insurances offer short-term protection – typically from 12-24 months (STIP) – while in the Italian loan industry such policies usually secure long-term loans.

08 Debt protection products, known as debt cancellation contracts or debt suspension agreements, suspend or cancel all or part of a consumer's obligation to repay an outstanding credit card balance when a qualifying event occurs, such as death, disability, or involuntary unemployment. The issuer charges fees for the debt protection product, typically on a monthly basis. However, debt protection is a banking product structured as two-party arrangements, directly sold by credit card issuers to consumers who hold a credit card with them, while credit protection insurance is a three-party arrangement that involves an insurance company. On the differences between credit insurance and debt protection products, *see* United States Government Accountability Office. Report to Congressional Committees. Consumer Costs for Debt Protection Products Can Be Substantial Relative to Benefits but Are Not a Focus of Regulatory Oversight, 2011, at 4 et seq. https://www.gao.gov/assets/gao-11-311.pdf.

from getting into the situation that is now producing so many foreclosures. From the standpoint of the borrower's heirs, it ensures that, in the event of death, the borrower's assets will be clear and free, and they can accept the inheritance without repaying the outstanding debt. Finally, from the lender's standpoint, credit protection insurance is an important device for at least four reasons. First: it provides adequate protection if the borrower does not make the agreed-upon payments. Second: because the insurance company is legally bound to reimburse, totally or partially, the debt on behalf of the defaulted borrower, the loan will not be considered non-performing (NPL) [09]. Accordingly, the lender does not generate losses nor has to put aside money to cover the losses he expects to incur. Third: credit protection insurance is a low cost/high value agreement, because the lender does not need to apply to a court to try to recover the outstanding debt. Fourth: when lender directly sells the add-on credit insurance to the borrower, the commission paid by the latter offers to the former an additional earning.

3. Credit protection insurance in Italian loan industry: legal framework

In the Italian context, there are diverse regulatory measures aimed at regulating the phenomenon of credit insurance connected to loans [10].

As Primary Law, the Legislative Decree 68/2018 implements the provisions of Article 24 of Directive (EU) 2016/97 (Insurance Distribution Directive - IDD) of January 20, 2016. This Directive is aimed at minimum harmonization and should therefore not preclude Member States from maintaining or introducing more stringent provisions in order to protect customers, provided that such provisions are consistent with Union law, including this Directive.

The Private Insurance Code (Legislative Decree No. 209 of September 7, 2005), in Article 120-*quinquies*, paragraph 5, provides that IVASS, with reference to insurance distribution activities, may apply the precautionary and prohibitory measures provided for.

09 Even though there is no standard definition of non-performing loans (NPL) in place, NPL is usually defined as a loan in which the borrower is in default or close to default because they have not made the scheduled payments for a specific period. Specifically, commercial loans are considered NPL in banking practice where the debtor has made zero payment of interest or principal within 90 days. For NPL definition and criteria for non-performing loan classification, see *ex multis* Eighteenth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics Washington, D.C., June 27–July 1, 2005. The Treatment of Nonperforming Loans, 2005. https://www.imf.org, accessed June 2024; European Central Bank Guidance to banks on non-performing loans, 2017. https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2005/05-29.pdf.

10 For an overview of the regulatory framework in place see: Credit Protection Insurance (CPI) Sold Via Banks, EIOPA, 2022, at 99 et seq. https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2022-09/eiopa-thematic-review-on-credit-protection-insurance2022.pdf. For further considerations, see V. Carriero, *Le valutazioni dell'EIOPA sulle polizze assicurative del credito (CPI)*, in *Banca Borsa tit. credito*, 2023, at 906 et seq. Recently, on the regulatory measures concerning credit protection insurance, D. Roselli, *Polizze connesse a finanziamenti e indici di abbinamento*, https://www.dirittobancario.it/art/polizze-connesse-a-finanziamenti-e-indici-di-abbinamento/.

Among the measures, it is worth noting that IVASS has the power to prohibit the sale of insurance along with a service or product other than insurance, when such practice is harmful to consumers. The adoption of such measures by IVASS, in any case, does not affect the power of the Competition and Market Authority (AGCM) to sanction unfair commercial practices [11].

In addition to the above, as Secondary Law, the paragraph 2, section XI, of the Bank of Italy Provision of July 29, 2009 – aimed at regulating the transparency of banking and financial transactions and services – clarifies that in the event of the simultaneous offer of loans and other contracts of a different nature that would create complexity, particular precautions must be taken to mitigate and manage legal and reputational risks.

Article 59-*bis* of IVASS Regulation 40/2018, an article added by Article 4, paragraph 22, of IVASS Provision No. 97/2020, requires distributors offering insurance products together with a product or service other than insurance to provide the policyholder with an adequate description of the various components of the agreement or package and separate evidence of the costs and charges of each component, as well as how its composition modifies the risks or insurance coverage. Furthermore, in the case of distribution with advice of an insurance product as part of a package or the same agreement, distributors ensure that the entire package or agreement is suitable for the customer's needs

The IVASS-Bank of Italy letter of March 17, 2020, states, among other things, that (i) the offer of non-financial products in conjunction with a loan requires the adoption of several precautions to ensure compliance with the relevant regulations and preserve the integrity of the trust relationship with customers; (ii) it is necessary that the behaviors actually implemented ensure the correctness of the relationships and the customers' effective awareness of the characteristics, obligations, and advantages deriving from the combination of the products offered; (iii) it is important to identify and manage with particular attention, adopting appropriate safeguards and adequate measures, situations of conflict of interest related to participatory or commercial agreements between the promoter of the insurance policy and the loan provider or distributor (even in the case of agents/brokers); (iv) non-compliance, both formal and substantive, with the current rules, in addition to resulting in the application of the sanctions and remedial measures provided for the violation of conduct obligations towards customers, may expose operators to significant legal and reputational risks, with the potential possibility of an increase in capital requirements by the competent supervisory authorities; (v) banks, financial intermediaries, and insurance companies are required to adopt and

11 Cfr. Tar Roma, n. 4295/2019 which has confirmed AGCM's sanctioning competence for unfair commercial practices in the insurance sector, as the Insurance Code does not provide specific regulations regarding consumer protection.

implement organizational and internal control procedures that allow for a continuous assessment of the risks (including legal and reputational) associated with the simultaneous or combined offer of multiple contracts; (vi) the combination of loans and insurance policies must comply with banking and insurance regulations and the rules on unfair commercial practices in consumer relations; (vii) periodic checks on the combination indices of the products offered are necessary, articulated at different levels of detail and aimed at examining the different indicators at the territorial level, by type of distribution channel, and by individual distributor, in order to intercept potential anomalous behaviors in the marketing of the products.

4. Key issues of credit protection insurance: a) Self-interested lenders and coercion in purchasing insurance

Credit protection insurance, when adequately developed and targeted, can be useful for both consumers and lenders. Bearing this in mind, the recent spread of these devices in the Italian context – and the growing number of litigations – highlights a number of issues that significantly reduce their efficiency and effectiveness [12].

The major problem is the strong interest of the lender in having the borrower take out such insurance. The reasons for this are intuitive: on the one hand, credit protection insurance enables the lender to transfer the default risk cost-free to a third-party guarantor; on the other hand, the distribution of credit protection insurance can generate additional non-interest income for banks [13].

These circumstances have raised concerns that the lender could coerce the borrower into taking out such insurance. Indeed, although the insurance is formally intended as an optional purchase and even if the consumer has the right to choose their own insurance provider – provided that their insurance policy offers an equivalent level of guar-

12 For a comprehensive review of the critical issues of the Payment Protection Insurance, see *IVASS – Banca d'Italia, Polizze abbinate a finanziamenti (PPI - Payment Protection Insurance). Misure a tutela dei clienti*; Credit Protection Insurance (CPI) Sold Via Banks, EIOPA, 2022, 28 ss. https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2022-09/eiopa-thematic-review-on-credit-protection-insurance2022.pdf.

13 This issue is also accentuated by the fact that, as part of the *bancassurance* business models for the manufacturing and distribution of CPI products, banks are frequently in close partnership with insurers. On this point, Article 21, par. 3-*bis* of Consumer Code (Legislative Decree no. 206 of 6 September 2005), introduced by Article 36-*bis,* par. 1, Decree Law no. 201 of 6 December 2011, converted into Law no. 214 of 22 December 2011, introduced the following rule: "it is considered to be an unfair commercial practice when a bank, credit institution or financial agency makes the stipulation of a loan contract conditional on the stipulation of an insurance policy supplied by the same bank, institution or intermediary or to open an account with the same bank, institution or intermediary".

antee as the insurance policy offered by the creditor [14] – in most cases, the conclusion of such an insurance contract is compulsory to obtain the credit or to obtain it on the marketed terms and conditions.

On this point, The Italian Banking and Financial Ombudsman (ABF)[15] has observed that the formal nature of the credit-related insurance, specifically qualified as optional in the contract, is not enough to exclude the implied compulsory nature of the said policy. According to the ABF and IVASS-Bank of Italy[16], the formal qualification of the contract alone is not sufficient to assert that the borrower is truly free to take out such an insurance product. Instead, the investigation must be carried out by evaluating systematic indices to genuinely determine whether or not the signing of the insurance contract

14 See Article 135, Law no. 124 of 4 August 2017, amending Article 28 Decree Law no. 1 of 24 January 2012, converted into Law no. 27 of 24 March 2012, n. 27, which states that where banks, credit institutions and financial intermediaries make the granting of a real estate loan or of consumer credit conditional on the conclusion of an insurance contract, or where the proposal of an insurance contract is linked or ancillary to the granting of the loan or credit, they shall be required to accept the policy that the customer has chosen from the market without changing the conditions offered for the granting of the real estate loan or consumer credit; if it is necessary to obtain the loan or to obtain it at the conditions offered, the policy submitted by the customer must meet the minimum requirements established by the bank, credit institution and financial intermediary. See also Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property (amending directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and regulation (EU) No 1093/2010) which states that "(…) while it is justified for creditors to be able to require the consumer to have a relevant insurance policy in order to guarantee repayment of the credit or insure the value of the security, the consumer should have the opportunity to choose his own insurance provider, provided that his insurance policy has an equivalent level of guarantee as the insurance policy proposed or offered by the creditor. (…)".

Furthermore, the Supreme Court, no. 2989 of 1st February 2022, has stated that Article 28 of Law Decree 1/2012 and Article 1, par. 1 of Isvap Regulation no. 40/2012 also applies to insurance contracts "connected" or "conditional" on a loan contract, i.e., policies whose stipulation was demanded or imposed by the lender, regardless of the inclusion in the loan contract of formal clauses making their validity or effectiveness conditional on the stipulation of the insurance contract. Therefore, the insurance contract, not compliant with the predefined model issued by sectorial authority, is considered void and the differing clauses must be automatically substituted. For a more in-depth analysis of the ruling, see A. Camedda, *L'"abbinamento" di polizze assicurative ai contratti di credito: il sottile confine tra facoltà ed obbligo*, in *Resp. civ. prev*., 2022, 3, pag. 781 et seq.

15 ABF is an alternative dispute resolution scheme for disputes between customers, banks, and other financial intermediaries concerning banking and financial transactions and services.

16 IVASS supervises over transparency and fairness in the behavior of undertakings, intermediaries, and other insurance market participants concerning stability, efficiency, competitiveness, and the smooth operation of the insurance system, to the protection of policyholders and of those entitled to insurance benefits as well as to consumer information and protection under the Code of private insurance. The Bank of Italy supervises compliance with the rules and principles of transparency and fairness in the relations with clients under the provisions of Title VI of the Consolidated banking law (legislative decree no. 385 of 1 September 1993).

was de facto an essential requirement for obtaining the loan on agreed terms [17].

This view is supported by many recent ABF decisions, which have held that the borrower, who bears the burden of proof, may produce evidence to establish that, despite being qualified as an optional purchase, the conclusion of such an insurance contract is compulsory to obtain the credit or to obtain it on the marketed terms and conditions. Notably, as it has been judicially pointed out [18], the borrower has to demonstrate at least one of the following circumstances:

- that the policy serves the function of covering the credit;
- that there is a genetic and functional connection between the loan and the insurance, which can be deduced from the fact that the two contracts were stipulated at the same time and have the same duration;
- that the indemnity agreed upon has been parameterized to the residual debt.

To counter these presumptions, the lender must instead demonstrate alternatively that:

- it has proposed to the borrower a comparison of costs, from which it emerges that the lender has offered the loan on the same financing conditions, aside from insurance;
- it has offered similar conditions, without the stipulation of the policy, to other parties with the same creditworthiness;
- it has granted the borrower the right to rescind from the insurance contract, at no cost and with no effect on the total cost of the loan.

4.1. b) APR voidness, usury and undue influence

The problem identified in the previous paragraph – whether the purchase of the credit protection insurance is an optional or compulsory purchase – might be considered conjectural but is relevant for at least three reasons.

First of all, when factual elements suggest that the subscription of the insurance was

17 See ABF, Naples 2021, n. 2046. https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2021/01/Dec-20210126-2046.PDF. This reading is also confirmed by IVASS-Bank of Italy, illustrated in the joint letter of 26 August 2015. https://www.ivass.it/consumatori/azioni-tutela/lettere-mercato/documenti/PPI_Misure_a_tutela_dei_clienti_ENG.pdf.

18 See ABF, Collegio di Milano, December 13, 2018, at 4. http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/21586.pdf. See also Cass. April 5, 2017, n. 8806. http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/17082.pdf. The court held that insurance expenses are relevant to the finding of usury if the borrower demonstrates the connection between such expenditure and the loan. Such connection is presumed where there is contextuality between the expenditure and the disbursement.

intended by the lender to be implicitly compulsory, the premium paid by the policyholder needs to be charged in the Annual Percentage Rate of Charge (APR) [19], as stated by article 121 Legislative Decree no. 385, September 1, 1993 (TUB) as amended [20].

In such an instance, if the borrower proves that the cost of the credit protection insurance was illegitimately not included in the total amount of the APR because the insurance was not truly optional but rather compulsory to obtain the loan:

a) according to article 125-*bis*, paragraph 6, TUB, the APR clause is deemed void;

b) according to article 125-*bis*, paragraph 7, TUB – following article 125-*bis* paragraph 6 TUB - once the APR clause is deemed void as specified under a), the amount of the APR is determined *ex lege* according to the value of the minimum nominal rate of treasury bonds or similar bonds indicated by the Ministry of Economy and Finance, issued in the twelve months prior to the conclusion of the contract. Moreover, no other sum is due from the consumer by interest rates, commissions, or other expenses [21].

c) due to the effect and application of the well-known general civil law principle *quod nullum est, nullum producit effectum*, according to article 2033 Civil Code the borrower has the right to take action to recover undue payments.

Secondly, it raises a question of whether the interest rate applied by the bank, charged by the total cost of the credit insurance, exceeds the applicable usury threshold, since the insurance premium is charged *a posteriori* to the APR. As a matter of fact, where the APR rate applied is higher than the rate permitted by law, under article 1815 paragraph 2 Civil Code the contractual clause referred to interest is void, while the loan contract is valid in all other aspects, in homage to the principle of *favor debitoris* [22].

Thirdly, determining whether the purchase of the credit protection insurance is an optional or compulsory purchase is relevant even if the cost of the policy is calculated *ex ante* in the total amount of the APR. Indeed, in all cases where credit protection insurance is a condicio sine qua non for obtaining the loan, it is required to verify if the borrower's consent to take out the policy was freely given or vitiated by the lender's

19 APR is not the same as the interest rate. While the latter is the annual cost of a loan to a borrower, the former refers to the annual cost of a loan to a borrower, including other charges or fees such as credit insurance, most closing costs, discount points, and loan origination fees. Thus, APR gives the borrower more information about the loan's actual cost.

20 This view has some support in ABF Rome 2015, decision n. 8128. https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2015/10/Dec-20151022-8128.PDF.

21 ABF 2016 Collegio di coordinamento, decision n. 1430 https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2016/02/Dec-20160218-1430.PDF.

22 See, ABF, Coll. Coord. 2018, decision n. 12830. https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2018/06/Dec-20180608-12830.PDF.

illegitimate pressure. The issue is relevant, since a party claiming to be the victim of illegitimate pressure may be able to void the terms of the contract.

Italian commentators do not seem to have dealt with this question. At any rate, at first blush it may be difficult to bring such pressure within the definition of violence posed by article 1435 Civil Code.

The Italian Civil Code embraces a very limited concept of contractual violence, which formally operates as a vitiating factor in relation to the contract only in the case of a threat that intimidates a sensible person and makes the person afraid to expose themselves or their assets to an unjust and significant damage.

However, in this case, it is not a threat but rather illegitimate psychological pressure on the borrower. Indeed, the lender is in a position of power over the borrower for several reasons, namely an elevated status, higher education, and an emotional tie, especially when the borrower is in a critical financial situation. Due to the unbalanced relationship between the two parties, the lender is able to coerce the borrower into making decisions that might not be in his best interest without any threat, only by relying on his position of power over in order to achieve their desired outcome.

This coercion, which in any case is outside the spirit and wording of Article 1435 of the Civil Code, may instead fall under the doctrine of undue influence in common law systems and make the contract voidable, even though the transaction, in commercial terms, provides reasonably equal benefits for both parties.

4.2. c) Lack of transparency on restrictions and exclusions

Credit protection insurances often contain various kinds of exclusions, depending on the type of loan secured, that significantly reduce the coverage of the policy [23]. For example, insurance coverage is commonly excluded in case of hospitalization where the policyholder has a preexisting health conditions or disabilities, or in case of unemployment, when the borrower is employed part-time or seasonally.

Despite the fact that restrictions and exclusions are an essential feature of credit protection insurance, most banks sell such insurance without providing adequate disclosure about the coverage and the exclusions [24]. The omission of key information in selling credit protection insurance, that qualifies, under applicable laws, as *misleading*

23 See IVASS, Policies linked to loans (PPI - Payment Protection Insurance). Measures protecting customers, classification III 2 6, at 3 et seq. https://www.bancaditalia.it.

24 Clear evidence of this can be seen when considering the indications provided by the Financial Ombudsman Service (FOS), which, in listing the most common complaints about mis-sold PPI, indicates, among others, the lack of awareness about things the policy did not cover.

information, can pose considerable problems [25].

For example, misselling may lead the borrower to take out credit insurance policies overpriced than needed for their personal needs. Misselling may also distort consumers' choice and could result in them purchasing insurance products that fail to provide the cover they need or even that are not necessary. Lastly, this practice makes it more difficult for consumers to compare products and make informed purchasing decisions.

In addition to conflicting with the duty to act in accordance with the best interests of the consumer, misselling has a long-term negative impact on the overall relationship between lender and borrower, reducing levels of cooperation and discouraging appropriate repayment of the debt.

4.3. d) Economic drawbacks

Although credit protection insurance *prima facie* has a positive effect on the financial system, playing a key role in facilitating access to credit and supporting economic growth consistent with solid protection of borrowers, there are reasons to believe that widespread reliance on these policies can have far-reaching negative consequences on the economy as a whole. The most relevant factor when assessing the systemic impact of credit protection insurance in the financial industry is the main function of such devices. Indeed, these insurances are not meant to minimize the adverse effects caused by default of the loan, but rather transfer only the risk of default to a third-party guarantor, namely the insurer. Accordingly, excessive reliance on these policies may encourage the spread of *moral hazard* [26], such as refraining from conducting in-depth credit evaluation of the creditworthiness and solvency of the prospective borrower.

In this view, it is easy to see that an upward trend in using credit protection insurance to back financial transactions can trigger a negative vicious cycle, wreaking havoc on the financial system as a whole. In fact, the more inadequately secured debt positions

25 According to Article 6, 1 (e) of the Directive 2005/29/EC: "A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct (...)".

26 *Moral hazard* is a concept coined in the insurance industry during the nineteenth century, parallel to the large-scale introduction of private insurance and social security systems. *Moral hazard* is typically defined as the risk, common in the lending and insurance industries, that a party has not entered into a transaction in good faith or has provided misleading information about its assets, liabilities, or credit capacity. On *moral hazard* see, among many, M.V. Pauly, The Economics of Moral Hazard: Comment, in The American Economic Review 58, no. 3 (1968), at 531–37; J.M. Marshall, Moral Hazard, in The American Economic Review 66, no. 5 (1976), at 880–90; J.F. Zendejas,, N. Gaillard, R.J. Michalek, (Edited by), Moral Hazard: A Financial, Legal, and Economic Perspective, London, 2022.

there are, the greater the risk that, in the event of a significant economic contraction, widespread insolvency could put excessive pressure on insurance institutions, creating an immediate obligation to pay millions or billions owed to the lenders.

Simultaneously, this circumstance may require massive government bailouts expressly to avoid systemic problems for the broader economy.

This risk is not speculative but real and troubling, considering the similarity between credit protection insurance and another insurance against non-payment, popular in the early 2000s, known as credit default swaps (CDS), a major player in the 2008 U.S. subprime mortgages collapse.

5. Conclusions

As stated, there are numerous critical issues related to credit protection insurance. First, the legal landscape that governs credit protection insurance has led to a growing number of disputes which, to put it mildly, have severely restricted the utility of such policies. Second, unrestrained reliance on credit protection insurance may jeopardize economy stability, exacerbating systemic risk and severely shaking confidence in the financial system. Third, providing misleading information on the process of sale can have a long-term negative impact on the overall relationship between lender and borrower, reducing levels of cooperation and impeding appropriate action regarding the repayment of the debt.

Notwithstanding these issues, we will argue that we should not throw the baby out with the bathwater. In fact, it seems that the recent proliferation of litigation involving credit protection insurance stems primarily in regulatory failure rather than in the device itself.

Based on the evidence collected, it can be said that the complex regulatory framework in place, as implemented with the provisions of the Directive (EU) no. 2016/97 (Insurance Distribution Directive - IDD) contained in Legislative Decree no. 68/2018, still does not appear adequate to prevent the significant risks for consumer arising from poor underwriting, sales practices and insufficient management of conflicts of interest arising in the context of bancassurance sales.

In light of this, we firmly believe that a comprehensive reform of the legal framework surrounding credit protection insurances might fix all the above-mentioned critical issues. In fact, it can be said that an improved and tighter regulation – that exhaustively determines terms and conditions of such policies, disclosure rules, issuance limits, fees charged, and sanctions for unfair or deceptive market practices – could help to reduce the likelihood of misselling, to restrain financial institutions from charging excessively high fees and also to prevent potentially destabilizing effect on economy.

In addition, it is reasonable to assume that a comprehensive regulation may unleash the full potential of such devices, far beyond what has been explored so far.

For example, it is easy to see the appeal of such policies in order to mitigate credit risk related to short-term financing offers by BNPL (Buy Now Pay Later) suppliers. As known, a growing number of people opt to use BNPL services to shop online by splitting the cost of the purchase into multiple installments instead of making one full payment upfront. This is made possible by the fact that, a bank, or other financial intermediary, advances the entire amount to the seller and receives a commission from the seller in exchange for the service.

This new flexible option to pay has numerous advantages: from the consumers standpoint, they can buy higher quality products they previously could not afford, usually without interest or fees [27]; from the merchant point of view, they see a robust growth in sales, an increase in average order value and a greater exposure online.

At the same time, it must also be noted that the development of BNPL services, and the increased accessibility to loan provided by digital channels, have also highlighted several issues [28]. First of all, the easier access to credit can influence consumers to enter into credit agreements without being fully aware of the services requested and the risks associated with them. This concern has also been pointed out by the European Banking Authority (EBA), which considers there to be a concrete risk that consumers might access innovative forms of financing without a prior and thorough evaluation of their own creditworthiness [29].

It should also be considered that BNPL services lower consumers' awareness of the contractual and financial commitments they undertake, encouraging impulse buying

27 These loans, often interest-free, differ from a traditional credit card purchase which charges interest every month unless the balance is paid in full each month. In addition to interest-free pay-in-four loans, recent Consumer Reports show that some BNPL suppliers also offer other kinds of loans, with longer terms (for example, 6-12 monthly payments or more) and interest rates, making certain BNPL loans more expensive than credit card financing. See, L.L. Gill, New Buy Now, Pay Later Loans Come With More Risks, https://www.consumerreports.org/short-term-lending/new-buy-now-pay-later-loans-come-with-more-risks-a1161982784/.

28 The European Commission has intervened with the aim of strengthening protections for users of BNPL, specifically including this service within the scope of application of the Directive (EU) 2023/2225 (CCD II). For an analysis of the main aspects considered by Directive (EU) 2023/2225 see B. Losacco, *Le insidie del* Buy Now Pay Later *e la tutela dei consumatori vulnerabili*, July 11, 2024, https://www.dirittobancario.it/art/le-insidie-del-buy-now-pay-later-e-la-tutela-dei-consumatori-vulnerabili.

29 EBA, *Consumer Trends Report 2022/2023*, 24 april 2023, at 137 *https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Reports/2023/1054879/Consumer%20Trends%20Report%202022-2023.pdf.*

and revealing previously ignored conditions of vulnerability [30].

Little is known about the BNPL's credit risk policy. However, it seems that many BNPL suppliers usually do not take specific guarantees to secure the payment nor conduct in-depth credit evaluation about creditworthiness. By contrast, such companies making short-term financing on an unsecured basis, often rely on late fees, accrued interest and credit score dings.

It must be noted that these remedies only provide little relief for BNPL suppliers when buyers miss the payment due. In fact, it is widely recognized that the failure to meet debt installments is primarily due to a debtor's critical financial situation. Accordingly, it is unlikely that the defaulted debtor will be able to fulfill the greater sum due as an additional interest. Thus, BNPL suppliers will frequently discover that they are only able to recover a small fraction of the debts owing to them by the defaulted debtor.

By contrast, a credit protection insurance may mitigate BNPL suppliers' exposure to the debtor's insolvency. In fact, when a cause of default provided for in the credit protection insurance agreement occurs, the repayment of the outstanding debt is made by the insurance company [31].

BNPL suppliers will of course need to be careful in drafting the credit protection insurance, defining scrupulously the list of events whose occurrence totally or partially compromises the buyer's ability to meet the debt.

In a broader perspective, credit protection insurance may also be an alternative solution to secure a husband's debts where the only asset suitable to secure the repayment is the matrimonial homes jointly owned by the spouses. As is known, in recent times matrimonial homes have become a leading source of loan security. Providing such security, when the homes are in the joint names of the spouses, requires the consent of both. Despite society's recognition of gender equality and the firm rejection of the concept that the wife is subservient to the husband in the management of family finances, many wives are still subjected to undue influence by their husbands. Consequently, wives often become responsible for their partner's financial debts after being convinced or misled into allowing charges over jointly owned matrimonial homes. As a

30 Cfr. S. Digregorio, F.M. Gabbricci, *L'innovazione tecnologica ed il consumatore in ambito bancario*, in *Il consumatore vulnerabile tra innovazione e diritti fondamentali – Consumerism 2022*, *Consumers Forum*, dicembre 2022, at 11 *https://www.consumersforum.it/iniziative/2022/5112-il-consumatore-vulnerabile-tra-innovazione-e-diritti-fondamentali.html*. Per più ampie considerazioni sulle vulnerabilità dei fruitori di BNPL, see B. Losacco, *Le insidie del* Buy Now Pay Later *e la tutela dei consumatori vulnerabili*, cit.

31 It's worth noting that some insurance companies have recently started to offer insurance products compatible with BNPL services, designed to protect the seller in the event of non-payment by the buyer.

result, when husbands fail to repay the debt, wives are often exposed to the negative consequences of foreclosure.

This unethical and detrimental phenomenon, labeled as Sexually Transmitted Debt (STD) [32], which does not currently assume relevance in the Italian legal context but is widely documented in English and Australian jurisprudence, is particularly important in the modern loan industry. In fact, when it is demonstrated that the wife has been induced to enter into a transaction by the undue influence of the husband, the former is entitled to set that transaction aside [33]. Such reason makes vulnerable loans granted on the security of matrimonial homes, and banks will be unwilling to accept such security, thereby reducing the flow of loan capital [34].

On this view, credit protection insurances seem suitable for mitigating the negative effects of Sexually Transmitted Debt, by providing benefits to all the contracting parties. In fact, with these policies the lender is guaranteed in case of default, even without obtaining the matrimonial home as a collateral. Additionally, because the risk of the husband's default is borne by the insurance company – at least when default is caused by an event covered by the insurance – wives are free from liabilities, avoiding the trauma of losing matrimonial homes due to husbands' unpaid debts.

32 Simply stated, Sexually Transmitted Debt occurs when a wife becomes responsible for her partner's financial debts after being convinced into taking on debt in her own name, sharing the responsibility, or taking on more risk than she knew about. On Sexually Transmitted Debt see, among many, S. Robertson, Self-Representation, Sexually Transmitted Debt and the 'Benchmark male': a Case Study, in Flinders Law Journal, 2014, at 229 et seq; D. Otto, A barren future? Equity's conscience and women's inequality, in Melbourne Law Review, vol. 18, 1992, at 808 et seq.; N. Howell, Sexually transmitted debt, in Australian Feminist Law Journal, 1995 at 100 et seq; A.J. Harper, Sexually Transmitted Debt: Credibility, Culpability and the Burden of Responsibility, Thesis, University of Adelaide, 2001; B. Fehlberg, Money and marriage: sexually transmitted debt in England, in International Journal of Law, Policy and the Family, 1997, at 320 et seq. For an overview of STD under the Italian law, see F. Amici, *Responsabilità patrimoniale dell'obbligazione e profili di vittimizzazione del coniuge: il fenomeno del sexually transmitted debt*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. XIII – N. 3 – Settembre-Dicembre 2019, at 82 et seq.

33 While men can also fall victim to Sexually Transmitted Debt, women appear to be particularly exposed to this issue. See P. Baron, The Free Exercise of Her Will: Women and Emotionally Transmitted Debt, in 13 Law in Context, (1995), at 23-25

34 As pointed out by Lord Brown-Wilkinson in *Barclays Bank plc v. O'Brien* 1993 4 All ER 417 at 422-4. https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b3e60d03e5f6b82ba4f.

Stato e imprese nella climate change litigation

MASSIMO D'AURIA
Professore Ordinario di Diritto privato
Università di Siena

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Problema: climate change litigation verticale e orizzontale – 3. La responsabilità dello Stato – 4. Il principio di separazione dei poteri – 5. Critica – 6. Rilettura – 7. Profili di tutela – 8. La responsabilità delle imprese – 9. Il piano di transizione – 10. Conclusioni

1. Premessa

Il contrasto il cambiamento climatico consegna al giurista una cornice appositamente modificata[01] per dare copertura costituzionale ad un'intensa produzione normativa di adeguamento del quadro regolamentare interno agli impegni presi, sia a livello interna-

01 Si pensi alla modifica degli artt. 9 e 41 Cost. su cui *ex multiis* v. Aa.Vv., *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost. Selezione di contributi di dottrina,* a cura di Corte costituzionale centro studi, 2023, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it; nonché S. GRASSI, *Ambiente e e Costituzione,* in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017; S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema tra scienza e diritto,* in Rivista AIC, 3, 2019; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 Cost: un approccio in "negativo",* in *Il dir. ec.*, 107, 1, 2022, 15 – 30; V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione,* in *Nomos. Le attualità del diritto,* 1, 2023, p. 1 ss.; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 Cost.*, in *Corti supreme e salute,* 2022, 1, p. 127 ss.

zionale[02], sia sovranazionale[03].

Ciononostante, alla prima occasione in cui è stato giudizialmente affrontato il problema dell'omessa o inadeguata attuazione degli impegni internazionali assunti, il giudice ha sancito il difetto assoluto di giurisdizione sulla domanda avanzata contro lo Stato italiano, il che vale quanto dire che la domanda volta ad accertare il rispetto del dovere di adottare adeguate misure al fine di procurare la riduzione, in un arco temporale predeterminato, delle emissioni da consumo da fonti fossili, risulterebbe priva di base giuridica.

A questa decisione il giudice è giunto ritenendo che l'attuazione degli impegni implica una scelta politica rientrante tra le prerogative politiche di competenza esclusiva dello Stato. Pertanto, violerebbe il principio di separazione dei poteri il giudice che adottasse un provvedimento di condanna affinché lo Stato ottemperi agli impegni internazionali[04].

Eppure, la giurisprudenza internazionale, europea[05] e straniera, anche attraverso il ricorso alla disciplina della responsabilità civile[06], ha già riconosciuta, impregiudicato ovviamente ogni esito nel merito, la sindacabilità giudiziale di un'azione finalizzata a condannare lo Stato per avere fallito, secondo un giudizio prognostico, gli obiettivi di

02 Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici adottato il 12 dicembre 2015 ("Accordo di Parigi") e il recente patto di Glasgow per il clima. M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico,* in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento,* VIII, 2021, 51 ss. e

03 Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 41/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 ("Normativa europea sul clima") Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937 e il Regolamento (UE) 2023/2859.

04 Il riferimento è alla decisione, sulla quale pende attualmente ricorso per conflitto di giurisdizione dinanzi alle Sezioni unite, emessa da Trib. Roma, 26 febbraio 2024, n. 3552 in *Giur. it.*, 2024, 11, con commento critico di M. D'AURIA; in *Nuova. giur. civ.* comm., 2024, I, 316, con nota adesiva di C.M. MASIERI, *La causa "Giudizio Universale" e il destino della climate change litigation;* Magri, *Diritto al clima: negato o riconosciuto?,* in https://www.diariodidirittopubblico.it; con commento critico di R. ALBANESE, *La via italiana al climate change. A margine della prima sentenza domestica in materia di responsabilità climatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2024, 123 ss.; U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico,* cit., 259.

05 Il riferimento è a C. Giust. UE 25 luglio 2008 c 237/07

06 Ciò che è tutt'altro che sorprendente P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile,* Napoli, 1996; Id., voce *<<Responsabilità civile e climate change litigation>>,* in *Enc. del dir., Responsabilità civile - I tematici,* dir. C. Scognamiglio, Giuffrè, 2024, 847 ss

progressiva riduzione delle emissioni ad impatto climatico[07].

Passando al contenzioso c.d. orizzontale, in un procedimento pendente dinanzi al Tribunale di Roma[08], il ragionamento condotto dalla difesa della multinazionale convenuta in giudizio, si propone di ottenere il medesimo risultato del difetto di giurisdizione sulla base di un'articolazione ulteriore del ragionamento intorno ai limiti dell'intervento giurisdizionale.

A fronte di un principio di libertà costituzionalmente garantita *ex* art. 41 Cost. nella conduzione dell'attività produttiva, il vincolo alla lotta ai cambiamenti climatici dovrà fondarsi su un apposito provvedimento legislativo di indirizzo e coordinamento ex art. 41,3° co. Cost.

Pertanto, fino a quando lo Stato si asterrà dall'intervenire in tale senso, un eventuale provvedimento del giudice in funzione di supplenza importerebbe il travalicamento delle prerogative spettanti al potere legislativo.

Anche in questo caso il confronto con le esperienze europee s'incarica di smentire tale assunto considerato ciò che altrove la sindacabilità dell'inadeguatezza delle misure adottate dall'impresa è stata affermata avendo condotto all'accertamento in via prognostica del superamento dei limiti e dell'inadeguatezza del processo produttivo e dei

07 Il riferimento è alla Corte Suprema dei Paesi Bassi, 09 ottobre 2018, Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda, n. 19/00135 che ha riconosciuto l'obbligazione statale di "fare di più" di quanto non fosse richiesto dalla legislazione vigente basandosi sui dati risultanti da un report IPCC risalente al 2007. In tema, v. M.M Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation,* in *Riv. giur. amb.*, 2021, 53 ss.; A. Giordano, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2020, 763 ss. Si noti che, sempre in questa decisione, si chiarisce che la giustiziabilità di un diritto non inficia la discrezionalità politica fintantoché il giudice non imponga al potere esecutivo o legislativo il *quomodo* della tutela. Nel medesimo senso Cass. Sez. un., 1° giugno 2023, n. 15601 in *Mass. giust. civ*. 2023.

08Greenpeace Onlus et al. c. Eni S.p.A. et al. I principali atti del processo sono consultabili sul sito https://www.greenpeace.org/italy/rapporto/17711/lagiustacausa-leggi-tutti-i-documenti/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024). Per una prima riflessione, v. M. D'Auria, *Climate litigation: una riflessione preliminare a margine della c.d. "Giusta Causa*", in *Ianus Diritto e Finanza*, n. 29, 2024, pp. 11-36.

controlli interni a garantire il rispetto del limite quantitativi di emissioni[09].

2. Il problema: climate change litigation verticale e orizzontale

Certo, la domanda *ex* art. 2043 e 2058 c.c. rivolta contro lo Stato e l'impresa, è stata prospettata anche nelle forme dell'inibitoria ex art. 614 c.p.c., priva dell'allegazione di un diritto individuale leso[10]. Questa carenza ha, però, offerto al giudice il destro per reinterpretare la *causa petendi* come se fosse rivolta ad ottenere un provvedimento di condanna finalizzato ad imporre allo Stato di legiferare adottando determinati contenuti. Tuttavia, una cosa è dire che l'azione è sbagliata, perché il risarcimento dei danni postula la lesione di un diritto individuale che, nel caso di specie, non risulta sia stata allegato[11], altro è affermare che la pretesa non sia giustiziabile in assoluto, ossia che nessun giudice potrebbe conoscere una domanda volta ad accertare il negligente adempimento e, conseguentemente, ad imporre dello Stato di attivarsi per adottare misure adeguate al fine di ottemperare agli impegni presi nel contrasto al cambiamento climatico.

---

09 Il riferimento è al caso Shell, Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, n. C/09/571932/HA ZA 19-379, 26 maggio 2021. La traduzione inglese, a cui si è fatto riferimento, è consultabile sul sito https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339; annullata da Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, n. 200.302.332/01, 12 novembre 2024. La traduzione inglese, a cui si è fatto riferimento, è disponibile sul sito https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2024:2100 (ultimo accesso il 14 dicembre 2024). Per i primi commenti, si vedano A. Nollkaemper, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie,* in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2024; P. Paiement, *Shell v Milieudefensie Confirms Major Developments in Climate Change Liability,* in *Verfassungsblog*, 15 novembre 2024; C. Hilson, *Into Reverse Gear. Shell v Milieudefensie and the Non-Regression Principle,* in *Verfassungsblog*, 15 novembre 2024; L. Jeremiašová, *The Court of Appeal Judgment in Shell v. Milieudefensie: As One Door Closes, Another Opens*, in *Blogging for Sustainability*, 18 novembre 2024; A. M. Tigre, M. Hesselman, *Milieudefensie v Shell: 3 Takeaways and Challenges on the Appeal's Court Decision,* in *Climate Law. A Sabin Center blog*, 12 dicembre 2024; C. V. Giabardo, *Corporate Climate Responsibility After "Milieudefensie vs. Shell" Court of Appeal Decision,* in *Verfassungsblog,* 17 dicembre 2024; P. Nieto, *The Market Substitution Argument in Milieudefensie et al. v. Shell judgment: A Threat to Justiciability for Scope 3 Emissions*, in *EJIL: Talk!*, 20 dicembre 2024; M. Manna, *Il caso Milieudefensie et al. contro Royal Dutch Shell plc e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla corporate sustainability due diligence, l'alba di una nuova giustizia climatica?,* in *Comparative Law Review,* 15, 2024, pp. 83 ss.

10 Così il Tribunale di Roma "La domanda risarcitoria ricollegata alla titolarità di un diritto soggettivo (e come tale considerata scrutinabile dal giudice ordinario), per come formulata, è diretta in concreto a chiedere, quale *petitum* sostanziale, al giudice un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali previste dalla Costituzione"; lo rileva M. Renna, voce *<<Risarcimento del danno in forma specifica>>,* in *Enc. dir., I tematici, Responsabilità civile,* diretto da C. Scognamiglio, 7, 2024, 1392 che, perciò, ritiene inammissibile uno scrutinio che, svincolato dalla violazione di un diritto umano, e dunque dall'accertamento di un illecito, si risolve in un "controllo sul *quando e sul quomodo dell'esercizio delle potestà pubbliche (...)*"; U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico,* cit., 244; G. Marcatajo, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente,* in *Riv. giur. Ambientediritto.it*, 2022, 2, 5 ss.

11 di talché la condanna ad un *facere* infungibile non avrebbe potuto nemmeno trovare accoglimento previa conversione del risarcimento per equivalente Coviello, De Plano e la conversione in senso risarcitorio

Con riferimento al caso Eni, si assiste al paradosso di un'impresa multinazionale che si appella all'assenza di un atto di indirizzo e coordinamento statale per ritenersi giuridicamente svincolata da ogni impegno, quasi quindi dolendosi di un'inerzia che, in tempi normali, ove fosse esercitata risulterebbe fortemente sgradita alle imprese stesse. Probabilmente si tratta di un'estremizzazione poiché appare quantomeno discutibile che la decisione giudiziale possa assumere gli estremi di un atto di indirizzo e coordinamento, risolvendosi nella condanna all'obbligo di adottare rimedi tecnici necessari al fine di contemperare l'impegno alla riduzione delle emissioni con le esigenze della produzione.

Ad ogni modo, preme evidenziare che, il peggiore scenario possibile, quello in cui il Tribunale romano ritenesse di rigettare la propria giurisdizione nel caso Eni, importerebbe un vero e proprio corto circuito ordinamentale. Se, infatti, l'irresponsabilità giuridica dell'impresa da inattuazione di adeguate misure di riduzione delle emissioni fosse la risultante di una responsabilità omissiva dello Stato che, tuttavia, è stata appena ritenuta giudizialmente insindacabile, sul presupposto che l'interesse pretensivo all'emanazione di appositi atti di indirizzo e coordinamento risulta priva di base giuridica, ciò significherebbe ritenere che, nel nostro ordinamento, non sussiste alcuna possibilità che i giudici possano essere invocati dai cittadini nel controllo sull'attuazione delle misure di contrasto al cambiamento climatico tanto da parte dello Stato, quanto da parte delle imprese.

In questa prospettiva, la distinzione tra climate change orizzontale e verticale sfuma fino a divenire uno schema puramente classificatorio.

3. La responsabilità dello Stato

Quanto paventato sarebbe in netto contrasto con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel recente caso Verein klimaseniorinnen, ha condannato lo Stato svizzero per il mancato adeguamento dell'ordinamento interno agli impegni assunti con l'adesione alle Convenzioni internazionali[12]. La sentenza della Corte è emblematica poiché, nel caso scrutinato, si apprende che, in conseguenza di un risultato referan-

12 C. Dir. Uomo, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera, n. 53600/20, 9 aprile 2024, su cui v. M. Carducci, *La sentenza KlimaSeniorinnen e il carbon budget come presidio materiale di sicurezza, quantitativa e temporale, contro il pericolo e come limite esterno alla discrezionalità del potere*, in *DPCE online*, n. 2, 2024; R. R. Severino, *Il caso Verein Klimaseniorinnen Shweiz e altri c. Svizzera: l'emergenza climatica davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Quali possibili conseguenze per il contenzioso climatico italiano?*, in Gruppo di Pisa, 2, 2024, 163 ss.; D. Ragone, *Nuove frontiere della climate litigation. Riflessioni a partire dalla sentenza Klimaseniorinnen della Corte EDU*, in *AIC*, 5, 1° ottobre 2024, 208 ss.

dario abrogativo di una nuova legge sul clima appena approvata dal governo elvetico[13], l'ordinamento interno risultava ancorato ad una legge i cui obiettivi di riduzione erano inferiori rispetto a quelli a cui lo Stato si era vincolato con la sottoscrizione degli Accordi di Parigi. Pertanto, la condanna dello Stato svizzero è maturata nel contesto di un'analisi ordinamentale che, al momento del giudizio della Corte, registrava un assetto normativo e regolamentare non in grado di assicurare effettività all'impegno convenzionalmente preso né intorno all'idoneità delle misure adottate, né intorno all'effettività della loro applicazione.

In un passaggio particolarmente denso della motivazione (parag. 550 ss.), infatti, la Corte chiarisce come, fermo restando il margine di discrezionalità nella scelta delle misure da adottare, il controllo giudiziale sulla loro adeguatezza nel procurare il rispetto degli obiettivi di riduzione delle emissioni ha carattere eminentemente procedurale. Esso dovrà essere rivolto a verificare che il quadro normativo e regolamentare sia idoneo ad assicurare sia che quelle misure siano state scelte attraverso procedure ponderate di valutazione degli interessi in gioco, rispetto ai quali le istanze climatiche assumono priorità, sia anche che l'effettività della loro applicazione sia sufficiente al raggiungimento degli obiettivi, in caso contrario determinandosi la necessità di una revisione delle stesse misure adottate[14].

Se questo è l'oggetto di una valutazione praticabile in sede giudiziale, s'intende che la decisione che ha sancito il difetto assoluto di giurisdizione, nella parte in cui sottende l'assenza di base giuridica degli impegni presi sul piano internazionale, appare foriera di una responsabilità giuridica dello Stato italiano da inattuazione degli impegni climatici

13 Del resto, la sensazione di compromissione di un principio democratico risulta acuita dalla circostanza che il vuoto legislativo è stato imputato al popolo che l'avrebbe provocata mediante la consultazione referendaria. Al punto 561 della decisione, si sottolinea, infatti che, oltre alla conclamata inadeguatezza della legislazione previgente al 2020, il referendum abrogativo aveva prodotto un "vuoto legislativo" per il periodo posteriore, atteso che la legge sul clima promulgata il 30 settembre 2022, approvata con apposito referendum il 18 giugno 2023, non era ancora entrata in vigore al momento della decisione della Corte. Il 5 giugno 2024 il Consiglio degli Stati, la Camera alta del Parlamento svizzero ha approvato una dichiarazione con cui chiede al Consiglio Federale di attivarsi presso gli organi competenti del Consiglio d'Europa per difendere gli interessi della Svizzera così concludendo: «*la Suisse ne voit donc aucune raison de donner d'autres suites à l'arrêt de la Cour du 9 avril 2024, étant donné que ses efforts passés et actuels en matière de politique climatique remplissent les exigences en termes de droits humains qui sont formulées dans l'arrêt [Klimaseniorinnen]*».

14 "*En conclusion, le processus de mise en place par les autorités suisses du cadre réglementaire interne pertinent a comporté de graves lacunes, notamment un manquement desdites autorités à quantifier, au moyen d'un budget carbone ou d'une autre manière, les limites nationales applicables aux émissions de GES. En outre, la Cour a relevé que, de l'aveu des autorités compétentes, l'État n'avait pas atteint ses objectifs passés de réduction des émissions de GES (paragraphes 558-559 ci-dessus). Faute d'avoir agi en temps utile et de manière appropriée et cohérente pour la conception, le développement et la mise en œuvre du cadre législatif et réglementaire pertinent, l'État défendeur a outrepassé les limites de sa marge d'appréciation et manqué aux obligations positives qui lui incombaient en la matière*".

assunti[15]. Si aggiunga che un eventuale giudizio che disponesse il difetto di giurisdizione anche con riferimento alla mancata adozione di misure adeguate da parte delle imprese, sul presupposto che non esiste un quadro normativo o regolamentare atto allo scopo, aggraverebbe la posizione dello Stato poiché si risolverebbe nell'impossibilità, determinata da un "vuoto legislativo", di svolgere un controllo sulla condotta delle imprese attraverso procedure giudiziali appropriate.

4. Il principio di separazione dei poteri

Spostando lo sguardo all'ordinamento italiano, è lecito chiedersi se l'inammissibilità di una forma di controllo giurisdizionale, in assenza di procedure alternative altrettanto efficaci e trasparenti idonee a garantire il controllo di conformità al programma di riduzione delle misure intraprese, possa costituire un autonomo indicatore dell'inattitudine dell'organizzazione statuale italiana ad assicurare il rispetto degli obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni carboniche. In maniera ancora più radicale, può anche sorgere l'interrogativo se la separazione dei poteri, in quella discutibile accezione che ha condotto il Tribunale di Roma a declinare la giurisdizione in senso assoluto e la difesa di Eni ad affidarvisi per declinare la giuridicità degli impegni assunti[16], non si presti ad essere inteso come un fattore disorganizzativo che mina l'attitudine dell'ordinamento ad ottemperare all'impegno dello Stato italiano di giungere alla neutralità climatica entro il 2050. Ed invero, un'interpretazione del principio di separazione dei poteri avente quale proposito quello di allontanare lo spettro dell'interventismo giudiziario tanto sulle scelte politiche del governo, quanto sulle scelte economiche delle imprese, potrebbe costituire un fattore di rischio sistemico siccome foriero di produrre il doppio fallimento, del mercato e dello Stato, nel raggiungimento degli obiettivi sottesi alla transizione

15 Sicché, la decisione della Corte europea costituirà verosimilmente un precedente significativo per i due ricorsi che vedono l'Italia coinvolta, insieme ad altri 32 Stati membri, solidalmente responsabili per violazione dei diritti umani per inadeguatezza degli interventi a contrasto del cambiamento climatico. Il riferimento è a De Conto v Italia, ric. 14620/21 e Uricchio v. Italia, ric. 14615/21 nonché *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, ric. n. 39371/20. La situazione italiana potrebbe aggravarsi se dovesse addivenirsi all'annullamento del Piano nazionale integrato in sede amministrativa. Si tratta di un documento ministeriale che, nel rispetto di quanto previsto dal Reg. UE 2021/1119 costituisce la cornice di riferimento, periodicamente aggiornata, delle strategie energetiche e climatiche dello Stato italiano.

16 In tema, v. C. Pinelli, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee,* in *Riv. ass. it. costituzionalisti,* 2, 2024. Istruttiva al riguardo anche la vicenda delle immissioni nell'analisi compiuta da C. Salvi, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente,* Milano, 1979, 137 che pure registra in alcune manifestazioni dottrinali un uso superficiale del principio di separazione dei poteri in funzione limitativa delle tecniche di tutela giudiziale; critico sull'assolutizzazione di tale principio, anche P. Femia, *Interessi e conflitti nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., 516 ss.

climatica[17].

Esaminando la posizione espressa dal giudice Eicke nella sua opinione dissenziente, l'interrogativo appena posto assume, seppure nel contrasto delle idee, una vividezza esemplare.

Contestando la genuinità dell'interpretazione evolutiva condotta dalla Corte europea nel caso "Verein klimaseniorinnen", ha osservato che la decisione avrebbe, in realtà, creato un nuovo diritto alla "*effective protection by the State authorities from seriuous adverse effects on their life, health and well being (…) arising from the harmful effects and risks caused by climate change (parag. 519 e 544)*" e, da qui, un nuovo dovere giuridico "*to adopt and to effectively apply in practice, regulations and measures capable of mitigating the existing and potentially irreversible, future effects of climate change*", nessuno dei quali avrebbe, però, la propria base giuridica nell'art. 8 della Convenzione[18].

Il dissenso si fonda anche in forza della convinzione che il riconoscimento di un tale diritto e di un controllo giudiziale diffuso sull'inattuazione del dovere dello Stato di procurarne il rispetto, sarebbe in latente contraddizione con il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento riservato alla Corte nel controllo dell'operato degli Stati. Ciò sul presupposto che questo limite riflette quel principio di separazione dei poteri tra il legislativo e giudiziario che nei singoli ordinamenti nazionali assicura l'equilibrio di un sistema improntato al carattere sussidiario della giurisdizione rispetto ai poteri a

17 Inteso il principio come espressivo di una direttiva garantista, e non come autonomo principio politico, volto ad impedire il "(…) *cumulo delle funzioni normativa, attuativa e di controllo, di modo che non sia possibile che lo stesso potere possa emanare una norma, attuarla e controllare la correttezza dell'attuazione*", così G. SILVESTRI, voce <<*Poteri dello Stato (divisione dei)*>>, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss., con riferimento al potere giudiziale, il principio si specifica nell'inammissibilità di un giudizio volto ad applicare una norma autoprodotta dal giudice. D'altro canto, il principio non impedisce il coordinamento tra i poteri in vista dell'attuazione delle direttive costituzionali. Semmai, v. S. BARTOLE, voce <<*Democrazia maggioritaria*>>, in *Enc. dir.*, Agg., V, 2001, 346 secondo cui "*il potere deve essere diviso e separata deve essere la titolarità delle funzioni che ne promanano [perché]: soltanto dalla divisione e alla separazione può derivare quel confronto-conflitto che funziona da argine reciproco nelle relazioni fra le entità di potere all'atto in cui pretendono di manifestarsi nell'esercizio della funzione che è loro propria*".

18 Non diversamente da quanto è avvenuto nel caso Urgenda (e da quanto ritenuto possibile nel caso "Giudizio universale"). Come notato da BURGERS, *Should judges make climate change law?*, in cit., 64 "Yet, the legal basis of the Urgenda judgment was not a fundamental right. Fundamental rights were invoked indirectly. The primary legal basis was the private law doctrine of hazardous negligence based on Article 6:162 of the Dutch Civil Code (Burgerlijk Wetboek), which prescribes behaviour according to <<what is deemed fit in societal interrelations>>"; sicché: "As it was not directly based on a fundamental right, it is unsurprising that the judgment generated vehement criticism for its alleged lack of democratic legitimacy".

legittimazione democratica e, segnatamente quello legislativo ed esecutivo [19].

Questa opinione induce a chiedersi quanto sia stringente l'argomento che convoca il principio di separazione dei poteri al fine di decretare l'irrilevanza giuridica, ossia la rilevanza puramente politica o economica dell'interesse ad esso sotteso, dell'interesse alla stabilità climatica. Il punto si comprende osservando come il diritto alla stabilità climatica e il *primary duty* che Stato e imprese hanno assunto costituiscono l'apparato dogmatico funzionale ad imporre una profonda revisione dei processi produttivi di valore, nonché dei rapporti sociali su questi modellati, in senso compatibile con gli obiettivi della transizione climatica.

5. Critica

La critica alla convergenza, evidentemente non episodica, verso un'insindacabilità della pretesa climatica mediata dal principio di separazione dei poteri assume l'onere di esaminare la natura concettuale e, quindi, storicamente relativa, che caratterizza tale congegno.

Sintetizzando al massimo una riflessione che meriterebbe ben altro spazio, la tesi di chi sostiene la versione rigida del principio di separazione dei poteri in funzione di limite dell'intervento giurisdizionale si affida ad un'ingenua ma, evidentemente, persuasiva omologia, quella che individua negli elettori gli unici giudici della capacità delle proposte politiche di soddisfare i propri bisogni e nei consumatori gli unici giudici della capacità delle imprese di soddisfare le domande. In questa prospettiva, il rimpallo delle responsabilità tra imprese e Stato, quella che si legge tra le righe dei rispettivi tatticismi processuali nell'analisi combinata delle vicende e delle difese, ha il pregio di rendere chiaro che la libertà imprenditoriale trova rifugio nella discrezionalità politica dello Stato perché può confidare nel patto che sinora ha retto l'alleanza tra Stato e imprese, quello per cui il primo non esorbiterà dalle funzioni che l'economia di mercato gli riconosce nel contesto delle regole costitutive del mercato.

Sennonché la difesa verso tale inclinazione del principio di separazione dei poteri appa-

19 V. punto n. 20 "(...) *in relation to questions of social and economic policy requiring the careful weighing up of competing rights and interests (frequently, if not invariably in this context, including the rights and interests of parties not before the court), in a functioning democracy as envisaged by the Convention, this Court (and the courts more generally) take a subsidiary role to the democratically legitimated legislature and executive (or, in the context of an international treaty, the authorities of the Contracting Parties)*"; punto 21 "*This latter point is, of course, of particular relevance in the present case where the most recent 2020 (Third) CO_2 Act, though adopted by Parliament, was expressly rejected by a popular vote in the course of a referendum in June 2021 (see e.g. §§ 92 and 94 of the judgment). It seems to me that great care is required in such a context not to be perceived to be relying (at least in part) on this very expression of the democratic will of the people of Switzerland as a basis for finding a violation of Article 8*".

re, tuttavia, fuori tempo massimo[20].

In realtà, già nella riflessione che la dottrina ha svolto sul tema si è addivenuti alla conclusione che la salvaguardia del duopolio stato - imprese nella gestione dei rapporti economici a ratifica dei rapporti sociali di produzione che si costruiscono intorno al modello dell'economia di mercato si discosta dal principio costituzionale personalistico che, evidentemente, riconosce rilevanza giuridica ad istanze di libertà che, evidentemente, non si esauriscono in quelle che lo definiscono soggettivamente alla stregua di "consumatore", qualità che, per definizione, permette alla persona di soddisfare unicamente quei bisogni che possono assumere la forma economica della domanda, dato il reddito a disposizione del richiedente; né si accontentano di svolgersi attraverso una particolare modalità, quella elettorale, proprio perché la rimozione degli ostacoli postula l'effettiva partecipazione dei "lavoratori" all'organizzazione non solo politica ma anche economica e sociale del Paese (art. 3,2° co. Cost.).

Cosicché, nell'affermazione cardine che sancisce l'appartenenza della sovranità al popolo, la separazione dei poteri deve essere, piuttosto, intesa come un corollario del principio dello Stato di diritto, principio che impone a tutti i pubblici poteri di agire entro i limiti fissati dalla legge, nel rispetto dei valori della democrazia e dei diritti fondamentali, sotto il controllo di giudici indipendenti e imparziali nel sindacare gli atti, i provvedimenti e le omissioni del potere esecutivo[21], affinché governi e amministrazioni pubbliche siano chiamati a rispondere del loro operato eventualmente lesivo dei diritti fondamentali[22].

20 Oltre che fuori dalla Costituzione, se è vero che il riferimento alla sovranità popolare, "quanto più procede tanto più unifica al vertice funzioni e poteri prima separati, nel mentre proietta verso il popolo lo stesso centro dell'equilibrio costituzionale", così A. Negri, *Lo stato dei partiti,* in Allegri (cura di). *Dentro / contro il diritto sovrano. Dallo Stato dei partiti ai movimenti della governance,* Verona, 2009, 37; riflessione che vede antesignani A. Predieri, *I partici politici,* in. *Commentario sistematico alla nuova Costituzione italiana*, a cura di Levi e Calamandrei, Firenze, 1950, v. I, p. 172, specialm. 176; H. Kelsen, *Intorno alla natura e al valore della democrazia,* in *Lineamenti di una teoria generale dello stato ed altri scritti,* Rom, 1932, p. 84 che intravedeva l'incompatibilità tra sovranità popolare e separazione dei poteri.

21 Perciò, attua il principio di separazione il giudice che, nel momento applicativo, controlli la conformità della norma alle ragioni costituzionali di esercizio del potere, di talché "(...) la separazione dei poteri, come ogni regola o principio, annuncia il suo superamento in una nuova unità, che è appunto la Costituzione. Quest'ultima, infatti, conferendo spessore al principio dei poteri divisi, ricrea l'unità dello Stato di diritto in nome di una propria e autentica sovranità"; in tale senso G. Berti, voce <<*Sovranità*>>, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, 1067.

22 Cosicché, la separazione dei poteri è cruciale per assicurarsi che il potere esecutivo rimanga entro i confini stabiliti dalla legge. Dal canto suo, il potere giudiziario può esercitare il suo controllo sul potere esecutivo soltanto se i giudii sono indipendenti dagli altri due poteri dello Stato. Così nel Parere d'iniziativa del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Lo Stato di diritto e il suo impatto sulla crescita economica" (2020/C 429/03 – relatore Jukka Ahtela).

6. Rilettura

L'accezione del principio personalistico e di separazione dei poteri appena svolta rivela come, quando ci si affida ad un dispositivo, come il difetto assoluto di giurisdizione, che in ultima analisi riguarda il caso assolutamente residuale[23], tanto suggestivo, quanto sfuggente, in cui *"il giudice abbia applicato non già una norma esistente ma una appositamente da lui creata"*[24], al fine di ritrarsi dal potere di conoscere, accertare, valutare e, eventualmente, sanzionare l'inadeguatezza delle misure che stato e imprese hanno intrapreso per ottemperare agli impegni presi[25], si perde di vista il problema che quelle misure devono fronteggiare, ossia invertire nel più breve possibile la rotta di un processo produttivo che, nel rendere la comune risorsa climatica sempre più scarsa, sta velocemente avanzando verso i c.d. punti di non ritorno, superati i quali risulterebbe, almeno secondo la migliore scienza, compromesso un contesto compatibile con la vita umana[26].

Da questo punto di vista, nelle discipline sovranazionali, emersa la consapevolezza che l'economia di mercato si regge sull'alleanza tra Stato e imprese. si predica la necessità di riorientarne la strategia affinché lo sviluppo economico sia resa compatibile con le istanze della transizione climatica. Da questo punto di vista, la pretesa di riconoscere effettività alla tutela giurisdizionale del diritto alla stabilità climatica, come parte di un più ampio programma volto a garantire uno sviluppo sostenibile sul piano ambientale e sociale, rappresenta un dispositivo volto ad imporre alle organizzazioni, Stato e imprese, la responsabilità di procurare la modifica dei processi produttivi nonché dei rapporti sociali di produzione e consumo modellati da quei processi al fine di arrestare il logoramento della comune risorsa climatica.

Perciò, alla luce di quanto abbiamo dedotto, nel contesto della transizione climatica, il principio di separazione – *rectius* di equilibrio - dei poteri pare piuttosto da interpretarsi come una sorta di principio organizzativo di divisione del lavoro interno allo Stato ma anche nel rapporto tra Stato e imprese, intese appunto entrambe come organizzazioni regolatrici in quanto detentori del potere di indirizzo e coordinamento dei fattori pro-

23 A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2018, pag. 635 e ss., pag.648 e ss. Rileva in proposito E. N. FRAGALE, *Il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 2, 326 ss., come l'ipotesi dello sconfinamento di potere giudiziale nel campo riservato al legislatore costituisca ipotesi resi evanescente anche in ragione della considerazione che l'attività giudiziale implica un'innegabile e insopprimibile componente creativa nel momento interpretativo della legge.

24 Cass., Sez. Un. 14 febbraio 2023, n. 4591, punto 5.

25 Al punto che il difetto assoluto di giurisdizione appare prossimo ad avere contravvenuto il divieto di *non liquet* se, con L. BURGERS, *Should judges make climate change law?*, in *Transnational Environmental Law*, 9:1(2020), 59, si intende che: "*Notwithstanding politics, a judge must deliver a decision when confronted with a legal claim*".

26 In tema, v. KRAUSS, *La fisica del cambiamento climatico*, 2022, 159 ss.

duttivi di emissioni, affinché entrambi realizzino un programma coordinato di azioni al fine di realizzare l'obiettivo della neutralità climatica[27].

D'altro canto, guardando al ruolo che assume la giurisdizione, ossia un potere dello Stato – soggetto la cui funzione è esattamente cogliere nell'ordinamento il rapporto di mezzo che le regole, intese come comando concreto, esprimono in vista del raggiungimento di un fine, il principio di separazione dei poteri risulta "insostenibile" ove, usato nella prospettiva della ragione più liquida, assecondi una tendenza irenica nel sedare i conflitti al solo scopo di procrastinare scelte politiche decisive.

Il principio appare, invece, sacrosanto soltanto se inteso come funzionale a suscitare conflitti risolvibili nel quadro della *rule of law*. Sicché, il contenzioso climatico non contraddice il principio di separazione dei poteri ma, anzi, intende dare voce ad un diritto di resistenza contro gli indietreggiamenti rispetto al programma condiviso con l'obiettivo di consentire al dissenso di svolgersi in forma costruttiva[28]. Nel caso della transizione climatica, ciò è necessario anche perché occorre superare un limite della democrazia rappresentativa, quello di trascurare gli interessi generazionali temporaneamente (in ragione di età) e geograficamente (in ragione territoriale) suscettibili di compromissione proprio perché giuridicamente o di fatto estromessi dall'esercizio del diritto a concorrere nelle scelte politiche[29].

7. Profili di tutela

Le premesse poste consentono di analizzare più approfonditamente le tecniche con cui la discrezionalità politica dello Stato risulta già giudizialmente sindacata in maniera da tale da orientare la produzione normativa. Il riferimento va al c.d. Meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (*Investor State Dispute Settlement* – c.d.

27 Su questo aspetto organizzativo v. M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 161-172.

28 Sul diritto di resistenza v. C. MORTATI, *Commento all'art. 1,* in *Comm. Cost. Branca,* I, Bologna – Roma, 1975, 32, nt. 1 ove traeva dal principio di sovranità popolare l'abilitazione ad assumere la funzione di difesa e reintegrazione dei principi della costituzione "quando ciò si palesi necessario pere l'insufficienza o la carenza degli organi ad essa preposti"; Interessante sarebbe confrontarsi sul punto se la conduzione a livello giurisdizionale dei principi di tutela climatica intergenerazionale possa degenerare in una dinamica autoritaria in quanto postula un accordo sociale sull'obiettivo da raggiungere. In tema, v. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile,* cit., 141 nt. 275.

29 L. BURGERS, *Should judges make climate change law?*, cit. 66, sulla labilità del confine tra "breaking the law" e "invoking the law": "*Civil disobedience is practically linked to the climate litigation trend, as a recent wave of civil disobedience action ended up in courts and activists pleaded the 'climate necessity defence'. They stated that the imminent dangers of climate change left them with no reasonable legal alternative to their action*"; considerazioni non dissimili in A. PISANÒ, *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote*, cit., 107.

ISDS)[30]. Si tratta di un sistema di tribunali privati alla cui giurisdizione gli Stati si sottomettono tramite apposite clausole contrattuali inserite negli accordi stipulati in vista di un progetto di investimento diretto allo sfruttamento di risorse naturali presenti sul territorio dello stato contraente. La logica di tale giurisdizione arbitrale è denazionalizzare il conflitto, per certi versi inevitabile, tra Stato e investitori determinato da sopravvenute scelte idiosincratiche rispetto alle aspettative di ritorno degli investimenti, affermando la responsabilità giuridica dello Stato.

Nel contesto di questa giurisdizione privata, non provoca alcun imbarazzo dogmatico[31] il fatto che gli Stati "sovrani" si possano astenere dall'esercitare le proprie prerogative (c.d. *Regulatory chill*)[32] o il lodo con cui gli Stati vengono condannati per avere violato gli accordi anche a seguito dell'adozione, non preventivata al momento della concessione dell'investimento, di misure idiosincratiche rispetto a quelle promesse[33].

In prospettiva analoga, non pare possa ritenersi eversivo condannare lo Stato per il mancato adeguamento del quadro regolatorio nazionale agli obiettivi della transizione climatica, ossia per la frattura della relazione tra mezzo e fine di cui lo Stato si è costituito garante. Cosicché, la decisione della Corte europea raggiunge un risultato condivisibile laddove osserva che, avendo gli Stati firmatari delle Convenzioni internazionali sul clima riconosciuto il proprio contributo causale "differenziato" al cambiamento climatico in corso[34], deve ritenersi sussistente un "*primary duty*" a adottare, in tempo utile, misure concrete ed effettive volte ad impedire il prodursi di effetti negativi irreversibili

30 In tema, v. A. Algostino, *ISDS (Investor State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in costituzionalismo.it, fasc. 1, 2016, p. 103 ss.; R. Fornasari, *La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 219 ss.

31 Ma v. la Risoluzione n. 2151 (2017) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa trasmessa il 2 febbraio 2017

32 Nella Risoluzione n. 2151(2017) cit. si stigmatizza come "the threat of litigation before non-State dispute settlement mechanisms could discourage governments from taking necessary regulatory measures to uphold the rights of their citizens against foreign multinational companies, for example by strengthening the protection of the environment and social rights (regulatory chill)". In tema v. chill »). H. Saha, *A critical analysis of the commonly recommended reforms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, in *Legal issues journal,* N. 4, 2016, 39.

33 Nella Risoluzione n. 2151 (2017) si rileva che "democracy and national sovereignty are called into question when States are prevented by agreements concluded by previous governments from adapting their legislation and practice to changes in the factual situation or in political priorities". Ne sa qualcosa proprio il governo italiano, citata in giudizio nel 2017 da Rockhopper per avere proibito nuovi progetti di estrazione di petrolio e gas in un'area a rischio sismico. L. Basu, *What's wrong with Trae an investment Agreements?*, in Harpreet Kaur e . Gebrial (a cura di), *Perspectives on a Global green New Deal,* Rosa Luxemberg -Stiftung, 2021. Da un'indagine sul Guardian a cura di A. Nelsen reperibile su https://www.theguardian.com/environment/article/2024/jun/06/investors-awarded-billions-of-dollars-for-losses-related-to-climate-laws-analysis-finds a luglio 2024, si evince che degli oltre 113 miliardi di dollari pagati dagli Stati agli investitori, la quota maggiore è andata a risarcire gli investitori aventi interessi nello sfruttamento dei combustibili fossili.

34 V. punto 315 e 442 della decisione.

(punto 545 decisione)[35].

Semmai, risulta più problematica la costruzione di una fattispecie di responsabilità aquiliana che costituisce un necessario presupposto dell'accesso alla giurisdizione della Corte. Ciò è tanto vero che per ammetterlo, la Corte ha utilizzato il diritto di cui all'art. 8 Carta dir. UE[36], già convocato in ipotesi riconducibili al danno ambientale[37], ma alla luce di un'interpretazione evolutiva dei diritti contemplati dalla Carta[38], che l'ha condotta a concludere che l'inosservanza dell'obbligo di protezione dei diritti umani contemplati dalla Carta può integrarsi anche tramite inadempimento del dovere primario di adottare le misure di mitigazione delle emissioni ad impatto climatico[39].

Da questo punto di vista, la soluzione della Corte europea, riletta anche alla luce dell'opinione dissenziente che ha, a nostro avviso correttamente contestato l'interpretazione evolutiva, riflette i limiti di un'operazione condotta attraverso il modello della responsabilità aquiliana che, nel presupporre l'intervenuta lesione di un diritto individuale, si contenta di risarcirla in senso eminentemente ripristinatorio del patrimonio leso. In altri termini, il limite sta nell'inflessione squisitamente privatistica che assume la tutela in un settore in cui l'effettività della tutela deve proporsi di valorizzare la partecipazione dei cittadini alla costruzione del programma sul presupposto che il diritto alla stabilità climatica è finalizzato a promuovere l'interesse alla modifica dei processi produttivi e dei rapporti sociali che su questi sono modellati.

Proprio da questo punto di vista, il riferimento al sistema ISDS suggerisce che la strada verso una tutela effettiva, a carattere non puramente monetario, come è sufficiente che sia quando si discute di lesione della remuneratività degli investimenti, può essere

35 V. punti 173, 176, 225, 236-267, 303 della decisione.

36 Sull'autonomia del danno climatico rispetto a quello ambientale, v. V. Conte, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti transoggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali,* in *DPCE online,* Sp- 2/2023, 669 *ss.; contra* U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico,* in *Riv dir. civ*, 2024, 252; *adde* M.W. Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, cit.,137

37 Corte eur. dir. uomo, 22 maggio 2003, Kyrtatos v. Grecia nel quale Corte ha sancito l'esistenza un diritto alla salubrità ambientale ma non la protezione di ambienti naturali.

38 Senza di che la norma di cui all'art. 8 Carta dir. UE non sarebbe utilmente richiamabile per quelle modificazioni del contesto che possano eventualmente interferire per idiosincrasie personali, con il benessere di determinati individui; per cui non si considera lesa la salubrità dell'ambiente dalla alterazione del paesaggio o dalla riduzione della biodiversità, ancorché tali eventi possano al pari di molti altri incidere sul benessere di una persona particolarmente sensibile alla salvaguardia di determinati valori". Sul punto, v. U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico,* cit., 259, 260 nt. 73.

39In tema, v. G. Puleio, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico,* in *Pers. Merc.*, 2021, 479 ss.; conf. A. Pisanò, *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote*, in *"Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., 101; v. U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico,* cit., 248 ss.

conseguita soltanto acquisendolo attraverso un rapporto di cooperazione tra Stato e cittadini da inscriversi nella cornice di un rapporto obbligatorio preesistente all'eventuale lesione di un diritto individuale[40].

A tale proposito, non pare peregrino postulare che gli impegni assunti giuridicamente vincolanti siano irrevocabili in ragione di un'obbligazione *ex lege* che, nelle forme della gestione altruistica di affari altrui[41]. Ed invero, che lo Stato si doti di un assetto organizzativo che favorisca un controllo adeguato e diffuso al fine di individuare tutte le misure normative o regolamentari idiosincratiche rispetto agli obiettivi posti nel quadro della transizione climatica, si comprende considerando che la permanenza di tali misure sarebbe foriera di responsabilità da parte dello Stato non solo nei confronti dei privati ma anche degli altri Stati firmatari della Convenzione. Perciò, i cittadini che si trovino nella condizione di constatare l'esistenza di regole inadeguate rispetto al fine, saranno ammessi ad attivare il sindacato giurisdizionale proprio al fine di consentire allo Stato di provvedere alla neutralizzazione di tali "vuoti legislativi o regolamentari". In fin dei conti, sarebbe un caso particolare in cui lo Stato, conferisce direttamente ai privati poteri di azione rivolti a salvaguardare un interesse pubblico che lo Stato non è in grado di garantire con la stessa efficacia[42]

8. La responsabilità delle imprese

Alla luce di questa ipotesi ricostruttiva, la difesa dell'impresa multinazionale dovrebbe potersi tradurre non in un pretesto per conseguire un'immunità al proprio operato in punto di riduzione delle emissioni, ma, anzi, in un'autonoma ragione di doglianza contro lo Stato che, contrariamente agli impegni assunti, non sta adottando le necessarie misure normative e regolamentari per assicurare che le misure di riduzione delle emissioni adottate dalle imprese non siano vanificate dall'inadeguatezza delle misure intraprese dallo Stato.

Sotto altro profilo, l'assunto secondo cui i medesimi gli Accordi sul clima risultereb-

40 La domanda che poniamo è, quindi, se sia possibile ricostruire il conflitto non in termini successivi ma in un conflitto preventivo ossia in termini di inadempimento o prospettico, secondo la terminologia adottata da P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile,* cit., 473 nt. 732 e 704. Sulla necessità di una "azione preventiva con funzione appunto di preservazione delle generazioni future dagli effetti negativi del cambiamento climatico antropogenico", v. M. CARDUCCI, *Il duplice "mandato" ambientale tra costituzionalizzazione della preservazione intergenerazionale, neminem laedere preventivo e fattore tempo. Una prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 13 giugno 2024*, in *DPCE online – Osservatorio sul Costituzionalismo Ambientale*, 25 giugno 2024, 6.

41 su tale passaggio v. T. SERRA, *Il "diritto" di resistenza in Mortati,* in *Nomos*, 1, 2016, 3 ove si osserva che per Mortati la fonte del diritto di resistenza non è la sovranità popolare ma i diritti inviolabili, evocando la figura della *negotiorum gestio*.

42 Emblematico in questa prospettiva è la disposizione di cui all'art. 1145 c.c. ove, nell'impossibilità di instaurare un rapporto di cooperazione, lo Stato attribuisce l'azione di spoglio anche al possessore di bene demaniale che, in forza di un principio di prossimità, è meglio in grado di reagire tempestivamente al fine di ottenere la reintegrazione.

bero vincolanti solo e al massimo per lo Stato, impegnandolo ad adottare una disciplina di riforma della propria policy energetica direttamente vincolante per le imprese, contravviene al testo della direttiva UE 23 febbraio 2022 relativa al "*dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità a modifica della direttiva UE 2019/1937*", finalmente approvata dal Consiglio in data 24 maggio 2024[43]. Quale che sia l'opinione sulla diretta applicabilità dei principi costituzionali in materia ambientale nei rapporti di diritto privato – c.d. Drittwirkung[44] - la direttiva appena approvata parte, invece, dal presupposto che "*anche il settore privato rivesta un ruolo fondamentale per il conseguimento di questi obiettivi, in particolare tramite le strategie di investimento che attua*" (considerando n.

43 In tema v. Aa.Vv. (2021), *La Proposta del Parlamento europeo di direttiva su «La dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc*, 2021, pp. 276 ss.; G. C. Corvese, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate sustainability due diligence directive (dalla insostenibile leggerezza dello scopo sociale alla obbligatoria sostenibilità della due diligence,* in *Banca impr. soc.*,3, 2022, 391 – 431; F. Degl'Innocenti, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence,* in *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* Nº 18, febrero 2023, 814 – 847; per alcuni spunti su short termism e long-term value v. G. D. Mosco – R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *AGE*, 2022, pp. 185 ss.; U. Tombari, *Riflessioni sullo "statuto organizzativo" dell'"impresa sostenibile" tra diritto italiano e diritto europeo*, in *AGE*, 2022, p. 135, spec. pp. 140 ss. Nella letteratura europea, v. L. Ventura, *Corporate sustainability due diligence and the new boundaries of the firms in the European Union,* in *European Business Law Review* 34, no. 2 (2023): 239-268; D. Juric, A. Zubovich, E. Culinovic – Herc, *Large companies saving people and the planets- reflections on the personal scope of the application of the corporate sustainability due diligence directive,* 9 INTerEULawEast: J. Int'l & EUR. L., ECON. & MARKET Integrations 1 (2022), 1-43; R. Chambers & J. Martin, *Reimagining Corporate Accountability: Moving beyond Human Rights Due Diligence*, 18 N.Y.U. J.L. & Bus. 773 (2022), 773 – 843; C. Foot, *Towards Corporate Obligations for Freshwater? The European Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive and Freshwater Issues*, 15 Erasmus L. REV. 173 (2022), 1-18, C. Pratz, *The EU's Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment,* in *Business and Human Rights Journal (2022)*, 7, 291–297; interessanti riflessioni in S. W. Gamble, *A Corporate Human Rights Due Diligence Law for California*, 55 UC Davis L. REV. 2421 (2022), 2421-2461; S. Brabant - C. Bright - N. Neitzel - D. Schönfelder, *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, *VerfBlog*, 2022/3/15, https://verfassungsblog.de/due-diligence-around-the-world/; Engsig Sørensen, Karsten . '*Corporate Sustainability Due Diligence in Groups of Companies*'. *European Company Law Journal* 19, no. 5 (2022): 119–130.

44 E. Navarretta, *Costituzione e principi fondamentali: dialogo ideale con Angelo Falzea*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2017 pp. 982-998; approfondimenti sul tema della *Drittwirkung* ai rapporti contrattuali si rinvia a G. D'Amico, "*Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*" in Giustiziacivile.com, Giuffé, Milano, 2016; S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011: "L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale, che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega".

10)[45].

La direttiva chiarisce, anzitutto, che il contenuto degli Accordi di Parigi è precettivo e, perciò, esso è idoneo ad esprimere un'efficacia vincolante non solo in capo agli Stati ma anche in capo alle imprese. Perciò, purché rientrino nell'ambito di applicazione della disciplina fissato dall'art. 2 della direttiva, sussiste l'obbligo delle società, come degli Stati, a svolgere una complessiva revisione delle proprie *strategie* produttive, affinché i propri processi risultino effettivamente improntati agli obiettivi della transizione verso la decarbonizzazione (art. 1 lett. c.).

La filosofia di fondo che ispira la direttiva appare, quindi, significativamente ispirata dalla necessità di innovare la dimensione della produzione di beni e servizi per il mercato, quale che sia il settore, pubblico o privato, in senso compatibile agli obiettivi della transizione ecologica. Detto altrimenti, così come gli Stati, anche le società di grandi dimensioni saranno tenute a modificare il proprio modello di business e la strategia produttiva in senso compatibile al raggiungimento degli obiettivi di neutralità dell'emissioni carboniche.

Ne discende, quindi, che il vincolo climatico condiziona dall'interno la libertà di iniziativa economica dell'impresa, rientrando nella cornice fornita dal disposto di cui all'art. 41,2° co. Cost. che reclama l'obbligo per l'impresa di produrre astenendosi dall'arrecare danni al clima, al fine di rispettare il c.d. diritto all'immutazione del clima che informa giuridicamente l'intera sfera della produzione anche a tutela delle future generazioni[46].

9. Il piano di transizione

La filosofia di fondo dell'intervento normativo si ritrova precisamente riflessa nella sua concreta declinazione laddove la direttiva impone alle società, di adottare e attuare un Piano di transizione per la mitigazione del cambiamento climatico (art. 15 dir.), piano che, quindi, che si aggiunge a quelli operativi di prevenzione e arresto dai rischi di im-

45 Il testo dell'art. 15 della proposta parlava genericamente di un piano "atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 ºC in conformità dell'accordo di Parigi"; che in tale piano si "indica in particolare, sulla base delle informazioni di cui la società può ragionevolmente disporre, la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto". Da questo unto di vista, il piano avrebbe contemplato il problema della produzione di emissioni alla stregua di un impatto ambientale negativo potenziale o attuale. Al secondo comma, si stabiliva che "Gli Stati membri provvedono a che la società includa nel piano obiettivi di riduzione delle emissioni se i cambiamenti climatici sono indicati, o avrebbero dovuto essere indicati, come rischio primario per le attività che svolge o come loro impatto primario".

46 Si tralascia il tema, egualmente rilevante sul piano organizzativo interno all'impresa, delle regole che pure "contribuiscono a plasmare la fisionomia dei doveri degli amministratori in punto di gestione del rischio e, in tal modo, finiscono inevitabilmente per incidere anche sulle modalità di esercizio dell'attività di impresa", così testualmente B. SAAVEDRA SERVIDA, *Sostenibilità ambientale, autonomia privata e private regulation*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2024, p. 20 ss.

patto sociale e ambientale (artt. 7 – 8 dir.)[47].

Tanto l'adozione che l'attuazione del Piano di transizione sono volti "*a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C in linea con l'accordo di Parigi.*" (art. 1° co. lett. c)[48]" (...) "*nonché l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica come stabilito nel regolamento (UE) 2021/1119, compresi i suoi obiettivi intermedi e di neutralità climatica al 2050, e, se del caso, l'esposizione della società ad attività connesse al carbone, al petrolio e al gas.*" (art. 15 dir.).

Secondo un modello usuale nella sintassi europea, la direttiva ha predeterminato il contenuto obbligatorio del piano di transizione, a mente del quale l'impresa dovrà definire:

"(a) obiettivi temporali relativi ai cambiamenti climatici per il 2030 e in fasi quinquennali fino al 2050, basati su prove scientifiche conclusive e comprendenti[49], se del caso, obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra dell'ambito scope 1, scope 2 e scope 3 per ciascuna categoria significativa;

(b) una descrizione delle leve di decarbonizzazione individuate e delle azioni chiave pianificate per raggiungere gli obiettivi di cui alla lettera a) compresi, se del caso, i cambiamenti nel portafoglio di prodotti e servizi dell'impresa e l'adozione di nuove tecnologie;

(c) una spiegazione e una quantificazione degli investimenti e dei finanziamenti a sostegno dell'attuazione del piano di transizione;

47 Nel considerando n. 50 si osserva che il contenuto del piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici dovrebbe essere in linea con gli obblighi di rendicontazione previsti dalla Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione di sostenibilità delle imprese, si dovrebbe ritenere che le imprese che rendicontano tale piano ai sensi della Direttiva 2013/34/UE abbiano rispettato l'obbligo specifico di adottare un piano ai sensi della presente Direttiva. Perciò, le società che presentano un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici ai sensi dell'articolo 19 bis, 29 bis o 40 bis, a seconda dei casi, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sono considerate conformi all'obbligo di adozione di cui al paragrafo 1 del presente articolo. Le società che sono incluse nel piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici della loro impresa madre, segnalata ai sensi dell'articolo 29 o 40 bis, a seconda dei casi, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, si ritiene che abbia soddisfatto il requisito di adozione di cui al paragrafo 1 del presente articolo.

48 È significativo che il documento presentato dal Coreper n. 6533/22 ove pure si registrava l'autonomizzazione del capitolo relativo alla lotta ai cambiamenti climatici, si esprime in termini più blandi, nel senso che la direttiva avrebbe posto "*obblighi di adottare un piano per garantire la compatibilità del modello di business e della strategia della società con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C.*

49 I piani dovrebbero sviluppare azioni di implementazione per raggiungere gli obiettivi climatici dell'azienda e basarsi su prove scientifiche conclusive, ovvero prove con validazione scientifica indipendente che siano coerenti con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C come definito dal Gruppo intergovernativo di esperti sul cambiamento climatico (IPCC) e tenendo conto delle raccomandazioni del Comitato scientifico consultivo europeo sul cambiamento climatico.

(d) una descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e vigilanza in relazione al piano"[50].

Infine, gli Stati membri assicurano che il piano di transizione sia aggiornato ogni 12 mesi e contenga una descrizione dei progressi compiuti dall'impresa per raggiungere gli obiettivi di cui al paragrafo 1, lettera a)[51].

L'obbligo *ex lege* di adozione del piano di transizione conferma la preferenza europea per discipline impostate su doveri di autoregolazione in capo delle imprese. Si tratta, a ben vedere, di utilizzo intelligente delle dichiarazioni d'intenti che l'impresa già formula *erga omnes* per posizionarsi sul mercato in maniera competitiva. Ciò che si richiede, quindi, è convertire tali dichiarazioni d'intenti in vere e proprie dichiarazioni promissorie rivolte alla generalità, a cui, quindi, l'ordinamento riconosce valenza impegnativa. Ed invero, a dispetto del carattere apparentemente descrittivo attribuito dalla direttiva ai loro contenuti, le dichiarazioni contenute nel piano di transizione hanno carattere promissorio e configurano veri e propri obblighi in capo all'impresa capaci di generare un affidamento da parte della collettività. Ciò che risulta plausibile dovendo osservarsi che, nella lotta ai cambiamenti climatici, la grande impresa non viene inquadrata quale oggetto di regolamentazione ma quale soggetto regolatore la cui capacità normativa risiede nella capacità, direttamente proporzionale alla grandezza della fetta di mercato che occupa, di imporre uno standard produttivo al settore industriale considerato. In definitiva, è proprio su questa capacità modificativa della struttura del settore industriale, evidentemente appartenente alle imprese che hanno un *leverage* determinato o dall'innovatività o dalla quota di mercato detenuta, che il legislatore europeo affida l'obiettivo di realizzare nel lungo periodo la sostenibilità ecologica e sociale dello sviluppo economico[52].

---

50 In sede di approvazione è stata soppressa la prescrizione che collega la remunerazione variabile degli amministratori al loro contributo alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società, questa disposizione è stata soppressa (articolo 15, paragrafo 3). La forma e la struttura della remunerazione degli amministratori sono questioni che rientrano essenzialmente nella competenza della società e dei suoi organi o azionisti pertinenti. Le delegazioni hanno chiesto di non interferire con i diversi sistemi di governo societario all'interno dell'Unione, che rispecchiano le diverse visioni degli Stati membri sul ruolo delle società e dei loro organi nel determinare la remunerazione degli amministratori.

51 Le autorità di vigilanza dovrebbero essere tenute almeno a supervisionare l'adozione e la progettazione del piano e i suoi aggiornamenti, in conformità con i requisiti stabiliti nella presente direttiva. Anche se l'obbligo di adozione sarà considerato soddisfatto, le aziende devono comunque rispettare l'obbligo di attuare il piano di transizione e di aggiornarlo ogni 12 mesi per valutare i progressi compiuti nel raggiungimento degli obiettivi.

52 Sulla base degli studi di M. E. PORTER, *Il vantaggio competitivo*, trad. it. Pacifico, 3° ed., Milano,1988, passim.; Id., *La strategia competitiva. Analisi per le decisioni,* Bologna, 1982, passim., è, infatti, la struttura del settore industriale a divenire decisiva specialmente allorquando il prodotto crea una gran quantità di valore. Infatti, è il modo in cui la struttura del settore distribuisce il potere contrattuale a determinare in che proporzione il valore sarà suscettibile di appropriazione da parte dell'impresa ovvero risulterà trattenuto o pressoché assorbito da acquirenti e fornitori; per un'ulteriore delucidazione nel rapporto c.d. di coalizione tra partner.

10. Conclusioni

Il contenzioso climatico, sia verticale che orizzontale, fornisce una lente di osservazione privilegiata per esaminare la scarsa tenuta della distinzione tra pubblico e privato e dei suoi dispositivi di salvaguardia, tra questi *in primis* il principio di separazione dei poteri. L'analisi rinnova, semmai, l'esigenza di una riflessione sui caratteri di una normatività che ha dismesso la pretesa della generalità e astrattezza per configurarsi come comando concreto dei rapporti sociali immediatamente giuridici di cui occorre, attraverso il controllo giurisdizionale, cogliere l'idoneità a porsi in una relazione specifica di mezzo rispetto al fine di realizzare gli obiettivi costituzionali.

Oggi che la funzione di controllo è rivolta a commisurare l'adeguatezza delle misure che Stato e grandi imprese hanno intrapreso per realizzare il "programma" di neutralità climatica, il principio di divisione dei poteri tra questi soggetti regolatori appare interpretabile come strumento di articolazione e ripartizione del potere normativo, più simile ad una divisione del lavoro tra gruppi sociali, che è compito dello Stato – ordinamento ricomporre a superiore sintesi costituzionale.

Il dubbio è se il vasto programma sotteso al riconoscimento dell'interesse alla stabilità climatica. proprio perché prefigura la necessità di modificare i processi produttivi e i rapporti sociali modellati da quei processi, possa costituire un obiettivo giudizialmente pretendibile oppure se esso non sia in contraddizione con la democraticità delle istituzioni che il principio di separazione dei poteri intende salvaguardare dalle ingerenze giudiziarie.

Da questo punto di vista, la descritta funzionalizzazione del potere dello Stato e della grande impresa agli obiettivi generali posti dalla transizione climatica potrebbe incoraggiare i detrattori della transizione climatica ad una critica complessiva di un disegno che prospetta la possibilità di un'involuzione illiberale o totalitaria dell'ordinamento[53].

C'è, però, da chiedersi se non sia altrettanto funzionalistica una lettura che si conformi alle istanza di una politica economica che, votata esclusivamente all'obiettivo della crescita, trova congegnale convertire ogni bisogno umano in domanda di mercato e, quindi, se in ultima analisi, nel paradigma ecologista sia possibile ritrovare la chiave di volta per strutturare i rapporti economico- sociali in senso pienamente personalistico.

53 Una lettura utile a suscitare la consapevolezza critica della delicatezza delle questioni sollevate è in R. GUASTINI, *La dottrina dello Stato di Marx rivisitata,* in *Il politico*, 1983, 4, 609 – 620 con particolare riferimento alla distinzione tra forma e contenuto dell'ordinamento da cui dipendono rispettivamente le distinzioni tra democrazia vs. autocrazia e tra liberalismo e totalitarismo.

Art. 2033 c.c., buona fede dell'accipiens e mercato finanziario

GIOACCHINO LA ROCCA
Professore Ordinario di Diritto privato
Università Bicocca di Milano

SOMMARIO: 1. La buona fede dell'*accipiens* secondo la Cassazione – 2. Differente significato dell'espressione "buona fede" nei rapporti reali e nei rapporti obbligatori – 3. La prova dell'*"elemento psicologico di certezza dell'indebito"* – 4. Le ricadute giuseconomiche dell'interpretazione giurisprudenziale – 5. Il risparmiatore "tradito" è trasformato in finanziatore a titolo gratuito del "traditore"

1. *La buona fede dell'*accipiens *secondo la Cassazione*

L'art. 2033 c.c. dispone che "*chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda*". Come si vede, la decorrenza degli interessi sulle somme da restituire è stabilita in date diverse: dal giorno del pagamento "*se chi lo ha ricevuto era in mala fede*"; dal giorno della domanda se l'*accipens* dell'indebito "*era in buona fede*".

Sull'interpretazione di questa parte dell'art. 2033 c.c. si è formato un granitico orientamento giurisprudenziale. Esso è così sintetizzato da Cass. 7 maggio 2024, n. 12362: "*in materia di indebito oggettivo, la buona fede dell'accipiens, rilevante ai fini della decorrenza degli interessi dal giorno della domanda, va intesa in senso soggettivo, quale ignoranza dell'effettiva situazione giuridica, derivante da un errore di fatto o di diritto, anche dipendente da colpa grave, non trovando applicazione l'art. 1147, comma 2, c.c., relativo alla buona fede nel possesso*", che è esclusa dalla "colpa grave" dell'agente.

Su queste premesse, la Corte di cassazione ha ritenuto che anche il dubbio qualificato per l'esplicita contestazione da parte del *solvens* circa l'effettiva debenza

della prestazione è compatibile con la buona fede: Cass. 31 luglio 2009 n. 17848 e Cass. 5 maggio 2004 n. 8587 hanno espresso questo principio ritenendo in buona fede l'INPS per contributi previdenziali non dovuti versati dal datore di lavoro. Entrambe, peraltro, hanno fatto propria un'interpretazione estensiva della locuzione "domanda giudiziale", disponendo che gli interessi sulle somme indebitamente versate dal contribuente dovessero decorrere dalla domanda proposta in sede amministrativa. Una interpretazione diversa – ha precisato Cass. 5 maggio 2004 n. 8587 – violerebbe gli artt. 3 e 24 Cost. L'interpretazione estensiva è stata confermata dalle Sezioni Unite con sentenza 13 giugno 2019, n. 15895, secondo cui "*l'espressione dal giorno della "domanda", contenuta nell'art. 2033 c.c., non va intesa come riferita esclusivamente alla domanda giudiziale, ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c.*"

Per parte sua Cass. 10 marzo 2005, n. 5330 ha ritenuto sussistente la buona fede soggettiva dello IACP per canoni indebitamente percepiti sul rilievo che "*l'incessante susseguirsi, specie con riferimento all'epoca dei fatti, di molteplici disposizioni in materia di locazione di immobili urbani era causa di "incertezze" interpretative*".

L'orientamento in discorso è stato ribadito anche relativamente alla mancata applicazione delle norme relative alla prestazione dei servizi di investimento, vuoi per il caso di nullità dell'operazione per assenza di un valido "contratto quadro" (Cass. 26 ottobre 2020, n. 23448), vuoi nel caso in cui la violazione della disciplina dei servizi di investimento sia qualificata come inadempimento: secondo Cass. 16 febbraio 2018, n. 3912 la mera condotta inadempiente della parte non può essere considerata, di per sé, dimostrazione della mala fede di quest'ultima. Anche nelle ipotesi di violazione della disciplina dei servizi di investimento – è stato stabilito – "*si deve … avere riguardo all'elemento psicologico esistente alla data di riscossione della somma, a meno che il creditore non provi la mala fede dell'accipiens: con la precisazione che, anche in questo campo, la buona fede si presume, ed essa può essere esclusa soltanto dalla prova della consapevolezza da parte dell'accipiens della insussistenza di un suo diritto a ricevere il pagamento*".

2. *Differente significato dell'espressione "buona fede" nei rapporti reali e nei rapporti obbligatori*

Sull'orientamento richiamato occorre riflettere.

L'equiparazione della buona fede di cui all'art. 2033 c.c. con la buona fede soggettiva tipica del possesso (art. 1147 c.c.) – equiparazione peraltro parziale perché nel caso dell'indebito si esclude l'applicabilità del secondo comma dell'art. 1147 c.c. – sembra il frutto di una mancata attenzione alla dimensione storico-economica degli istituti e delle norme. Alla "buona fede" si fa riferimento sia nei rapporti reali, sia nei rapporti obbligatori. Da oltre centocinquanta anni vi è consapevolezza che

i due contesti non debbono confondersi[01] : la buona fede soggettiva dell'art. 1147 c.c. è finalizzata a risolvere il conflitto tra colui che utilizza il bene ed il proprietario effettivo che, invece, di quel bene si disinteressa. In questo conflitto i due elementi caratterizzanti la "buona fede" prevista dal primo (l'essere essa costruita come "stato psicologico" e l'essere essa presunta) indicano la preferenza del legislatore per chi utilizza effettivamente il bene: a meno che non si provi che costui non avesse assoluta consapevolezza sia della altruità del bene, sia della violazione del diritto del proprietario, gli è consentito trattenere i "frutti" del suo lavoro quale riconoscimento per il contributo dato con tale lavoro all'efficienza economica del sistema. È per questo motivo che il terzo comma assegna rilevanza centrale "al tempo dell'acquisto": è da tale momento che il possessore ha iniziato ad utilizzare, a far fruttare il bene.

Questo paradigma è, a tutta evidenza, estraneo ai rapporti obbligatori, nel cui ambito si situa il *pagamento* indebito. Per tali rapporti – che chiaramente hanno luogo nel mercato – valgono notoriamente altri parametri di soluzione dei conflitti, che, lungi dall'essere in contraddizione, sono l'uno funzionale all'altro: la solidarietà e la autoresponsabilità. Ci troviamo così proiettati in un contesto – sono le Sezioni Unite della Corte di cassazione che ce lo ricordano[02] – dominato dalla buona fede oggettiva, la cui determinazione nel singolo caso concreto costituisce il frutto di uno sforzo talora non semplice di mediazione tra quei due parametri.

Veniamo così al dubbio di fondo circa l'effettiva rilevanza degli stati soggettivi delle parti in sede di conclusione ed esecuzione dei contratti: si può, infatti, sostenere che – al di là delle declamazioni – l'esteriorizzazione delle condotte e le modalità con le quali ha luogo tale esteriorizzazione (le "forme") sono ciò che effettivamente conta nei rapporti sociali quali sono i contratti [03]: si ricordi, ad esempio, che l'errore ("stato psicologico") deve essere "riconoscibile", ossia rilevabile perché esteriorizzato e dunque "giuridicamente costituito" attraverso condotte, le quali, tuttavia, non solo devono essere percepibili dalla controparte, ma devono anche essere tali da poter essere decodificate da questa come indice della situazione di errore in cui versa il primo contraente.

In questa prospettiva, può aggiungersi che il dato letterale dell'art. 2033 c.c. non è di per sé decisivo. Esso fa riferimento a "buona fede" e "mala fede": la caratura soggettiva di tali espressioni, vale a dire il loro collegamento all'elemento psicologico dell'agente, è opera dell'interprete o, meglio, della matrice volontaristica della cultura giuridica maturata con il giusnaturalismo ed esplosa con la pandettistica, che

01 Forse non sarebbe inutile rileggere un "grande classico": L. Mengoni, *Gli acquisti "*a non domino*"* [3], Milano, 1975, 315 ss.

02 G. La Rocca, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in tema di nullità selettive ed il sistema della Mifid II*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2020-2021, 53 ss.

03 v. in proposito G. La Rocca, *Il contratto come azione sociale: dalla* "mancipatio" *al reg. del. 217/565/UE*, in *Riv. Trim. dir. E proc. Civ.*, 2024, 477 ss.

assegnava alla volontà umana un ruolo di assoluta protagonista in campo giuridico (e non solo).

3. *La prova dell'*"elemento psicologico di certezza dell'indebito"

I paragrafi precedenti facilitano la comprensione dei problemi sollevati dall'interpretazione della seconda parte dell'art. 2033 c.c. prevalente in giurisprudenza.

In primo luogo, mette conto soffermarsi sulla prova necessaria per superare la presunzione di buona fede dell'*accipiens*. L'orientamento consolidato in giurisprudenza richiede al riguardo la prova di un "*elemento psicologico*" incisivamente qualificato in termini di "certezza" del carattere indebito del pagamento. Questa prova si presenta particolarmente rigorosa, visto che la "certezza" dell'*accipiens* non è scalfita neppure da contestazioni circostanziate del *solvens*: queste – secondo la cassazione – possono ingenerare un dubbio circa l'effettiva debenza del pagamento; dubbio, che però non corrisponde alla "certezza" richiesta per porre l'*accipiens* in mala fede e non fa neppure sorgere nel *accipiens* medesimo l'obbligo ex art. 1375 c.c. di approfondire le ragioni avanzate dal *solvens*.

Peraltro, un "*elemento psicologico*" di questo tipo – declinato, come si è detto, addirittura nei termini assolutizzanti di "*certezza dell'indebito*" – è di assai difficile prova. Siamo al limite della *probatio diabolica*. Esso è astrattamente pensabile solo se riferito ad una persona fisica: solo per le persone fisiche, infatti, possono immaginarsi "elementi" riguardanti la "psiche". Con la conseguenza che, nel caso della persona giuridica, sarebbe decisamente incerta la persona fisica, al cui "*elemento psicologico*" far riferimento. Probabilmente sarebbe fuorviante concentrarsi sull'"*elemento psicologico*" del legale rappresentante: è assai probabile che egli non abbia alcuna conoscenza del rapporto e del contratto in contestazione e, dunque, potrebbe non avere alcuna consapevolezza neppure dell'esistenza di un possibile indebito. Non migliore fortuna potrebbe avere il *solvens* con l'elemento psicologico del soggetto incaricato di seguire il rapporto per conto della persona giuridica. Tenuto conto delle sue prevedibili cognizioni giuridiche costui potrebbe essere convinto del buon diritto della sua azienda a ricevere il pagamento sulla base di un asemplice istruzione interna per lui vincolante.

È di tutta evidenza che la prova del - peraltro non chiarissimo - "*elemento psicologico di certezza dell'indebito*" diviene talmente problematica per il *solvens* da risultare pressoché impossibile,

Questa difficoltà è frutto della predetta confusione tra rapporti reali e rapporti obbligatori. Per i primi, pensati dai redattori del codice come ancora connessi ad un mondo dominato dalle persone fisiche, è possibile ragionare in termini di "elementi psicologici", che invece solo con molta buona volontà e con grandi doti di fantasia sono ipotizzabili nei rapporti di mercato, in particolare nel XXI secolo quando i rapporti a distanza, telematici e non, sono ormai diffusissimi.

4. *Le ricadute giuseconomiche dell'interpretazione giurisprudenziale*

Non v'è, peraltro, solo una difficoltà (o impossibilità?) di prova. Ancor più grave è la seconda criticità esibita dall'orientamento giurisprudenziale dominante. Essa diviene palese quando si esamini tale orientamento nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, ossia in una prospettiva attenta alle ricadute economiche delle disposizioni giuridiche e delle loro interpretazioni e alle relative conseguenze in termini di incentivi e disincentivi ai "consociati" affinché tengano oppure no determinate condotte.

Orbene, sul piano economico la regola che fissa nel momento della domanda giudiziale la decorrenza degli interessi sulle somme indebitamente versate trasforma l'indebito subito dal *solvens* in un finanziamento a titolo gratuito a favore dell'*accipiens*.

È vero che tale paradossale situazione è limitata al tempo intercorrente tra la *solutio* e la proposizione della domanda giudiziale, ma tale limitazione temporale non ne elide né la paradossalità, né l'intrinseca ingiustizia: un soggetto che non ha adempiuto alle sue obbligazioni, frustrando così le aspettative riposte dalla controparte nel contratto, o che – come nel caso dei servizi di investimento - non ha rispettato la disciplina che regola la sua propria attività, è finanziato gratuitamente dal frustrato, ossia dalla parte *in bonis* !

Non solo. Ognuno vede che l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza dominante "sdrammatizza" l'inadempimento o la violazione di norme imperative. Più chiaramente, il contraente poco attento al rispetto delle regole e degli impegni assunti è autorizzato a pensare che, qualora in futuro intendesse non adempiere o venisse accertata la violazione di norme imperative, male che vada, potrà godere di un congruo finanziamento a titolo gratuito fino a quando il *solvens* – lui sì in assoluta buona fede! – non avrà proposto domanda giudiziale o almeno lo abbia costituito in mora.

5. *Il risparmiatore "tradito" è trasformato in finanziatore a titolo gratuito del "traditore"*

Questi ultimi aspetti – vale a dire l'intrinseca ingiustizia e l'incentivo a maramaldeggiare la controparte – assumono una particolare curvatura nelle ipotesi in cui l'indebito abbia luogo nei rapporti contrattuali intercorsi nel mercato finanziario tra risparmiatori e intermediari finanziari e/o prenditori di fondi. In questi casi, il risparmiatore finanzia gratuitamente la banca o l'intermediario finanziario per il periodo di tempo che si è detto.

È utile soffermarsi su questa situazione: a seguito dell'orientamento giurisprudenziale dominante, il risparmiatore finanzia gratuitamente l'intermediario finanziario malgrado quest'ultimo abbia violato la disciplina dettata a tutela del risparmiatore medesimo. Orbene, nel mercato finanziario, questo che si è detto essere un man-

cato disincentivo a non violare le regole produce effetti maggiormente significativi rispetto ad altri mercati: per la banca, infatti, l'orientamento dominante *de quo* si traduce in un'opportunità di raccolta a costo zero, che per di più è garantita dalla giurisprudenza. Il sogno di qualsiasi banchiere!

A questo punto sorgono inevitabilmente alcuni interrogativi. Come si concilia tutto ciò con l'art. 47 Cost e la tutela del risparmio da esso imposta alla "Repubblica" e quindi ai "corpi" che la "incarnano", ivi compresa la magistratura? L'interpretazione dell'art. 2033 c.c. qui non condivisa tutela assai poco il "risparmio", visto che lo condanna ad una destinazione, la quale è al tempo stesso indebita e gratuita.

Ed ancora: come si concilia tutto ciò con la Dir. 2014/65/UE (la c.d. Mifid 2), che sancisce la necessità di "*offrire agli investitori un livello elevato di protezione*" in contrapposizione alle "imprese di investimento", alle quali non è riconosciuto analogo livello di protezione [04] ? In questo caso, nel conflitto tra investitori ed impresa di investimento, è preferita la seconda malgrado i primi siano investiti di un (evidentemente assai teorico) "*livello elevato di protezione*".

È utile rammentare che le norme costituzionali e le norme comunitarie costituiscono criteri di interpretazione della legge ordinaria. Da quanto si è fin qui rappresentato consegue che non è coerente né con il dettato costituzionale, né con le disposizioni comunitarie una interpretazione dell'art. 2033 c.c. che imponga al risparmiatore – che per di più è stato vittima di episodi di "risparmio tradito" – di finanziare gratuitamente quell'intermediario che ha violato proprio la disciplina posta a tutela del risparmiatore medesimo.

Di qui la necessità che l'orientamento oggi dominante in cassazione sia ripensato: non può essere considerato in buona fede ai sensi dell'art. 2033 c.c. l'intermediario finanziario che abbia violato la disciplina sui servizi di investimento.

Si tratta di un aspetto estremamente delicato. Ad esso occorre prestare molta attenzione. La disciplina dei servizi di investimento – al pari della restante disciplina del mercato finanziario - è elemento costitutivo della stessa ragion d'essere degli "intermediari finanziari". Questi ultimi sono istituiti dall'ordinamento comunitario e nazionale quali soggetti economici particolarmente qualificati, preordinati a facilitare l'ingresso dei risparmiatori in un mercato complesso e volatile e, dunque, estremamente rischioso come il mercato finanziario. Per questo motivo si richiede che gli intermediari finanziari soddisfino stringenti requisiti di professionalità e di

04 Il *considerando* n. 3 della Dir. 2014/65/UE afferma che "*negli ultimi anni è aumentato il numero degli investitori che operano nei mercati finanziari e l'ampia gamma di servizi e strumenti che è loro offerta è diventata ancora più complessa. Alla luce di tali sviluppi è opportuno che il quadro giuridico dell'Unione disciplini tutte le attività destinate agli investitori. A tal fine è necessario assicurare il grado di armonizzazione necessario per poter* ***offrire agli investitori un elevato livello di protezione*** *e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta l'Unione, nel quadro del mercato unico, sulla base della vigilanza dello Stato membro d'origine. In considerazione di quanto precede, la direttiva 93/22/CEE è stata sostituita dalla direttiva 2004/39/CE*".

patrimonialità, i quali si traducono in forti barriere all'ingresso e, dunque, in restrizioni alla concorrenza.

Ne segue che il mercato finanziario si caratterizza per essere un mercato contraddistinto dalla limitata applicazione di due principi costituzionali: il principio di eguaglianza e il principio di libertà economica. Orbene, tali eccezioni sono ammesse solo in quanto funzionali alla primazia del risparmio quale elemento fondamentale dell'ordine pubblico economico. Per questo motivo non è in alcun modo "scusabile", non può essere ritenuto in "buona fede" l'intermediario finanziario che viola la disciplina dei servizi di investimento: con tale violazione l'intermediario tradisce la sua stessa ragion d'essere[05]. È curioso che, a fronte di tale "tradimento", esso si arricchisca grazie ad un finanziamento gratuito.

05 Su questi aspetti v. G. La Rocca, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. Critica di dir. Privato*, 2009, 107 ss.; G. La Rocca, *L'art. 30 TUF innanzi alle Sezioni Unite*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 305/2012; G. La Rocca, *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in tema di nullità selettive ed il sistema della Mifid II*, cit., spec. 70 ss.

Confidence, credit and law

GIANLUCA DE DONNO
Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia
Università di Firenze

Sommario: 1. Kelsenian paradigms. – 2. Law, Life and its Immunization. – 3. Confidence an credit: disappointment and bona fides. – 4. An anthropology of diffidence? Excess and values.

1. Kelsenian paradigms.

In a renowned passage of the NichomacheanEthichs, friendship is qualified as the'bond of the state' so that 'lawgivers seem to set more store by it than they do by justice'.Indeed'if men are friends, there is no need of justice between them; whereas merely to be just is not enough,a feeling of friendship also is necessary'[01].

Far from being a reductionist (or irenic) declaration about a world of the origins whose decay cannot be but testified, the ambivalent tie between φιλία and δικαιοσύνη described by Aristotle introduces us to a dimension where the *eudaemonia* of the *polis* was ingrained onto the friendship of its members. In this sense, the idea of justice was entirely absorbed into the idea of friendship insofar the pursue of the happy and virtuous life (εὐδαιμονία) took a conceptual prevalence in the view of the realization a of a 'just life'.

Indeed, the ancient world did not entrustjustice with a primary functionalized role towards the regulation, control and government of the social sphereand the relationships between members of the *polis*. It wasφιλία itself that, more than justice, was charged with the political aim of ensuring the unity of the community.Symmetrically, justice came into play as remedy to the lack of friendship and as a remedy where something – the φιλία – was missing in the polis.

01'**καὶφίλωνμὲνὄντωνοὐδὲνδεῖδικαιοσύνης**, **δίκαιοιδ᾽ὄντες προσδέονταιφιλίας**, **καὶτῶνδ ικαίωντὸμάλισταφιλικὸνεἶναιδοκεῖ**', ARISTOTLE, *Nichomachean Ethics*, Book VIII, para 1155a (25).My translation.

It is worth noting that this remedial nature attached to the notion of justice had already emergedin Anaximander's reflection on the ultimacy essence of Being, as conveyed in the well-known fragmentpreserved by Simplicius of Cilicia in his De Physica (24,13)[02], where the relationship between Law and Life is – probably for the first time in Western history – incisively problematized. The fragment has been extensively commented[03], however what is interesting to our purpose is the fact thatAnaximander advancesthere an ontological concept of justice, whereδίκη (justice) and ἀδικία (injustice) are related to the sense of the Being. He describesindeed the coming into existenceof the reality (τάὄντα) as the product ofthe separation from an original condition of infinity (*apeiron*) and the fate of τάὄνταas the return to such originaccording to necessity (κατὰτὸχρεών) and according to time.

Such entities that have come into existence - and are doomed to return to the origin lying in the *apeiron* -, adds Anaximander, must pay each other the price of their injustice ('didònaidikentesadikìas'). Essential to note, the injustice lies exactly in their very separation from the *apeiron*. Hence, the same event of coming into existence represents a (the) form of ἀδικία andseparation is ἀδικία because it produces an alteration of the order of nature as an act against nature (φύσις). If there isundoubtedly at show an ontological dimension in this – the tragedy of Life as product of separation from an original unity[04] -such fault of separation that burdens the living entities and therefore the law that governs Life as destined to death –'didònaidikentesadikìas' calls also into play the mundane dimension of relations between entities (τάὄντα)and thereforethe application of penalties for readdressing the wrongs arising from alteration of the order of nature due to unjust behaviors of men against other men.

The source of thenecessity to pay penalty and be judged for their injustice – both for the fracture ofthe original unity and for the misbehaving of the entities– is said by Anaximander stemming from ἀρχή. It is in the ἀρχή, thus, that lies the distinction betweenjustice (δίκη) and injustice (ἀδικία) and it is precisely there that, when looking at the sense of ἀρχή,the core of the interrelation between Law and Life opens up in all its tangibility.

*Arché*conveying indeed both the meaning of 'origin', 'first principle' and of 'command' is-

02'[Anaximander] declared beginning (first principle) of everything the *apeiron*, using for the first time this name for thearché [...]. And the source of coming-to-be for existing things is that into which destruction, too, happens. According to necessity [**κατὰτὸχρεών**]; for they pay penalty [**διδόναιδίκην**] and retribution to each other for their injustice [**τῆςἀδικίας**] according to the assessment of Time', translation by G.S. KIRK, J.E. RAVEN, M. SCHOFIELD, *The Presocratic Philosophers: A Critical History with a Selection of Texts*, Cambridge, 1983, 117-121.

03 The fragment has been subject to intense interpretations. Among others, famous are those provided by M. HEIDEGGER, *Locuzione di Anassimandro*, in ID.,*Holzwege. Sentierierrantinella selva*, Milano, 2002, 321 ff.; F. NIETZSCHE, *La philosophie à l'époquetragique des Grecs*, Paris, 1990, 24 ff.; J. DERIDDA, *Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning and the New International*, New York-London, 1982.

04 E. RESTA, *Il diritto vivente*, Bari, 2008, 24.

suedby an authority[05],the impulse for 'didònaidikentesadikìas' can be said coming from ἀρχή intended as origin or from ἀρχή intended as command? When justice refers to the application of penalties by a judge in retribution to a violation,surely the sense of ἀρχή as command is elicited: but has this commandits foundational ἀρχή in another command by an authority or in the ἀρχήcontemplated as the origin of the Being[06]?

More than a mere speculative question, the problemgoes through the sense of the western experience of the Law, forcinganyinvestigationabout the principles of Lawintothis fundamental ambiguity: either it is the Being (*ta onta*, the things intended as Nature, Life) that is the ultimate source of legal experience or legal experienceis the effect of a command by an authority,whose ought-to-be shall necessary find a sound justification.

This sense of the inquiry about the juridicity of the legal experience has fully reached modernity – through different passages that cannot be pieced together in full here[07] -which is still entirely within the paradigm.In this perspective, Kelsen's reflection aboutthe Sollen as atheoretical 'ursprünglicheKategorie'[08] is to a certain extent the tragic, and probably the most sophisticated, attempt to set a conclusive possibility on the self-positing of the Law and its difference from the mere force of the Being. The intrinsic tragedy of Kelsen's normativism[09] closely resembles then the tragedy of the loss of foundation experienced by sovereignty, observed by Benjamin through the lenses of the German Trauspiels[10],– where a King can say 'Ich kan und will' and have it answered 'Ihrköntnicht und must nichtwollen'[11] –: and it is no coincidence that Benjamin's studies have also interested the connection between Law and Life[12].

A cursory identification of the complexity of issuesbehindthe Kelsenianfunctioning of the Grundnorm (at least as elaborated in the 1934 edition of the Reine Rechtslehre) isthereforea needed crossing point to define the theoretical background against which the following paragraphs shall necessarily develop.

Kelsen devises the condition of possibility of the legal system inthe Grundnorm as the hypothetical foundation ('hypothetischenGrundlage' or 'Voraussetzung' (prerequisite))

05L. Rocci, *Vocabolario greco-italiano*, Roma, 2024, *ad vocem*"**ἀρχή**".

06 And we can replace Life with Nature, without modifying the terms of the discussion.

07T. Hobbes,*Leviathan, sive, De materia, forma, &potestatecivitatisecclesiasticae et civilis*, Amsterdam, 1668, 133,«sedAuctoritas non VeritasfacitLegem», version available at https://archive.org/details/leviathansivedem00hobb/page/132/mode/2up.

08H.Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen,1923, 40.

09 B. de Giovanni, *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento*, Napoli, 2018, 70 ff. where the Author highlights the need to free the reading of Kelsenian theory from the adherence to a strict positivism.

10 W. Benjamin, *The Origin of the German Trauerspiel*, (H. Eiland trans.), Cambridge, 2019, 68 ff.

11 C. Stieler (Filodor), *Trauer – Lust und Misch-Spiele*, Jena, 1665, I, 1.

12Reference is to W. Benjamin, *Towards the Critique of Violence*, Redwood City, 2021.

of the legal system. Far from being superficially identified with the Constitution[13]the Grundnorm is – in Kelsen's systematic theory – the transcendental condition in a normative shape that enables us to perceive the laying down of a system of rules and commands as Law and not as the mere factual evidence of an actual set of commands that retain its validity as a fact, indifferent to any legal justification[14].

The purpose of the Grundnorm is to provide the conditions for the justification of the Law (or better of a system of norms) as Law (i.e. that systems of norms understood in its juridicity). This follows from the circumstance that, in Kelsen's view, an empirical fact- cannot provide *per se* the justification for the duty to obey command without depriving the Law of its sense of selected source of binding social behaviors (i.e. of the ought-to-be). Hence, we cannot legitimize the rule punishing theft with jail because it has been sanctioned by the Parliament through a law, because this is a fact (a resolution by the Parliament), nor can we affirm we have a duty to abide Parliament's laws because so it is provided for by the Constitution since, again, this a fact. But the same logic also applies to the Constitution and to the question of why we must abide by it, with the additional degree of embarrassment given by the fact that regardless of whether we answer the above-mentioned question by invoking the effectiveness rule (we obey since the Constitution is effective) or the social contract theory, we are again resolving the origin of the ought-to-be in a fact.

However, placing/identifying the origin of a legal system in a fact (a factual power of whatever nature) would be tantamount – pushing the reasoning to the extreme –to assume the impossibility of Law as such[15]. The reduction of the Law to a factual production is indeed the denial of the Law as a science and as an autonomous object of thought (of 'thinking a thing' as it is in itself according to the Kantian paradigm): not just because the Law of Facts is a logical non-sense but because if the commencement of juridicity is found in a fact, any fact (or power) can be a legitimate antecedent of legal

13 The distinction between the Grundnorm and the Constitution emerges plainly in Kelsen's writings where it is clearly excluded the co-inclusion of the Grundnorm and the positive law (cfr. H.KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Tübingen, 2008, 67: 'Sie gilt, da sienichtimRechtsverfahrenerzeugtwird, nichtals positive Rechtsnorm, istnichtgesetzt'), a position entirely justified by Kelsen's neo-kantism. See T.C. HOPTON, *Grundnorm and Constitution: The Legitimacy of Politics*, in*McGill Law Journal*, 24, 1978,72-91.

14 As it would be in the 'gunman's situation' consequential to Austinian command theory as elaborated in J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832), W.E.Rumble (ed.), Cambridge, 1995, p. 21 ff.; cfr. also H.L. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, p. 602 ff.

15 T. GAZZOLO, *Introduzione a Cos'è la dottrina pura del diritto*, Milano, 2019, 49. An interesting reference is made to the possibility puzzle as elaborated by Scott Shapiro: it is the problem concerning the possibility to affirm the existence of the Law as distinct from mere power, i.e. from the command which is binding *de* facto, due to the use (or the threat to use) of force. Indeed, if a norm (N1) is valid only as laid down by a legitimate power, which has the right to create norms according to a different norm (N2), which legitimizes such power. Nonetheless, in order for N2 to exist, again it has been created by a legitimate power, legitimized in this sense by a different norm N3: thus proceeding, however, the risk is to proceed with a *regressusin infinitum*.

validity, depending on its ability to impose.

In Kelsenian terms, to save the possibility of the Law as Ding in sich means preventing that its Sollen (ought-to-be) is derived from any Sein (to be) and, on the opposite, it is rooted on a pure Sollen[16], whose form is the Grundnorm. Although this can sound – to a certain extent – familiar to the reader, the radical paradoxality of Kelsen's Grundnorm lies exactly in its position of guarantor of the division between Sollen and Sein. If, as said, the Sollen cannot be derived from any Sein, it follows that the Grundnorm itself cannot be a Sein and, therefore, that the Grundnorm cannot be 'a norm that exists as a fact, as something given (laid down), as the fact of the[existence of the] Law'[17]. In order to guarantee the conceivability (Denkbarkeit) of the Law, the Grundnorm must be a pure Sollen, without factual existence (i.e. without any relation to the Sein), a pure Sollen that has no Sein.

Kelsen is of course aware that such a solution comes at the cost of dividing reality into an irreconcilable duality (Sollen/Sein) and this could, perhaps, be the reason of such a great part of the ambiguous intellectual relationships he had with Plato'stheoretica-lefforts towards the reconciliation of duality[18].To put it differently, the attainability of a sound foundation for the Law is subject to an irremediable separation from the Sein (from the Being, from Life). The inquiryabout the ἀρχή of the Law excludes both the ἀρχή as command and the ἀρχή as principle of the Being and leads to an [un-]found[able] un-[related to]-existent[ce] and absent (in the literal meaning of lacking-in-existence) ἀρχή that is the pure Sollen. This separation from Life (Sein) and the powerless foundation of the Sollen is the tragedy of the Law as it has beendelivered to us by Kelsen and still represents the Gordian knot which calls and challenges the legal science to an answer. The framework of problems it gives rise to is the thinking box jurists are forced to move within: it questions the reversibility of the norms-facts dichotomy (certain characteristics of DAOs through blockchain technologyshow a trend in favour preference of

16 It is interesting to note that also the thought of Kelsen's accomplice and rival Carl Schmitt is undermined/affected by the same problem. Carl Schmitt's decisionism is not the praise of political decision as act of power (Macht) that founds legality and, therefore, of a Sein over a Sollen. It is sufficient to refer to the passage in Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 'what the supreme power is, however, is not determined on the basis of a fact, but on the basis of an evaluation, thus in accordance with the criteria of a legal assessment [...] Mere factual power cannot at any point rises to a justification without presupposing a norm on the basis of which such justification is legitimised'. Schmitt's efforts are therefore devoted to capture the act of power within the Law and to re-affirm, in a different sense, the Sollen over the Sein, nonetheless following apath totally opposite to Kelsen's. See G. Agamben, *Stato di eccezione: Homo Sacer*, Torino, 2003, particularly 14 ff, 71 ff.;M. Croce, A. Salvatore, *Cos'è lo stato di eccezione*, Milano, 2022;C. Schmitt, *Teologiapolitica*, in Id. *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, 33 ff.

17 T. Gazzolo, *op. cit.*, 54.

18 See, by way of example, his reflections in H. Kelsen, *La giustiziaplatonica* (G. Ridolfi transl.), in *Diacronia*, 2019, 257-295.

facts as source of legitimation)[19], the same capability of the Law to work as system of regulation of social behaviors – it would not have been necessarily so[20], surely it was not so in Islamic civilization[21]– and the alleged universality of Law's expressed values (the discussion over human rights is a blatant example thereof)[22], all intricate questions that we can simply hint at here.

2. Law, Life and its Immunization.

If Kelsen's doctrine of Law probably provides aconclusive theorization of the problematic interaction between Law and Life, it is worth noting that the latter has been also recently read through the lenses of the 'immunitarian' paradigm, in a sense that offers some perspectives on the immunatarian use of the Law.

The category of immunization has a recent tradition in socio-philosophical critical studies –it has been a central figure in Luhmann's SozialeSysteme: Grundrißeinerallgemeinen Theorie and it has been extensively employed by Derrida in his Auto-immunités, suicides réels et symboliques – nonetheless we owe to the contribution of Italian philosophy a careful exploration of its internal tensions and the recognition of the immunitary-communitaryhermeneutics as projection of the self-representation of modernity.

Working on the semantics of the shared element of the *munus* (cum-mun-is – in-mun-is)[23], such theoryprovides the first systematic elaboration of the im-munitary paradigm in contrastive symmetry with the concept of com-munity.*Munus* conveys indeed the ambivalent meanings of *onus* (burden), *officium* (obligation, duty and public service) and *donum* (gift) that can be traced in the expressions *munuscapere* (taking an office and therefore assuming a duty, an obligation to service) and *munificus* (i.e. the person who *munusfacit*, acts generously (gives freely), but at the same time the person who is subject to taxation (has a duty to give)). The sense of the counterintuitive affinity between gift and duty (what should be more constraint-free than a gift?) reveals the peculiar nature of *munus*as *donum*'distinguished by its obligatory character, implied by its root mei-, which denotes exchange'[24].

Munus appears, then, as an intense form of *donum* that obliges the receiver to respond, to reciprocate the gift and being grate-ful, ri-conoscente, i.e. in the position of ac-

19See O. Borgogno,*Making decentralized autonomous organizations (DAOs) fit for legal life: mind the gap*, in *Questionidi Economia e Finanza*, Banca d'Italia "Occasional Papers", October 2022.

20A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, 2017, Torino, 5 ff.

21The Islamic civilization, indeed, is an example of legal normativity derived from the interpretation of sacred (divine, and therefore, "immutable", text). See W. Hallaq,*Sharia: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, 2009.

22 A.A. An Na'im, *Decolonizing Human Right*, Cambridge, 2021, *passim*

23 The semantic implications of the latin word *munus* are masterly described by E. Benveniste, *Il vocabolariodelleistituzioniindoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Torino, 2001, 71 ff.

24 R. Esposito, *Communitas. The Origin and Destiny of Community*, Redwood City, 2009, 4.

knowledging that he unequivocally 'owes' something because he has been beneficiary of something. Curiously, remnants of this obligatory nature of the gift can also be found in the Italian Civil Code whereby Art. 437 states that the donee is obliged to alimentary obligations towards the donor and Art. 800 affirms the possibility to revoke a donation due to ingratitude of the donee. It could be probably useful for the jurists a reading of Simmel's suggestions on the Charakterindelebilis of the gratitude and its related binding capacity[25].

The binding nature of the *munus* lies in a place of intersection of social, anthropological and political dimensions[26], however are its political connotations that support our understanding of the Law-Life binary model. The cum of the *munus* in the community is – according to Esposito's theory –the debt or obligation of gift-giving that each individual has towards other individuals at the origin of every community, the founding relation where we are obliged to give (first of all the experience of our existence) to others and therefore to exist, ex-stare, being outside the boundaries of our identity and exposing our self. This reciprocal donation on individual identity is a challenge to the in-divisibility of the in-dividual (which is exactly what cannot be divided) since it is both a systematic depénse[27] and the pure exposition of the Life. The communitas is the place where we create a bridge towards the other (the reciprocal *munus* of the mutual exposition of the single lives), that brings us closer to the other but distances us from ourselves. In doing so, we expose ourselves to the risk of the annulment of our identity, our certainties and, ultimately, our life. In the community we risk losing ourselves and it is precisely here that the immunization intervenes as a form of dispensation (*dispensatio*) from such an obligation, with the aim of de-potentiating the expropriating features of communitas (in-munitas being the negative of cum-munitas)[28].

The category of *immunitas* becomes a key hermeneutical tool for addressing the process of modernization starting from the relation Hobbes establishes between *conser-*

25 G. Simmel, *Dankbarkeit. Ein soziologischerVersuch*, available at https://tinyurl.com/mpn2vatn, specially where he recognizes gratitude with a social bindingness even higher than Untreue (infidelity), since if eintatsächlichesAnderswerden der Individuen (the becoming-others of the personality of individuals) makes ourTreulosigkeit (lack of fidelity) not entirely blameworthy because we are no longer the same who entered into the relationship, such a relief does not occur when our feeling of gratitude is extinguished (wennunserDankbarkeitsgefühlerlischt) because gratitude seems to dwell in a point that is not subject to changes (Dieses scheint in einemPunkte in unszuwohnen, der sichnichtwandelndarf). This peculiar indissolubility of gratitude (EigentümlichUnlösbare der Dankbarkeit), points out Simmel, is related to the freedom of the gift (Freheit der Gabe) which is lacking in the morally necessary counter-gift (Gegengabe).

26M. Mauss,*Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives*, 1923-1924, 90 ff., available at https://anthropomada.com/bibliotheque/Marcel-MAUSS-Essai-sur-le-don.pdf.; J.L.Nancy, *Cosa resta dellagratuità?*, Sesto San Giovanni, 2018.

27 In Bataillianterms, seeG. Bataille, *La notion de depénse*, in *Critique sociale*, 1933.

28 R. Esposito, T Campbell, *The Immunization Paradigm*, in *Diacritics*, n. 2, 2006, 26.

*vatio vitae*and subordination to a constitutive sovereign power[29], where Life is the state of generalized conflict, and the institution of a sovereign power is the immunization of the community from a threatened return to conflict. Protecting the possibility of Life implies the separation of Life from itself, through social mechanisms that set their foundations outside andin-relation-to Life. The Kelsenian problematic separation of Law and Life comes back under a different light: Law is possible if separated from Life and, in turn, Life is possible if separated from itself through Law. To be possible Law must be separated by facts and facts, to survive, from facts.

Hence, the play of immunization directly involves the Law as a patrolling border power against the mingling force of the community. On a first level, the dispensatory role of the Law operates by means of the transformation of the described original condition of generalized obligation ('Un homme, considéréenlui-même, a seulement des devoirs, parmilesquels se trouventcertains devoirs enverslui-même'[30]) into the primary position of individual (fundamental) rights, thus re-appropriating the individual of the expropriation of his ex-istence ('La notion de droit estliée a celle de partage, d'échange, de quantité. Elle a quelque chose de commercial [...] Le droit ne se soutient que sur un ton de revendication'[31]) and setting the consequentialdistinction of the 'mine' and 'thine'[32].An indicator of the metamorphosis is already in Ulpian's quotation 'Publicum ius estquod ad statum rei Romanaespectat, privatum quod ad singulorumutilitatem'[33], where the great Roman legal tradition put *publicum* and *privatum* on the same footing highlighting their point of contact in the pursue – one of the *res publica* the other of the individuals – of the *utilitas* (utili-tas, as derived from the past participle of uti (*usus*)) i.e. the consumption (*usura*) and the use (*usus*) that come from appropriability of the reality.Precisely because what most characterizes both public and private is their shared derivation from processes of subtraction of the cum-munis and the cum-munitas, a privative origin conceptually underlies them, where the public subtracts to allocate to a *populus*while the private does so by allocating to the individual[34].

On the other hand, the interaction between immunization and Law operates deeply in the linguistic field through a constant osmosis, translation andbetrayal of concepts taken from the realm of Life and transposed into allegedly equivalent legal terms. This

29 T. Hobbes, *Leviathan, sive, De materia, forma, &potestatecivitatisecclesiasticae et civilis*, cit., 66 ff.

30 S. Weil, *L'enracinement Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Paris, 1949, 6.

31 S. Weil, ***Écrits de Londres et dernières lettres***, Paris, 1957, 22.

32T. Hobbes, *Leviathan. The Matter, Form and Power of a Commonwealth. Ecclesiastical and Civil*, London, 1651, Ch. 13, para 13.

33Digesto 1,1,1, 2-3.

34The divide of the legal conceptual field into public and private has its missing guest exactly in the 'common'. This should be probably a starting point for any reflection about a legal theory of the commons.

semantic effort – which is, in general, greatly overlooked – leaves several footprints in the system of private law and produces an interactive communication between the cognitive and the normative spheres (or, better said, between the worlds of Life and Law) that is able to offer a perspective about the ways Law achieves its rationalization of reality, and the reductionist outcomes jurists should be aware of. In this, the self-reflexivity of the legal language shows the necessary transition, intrinsic to the functionality of the legal systems, from the self-representation of the reality to the logic-formalistic self-representation of the Law. There, the constructivist power of the legal language goes hand in hand with its hidden paradoxes.

3. Confidence an credit: disappointment and *bona fides*.

In one of the Scènes de la vie Parisienne, in a city of Paris where the great theatre of daily life shows 'la bataille incessante qui s'y livre entre les créanciers et les débiteurs'[35], a journalist tells a colleague 'une vérité pécuniaire que je n'ai vue écrite nulle part [...]. Le débiteur est plus fort que le créancier'[36].

The novel takes place in the midst of the Monarchy of July, in a Nation in which the bourgeoisie was consolidating its position of dominance and that was experiencing a hasty development of commerce and finance, a crowd of businessmen and speculators traded in credit, staged false bankruptcies and accumulated capitals to the cry of 'enrichissez vous'. Contracts, credit, time and confidence in the market were the features around which the game between creditor was played.

To a long-term view, this world appears to be the accomplished evolution of a history which has its background in a peculiar kind of φιλίανομικὴ (a legal friendship based on utility (διὰτὸχρήσιμον)), entered into by means of explicit covenants (*synàllagma*), more liberal in nature since while fixing the elements of the exchange (καθ' ὁμολογίανδὲτίἀντὶτίνος) grant a delay in time for the execution (ἐλευθεριωτέραεἰςχρόνον)[37]. In these agreements, the departure from the model of the immediate exchange hides, between the lines, a spirit of friendship (φιλικὸν) insofar as it is a bet by the creditor on the timely future performance of the debtor. The creditor's expectation is therefore grounded on good faith and confidence on the counterparty (κατὰπίστιν/*fides*): consequently, Aristotle clarifies, there is no possibility to sue him in case of non-performance, since those who make agreements based on good faith must take the risk of unfulfillment of the promise[38]. The lack of a legal protection tells about an environment in which granting time and placing confidence (time and good faith are, after all, the core of any creditor-debtor relation) are the tip of a genealogy of social relations where faith and confidence were means for creating social ties and hierarchies more than legal relation-

35 H DE BALZAC, *Esquisse d'Homme d'affaires d'après nature*, Paris, 1853, 129.

36 H. DE BALZAC, *La Maison Nucingen*, Paris, 1874, 50.

37 ARISTOTLE, *Nichomachean Ethics*, *cit.*, para 1167b, para 20-25.

38 ARISTOTLE, *Nichomachean Ethics*, *cit.*, para 1167b, para 30-35.

ships.

Fides, indeed, as recurring in Latin expressions *fides est mihi apud aliquem or fidem habere alicui* has layers of meaning not entirely overlapping with the sense of faith/trust: *fides est mihi apud aliquem* means to be held in very high esteem, i.e. having credit-credibility with someone, and the *fides* is a possession (*mihi est*) of something that I receive from a third party I come in contact with. *Fides* is granted to me as the opening up of the other towards me[39]. This opening up creates social bonds but at same time incorporates risks.

Fiduciary mechanisms cannot be detached, in the first place, from power dynamics, as Nietzsche acutely observed in his Genealogy of Morality, because promising and capacity to keep promises produce an actual awareness of power and freedom, of conforming the future to his own words. Hence a sentiment of superiority and mastery over everybody who does not have the prerogative to promise and to answer to himself (to make future aligned to his words) and the creation of standard of values according to which others are respected or despised based on their ability to be trusted[40].*Fides* gives then rise to social asymmetries between those who have the power (*potestas*) to make promises and be trusted and 'the febrile whippets'[41] who promise without that prerogative, who are excluded by circuits of social reputability and that, therefore, need a guarantor of their words, a *patronus* who can support their weak promises.

Additionally, the fiduciary investment – or better the disclosure that confidence on the other originates – is constitutively exposed to the risk of disappointment. Trusting on the ability to keep promises is a cognitive bet whose outcome is necessarily unknown. How much is my trust (*fides*) worth when I experience the weakness of a confidence based on pure words? Are social systems able to bear the burdens of cognitive expectations when disappointment becomes routinary? If it is in the nature of man to quarrel for diffidence[42] the *fides* – which undoubtedly promotes social ties – may concurrently jeopardize the stability of the social environment and replicate a general state of conflict.

The *debitorumperfidia* (per-fides, diversion from the *fides*) returns to be the scene of the fight described at the beginningof this paper and, even more worryingly, exhibits a seductive mimical reproducibility. It vehiculates adisruptive potentialon thesocial or-

39 E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 2001, 85.

40 F.W. Nietzsche, *On the Genealogy of Morality*, Cambridge, 2006, 36.

41F.W. Nietzsche,*ibi*.

42 T. Hobbes, *Leviathan. The Matter, Form and Power of a Commonwealth. Ecclesiastical and Civil, cit*.

der requiring a *sanctio* of the *fides*by means of a*gravipoena*[43].Hence intervenes a semantic shift which, through the sanctioning of the *fides*, determining an appropriation of the latter by the language of the Law.Itreproduces the *fides* introducing a duty to act according to *fides bona*, granting a legal action to address its protection – the *bonae fidei iudicia* are likely to emerge from the edict of the *praetor peregrinus* who had jurisdiction over disputes between Roman citizens and non-Romans[44] and this is not without significance because it highlights the two-way relationship the Roman civilization establishes between Law and civitas where the *polis* is, on the contrary, community of men bound by virtues[45]- and differentiating between *bona fides* and *mala fides*. The scission of the unity of the fides into*bona fides* and *mala fides*is the tangible mark of this appropriation, since it realizes its permutation into the binary code of the Law (rights/obligations, prohibited/allowed, tort/damage, subject/object et cet.) where the identification of a code of conduct is aimed at the repression of its violation. The evident outcome of the process is that the contracting party is no longer left unanswered if the expectations created κατὰπίστινare unfulfilled. The bet on the other's capability to keep their promises, the burden of risk of the fiduciary investment on the relation[-ship], are replaced by the normative expectation that my counterparty shall act in good faith. The cognitive expectation of the conformity of behaviors and promises (their performativity), always on the verge of being disappointed in facts, is protected against such disappointment by reiterating the *fides* normatively.

The logic of the *suum cuique tribuere* will guarantee that a violation of the *fides* will be dealt with by a judge who will put the faithful party in the position it would have been in had the violation not occurred. The *fictio* of the Law shapes therefore reality incorporating the possibility of disappointment and taking charge of its destabilizing potential. This shall occur by granting a re-storation (or better a re-muneration) which is nothing more than that Anaximandrean mechanism of *didònaidikentesadikìas*. Such accounting game is a form of immunization of Life (and it im-munizes exactly because it re-munerates): however, the juridification of the *fides*, its incorporation in a rule, inevitably translates it into something else[46]. The remunerative logic of the Law betrays indeed the constitutive nature of the *fides* as creative force able to originate openings to otherness as a way of generating new worlds of possibility in the same moment in which it regularizes the need to be diffident. The *bona fides* enforced by the law discharges from debt, it saves the relationship but at the same time closes the doors on it, interrupts

43AULOGELLIO, *Noctes Atticae*, 20.1.41 'Hanc autem fidemmaioresnostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibussanxeruntmaximeque in pecuniaemutuaticaeusuatquecommercio: adimienimputaveruntsubsidium hoc inopiaetemporariae, quo communis omnium vita indiget, siperfidiadebitorum sine gravipoenaeluderet'.

44M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.), *Good faith in European contract law*,Cambridge, 2000, 63–92.

45G. CRIFÒ,*Civis: la cittadinanza tra antico e moderno*, Bari, 2005, 60 ff.

46 E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Bari, 2008, 69.

any circularity in the circuit of the *fides*, which likewise the gift lives from the absence of any guarantee for the donor (and for the *fides*-giver) that he will be reciprocated.

There is a platonic game in this – and it has been duly pointed out – related to the ambivalent connection of writing and memory narrated in the Phaedrus, where Socrates criticizes writing for weakening the necessity and power of memory. The duty to act in good faith provided for by the Law requires us to remember good faith because we have forgotten the *fides* as the molding form of our being, and by symbolizing it, it represents its absence (the lack of faith). Or, in other words, the duty of good faith mandates the *koinonìaagathon*due to the fact that it is forced to keep and limit the pervasiveness of the*koinonìakakòn*[47].

But there is also more than this. When the good faith rule – being it a principle or a 'general clause'[48] – requires both parties to safeguard the utility of the other party within the limits of an appreciable sacrifice we are fully inside a semantic definitively detached from the original sense of the *fides*. The paradigm of utility introduces a language of measurements, a sentiment of balance and wise adjustments, totally diverted from the primigenial layer of meaning *fides* carries with. The *fides* is granted (let's imagine the faith in God) measureless, in an unlimited way, it is not calculable *ex ante* and cannot be subject to calculation being a total reliance on someone else, inclusive of the likeliness of his future absence. A calculable *fides*, therefore,simply incorporates its difference from itself.

The contrastive projection of the Law on the mechanisms of the *fides* tells of a powerful dynamic that, of course, is not isolated. A comparable example can also be provided by solidarity that is indeed strictly related to the notion of good faith. As fundamental constitutional value, solidarity has been progressively included in the legal discourse as a regulatory principle, source of obligations, parameter for the interpretation of norms[49].

Article 2 of the Constitution of the Italian Republic and Art.s 80 and 22 TFUE prescribes the fulfillment of'the fundamental duties of political, economic and social solidarity'. That solidarity is a value promoted by our Constitution is, of course, an extremely important fact. However, if we try to investigate the scope of the duty of solidarity, we end up wrapped into a net of intricated questions. Can there really exist a duty of solidarity? Can solidarity be the object of a duty? Now, if solidarity is gratuitousness to its maximum extent – service without exchange, offer of favor, pure grace outside any logic of exchange – can we be obliged to act on the basis of solidarity? The answer is both yes and no.

It is no if we overemphasize the role of the Law in pursuing solidarity: we cannot rely

47 E. Resta,*ibi*, 71.

48 P. Femia, *Princípi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, 17 ff.

49 See P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, *Fonti e Interpretazione*, Napoli, 2020, 159 ff.

on the Law to achieve solidarity. It is yes, if we take seriously the solidarity provided for by the Law as normative catalyst on the cognitive field. The normative solidarity shall therefore be subject to a careful balancing exercise with respect to other constitutional values and shall act, for example, as measure of supplementation of the contract and of the obligations of the parties. Nonetheless, it will be a distant relative of the solidarity as a pure act of giving,which lives of its dé-mesure[50].

Simultaneously, the normative notion of solidarity shall operate a selection, case by case, of its the possible recipients. Not only the quantitative content of my solidarity, but also the question with respect to whom my duty of solidarity must be performed shall be addressed. Does the duty of solidarity bind me towards my debtor and towards my creditor? Does it operate towards future generations? Do I have a duty of solidarity towards beggars?The Law does carry out a selective procedure not simply for making solidarity predictable – by framing the conditions according to which I have to act in compliance with the duty of solidarity – but more importantly for the reason that a generalized duty of solidarity cannot be borne by societies. The latter would be as expropriative as the *munus* and, in this sense, a duty of solidarity is a form of im-munization. Still, when solidarity is normatively re-processed in a content and subject oriented form, the one who is called to act in accordance with the duty of solidarity is deprived of the spontaneous element animating it: solidarity has its Grund precisely when nothing is due (and, therefore, cannot be a duty).

Again, the philosophic puzzlement lies in the contiguity of the exercise by the Law of a calculative and allocative logic in the name of an idea of justice that is *per se* beyond all calculability and, therefore, the constitutive inadequacy of the Law with respect to the effective achievement/attainment of justice, inadequacywhich is nonetheless, in turn, the condition of possibility of the Law[51].

4. An anthropology of diffidence? Excess and values.

The discourse elaborated so far is neither a repetition of the rhetoric on the rationalization of the modernity and the Weberian Entzauberungof which Law is a part[52] nor, at the same time, a para-positivism somewhat declined in a Hobbesian anthropology.

The mere acceptance of an anthropology of diffidence, the idea that the Law exists to affirm a duty to operate according to good faith or a duty of solidarity (and the catalogue could be as long as possible) since we produce in our societies dishonesty or egoism – better said the idea that if we were *agathoi*the Law would be needless – could be a conclusive one, nonetheless it would not be correct, if read in compliance with the

50 G. BATAILLE, *La Part maudite. Essai d'économie générale. La Consumation*,in ID., ***Œuvres complètes***, VII, Paris, 1976, 35ff. ; ID., *La notion de dépense*, in***Œuvres*** *complètes*, I, Paris, 1970, 302ff.

51J. DERIDDA, *Forza di legge*, Torino, 2004, 64.

52 M. WEBER, *The Sociology of Religion*, Boston, 1993.

Kelsenian paradigm mentioned at the beginning.

This essentially for two reasons, which can be summarized as follows. The first one, which can be to some extent self-evident, is a consequence of the circumstance that if we derive the Law from the fact that diffidence is the condition of the mutual interrelation as experienced in the Sein, this reiterates the short-circuit logic of putting Sein and Sollen in the inverse position. At another level of reflection, however, the logic of diffidence as a primigenial condition of the Law represents only a shift of the problem to a different degree of abstraction. Why a society in which mistrust is widespread should agree on finding a cure for such illness in the transformation of cognitive expectations into normative expectations? This would be equivalent to the reiteration of a cognitive expectation, this time on the capability of the Institutions, entrusted with the power to fulfill normative expectations, of performing their role. A society of distrustful individualsshould exit their condition by an act of trust (and, therefore, entrusting), and it is not easy to see how from mistrust trust could originate.

The negative anthropology has also been recently challenged with the aim of reversing the elements of the question, and particularly trying to imagine trust (*fides*) and legal duties (obligations) not along the line of a mutual exclusion but asco-implied terms – mutually determined – of a circular social device[53]. The inclination to be (legally) bound would be theoretically and practically unable to rise (would be destitute of dynamism) if not supported by a sense of trust towards other members of the social fabric, while legal duties would provide the reinforcing vestment of the trust. Law and fides, therefore, share a co-belonging to the same horizontal plane of interindividual relations. In short, the aim is to avoid an interpretation of the Law as the place of the institutionalized ban of the trust (*fides*), questioning, in this sense, thatthe Law is thereto force us to do what we would not want to do or what we would not do spontaneously[54].

In doing so, nonetheless, the discourse runs into some shortcomings. Indeed, the correspondence between the Law and trust is built through an argumentative path that however replicates the remedial-retributive logic behind the functioning of the Law[55]. This seems emerging in a quote from Jhering purported at stressing the dynamic of the flow from the fiduciary sphere to the legal sphere, namely the passage in the Law as a Means to an End where the jurist affirms that our whole life is a working together for common purposes, 'in which everyone in acting for others acts also for himself, and in acting for himself acts also for others'[56]. The excerpt, let it be said in passing un-

53 T. Greco, *La legge della fiducia*, Bari, 2021, 76.

54 T. Greco,*La legge della fiducia*, cit.,90.

55 I'm aware that here it is provided a substantial reductionist version of the Author's thought, by far more articulated and extremely compelling, whose overall position can be agreed upon. However, it is here highlighted a specific passage in the general texture of his theory which enables to shed a light on the structure of the discourse developed in the previous paragraphs.

56 R. von Jhering, *Law as a Means to an End*, Boston, 1913, 67.

doubtedly showing an influence of the reflections held by Scottish moral philosophy in the XVIII century, has the function – if it has been able to fairly get the point of the Author – to show the immanence of the *fides* (or better of the fiduciary investment, which however is not the same) to the Law insofar *i*) the primary level of confidence felt by individuals is not situated on the effectiveness of the sanction but on the reciprocal expectation that the prescribed behavior will be performed (and, therefore, that the right will find its equivalent in the corresponding duty), reasoning otherwise there would be no sense in mutually binding; *ii*) the feeling of dutifulness in conforming the behaviors to legal obligations and prohibitions derives from the sense of solidarity individuals naturally perceive in horizontal relationships; *iii*) individuals' self-interests also push to abide legal prescriptions, being the realization of their interestsalso depending on the fact that others do respect the Law, therefore everyone respecting the Law, everyone's interests is coordinated and reinforced.

The point, however, is the symmetry this way assumed as mechanical heart of the interaction between *fides* and Law. If the sense of the *fides* is reduced to acting so to preserve others' expectations on our behaviors meanwhile trusting that the others will reciprocate, the latter becomes a moral *ex post* reinforcement already enshrined in the code of equivalence between rights and obligations established by the Law. It would work as a kind of superstructure: more so if it is charged with a utilitarian seduction ('my interest to the other's interest and vice versa', the ego-alter duality of Jhering's theory of egoism) because, this should be the case,*fides* would be entirely included in the operating scheme of the exchange and in the retributive rationale of the Law[57].

The semantic of the *fides*– and of solidarity too – does not live by equivalences, as it has been seen, but of dis-proportions. This is not a mere rhetorical device;on the contrary it is a mark of the semantic control Law exercises on disproportions originated by values (by Life).

Dis-proportion, indeed, can also be contiguous to dis-order, as Jhering himself narrates in a short but dense essay on the use of tipping. This social custom – which has in fact elements of contiguity with gift-giving – originates as a voluntary act of liberality (einevölligfreie Gabe), an *imitatio* of the salary, different from the latter because it cannot be the object of a legal claim, and different from a donation (Schenkung) since it is given as undue form of compensation (Vergütung) for the provision of services[58]. The jurist's eye discovers in the practice of tipping a malpractice (Unsitte) to be eradicated, inherently unproportionate and arbitrary, a veritable kingdom of the Chance. This is because tipping requires physical contact (*praesens praesenti dat*) and, therefore, is often given to someone different from the person making the service (in restaurants,

57 This does not mean that this kind of trust is not essential for the functioning of social institutions. From the perspective adopted in this paper, however, it should be avoid to attract trust within the logic paradigm of the Law.

58 R. von Jhering, *Das Trinkgeld*, Braunschweig, 1889, 12.

not surely the cooks preparing the meal nor even the waiter serving the table but the headwaiter we pay the bill to), it is not commensurate with the effort (we can easily think of today's food riders), it has no parameter for the determination of its amount.

Not only this, tipping also hides a reaffirmation of social distances, that of the Aristocrat (today we would say of the movie or sport star) which is a manifestation of royal abundance[59]; it can be the sign of a humiliation for the beneficiary, a quasi-begging that devaluates him as person in need or as humble worker; on the other side, it can be a strategic tool in the hand of the same beneficiary, who can morally force (through gesture, through silent language) the giver – constrained by awe or shyness writes Jhering[60]– to eventually hand a tip against his will. Jhering focuses therefore on the moral repercussions of this practice, from its possible transformation into an effective and costly extortion to the subtle incitement to squander it elicits in the beneficiaries due to the asymmetry between the amount of money gained and the paucity of the activity required (again, the dis-proportion). It is the excess that lurks in informal transactions - which escape the regularity and enforceability of benefits imposed by Law - that worries Jhering and prompts him to call for their abolition (favoritism in the sphere of public offices is really distant from this?).

It is on the excess of passions and on the values formedthere (on Life), that the Law works semantically.

The Law produces semantic purifications (*Reinigungen*), and this is a process that must be taken in all its seriousness, indicative of the path undertook by modernity where the Law dwells a time without (pre-established) truth and marked by the logic of the de-cision. This is the outcome of the crisis of the *eudaimonìa* marking the break of the unity of the *polis* and the embodiment of a process of democratization forced by the plurality of the production of meanings – 'aliquid bonum esse judicare quia id conamur, volumus, appetimusatquecupimus'[61]– ; modern Law is pure artifice because it had to detach itself as much as possible from the turbulent nature of the living.

When the Law inscribes values in (and with) its codes it necessarily performs a transformation of the material. In this sense, legal language hasnormativized values. Values accommodated into legal texts, into Constitutions or supranational Charts, really become *pharmakeìa*similar to those that art imitates[62], imitations-replications, transla-

59R. VON JHERING, *ibi*, 25.

60 R. VON JHERING, *ibi*, 56.

61 B. SPINOZA, *Ethica*, III, propositio IX, scholium, available at https://www.thelatinlibrary.com/spinoza.ethica3.html.From another perspective, the seminal work by W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in*Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, 1955 – 1956.

62 PLATO, *Cratilus*, 434 a b. On the platonicnotion of pharmakonsee E. RESTA, *La certezza e la speranza*

Saggio su diritto e violenza, Bari, 2007, 27 ff.

tions or attempts to translations, representations of an absent. Normativized values take hence the shape of principles[63]. On the one hand, therefore, if principles are normativized values, the panoply of counter-argumentation against the Drittwirkung loses most of its weight; on the other, enshrined into a text, principles bear the risk that any text carries with it, there is to say entering into a state of sacralization, turning into a corpus mortuum de-potentiated of innovative charges[64].

The linguistic appropriation of the Law is not, however, the consequence of the rise of rigid Constitutions, Constitutional Courts and supranational Charts; on the contrary, for all what said, it's its genetic code. Where situating values, then, and which relations with Law and its immunization tendency?

Values, then, are not within the Law but, at the same time, they are not outside (i.e. not part of another system different from the Law) since they are the otherness (alterity) to the Law[65].They are the other from the Law that is Life.

We can surely affirm that there is a certain amount of prevarication in the semantic control that the Law is forced to exercise on reality, also considering that it's Law itself that self-regulates its grammar, the relevant interpretation, and the ways for changing both[66]. Likewise, if legal language, as any language,is *légeintìkatàtinos*[67] it puts the content of its saying as an object in front of itself and insofar objectified, the thing said will reveal its poion (its quality(-ies)); however, the pre-assumptive nature of language leads to betray the essence of the thing said,precisely in order toallow that the act of saying could have a firm grip on reality[68].

Incisively, it has been observed that the linguistic appropriation protects a meaning of the thing said from any potential contingency or unpredictability at the price of fixing it into a linguistic structure (or better it applies to an *onoma* the legal *logos*[69])incapable of containing the tension originated by its excess of meaning[70]: and we have seen examples of this interaction in the paper. Such an excess, nonetheless, constantly

63On the distinction between principles and values R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994,125 ff.

64In this sense, it is interesting the parallelism pointed out between American constitutional originalism and Salafist methodology of interpretation (also to legal ends) of Islamic texts as forms of sacralized approach to legal texts, N. Sultany, *Religion and Constitutionalism: Lessons from American and Islamic Constitutionalism*, in *Emory International Law Review*, 2014, 348-424.

65 P.Femia, *Segni di valore*, in *Civilistica*, 2014, 4.

66N. Luhmann, *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Wiesbaden, 2007, 37 ff.

67Aristotle, *Organon*,I,*Categorie. Dell'interpretazione. Analitici Primi*, Torino, 227.

68 G. Agamben, *La cosa stessa*, in *Di-segno. La giustizia nel discorso*, Milano, 1984, 7.

69 If we follow the Platonic process of knowledge described in the famous seventh letter.

70 G. Diotallevi, *L'eccedenza*, in S. Anastasia, P. Gonnella (eds.), *I Paradossi del Diritto. Saggi in Omaggio a Eligio Resta*, Roma, 2019,62.

re-emerges, exercising all its blurring power on the legal discourse that, at its turns, tries to defend its boundaries. Despite this, the legal system – due to its existence as a system cognitively open[71]- cannot, as the Baron in the Threes, retire from the World and up there observing it as if it would not be part of it. And this is, more than theoretical or a prescriptive impossibility, it is an ontological one. Values, indeed, this lifeblood of the social systems, also vivify the legal system with the unremitting tension to which they subject formal legal structures in order to avoid that legal discourse ends up in being a tired vicious circle of discourses over discourses.

Values, however, enjoy the characteristic of not having a meaning but of being an excess of meanings. In this perspective, against any reductionism of a discourse centered on values to a ri-edition of the natural law, it should be noted that acknowledging the excess of meanings inherent to values is, at the same time, acknowledging that values are for this very reason unfounded. Values recognize themselves as unfounded and thus as a *skandalon*, a stumbling block that forcesthe Law to rediscover pensiveness (*Nachdenklichkeit*), there is to say a respite –time-break[72]– against the somewhat banal or formalistic answers that legal thinking can produce when it addresses events to endow them with a sense and a solution.

To be unfounded means, again, the lack of any derivative relationship from an ἀρχή, from both an origin and an act of command. Here lies the reason why the equivalence laid down between values and natural law shows its weaknesses, since it is exactly when natural law has been stripped of its ideological substrates that the process of democratization of values has emerged as a self-founding and never-ending proceeding arising from the experience of the communities[73].Similarly, the absence of any originative act of command provides an index that helps in revealing the misrepresentation underlying the Schmittian discourse on values[74], where the German jurist tries to point out the alleged authoritative features of values. Nonetheless, if values are relieved from any foundation, as a result they cannot but not be subject to any form of appropriation. Said differently, no one can ever have an authoritative power or an ultimate saying on veritable true meaning of a value, simply because such true meaning does not exist. The original nature of values has to do with their disruptive power on the present, exposing reality to an unlimited opening of meanings.Precisely, values are the outcome of a process of re-cognition: we, a community, recognizes certain values and recognition refers to a dimension of reciprocity in the communicative ecology between human beings that lies in the mere fact of existence and communication, therefore, in the mere

71 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1997, 120 ff.

72 H.Blumemberg, *Nachdenklichkeit, Jahrbuch der Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung*,Heidelberg, 1980, 60.

73 J. Rancière, *Aux bords du politique*, Paris, 2004, 113-114.

74 Reference is clearly made to C. Schmitt,*Die Tyrannei der Werte*, Berlin, 1967. On Schmitt's work an extensive bibliography exists. Among the others, C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 2010.

fact of being part of that human community. Consequently, values cannot be imposed, or better, they can in fact be imposed (by a moral or political power, by an ideology), nonetheless such imposition will always be debatable and challenged through communication.

In lieu of a fixed horizon of meanings, organized or to be organized, there is instead a model of meanings as projections[75] tumultuously created in the channels of communication. Life, this laboratory of the values, if can no longer have a sense, itissense[76]exactly in the circulation of meanings provided by the relational ontology between beings; values are no meanings to be thought of, entertained, rehearsed, or doubted, as objectively given contents: they are ways of existing and for this reason they cannot be subject to any appropriation.Consequently, values are non-calculable, non-commensurable so much that I cannot, in principle, control the event of sense that happens in my relations with others; in fact, on the contraryl experience a radical passivity since'as origin of the sense of the world, the other is given to me precisely as demanding respect, as a self-originating source of valid claims'[77] (and meanings).

All the above challenges the legal thinking in acknowledging the metamorphosis the legal language creates, and to take into account all the traces that its appropriative power has put aside but not totally hidden. On the other hand, it is required that the legal thinking leaves aside all its autopoietic tendencies. It is not the Law that can realize values, nor it can pretend that the realization of values can have a place within the boundaries of the Law. It is a false representation believing that values insofar transmuted in principles are, in a certain sense, already achieved and, therefore, there are a given to us as an accomplished fact[78]. Conversely, once the logic distance between Law and values, once the surplus of meaning values are provided with and their entirely aporetic foundation are subject to a real appreciation, it becomes then possible to accept that solidarity, trust, dignity us are not are just concepts 'but modes of participation in the human community'[79]. Such awareness may help in overcoming the deresponsabilizing potential of the Law, to the extent we exclusivelyentrust it with the task of making said values living and, on the opposite, attribute to the Law all the relevant shortcomings, while it is onto us the responsibility for making them possible through acts of trust, a real Pascalian wager – here immunization is finally recognized and a space is open in its mechanism – not in order to set up other rules or other Law but as the other from rules

75J. Nancy, *The Sense of the World*, Minneapolis, 1993, 9.

76 J. Nancy, *ibi*.

77 B. Lueck, *Dignity at the limit: Jean-Luc Nancy on the possibility of incommensurable worth*, in*Continental Philosophy Review*,49, 2016, 321.

78 M. Ricca, *Il diritto o il Paradiso? Un dialogo con Tommaso Greco sulla generatività della fiducia e sul significato pro-fattivo del diritto*,in *CALUMET – interculturallaw and humanities review*, 2022, 106, 130.

79 G. Diotallevi, *L'eccedenza*, cit., 70.

and from the Law[80].

80 F. GARRITANO, *Aporie comunitarie: sino alla fine del mondo*, Milano, 1999, 26.

Il risparmio a fondamento del sistema economico e sociale: la tutela della Costituzione e gli scenari di evoluzione

CAMILLA BUZZACCHI
Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale
Università di Milano Bicocca

Sommario: 1. Il risparmio nell'art. 47 Cost.: una disciplina non isolata, né datata. – 2. Il risparmio come fonte di utilità private e pubbliche. – 3. Un importante crocevia di interessi costituzionali – 4. L'attualità della disciplina. – 5. Gli scenari futuri del risparmio: incognite e sviluppi

1. Il risparmio nell'art. 47 Cost.: una disciplina non isolata, né datata

Con lungimiranza, nonché notevole originalità, la Costituzione italiana ha accolto, fin dalle origini, il riconoscimento e la tutela di un bene che si inserisce nell'ordinamento giuridico con un ruolo decisivo rispetto ad un ricco ventaglio di finalità: il risparmio costituisce un'entità che offre utilità di varia natura, e che deve essere oggetto di valorizzazione in vista del raggiungimento di molteplici interessi, che la Carta fondamentale promuove. Pertanto, mai può dirsi esaurita una riflessione volta a comprendere quali benefici esso offra e quali misure esso richieda, affinché il medesimo venga «incoraggiato» – secondo il dettato del patto costituzionale – e indirizzato verso le funzionalità più meritevoli, nel quadro dei valori che accompagnano la convivenza della comunità nazionale.

L'elevazione del risparmio a bene costituzionale sembra da localizzare solo nell'art. 47, che a lungo è stata una disposizione ritenuta isolata, perché dedicata ad un fenomeno

economico parziale nel quadro del più ampio sistema della creazione di valore[01]. In più, di questa disposizione si è a lungo fornita una lettura storicizzata, ancorata alle scelte della Costituente e prevalentemente subordinata all'assetto economico e sociale di quel passaggio storico. Salvo poi, nel 2001, l'apparizione tra le competenze esclusive dello Stato dell'art. 117, co. 2, lett. *e*) che associa «moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari». Il passaggio di revisione non ha di per sé aggiunto più di tanto alla disciplina che già l'art. 47 Cost. offre, posto che le tre categorie di moneta, risparmio e mercati finanziari rilevano in quella norma esclusivamente come ambiti di attribuzioni nel rapporto tra Stato e Regioni: indubbiamente il risparmio risulta collegato in maniera inscindibile ai mercati dove esso viene impiegato, cosicché la sua destinazione appare univocamente predeterminata. Tuttavia, la novella del Titolo V non presenta l'efficacia necessaria per rafforzare la portata dell'art. 47, né arricchire il suo contenuto.

L'intento delle riflessioni che seguono è duplice.

Da un lato l'«isolamento» e la «parzialità» della previsione collocata nel Titolo III vanno definitivamente superati, perché al contrario è agevole rappresentare e argomentare la forte connessione di questa disposizione con molteplici altre della Costituzione, che sotto diversi profili implicano il risparmio, o sono oggetto di implicazione del medesimo: il diritto al lavoro e la sua disciplina, la previdenza (obbligatoria e facoltativa), l'iniziativa economica, la proprietà, le imposte, la stabilità finanziaria, la spesa pubblica ed il debito, dello Stato e degli enti territoriali, costituiscono tasselli del disegno costituzionale che, in forme diversificate, rimandano alla capacità dei privati di non consumare il loro reddito o la loro ricchezza.

Il secondo obiettivo è la valorizzazione dell'attualità della previsione in esame: per la lettura che se ne fa oggi, essa sembra additare scelte individuali e collettive legate ad una società superata, ad un contesto di vita distante dal modello di convivenza del presente. Tuttavia, con l'esemplificazione che riporta, l'art. 47 è in grado di esprimere efficacemente le funzionalità fondamentali del risparmio, e come l'ordinamento giuridico debba – oggi come ieri – porsi rispetto ad esso.

Questa seconda prospettiva richiede però un breve *excursus* sulla genesi della disposi-

01 Così inquadrano la disposizione gli illustri commenti che l'hanno riguardata: F. MERUSI, *Art. 47*, in *Comm. della Cost. Branca* Bologna-Roma, 1980, e G. M. SALERNO, *Art. 47*, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), Padova, 1990.

Sono poi intervenuti i commenti più recenti: S. BARONCELLI, *Art. 47*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), vol. I, Torino, 2006, e M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, in *Commentario breve alla costituzione*, S. Bartole, R. Bin (a cura di), Padova, 2008.

Sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo*, 2016, 2.

zione, che – come si è già segnalato – è dotata di vera originalità[02]: esso può illuminare in merito alla realtà sociale ed economica del tempo, alla cultura che ha generato la previsione, nonché alle intuizioni che hanno accompagnato la sua elaborazione, dimostrando la lungimiranza di cui si è detto in apertura. Il sintetico percorso che pare necessario proporre vuole essere funzionale non a calare la norma nell'epoca per la quale è stata concepita, ma a scoprirne le potenzialità anche per l'avvenire.

Anticipando le considerazioni che ci si accinge a svolgere, il convincimento che emergerà è che il risparmio sia attualmente tanto la linfa del circuito dei rapporti tipici dell'economia di mercato, quanto che esso sia chiamato ad assicurare anche significative utilità di carattere sociale, dando soddisfacimento a bisogni individuali ma anche a obiettivi più diffusi, di cui spesso, nel momento presente, sempre più si fa carico l'economia sociale o civile: l'insieme delle finalità non strettamente economiche, ma prevalentemente ispirate alla solidarietà, è altrettanto bisognoso di essere alimentato dal risparmio, che può consentire il raggiungimento di traguardi importanti nella prospettiva del progresso sociale, primo tra tutti il traguardo della salvaguardia ambientale.

Proprio in collegamento a questi impieghi di economia civile, a cui il risparmio si presta, il passaggio conclusivo dovrà necessariamente focalizzare gli indirizzi più recenti di investimento, strettamente dipendenti da bisogni legati a demografia e ambiente: le traiettorie dell'uso del risparmio cambiano rapidamente, in ragione di necessità umane in costante evoluzione, è soprattutto in ragione di queste evoluzioni è sempre e incessantemente necessario che il risparmio goda di adeguata tutela.

Per finire, prima di avviare le diverse analisi ora prospettate, pare importante sottolineare come il fattore «tempo» accompagnerà costantemente la linea del ragionamento. Esso risulta ormai elemento che condiziona le scelte pubbliche e quelle private, e impone una sintonizzazione delle politiche pubbliche, che sempre meno devono darsi orizzonti temporali a breve, per sviluppare invece capacità predittive e di cura di interessi futuri.

2. Il risparmio come fonte di utilità private e pubbliche

Avviando la riflessione a partire dal primo piano di indagine, l'immediata osservazione che nasce dal dato testuale è che il riconoscimento parallelo di risparmio e credito conduce a correlare necessariamente il primo alle attività tipiche del settore bancario: quest'ultimo risulterebbe l'unico settore a cui i privati destinano quanto non consumano del loro reddito.

Tale collegamento ha infatti condotto ad un'enfasi totale a favore del settore banca-

02 In un duplice lavoro G. Cerrina Feroni offre la lettura comparatistica: nella curatela *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011, e *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 3.

Cfr. anche F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2022.

rio[03], che per lungo tempo è parso esaurire le modalità di valorizzazione del risparmio: la lettura attuale della disposizione non può evidentemente tralasciare, accanto al settore del credito, quello assicurativo e l'industria del risparmio gestito, a cui è affidata una grande parte del risparmio; ma al tempo stesso vi è da chiedersi se la liquidità preservata dai soggetti privati sia tutta necessariamente da affidare agli operatori della finanza, o se gli impieghi a cui si presta siano anche di altra natura.

Anzitutto possono essere indagate le molteplici funzioni che il risparmio può assicurare, e a questo fine è necessario riferirsi alle teorie economiche, che ben prima della scienza giuridica si sono interrogate sulle possibili utilità. Gli approcci che si sono sviluppati sono stati di natura microeconomica, con attenzione ai comportamenti dei singoli e delle famiglie; ma anche macroeconomica, per comprendere le utilità che il risparmio offre a livello di sistema.

Senza pretendere di offrire un'analisi esaustiva, un breve accenno alle alterne fortune della grandezza del risparmio nelle diverse teorie economiche[04] può fornire alcuni strumenti di comprensione per giungere ad una lettura più completa dell'art. 47 Cost.

I primi studi, quelli degli economisti classici, hanno collegato il risparmio unicamente agli investimenti e alla crescita della produzione, con una posizione di particolare apprezzamento per il protagonismo della borghesia imprenditoriale, contrapposta alla staticità dei grandi proprietari terrieri, fermi negli investimenti in un settore – quello primario – che rimaneva dominante ma in calo di redditività. A seguire, gli economisti neo-classici a inizio Novecento hanno cominciato a mostrare attenzione per le scelte del consumatore in una prospettiva intertemporale: la preoccupazione era che questo soggetto potesse mantenere un profilo di consumo costante a fronte di redditi che variavano nel corso della vita, e dunque il nesso tra decisioni di risparmio e decisioni di investimento non era più quello esclusivamente osservato, ma a questo si è affiancato l'interesse per decisioni di consumo dei privati.

Passando a una figura di particolare rilievo, si può sostenere che Keynes ha considerato sfavorevolmente il risparmio: non lo ha individuato come fattore di crescita, come invece è il consumo. L'economista britannico ha elaborato la legge «psicologica fondamentale del risparmio», secondo la quale la propensione a tale pratica cresce all'aumentare del reddito: tale posizione è stata poi contraddetta dalla scuola di Franco Modigliani, che negli anni '40 e '50 ha capovolto l'approccio. Secondo la teoria del «ciclo vitale»[05]

03 F. Riganti, *La gestione "sostenibile" del "risparmio gestito" Divagazioni sull'articolo 47 della Costituzione (e non solo)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2023, 3, riflette sull'impostazione «bancocentrica» dell'art. 47.

04 Si rinvia a T. Jappelli, L. Pistaferri, *Risparmio e scelte intertemporali*, Bologna, 2000; A. Martini, *Tra Crescita e parsimonia. Il risparmio nel dibattito economico dai classici all'ipotesi del ciclo di vita*, Milano, 2022.

05 Cfr. M. Baranzini, *La teoria del ciclo vitale del risparmio di Modigliani cinquanta anni dopo*, in *Moneta e credito*, 2005, giugno-settembre.

del premio Nobel il livello dei risparmi dipende dall'età dei consumatori, e quindi dalla struttura demografica della società, piuttosto che dal livello del reddito familiare: anche Milton Friedman si è associato a questa visione, tale per cui è la crescita economica che unilateralmente favorisce il risparmio, e non viceversa.

Questo più che parziale sconfinamento nel perimetro della logica economica è qui funzionale solo a evidenziare come il risparmio possa essere visto quale fonte di utilità private e collettive; di attività di consumo e di investimento; di protezione e di speculazione/arricchimento. La teoria economica lo ha preso in considerazione in relazione a tutte queste diversificate collocazioni, e tale circostanza conduce la riflessione giuridica a interrogarsi, a sua volta, circa le utilità pubbliche e private che esso garantisce; circa i benefici a singoli o al sistema che da esso arrivano; circa le diverse provenienze che lo generano, e gli scopi che tramite esso sono raggiungibili.

La letteratura giuridica[06] ha definito il risparmio tanto come un'attività quanto come il risultato della stessa: l'attività è quella di destinare una parte delle risorse disponibili in un dato momento ad un uso che se ne farà in futuro; il risultato sono le risorse stesse che, non consumate, vengono preservate per quando potranno essere maggiormente necessarie. Tale attenzione per la dimensione temporale emerge anche nella posizione espressa dal Governatore di Banca Italia il 31 ottobre 2024, quando – in occasione della Giornata per il risparmio – ha affermato che «risparmiare significa trasferire risorse dal presente al futuro»[07]. Un futuro che può essere non troppo lontano, se si riflette su alcuni consumi; oppure collocato in una seconda fase dell'esistenza, se si pensa a scelte previdenziali. In ogni caso decisiva è la trasposizione nel tempo dell'uso di una liquidità, e ciò in ragione di esigenze del tutto eterogenee.

Calata nel duplice contesto di un sistema produttivo di carattere capitalistico e di uno Stato di ispirazione sociale, questa concezione conduce a qualificare il risparmio anzitutto come la fonte di vari impieghi che, da un punto di vista economico, appaiono vantaggiosi: impieghi, in primo luogo, in termini di capitale, che alimenta il processo produttivo, perché le risorse non consumate diventano un «ingranaggio fondamentale» su cui l'impresa fa affidamento «per potere avviare e realizzare il ciclo produttivo»[08]. Ma possibili impieghi di carattere economico sono anche il consumo di beni e di servizi, che è un comportamento idoneo a imprimere stimoli di crescita al complesso produtti-

06 Oltre ai commentatori della nota 1, si rinvia a S. Dettori, A. Zito, *Risparmio (tutela del)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, G. Greco, M. Chiti (a cura di), Milano, 2007.

07 F. Panetta, *Cento anni di cultura del risparmio*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 16.

08 S. Dettori, A. Zito, *op. cit.*, 1732.

vo; o la creazione di un patrimonio finanziario, con prospettive di una remunerazione[09].

Dunque, il risparmio è stato da ampia dottrina interpretato in chiave prettamente economica, come quell'insieme di risorse finanziarie che sono destinate a entrare nel circuito economico, e come liquidità monetaria, volta ad assicurare la difesa del valore della moneta contro l'inflazione[10]. I commenti della norma da parte di Fabio Merusi, di Vincenzo Spagnuolo Vigorita[11] e di Sergio Ortino[12] hanno valorizzato il risparmio come garanzia degli investimenti e delle risorse finanziarie della struttura economica, evidenziando la sua funzione strumentale alla distribuzione della proprietà e della ricchezza. Ciò ben si coniuga con la simultanea tutela offerta al credito, e in ogni caso si è in presenza di una forma di proprietà, inquadrata per la sua idoneità ad entrare nel ciclo economico[13] nella forma di investimenti oppure nella forma di consumi.

Accanto a queste destinazioni del risparmio, altre possono trovare spazio, connotate dalla circostanza che le utilità che rendono possibili si inscrivono in prima istanza in una prospettiva di valore sociale, nella misura in cui forniscono forme di protezione alle persone: l'abitazione, i servizi per la salute, la copertura previdenziale sono usi del risparmio che vanno a dare soddisfacimento a situazioni di bisogno. Una gamma di bisogni di impronta personale e dai risvolti del tutto materiali, di sostegno alla situazione del singolo, ma non necessariamente da intendere in una dimensione economico-finanziaria.

09 Anche qualche dato può poi essere interessante per comprendere l'incidenza del risparmio sul sistema.

Nel 1924 la consistenza dei depositi bancari e dei libretti postali ammontava al 27% del PIL.

I successivi eventi quali la grande depressione, la guerra e l'inflazione post-bellica hanno ridotto drasticamente la ricchezza finanziaria di un'intera generazione: nel 1948 il valore dei depositi bancari e postali era crollato al 10% del PIL.

Dal secondo dopoguerra ai primi anni Novanta le famiglie italiane hanno risparmiato in media un quarto del reddito ogni anno e il saggio di R. ha iniziato a ridursi negli anni Ottanta, accelerando dal 1992, per poi stabilizzarsi al 10% nel Duemila. Hanno contribuito la crisi valutaria del 1992 e il successivo consolidamento fiscale, che hanno compresso il reddito disponibile, inducendo le famiglie a diminuire il saggio di risparmio al fine di sostenere i consumi. Ma anche il calo dei tassi di interesse determinato dall'introduzione dell'euro e il migliore accesso al credito hanno favorito il consumo corrente rispetto a quello futuro.

Inoltre, va detto che non risparmiano solo le famiglie, e anzi il risparmio delle imprese è divenuto via via più rilevante, fino a rappresentare due terzi del risparmio privato nell'ultimo decennio. Attualmente il flusso annuo di risparmio privato supera i 400 miliardi, un quinto del reddito nazionale.

10 F. Merusi, *op. cit.*, 156.

11 V. Spagnuolo Vigorita, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, 1.

12 S. Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979.

13 F. Guizzi, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, 2005, 2-3-4, 172, ricostruisce che il valore tutelato dalla norma in esame non sarebbe il risparmio in sé, che godrebbe della tutela dell'art. 42 Cost. in quanto forma di proprietà privata, ma risulterebbe solo quello che rifluisce nel circuito della liquidità monetaria assicurata dall'attività bancaria.

Si può allora affermare che l'esemplificazione offerta dall'art. 47 Cost. sia idonea a restituire questa apertura a impieghi di varia utilità, non solamente economica e non solamente individuale. Dall'elencazione della disposizione si ricava la meritevolezza di interessi legati a vari obiettivi, che spaziano dal lavoro alla vita privata, fino allo sviluppo del Paese: e tale impostazione conserva intatta attualità, perché anche gli impieghi dell'epoca attuale sono chiamati a recare vantaggio a situazioni personali e a finalità collettive. E infine la lett. *e*) dell'art. 117 Cost., che si è già richiamata, dimostra quanto sono ora determinanti i mercati finanziari, che attestano anche la profonda torsione che ha caratterizzato il sistema economico: quest'ultimo crea valore prevalentemente con le attività finanziarie, molto di più di quanto facciano le attività dell'economia reale.

Il risparmio risulta allora qualificabile come bene tanto pubblico quanto privato, e più precisamente è un «interesse» per i singoli così come per la collettività, in una prospettiva che si potrebbe definire «comunitaria». Le funzionalità precedentemente richiamate sono evidentemente tutte legittime alla luce dell'art. 47 Cost., ma è chiaro che le ricadute delle diverse destinazioni possono essere molto distanti: anzitutto il risparmio presuppone una specifica libertà costituzionale – il diritto di proprietà – e dunque va a tutelare scelte libere del singolo rispetto all'utilizzo di una parte del suo reddito e della sua ricchezza. Molto diversi saranno gli effetti in ragione dei diversi impieghi che ogni privato può decidere in merito alla propria liquidità. La prospettiva del diritto costituzionale è evidentemente quella di accogliere nella maniera più ampia possibile le esigenze degli individui che «praticano» la virtuosa attività di accantonare risorse finanziarie, nella misura in cui – nell'orizzonte personalista dell'ordinamento giuridico – ciò contribuisce allo sviluppo della personalità; ma anche quella di garantire un'utilità sociale, e dunque il perseguimento – in via diretta o mediata – di interessi generali, che per effetto di scelte di destinazione dei singoli, trovano realizzazione. Utilità sociale, funzione sociale e utilità generale sono le clausole elastiche che gli artt. 41, 42 e 43 Cost. prevedono per correggere distorsioni nel contesto economico, ed è difficile immaginare che le altre disposizioni della Costituzione economica – pur nei limiti che risiedono in questa formula – non risentano a loro volta di questa impostazione. In tale direzione può essere allora utile disegnare il raggio degli effetti dell'art. 47 Cost., che certamente è idoneo a garantire l'equilibrio economico-finanziario del sistema, ma altrettanto assicura altri interessi di rango costituzionale. In alcuni casi il risparmio funge da premessa, in altri casi costituisce la condizione o l'effetto di molteplici previsioni e capisaldi costituzionali[14], di cui è possibile offrire una panoramica essenziale.

3. Un importante crocevia di interessi costituzionali

Anzitutto il principio lavorista *ex* art. 1 Cost. individua come obiettivo primario del complessivo modello economico la piena occupazione, che è condizione ideale perché una

14 F. Merusi, *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, 31, 1084 ss.; Id., *Art. 47*, in *Codice commentato della banca*, F. Capriglione, V. Mezzacapo (a cura di), Milano, 1990, 22 ss.

società sia capace di generare risparmio e riversarlo nelle attività creditizie[15]: il fondamento della Repubblica sul lavoro apre ad un quadro di generalizzata distribuzione di redditi, che sono irrinunciabile presupposto per l'accantonamento di liquidità.

Collegato al lavoro l'art. 36 Cost. esige una «retribuzione sufficiente per una esistenza libera e dignitosa» del lavoratore, e introduce così una capacità di acquisto della moneta, di cui si compone la retribuzione, che deve essere tendenzialmente costante: accanto a tale esigenza anti-inflazionistica, la disposizione lascia inoltre intendere che il carattere «sufficiente» della remunerazione possa consentire anche margini di risparmio. Sempre con riferimento alla sfera lavoristica, il diritto sociale dell'art. 38 Cost. necessita il risparmio tanto laddove prevede la previdenza obbligatoria, che si basa su un accantonamento che è equivalente al non completo consumo del proprio reddito[16], quanto a livello di previdenza complementare e facoltativa, che in maniera più diretta assorbe quote di risparmio. Il sistema di sicurezza sociale, soprattutto nella sua manifestazione previdenziale, esige un modello delle retribuzioni che si apra al risparmio, e dunque tanto la previdenza assicurata da istituzioni pubbliche quanto quei prodotti finanziari che, nel libero mercato, assicurano la medesima copertura, richiedono un reddito idoneo e un'attitudine a preservarne una parte.

L'attività di impresa riconosciuta dall'art. 41 Cost. è quella che trova nel risparmio vera e propria linfa, sia per la formazione del capitale di investimento che internamente essa stessa può generare, sia per il sostegno azionario, che lo stesso art. 47 Cost. raccomanda. Il nesso tra risparmio e attività di produzione e circolazione di beni e di servizi è quello che per primo è stato teorizzato e che ha costituito l'originaria chiave di interpretazione della norma: in un'economia capitalistica e di mercato, la destinazione della redditività alla crescita del sistema che genera valore[17] appare da sempre e a ragione l'utilizzo privilegiato.

Come già osservato, il risparmio ricade pure sotto la disciplina dell'art. 42 Cost. in quanto proprietà in forma di liquidità monetaria: il suo godimento – secondo le prescrizioni

15 F. Scuto, *op. cit.*, 103.

16 Sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate nei fascicoli *Una Repubblica fondata sul lavoro?*, in *Diritto costituzionale*, F. Pizzolato, C. Buzzacchi (a cura di), 2023, 2, e *Previdenza e generazioni future*, in *Diritto costituzionale*, C. Buzzacchi (a cura di), 2024, 2.

Cfr. anche C. Buzzacchi, *Reddito e Costituzione. La cifra smarrita*, Milano, 2022, 70 ss.

17 Si vedano le parole di I. Visco, *Scelte consapevoli, educazione, responsabilità. La sfida del risparmio per le nuove generazioni*, Intervento del governatore della Banca d'Italia alla 99ª Giornata Mondiale del Risparmio, 31 ottobre 2023: «il risparmio è anche, per non dire soprattutto, un bene pubblico, capace di generare benefici per la collettività nel suo complesso attraverso il trasferimento delle risorse nello spazio, dalle famiglie risparmiatrici verso imprenditori e aziende. Se ben impiegato, contribuisce in modo cruciale alla crescita economica di un paese attraverso il finanziamento di investimenti produttivi in capitale fisico, umano e tecnologico».

Da ultimo cfr. S. Caselli, *Non c'è crescita senza la forza del risparmio*, in *LaVoce.Info*, 17 settembre 2024.

della disposizione – incontra i limiti della legge che sono volti ad assicurare alcuni interessi di carattere sociale.

Viene poi in rilievo la materia fiscale: il dovere di contribuire alle spese dello Stato incide evidentemente sulla capacità di risparmio delle persone, ma può essere anche agevolato da una struttura di tassazione che crei regimi di esenzione. Il prelievo tributario e la pratica del risparmio appaiono quasi in antitesi, ma un'equilibrata attuazione del quadro costituzionale dovrebbe piuttosto evitare che l'imposizione diventi impeditiva rispetto all'attività di accantonamento, ed usare la leva fiscale per produrre quel risultato di incoraggiamento che espressamente l'art. 47 Cost. affida alla Repubblica. Inoltre, il collegamento del prelievo della ricchezza alla capacità contributiva ed al criterio della progressività esige che venga combattuto il fenomeno dell'inflazione, che rappresenterebbe una forma di prelievo non rispettosa delle garanzie espresse dall'art. 53 Cost.

Il sistema della finanza pubblica impone poi un corretto rapporto con il risparmio privato.

Dall'art. 81 Cost., e dunque dal principio dell'equilibrio di bilancio, si evince l'obiettivo della stabilità finanziaria, che è da considerare come una delle più importanti forme di tutela del risparmio: l'equilibrio di bilancio diventa così condizione di praticabilità del risparmio, che può svilupparsi solamente in un contesto di solida tenuta dell'ambiente economico e finanziario. Come è stato osservato, a seguito della crisi del 2008 e ancora più della pandemia, il perseguimento della stabilità economica nelle sue diverse forme – monetaria, fiscale e finanziaria – risulta ormai costituire uno degli obiettivi fondamentali a cui si indirizza l'azione degli Stati e delle organizzazioni internazionali economiche. La stabilità economica è un vero e proprio obiettivo di sistema, essenziale per un ordinato svolgersi delle relazioni economiche e commerciali tanto a livello macro (tra Stati) quanto micro (tra imprese e individui)[18], e rappresenta contestualmente il requisito necessario per un diffuso risparmio così come l'esito di un assetto sociale, nel quale sia consolidata l'attitudine a risparmiare.

Ma ancor più concretamente il risparmio sta a fondamento dell'indebitamento dello Stato, coinvolgendo dunque anche da un'altra prospettiva la disciplina dell'art. 81 Cost[19]. L'emissione di titoli del debito pubblico è effettuata a partire dall'aspettativa che i privati decidano di riversare verso le casse pubbliche i loro investimenti, e così facendo essi

18 G. PERONI, *Crisi e ricerca della stabilità economica*, in *Dir. economia*, 2020, 3, 272.

19 Cfr. I. MUSU, *Il debito pubblico*, Bologna, 2012.

In vari lavori si è sviluppata l'analisi del debito pubblico. Sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Spesa ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, 2; *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustiziabilità: il tema del debito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, 4; *Risparmio e debito pubblico: una prospettiva costituzionale*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa. Le cose nuove del XX secolo*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Università Cattolica del Sacro Cuore, https://www.dizionariodottrinasociale.it/, 2021.

diventano interlocutori diretti dello Stato, verso di loro esposto per la raccolta di risorse da destinare a impieghi pubblici. Per l'entità del debito pubblico nel momento presente, e ormai da vari anni, evidente risulta quanto nevralgico sia per il soggetto Stato la circostanza che il risparmio abbondi nella collettività nazionale, e che vi sia la disponibilità degli investitori a indirizzare lì i loro risparmi: a tal fine le condizioni di appetibilità devono essere attrattive, e deve essere garantito il grado di solvibilità del debitore.

Questa funzione cruciale del risparmio solleva una riflessione rilevante connessa alla «alternatività» del debito rispetto alla raccolta fiscale: il singolo privato è chiamato dall'ordinamento a contribuire in maniera doverosa alle spese della collettività[20] – e a ciò risponde l'art. 53 Cost. – ma può altresì offrire equivalente sostegno attraverso un risparmio che si traduce in detenzione di titoli del debito pubblico. Le due situazioni sono, evidentemente, profondamente diverse, posto che il sacrificio del dovere tributario è regolato – e produce effetti nei confronti dell'attore che si priva della sua ricchezza – in maniera del tutto differente rispetto all'investimento indirizzato ai titoli dello Stato[21]. Senza potere ora affrontare questa sorta di dualismo, che tanto incide anche sulle politiche pubbliche – se si considera che il debito pubblico è accompagnato da una consistente spesa per interessi, nota come «servizio del debito» – quanto ora qui rileva è evidenziare che nella misura in cui il debito pubblico è finanziato dai risparmiatori italiani, esso trova nell'art. 47 Cost. un'area di credito, e quindi a maggior ragione vi è un preponderante interesse generale a incrementare l'attitudine a preservare reddito e ricchezza. Vi è tuttavia da osservare che la disciplina del debito, in Costituzione, non è formulata nel segno del favore e di un'apertura ad un suo impiego in via ordinaria. Al contrario, la revisione costituzionale del 2012 ha introdotto tale categoria – prima assente e oggetto di utilizzo secondo le coordinate fissate dalla sent. n. 1/1966 del giudice delle leggi – prevedendo le condizioni in presenza delle quali il debito «è consentito»: cosicché si deduce che al di fuori di situazioni di eccezionalità e di ciclo economico avverso sarebbe non sarebbe opportuno rivolgersi ai mercati finanziari, per il costo che i prestiti ottenuti dai privati possono generare. Il già richiamato «servizio del debito» è infatti fonte di remunerazione per i risparmiatori, ma rappresenta un ulteriore costo a carico del bilancio pubblico, che va assunto con prudenza e consapevolezza, per i riflessi sul sistema di finanza pubblica che genera. Il rapporto tra risparmio e debito appare pertanto complesso perché capace di incidere su vari interessi e su capisaldi del diritto del bilancio, che rispondono a loro volta a indirizzi del diritto europeo[22]: conferma, tale rapporto, quanto cruciale possa essere il risparmio per finalità pubbliche, che tuttavia

20 Sia consentito il richiamo di C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011; «Capacità *contributiva*» *e* «progressività» *alla prova dell'equilibrio di bilancio*, in *Osservatorio AIC*, 2017, 3.

21 Si veda la riflessione di A. GUAZZAROTTI, *Debito e democrazia. Per una critica del vincolo esterno*, Milano, 2024, 43.

22 Non si può approfondire oltre tale vasta tematica,e si rinvia a S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, in *About The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), Oxford, 2014.

non sempre sono perseguibili in parallelo e in completa concordanza con le aspettative private.

A chiusura di questa breve panoramica appare riduttivo accogliere una visione della materia del risparmio come ambito circoscritto e a sé stante: la sfera di rapporti di natura finanziaria che esso genera spicca, al contrario, per la sua capacità di riflettersi su tanti e diversificati beni costituzionali, e per la sua idoneità a permeare molteplici fenomeni che sono protetti dalla Carta fondamentale. Secondo modalità diversificate, il risparmio fornisce alimento ad un insieme di realtà, che sono tutte di massimo interesse: da qui scaturisce la sempre attuale esigenza di salvaguardarlo.

4. L'attualità della disciplina

La previsione presenta un tratto di sicura originalità, in conformità con lo spirito sociale del quadro costituzionale del 1948: nel delineare i tratti di una struttura produttiva che si apriva alle regole del capitalismo e dell'economia di mercato, essa dà rilevanza – senza esempi analoghi in altre costituzioni – ad un esercizio virtuoso che fino allora non aveva meritato l'attenzione nei testi giuridici. Le destinazioni che vengono elencate rimandano ad un'organizzazione sociale e produttiva che sembrerebbe di un altro tempo: l'abitazione, la terra e i complessi produttivi nazionali sembrano riduttivi rispetto alla complessità degli impieghi che oggi si possono considerare. Ad una prima lettura la disposizione sembrerebbe ferma nel tempo, articolata in categorie che solo parzialmente colgono il contesto attuale.

È invece possibile calare l'art. 47 Cost. nella dimensione del presente, tenendo conto – tuttavia – che esso è il frutto di una complessa elaborazione che ha avuto luogo nella fase di genesi della Costituzione repubblicana.

La materia del credito, del risparmio e della moneta è stata anzitutto oggetto di studio da parte della Commissione economica presieduta da Giovanni Demaria, a beneficio del Ministero per la Costituente: i volumi III e IV del Rapporto presentato all'Assemblea Costituente[23] ne trattano. Il Rapporto riconosce la validità dell'impostazione già operante in materia di disciplina del credito, ed indica l'opportunità dell'inserimento nella Carta costituzionale di norme sul controllo del settore: emerge il suggerimento della Commissione economica che «l'attuale estensione dell'intervento diretto o indiretto dello Stato nel settore del credito non dovrebbe essere totalmente ignorato dalla Carta costituzionale, anche ai fini della precisazione degli scopi e dei limiti». Si auspica «un'esplicita enunciazione del carattere di pubblico interesse che riveste la funzione di

23 Per la parte che segue si veda M. SARCINELLI, *La Costituzione italiana e la moneta: un incontro mancato*, in *Rivista di Politica Economica*, 2006, 88 ss., e ID., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, 1999, 225 ss., per una più approfondita ricostruzione delle vicende del Ministero per la Costituente presieduto dal ministro Pietro Nenni e del Rapporto prodotto dalla Commissione economica.

Cfr. anche C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta*, cit., par. 2.

intermediazione del credito» già propria della legislazione del 1936, al fine di stabilire la «necessità di ordine economico e sociale di tutelare il regolare esercizio di tale funzione mediante pubblico controllo».

La raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito vengono espressamente indicati come funzioni di interesse pubblico e come tali «giustificano e richiedono una particolare disciplina da parte dello Stato»: i due interessi della difesa del risparmiatore e dell'esercizio del credito vengono considerati ugualmente meritevoli di tutela e di apposito intervento di natura pubblica. L'impresa bancaria viene riconosciuta come espressamente assoggettabile ad un «complesso e organico regime di vigilanza», che da un lato è destinato a limitare le sue attività, ma dall'altro si traduce in un complesso di garanzie, applicabili al di là della natura privatistica delle aziende, che si presentano come soggetti economici e giuridici «nettamente identificati ed assistiti da guarentigie»[24].

Complessivamente risulta avvertita, nel Rapporto Demaria, la preoccupazione di dare espressa tutela alla stabilità della moneta, dalla quale si ritiene indirettamente tutelato anche il risparmio: tuttavia tale preoccupazione non si è tradotta, nel testo costituzionale, secondo le aspettative della Commissione economica.

Nel corso dei lavori della Commissione dei Settantacinque, ed in particolare di due Sottocommissioni, la Prima e la Terza, la materia del risparmio e del credito è stato oggetto di dibattito. Nella Prima Sottocommissione[25] Palmiro Togliatti ha proposto la formula «La proprietà dei cittadini e il risparmio sono tutelati dalla legge»[26], mentre il deputato liberale Roberto Lucifero ha sostenuto il collegamento tra risparmio e lavoro, insistendo che la tutela del primo non potesse essere disgiunta dai diritti conseguenti al lavoro; ma soprattutto il risparmio è stato ricondotto strettamente alla proprietà, che del lavoro e del risparmio è il risultato.

Trattando del controllo sociale dell'attività economica, la Terza Sottocommissione ha elaborato la formula: «Lo Stato stimola, coordina e controlla il risparmio. L'esercizio del credito è parimenti sottoposto al controllo dello Stato al fine di disciplinarne la distribuzione con criteri funzionali e territoriali»[27]. Il successivo coordinamento del testo delle due Sottocommissioni ha condotto alla versione presentata all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947: il testo dell'art. 44, all'interno del Titolo III dedicato ai rapporti economici, suonava inizialmente «La Repubblica tutela il risparmio; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito»[28]. A Tommaso Zerbi si deve l'aggiunta del

24 Ministero per la Costituente, *Rapporto - IV*, 36 ss.

25 M. Sarcinelli, *op. cit.*, 97 ss.

26 Prima Sottocommissione, 10 ottobre 1946, 221.

27 Terza Sottocommissione, 26 ottobre 1946, 259.

28 Si veda la trattazione offerta da F. Pedrini, *Consumo, risparmio, finanza. Un'analisi costituzionale*, Torino, 2019, 278 ss.

secondo comma – «favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice, al diretto ed indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese» – che il deputato cattolico ha così motivato: «l'elencazione da noi proposta non è limitativa, bensì esemplificativa, delle più consuete forme d'investimento del risparmio popolare oppure di quelle forme alle quali particolarmente si pensa. (...) l'emendamento da noi proposto contiene una affermazione finalistica, che non esige necessariamente applicazione immediata e radicale ma lascia alle leggi future il compito di trovare forme adatte a favore del risparmio popolare. In secondo luogo, con riferimento alla situazione contingente (...) non possiamo esimerci dal sottolineare che proprio le masse operaie e impiegatizie contribuiscono largamente specie in via indiretta al finanziamento dello Stato, anche nell'attuale momento (...). Se mai il nostro emendamento contiene implicita l'esigenza di una migliore giustizia distributiva fra tutte le classi dei cittadini dell'onere di concorrere al finanziamento dello Stato sia attraverso le forme dirette che attraverso le forme indirette del risparmio obbligatorio e del portafoglio degli istituti previdenziali»[29].

Vi è dunque stata consapevolezza, nel dibattito in Assemblea costituente, della complessità e dell'intreccio degli interessi collegati alla materia del risparmio; e della sua connessione con il credito, condizionato tuttavia da un quadro giuridico che non poteva essere altro che mantenuto e confermato. La formulazione del principio in maniera così essenziale ha probabilmente determinato il successivo impegno attuativo da parte del legislatore, di tenore decisamente modesto almeno per alcuni decenni. Tale essenzialità rappresenta al tempo stesso il pregio della norma, suscettibile di adattarsi alle evoluzioni che hanno riguardato risparmio e credito.

L'adattamento ha avuto luogo, di fatto, e dunque la perdurante attualità del riconoscimento costituzionale del risparmio non è tanto da ricercare negli impieghi che l'art. 47 Cost. richiama a titolo esemplificativo, quanto piuttosto rispetto alle esigenze di «incoraggiamento» e «tutela» che dichiara, e che sono apparse nel tempo irrinunciabili. Come precedentemente già sostenuto, l'elenco delle tre destinazioni enunciate nella disposizione può ben essere interpretato, con una lettura aggiornata, in termini di meritevolezza di interessi legati a obiettivi di lavoro, di vita privata e di progresso del Paese, cosicché si può sostenere che il criterio delle destinazioni «privilegiate» non risulta superato.

Ma ancor più il valore aggiunto della disposizione, che la qualifica al passo coi tempi, è la sua chiara enunciazione dell'azione di incoraggiamento e tutela che sempre impone alla Repubblica di adoperarsi, predisponendo nuove modalità di sostegno e di difesa del risparmio.

29 Assemblea Costituente, 19 maggio 1947, 4044.

Nel tempo le forme di favore e di salvaguardia sono incessantemente mutate[30], perché in costante mutamento sono i fattori che possono costituire minaccia o frenare rispetto alla pratica del risparmio: la l. n. 262 del 2005 ha rappresentato un passaggio rilevante[31], ma le rapide evoluzioni dei mercati finanziari, delle tecnologie, delle varie normative europee su mercati digitali, privacy e *Artificial Intelligence* rendono indispensabile un assiduo lavoro di analisi e di regolamentazione degli strumenti più adeguati per valorizzare al meglio, e proteggere, il risparmio privato.

Al di là del fatto che la solidità del sistema economico è di per sé una forma di tutela, tuttavia modalità più specifiche – e assai sofisticate – di promozione e di tutela sono anzitutto l'alfabetizzazione finanziaria[32], alla quale il mondo dell'istruzione si sta via via dimostrando sensibile e attento, anche in considerazione del fatto che la tendenza via via più evidente è che i risparmiatori, potenziali investitori, cercano le informazioni economiche e finanziarie nella rete digitale, con gravi ricadute legate alla inappropriatezza delle indicazioni che possono essere lì rinvenute. Il Report Consob 2024 sulle scelte di investimento delle famiglie italiane riporta il dato che 67% dei risparmiatori si affida a motori di ricerca internet e 36% ai *social media*, ben più che alla televisione o ai siti degli intermediari[33]. Il risparmiatore appare sempre più «fragile e vulnerabile» e risulta spaesato tra molteplici fonti di informazione piatte e orizzontali, quando invece dovrebbe avere un solo interlocutore che offrisse una visione di insieme[34].

La tutela deve poi poter consistere in strumenti semplici da attivare e a basso costo affinché i risparmiatori possano far valere i propri diritti, in casi di contenzioso; mentre la necessità di prevenire inquinamenti provenienti dal riciclaggio di denaro o dal finan-

30 Ai tempi della formulazione dell'art. 47 Cost. essa poteva declinarsi in termini di salvaguardia dei depositi di carattere monetario M. Sarcinelli, *La legge per la tutela del risparmio. Un anno dopo*, in *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, P. Abbadessa, F. Cesarini (a cura di), Bologna, 2007, 16 ss.

31 F. Capriglione (a cura di), *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, 2006; Id., *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, 1; G. Rossi, *La* legge *sulla tutela del* risparmio *ed il degrado della tecnica legislativa*, in *Rivista delle società*, 2007, 6; A. Nigro, V. Santoro (a cura di), *La tutela del risparmio*, Torino, 2007.

32 Gli studi sulla *financial literacy* cominciano ad accumularsi: M. Caratelli, A. Naccarato, O. Ricci, *Alfabetizzazione finanziaria. Il contributo dell'esperienza*, in *Bancaria*, 2012, 6; E. Cavezzali, G. Gardenal, U. Rigoni, *Alfabetizzazione finanziaria e «asset allocation» dei non esperti: uno studio sperimentale*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, 1; C. Cruciani, G. Gardenal, A. Moretti, *Fiducia e competenze finanziarie: un'analisi sperimentale*, Bologna, 2015; G. Guzzetti, *Risparmio: quali prospettive?*, in *Astrid Rassegna*, 15, 2017; A. Canepa, *"Social media" e "fin-influencers" come nuove fonti di vulnerabilità digitale nell'assunzione delle decisioni di investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1; C. Milli, *Il ruolo della cultura finanziaria nell'evoluzione tecnologica*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2024, 1.

33 Consob, *Report on financial investments of Italian households*, Roma, 2024, 81.

34 M. Tofanelli, *Come il risparmio privato può diventare un alleato per il welfare e la crescita*, in *La Repubblica*, 16 dicembre 2024.

Circa la «debolezza» del risparmiatore v. anche le riflessioni di F. Pedrini, *op. cit.*, 291 ss.

ziamento del terrorismo, nonché di contrastare i rischi cibernetici per le infrastrutture finanziarie e di mercato, garantendo la sicurezza del sistema dei pagamenti, si prospetta come una sfida veramente ardua, che richiede tecnologie e conoscenze avanzate rispetto a dinamiche di illegalità, che operano con mezzi quanto mai sofisticati. Pertanto, il provvidenziale inserimento dell'azione di «tutela» nella Costituzione risulta certamente attuale: tale tutela deve necessariamente declinarsi in maniera composita e articolata nel presente, e impone di non lasciare mai indifesa la sfera del risparmio.

5. Gli scenari futuri del risparmio: incognite e sviluppi

Alcune ultime considerazioni di chiusura intendono indirizzare l'analisi verso le tendenze e le evoluzioni dell'equilibrio economico e sociale, suscettibili di plasmare in maniera sempre diversa le modalità di esercizio della pratica del risparmio, nonché del suo utilizzo. Sviluppi nuovi nell'uso del risparmio non sono del tutto esenti da criticità, cosicché rimane più che mai attuale la preoccupazione di tutelare in maniera appropriata tale bene.

Pare pacifico quanto autorevolmente evidenziato da Paolo Grossi, che la preservazione delle risorse finanziarie che originano da reddito o patrimonio non sia «un semplice tesoreggiamento» e «non coincide né con l'inerte e cieca accumulazione o il mero accantonamento di ricchezza, senza alcuna previsione di destinazione, né con una rinuncia e neppure con una resa. Non è una sterile custodia o una sorta di malinconica imbalsamazione di ciò che si è prodotto»[35]. Il risparmio è, al contrario, entità con potenzialità significative, per il cambiamento che può produrre nell'esistenza del singolo, sul piano economico e sociale; e per le azioni che rende possibili nella dimensione pubblica[36], ad opera di una pluralità di attori – istituti di credito e altri protagonisti della finanza privata, istituzioni pubbliche, associazionismo di varia finalità – che utilizzando questa riserva possono determinare nuovi assetti nel sistema della produzione del valore e nella società.

Del resto nel secondo decennio dello scorso secolo Luigi Einaudi sollecitava dalle pagine del *Corriere della Sera* il sostegno dei risparmiatori italiani alle sorti del Paese, prima in guerra e poi in faticosa ripresa: avvertiva che «il dovere di risparmiare non è mai stato così urgente come oggi. Grande è la responsabilità di coloro i quali guadagnano, come salario, o stipendio o profitto, somme superiori a quanto occorre per mantenere

35 P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione*, Roma, 19 maggio 2017, 8.

36 Si osserva ancora, 7, che «l'espresso favore, nel secondo comma dell'art. 47, per il "risparmio popolare" – diretto, genericamente, verso l'accesso alla "proprietà", di beni materiali o, anche indirettamente, di beni immateriali –, lungi dal poter sembrare esclusivamente orientato verso prospettive di tipo "egoistico" o appropriativo, rivela, piuttosto, una destinazione eminentemente "sociale": l'incentivo per un eventuale vantaggio individuale, infatti, di persone storicamente escluse dai circuiti della "ricchezza", non può risultare disgiunto dall'intento di includerle nella costruzione di un benessere, in ogni caso, anche comune».

un sobrio tenore di vita»[37], e così facendo già assegnava alla pratica della preservazione della ricchezza privata una funzionalità di carattere pubblico.

Vari fenomeni recenti attestano la vitalità del bene in questione, e la sua funzionalità a obiettivi economici oppure sociali, o con utilità su entrambi i versanti.

Si pensi agli investimenti aziendali che negli ultimi anni hanno voluto premiare le priorità legate alle tematiche *Environmental, Social, Governance* (ESG), che hanno sollevato una nuova sensibilità e consapevolezza degli operatori economici[38] verso un orizzonte di equità sociale. O si rifletta sul fenomeno del *crowdfunding* – letteralmente il «finanziamento della folla» – che è una manifestazione di diffusa raccolta di risparmio, contrassegnata da questo «neologismo nato dall'esigenza di identificare un fenomeno di recente diffusione: un meccanismo di finanziamento che, mediante il web, promana dal basso, dalla folla appunto, in luogo dei tradizionali canali istituzionali»[39]. La dinamica è in costante espansione e si presenta nella forma di processi collaborativi di piccoli investitori non professionali – i c.d. *crowdfunders* – che sostengono gli sforzi di persone o organizzazioni con capacità creative e imprenditoriali, ma prive dei fondi necessari. I possibili ambiti applicativi sono i più ampi che si possono immaginare, e in tal modo si raccoglie il sostegno a progettualità con svariate motivazioni, che oscillano dall'aiuto in frangenti di drammi umanitari al supporto a iniziative culturali, per tradursi anche in finanziamenti a beneficio di imprese innovative. Attraverso piattaforme generaliste o tematiche – queste ultime specializzate in singoli settori – viene mobilitato risparmio, che proviene da una platea di persone che non avranno diretti benefici dalle attività che sostengono, ma che in una prospettiva quasi di solidarietà – o comunque di citta-

37 L. Einaudi, *Il dovere di risparmiare non è mai stato così urgente*, in *Corriere della Sera*, 26 luglio 1919.

Corrado Sforza Fogliani ha curato la raccolta di *Elogio del rigore. Aforismi per la patria e i risparmiatori*», Soveria Mannelli, 2021, nella quale sono riportati questo e altri articoli: nel 1915 Alberto Albertini, in nome del direttore e fratello Luigi, invitò l'amico Einaudi a comporre per il *Corriere della Sera* una «piccola serie di aforismi, di massime, di consigli brevissimi per esortare il pubblico a sottoscrivere il prestito», volontario e non forzoso. Einaudi ha così dimostrato, ben prima che la disciplina costituzionale del risparmio venisse definita, il suo favore per un risparmio di pubblica utilità.

38 La Direttiva sul reporting di sostenibilità (CSRD) 2022/2464/UE (c.d. *Corporate Sustainability Reporting Directive*, CSRD) si inquadra nell'ambito del *Green Deal Europeo* e ha lo scopo di promuovere la trasparenza e la divulgazione di informazioni da parte delle imprese riguardo agli impatti ambientali, sociali e legati alla governance (ESG) delle loro attività, attraverso un rafforzamento degli obblighi di reporting da parte delle imprese, dopo la precedente direttiva NFRD 2014/95/UE.

39 E. Fregonara, *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*, 4, con rinvio ad ampia letteratura in nota 7; e *Il crowdfunding: un nuovo strumento di finanziamento per le start up innovative*, in *Orizzonti*, 2014.

L'A. aggiunge che si è in presenza di una forma di «democratizzazione della finanza», che consente agli artefici di un progetto di sponsorizzarsi *online*, attraverso nuove risorse che implementano la capacità di generare ricchezza a sostegno delle iniziative più meritevoli.

dinanza attiva – aderiscono a tali forme di gestione collettiva delle risorse, per finalità economiche e sociali.

In conclusione, le destinazioni e le modalità di gestione del risparmio hanno indubbiamente attraversato evoluzioni costanti e ricche di portata innovativa, e attestano le potenzialità del bene in esame, suscettibile di finanziare iniziative economiche e progetti sociali: dunque è viva la coscienza della centralità di questo mezzo per raggiungere scopi diversificati, talvolta collocati nell'area dell'economia tradizionale, talaltra in quella dell'economia sociale. Del resto gli artt. 2, 3, 9 e 118 Cost. consegnano un quadro denso di beni e valori costituzionali, in vista dei quali proprio l'insieme dei soggetti dell'area *non profit* tradizionalmente si prodiga: la giustizia sociale, lo sviluppo dei singoli e dell'intera comunità, l'ambiente, gli interessi delle generazioni future sono alla radice del proficuo coinvolgimento dei privati nel perseguimento di finalità di portata generale, e tale coinvolgimento costituisce, nel lessico della nostra Carta fondamentale, quel paradigma che dà nutrimento alla c.d. *economia sociale*. L'apporto delle formazioni sociali, che sono impegnate su questo terreno – e che nel linguaggio nostrano sono in gran parte conosciute come Terzo settore[40] – dell'organizzazione della comunità e del perseguimento della «sostenibilità sociale», riceve autonomo riconoscimento nel testo costituzionale, e di conseguenza assume identità ben distinta rispetto all'apporto che dal mercato può derivare. Anche a questi soggetti dell'*economia civile* o *sociale* il risparmio dei privati può fornire oggi prezioso alimento, offrendo un sostegno finanziario che si traduce principalmente in valore sociale. Dunque, il ventaglio degli impieghi del risparmio si prospetta nel presente veramente ampio e fecondo.

Eppure, alcuni segnali lasciano presagire che in qualche misura si cominci a deflettere rispetto a questi orientamenti, e che avanzino scenari legati anche ad attività illecite, che sventuratamente risultano anch'esse attrattive.

Circa la tendenza a premiare investimenti ESG[41], dal rapporto Consob del 2022 emerge che l'integrazione di tali fattori nella strategia di investimento è ormai una prassi

40 L. Gori, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, nei capitoli 3 e 4 affronta le questioni di rilievo costituzionale, alla luce della sussidiarietà orizzontale che la Costituzione eleva a principio cardine, e delle azioni di sostegno e incoraggiamento che i pubblici poteri devono organizzare per i soggetti che ricadono nel c.d. Terzo settore.

La letteratura sul Terzo settore è ampia, qui i richiami principali: L. Gori, E. Rossi (a cura di), *La riforma del Terzo settore,* numero monografico *Non profit paper,* 2017, 3; A. Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Torino, 2017; A. Fici (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale,* Napoli, 2018; M. Gorgoni (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018; AA.VV., *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai protagonisti,* Bari, 2019; P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore,* Bologna, 2018; E. Rossi, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019; F. Donati, F. Sanchini (a cura di), *Il Codice del Terzo settore*, Milano, 2019.

41 Sul tema si veda lo studio recente di A. Blandini, F. Masa Felsani, G. Alfano, *Sviluppo sostenibile e lotta alle diseguaglianze nella regolamentazione delle attività economiche*, in *Federalismi*, 2024, 22.

generalizzata dei gestori. Uno studio realizzato per Il Sole 24 Ore[42] riporta, tuttavia, un quadro di disaffezione e disimpegno dei gestori, che cominciano a essere molto meno attenti a tematiche ESG e registrano un cambio di priorità tra i risparmiatori e gli investitori: nell'ultimo trimestre del 2024 vi è stato un record di riscatti per cui, benché i fondi ESG a livello globale abbiano ancora 3.200 miliardi di dollari di attivi in gestione, e dunque cifre ingenti, la variazione nel sostegno all'imperativo della «sostenibilità» si comincia a percepire chiaramente.

Vi è poi da constatare che in misura significativa i risparmi delle famiglie italiane si stanno dirigendo verso l'estero, e i capitali stranieri non dimostrano propensione a investire nel tessuto produttivo nostrano: la «quota Italia» all'interno dei portafogli dei fondi comuni di investimento sottoscritti dai risparmiatori italiani è scesa a fine 2023 al 16%. L'impressione è che i fondi pensione, che amministrano la previdenza integrativa degli italiani, dimostrino poco interesse per gli investimenti in società italiane: dati recenti sono che «su 114 miliardi di masse gestite, "solo" il 46% sono investimenti esteri, mentre la quota investita in titoli di Stato e azioni italiane è rispettivamente il 72 e il 79% del totale»[43].

Tale criticità è stata evidenziata anche in occasione della 100a Giornata mondiale del risparmio a Roma: il 31 ottobre 2024 il Presidente dell'Associazione Bancaria Italiana, nel richiamare alla consapevolezza che «il risparmio è innanzitutto una paziente e saggia virtù civile e sociale, fortemente connessa al rispetto delle regole e premessa di utilità private e collettive», ha in più sottolineato la necessità di prepararsi rispetto a scenari ormai prevedibili. L'ormai prossima scadenza dei finanziamenti collegati al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e il concomitante defilarsi della Banca centrale europea dall'acquisto di titoli di Stato dell'Italia «spingeranno famiglie e imprese a maggiori investimenti e a crescenti richieste di prestiti», e ciò richiede pertanto modalità sempre più efficienti della gestione del risparmio. Il Presidente ha lamentato la vigenza di «vetuste leggi fiscali, molto antecedenti alle nuovissime tecnologie e all'intelligenza artificiale» che «dispongono ancora uguale tassazione per il risparmio e per la speculazione» e ha raccomandato la correzione di tutto questo, perché «la tutela dei risparmiatori è una necessità etica e strategica per l'Italia»[44].

Forti interrogativi emergono poi dall'attrazione crescente che le c.d. cripto valute mostrano di esercitare nei confronti di risparmiatori, che ad esse indirizzano le loro riserve

42 M. Longo, *Boom di riscatti e svolta narrativa: ecco i dati della frenata dei fondi Esg*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 gennaio 2025.

Si veda l'analisi di M. Calderini, *Economia, clima, sostenibilità. Ora ci dicono «tutte balle» ma i problemi veri rimangono*, in *Corriere della Sera*, 4 febbraio 2025.

43 Si vedano i dati di G. Ursino, *Risparmio degli italiani, solo il 16% resta nel Paese*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 luglio 2024. Gli investimenti delle Casse che gestiscono la previdenza obbligatoria dei liberi professionisti vengono invece considerati «più patriottici».

44 ABI, *Relazione* del Presidente dell'Associazione Bancaria Italiana Dott. Antonio Patuelli, 100a Giornata mondiale del risparmio a Roma: il 31 ottobre 2024.

finanziarie. Negli ultimi mesi, anche a seguito del cambio di amministrazione negli Stati Uniti d'America, il loro mercato ha riacquistato vigore e «l'obiettivo della deregolamentazione, come spiega il Financial Times, è chiaro: facilitare l'acquisizione di criptoasset da parte degli intermediari tradizionali e i fondi pensione». È stato espresso l'auspicio «che l'apertura sia accompagnata da adeguate misure prudenziali, visto che gli investimenti in criptovalute hanno già giocato un ruolo nel fallimento di alcune banche»[45]: i recenti fallimenti nel mercato delle criptovalute hanno sollecitato «l'esigenza, peraltro già avvertita, di una normativa organica a livello UE sul fenomeno delle cripto-attività e, in particolare, di una maggior tutela nei confronti dei consumatori che decidono di investire in tale settore»[46]. La dimensione della speculazione e dell'azzardo è quanto mai evidente in questo anno 2025, che si è aperto all'insegna di un insieme di indirizzi – nei mercati globalizzati – in materia economica e finanziaria, che vanno in totale discontinuità con il passato: le sorti che attendono il risparmio non appaiono rassicuranti.

Anche le evidenze di decrescita del fenomeno demografico possono avere rilevanti riflessi sul risparmio e sul sistema finanziario italiano. Studi economici[47] evidenziano come «le tendenze demografiche, il progressivo aumento della speranza di vita e la necessità di mantenere in ordine la finanza pubblica imporranno un riequilibrio tra consumi correnti e risparmio per far fronte alla carenza della struttura di *welfare* attuale, fortemente sbilanciata sul versante della previdenza pubblica obbligatoria. Il complesso delle attività finanziarie dovrà accompagnare un crescente impiego di risorse destinate al differimento dei bisogni di consumo nella più estesa fase di vita successiva all'uscita dal mercato del lavoro». Se si considera che l'accumulo di risorse disponibili per il risparmio tende a partire con ritardo rispetto al passato, perché tardivo è l'ingresso nel mercato del lavoro dopo anni di attività di studio e di occupazione precaria, si può immaginare che occorrerà introdurre nuove componenti del sistema previdenziale e assicurativo per esigenze di consumo in prospettiva.

Quest'ultima considerazione porta ad una conclusiva constatazione di quanto sia stretto il legame tra Costituzione e tempo: è sempre opportuno tornare a riflettere sulla portata del programma di trasformazione, che già era insito nella lettura della Carta

45 L. Fantacci, L. Gobbi, *L'America di Trump, capitale delle criptovalute*, in *Lavoce.info*, 4 febbraio 2025.

46 F. Di Benedetto, I. Nunziata, *Profili regolatori in tema di cripto-asset*, in *Astrid Rassegna*, 2024, 16, 2; cfr. anche L. Donato, *Cripto-asset e banche. Rischi per la stabilità finanziaria e regolamentazione*, in *Bancaria*, 2023, 5, e F. Panetta, *Caveat emptor does not apply to crypto*, in *Financial Times*, 4 gennaio 2023.

47 D. Curcio, G. Di Giorgio, G. Zito, *Le implicazioni del cambiamento demografico sul sistema economico e finanziario italiano*, in *Economia italiana*, 2022, 3, 216. Si osserva ancora, 246, che gli schemi pensionistici pubblici e privati sono in corso di cambiamento ed è destinata ad aumentare l'influenza che il risparmio accumulato e investito a fini pensionistici esercita sui mercati finanziari. Occorrono strumenti finanziari che siano in grado di rappresentare un'adeguata destinazione per l'investimento previdenziale, con un'offerta di prodotti e servizi in grado di assicurare la tutela del risparmio e soprattutto il suo trasferimento nel tempo.

effettuata alle origini, e che oggi conserva e acquista nuova vitalità e significato con una forte attenzione al fattore tempo, che induce a non smarrire mai la proiezione verso un orizzonte futuro, più o meno lontano.

Al di là della novità di politica costituzionale di inserire tre anni fa, con la legge di revisione n. 1 del 2022, le generazioni future nella Carta fondamentale, il tempo sembra diventare ormai criterio fondamentale per le scelte di realizzazione delle finalità poste in Costituzione. È vero per un insieme di politiche che non è possibile pensare con una prospettiva a breve, ma che occorre proiettare nel lungo termine: ricerca scientifica, previdenza, cambiamento climatico e anche la stessa protezione del risparmio – che ben può considerarsi politica a sé – sono ambiti che la Costituzione vuole ben presidiati dalle istituzioni pubbliche, e non lasciati solo al mercato; e governati con scelte equilibrate ed efficaci, che rifuggono da soluzioni contingenti ma piuttosto prefigurano gli sviluppi che attendono la comunità nazionale, e offrono le appropriate misure di carattere regolativo e normativo. Per il risparmio tale è lo scenario da invocare, per la salvaguardia dei singoli e il progresso della comunità.

Lo statuto minimo delle alienazioni con causa di garanzia: il patto marciano atipico

MARIASTELLA MAISANO
Dottoranda di ricerca in diritto civile
Università La Sapienza di Roma

Sommario: 1. Le garanzie marciane tipiche; 2. L'effetto esdebitativo appartiene alla "struttura logica" del meccanismo marciano; 3. La deroga al divieto di patto commissorio; 4. Il patto marciano di diritto comune. Riflessioni de iure condendo

1. Le garanzie marciane tipiche

La disciplina extra codicistica ha introdotto figure tipiche di patti marciani con l'obiettivo di favorire le occasioni di recupero dei crediti da parte dei soggetti finanziatori e di contenerne i tempi, tramite la promozione di metodi di autotutela esecutiva[01].

Se da un lato il merito delle normative di settore di seguito elencate è quello di aver tentato di avviare un processo di inversione di tendenza rispetto alla rigidità adottata dalla giurisprudenza in merito all'interpretazione del divieto di patto commissorio *ex*

01 Cfr. SICLARI, European Capital Markets Union *e Ordinamento Nazionale*, in Banca borsa tit. cred., 2016, p. 48 ss.

art. 2744 c.c[02]., da altro lato tale processo ha messo in discussione quei principi codicistici oramai consolidati in materia di responsabilità e garanzie patrimoniali rinnovando così l'attenzione sul tema dell'autotutela dei diritti che sembrava aver subito una battu-

02 Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in Foro it., 1984, 1, p. 212 ss.; Danusso, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in Giur. it., 1984, p. 1648 ss.; Roppo, *Patto di riscatto. Patto commissorio*, in Nuova giur. civ., 1985, p. 97 ss.; La Torre, *Il* «lease back» *e il divieto di patto commissorio*, in Riv. it leasing, 1985, p. 135 ss.; Paola, *Riflessioni brevi sul* «revirement» *della giurisprudenza della Cassazione in tema di patto commissorio con particolare riguardo a taluni aspetti fallimentari del problema*, in Fall., 1985, p. 160 ss.; Napoleone, *Un improvviso* «revirement» *della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*, in Vita not., 1983, p. 966 ss.; Piepoli, *Quale futuro per la proprietà-garanzia?*, in Corr. giur., 1985, p. 201 ss.; Amato, *Ancora sul patto commissorio e sulla vendita a scopo di garanzia*, in Giust. civ., 1984, p. 1899 ss. Secondo la Corte di Cassazione, occorre valutare la causa in concreto dell'operazione economica quand'anche si tratti di contratto di vendita con patto di riscatto che, se stipulata tra le parti allo scopo di fungere da garanzia reale a favore del creditore, può esser sorretta da una causa di garanzia.

Il revirement della Cassazione fu confermato da Cass., 6 dicembre 1983, n. 7271, in Giur. it., 1984, p. 1698 ss.

Cfr. Mariconda, *Ancora sull'alienazione in garanzia*, in Corr. giur., 1987, p. 287 ss.; Triola, *Gli effetti dell'esercizio del riscatto convenzionale*, in Giust. civ., 1987, p. 545 ss.; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio,* Milano, 1957; Id., *Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*, in Riv. dir. civ., 1987, p. 117; Munari, *Importante* revirement *della Corte di Cassazione sul divieto del patto commissorio*, in Foro pad., 1987, I, c. 194 ss; Chianale, *In margine a Cass. 7385/86, sul divieto del patto commissorio e vendita con patto di riscatto*, in Resp. civ., 1987, p. 474 ss; Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000; Gabrielli (a cura di), *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2018; Marchetti, *Trasferimento di immobili ex art. 48 bis TUB: un marciano abdicativo della garanzia generica?*, in giustiziacivile.com.

Si vd. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611. La giurisprudenza approda poi ad un punto di definitiva rigidità con le Sezioni Unite che affermano la nullità per contrarietà al divieto di cui all'art. 2744 c.c. anche di quelle pattuizioni cc.dd. autonome, cioè indipendenti dalla costituzione di un diritto reale di garanzia, privilegiando un criterio di tipo funzionale nell'individuazione delle fattispecie integranti alienazioni in garanzia. L'approccio è giustificato nonché finalizzato ad una piu` efficace tutela, tanto del debitore coinvolto in operazioni poste in essere in violazione del divieto del patto commissorio, che del principio generale della *par condicio creditorum*, in nome del principio di tipicità delle garanzie reali assistenti il credito. Ciò ha comportato il moltiplicarsi delle fattispecie sanzionabili, essendo astrattamente incluso ogni tipo di negozio che presentasse profili latamente rivolti alla coercizione del debitore (anche Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, in Giust. civ., 2004, p. 3112). Pertanto in ogni ipotesi in cui quest'ultimo sia costretto ad accettare il trasferimento di un bene immobile a scopo di garanzia, nell'ipotesi di mancato adempimento di una obbligazione assunta per causa indipendente dalla predetta cessione, è ravvisabile un aggiramento del divieto di cui agli artt. 1963 e 2744 c.c. Sulla stessa scia anche Cass., 17 aprile 2014, n. 8957, in Dir. giust., 2014, p. 2530; Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in Giust. civ., 2011, p. 1449; Cass., 5 marzo 2010, n. 5426, in Giust. civ. Mass., 2010, p. 32; Cass., 12 gennaio 2009, n. 437, in Giust. civ. Mass., 2009, p. 39.

In dottrina, Canessa, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in Giust. civ., 1989, p. 2423 ss.; Di Mauro, *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, in Riv. not., 1989, p. 908 ss.; Cubeddu, *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite*, in Riv. dir. civ., 1990, p. 615 ss. Cass. sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in Giust. civ., 1989, p. 1821 ss.; Valcavi, *Intorno al divieto di patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia e al negozio fiduciario*, in Foro it., 1990, c. 205 ss.

ta d'arresto[03].

Il discorso si inserisce nel solco della riflessione sull'applicazione dei principi dei ragionevolezza e proporzionalità[04], declinati nell'ambito degli strumenti di agevolazione di accesso al credito che, al contempo, consentono il rafforzamento della posizione creditoria[05].

Congegni perequativi di stampo marciano[06] sono previsti nel d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, sulle garanzie finanziarie, soprattutto all'art. 4 in materia di pegno su attività finanziarie, ma pure all'art. 6, in cui si sottrae il trasferimento della proprietà di strumenti finanziari in funzione di garanzia all'applicazione dell'art. 2744 c.c., prevedendo un rinvio, circa le modalità satisfattorie, a quelle marciane dell'art. 4 (art. 6, co. 3 , che rinvia all'art. 5, co. 4, d.lgs. n. 170/2004); nell'art. 11-*quaterdecies*, co. 12, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito nella l. 2 dicembre 2005, n. 248, relativo al prestito vitalizio ipotecario (c.d. "prestito vecchietti"), in cui con l. 2 aprile 2015, n. 44, il legislatore ha inserito un meccanismo marciano legale; il comma 12-*quater*; nel d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 - attuativo della Dir. (UE) 2014/ 17 - che ha introdotto nel T.U.B. un capo I-*bis* – rubricato Credito immobiliare ai consumatori -, e specificamente art. 120-*quinquiesdecies* TUB, co. 3; nell'art. 1 (spec. co. 7, lett. a), del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, che ha introdotto il pegno non possessorio su beni d'impresa, prevedendo per il creditore diversi modi di auto soddisfacimento sui beni dati in garanzia,

03 In questo senso si vd. Ivone, *Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età*, in Contratto e Impresa, 1, 2018, p. 383 e ss. L'a. mette in luce la complessità della crisi finanziaria, conseguenza della vicenda dei prestiti *sub prime*, cui si è tentato di far fronte con la previsione di rimedi di natura contenitiva che tuttavia si sono dimostrare inidonee ad incidere sul rafforzamento della fiducia nel pubblico degli investitori nonché dei criteri di valutazione di merito del credito.

Cfr. Panebianco, *Il Parlamento fra pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, Roma, 2014, p.17, il quale afferma che «non introdurre il tema della recessione economico-finanziaria significa non capire il contesto delle norme, la saldatura delle stesse sia con il quadro giuridico europeo, sia con l'emergere di nuovi - e tradizionali, ma secondo nuove logiche e dinamiche, e comunque con forti pretese normative - regolatori del sistema economico, sia con l'autonoma crisi del sistema democratico-parlamentare italiano».

04 Sul tema si vd. E. del Prato, *Principi e metodo nell'esperienza giuridica*, Torino, 2018, p. 31 e ss; G. Perlingieri, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in Riv. dir. impr., 2017, p. 21 ss.; Id., *Sul criterio di ragionevolezza nel diritto civile, in Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di Id. e Fachechi, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.

05 Si vd. Brianda, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria,* lex mercatoria *e tradizione*, in Contr. e impresa, 3, 2016, p. 797. L'a. evidenzia che tanto più snella è la garanzia dell'obbligazione tanto più ne possono trarre beneficio imprese e consumi.

06 Secondo Stefani, *La neutralità causale del" meccanismo" marciano,* in Riv. dir. civ., 4, 2023, p. 645, non è corretto parlare di "patti" marciani legali perché le parti non vi addivengono all'esito di trattative, ma sono veri e propri meccanismi predisposti dalla legge, attivabili nella fase patologica del rapporto, consistenti in un procedimento privato di autosoddisfacimento esecutivo da parte del creditore bancario.

ma sempre con il correttivo marciano della restituzione del supero al debitore[07]; infine, nell'art. 2 dello stesso d.l. n. 59/2016, che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 48-bis (Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato), dove pure è prevista la possibilità di un patto di alienazione in garanzia sospensivamente condizionato all'inadempimento, salva la disciplina di un dettagliato procedimento perequativo per evitare che il creditore si appropri dell'eccedenza di valore dell'immobile rispetto al credito garantito.

Prima di entrare nel merito delle singole previsioni marciane, occorre delineare analiticamente i requisiti oggettivi e soggettivi che ne definiscono l'ambito di applicazione[08].

E ciò è funzionale ai fini del discorso in oggetto perché, nelle pagine che seguono, si tenterà di chiarire se è possibile, e in quale misura, ipotizzare che i soggetti privati, nell'ambito dell'autonomia contrattuale loro concessa *ex* art. 1322, 1° co c.c., possano stipulare finanziamenti assistiti da forme di autotutela esecutiva, senza il rischio di incorrere nella nullità di cui all'art. 2744 c.c., mediante il ricorso ai meccanismi marciani tipizzati dal legislatore.

Appare dunque preliminare verificare se una così puntuale definizione degli istituti in parola importi quel carattere di specialità che ne impedisce un'applicazione analogica; o se – a prescindere dal ricorso all'analogia *legis* – in astratto le parti possano coniare meccanismi marciani sulla scorta di quelli legislativamente previsti, cioè meccanismi privati che avrebbero anzi il pregio di consentire quegli adattamenti idonei a superare i

07 Sul tema, da ultimo, BATTELLI, *Il pegno sui beni immateriali. Contributo allo studio del pegno non possessorio sugli* intangible assets, Milano, 2021.

08 Si vd. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, in Contr. e impresa, 2019, p. 1304 e ss. L'a. denuncia l'insufficienza degli studi orientati alla nuova disciplina perché incapaci di percepire con chiarezza le linee guida che informano la normativa di settore; suggerisce quindi la necessità di una più attenta analisi che consente di percepire con chiarezza un fenomeno del tutto nuovo e preoccupante che sembra allontanare le garanzie reali – soprattutto quelle mobiliari – dal consueto paradigma proprietario per avvicinarle a un sistema di preferenza del singolo creditore ispirato a logiche tipiche degli statuti personali.

rischi derivanti da una definitiva acquisizione degli *assets*[09].

Il nucleo forte e comune degli istituti sopraelencati consiste nel riequilibro della proporzionalità delle prestazioni in capo ai contraenti; proporzionalità garantita dalla previsione della restituzione dell'eccedenza del ricavato della vendita del bene rispetto al credito restitutorio[10].

Tuttavia, sono molti e rilevanti i punti di divergenza come risulta dall'analisi delle singole discipline che verranno esaminate qui di seguito.

Si parte dal prestito vitalizio ipotecario (art. 11-*quaterdecies*, co. 12, L. 348/2005). Si tratta di una misura di sostegno alle persone fisiche di età superiore ai sessantacinque anni, mediante concessione di un finanziamento da rimborsare in un'unica soluzione – esigibili al momento della morte del soggetto finanziato, o del più longevo, se si tratta di finanziamento cointestato-, con capitalizzazione annua di interessi[11] e spese, ed assistito da una garanzia ipotecaria su immobili residenziali[12].

Oltre tale ultima garanzia, ed in aggiunta all'effetto "esdebitativo" di cui si parlerà *amplius* più avanti, è previsto che, se entro dodici mesi decorrenti dalla morte del beneficiario non sia stata adempiuta l'obbligazione restitutoria, è consentito alla banca (o altro ente finanziatore) di procedere alla vendita diretta dell'immobile su cui è stata

09 In questo stesso senso vd. Stefani, *op.cit.*, p. 642. E' necessario scremare dalle discipline di settore quanto è oggetto di una disciplina eccezionale così da consentirne un'applicazione generalizzata e da aggirare gli ostacoli applicativi offerti dalle garanzie reali tipiche, improntate a tipicità, formalismo e specialità.

In questo senso anche D'amico, *Finanziamenti alle imprese e credito immobiliare ai consumatori. I "nuovi marciani" alla prova. Un bilancio provvisorio*, in I contratti, 6, 2023, p. 641, dove si legge «le soluzioni adottate dal legislatore - nonostante lo sforzo (di per sé condivisibile) di realizzare un ragionevole bilanciamento tra il rafforzamento della posizione del creditore (attraverso meccanismi di "autosoddisfacimento", in caso di inadempimento da parte del debitore) e la tutela della posizione debitoria (nonché, in qualche misura, di quella degli altri creditori) - peccassero probabilmente di eccessiva rigidità, impedendo all'autonomia privata di operare (pur nel quadro di una diffusa "imperatività" della disciplina) quegli adattamenti, la cui praticabilità avrebbe forse consentito (agli occhi del creditore) di superare gli inconvenienti e i rischi comunque connessi all'acquisizione diretta di *assets*, la cui gestione non rientra nell'ambito di quella "caratteristica" dell'attività bancaria.».

In senso contrario si vd. Trimarchi, *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in Riv., dir. civ., 2021, p. 723, secondo cui non era nelle intenzioni del legislatore bancario introdurre la disciplina del «patto marciano» e non ha quindi concesso alcuno spazio all'autonomia privata di riequilibrare i loro rapporti, trattandosi anzi di meccanismi legali connotati da una forte inderogabilità.

10 Tale profilo non richiede particolare illustrazione ed è pacifico, sia in dottrina e in giurisprudenza, che sia il tratto caratterizzante il patto marciano.

11 Si tratta di un'ipotesi di anatocismo legale, nella quale gli interessi si capitalizzano. Di qui una maggiore convenienza per il creditore.

12 Si vd. Rinaldi e Varrati, *Lo sviluppo del prestito ipotecario vitalizio in Italia: potenzialità e problemi normativi*, in Bancaria, 2007, 3, p. 70 e ss.

iscritta ipoteca[13], ad un valore determinato da un perito, terzo e imparziale, nominato dal creditore. E' fatto altresì l'obbligo di restituire agli eredi l'eventuale eccedenza tra debito (oramai) estinto e ricavato dalla vendita.

Una simile impostazione – quanto meno nelle intenzioni – è riscontrabile nel T.U.B., con l'inserimento di due gruppi di norme.

Il primo è dedicato ad una nuova fattispecie di mutuo denominata «credito immobiliare ai consumatori» di cui agli artt. 120 *quinquies* e ss.

A fronte della concessione di un credito da parte della banca o di altro intermediario autorizzato *ex* art. 106 T.U.B., il debitore trasferisce, a titolo di garanzia, al medesimo soggetto finanziatore un immobile residenziale di sua proprietà, gravato da garanzia ipotecaria, sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento la cui gravità si considera integrata se raggiunto quel coefficiente minimo stabilito dal legislatore.

Realizzatosi l'evento dedotto in condizione, e verificatosi dunque l'effetto traslativo, si procede alla stima del bene immobile da parte di un perito di nomina privata.

Alla determinazione della stima può seguire o il versamento della differenza tra il valore del bene e il debito da soddisfare in favore del debitore, se il ricavato medesimo sia superiore all'importo del debito, o l'estinzione del debito *tout court* quale effetto della forza esdebitativo che la legge accorda al meccanismo in parola, per il caso in cui detto valore sia inferiore all'ammontare dell'obbligazione restitutoria.

Il secondo gruppo di alienazioni in garanzia di matrice bancaria è contemplato dall'art. 48 *bis* T.U.B. in cui il trasferimento dell'immobile – a prescindere che sia stata o meno iscritta ipoteca – è sospensivamente condizionato all'inadempimento grave dell'imprenditore, secondo le soglie *ex lege* stabilite (n. tre rate), nonché alla notifica da parte della banca di volersi avvalere di tale forma di tutela e della stima effettuata dal perito nominato già in sede di stipulazione del patto. L'entità dell'inadempimento può variare notevolmente, a seconda della durata del piano di rimborso del finanziamento. Tre rate costituiscono il 25% di un mutuo da rimborsare in un anno; ma sono il 12,5% di un mutuo da rimborsare in due anni; e appena il 5% di un mutuo quinquennale. E deve persistere per nove mesi.

Ci si chiede se tale termine vada conteggiato a partire dalla prima rata rimasta insoluta o dall'ultima; con un'allusione al c.d. termine di grazia, entro il quale – cioè nelle more di questi nove mesi – il debitore può sanare la sua morosità.

13 Secondo CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore?*, *cit...*, p. 1304, si tratta di un mandato con rappresentanza di fonte legale *in rem propriam* in forza del quale la banca vende l'immobile. In generale la vendita del bene viene fatta dal creditore a nome del debitore o del terzo concedente in forza del potere di rappresentanza che scaturisce dal patto marciano.

In realtà, è vero che si tratta di un mandato *ex lege*; ma è un mandato *sui generis*, perché pur se in *rem propriam*, è comunque sottoposto alla regola per cui *mandatur mortem finitur*.

Sembrerebbe che il pagamento funga da atto interruttivo del *simil* termine decadenziale: il debitore che abbia in ipotesi pagato le rate rimaste insolute, entro i nove mesi, non è soggetto al meccanismo marciano, e la valutazione in termine di gravità dell'inadempimento, come tipizzata dal co. 15, art 48 *bis* T.U.B., dovrà nuovamente essere effettuata qualora esso si verifichi nuovamente.

Ipotesi diversa è quella in cui vengono corrisposte due delle tre rate insolute. Sorge il dubbio se il termine di nove mesi decorra nuovamente o se invece è sufficiente raggiungere la soglia delle tre rate. L'inadempimento persiste, ma non è più grave.

Una risposta plausibile non è facile; invece, una risposta «pragmatica» forse è quella di ritenere che il diritto ad azionare la clausola persista sempre in riferimento a quei primi nove mesi iniziati in occasione del primo gruppo di rate insoddisfatte durante i quali la banca continua a subire l'insolvenza del debitore.

2. L'effetto esdebitativo appartiene alla "struttura logica" del meccanismo marciano

Del pari alle ipotesi precedenti, anche nell'alienazione in garanzia sospensivamente condizionata la posizione debitoria è tutelata dalla previsione della restituzione del delta tra il valore di stima e l'ammontare del creditore, da versare su apposito conto corrente indicato dal debitore.

Già *prima facie* è evidente che l'art. 48 *bis* T.U.B. tace in merito ad un eventuale effetto esdebitativo a favore del finanziato: di qui emerge un primo problema.

È oggetto di dibattito se il silenzio della norma sia nel senso di escludere una tale conseguenza[14] o se, invece, occorre ritenere che, sulla scorta di quanto disposto in tema di prestito vitalizio ipotecario e di credito immobiliare ai consumatori, ed in base ad un'interpretazione sistematica, data l'innegabile simmetria tra di essi, sia implicito concludere nel senso della necessità di riconoscere tale effetto.

Secondo la dottrina prevalente, la soluzione al dibattito prospettato dipende dalla tesi accolta in merito alla natura del patto marciano e riassuntivamente si può affermare che se si riconosce ad esso natura di garanzia[15], allora dovrebbe essere escluso qualsiasi effetto esdebitativo perché la garanzia ha ad oggetto la parte dell'obbligazione corrispondente al valore dell'oggetto su cui insiste la garanzia medesima; la parte non soddisfatta rimarrà esigibile; viceversa, se l'accordo si ritiene solutorio[16], allora si trat-

14 In generale vd. Rojas Elgueta, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 173 ss.; Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017.

15 *Cfr.* C.M. Bianca, *op. loc. ult. cit.*, p. 136 e ss.; Sassi, *Garanzie del credito e tipologie commissorie*, *passim*, spec. p. 13 e ss.

16 Così Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in Riv. dir. civ., 1, 2017, p. 20 ; Id., *Patto marciano e sottotipi*, in Riv. dir. civ., 2017, p. 1398 ss.; secondo il quale, accanto alla funzione primaria solutoria, si riscontra anche una funzione secondaria di garanzia. La funzione satisfattiva del patto si pone maggiormente in linea con gli effetti che lo stesso è idoneo a produrre.

terebbe di una *species* di *datio in solutum* donde l'irrilevanza dei valori e l'automatica estinzione dell'obbligazione al momento della realizzazione della prestazione diversa[17].

Se all'accordo stipulato ai sensi e agli effetti dell'art. 48 *bis* T.U.B. si disconosce tale qualità sull'assunto della causa di garanzia che lo impronta, allora, posta la medesima natura riconosciuta anche al prestito vitalizio ipotecario e al credito immobiliare ai consumatori, dovrebbero essere indagate le ragioni che hanno spinto il legislatore all'introduzione di una simile previsione; ragioni, allora, non riscontrabili nell'ipotesi di alienazione in garanzia sospensivamente condizionate.

Laddove invece – e vi è il sospetto che questo sia il motivo di tale divergenza – la diversità di formulazione sia causata da un difetto di coordinamento, dovrebbe potersi accordare ad esso quello stesso effetto favorevole al debitore posto che la *ratio* a fondamento degli istituti è la medesima, vale a dire la prestazione di una garanzia che consenta di ridurre in maniera importante costi e tempi di recupero[18]; tuttavia una simile soluzione incontra come limite la natura tassativa dell'esdebitazione che può operare, quindi, solo se espressamente prevista. Sarebbe possibile argomentare che queste fattispecie sono tutte improntate dalla specialità, che autorizzerebbe l'applicazione analogica dell'esdebitazione anche all'alienazione in garanzia, ma questo sforzo appare non solo eccessivo, ma nemmeno giustificato da ragioni di ordine sistematico o di giustizia contrattuale.

Viceversa, a voler negare l'operatività dell'esdebitazione, occorre far leva sulla circostanza che il prestito vitalizio ipotecario e il credito immobiliare ai consumatori siano

17 In tal senso, si vd. Pagliantini, *Spigolando intorno all'art. 48* bis *T.U.B.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in Giur. It., 2017, p. 1719; Scotti, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia ex art. 48 bis T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in Corr. giur., 2016, p. 1477 ss.

Queste conclusioni sono messe in discussione da D'amico, *op. cit.*, p. 643, il quale replica così.

L'assimilazione alla *datio in solutum* non comporta automaticamente l'effetto esdebitativo perché può ammettersi una *datio* parziale ed inoltre la clausola marciana non modificherebbe l'obbligazione restitutoria, trasformandola in un'obbligazione alternativa o in una obbligazione facoltativa.

Viceversa, la garanzia marciana potrebbe essere considerata un'implicita pattuizione di garanzia specifica volta a limitare la responsabilità del debitore esclusivamente al bene offerto in garanzia.

Ritiene che sia estranea qualsiasi forma di esdebitazione del debitore Stefani, *op. cit.*, p. 650, poiché si tratta di uno scopo satisfattivo ed è estranea alla nozione di garanzia la liberazione del debitore per la parte dell'obbligazione residua, salvo che non intervenga un autonomo patto remissorio da parte del creditore. Anzi, laddove la garanzia poi si riveli insufficiente, ne consegue la decadenza dal beneficio del termine; se poi il mancato realizzo non sia imputabile al debitore, il creditore avrà il diritto di chiedere la prestazione di un'altra garanzia e, in mancanza, potrà tornare a chiedere l'adempimento dell'intero credito.

18 Cfr. Luminoso, *op. cit.*, p. 1420. secondo cui la natura eccezionale dell'art. 120 *quinquiedecies*, co. 3 T.U.B. è affermazione apodittica. A ben vedere, l'eccezionalità consisterebbe nell'essere una deroga al divieto di cui all'art. 2744 c.c.; qualità questa, allora, che condividerebbe con l'art. 48 *bis* c.c.

governati da una *causa solvendi*, e siano sorretti da *rationes* differenti rispetto alla fattispecie *ex* art. 48 *bis* T.U.B., ora avente un ruolo assistenziale, ora di tutela del consumatore.

È sicuro che la qualificazione del patto come accordo solutorio o di garanzia sia funzionale all'individuazione della disciplina applicabile, ad esempio in tema di revocatoria fallimentare se l'alienazione è sorretta da causa solvendi, potrà essere reputata – ove ne ricorrano le condizioni – un mezzo anormale di pagamento di debiti scaduti, e come tale essere revocata se compiuta nell'anno precedente all'apertura della liquidazione giudiziale, con presunzione legale *iuris tantum* della *scientia decoctionis* (art. 166, co. 1 , lett. b, c.c.i.i.; se il debito principale non fosse scaduto, ricorrerebbe il più rigoroso regime dell'art. 164 c.c.i.i.); qualora sia sorretta da una causa di garanzia, ed effettuata a garanzia di crediti già esistenti, si presumerà comunque la *scientia decoctionis*, salvo prova contraria, ma l'alienazione dovrà essere stata effettuata nell'anno precedente o nei sei mesi anteriori all'apertura della procedura, a seconda che i crediti da garantire siano rispettivamente non scaduti o scaduti (art. 166, comma 1°, lett. c e d, c.c.i.i., dettate per pegno, ipoteca e anticresi, ma estensibili per analogia a questa garanzia

reale atipica[19]); infine, ove si tratti di una alienazione in garanzia a fronte di crediti contestualmente creati, si applicherà il regime degli atti costitutivi di garanzie reali contestuali all'erogazione del credito, per cui la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore dovrà essere provata, e l'atto dovrà essere stato perfezionato entro i sei mesi precedenti l'apertura della liquidazione concorsuale (art. 166, co. 2, c.c.i.i.).

Non è parimenti certo se dalla qualificazione in termini di accordo di garanzia o solutorio dipenda l'effetto esdebitativo.

Nell'economia del meccanismo marciano, l'esdebitazione è un effetto *ultimo* che sicuramente rappresenta un *favor debitoris* perché è idoneo a limitare la sua responsabilità al solo bene concesso in garanzia; ma non è di certo l'elemento qualificante, perché a

19 Cfr. D'AMICO, *op.cit.*, p. 646, nt. 23, il quale, sottintendendo la *cavendi causa* dell'accordo, sottolinea come la banca verosimilmente attiverà la tutela marciana solo se l'inadempimento interviene all'inizio del rapporto; attivarla nella parte finale del rapporto, impedisce un utile esperimento dell'azione revocatoria, né nella forma della revocatoria fallimentare né in quella ordinaria posto quanto prescritto dall'art. 48 *bis*, co. 12, e cioè se dopo la trascrizione del patto marciano viene dichiarato il fallimento del debitore, la banca - qualora venga ammessa al passivo - può chiedere al giudice di provvedere ai sensi dell'art. 10, ossia di accertare l'avveramento della condizione sospensiva (che, per essere opponibile al fallimento, si suppone debba essersi erogando un nuovo finanziamento destinato ad estinguere quello precedente, ma a differenza di questo (in ipotesi, sprovvisto di garanzie reali) assistito dalla garanzia marciana, o semplicemente innestando nel preesistente rapporto di finanziamento una garanzia nella forma del "marciano". E si ha la sensazione che sia soprattutto a queste situazioni di "sofferenza" di rapporti di finanziamento preesistenti che abbia avuto lo sguardo il decreto (non a caso denominato) "salva banche", laddove ha introdotto l'art. 48-bis. Ma, se così dovesse essere, si ridimensiona la portata dell'intervento, che appare sorretto da una ratio contingente (aiutare le banche - gravate, in quel particolare momento storico, dal pesante fardello di una massa consistente di NPL - a liberarsi, attraverso cessioni non disastrose, dei crediti in sofferenza, più facilmente e proficuamente collocabili sul mercato, se assistiti da una garanzia "marciana"), e, soprattutto, non sembra in grado di incidere (con una regolamentazione organica e ben strutturata) sul sistema delle garanzie "reali" del nostro ordinamento.

verificato prima dell'apertura della procedura concorsuale, anche se ancora non si è completata la procedura di trasferimento, ad es. perché non è stato ancora versato il prezzo), disponendo il trasferimento del bene alla banca medesima (previa effettuazione dei versamenti di cui si è sopra detto).

La norma sembra in qualche modo riecheggiare quella del comma 2 dell'art. 41 T.U.B. (in materia di credito fondiario), secondo cui «L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia dei finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore", con la precisazione che "La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento».

Qualora invece la condizione sospensiva (=comunicazione al debitore di volersi avvalere della clausola marciana) non si sia avverata prima della dichiarazione di fallimento, la banca avrà comunque diritto ad essere trattata come se avesse sul bene un'ipoteca (comma 12 dell'art. 48-bis), e quindi con diritto di prelazione (rispetto ai creditori chirografari) sul ricavato della vendita. Il che dovrebbe evitare alla banca la necessità di dotarsi comunque (insieme alla clausola marciana) di una garanzia ipotecaria, evitandone i relativi costi (anche se - riteniamo - quella necessità potrebbe riemergere per l'ipotesi in cui il debitore possa diventare inadempiente - ma senza che sussistano i presupposti per la dichiarazione di fallimento –, e la banca voglia riservarsi la possibilità del ricorso alla procedure esecutive ordinarie, ma in posizione comunque privilegiata rispetto ai semplici creditori chirografari).

rilevare è l'effetto derogatorio al divieto posto dall'art. 2744 c.c., a prescindere poi che la garanzia si realizzi per un importo corrispondente all'obbligazione garantita.

Pertanto, posta la non essenzialità dell'esdebitazione come marchio di fabbrica delle clausole marciane, si ritiene che essa non si realizzi nell'ipotesi di cui all'art. 48 *bis*, non in ragione della sua conformazione quale garanzia precostituita in favore del creditore, ma perché, nel silenzio del legislatore, ora per atecninicalità, ora per valutazioni inerenti la qualità soggettiva del debitore (imprenditore, non soggetto di terza età o consumatore), non è una qualità intranea al tipo marciano.[20]

3. La deroga al divieto di patto commissorio

Con gli ovvi limiti di spazio del presente contributo, si sono evidenziati sinteticamente gli elementi strutturali dei meccanismi perequativi introdotti dal legislatore bancario. Presentano, quali tratti comuni, la natura di garanzia e la previsione degli elementi strutturali necessari ai fini dell'integrazione della fattispecie marciana; divergono in merito allo strumento giuridico in concreto utilizzato per la realizzazione della garanzia medesima nonché del procedimento di stima di cui, tuttavia, non si può far a meno di sottolineare l'ambiguità – in relazione alla fattispecie del prestito vitalizio ipotecario – di una nomina peritale in fase patologica del rapporto contrattuale, non già in quella genetica come accede nell'ipotesi di cui all'art. 48 *bis* T.U.B., ai fini della determinazione del valore del bene immobile[21].

Ad ogni modo, la loro previsione costituisce una novità nel sistema della garanzia reale creditizia e la valutazione circa il loro effettivo impatto, cioè se le stesse siano state sinora effettivamente in grado di far fronte a quell'esigenze che si è inteso presidiare con la loro introduzione, si pone come passaggio funzionale a determinarne l'attitudine ad attecchire nella prassi bancaria, e poi anche al di fuori di essa.[22]

---

20 In tal senso, si vd. D'AMICO, *op. cit.*, p. 642 secondo il quale l'esdebitazione non appartiene alla struttura logica della soluzione marciana che esige solo che non vi sia approfittamento ai danni del debitore, non anche un vantaggio; non può essere predicata neppure un'applicazione analogica posto che non ricorre quella *ratio* di tutela che impronta il prestito vitalizio ipotecario e il credito immobiliare ai consumatori.

21 Si reputa talmente vistosa come ambiguità che richiederebbe un intervento della Corte Costituzionale sul punto. Tuttavia le fattispecie, seppur diffuse e non prive di vischiosità, molto di rado raggiungono le sedi giudiziarie.

22 Cfr. BRODI, *Il sistema delle garanzie in Italia: una lettura economica delle disposizioni vigenti in materia di privilegio, pegno e ipoteca*, in Questioni di Economia e Finanza, n. 356, 2016, dove si sottolinea la necessità di introdurre dei correttivi, quali l'introduzione di un parametro a partire dal quale l'inadempimento può considerarsi grave, valida ai fini dell'attivazione della tutela sia giurisdizionale sia stragiudiziale.

In più, suggerisce l'introduzione di una definizione di *default* rilevante, al fine di non tutelare, non già l'indistinta classe di debitori interessati, ma debitori persone fisiche (siano qualificabili o meno come consumatori), che abbiano concesso ipoteca sulla loro unica abitazione o che – anche a causa di alcuni *shock* esogeni – versino in condizioni di indigenza. Sarebbe preferibile accordare tutela ai soli prenditori che effettivamente la necessitino, anziché, indistintamente, a tutti quelli tenuti a trasferire il *collateral* al creditore.

Al fondo di ciò è agevole leggerne l'intenzione: assegnare dignità autonoma al marciano in generale, al di fuori degli angusti limiti delle normative di settore, affinchè non venga relegato a mera deroga occasionale alla pietra miliare del divieto di patto commissorio[23], ma con il precipuo scopo di collocarlo all'interno di un ordinamento che può a malapena tollerarlo.

È da tempo che si auspica l'introduzione dell'art. 2744 *bis* c.c. per ristabilire dialettica e sintesi di ciò che è consentito e ciò che non lo è. E non è consentito arricchimento a danno del debitore, nonché degli altri creditori del debitore medesimo, sulla scorta di quel principio – oramai ridimensionato nella sua portata – della *par condicium creditorum*, e uno speculare approfittamento del creditore che verosimilmente versa in una situazione di forza, sia contrattuale sia economica.

Quella dialettica, quindi, che si innesterebbe nel dialogo tra marciano «primo» e «secondo», laddove quest'ultimo coinciderebbe con una delle ipotesi di settore già analizzate.

Si parte, come già detto, da queste ultime per isolare quegli elementi da mutuare nel marciano di diritto comune che, al momento, rimane solo una costruzione sistematica di matrice dottrinale.

4. Il patto marciano di diritto comune. Riflessioni *de iure condendo*

Procede verso questa direzione anche la Corte di Cassazione[24] che ha approfondito la questione, non in occasione di una controversia avente ad un oggetto un marciano legale, ma in tutte ipotesi di patto commissorio «autonomo» *prima facie* contrastanti con il divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Ciò accade nel contratto di *sale and lease back* la cui liceità è oramai pacifica, non solo in ragione dei chiarimenti operati da una granitica giurisprudenza[25], ma anche in considerazione dell'introduzione del regime di risoluzione per inadempimento introdotto dai co. 138 e 139, art. 1, l. 4 agosto 2017, n. 124: l'inadempimento dell'utilizzatore – raggiunta la soglia di gravità predeterminata dal co. 137 – dà luogo alla risoluzione del contratto di locazione finanziaria con conseguente restituzione del bene concesso in *leasing* al

23 Anche se non mancano ancor oggi voci che ritengono il marciano comunque inidoneo a superare il divieto dell'art. 2744 c.c. *Cfr.* CARBONE, *Patto commissorio e patto marciano*, in Enc. giur. Treccani online, per il quale il divieto del patto commissorio intende tutelare specialmente la «libertà morale del debitore», mentre il marciano incide unicamente sull'«aspetto patrimoniale del negozio».

24 Cass., 18 gennaio 2015, n. 1625; Cass. 17 gennaio 2020, n. 844 in il Corr. Giur., 7, 2021, p. 929 , con nota di SUPPA, *Patto commissorio e patto marciano: la sottile linea tra negozi nulli e negozi leciti*; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986 in Vita Not., 2013, p 719; Cass., 5 maggio 2004, n. 4507: «nn dà luogo a patto commissorio la convenzione mediante la quale un istituto di credito, titolare di un pegno irregolare sulle somme depositate presso di esso, si appropri, in caso di inadempimento, della somma corrispondente al credito garantito».

25 Sul punto si vd. NATALE, Lease back *e strutture utili di patto marciano*, in Riv. dir. civ., 6, 2015, p. 1595 e ss.

concedente e alla corresponsione all'utilizzatore del ricavato della vendita effettuata al valore di mercato.

Questa disciplina presenta delle note in comune con i meccanismi perequativi di cui sopra perché àncora il ritrasferimento del bene, occasionato dall'inadempimento del soggetto finanziato, ad una preventiva definizione del c.d. valore di mercato, così da poter determinare l'importo delle rate da restituire ed evitare indebite locupletazioni da parte del finanziatore.

La *ratio* alla base della disciplina è la medesima, soprattutto se si tiene conto che, prima che venissero introdotte queste norme, la prassi era orientata nel senso di inserire nei contratti di *leasing* una clausola penale che prevedeva l'incameramento delle rate riscosse in favore del concedente, salvo la possibilità di ottenerne la riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c. In definitiva, la parte *in bonis*, non solo riotteneva la disponibilità del bene in forza degli effetti restitutori derivanti dalla sentenza di scioglimento del contratto, ma, come da prassi consolidata, tratteneva altresì quanto già versato dall'utilizzatore.

Sin qui si è detto che un contratto sfuggirebbe alla radicale sanzione della nullità[26] se l'alienazione in garanzia – sospensivamente o risolutivamente condizionata, rispettivamente, all'inadempimento o all'adempimento del debitore – rechi con sé la previsione di un meccanismo di stima, da affidare un perito terzo ed imparziale, cui affidare la determinazione del bene offerto in garanzia, così garantendo l'eventuale esubero, rispetto al debito garantito, in favore del debitore.

La necessità di stima del bene risiede pacificamente nell'esigenza di garantire la proporzionalità nella prestazioni: la stima è volta a delimitare quantitativamente la funzione di garanzia; ma a livello qualitativo, a fronte di piccoli- medi finanziamenti, lo scambio di un bene immobile, come contropartita alla prestazione di una garanzia, sembra essere rimessa esclusivamente ad una valutazione discrezionale delle parti. In questo caso, quella tutela che si vuole assicurare con il divieto di patto commissorio, garantita parimenti, a detta dei più, dalla previsione della stima, in realtà verrebbe frustata perché si restituirebbe un esubero ottenuto da un'alienazione che non si sarebbe nemmeno dovuta concludere, in un'ottica di proporzionalità tra il rapporto garantito e l'oggetto della garanzia.

Ma la proporzionalità delimita i confini della liceità della garanzia? Ha senso nel T.U.B. perché una delle parti contrattuali è la banca o intermediario finanziario ex art. 106 T.U.B.; ma nei finanziamenti privati, quindi nei rapporti di mutuo privati, ha senso la stima?

Preliminarmente, ci si chiede se è davvero utile un divieto espresso del patto commis-

26 Si vd. Alcini, *Il divieto del patto commissorio tra bizantinismi e prospettive*, in Contr. impr., 3, 2024, p. 816 e ss.

sorio[27]. Se la *ratio* è individuata nella tutela del debitore[28], questi non trova già adeguata tutela nell'istituto dell'azione di rescissione per lesione ex art. 1448 c.c.? E proprio ragionando sistematicamente in relazione al divieto e alla rescissione, si ricava che l'ordinamento non conosce un generale principio di proporzione tra prestazione[29], da inten-

27 *Cfr.* M. Trimarchi, *Operazione negoziale e trasferimento a scopo di garanzia: la neutralizzazione del divieto del patto commissorio*, in Riv. dir. civ., 2021, p. 723, il quale evidenzia come si tratti di un principio in realtà entrato in crisi: può constatarsi come il principio della *par condicio creditorum* – sempre che potesse considerarsi tale – è sicuramente in declino, allo stesso tempo derogabile, caratterizzato da così ampie limitazioni da non poter essere applicato al di fuori del proprio ambito applicativo. A ciò si aggiunga il moltiplicarsi di esempi di separazione patrimoniale e di limitazione della responsabilità, ricorrendo fattispecie aperte e a portata generale (ad esempio *trust*, art. 2447-bis, art. 2645-ter) che inducono quantomeno a dubitare della vigenza dei principi dell'unicità del patrimonio e della parità di trattamento tra i creditori.

Le medesime considerazioni possono essere proposte in riferimento al principio secondo il quale lo Stato si riserverebbe in via esclusiva la gestione dell'esecuzione sui beni del debitore, trascurando che in realtà l'ordinamento conosce già ipotesi di autotutela esecutiva, e che semplicemente si sta orientando maggiormente a consentire o favorire la realizzazione in autotutela del diritto del creditore.

E da qui può quantomeno revocarsi in dubbio la loro inderogabilità e di conseguenza la loro inutilizzabilità per fondare il divieto del patto commissorio.

Acquisita allora l'insufficienza della previsione codicistica sul patto commissorio e provando, ora, a coglierne il rapporto con la legislazione extra codicistica relativa ai trasferimenti con funzione di garanzia, la disposizione di cui all'art. 2744 c.c. non è caratterizzata da quella cogenza tale da far ritenere che le ipotesi di patto marciano siano in realtà deroghe a detta disciplina, trattandosi invece di precise scelte di campo dell'ordinamento dotate di capacità applicativa anche oltre i confini loro propri dettati dal legislatore di settore.

In particolare l'accentuazione delle logiche del mercato, specie bancario e finanziario, ha richiesto facilità e rapidità nella circolazione dei capitali nonché´, per quanto rileva in questa sede, una maggiore sicurezza e quindi adeguate garanzie per gli operatori nella gestione dei loro investimenti, assumendosi quale prevalente l'esigenza di favorire l'utilizzo e la movimentazione dei capitali per la realizzazione di dati obiettivi socialmente rilevanti.

28 Autorevole dottrina (C.M. Bianca, *Diritto Civile. La responsabilità*, 5, p. 283 e Id., voce *Patto commis- sorio*, in Noviss. dig. It., Torino, 1965, p. 718) individua il fondamento del divieto in ragioni di ordine pubblico economico, in quanto sarebbe forte la «dannosità sociale» di un patto che, ove consentito, verrebbe aggiunto a qualsiasi transazione economica divenendo, con ciò, un pura clausola di stile.

Contra Triola, *Il problema della liceità del c.d. patto commissorio obbligatorio*, in aa.vv., Scritti in onore di Guido Capozzi, Milano, 1992, 2, pp. 1259-1260), secondo il quale non avrebbe senso discorrere di dannosità sociale in quanto principio apodittico ed indimostrato. Si veda anche Nardi, *Appunti in tema di patto commissorio e violazione del principio di solidarietà*`, in Giust. civ., 2005, 9, pp. 329-333).

Alla luce di tali considerazioni è lecito porsi il dubbio se veramente il divieto del patto commissorio sia privo di fondamento razionale.

29 Fatta eccezione per le norme dettate in tema di riduzione dell'ipoteca agli artt. 2872 e ss. c.c.: la proporzionalità è garantita dalla possibilità di ottenere una rettifica della somma iscritta in conservatoria per un importo corrispondente al residuo debito.

dersi in valore assoluto, né in senso quantitativo né qualitativo[30]. Tale valutazione viene effettuata dalle parti, quale esercizio della loro libertà contrattuale, che trova limite e confine nella lesione rilevante ai fini della rescissione. Fino a tale misura, il legislatore tollera la sproporzionalità oggettiva.

E allora introdurre il criterio della stima non sembrerebbe giustificato da quegli interessi che il divieto intende tutelare, ma forse più come espediente che il legislatore extra codicistico introduce per aggirare il divieto medesimo. In altre parole, si prende atto della regola introdotta dall'art. 2744 c.c. e, per consentire parimenti quelle operazioni altrimenti precluse perché nulle, una valutazione economica del bene oggetto della garanzia è considerato strumento idoneo per tutelare quegli stessi interessi protetti dalla norma in parola.

30 Da un punto di vista puramente tecnico, in particolare, una delle critiche più serrate attiene al rimedio posto contro la violazione del divieto e consistente nella nullità del patto in quanto il negozio lesivo è un negozio ingiusto ma non illecito, e quindi nullo. (Cfr. ENRIETTI, *Patto commissorio* ex intervallo, in Riv. dir. priv., 1939, IX, p. 21 ss., p. 25- 26).

Inoltre, se presupposto di partenza è che debba essere evitata una sproporzione di valori tra credito e bene dato in garanzia, resta comunque un dato indimostrato che l'ordinamento si preoccupi di regolamentare ipotesi del genere. Del pari è indimostrato che è piena espressione dell'autonomia privata la circostanza che i paciscenti siano liberi di impegnarsi in negoziati non. Affermare, allora, che il legislatore si muova per evitare sproporzione tra valori, per tutelare un soggetto che si indica come bisognoso di protezione, è indice di una visione paternalistica del ruolo statuale, almeno in questo ambito (*Cfr*. CARBONE, Debitoris suffocatio *e patto commissorio*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2012, 4, p. 1087 ss., nonché PARDI, *Preliminare di vendita e divieto del patto commissorio*, in Giur. merito, 2004, 1, p. 49, p. 53).

Inoltre, ai fini della declaratoria di nullità del patto deve prescindersi dalla reale sproporzione tra valori concretamente messi in campo (*Cfr*. FRAGALI, *Del Mutuo*, Art. 1813-1822, in Comm. c.c., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2a ed, 1966, p. 236 ss., p. 258; in senso contrario LUMINOSO, Lease back, *mercato e divieto del patto commissor*io, in Giur. comm., 2000, 4, p. 489 ss., p. 495-496; RADOCCIA, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in Giur. mer., 1997, 1, p. 220 ss., p. 222; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 7, p. 281).

Questa stessa impostazione che pretende di accordare un'effettiva tutela al debitore può rivelarsi controproducente quando produce conseguenze paradossali nel caso in cui il bene dato in garanzia sia di valore inferiore a quello del debito .

Diversa tesi - GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle*, in Riv. not., 2001, 6, p. 1247 ss. – ritiene che si tratti di uno strumento volto ad evitare eccessiva locupletazione in favore del creditore, trascurando però che già i creditori hanno a disposizione il sequestro conservativo ex artt. 2905 c.c. e 671 c.p.c. l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., ed anche in via successiva, attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare (rispettivamente artt. 2901 c.c. e 67 L.F.). Tutti caratterizzati dalla circostanza che sono inidonei a riflettersi sulla validità dell'atto che pertanto continua a fungere da fonte di regolamentazione del rapporto tra i contraenti e si limitano a sancirne eventualmente l'inefficacia, relativa o assoluta.

Altri autori ancora rinvengono i motivi ispiratori degli artt. 2744 e 1963 c.c. in ragion di tutela debitoria e creditoria insieme. *Cfr.*, FERRARINI, *La locazione finanziaria* («Leasing»), in Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, Torino, 11, 1984, p. 17; SARTORI, *I contratti di garanzia finanziaria nel D.lgs 21 maggio 2004, n. 170: Prime riflessioni*, in Rivista di diritto bancario, http://www.dirittobancario.it/rivista/garanzie/i-contratti-di-garanzia-finanziaria-nel-d-lgs-21-maggio-2004-n-170-prime-riflessioni.

A questo punto, si accenna ad un'altra fattispecie che potrebbe verificarsi nella prassi[31]. Il creditore – e tale in base ad un pregresso rapporto debito-credito, intercorrente con il debitore, non ancora esigibile – e quest'ultimo intendono effettivamente stipulare un contratto di scambio (*i.e.* contratto di compravendita)[32]; il creditore, che potrebbe anche non aver a disposizione la liquidità necessaria per il pagamento del prezzo, intende stipulare un contratto sospensivamente condizionato all'evento del futuro, e solo incerto, inadempimento del debitore-alienante; poi, verificatasi la condizione, la parte di prezzo corrispondente all'importo del debito si estingue per compensazione, mentre la restante parte, che, nella logica del meccanismo perequativo del marciano, rappresenterebbe l'esubero, in realtà viene corrisposto dall'acquirente a titolo di prezzo, non invero in attuazione del predetto procedimento. A ben vedere, rispetto a fattispecie simili, ha senso discorrere di «autotutela esecutiva»? L'auspicio è sempre quello di evitare che l'esasperazione di un inattuale principio giuridico rechi con sé il più grave inconveniente di mortificare uno dei principi cardine dell'ordinamento, qual è l'autonomia privata, che non deve incontrare altri limiti se non quelli promananti da una *giusta* sistematica dell'ordinamento medesimo.

---

31 Si vd. E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile,* V ed., Torino, 2023, p. 746 il quale ammonisce sulla necessità di essere cauti nella valutazione di un contratto in rapporto al divieto di patto commissorio perché esiste la vendita con patto di riscatto nonché la vendita con patto di retrovendita, posto che «non è dato ipotizzare la nullità di un contratto tipico in assenza di note che ne alterino la funzione».

32 PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Diritto civile. Metodo- teoria-pratica, Milano, 1951, p. 337. In passato si assumeva l'incompatibilità tra funzione di scambio e funzione di garanzia e però presupponendo un concetto di garanzia in senso tecnico e pieno e cioè una forma di garanzia reale. L'incompatibilità, in altri termini, veniva fatta dipendere dal rilievo secondo cui la causa di garanzia era dall'ordinamento ritenuta propria e quindi riservata a quei contratti, tipicamente quelli costitutivi di ipoteca o di pegno, costruiti e ricorrenti per adempiere a quella funzione, certamente non riscontrabile viceversa nella vendita o in altri contratti di scambio o di trasferimento della proprietà, con la conseguenza che l'utilizzo di una vendita, in ipotesi accludendovi un patto di riscatto, per conseguire una funzione di garanzia avrebbe integrato un accordo fraudolento e quindi nullo. «L'adozione di quel negozio, non già pel conseguimento del suo fine naturale, ma per la realizzazione della funzione di garanzia, che si sarebbe naturalmente realizzata con un negozio di garanzia, e cioè la scelta di un mezzo non congruente (ed eccedente) e l'esclusione del mezzo congruo, è già in astratto una elusione. E in concreto non può essere altro. Infatti lo schema della vendita viene prescelto non tanto pel conseguimento del fine di garanzia, nell'ambito definito dalla legge: a questo fine sarebbe sufficiente e maggiormente idoneo un negozio di garanzia. Piuttosto quello schema si utilizza pel conseguimento del plus (che risponde all'eccedenza del mezzo) consistente nell'automatico acquisto della proprietà»: PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 511 s. Pugliatti, peraltro, nota che dal punto di vista non della scienza giuridica ma di quella economica potrebbe anche affermarsi che un negozio di scambio possa assolvere una funzione di garanzia (op. cit., p. 467).

Ribadisce l'inconciliabilità del patto commissorio con la funzione di garanzia e con la struttura dell'obbligazione Scozzafava, *Note in tema di garanzia*, in Contratto e impr., 2008, p. 857 ss.

Sul pensiero di Pugliatti in materia vd. D'AMICO, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della* fraus legi *e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in AA.VV., Salvatore Pugliatti, a cura di Ciccarello-Gorassini-Tommasini, Napoli 2016, p. 239 ss.

Nello stesso senso si vd. anche PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1965, *passim*.

Quindi, si diceva che la stima e la restituzione dell'esubero appaiono inadeguati laddove è comunque sproporzionato, quale garanzia, il trasferimento condizionato di un immobile[33]. Quindi dovrebbe essere introdotto un criterio preventivo di controllo dell'idoneità qualitativa della prestazione, quale - e solo a titolo di esempio - la stima preventiva dell'oggetto della garanzia al fine di accertare che il valore, almeno nella fase genetica dell'accordo, non sia eccessivo rispetto all'ammontare del credito garantito. È vero che l'apposizione della condizione sospende l'effetto traslativo, nella speranza (*rectius*, illusione) per il debitore di recuperare *medio tempore* le somme occorrenti; è pur vero però (e questo nella maggioranza dei casi) che la condizione è dotata di quella particolare efficacia reale di cui all'art. 1360 c.c., con la conseguenza che, seppur non in via definitiva nella fase di pendenza, gli eventuali aventi causa del debitore rischiano ad ogni modo che il loro acquisto venga travolto. Ciò rende di fatto l'oggetto della garanzia indisponibile, e lo può essere anche per un periodo medio-lungo.

E se appare eccessivo sostenere un'asserita eccessiva rigidità nella previsione del divieto medesimo perché *rebus sic stantibus* il divieto esiste e continua ad essere vigente; non è meno vero che tale principio ha visto oramai drasticamente ridotto il proprio ambito di applicazione poiché le principali ipotesi che prima vi rientravano, oggi ne sono escluse, revocando in dubbio che i casi di trasferimento a scopo di garanzia possano ancora oggi considerarsi "eccezionali". Si apre quindi la strada ad una concezione dell'art. 2744 c.c., non più quale espressione di un principio generale, ma degradata ad una disposizione applicabile (solo) in via residuale[34].

Quindi nella costruzione del marciano comune[35], idealmente da inserire nel futuro (o almeno così ci si augura) testo dell'art. 2744 *bis*. c.c., e mutuando anche delle fattispecie tipizzate elementi non connotati da quella specialità propria del settore di riferimento, appaiono essenziali:

i) Un meccanismo che consenta di determinare la proporzionalità dell'oggetto dato in garanzia, dal punto di vista ora qualitativo ora quantitativo, in relazione all'obbligazione da garantire, nella forma e con le modalità sopra suggerite;

ii) Determinate così le entità delle poste economiche rilevanti, è da individuare lo strumento giuridico astrattamente utilizzabile dalle parti per la costituzione della garanzia privata; mutuando gli schemi proposti dal legislatore bancario, le soluzioni prospet-

33 In questo senso anche VIGNUDELLI, *La portata del divieto del patto commissorio alla luce dell'espansione della clausola marciana,* in Contr. impr., 1, 2024, p. 139 e ss., il quale sottolinea che, pur in presenza di tale auspicata valutazione preventiva, ad ogni modo residuerebbe la necessità di assicurare un'adeguata pubblicità al patto medesimo.

34 Così D'AMICO, *Il patto marciano "atipico"*, in I contratti, 5, 2022, p. 502, il quale tuttavia ritiene che l'ingresso del marciano atipico sia legittimato da un'applicazione analogica dei marciani legali, senza che possa obiettarsi il difetto di *lacuna legis* perché si potrebbe replicare adducendo l'oramai residuale applicazione del divieto in questione che impone di adottare un'interpretazione più aderente al tenore letterale della disposizione medesima.

35 *Cfr.* DOLMETTA, *La ricerca del marciano «utile»*, in Riv. dir. civ., 4, 2017, p. 811 e ss.

tabili sono due, molto diverse tra loro, e specificamente, l'alienazione in garanzia, sospensivamente o risolutivamente condizionata, rispettivamente, all'inadempimento o adempimento dell'obbligazione restitutoria del finanziamento nonché, in alternativa, l'inserimento di un mandato *in rem propriam* ad alienare in favore del creditore, sulla scorta di quanto statuito in tema di prestito vitalizio ipotecario[36], da cui diverge perché il presupposto del trasferimento non coinciderebbe con il tempo della morte del debitore, ma con il momento in cui sono integrati gli estremi dell'inadempimento rilevante. iii) La determinazione della soglia di inadempimento da raggiungere ai fini dell'attivazione della garanzia medesima;

iv) La procedura e i criteri nella fissazione del prezzo, che dovranno essere rispettati da parte del perito, terzo ed imparziale, da nominare di comune accordo tra creditore e debitore[37];

v) La previsione -essenziale – della restituzione al debitore dell'eventuale eccedenza del valore stimato rispetto all'entità residua del debito;

vi) Per le ragioni anzidette, e cioè che l'esdebitazione non appartiene alla struttura logica del procedimento marciano, per l'ipotesi in cui il valore stimato sia inferiore al debito, residua l'esigibilità dell'obbligazione per la parte rimasta insoddisfatta, salvo che le parti non abbiamo espressamente programmato la produzione di tale effetto, che, sempre nel presupposto che non rappresenti elemento strutturale, non è idoneo ad una riqualificazione della pattuizione in *datio in solutum* (o, in alternativa, *pactum de in solutum dando* sospensivamente o risolutivamente condizionato).

A voler concludere, si è assistito all'introduzione normativa di istituti che però hanno avuto effetti meno dirompenti rispetti a quelli attesi, sostanzialmente attestandosi su quella posizione oramai già inaugurata dalla giurisprudenza, recependo elementi volti a salvaguardare il patto marciano dal pur sempre vigente divieto di cui all'art. 2744 c.c.

36 Se ne differenzia altresì per la natura del meccanismo marciano: nel prestito vitalizio ipotecario ha naturale legale; nell'ipotesi di marciano c.d. atipico, invece, avrebbe natura convenzionale.

37 *Cfr.* Brianda, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria,* lex mercatoria *e tradizione…cit.*, p. 814, secondo cui la necessità che il terzo sia nominato dalle parti e rispetto ad esse sia terzo ed imparziale risiede nella circostanza che in tal modo, sotto forma di surrogato, viene introdotto un controllo esterno, cioè quel controllo esterno che, in assenza di previsione marciana, sarebbe stato effettuato dall'autorità giurisdizionale.

Brevi note su bene giuridico e sostenibilità

FABRIZIO PIRAINO
Professore ordinario di Diritto privato,
Università di Palermo

Sommario: 1. Introduzione – 2. Bene in senso lato, bene in senso stretto e oggettività – 3. Le conclusioni dello studio precedente – 4. Il problema dei c.d. nuovi beni – 5. Risorse naturali e razionalità della preservazione – 6. La specificità degli animali – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

A distanza di più di un decennio, torno al tema della categoria di bene giuridico e della sua portata prescrittiva. Non vi è dubbio, infatti, che l'impatto sul sistema di diritto privato della riforma degli art. 9 e 41 Cost., realizzata con la legge cost. 11 febbraio 2022, n. 1, sia notevole e ad amplissimo raggio, ma che esso risulti particolarmente significativo sul terreno della concettualizzazione della nozione di bene e della ridefinizione del perimetro delle forme giuridiche dell'appartenenza, per quanto non si debba trascurare la pressione che la solidarietà intergenerazionale[01] esercita sul concetto giuridico di soggetto[02]. Com'è noto, l'art. 9, comma 3, Cost., proclama che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle generazioni future. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». L'art. 41 Cost., al secondo comma, è stato arricchito dal riferimento alla necessità che l'attività economica privata si svolga in modo da non recare danno, oltre che alla salute, anche all'am-

01 Cfr. A. D'Aloia, *Generazioni future*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano 2016, p. 331 ss.

02 Il punto è affrontato con ricchezza di analisi da M.W. Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*. Tutela, soggettività, azione, Pisa, 2020, 185 ss., in part. 259 ss.; e v. anche N. Lipari, *Premesse per un diritto civile ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 2024,

biente, mentre il terzo comma include tra gli indirizzi che la legge può fissare all'attività economica pubblica e privata anche i fini ambientali, accanto a quelli sociali[03]. La triade ambiente-biodiversità-ecosistemi rispecchia un orientamento che va consolidandosi nel dibattito dottrinale sulla tutela ambientale e che si approccia al diritto ambientale occidentale alla luce dei dettami e degli sviluppi pensiero sistemico, applicati anche sugli studi giuridici ecologici (di qui l'espressione «pensiero ecosistemico»)[04]. L'influsso del pensiero sistemico sulle riflessioni intorno all'integralità e alle interconnessioni dell'ecologia si riflette nell'adozione della prospettiva del sistema anche nella comprensione e nell'analisi delle interrelazioni tra individui e soggetti meta-individuali (sistemi sociali), tra organismi viventi o tra ecosistemi. La categoria del sistema poggia sull'idea di un insieme di parti che, una volta combinate, presentano qualità e caratteristiche nuove rispetto a quelle che in origine, e isolatamente considerate, esse esibivano. Tale assunto incide sul metodo di analisi e di risoluzione dei problemi complessi, il quale deve privilegiare i principi e le caratteristiche intrinseche dell'organizzazione piuttosto che l'esame delle singole componenti del sistema, sul presupposto che in un sistema è impossibile separare un singolo componente da tutti gli altri. In questa chiave concettuale e metodologica, non si possono scindere natura, società, diritto ed ecologia.

Nello stesso senso si orienta una voce autorevole, la quale, per un verso, ha reputato non dirimenti queste iniezioni di sensibilità ambientale e intergenerazionale nella Costituzione, così come il profluvio di norme che, in sede sia nazionale sia europea, hanno fatto, negli ultimi anni, costante, ancorché non sempre univoco, riferimento all'ambiente: entrambi questi fenomeni appaiono all'autore «modesti tentativi del legislatore di salvarsi l'anima»[05]. Per altro verso, maggiore fiducia viene riposta nella rottura dei paradigmi positivistici e nella presa d'atto che, nel procedimento interpretativo, l'oggetto è, in un certo senso, interno al soggetto e dialoga incessantemente con questo, sicché, sul piano ambientale e della sostenibilità, tutto ciò si traduce nell'acquisita consapevolezza che «l'ambiente è tutt'uno con noi. Non è soltanto fuori, è anche dentro di noi»[06].

---

03 Cfr. G. Santini, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2021, 460 ss.; G. Capo, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giust. civ.*, 2023, 81 ss.; G. Ceccherini, *Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, Napoli, 2023, 251 ss.

04 V. sul punto M.P. Poto, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1057 ss.; nonché Id., *Environmental Law and Governance: the helicoidal pathway of participation.* A study of a nature-based model inspired by the Arctic, the Ocean, and Indigenous views, Torino, 2022, 159 ss.

05 N. Lipari, *Premesse per un diritto civile ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss.

06 Lipari, *op. cit.*, 210.

Il principio della sostenibilità impone alla politica e al discorso tecnico dei giuristi una prospettiva di medio-lungo periodo: una lungimiranza che non può non implicare un contenimento dei furiosi impulsi dell'individualismo, incapaci di gettare lo sguardo oltre l'*hic et nunc*[07]. Richiede però un'attenta verifica se ciò esiga un superamento del paradigma utilitaristico, a favore di una sua ibridazione con un più marcato solidarismo sociale[08], oppure se ciò dia luogo a una rivisitazione del paradigma utilitaristico in chiave non individuale ma umanitaria, e per di più in prospettiva intergenerazionale[09].

È nel quadro di questa contrapposizione teorica che vanno, a mio avviso, lette le sollecitazioni a ripensare tanto il versante dell'oggettività giuridica, e in particolare dello statuto normativo del bene, quanto il versante della soggettività giuridica[10]. Lascerò impregiudicata in questo studio la questione dell'opportunità di ripensare alla soggettività, sganciandola dal substrato antropologico-naturale[11], così da saggiarne l'idoneità ad abbracciare interessi attuali riferiti a individui ancora non esistenti, cui si allude con la formula "generazioni future". Tenterò invece di dimostrare che almeno alcuni dei conflitti sociali e delle esigenze che si vorrebbero risolvere e disciplinare ampliando l'area della soggettività possono trovare un'acconcia via di regolazione, ridefinendo il concetto di bene e il contenuto delle forme giuridiche dell'appartenenza.

La tendenza a espandere l'area della soggettività si presenta, in alcune letture, ancora più ambiziosa, mirando a configurare non semplicemente diritti delle generazioni future, ossia di soggetti non ancora fisicamente esistenti, ma esistenti sul piano dell'oggettività dei loro interessi attuali a fruire di una natura non compromessa irrimediabilmente, ma addirittura "diritti della natura"[12]. I casi di estensione dell'area della soggettività

07 Si sofferma sul punto A. Ruster, *Nachhaltigkeit im Sachenrecht*, in *JuristenZeitung* 76, 2021, 1106 ss.

08 Parrebbe questa la chiave di lettura privilegiata da E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile*. Per una riproposizione della questione sociale, Napoli, 2018, *passim*, in part. 38 ss. Nell'appassionato libello C. propone una concezione della sostenibilità come controllo sociale e democratico sull'economia e, dunque, in definitiva nell'utilità sociale delle iniziative economiche.

09 Lo esclude N. Irti, *Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile*, 7-8, per il quale la logica del profitto propria del capitalismo e quella della salvezza ecologica non possono coesistere insieme: «È l'*aut-aut*, a cui si sottraggono le deboli menti degli utopisti, consolanti predicatori di serena e felice umanità».

10 Cfr. sul punto R. Míguez Núñez, *Soggettività giuridica e natura. Spunti per una riflessione civilistica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, 31 ss.; nonché Id., *Le avventure del soggetto.* Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica, Milano-Udine, 2018, *passim*.

11 A. D'Aloia., *Generazioni future*, cit., p. 341, nt. 97.

12 In Italia, in tal senso v. M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, 486 ss.

per il perseguimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, se non addirittura del più marcato contrasto nei confronti degli eccessi rapaci del capitalismo, sono noti. Grande clamore ha suscitato l'ordinanza adottata nel 2010 dal Consiglio comunale della città di Pittsburgh che, invocando gli «*inalienable and fundamental rights to exist and flourish*» delle comunità naturali e degli ecosistemi, ha vietato alle *corporations* l'attività di *fracking*, ossia quella pratica, inquinante e dannosa, che consiste nell'iniettare ad alta pressione nel sottosuolo acqua e altre sostanze chimiche in modo da forzare l'apertura di fessure esistenti per estrarre petrolio e gas dai depositi scisti[13]. Altrettanto clamoroso è stato il tentativo della Corte costituzionale colombiana di porre fine all'utilizzo intensivo, e su vasta scala, di metodi di estrazione mineraria e di sfruttamento forestale affidato alla dichiarazione del fiume Atrato, unitamente al suo bacino e affluente, come entità «soggetto di diritti a protezione, conservazione, mantenimento e ripristino a carico dello Stato e delle comunità locali»[14]. Più di recente, il 5 luglio 2024, il Tribunale di Quito, in Ecuador, ha emesso una sentenza che ha riconosciuto la responsabilità del Comune di Quito per la violazione dei diritti del fiume Machángara, Il giudizio è stato introdotto dai Kitu Kara, una comunità indigena, e dall'organizzazione ambientalista internazionale Global Alliance for the Rights of Nature (GARN), al fine di sostenere che l'inquinamento del fiume rappresenta una violazione dei diritti costituzionali della natura. L'epilogo non deve stupire, tenuto conto che l'art. 71 della Costituzione dell'Ecuador,

13 Paradigmatico è il caso *Pennsylvania General Energy Company, L.L.C. v. Grant Township, C.A. n. 14-209, 2015 U.S. Dist. LEXIS 139921 (W.D. Pa. Oct. 14, 2015).*

14 Corte Constitucional de Colombia T-622, 10/11/2016, la quale conclude nel senso di «reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32. En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bita en Vichada[343] y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca».

del 2008, proclama che la natura, indicata anche con il nome indigeno Pacha Mama, ha diritto di esistere, essere conservata e rigenerata nei suoi cicli di vita, struttura, funzioni e processi evolutivi. La medesima disposizione riconosce legittimazione ad agire diffusa per la salvaguardia dei diritti della natura[15].

La strategia protettiva dell'ambiente e del clima affidata all'ampliamento della categoria della soggettività, se non addirittura all'ipostatizzazione della natura come soggetto, è dunque ispirata da ragioni eterogenee. E vanno anche tenuti in considerazione i diversi contesti normativi. La mossa di agire sulla soggettività, specie con il diretto riconoscimento di diritti alla natura, potrebbe apparire rozza, o comunque ingenua, agli occhi dell'osservatore europeo[16], che però gode di una disciplina armonizzata di salvaguardia dell'ambiente oramai consolidata e di una tradizione dogmatica che difficilmente consentirebbe, per ragioni culturali, ideali e filosofiche, di scindere il binomio tra soggetto e uomo a favore dell'idea di un "essere sociale" disincarnato[17]. Basti pensare alla Costituzione svizzera, particolarmente sensibile all'ambiente e alla biodiversità, tanto da dedicarvi l'intera Sezione 4, senza tuttavia valicare la linea della natura come oggetto di

15 L'art. 71 Constitucion de la Republica del Ecuador prevede che «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema». Altrettanto significativo è l'art. 72, il quale riconosce che «La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados».

16 E tuttavia nella *Western Legal Tradition* non sono sconosciute, specie nel passato, operazioni di antropomorfizzazione di entità allo scopo di rimediare a difetti di disciplina. Oltre alla teoria organica della persona giuridica di Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887 (v. sul punto F. Ferrara, *Le persone giuridiche*[2], in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, 22 ss.), si pensi alla *Ship Personification Doctrine* grazie alla quale la giurisprudenza statunitense è riuscita, tramite per l'appunto la personificazione delle "navi", a reagire alle elusioni di responsabilità in caso di violazioni delle leggi marittime e sull'embargo: sul punto v. D. Lind, *Pragmatism and Anthropomorphism: Reconceiving the Doctrine of the Personality of the Ship*, in *Univ. San Francisco Maritime Law Journal*, 22, 2009, 39 ss. In particolare, la mossa antropomorfica è servita alla Suprema corte a considerare una nave come "*an offending thing*" e, come tale, soggetta ad arresto, condanna e confisca come conseguenza dell'illecito da lei commesso (Supreme Court, *Tucker v. Alexandroff*, 183 U.S. 424 (1902), p. 183 U.S. 438).

17 In quest'ultima prospettiva v. R. Míguez Núñez, *Soggettività giuridica e natura*, cit., 39 sulla scia di B. Edelman-M.A. Hermitte, *L'homme, la nature et le droit*, Paris, 1988, *passim*.

protezione da parte della Confederazione (art. 78)[18]. E tuttavia non andrebbe trascurato il dibattito sviluppatosi nella cultura occidentale, e nell'ambito delle scienze morali, sul valore intrinseco delle risorse naturali e delle cose-essere viventi, nel quadro di un'etica per la natura[19]. Bisogna tuttavia tenere nel giusto conto che in altre tradizioni culturali e giuridiche e, soprattutto, in contesti nei quali la tutela dell'ambiente stenta ad affermarsi in maniera effettiva, il ricorso alla categoria della soggettività riveste una portata non soltanto suggestiva, ma anche politica.

Se la contrapposizione tra utilitarismo rivisitato e solidarismo si muove, pur sempre, in un orizzonte antropocentrico, l'estensione della soggettività in modo da includervi le risorse naturali, così da potere concepire diritti direttamente in capo ad esse, comporta l'abbandono dell'approccio antropocentrico[20]. La scelta impatta, però, anche sulla concezione del diritto, esigendo il superamento della convinzione – ben espressa da Ermogeniano[21] – per cui *hominum causa omne ius constitutum est*.

2. Bene in senso lato, bene in senso stretto e oggettività

È opportuna una preliminare chiarificazione concettuale. Il sintagma "bene giuridico" si carica di significati diversi nel discorso dei giuristi ed è necessario precisarne i contorni. In una prima accezione, il bene giuridico indica l'interesse, patrimoniale e non, rilevante per l'ordinamento giuridico. In questo senso piuttosto ampio, il bene giuridico designa,

18 L'art. 78 Cost. sancisce che «La protezione della natura e del paesaggio compete ai Cantoni. Nell'adempimento dei suoi compiti, la Confederazione prende in considerazione gli obiettivi della protezione della natura e del paesaggio. Ha cura dei paesaggi, dei siti caratteristici, dei luoghi storici nonché dei monumenti naturali e culturali; quando l'interesse pubblico lo richieda, li conserva integri. Può sostenere gli sforzi volti a proteggere la natura e il paesaggio nonché, per contratto o per espropriazione, acquistare o salvaguardare opere d'importanza nazionale. Emana prescrizioni a tutela della fauna e della flora e a salvaguardia dei loro spazi vitali nella loro molteplicità naturale. Protegge le specie minacciate di estinzione. Le paludi e i paesaggi palustri di particolare bellezza e importanza nazionale sono protetti. Non vi si possono costruire impianti né procedere a modifiche del suolo. Sono eccettuate le installazioni che servono a preservare lo scopo protettivo o l'utilizzazione agricola già esistente».

19 Cfr., *ex multis*, il lavoro pioneristico di A. Leopold, *A Sand County Almanac: Sketches Here and There*, Oxford 1949, *passim*; J.B. Callicott, *Non-Anthropocentric Value Theory and Environmental Ethics*, in *American Philosophical Quarterly*, vol. 21, 4, 1984, p. 299 ss.; Id., Die begrifflichen Grundlagen der land ethic, in *Naturethik*, a cura di A. Krebs, Berlin 1997, 211 ss.; T. Regan, *The Nature and Possibility of an Environmental Ethic*, in *Environmental Ethics*, 3, 1, 1981, 19 ss. Nella letteratura civilistica ne dà conto Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, cit., 38 ss.

20 Carducci, *op. cit.*, 489, il quale afferma che «il tema dei DDN [diritti della natura] disvelerebbe l'artificialità euristica della considerazione dell'individuo umano come fondatore e arbitro del suo diritto e della statualità come delimitazione effettiva delle regole di convivenza. Piuttosto che "de-umanizzare" il diritto [...], lo riconcilierebbe con la realtà-pianeta Terra».

21 D. 1, 5, 2 (Hermog. 1 iuris epit.).

più in particolare, l'interesse rilevante in quanto oggetto di una particolare protezione. È usuale questo impiego del sintagma "bene giuridico" in sede penale[22] e, più in generale, nei sistemi di responsabilità, così da indicare l'interesse la cui lesione giustifica la reazione dell'ordinamento giuridico tramite o l'irrogazione di sanzioni in senso tecnico o il ricorso ai rimedi civilistici, prima tra tutti la riparazione del pregiudizio conseguente mediante il risarcimento del danno oppure, addirittura, l'inibitoria della condotta lesiva, se non addirittura pericolosa, o ancora tramite entrambi le classi di conseguenze negative. Questa prima accezione di "bene giuridico" abbraccia tutti gli interessi, sottratti alla condizione di mero fatto pre-giuridico e resi rilevanti in chiave conservativa nei termini stabiliti dal diritto oggettivo, e, di conseguenza, include gli interessi relativi all'uso delle cose e delle oggettività immateriali e alla disposizione dei relativi diritti. Questa accezione lata, che sostanzialmente coincide con il fatto rilevante sotto uno o più specifici interessi umani, si attaglia anche all'ambiente, inteso come sistema che include risorse naturali, individui e rapporti sociali. E ancora di più si presta a conferire una collocazione al clima sotto il profilo del contrasto dell'innalzamento della temperatura globale per effetto di emissione di gas serra[23].

La dogmatica giuridica conosce, però, un concetto più ristretto e, in questo senso, più tecnico del sintagma "bene giuridico". In questo significato più circoscritto, il bene giuridico designa le entità, materiali e immateriali, distinte dai soggetti sulle quale si proiettano i bisogni economici e personali di questi ultimi. Il bene è, dunque, tutto ciò che viene assunto come idoneo per l'ordinamento giuridico a soddisfare le esigenze di auto-appagamento del soggetto, o di appagamento dei bisogni della sua comunità di riferimento, oppure le esigenze economiche o ancora entrambe. È questo il significato in cui il termine bene è adoperato nel Libro III del codice civile al fine di delineare i confini dell'area della realità, a partire dal fondamentale art. 810 c.c., sul quale si tornerà a breve. Nell'accezione appena abbozzata l'ordinamento adopera la categoria del bene per assolvere alla sua funzione attributiva, ossia per l'individuare le entità materiali e immateriali sulle quali i soggetti sono autorizzati a esercitare la propria tensione appropriativa, con effetto escludente degli altri, o anche a compiere atti di godimento collettivo[24]. La nozione di bene giuridico in senso stretto è, dunque, funzionale a identificare

22 Cfr. F. Camplani, *La tutela anticipata dell'ambiente e teoria del bene giuridico. Il ruolo fondamentale dei beni giuridici intermedi*, in *Lexambiente*, 2021, 17 ss.

23 Questa accezione lata di interesse protetto (in senso atecnico "bene protetto") viene adoperata per qualificare il clima da R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 331 ss., in part. 344 ss.

24 Il tema della proprietà collettiva è tornato in auge con la recente fiammata di interesse per gli usi civici: sul punto cfr. G. Agrifoglio, *Contributo allo studio degli usi civici e della proprietà collettiva. Una storia parallela*, Napoli, 2023, *passim*, in part. 135 ss.

una categoria di diritti soggettivi, i diritti reali per l'appunto, che si caratterizzano non soltanto per l'attribuzione di un diritto di godimento del bene opponibile ai terzi, oppure diritti di sfruttamento comunque opponibili ai terzi, come nel caso emblematico dei diritti di proprietà intellettuale. Diritti reali in senso stretto e diritti di sfruttamento opponibili a terzi sono accomunati da una forma di tutela specifica particolarmente intesa, perché esercitabile, se non proprio *erga omnes*, nei confronti di chiunque violi le prerogative del titolare[25] e non soltanto nei confronti di una controparte specifica, storicamente identificata come *actio in rem*.

Ecco allora che è possibile distinguere i terminali di un processo di oggettivazione che, pur esprimendo un'entità distinta dal soggetto, beni non sono. Sono oggettività, o se si preferisce oggetti, quelle entità distinte dalle persone e dotate di una consistenza anche immateriale, purché individuabili con sufficiente chiarezza, prese in considerazione dall'ordinamento giuridico e integrate nelle sue disposizioni. Secondo un'opinione autorevole, soltanto se l'oggetto esprime un valore d'uso e il relativo diritto viene considerato dall'ordinamento idoneo a essere venduto, permutato o comunque a essere oggetto del traffico giuridico, esso integrerà anche un bene[26].

Sono oggettività, o oggetti, e non anche beni i dati personali, in quanto destinatari di una complessa disciplina, che disciplina, in pari tempo, l'interesse di terzi (i titolari del trattamento) ad accedere e utilizzare le informazioni personali sul conto altrui con l'interesse dell'interessato a controllare le operazioni di trattamento e a riappropriarsi dei propri dati. Una disciplina assai articolata che bilancia – come recita l'art. 1 reg. (UE) 2016/679 (GDPR) – la libera circolazione dei dati personali con i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, ma che non sembra aver ancora determinato la reificazione dei dati personali[27]. Anche l'aria nell'atmosfera è oggetto, ma non è bene, e via dicendo (parte V codice dell'ambiente (artt. 267 ss. cod. amb.) relativa alle norme di tutela dell'aria e della riduzione delle emissioni in atmosfera, nonché dall'art. 452-*bis* c.p.: reato di

25 La giusta precisazione per cui l'azione reale dà luogo, comunque, a una pretesa nei confronti di un soggetto specifico, il trasgressore, sicché non può a rigore parlarsi di un'efficacia *erga omnes* è di Ch. von Bar, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 573.

26 La nozione di bene offerta nel testo diverge da quella proposta da von Bar, *Questioni fondamentali per la comprensione del diritto europeo delle cose*, cit., 578, la quale prescinde dalla capacità del bene di esprime un valore d'uso, identificandosi con «un oggetto che può essere utile all'uomo, in qualunque modo tale utilità si estrinsechi». La nozione di bene proposta *supra* nel testo sembra coincidere invece con la nozione di "cose" formulata da von Bar, per cui tali sono «gli oggetti del traffico giuridico sui quali possono essere creati diritti opponibili a terzi, ossia diritti reali» (*ibidem*, 579).

27 Questa posizione ho espresso in F. Piraino, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *NLCC*, 2017, 369 ss., in part. 382 ss.

inquinamento ambientale).

3. Le conclusioni dello studio precedente

Come si è chiarito in apertura, poco più di un decennio fa ho avuto modo di condurre una ricerca sulla nozione di bene[28], che mi ha condotto a queste conclusioni. In primo luogo, il temperamento della concezione formale di bene, che affida interamente il processo di reificazione alla qualificazione ad opera dell'ordinamento, tendendo così a sminuire il ruolo dell'art. 810 c.c. nella ricerca della nozione di bene giuridico: norma la cui funzione si esaurirebbe nel delimitare il campo applicativo della disciplina dei diritti reali[29]. La concezione formale non va ripudiata[30], ma va corretta nell'assunto che qualifica come beni tutte le entità prese in considerazione, sotto qualsiasi riguardo, dall'ordinamento giuridico. In tale riformulazione la concezione formale affida gli indici di identificazione del bene al sistema normativo[31], senza però far coincidere la qualità di bene con la mera rilevanza giuridica dell'entità, come inevitabilmente accade quando l'attenzione si appunta soltanto sugli interessi connessi alla cosa, con la conseguenza che un'entità viene annovera tra i beni se si presenta come il termine di riferimento oggettivo di un

28 F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 459 ss.

29 Così S. Pugliatti, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 173; R. Franceschelli, *L'oggetto del rapporto giuridico (con riguardo ai rapporti di diritto industriale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 44; U. Natoli, *La proprietà*. Appunti delle lezioni, I, Milano, 1965, 54; D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 123; O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, 94 ss.; M. Barcellona, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 87; Id., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadr.*, 1987, 623; G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi*. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post-industriale, Milano, 2011, 90-91.

30 Una recente accurata messa a punto è offerta da E. Fazio, *Oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Milano, 2016, *passim*, in part. 43 ss.

31 Il senso più profondo della propria concezione formale del bene giuridico è espresso da M. Costantino, *I beni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 7, Proprietà[2], t. I, Torino, 2005, 15, nei termini per cui la nozione di bene giuridico comporta di «escludere che le cose che possono formare oggetto di diritti, ed essere "beni" in senso giuridico, siano le cose come appaiono identificabili secondo le loro condizioni e qualità materiali, ovvero in base a desideri e pulsioni individuali, ovvero in base a valutazioni di mercato». Il profilo della sottrazione del processo di reificazione alle scelte individuali e, dunque, all'autonomia privata è sottolineato da R. Ferorelli, *La rete dei beni nel sistema dei diritti*. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali, Bari, 2006, 117. Non va però trascurato che la concezione formale del bene giuridico può poggiare anche su altre ragioni: tale è anche quella proposta da O.T. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., *passim* e 53 ss., ma v. le aperture contenute in Id., *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, 4, 12, 28 ss., ma qua la premessa ideologica è un'altra, ossia la preclusione al giudice di svolgere compiti di supplenza del potere legislativo dinanzi all'evoluzione sociale non contenuta o a sufficienza gestita dall'ordinamento giuridico nella configurazione del momento e ciò in quanto la Costituzione non conferisce al giudice il ruolo di mediatore dei conflitti sociali (*I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., 572-574 e nt. 19).

interesse reputato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento[32]. Come si è chiarito in precedenza, la nozione di bene va tenuta distinta da quella di oggettività o di oggetto.

In secondo luogo, si è proposto di superare il dogma fisicalista che identifica le cose con le entità corporali. In questa rinnovata cornice dogmatica, si suggeriva di prendere atto[33] che il progresso delle conoscenze scientifiche e tecnologiche e il conseguente avanzamento degli orizzonti del sapere, con l'inevitabile riconsiderazione della categoria del reale, hanno definitivamente affrancato la cosa dal presupposto fisicalista, includendovi una gamma di prodotti dell'intellettualità di natura disparata ma tutti accumunati sotto il segno dell'immaterialità e soprattutto dell'oggettivazione in termini di datità[34], in quanto oramai del tutto affrancati dalla matrice soggettiva che li ha creati, così da escludere dal novero delle cose le prestazioni ancora dovute[35]. Cosa è, dunque, quel punto di riferimento oggettivo che, sottoposto al processo sociale di conferimento di senso, viene concepito come capace di produrre benefici in grado di generare interessi umani o di natura introflessa – e allora tali interessi possono essere ricondotti alla categoria dell'auto-appagamento ossia del godimento – o di natura estroflessa ossia destinati a tradursi in relazioni sociali – e allora tali interessi possono essere ricondotti alla categoria della negoziabilità ossia della disposizione[36]. *Il minimo cosale è rappre-*

32 Cfr. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico*, cit., 479-480.

33 Piraino, *op. cit.*, 483-484.

34 A. Gambaro, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 102 ritiene che il processo di oggettivazione delle cose corporali come delle astrazioni come i segni o i simboli risieda nella persistenza dell'oggetto indipendentemente dai punti di vista e da atteggiamenti e da condotte soggettive.

35 Con tutt'altra impostazione A. Gambaro, *I beni*, cit., 102-103, 106, il quale è fermo nel segnare la distinzione tra beni e prestazioni dovute.

36 Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico*, cit., 483-484. Tale nozione di cosa dovrebbe sottrarsi all'accusa di eccesiva genericità e dell'effetto di indifferenziazione mossa – e a ragione (V. Zeno Zencovich, *Cosa*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 444; G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi*, cit., 75-76) – alla concezione ampia avanzata dalla dottrina favorevole alla giuridicità della cosa secondo cui vi va inclusa «qualunque entità, materiale o immateriale, che sia giuridicamente rilevante, cioè sia presa in considerazione dalla legge» sicché la cosa finisce per essere identificata nel riferimento oggettivo del diritto soggettivo.

sentato però dall'attitudine dell'entità allo sfruttamento[37] *individuale o collettivo o civile*[38].

In terzo luogo, si era approdati a una concezione di bene che ne individua la cifra nell'identificazione del bene con la cosa[39], materiale o immateriale, assunta dall'ordinamento giuridico come possibile oggetto di regole di appartenenza orientate, non tanto – come invece reputa una corrente di pensiero autorevolmente rappresentata[40] – alla tutela, quanto piuttosto alla circolazione *lato sensu* delle situazioni soggettive che vi si appuntano[41]. Si è avuta, tuttavia, l'accortezza di riconoscere che «non è detto che il legame tra qualificazione di bene e circolazione giuridica delle relative situazioni soggettive rappresenti l'unica prospettiva possibile, ma sicuramente è quella attuale alla luce del diritto positivo e, dunque, imprescindibile per chi voglia discorrere del diritto come esso è e non impegnarsi soltanto nella progettazione del diritto come potrebbe essere o come è auspicabile che sia. L'attribuzione in funzione circolatoria rappresenta l'elemento normativo che integra il disposto dell'art. 810 c.c. consentendogli di assolvere quella funzione regolativa che nella sua nuda formulazione tale enunciato non sareb-

37 Così anche O.T. Scozzafava, *I beni*, cit., 28, il quale ritiene che la rilevanza del valore d'uso è connessa al riconoscimento di un diritto assoluto sull'entità tradotta in bene. Diversa è invece la prospettiva di M. Barcellona, *Per una teoria dei beni giuridici*, cit., 168, secondo cui «rientra nel campo di regolazione della funzione attributiva non ciò che è utile, limitato, ecc., ma tutto ciò che, utile o effimero, limitato o abbondante, è storicamente in grado di incontrare una domanda, ossia non qualsiasi entità abbia valore d'uso ma solo i valori d'uso suscettivi di assumere la forma del valore di scambio». E, dunque, la reificazione attribuisce rilievo non all'uso in sé ma all'uso comunque traducibile in scambio.

38 Espressione, quest'ultima, utile a designare forme di sfruttamento sganciate dal paradigma proprietario, privato o pubblico che sia, e ancorate al diverso schema della condivisione della cosa nell'ambito di gruppi più ristretti cui spetta la titolarità: una titolarità per così dire diffusa e, quindi, del tutto aliena dalla logica individualistica che pervade, in termini ovviamente assai diversi, tanto la proprietà privata quanto quella privata, giacché entrambe ancorate alla soddisfazione di interessi riferibili ad un solo soggetto, individuale o collettivo, e non già all'appagamento di interessi molteplici e non riconducibili ad una soggettività unica. Si tratta della forma di sfruttamento che dovrebbe caratterizzare i c.d. beni comuni. Nella formula "sfruttamento civile" mi pare si possa racchiudere tanto la "terza dimensione" di cui discorre Rodotà (*Il terribile diritto*. Studi sulla proprietà privata[2], Bologna, 1990, 44), quella connotata dalla salvaguardia degli interessi collettivi e dal retroterra non proprietario e che tanto disagio provoca ai «cultori della geometria istituzionale piana», quanto la «tensione endemica del bene comune rispetto ad alcuni assi categoriali della modernità giuridica quali stato/mercato/proprietà e, per questa via, con la grande dicotomia pubblico/privato» di cui parla L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato*. Per un diritto dei beni comuni, a cura di M.R. Marella, Verona, 2011, 73. Sempre S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo* human divide, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 314 sottolinea la possibilità di concepire accesso e proprietà come due categorie autonome e «in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto».

39 La prospettiva "cosale" è al centro della sistemazione di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*[9], rist., Napoli, 2002, 55 ss.

40 Da ultimo, soprattutto, A. Gambaro, *I beni*, cit., 2012, 101.

41 Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico*, cit., 488.

be in grado di realizzare a causa dell'assenza di un criterio normativo sufficientemente specifico»[42].

E tuttavia una nozione di bene giuridico che voglia rivelarsi prescrittiva, nel modo in cui può esserlo una categoria normativa, vale a dire esercitando una spiccata valenza selettiva dei fatti rilevanti ai fini per cui la categoria è elaborata, esige uno o più criteri di identificazione sufficientemente definiti[43]. Non lo è il generico riferimento all'attitudine della cosa a soddisfare, direttamente o indirettamente, bisogni umani, nel senso della preordinazione a soddisfare un interesse umano, individuale e collettivo[44]. Vi sono cose che tale attitudine l'hanno, ma non per questo possono essere qualificati come beni, nei termini illustrati in precedenza, che a me paiono quelli che più correttamente identificano i tratti funzionali all'individuazione dell'area della realità. Il caso forse più emblematico è rappresentato dai dati personali, rispetto ai quali la legislazione non ha riconosciuto poteri di appropriazione a favore del titolare del trattamento, ma a dire il vero neppure nei confronti dell'interessato. Altrettanto può dirsi dell'aria nell'atmosfera o della luce del sole etc., che non possono neppure essere annoverati tra le *res communes omnium* perché né l'aria né la luce solare sono assunti dall'ordinamento come entità appropriabili in vista dello sfruttamento personale e dell'assoggettamento a un determinato regime di circolazione giuridica.

Esiste ovviamente una sistemazione alternativa e non incompatibile con quella qui delineata: una sistemazione che mette capo a una nozione meno stringente di bene giuridico salvo poi elaborare l'ulteriore categoria dei beni comuni, i quali si contraddistinguono per la strumentalità all'appagamento dei diritti fondamentali dell'individuo e allo sviluppo della persona umana nonché per la conseguente sottoposizione a un regime che esclude l'appropriazione esclusiva e consente invece un accesso diffuso alla cosa

42 Piraino, *op. cit.*, 489. Assai suggestiva è la prospettiva assunta da P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 230-231, il quale ritiene la struttura dell'art. 810 c.c. tautologica e infatti essa «in sostanza non fa altro che operare un mero rinvio ad altre disposizioni del sistema che definiscono i confini di ciò che rientra nel novero dei beni. Assolta l'assenza di una funzione regolativa propria, resta allora all'interprete la difficile operazione ermeneutica di individuare quei criteri che la norma in questione *da sola* non offre».

43 Cfr., in tal senso, lo studio accurato di M. Giuliano, *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ. ai tempi della blockchain*, Parte prima, in *NGCC*, 2021, 1214 ss. e Parte seconda, *ivi*, 2021, 1456 ss.

44 Di recente in tal senso si orienta Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, cit., 40 ss.

e un godimento inclusivo[45]. Nella categoria dei beni comuni[46] si è soliti includere cose che, nella tassonomia qui offerta, non potrebbero, *de iure condito*, essere annoverate tra i beni giuridici, come l'aria, le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni etc.[47].

L'irrompere del principio di sostenibilità introduce un elemento normativo di novità che arricchisce gli indici categoriali desumibili dalla disciplina, codicistica e speciale, relativa ai beni e che sollecita a verificare se i criteri dell'appropriazione in vista della circolazione si rivelino ancora esaustivi come criteri identificativi della nozione di bene sia con riguardo ai c.d. nuovi beni sia con specifico riferimento alle risorse naturali; oppure se essi richiedano una precisazione, se non addirittura un'integrazione.

45 Sul punto v., tra i tanti, soprattutto E. Ostrom, *Governig the Commons*. The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge MA, 1990, *passim*; U. Mattei, *Beni comuni*. Un manifesto, Roma-Bari, 2011, *passim*; Id., *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1117 ss., in part. 1127 ss.; M.R. Marella, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 103 ss.; Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, *passim*; A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 617 ss.

46 Valorizza tale categoria anche nella prospettiva del perseguimento del principio di sostenibilità Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, cit., 47 ss.

47 La Commissione sui beni pubblici, istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, e presieduta da Stefano Rodotà ha proposto di introdurre, accanto ai beni pubblici veri e propri (a loro volta distinti in beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni pubblici sociali e beni fruttiferi), la categoria dei beni comuni, nella quale sono stati inclusi le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate; e ancora i beni archeologici, culturali e ambientali.

4. Il problema dei c.d. nuovi beni

Il sintagma "nuovi beni", o *new properties* per adoperare un'espressione resa celebre da Charles Reich[48], designa quella vasta ed eterogenea area dell'oggettività[49] che sembra reclamare un regime giuridico analogo a quello dei beni tradizionali, materiali e immateriali, e che si candida, quindi, ad ampliare l'area della realità. Si diceva dell'eterogeneità di questo campo e, infatti, in esso si fanno usualmente rientrare le idee di natura creativa, coperte dal diritto d'autore, le idee e i procedimenti produttivi di applicazione industriale, oggetto dei diritti di c.d. proprietà industriale, e le energie[50], della cui natura di bene non dovrebbe dubitarsi; ma anche i dati personali, i rifiuti[51], i campioni biologici e le biobanche[52] e poi la gamma di entità oggettive istituite, ossia costituite *ex nihilo* dal

48 C.A. Reich, *The New Property*, in *Yale L. J.*, 73, 1964, 733 ss., il quale si è soffermato soprattutto sulle utilità dispensate dallo Stato (*government largess*) sotto forma di autorizzazioni amministrative a utilizzare risorse pubbliche o vantaggi concessi ai singoli, come i sussidi, gli incentivi, gli sgravi fiscali, le licenze di commercio e le abilitazioni professionali. Di *givins* discorrono invece A. Bell-G. Parchomovsky, *Givings*, in *Yale L. J.*, 111, 2001, 547 ss.

49 Il tema è oramai oggetto di un ricco filone di ricerca anche in Italia: cfr. AA.VV., *Dalle res alle New Properties*, a cura di G. De Nova- B. Inzitari-G. Tremonti-G. Visentini,Milano, 1991, 13 ss.; A. Gambaro, *Dalla new property alle new properties (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 675 ss.; A. Zoppini, *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss.; AA.VV., *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. Resta, Torino, 2010, *passim*; M. Colangelo, *Creating property rights: law and regulation of secondary trading in the European Union*, Leiden-Boston, 2012, *passim*; G. Castellani, *New Property (The)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2014, 487 ss.; AA.VV., *Nuovi beni e* New Properties, a cura di A. Maniaci, Pisa, 2023, *passim* e v. l'accurato affresco di G. Maniaci, *Introduzione. La nozione di bene giuridico e la sua evoluzione*, *ivi*, XI ss.

50 D. Messinetti, *Energie*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 856 ss.; R. Pardolesi, *Energia*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 444 ss.; Id., *Le energie*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 7, La proprietà, I, Milano, 1982, 54 ss.; B. D'Ottavio, *Il possesso di energie*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 161 ss.

51 R. Federici, *A proposito di "cose" che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 311 ss.; M. Di Lullo, *Il rifiuto come bene: titolarità e gestione*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 383 ss.; S.G. Simone, *La nozione di "rifiuto"*, in Manuale di diritto civile dell'ambiente, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2014, 144 ss.; G. Resta, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 207 ss.; A.C. Nazzaro, *Rifiuti, beni e proprietà nella prospettiva dell'economia circolare*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 621 ss.; E. Giorgini, *Rifiuto quale "bene" e proprietà conformata*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 960 ss.; P. Cataldo, *I rifiuti: da "non bene" a nuova risorsa*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 249 ss.

52 P. Femia, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, Roma, 2016, 187 ss.; L.M. Lucarelli Tonini, *Biobanche e campioni biologici*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 189 ss.; A. Nurra, *Brevettabilità del vivente. Principi deboli e interessi forti*. I comportamenti umani sul patrimonio genetico tra questioni giuridiche ed etiche, Roma, 2023, *passim*, in part. 109 ss.

diritto[53] e in tal senso artificiali[54], come i diritti edificatori[55], i diritti di radiofrequenze[56], le quote latte[57], le bande orarie aeroportuali[58], le quote di emissione di gas serra[59].

È necessario rifuggire dalla tentazione di identificare i nuovi beni con l'area dell'immaterialità[60]. Quest'ultima include entità di cui è oramai consolidato l'inquadramento come beni e basti pensare alle creazioni oggetto della c.d. proprietà intellettuale, alle informazioni di natura commerciale, alle banche dati, alle energie, le quali sono naturali ma immateriali etc. Per converso non tutte le epifanie dei c.d. nuovi beni sono caratterizzate da immaterialità, come nel caso dei rifiuti o dei campioni biologici.

Il discorso è più complesso[61] e non può essere affrontato correttamente se non dopo avere sciolto due nodi preliminari. Il primo investe la scelta se riconoscere o meno autonomia alla nozione giuridica di bene rispetto a quella economica. Nel pensiero economico è bene ogni utilità, materiale o immateriale, utile e presente in quantità limitata: utile, in quanto idoneo a soddisfare un bisogno economico, e scarso, in quanto rispetto a esso si deve sviluppare un mercato che governi l'accesso all'utilità mediante il paga-

53 Il tema è stato approfonditamente indagato da C. Camardi, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 955, in part. 968 ss.

54 La formula felice è di M. Maggiolo, *Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati*, in *Giust. civ.*, 2016, 283 ss.

55 G. Orlando, *I diritti edificatori*. Contributo allo studio delle modifiche «oggettive» della proprietà per atti d'autonomia, Napoli, 2022, *passim*, in part. 116 ss.; M. Farina, *I diritti edificatori*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 239 ss.

56 C. Cambini-A. Sassano-T. Valletti, *Le concessioni sullo spettro delle frequenze*, in *Invertire la rotta*. Idee per una riforma della proprietà pubblica, a cura di U. Mattei-E. Reviglio-S. Rodotà, Bologna, 2007, 295 ss.; V. Zeno Zencovich, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inf.*, 2002, 713 ss.

57 B. Nascimbene, *Quote latte: diritto nazionale e diritto comunitario a confronto (o scontro)*, in *Corr. giur.*, 1997, 253 ss.; A. Jannarelli, *Quote di produzione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 192 ss.; A. Tommasini, *Quote latte, diritti di impianto e titoli all'aiuto*. Limiti all'iniziativa economica e valori del sistema, Milano, 2008, *passim*, in part. 59 ss.

58 M. Colangelo, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nella Unione Europea: il caso degli slots aeroportuali e dello spettro radio*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 119 ss.; M. Deiana, *Natura giuridica degli slot aeroportuali*, in *Dir. trasp.*, 2014, 837 ss.; S. Tonetti-A. Seccamani, *Le bande orarie aeroportuali: un bene giuridico complesso?*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 263 ss.

59 C. Valditara, *Le quote di emissione di gas ad effetto serra*, in *Nuovi beni e* New Properties, cit., 123 ss.

60 E. Battelli, *Epistemologia dei beni immateriali: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Giust. civ.*, 2022, 49 ss.

61 Fa emergere molto bene l'inadeguatezza della categoria dell'"immaterialità" per designare tali c.d. nuovi beni C. Camardi, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 1009 ss., sottolineando, peraltro, che materiali o immateriali sono le risorse, non già i beni, i quali sono sempre oggetto di diritti.

mento di un prezzo. Adottando questa prospettiva, pressoché tutti i nuovi beni andrebbero qualificati come beni giuridici. Se invece alla nozione di bene in senso giuridico si vuole riconoscere un'autonoma capacità selettiva in grado di sceverare tra i beni in senso economico quelli che sono anche beni in senso giuridico, allora è indispensabile individuare un criterio identificativo che consenta tale selezione, fissando i tratti tipologicamente caratterizzanti il bene in senso giuridico. Qualora venga privilegiata – come io credo debba farsi – quest'ultima posizione, allora bisogna anche interrogarsi sulla funzione della categoria normativa di bene. Agli interpreti più acuti è infatti chiaro che la funzione normativa della nozione di bene è proprio quella di realizzare una selezione tipologica della realtà[62]. Come si è già anticipato, la nozione autonoma di bene giuridico mira a identificare una categoria di diritti soggettivi caratterizzata dall'attribuzione dell'entità utile a un soggetto, o a una comunità, e dall'opponibilità ai terzi, anche grazie al presidio di una tutela specifica ampia e non soltanto del rimedio per equivalente. Il processo di reificazione non è però governato soltanto dalla funzione, poiché – come si è già accennato – la qualificazione di un'entità come bene presuppone che essa, materiale o immateriale che sia, abbia subito un processo sociale di conferimento di senso tale da essere concepita come capace di produrre benefici generalizzati, in grado di generare interessi umani, in quanto, per l'appunto "cosa".

L'ancoraggio della qualificazione di bene al riconoscimento sociale dell'entità come cosa consente di sciogliere il dubbio sulla qualificazione di quei diritti di creazione amministrativa[63], sotto forma di permessi, licenze e concessioni che danno accesso a una risorsa o un'attività. Non è infatti sufficiente al compimento del processo di reificazione la strumentalità dei diritti di creazione amministrativa all'istituzione di mercati artificiali del tutto "speciali" ma regolati, i c.d. *secondary trading*, ai quali la politica economico-sociale europea affida il perseguimento di determinati obiettivi, mediante il gioco degli incentivi[64], volti per lo più a porre rimedio ai costi sociali generati dalle esternalità

62 Con il consueto acume, A. Belfiore, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1983, 862 osserva che «[s]e si ipotizza un principio di atipicità dei beni giuridici, avremo che l'elaborazione della categoria bene giuridico si configurerà, essenzialmente, come organizzazione di dati "pregiuridici", giacché la ricostruzione della *ratio* degli indici normativi utilizzabili appare, indiscutibilmente, tappa obbligata del processo di conoscenza dell'interprete che voglia congruamente assolvere al compito che gli è stato affidato». Nell'orizzonte di una teoria formale del bene invece «l'analisi della logica (delle leggi di movimento) dell'ordinamento non potrà specificamente esser utilizzata dall'interprete al fine di trarre conclusioni di diritto».

63 L'espressione è di M. Colangelo, *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nella Unione Europea*, cit., 113 ss. ed è ripresa da C. Camardi, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 1008.

64 Cfr. sul punto C. Camardi, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 1006 ss.

negative di taluni settori dell'economia[65]. Il requisito della "cosalità" esige che l'entità, materiale o immateriale, in predicato di divenire bene si riveli strumentale all'appagamento di bisogni umani generalizzati e non già settoriali o, addirittura, iper-specialistici. La vocazione a soddisfare interessi di godimento e di disposizione, individuali o collettivi, diffusi nel corpo sociale costituisce l'essenza del concetto di bene e il presupposto stesso del riconoscimento delle forme di appartenenza. Oltre questa linea si stende l'area vasta ed eterogenea dei diritti o delle posizioni di vantaggio la cui titolarità[66] è suscettibile di circolazione per finalità lucrative o regolative del mercato o ancora di entrambe. Diritti di credito, diritti edificatori, diritti di radiofrequenze, quote latte, bande orarie aeroportuali, quote di emissione di gas serra sono beni in senso economico, ma non anche in senso giuridico. Si tratta di diritti e di posizioni di vantaggio che, ove immesse nel circuito della circolazione e limitatamente a tale fine, assumono una valenza ulteriore rispetto ai poteri e alle facoltà che conferiscono o del riconoscimento e della protezione che accordano, divenendo oggettività non reificate: oggetti che non sono beni[67] perché non destinati a soddisfare bisogni umani generalizzati[68].

5. Risorse naturali e razionalità della preservazione

Senza volere cedere alle opposte tentazioni di un utopistico irenismo o, tutt'al contrario, di un iper-realismo paralizzante ancorato alla prospettiva di un potere planetario, di là da venire, in grado di imporre il limite di accertata "sostenibilità", è possibile tentare l'adeguamento degli strumenti giuridici già a disposizione al fine di coniugare lo sviluppo economico con la tutela dell'ambiente e il contrasto del cambiamento climatico.

65 M. Colangelo, *Creating property rights*, cit., 183 ss.

66 Titolarità e non appartenenza, come invece ritiene C. Camardi, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 1018, in piena coerenza con la sua idea di bene come entità «qualificata come tale da una norma, e in relazione ad una situazione qualificata di appartenenza».

67 Diversa è la conclusione, pur molto cauta, di C. Camardi, *op. cit.*, 1018-1019, secondo cui tali diritti di creazione amministrativa sono veri e propri beni intangibili e commerciali cui si riannoda una situazione soggettiva di appartenenza che rende poi formalmente possibile attivare il mercato secondario. A favore della qualificazione come veri e propri beni delle quote di emissione è A. Gambaro, *I beni*, cit., 221.

68 Lo riconosce A. Gambaro, *ibidem*, con particolare riguardo alle quote di emissione: «la particolarità di questo tipo di beni è che essi non ontologicamente concepiti solo per essere oggetto di scambio e non consentono alcun altro tipo di uso. Come si è accennato la varietà degli usi leciti possibili che stimola l'inventiva individuale ed il progresso sociale è il principale fondamento metapositivo della attribuzione di un bene in proprietà individuale. Si deve osservare che esistono alcuni tipi di beni cui tale fondamento non si applica». Quest'ultima conclusione potrebbe essere evitata se si riconoscesse, come suggerito *supra* nel testo, che taluni diritti di creazione amministrativa in chiave di regolazione del mercato non si affrancano dalla loro originaria natura di posizioni di vantaggio, nonostante intorno ad essi venga istituito un mercato, per la creazione del quale anzi essi sono appositamente concepiti, rimanendo oggetti di circolazione giuridica non reificati.

Il fine della sostenibilità si alimenta di una logica della preservazione di quelle risorse naturali che possono essere incluse nella categoria del bene. Non tutte le risorse naturali e le specie viventi sono infatti beni in senso giuridico. Non lo è – come si è anticipato – l'aria, la quale ancora non si presta a essere individualizzata in modo da esprimere utilità di godimento e di disposizione. Addirittura dell'aria si può dubitare finanche che integri gli estremi della cosa. Ovviamente ciò non comporta l'irrilevanza giuridica dell'aria, la quale è oggetto di protezione, costituendo quindi un'oggettività, come inequivocabilmente emerge dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. codice dell'ambiente, e in particolare dalla parte V (artt. 267 ss. cod. amb.) relativa alle norme di tutela dell'aria e della riduzione delle emissioni in atmosfera, nonché dall'art. 452-*bis* c.p. Quest'ultima disposizione è istitutiva del reato di inquinamento ambientale, il quale poggia sull'abusiva compromissione o deterioramento, significativi e misurabili, non solo delle acque, del suolo o del sottosuolo, di un ecosistema, della biodiversità, della flora e della fauna, ma anche dell'aria per l'appunto. Un discorso analogo a quello dell'aria può farsi per i micro-organismi e per molte altre componenti biotiche e abiotiche degli ecosistemi.

Bisogna allora limitare il discorso alle risorse naturali e alle specie viventi che sono suscettibili di inquadramento come beni, in quanto, in primo luogo, oggetto di un processo sociale di conferimento di senso che le considera isolabili dall'ecosistema e idonee a esprimere utilità di godimento e di disposizione; e, in secondo luogo, perché compatibili con le forme giuridiche dell'appartenenza, a loro volta suscettibili di essere immesse nel circuito circolatorio. Rispetto a questi beni di rilevanza ambientale, il principio costituzionale di sostenibilità e la sua proiezione sul piano della normativa ordinaria, costituita dal principio dello sviluppo sostenibile, sancito nell'art. 3 *quater* cod. amb.[69] introiettano nella nozione di bene una forma di razionalità ulteriore rispetto a quella dello sfruttamento delle risorse naturali o degli animali: la razionalità della preservazione.

69 La norma dispone che «1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane».

L'interesse a godere del bene di rilevanza ambientale, traendone le utilità di soddisfacimento personale o familiare, e a impiegarlo in usi economici, per lo più modificandolo, deteriorandolo o consumandolo, oltre che compiendo atti di disposizione sui diritti di appartenenza, va coniugato con l'interesse a conservarne, ove possibile, la funzionalità e la capacità di rigenerazione.

Il tentativo di riconcettualizzare il bene alla luce del principio della sostenibilità non assume soltanto una funzione ordinante e razionalizzatrice, ma persegue una finalità pratico-applicativa di rilevate impatto. Il perseguimento del fine dello sviluppo economico sostenibile non può essere certamente demandato in via esclusiva al diritto privato, dovendovi inevitabilmente concorrere adeguati interventi pubblicistici non solo e non tanto in sede di conformazione dell'azione amministrativa. Senza alcun dubbio il diritto privato può giocare un ruolo, quando la sostenibilità è coinvolta in singoli rapporti giuridici, vale a dire quando essa si manifesta – come è stato efficacemente detto – "in piccola scala"[70], anche se deve essere chiaro che la tutela dell'ambiente e il contrasto del cambiamento climatico travalicano la micro-dimensione tipica dei rapporti di diritto privato.

L'obiettivo della ridefinizione del concetto di bene nell'ottica anche della sostenibilità consiste, per l'appunto, nel rendere giuridicamente rilevanti forme di impiego irrazionalmente depauperatorio delle risorse naturali anche al di fuori dei procedimenti tesi alla salvaguardia dell'ambiente. Tale ampliamento dello spettro delle tutele passa, innanzitutto, dall'allargamento della legittimazione attiva a reagire in via giudiziaria agli usi delle risorse incompatibili con il principio di sostenibilità, anticipando l'ingresso della tutela rispetto alla preservazione dell'ambiente, la cui azionabilità è – com'è noto – appannaggio esclusivo dello Stato.

La razionalità della preservazione può assumere due diverse concretizzazioni giuridiche. In primo luogo, essa costituisce un interesse di ordine generale, che travalica dunque l'interesse individuale al godimento e allo sfruttamento economico del bene[71]. In tale epifania, l'interesse alla preservazione funge da limite interno al perseguimento dell'interesse al godimento e allo sfruttamento economico, rendendo lecite soltanto quelle forme di impiego del bene che, potendo, non proteggono la capacità rigenerativa della risorsa. Si è al cospetto di una modalità classica di coniugazione del perseguimento degli interessi privati con interessi generali: quella della funzionalizzazione.

70 A. Ruster, *Nachhaltigkeit im Sachenrecht*, cit., 1111.

71 Così A. Ruster, *op. cit.*, 1110, il quale, in questa strategia di funzionalizzazione della proprietà all'obiettivo della sviluppo sostenibile, mobilita anche la clausola generale di buona fede in senso limitativo dei poteri proprietarii.

Qui la funzionalizzazione investe la nozione di bene e ovviamente si proietta poi sulle forme giuridiche dell'appartenenza[72], a partire dal diritto di proprietà[73]. In funzione di limite, l'interesse alla preservazione va coniugato in chiave sistematica con il dovere di precauzione sancito nell'art. 301 cod. amb.[74]. Si può addirittura sostenere che l'interesse alla preservazione, in qualità di connotato del bene giuridico di rilievo ambientale, divenga il presupposto dogmatico, sul piano delle qualità rilevanti del bene, del dovere di precauzione. Il rischio per la salute umana e per l'ambiente, individuabile a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva (art. 301, comma 2, cod. amb.)[75], che fa scattare l'obbligo di pronta informazione delle autorità competenti, sancito dall'art. 301, comma 3, cod. amb., presuppone sempre il superamento del limite di preservazione del bene di rilevanza ambientale. Non vale però la reciproca, in quanto vi sono impieghi delle risorse naturali che, pur non esponendo al rischio scientificamente rilevante la salute umana o l'ambiente, si possono comunque rivelare eccessivamente dissipatori in chiave di conservazione delle capacità della risorsa di rigenerarsi o, per lo meno, di non esaurirsi in un arco temporale troppo ristretto. E, allora, è certa la rilevanza del superamento del limite di preservazione del bene sul piano delle misure di prevenzione del danno ambientale e di ripristino di cui agli artt. 304 e seguenti cod. amb. e sul quello del risarcimento del danno di cui agli artt. 311 ss. cod. amb.

Bisogna, invece, verificare se la violazione del limite di preservazione giustifichi il ricorso a rimedi tipicamente propri dei rapporti di diritto privato, come, ad es., l'azione

72 R. Di Raimo, *Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica e distributiva: (soltanto) una premessa*, in *The Cardozo Elettronic Law Bulletin*, 2019, 4 rimarca la correlazione tra la conformazione del bene e il contenuto delle forme di appartenenza: «qui è centrale l'incrocio con la disciplina dei beni, avendo riguardo alla quale è necessario modellare i profili sostanziali delle situazioni aventi cose e utilità quali terminali oggettivi».

73 La via della funzionalizzazione della proprietà all'obiettivo dello sviluppo sostenibile è imboccata con convinzione da A. Nervi, *Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica. Qualche riflessione sul diritto di proprietà*, in *The Cardozo Elettronic Law Bulletin*, 2019, 6 ss.

74 Cfr. J.B. Wiener, *Precaution*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, a cura di D. Bodansky-J. Brunnée-E. Hey, Oxford, 2007, 597 ss.; Id., *Precaution and Climate Change*, in *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, a cura di C.P. Carlane-K.R.Gray-R. Tarasofsky, Oxford, 2016, 163 ss. E, in chiave più generale, v. C. Ippoliti Martini, *Principio di precauzione e nuove prospettive della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2022, *passim*, in part. 129 ss.

75 Una valutazione scientifica che, ai fini della precauzione, deve evidenziare la potenzialità dannosa di un determinato contegno o di uno specifico intervento, attestandosi sul piano dell'incertezza ancorché scientificamente rilevante; mentre si slitta verso l'obbligo di prevenzione quando diviene scientificamente certo o anche soltanto probabile *ex ante* che un certo rischio si tradurrà in effetti dannosi prevedibili da parte dell'agente, privato o pubblico che sia: v. sul punto P. Dell'Anno-E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, *Principi generali*, Padova, 2012, 174.

inibitoria[76], perché ciò consentirebbe una reazione affidata anche ad azioni a legittimazione attiva diffusa e non soltanto allo strumento del c.d. risarcimento del danno ambientale[77], che – com'è sin troppo noto – è affidato all'esclusiva iniziativa dello Stato (art. 311 cod. amb.)[78]. L'ipotesi è quella di un conflitto proprietario, o comunque *inter privatos*, incentrato sul superamento del limite interno di preservazione del bene, sulla falsariga dell'esercizio vietato della proprietà, e delle altre forme giuridiche dell'appartenenza, delineato dal divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.). L'interesse violato è quello alla salvaguardia dell'integrità e della rinnovabilità dei beni dei terzi minacciati da usi irrazionalmente dissipatori del titolare contro cui si agisce, il che scongiura di sconfinare nell'ambito della tutela dell'ambiente, che conosce le procedure sue proprie e le

76 *Ex multis* v. A. Frignani, *Inibitoria*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 559 ss.; C. Rapisarda, M. Taruffo, *Inibitoria (azione).* I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 8 ss.; C. Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova 1987, *passim*; Id., *Inibitoria*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 474 ss.; C.M. Bianca, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Azione, inibitoria e interessi tutelati*, a cura di A. Bellelli, Napoli 2007, 12 ss.; A. Bellelli, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 607 ss.; G. Basilico, *La tutela civile preventiva*, Milano 2013, *passim*, in part 188 ss.; V. Carnevale, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 63 ss.

77 Sul punto v., *ex multis*, B. Pozzo, *La responsabilità ambientale e l'apporto delle scienze sociali*, in *Regolare la complessità.* Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro, a cura di M. Graziadei-M. Serio, Torino, 2017, 76 ss.; AA.VV., Le responsabilità ambientali: profili civili, amministrativi e penali, a cura di B. Pozzo, Milano, 2022, *passim*; U. Salanitro, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 229 ss.

78 L'art. 311, comma 1, cod. amb. affida al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare la legittimazione esclusiva ad agire, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale.

ben note limitazioni di legittimazione attiva (artt. 298 ss. *bis* cod. amb.)[79]. E andrebbe verificata, specie in quella chiave integrata suggerita dall'approccio sistemico, l'ammissibilità di una tutela collettiva di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. [80], sul presupposto che l'interesse individuale alla salvaguardia dell'integrità e della capacità rigenerativa dei beni minacciati dall'uso del bene che il convenuto attui in violazione del principio di sostenibilità integri i requisiti dell'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840 *sexiesdecies*, c.p.c.[81]. L'alternativa della valorizzazione degli interessi collettivi o diffusi, in breve sovra-individuali – non pare praticabile, in quanto il legislatore ha compiuto la scelta di demandare allo Stato la tutela di tali interessi generalizzati alla preservazione dell'ambiente, oltre che a un ambiente salubre[82]. La conclusione potrebbe essere diversa nel quadro delle *climate chance litigations*, ossia in un orizzonte più ampio e so-

79 Una prospettiva ancora diversa va adottata se si vuole ricorrere all'azione inibitoria addirittura a tutela del clima, nelle *climate change litigations*. Il punto è indagato da R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit. 338 ss., la quale individua i diritti individuali tutelabili in sede inibitoria nei «diritti fondamentali della persona, diritto alla salute, all'ambiente salubre, alla protezione del territorio e della proprietà (diritti personali e patrimoniali allo stesso tempo)». Tali posizioni individuali si iscrivono in un contesto più generale fatto segnare dall'«generale interesse ad evitare un'alterazione patologica delle condizioni climatiche; interesse superindividuale, condiviso dalla collettività». Di conseguenza si viene a creare un doppio livello di posizioni coinvolte nelle *climate change litigations*: «si crea in altri termini una scissione tra diritto sottostante e interesse generale verso il quale l'azione giudiziale è proiettata (entrambi caratterizzati da una identità di *petitum*. Si insinua allora l'idea che a sorreggere le azioni legate al contenzioso climatico non vi sia un diritto soggettivo tipicamente individuato, bensì si muovano interessi superindividuali (diffusi o collettivi) comuni ad un gruppo, tali che la lesività della condotta, quand'anche incidente sulla singola posizione soggettiva, sia adeguatamente rappresentata in quanto collocata nel contesto del gruppo stesso. Occorre allora distinguere diritto soggettivo del singolo da interesse superindividuale della collettività». Nello stesso senso v. E. Gabellini, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1105 ss., in part. 1113.

80 V. sul punto A. Pisani Tedesco, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, Torino, 2024, 62 ss., il quale non chiarisce tuttavia quale sia l'interesse omogeneo protetto, non potendo essere quello alla salvaguardia dell'ambiente la cui tutela è affidata alla procedura della prevenzione e della riparazione del danno ambientale, più volte richiamata.

81 Il presupposto dell'azione collettiva inibitoria consiste nel compimento «di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti» e l'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. riconosce la legittimazione attiva diffusa a favore di chiunque voglia «ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva».

82 Interesse – com'è noto – oramai pacificamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale: Corte cost., 31 marzo 2018, n. 58; ma già Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641).

prattutto intergenerazionale qual è quello del contrasto del cambiamento climatico[83], dove si profila un interesse diffuso alla conservazione delle condizioni di vivibilità per le generazioni future[84].

La seconda forma di concretizzazione della razionalità della preservazione prende, invece, la forma di un elemento in positivo della realità. L'interesse alla preservazione della risorsa può, infatti, assumere un rilievo squisitamente individuale e presentarsi come una delle finalità perseguite dal titolare della risorsa. In questa ulteriore manifestazione, la preservazione si affianca al godimento e allo sfruttamento economico della risorsa orientandone le forme di utilizzo. È forse questa la concretizzazione del principio di sostenibilità più interessante sul piano del rinnovamento del concetto di bene giuridico, nonché su quello delle tipologie di conflitto di cui essa può essere fomite ma anche criterio di risoluzione. In chiave di interesse positivo del titolare, l'obiettivo della preservazione legittima l'azione del titolare della risorsa nei confronti di quelle forme di utilizzo dissipatorio delle risorse naturali nella titolarità (in qualità di proprietario) o nella disponibilità (in qualità di concessionario) di terzi che mettono a repentaglio la conservazione del bene dell'attore. Si pensi a un intensivo impiego di pesticidi chimici da parte del proprietario di un terreno che rischia di compromettere, anche in termini di durabilità, l'integrità del suolo e della falda freatica del vicino, il quale, dunque, può agire *ex* art. 844 c.c.[85] al fine di preservare il proprio bene e le altre risorse naturali che su di esso insistono. E si pensi ancora all'esposizione alle acque salmastre dei fondi costieri in proprietà privata determinata dalla scelta del comune di non effettuare interventi di ripascimento della spiaggia, consentendo così l'acuirsi dell'erosione della costa da parte del mare, favorita dalle opere di ampliamento delle barriere del porto turistico. Questi e molti altri che sarebbe agevole prefigurare sono tipici conflitti proprietarî, che,

83 Cfr. R. Tiscini, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 343 ss., con la quale non si può tuttavia concordare quando sostiene che sul piano dell'interesse protetto cambia poco tra i contenziosi ambientali e le *climate change litigations*, costituendo le secondo il *genus* di cui i primi sono *species*.

84 Interesse che di recente il Trib. Roma, 26 febbraio 2024, n. 3552, in *Danno resp.*, 2024, 644 ss., con nota di V. Jacinto, *La prima decisione italiana sulla responsabilità climatica dello Stato: chiusura legittima o coraggio mancato?* ha escluso dal novero degli interessi soggettivi giuridicamente tutelati, includendoli nell'area degli interessi di fatto la cui valutazione è rimessa alle scelte discrezionali degli organi politici.

85 Sebbene sulla base di premesse diverse, ricorre alla tutela *ex* art. 844 c.c. anche A. Pisani Tedesco, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, cit., 56 ss., suggerendo una rilettura ammodernata del limite della "normale tollerabilità".

tuttavia, sono incentrati sul perseguimento attivo dell'interesse del proprietario agente alla conservazione dell'integrità e della capacità rigenerativa della risorsa naturale di cui è titolare. In altri termini, non v'è necessaria incompatibilità tra interesse individuale e attuazione del principio di sostenibilità, così come non v'è necessaria divergenza tra perseguimento dell'utilità individuale e perseguimento di valori morali o di fini politici consacrati in principî giuridici. Senza dubbio, così come non si può predicare l'assoluta incompatibilità tra interesse individuale e principî, allo stesso modo non si può ingenuamente assumere la costante convergenza tra la dimensione individuale e la prospettiva assiologica generale. Ecco perché la connotazione utilitaristica della sostenibilità propria del bene va sempre coniugata con la sua circoscrizione di ordine generale, in funzione del perseguimento del fine della preservazione del singolo bene e della precauzione ambientale.

6. La specificità degli animali

Gli animali costituiscono l'ambito problematico nel quale si è formata la più risalente tradizione di pensiero impegnata a scalfire l'antropocentrismo per attribuire un precipuo valore in sé ai viventi-non umani, se non addirittura per imporre una diversa prospettiva biocentrica.

Nell'analizzare lo statuto giuridico degli animali conviene adottare un canone metodologico particolarmente proficuo, che suggerisce di muovere dalle caratteristiche delle diverse tipologie di entità nel concettualizzare il bene e nell'individuare le forme di appartenenza cui affidare il processo di reificazione[86]. Tale criterio vale sempre e consente di meglio modulare le forme di utilizzo del bene che, in estrema sintesi, sono indicate con le formule: facoltà di godimento e potere di disposizione. Il canone della rilevanza delle caratteristiche intrinseche del bene diviene addirittura cruciale nel dibattito sulla qualificazione degli animali. Il loro tradizionale inquadramento nella categoria dei beni deve, infatti, fare i conti con il loro connotato di esseri senzienti, che sin dall'antichità non è passato inosservato. Cicerone, nel *De re publica*, ricordava che «Pitagora ed Empedocle avvertono che tutti gli esseri viventi hanno eguali diritti, e proclamano che pene inespiabili sovrastano a coloro che rechino offesa a un vivente». Jeremy Bentham, ne *Introduzione ai Principi della Morale e della Legislazione*, riconosce agli animali la natura di esseri senzienti, ossia esseri capaci di provare emozioni. Tale capacità di avvertire

86 A. Gambaro, *I beni*, cit., 98-99.

il piacere e il dolore rende per Bentham doveroso conferire loro equa considerazione, il che non implica di escludere che essi possano essere uccisi o sfruttati, ma impone di minimizzare, se non addirittura escludere, la loro sofferenza[87]. Sulla scia di Bentham, si deve a Peter Singer la fondazione della "questione animale" dal punto di vista etico-filosofico in chiave contemporanea, in una prospettiva che mira a contrastare le discriminazioni fondate sul concetto di specie[88] e privilegia l'esigenza di massimizzare la soddisfazione delle preferenze del maggior numero di esseri senzienti[89]. Addirittura Tom Regan teorizza i diritti degli animali, sul presupposto che gli uomini, a prescindere dal loro grado di razionalità (basti pensare ai bambini e agli incapaci di intendere e di volere), così come gli animali devono essere considerati soggetti-di-una vita, ossia esseri autocoscienti che nutrono desideri, speranze e sono in grado di pensare al futuro[90].

Nei sistemi giuridici occidentali è ancora prevalente la considerazione degli animali come *res* e, nella specie, beni mobili[91]. Per limitarci al sistema italiano, basti pensare alle indicazioni normative fornite dal codice civile. L'art. 820 c.c. qualifica i parti degli animali come frutti naturali; gli artt. 923 ss. prevedono espressamente gli animali come oggetto di acquisto della proprietà per occupazione; l'art. 1496 c.c. contempla il diritto sugli animali come possibile oggetto del contratto di vendita; l'art. 2052 c.c. equipara l'animale alle cose inanimate ai fini della fondazione della responsabilità nei confronti dei terzi del proprietario o di "chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso". Un segnale della disponibilità dell'ordinamento giuridico a mutare il paradigma, attribuendo rilievo alla natura di esseri senzienti degli animali, si è avuto con l'introduzione dell'art. 727, comma 2, c.p. che delinea una contravvenzione per l'abbandono di animali, sul presupposto della loro irriducibilità a semplici oggetti di diritti delle persone e della

87 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), trad. it. *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano, Torino, 1998, 420 ss. Sull'animalismo benthamiano v. G. Samek Lodovici, *L'utilità del bene*. Jeremy Bentham, l'utilitarismo e il consequenzialismo, Milano, 2004, 15-16.

88 Il termine "specismo" è stato invece coniato nel 1970 da Richard Ryder per indicare il tentativo di una specie di ottenere vantaggi a discapito delle altre: v. R.D. Ryder, *Speciesim Again: The Original Leaflet*, in *Critical Society*, 2010, 1 ss.

89 P. Singer, *Animal Liberation.* A New Etichs for Our Treatment of Animals, New York, 1975.

90 T. Regan, *The Case for Animal Rights*, Oakland, 1983, *passim*, in part. 253 ss.

91 Per un'accurata messa a punto v. F. Camilletti, *Gli animali: la progressiva evoluzione da oggetto a soggetto di diritto*, in *Nuovi beni e* new properties, a cura di A. Maniaci, Pisa, 2023, 211 ss.; ma v. anche G. Spoto, *Cibo, persona e diritti*, Torino, 2021, 155 ss.

loro capacità di provare sofferenza[92]. Una svolta ancora più decisa nel senso del riconoscimento giuridico dell'*animal welfare* si è avuta con il d.lgs. 20 luglio 2004, n. 189, "Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate", che ha introdotto il Titolo IX *bis* nel Libro II del codice penale "Dei delitti contro il sentimento per gli animali". L'art. 544 *bis* c.p. introduce il delitto di "uccisione di animali" stabilendo che «chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona la morte di un animale è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni». L'art. 544 *ter* c.p. tipizza, invece, il delitto di "maltrattamento di animali", sancendo che «chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche è punito con la reclusione da tre a diciotto mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 euro**.** La stessa pena si applica a chiunque somministra agli animali sostanze stupefacenti o vietate ovvero li sottopone a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi. La pena è aumentata della metà se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte dell'animale». L'art. 544 *quater* c.p. delinea il delitto di "spettacoli o manifestazioni vietati", per cui «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque organizza o promuove spettacoli o manifestazioni che comportino sevizie o strazio per gli animali è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni e con la multa da 3.000 a 15.000 euro. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in relazione all'esercizio di scommesse clandestine o al fine di trarne profitto per sé od

92 L'art. 727 c.p. prevede che «Chiunque abbandona animali domestici o che abbiano acquisito abitudini della cattività è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da 1.000 a 10.000 euro. Alla stessa pena soggiace chiunque detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di gravi sofferenze».

altri ovvero se ne deriva la morte dell'animale»[93]. Nelle previsioni penali viene assegnata centralità in chiave di individuazione del fatto di reato alla sofferenza e alla salute degli animali, così riconoscendone il rango di esseri senzienti. Che tutto ciò faccia segnare il conferimento agli animali della qualificazione di soggetti, ancorché non personificati, è contestabile, in quanto le stesse norme penali presuppongono che gli animali possano essere oggetto di diritti delle persone intorno ai quali si sono sviluppate attività economiche lecite, come l'allevamento e il trasporto, che poi hanno riflessi significativi anche sulle altrenattività produttive come l'abbigliamento, la cosmesi e l'arredamento. Se ne trae conferma dalla previsione dell'art. 544 *sexies* c.p. che, nel caso di condanna[94] per i delitti previsti dagli artt. 544 *ter*, 544 *quater* e 544 *quinquies* c.p., prevede che sia sempre ordinata la confisca dell'animale, salvo che appartenga a persona estranea al reato; e prevede altresì la sospensione da tre mesi a tre anni dell'attività di trasporto, di commercio o di allevamento degli animali se la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta è pronunciata nei confronti di chi svolge le predette attività.

Al di là della stucchevole retorica, sembra trovare conferma che l'orizzonte di comprensione del rapporto tra animale e uomo sotteso a questa nuova stagione normativa di valorizzazione della specificità degli animali quali esseri senzienti sia ancora quello delineato da Kant. Un orizzonte di senso nel quale il male nei confronti degli animali è in ultima istanza un male nei confronti dell'uomo sul presupposto che chi è crudele nei confronti degli animali è altrettanto insensibile verso l'uomo, sicché i doveri nei con-

93 L'art. 544 *quinquies* c.p. introduce una previsione ancora più specifica relativa "Divieto di combattimenti tra animali", stabilendo che **«**chiunque promuove, organizza o dirige combattimenti o competizioni non autorizzate tra animali che possono metterne in pericolo l'integrità fisica è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 50.000 a 160.000 euro. La pena è aumentata da un terzo alla metà: 1) se le predette attività sono compiute in concorso con minorenni o da persone armate; 2) se le predette attività sono promosse utilizzando videoriproduzioni o materiale di qualsiasi tipo contenente scene o immagini dei combattimenti o delle competizioni; 3) se il colpevole cura la ripresa o la registrazione in qualsiasi forma dei combattimenti o delle competizioni. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, allevando o addestrando animali li destina sotto qualsiasi forma e anche per il tramite di terzi alla loro partecipazione ai combattimenti di cui al primo comma è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 5.000 a 30.000 euro. La stessa pena si applica anche ai proprietari o ai detentori degli animali impiegati nei combattimenti e nelle competizioni di cui al primo comma, se consenzienti. Chiunque, anche se non presente sul luogo del reato, fuori dei casi di concorso nel medesimo, organizza o effettua scommesse sui combattimenti e sulle competizioni di cui al primo comma è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 5.000 a 30.000 euro**».**

94 E anche di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. (c.d. patteggiamento).

fronti degli animali sono doveri indiretti, perché doveri verso sé stessi e l'umanità[95]. Non si muove in senso distonico l'ABGB austriaco che, al § 285a sancisce «Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen». La proclamazione che gli animali non sono cose esprime il lodevole obiettivo di rimarcare la loro specificità, ma non mira a negare loro natura oggetti di diritti dell'uomo, come testimonia l'ultima parte della disposizione che estende agli animali le norme sulle cose in assenza di disposizioni specifiche[96]. Nello stesso orizzonte si colloca il § 90a BGB, che ricalca il precedente austriaco, ribadendo che gli animali non sono cose[97]. Nel sistema tedesco la specificità degli animali è stata riconosciuta anche a livello costituzionale: la riforma del 2022 della *Grundgesetz* ha introdotto il § 20a che impone allo Stato la tutela delle condizioni vitali della specie umana e degli animali[98].

In Italia, la specificità degli animali nel più ampio quadro dei beni giuridici[99] non si esaurisce, sul piano penale, nella speciale rilevanza delle sofferenze e della crudeltà loro in-

95 I. Kant, *Von den Pflichten gegen Tiere und Geister* (1785), *Dei doveri verso gli animali e gli spiriti*, in I. Kant, *Lezioni di etica*, Bari-Roma 1971, pp. 273 ss.

96 E infatti A. Gambaro, *I beni*, cit., 213 sottolinea la portata cultural/ideale del § 285° AGBG e delle altre disposizioni di area tedesca: «come ogni movimento di idee anche quello cui si è fatto cenno non può fare a meno di proclamazioni che svolgono funzioni identitarie e conferiscono quindi coesione al gruppo di persone che le condivide. La asserzione: "gli animali non sono cose" serve a tale scopo ed è certamente facilitata sotto il profilo espressivo dal collocarsi in ambiente giuridico tedesco ove, come si è ricordato, non si parla di un diritto dei beni, ma di un diritto delle cose. Sotto il profilo della disciplina giuridica tuttavia l'efficacia di tale proclamazione è subito limitata dall'indicazione per cui le regole relative alle cose si applicano anche agli animali, salvo deroghe».

97 Anche l'art. 641a ZGB svizzero è stato modificato nel 2002 sul modello delle norme austriaca e tedesca, riconoscendo espressamente che gli animali non sono cose: «Gli animali non sono cose. Salvo disciplinamenti particolari, le prescrizioni applicabili alle cose sono parimenti valide per gli animali».

98 E. Buoso, *La tutela degli animali nel nuovo art. 20a del* Grundgesetz, in *Quad. cost.*, 2003, 371 ss.

99 Nello stesso senso v. A. Gambaro, *I beni*, cit., 216 ss., pur in una prospettiva di sensibilità per il movimento di pensiero di riconoscimento della specificità degli animali: «è evidente che all'interno di una teoria dei beni gli animali senzienti non possono essere equiparati agli oggetti inanimati perché siffata equiparazione sarebbe scorretta dogmaticamente fornendo indicazioni errate» (*ibidem*, 216). Diversamente conclude E. Battelli, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2018, 35 ss., il quale reputa che gli indici normativi, nazionali e sovranazionali, militino nel senso di riconosce gli animali, specie quelli d'affezione, come centri autonomi di imputazione di posizioni di tutela, non più come meri oggetti di diritti ma come "esseri senzienti", non più collocabile nell'area semantica concettuale delle cose, tantomeno come "bene" di valore meramente economico (ibidem, 59).

flitte e, sul piano privatistico, nella speciale conformazione della facoltà di godimento e del potere di disposizione, le quali assumono contenuti diversi a seconda che l'animale sia da compagnia oppure da reddito nell'ambito dell'attività di allevamento. La distinzione è un'ulteriore conferma della perdurante realità degli animali o, se si preferisce, dalla prevalenza sul piano normativo del punto di vista antropocentrico[100], nonostante quel vasto movimento culturale che ne critica la conservazione, specie nella relazione uomo-animale[101], e che si è tradotto in un filone di studi accademici indicato, a livello globale, come *Animal Law*[102].

Tanto la categoria dell'animale d'affezione quanto quella dell'animale da reddito sono legislative. All'animale d'affezione fa ricorso l'art. 514 c.p.c. per annoverarlo tra le cose mobili impignorabili (art. 514, n. 6 *bis*)[103]. Tanto l'animale d'affezione quanto quello da reddito compaiono nell'art. 189 codice della strada che consacra l'obbligo di soccorso a carico dell'utente della strada, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento, a favore di colui che abbia subito un danno alla persona: il comma 9 *bis* estende l'obbligo di soccorso a favore degli «animali d'affezione, da reddito o protetti» che abbiano subito un danno nell'ambito di un incidente comunque ricollegabile al comportamento dell'utente della strada. Al "bestiame da lavoro o da allevamento" sono dedicate alcune disposizioni dell'affitto di fondi rustici (artt. 1641 ss. c.c.); mentre nell'art. 2135 c.c., sulla nozione legale di imprenditore agricolo, si fa espresso riferimento agli animali da allevamento[104]. Agli animali d'affezione è specificamente rivolta poi la legge 14 agosto 1991, n. 281, legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo, il cui art. 1 proclama che «lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente». Infine, la disciplina rinnovata del condominio negli edifici esclude che le norme del regolamento di condominio possano vietare di possedere o

100 Così v. anche F. Camilletti, *Gli animali: la progressiva evoluzione da oggetto a soggetto di diritto*, cit., 218.

101 Cfr. V. Pocar, *Gli animali non umani*. Per una sociologia dei diritti, Bari, 2005, *passim*.

102 M.E. Cooper, *An Introduction to Animal Law*, London, 1987, *passim*; D.S. Favre, *Animal Law*. Welfare, Interests and Rights[3], Aspen, 2019, *passim*.

103 Il comma 6 *ter* dell'art. 514 c.p.c. estende il regime di impignorabilità agli «animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli».

104 Sul punto v. R. Alessi-G. Pisciotta, *L'impresa agricola*, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano 2010, 87 ss., in part. 127 ss.

di detenere animali domestici (art. 1138, comma 5, c.c.). Questa è la comprensione del problema anche da parte del diritto privato europeo: l'art. 3, par. 5, dir. 2019/771 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, lascia agli Stati membri la scelta di «escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i contratti di vendita di: a) beni di seconda mano venduti in aste pubbliche; e b) animali vivi». Nel recepire la direttiva novellando il codice del consumo, il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170 ha esercitato la libertà di scelta includendo nella nozione di bene di consumo anche gli animali vivi (art. 128, comma 2 n. 3 cod. cons.)[105].

Com'è noto, la qualificazione di "animale d'affezione" è stata invocata in sede risarcitoria per tentare di fondare il riconoscimento del danno da lesione del rapporto affettivo-relazionale[106], il c.d. danno interspecifico[107], nonostante la netta chiusura sul punto

105 Sul punto v. R. Senigaglia, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile*, in *Dir. fam.*, 2021, 1772 ss., in part. 1781 e 1783.

106 In senso favorevole v. Trib. Rovereto, 18 ottobre 2009, dove si eleva al rango di "diritto inviolabile" *ex* art. 2 Cost. la tutela dell'animale d'affezione, sulla scorta dei recenti interventi novellistici (su tutti, la legge n. 189/2004) tendenti ad assicurare speciale protezione agli animali mediante lo strumentario repressivo penalistico. In senso contrario v., invece, Trib. Milano, Sez. V Civ., 20 luglio 2010, n. 9453; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 12 gennaio 2011, in Danno *resp.*, 2011, 661 ss., con commento di G. Ponzanelli, *Danno da perdita di animale di affezione: un no campano*; Trib. Catanzaro, 5 maggio 2011, in *Danno resp.*, 2012, 187 ss., con commento di G. Ponzanelli, *Nessun risarcimento per la perdita dell'animale di affezione: la conferma del giudice di Catanzaro*

107 P. Donadoni, *Il danno non patrimoniale interspecifico*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Castiglione-L. Lombardi Vallauri, V, *La questione animale*, Milano, 2011, 557 ss.; Id., *Il "danno interspecifico" per la perdita della relazione con l'animale d'affezione*, Torino, 2024, *passim*, in part. 44 ss.; F. Poggi, *Cuore di cane. Sul risarcimento del danno non patrimoniale interspecifico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 237 ss.

manifestata dalle Sezioni unite della Cassazione[108]. Ed essa è al centro di un dibattito nell'ambito delle crisi familiari, dove si è posto il problema dell'adozione di provvedimenti giudiziali anche relativi al legame affettivo con l'animale, risolti sinora, in assenza di accordi tra i coniugi, nell'ottica della tutela del superiore interesse del minore, tenuto conto dell'intensità del rapporto che connota il rapporto tra bambini e animali d'affezione[109]. Addirittura, nell'ambito di una controversia insorta tra due ex conviventi *more uxorio*, si è giunti all'estremo di applicare per analogia l'istituto dell'affidamento condiviso al fine di risolvere la controversia relativa al rapporto con l'animale d'affezione rimasto con uno degli ex conviventi[110].

Sul piano civilistico, la particolarità degli animali, quali esseri senzienti, travalica la prospettiva penalistica del contrasto delle forme di impiego inutilmente crudeli e incuranti della salute animale, e si sviluppa anche, se non soprattutto, nell'orizzonte dello sviluppo sostenibile: quell'orizzonte nel quale assume rilevanza quello che si è denominato "interesse alla preservazione", il quale qui non è però circoscritto alla gestione conservativa del bene, ma si carica dell'ulteriore *necessitas iuris* di garantire il benes-

108 Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, la quale ha ritenuto che correttamente «non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale». Su tale passaggio delle sentenze delle Sezioni unite v. la critica di P. Donadoni, *Notazioni minime ed estravaganti sul danno non patrimoniale "interspecifico" per l'uccisione dell'animale d'affezione*, in *Pol. dir.*, 2011, 351ss. Nello stesso senso delle Sezioni unite v. già Cass., 27 giugno 2007, n. 14846, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2270 ss., con nota di D. Chindemi, *Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità* ex *art. 2059 c.c.*; in *NGCC*, 2008, I, 211 ss., con nota di commento di G. Cricenti, *Il danno al valore di affezione: il cavallo e il congiunto* secondo cui «la perdita del cavallo in questione, come animale da affezione, non sembra riconducibile sotto una fattispecie di un danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente protetta. La parte che domanda la tutela di tale danno, ha l'onere della prova sia per l'*an* che per il *quantum debeatur*, e non appare sufficiente la deduzione di un danno *in re ipsa*, con il generico riferimento alla perdita delle qualità della vita. Inoltre la specifica deduzione del danno esistenziale impedisce di considerare la perdita, sotto un profilo diverso del danno patrimoniale (già risarcito) o del danno morale soggettivo e transeunte».

109 Trib. Sciacca, 19 febbraio 2019.

110 Trib. Roma, 12-15 marzo 2016, n. 5322, resa nell'ambito di una controversia sorta dal ricorso presentato da una signora nei confronti dell'ex compagno, il quale, dopo alcuni anni dalla rottura della loro relazione sentimentale, le avrebbe sottratto il suo cane, al fine di vederlo condannare alla sua restituzione nonché al risarcimento dei danni subiti e dalla stessa quantificati in € 15.000,00.

sere dell'animale[111]. Si è al cospetto di una piegatura in chiave non soltanto utilitaristica della preservazione del bene-animale, che risente della natura vivente e senziente del bene e, dunque, del suo essere un valore in sé, del tutto indipendente dai bisogni umani che il bene è capace di appagare. Di tutto ciò si è reso interprete il legislatore, in sede di modifica dell'art. 9 Cost., che, in tal modo, è stato allineato alla sensibilità per il benessere animale recepito già dall'art. 13 TFUE, il quale sancisce che «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale»[112]. Nella già menzionata novella dell'art. 9 Cost. è stato inserito l'esplicita previsione per cui «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»[113].

7. Conclusioni.

Lo studio dell'influenza del principio di sostenibilità sulla materia dei beni ha offerto una conferma che risultati duraturi e pienamente appaganti si possono raggiungere soltanto sottoponendo la normatività dei principî a un accorto processo di *Mittelbare*

111 E infatti A. Gambaro, *I beni*, cit., 218 conclude che «le situazioni di appartenenza sugli animali, e massimamente sugli animali da compagnia, è fortemente conformata in contemplazione del loro oggetto. Nel caso specifico della proprietà di animali da compagni si tratta di una proprietà lontanissima dal paradigma di cui all'art. 832 c.c. perché l'esercizio dei poteri dominicali è tendenzialmente rovesciato. Tale esercizio è infatti funzionalizzato, ed al primo posto nella scala dei fini proprietari si colloca il benessere dell'animale; come dire che l'interesse dell'oggetto prevale sull'interesse del soggetto proprietario».

112 Sul valore sistematico dell'art. 13 TFUE v. Spoto, *Cibo, persona e diritti*, cit., 166 ss.

113 Sul punto v., soprattutto, U. Izzo, *Il nuovo art. 9 Cost. e la tutela degli animali riservata alla legge dello Stato: il Legislatore (non) può attendere*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2024, 91 ss.

Drittwirkung[114]. Soltanto convogliando la normatività diretta dei principî e dei diritti fondamentali nei canali dell'interpretazione dei testi normativi ordinari e della dogmatica è possibile, infatti, tradurne i contenuti in forme di pensiero stabili e generali, adeguate a garantire il principio di eguaglianza, piuttosto che nel pensiero frammentato e casistico. In questo orizzonte, i principî e i diritti fondamentali possono svelare potenzialità di senso dell'enunciato delle norme a impianto analitico, le c.d. regole, rimaste inespresse. Ed è esattamente ciò che è stato possibile ricavare dall'art. 810 c.c., e dalla complessiva disciplina codicistica dei beni, grazie all'influsso del principio di sostenibilità. I principî e i diritti fondamentali possono anche esprimere una normatività che consente di ridefinire contenuto, ampiezza e funzione delle categorie dogmatiche, includendovi elementi di realtà ulteriori, così da favorire l'arricchimento e l'estensione della disciplina che ruota intorno alla categoria rivisitata. Ed è esattamente ciò che è stato possibile fare con riguardo alla categoria complessiva di "bene giuridico", arricchendo il tessuto normativo del Libro III del codice civile con l'obiettivo della preservazione delle risorse nell'interesse attuale e in quello delle generazioni future ed estendendo la tutela *in rem* oltre l'area della realtà in senso stretto intesa, prima a favore delle forme di pensiero creative di natura artistica o di applicazione produttiva sino a talune delle oggettività indicate genericamente come nuovi beni.

114 Al tema della *Drittwirkung* ho dedicato alcuni studi: F. Piraino, *Buona fede, ragionevolezza e* «efficacia *immediata» dei principî*, Napoli, 2017, 53 ss.; Id., *L'applicazione diretta dei diritti inviolabili*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1277 ss. Sul punto v. soprattutto C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 37 ss.; Id., *L'aporia tra* ius dicere *e* ius facere, in *Europa dir. priv.*, 2016, 981 ss.; Id., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, *ivi*, 2017, 764 ss.; E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*. Effettività e *Drittwirkung* ripensando la complessità giuridica, Torino, 2017, *passim*, in part. 85 ss.; C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, *passim*, in part. 15 ss.; P. Femia, *Princípi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, *passim*, in part. 46 ss. nonché Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati*. Un percorso nella dottrina tedesca, a cura di P. Femia, Napoli, 2018, *passim*.

Profili critici della banca come servizio (bank as a service)

EDOARDO RULLI
Funzionario della Commissione europea
Direzione generale della Stabilità finanziaria
dei servizi finanziari e dell'Unione dei
mercati dei capitali (FISMA)

1. La banca come impresa multiservizi

La banca è un'impresa che presta servizi. L'assunto non è smentito dall'utilizzazione generalizzata del termine *prodotto*, in luogo di *servizio*[01], in materia finanziaria (prodotto bancario, p. finanziario, p. assicurativo etc.). Sono servizi la raccolta e, poi, la tenuta, dei depositi. È un servizio l'erogazione del credito[02]. Sono servizi in senso stretto tutte quelle attività che la banca presta insieme all'attività tipica, quali i servizi di pagamento e quelli di investimento. Nella maggior parte dei casi, si tratta di servizi che la banca presta in forza di contratti tipici, spesso regolati dal codice civile[03].

L'attività tipica e caratterizzante della banca consiste nella raccolta dei depositi e nell'erogazione di crediti. Come vuole la giurisprudenza sarebbe meglio dire che la banca si caratterizza in quanto la sua attività tipica consista nella raccolta di depositi *per* eroga-

* Le opinioni espresse dall'autore sono personali e non riflettono necessariamente quelle dell'Istituzione di appartenenza.

01 Si tratta, evidentemente, di anglicismi penetrati nella lingua italiana per l'uso che se ne fa tra gli operatori di mercato e per il tramite del recepimento di direttive comunitarie prima, ed europee poi. Nel codice civile (1942) la parola *prodotto* è utilizzata solo nella materia agraria, con riferimento ai prodotti della terra e quale participio passato verbo produrre. Nel testo unico bancario originario (1993) la parola *prodotto* fa riferimento a elementi fisici, cfr. articolo 46 t.u.b. in materia di costituzione di privilegi. Il termine fa il suo ingresso nel nostro ordinamento con il testo unico della finanza (1998) e va via via consolidandosi nel senso – prima alieno all'italiano – di "prodotto immateriale" che reca in sé una componente finanziaria. Nel testo unico bancario modificato a seguito del recepimento di direttive europee, si afferma anche l'utilizzazione del termine prodotto nella nuova accezione, cfr., per tutti, articoli 120-*terdecies* e 120-*octiesdecies*.

02 Cfr. l'articolo 10 del testo unico bancario d.lgs. 385/1993, d'ora in avanti "t.u.b.".

03 La notevole eccezione è ovviamente il contratto di deposito in conto corrente, che è un contratto socialmente tipico elaborato dalla prassi ma non regolato dal codice civile. B. Visentini, *Note sul conto corrente bancario*, in Banca borsa tit. cred., 1950, II, 384, nt. 1; M. Porzio, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, Tratt. Rescigno, 12 (Torino 1985), 914. V. anche Cass. 26 maggio 1954, n. 1692, Banca borsa tit. cred., 1955, II, 7.

re crediti[04]. Perché si abbia la fattispecie "banca", il denaro da questa raccolto presso il pubblico deve essere impiegato per concedere crediti.

La sfumatura tra una mera endiadi - raccogliere depositi *e* concedere crediti - e il necessario collegamento funzionale - raccogliere depositi *per* concedere crediti - è decisiva[05]. Un'impresa che raccolga depositi ma non li impieghi in attività di credito non sarebbe una banca. Un'impresa che conceda prestiti senza raccogliere depositi non sarebbe una banca. Deve esserci, in diritto, il collegamento funzionale tra quelle due attività, che poi è quello che, in economia, è la funzione di trasformazione delle scadenze dell'attività bancaria. Ma se, fino a qualche anno fa, la banca raccoglieva depositi per erogare crediti, oggi la banca presta molti altri servizi o, se si preferisce trapiantare anglicismi, offre molti altri prodotti. Ciò può rendere difficile identificare i contorni dell'attività bancaria[06], perché, come è stato efficacemente sostenuto, la stessa nozione di banca è mobile[07].

Mentre sappiamo cosa ci vuole perché un'impresa sia banca, non è altrettanto chiaro quale sia il limite per così dire "esterno" della nozione di banca, quali siano cioè i confini ultimi oltre i quali l'impresa che raccoglie depositi per erogare crediti sia non solo una banca ma anche qualcosa di diverso.

La banca è, nelle sue manifestazioni più complesse, un'impresa che mette assieme una serie di attività economiche sino a creare una "catena del valore" attraverso la quale presta una serie di servizi, certamente finanziari (depositi, investimenti, pagamenti) ma anche, da ultimo, non finanziari. Si pensi al ruolo che, in alcuni paesi, le banche svolgono a servizio delle amministrazioni pubbliche, quali riscossori di tributi o quali enti certificatori dell'identità di una persona nel contesto digitale. Nonostante l'elasticità della normativa bancaria europea e italiana, il rischio che queste attività non siano sufficientemente monitorate dal supervisore è concreto[08]. Le norme in materia di consolidamento consentono ai supervisori di catturare le attività non bancarie nel perimetro del gruppo bancario vigilato (articoli 18 e 19 del Regolamento UE no. 575/2013), ma non è detto che la vigilanza bancaria sia sempre in grado di individuare quali aspetti dell'attività debbano essere vigilati e quali non. Il perimetro di ciò che l'impresa banca può fare è talmente dilatato che alcune banche sono vere e proprie imprese multiservizi. Alcune tra esse, peraltro, ottengono il grosso dei ricavi da attività tradizionalmente definite

04 In questi termini, cfr. la giurisprudenza europea, in particolare la sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 16 novembre 2023, nella Causa C-427/22, ECLI:EU:C:2023:877, non pubblicata.

05 Cfr. ancora la sentenza menzionata nella nota che precede. La Corte evidenzia tale collegamento funzionale e se si premura di precisare come non sia necessario che tutti i crediti erogati dalla banca provengano dai depositi raccolti: "... deposits or other funds taken from the public are intended for granting credits, although it cannot be ruled out that credits may also be granted from funds that come from other sources".

06 EBA, Opinion of the European Banking Authority on elements of the definition of credit institution under Article 4(1), point 1, letter (a) of Regulation (EU) No 575/2013 and on aspects of the scope of the authorization, 18 settembre 2020.

07 R. Lener, *Regolazione fintech e testo unico bancario*, in *A 30 anni dal Testo unico bancario (1993-2023): The Test of Time*, Atti del convegno Banca d'Italia – ADDE, Roma, 11-12 dicembre 2023, p. 61.

08 Sulla "elasticità" del t.u.b. cfr. O. Capolino, *Il Testo Unico Bancario e le sfide future*, in A. Brozzetti (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*, Milano, 2016, pp. 37 ss.

"ancillari" rispetto a quelle bancarie tipiche e che, a ben vedere, poco o nulla hanno a che vedere con l'attività bancaria tipica, tanto che, in alcuni casi, la banca trae profitti dalla prestazione di servizi che non sono oggetto di riserva di attività e non sono vigilati dal supervisore.

A questo fenomeno di dilatazione dell'impresa bancaria, va affiancandosi un fenomeno di segno opposto. Alcune imprese non bancarie, soprattutto ad alto contenuto tecnologico, sono entrate sul mercato dei servizi finanziari per erodere quote di mercato occupate dalle banche o, in altri casi, volendo offrire servizi percepiti come bancari dal pubblico, quali i servizi di pagamento, senza il bisogno di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. Da questa esigenza commerciale nasce l'idea della *banca come servizio* (o, meglio sarebbe dire, attività bancaria come servizio). Un'idea di certo non radicalmente innovativa, visto che la banca è all'origine un'impresa di servizi, ma che nell'accezione contemporanea di *Bank as a Service* assume un significato diverso.

2. La banca come servizio (*Bank as a Service*, *BaaS*)

Le espressioni "banca come servizio" o "attività bancaria come servizio" indicano una forma di prestazione di servizi bancari da parte di soggetti non bancari, quasi sempre attraverso forme di cooperazione tra questi e una banca. Per semplificare, si potrebbe pensare a una sorta di *joint venture* o altra forma contrattuale, nella quale la banca conferisca la sua autorizzazione dietro pagamento di un prezzo e l'altra (o le altre) imprese non bancarie conferiscano una qualche tecnologia o un potenziale avviamento soggettivo. Si pensi, qui, ai *social network* e alla massa di loro utenti, che sono tutti potenziali clienti di servizi anche bancari.

Quello di prestazione dell'attività bancaria come servizio (*Bank as a Service* o *BaaS*) è un concetto ampio[09], con il quale si possono definire tutte le forme di impresa basate su contratti con cui una banca o un'altra impresa vigilata (istituto di pagamento, impresa di investimento) offra i propri servizi *per il tramite di altri soggetti*. Questi ultimi sono spesso imprese che perlopiù operano in ambito digitale, che fanno da interfaccia tra la banca e il cliente finale, e che operano, a seconda del regime normativo, come "agenti" o sotto altre forme di partenariato con la banca medesima. Si tratta, spesso, di contratti che nella sostanza prevedono una forma di *outsourcing*, nei quali la banca offre ad altri soggetti null'altro che la possibilità di accedere ad un'attività riservata (quella bancaria) senza avere la licenza bancaria.

Per la banca, il BaaS è un modo per aggredire una clientela alla quale altrimenti non avrebbe avuto accesso. Per la non-banca che si interfaccia con il cliente, il vantaggio è quello di potersi presentare al cliente come un'impresa fornitrice di servizi, anche bancari.

Le forme di cooperazione che si sono appena accennate potrebbero importare vantaggi anche per i clienti e, più in generale, per il mercato, favorendo la concorrenza tra fornitori di servizi tradizionali e fornitori di servizi innovativi. Tuttavia, tale intermediazione può anche introdurre rischi. Come l'esternalizzazione da parte di terzi, la banca

09 Molti lavori recenti ne tracciano le caratteristiche, ma non mi pare che si sia giunti a una definizione condivisa G. I. Abdrakhmanova et al., *Digital transformation of industries: starting conditions and priorities: report. to XXII*, 2021, p. 239; E.M. Grigorieva, *The Impact of Digitalization on the Introduction of Innovations into BFSI Activities*, in D.B. Vukovic, M. Maiti, E.M. Grigorieva (a cura di), *Digitalization and the Future of Financial Services*, 2022, Cham.

come servizio alimenta nuove interdipendenze tra banche, fornitori di servizi finanziari autorizzati, e imprese non vigilate. Su questo ultimo punto si tornerà *infra* (paragrafi 5 e 6).

3. *Bank as a Service*: un modello emerso per errore? Il caso Lydia

Non è agevole individuare l'origine del modello imprenditoriale dell'attività bancaria come servizio, anche perché questo tipo di strutture imprenditoriali sono via via comparse in paesi diversi e con tempistiche non omogenee. Ciò è accaduto negli Stati Uniti, nel Regno Unito e in alcuni paesi europei – oltre che in Cina, dove alcuni conglomerati non finanziari – come *WeChat* e *Tencent* – hanno adottato modelli economici basati sulla commistione di servizi non finanziari e finanziari sin dagli anni '10 del secondo millennio[10], lanciando su scala globale il modello di conglomerato "tutto in uno" accessibile da una applicazione per cellulare e dispositivi mobili (nel gergo tecnico: *all-in-one app*; che siano proprio *WeChat* e *Tencent* le prime imprese "ecosistema" di cui si parlerà *infra*?).

In Europa, la comparsa di neo-banche e di imprese che operano insieme con le banche è avvenuta in due fasi.

La prima fase è quella dell'apertura di un mercato dei pagamenti al di fuori del mercato bancario[11]. Un ruolo centrale in questo caso ha giocato la prima direttiva sui servizi di pagamento (PSD1), adottata nel 2007, la quale si proponeva di armonizzare il quadro giuridico dei pagamenti per contribuire a creare un mercato dei pagamenti integrato nell'UE. Proprio mentre le regole della PSD1 iniziavano a sedimentare, i pagamenti elettronici hanno iniziato a crescere esponenzialmente, soprattutto grazie alle innovazioni tecnologiche che hanno interessato il mercato dei pagamenti al dettaglio, basti qui pensare all'avvento del commercio online o alla progressiva trasformazione di telefoni cellulari in terminali di pagamento. Queste circostanze hanno poi indotto il legislatore europeo all'adozione della seconda direttiva sui servizi di pagamento (PSD2) nel 2015, la quale voleva proprio rispondere alla necessità di migliorare la protezione e la sicurezza degli utenti e regolare i nuovi tipi di servizi di pagamento diffusisi successivamente all'adozione della PSD1. L'esito di questa prima fase è che PSD1 e PSD2 hanno aperto allargato il mercato dei pagamenti a nuovi attori, che non hanno bisogno di autorizzazione bancaria (istituti di pagamento e istituti di moneta elettronica)[12].

---

10 Cfr. Joint European Supervisory Authority, *Response to the European Commission's February 2021 Call for Advice on digital finance and related issues: regulation and supervision of more fragmented or non-integrated value chains, platforms and bundling of various financial services, and risks of groups combining different activities*, disponibile online sui siti di EBA, ESMA ed EIOPA, 31 gennaio 2022.

11 Cfr. V. Santoro, *Gli istituti di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, a cura di Rispoli Farina e altri., Milano 2009, p. 50. Salamone, *Lo status concorrenziale delle imprese di intermediazione nei servizi di pagamento*, in Commentario breve al diritto della cambiale, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento, a cura di Salamone e Spada, Padova, 2008, p. 767; V. Falce, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza,* in Banca borsa e titoli di credito, 2008, 61, 5, p. 558 ss.

12 Sul ruolo giocato dalla PSD2 nel favorire l'emersione del modello di banca come servizio cfr. anche M. Bevilacqua – C. Spagnuolo, *I nuovi intermediari autorizzati nel 2021-2023: tendenze e modelli innovativi*, Banca d'Italia, note di stabilità finanziaria no. 40, 2024.

La seconda fase, in parte ma non del tutto sovrapposta alla prima fase, si deve al cambiamento da parte dei consumatori: i pagatori, inclusi i pagatori al dettaglio (*retail*), hanno progressivamente abbracciato l'utilizzazione della moneta elettronica a scapito del contante[13]. Il settore dei pagamenti elettronici è cresciuto esponenzialmente in ragione della crescente digitalizzazione dell'economia: negli ultimi 15 anni pagatori e pagati hanno del tutto superato gli scetticismi e le paure legate al pagamento "con la carta" e "online". Anche in quei paesi, come l'Italia (ma si potrebbero citare anche la Germania e l'Austria) in cui la circolazione del contante è rimasta significativa, i pagamenti elettronici sono diventati comunissimi, in particolare durante l'esperienza del Covid-19. Basti qui rilevare come i pagamenti digitali in Italia siano quasi raddoppiati nel quinquennio 2018-2023, passando dai 7 miliardi di operazioni nel 2018 ai 12 miliardi di operazioni nel 2023[14]. Questo cambiamento non è stato guidato dalle sole banche, ma da imprese ad alto contenuto tecnologico. Basti qui fare un esempio concreto: *Paypal* non è una banca, non raccoglie depositi, ma è oggi uno dei più grandi gestori di moneta del pianeta. Si è quindi venuta a creare una divaricazione tra soggetti che custodiscono moneta (le banche tradizionali) e soggetti che facilitano i pagamenti con moneta (non-banche fintech)[15].

Questa accelerazione si deve anche alla diffusione di interfacce di programmazione applicativa (*application program interfaces* o API), le quali hanno reso possibile dare vita a strumenti digitali con un impatto economico dirompente, che hanno ridotto i costi e i tempi dei pagamenti[16].

La capacità di emulare da remoto con le API l'architettura di vari modelli di attività economica (*e-commerce* in luogo di un negozio fisico, *remote banking* in luogo dell'accesso a una filiale di banca) o di crearne di nuovi (le piattaforme *social media*)[17] è aumentata costantemente da quando supportavano principalmente le interazioni dell'internet tramite *browser*[18]. Le API offrono, in sostanza, la possibilità di utilizzare l'internet per facilitare la comunicazione tra computer e altre macchine, consentendo a più hardware e/o più software di condividere dati[19].

In Europa, uno dei casi emblematici di questa crescita si può trovare Francia. Si tratta dell'impresa denominata *Lydia*, incorporata nel 2011, lanciata sul mercato nel 2013 come applicazione (app) di pagamenti e giunta ad avere milioni di otto milioni di clienti

13 G. Farrow, *Open Banking: The Rise of the Cloud Platform*, in *Journal of Payments Strategy & Systems* 2020, 14: 128–46.

14 Sole 24 Ore, *Boom di pagamenti digitali ma i margini si assottigliano*, di L. Incorvati, 16 ottobre 2024.

15 Il punto è al centro della tesi di D. Awrey, *Beyond Banks: Technology, Regulation, and the Future of Money*, Princeton, 2024

16 F. Sartori, *Attività bancaria e processi di transizione*, in Rivista trimestrale di diritto dell'economia, 2024, 1, supplemento, p. 276.

17 P. Sironi, *Banks and Fintech on Platform Economies: Contextual and Conscious Banking*, John Wiley & Sons, Incorporated, 2021.

18 M. Zachariadis, and P. Ozcan, *The API economy and digital transformation in financial services: The case of open banking*, Comparative Political Economy: Regulation eJournal, 2017, p. 334.

19 J. Martinez Resano, *Regulating for Competition with Bigtechs: Banking-As-A-Service and Beyond Banking*, 2021, disponibile su ssrn.com.

nel 2024. Quest'impresa, nata come istituto di moneta elettronica, si presenta, pur non essendolo, come una banca, tanto da promuoversi con messaggi commerciali che offrono ai clienti un interesse del 4% sui conti correnti *bancari*. Quei depositi che Lydia raccoglie presso il pubblico sono poi effettivamente tenuti presso una banca[20]. Benché Lydia sia un istituto di pagamento, è chiaro l'intento di aggredire il mercato delle banche. Un esito che probabilmente va oltre l'originaria volontà del legislatore della PSD, il quale aveva avvertito la necessità di aprire il mercato dei pagamenti alla concorrenza di ad altri soggetti e che, forse, non immaginava che meno di vent'anni dopo, sarebbero stati quei nuovi soggetti ad aggredire il mercato bancario.

La circostanza non deve spaventare: è anzi in una qualche misura auspicabile, ove si creda nei benefici dell'economia di mercato, che la concorrenza *sul* (e *al*) mercato bancario aumenti[21]. La questione è se l'attività bancaria, o parti di essa come la raccolta di fondi presso il pubblico, possa essere legittimamente lasciata a soggetti che non hanno l'autorizzazione bancaria, non rispettano le regole prudenziali proprie delle banche e non sono sottoposti alla vigilanza bancaria[22].

Come è peraltro sempre più chiaro a livello globale, molti soggetti che nascono come istituti di pagamento, desiderano poi ottenere la piena legittimazione, se così si puo' dire, attraverso l'ottenimento della licenza bancaria. In questo senso, plastico è l'esempio della società di pagamenti *Airwallex*, fondata in Australia, avente sede a Singapore, e ora in cerca di autorizzazione bancaria nel Regno Unito e negli Stati Uniti[23].

4. Attività bancaria come servizio: tentativo di stilizzazione di schemi contrattuali plurilaterali

Nella fattispecie di prestazione dell'attività bancaria come servizio vi è una costante: la banca non presta servizi bancari direttamente ai clienti, ma in via mediata. La banca, quindi, offre la propria licenza bancaria a terzi, come in un contratto di esternalizza-

20 *Lydia* resta un istituto di pagamento, oggi ri-denominato *Sumeria*. Il conto remunerato al 4% è pubblicizzato da *Sumeria* e da questa raccolto presso il pubblico, salvo poi essere trattenuto presso una delle più grandi banche francesi cfr. https://sumeria.eu/en/

21 Il *trend* è chiaro ed è emerso al di fuori del sistema bancario, cfr. P. Lucantoni, *L'«high frequency trading» nel prisma della vigilanza algoritmica del mercato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, n. 1, p. 297.

22 Nonostante il dibattito sulla digitalizzazione della vigilanza, che comprende anche il dibattito sull'adattamento della vigilanza alle nuove forme che l'impresa vigilata va via via assumendo, cfr., fra gli altri, A. Perrone, *La Nuova Vigilanza. RegTech e Capitale Umano*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 4, 2020, p.5 16.

23 A. Quinio, *Singapore start-up Airwallex to seek UK and US banking licences*, in *Financial Times*, 7 aprile 2025.

zione[24]. L'intermediario non-banca, quindi, può prestare servizi bancari e non, offrendo "pacchetti" di prodotti e servizi che altrimenti non potrebbe offrire - la parola italiano *impacchettamento* purtroppo ha dovuto soccombere all'apparentemente più efficace *bundling*.

Se si muove dalla prospettiva dell'utente - che è qui, solo indirettamente, cliente bancario -, lo schema contrattuale proposto dalla non-banca che offre servizi BaaS è semplice. Si pensi a un contratto di servizi bilaterale tra la non-banca e il cliente/utente. La non-banca potrebbe presentarsi come prestatore di servizi bancari (ad esempio, un conto, un IBAN), tecnologici (ad esempio, servizi *cloud*) e di altro tipo (ad esempio, fatturazione digitale, redazione del bilancio). Il vantaggio per il cliente/utente sarebbe evidente. A questi basterebbe scaricare una *app* sul proprio telefono e sottoscrivere un solo contratto per ottenere servizi che, altrimenti, avrebbe dovuto cercare presso tre distinti fornitori.

Ove si voglia muovere dalla prospettiva della non-banca che intermedi servizi tra la banca e il cliente, lo schema contrattuale diverrebbe più complesso. La relazione sarebbe plurilaterale nella maggior parte dei casi. Si avrebbero, in particolare:

- una banca, cioè l'unico soggetto munito di autorizzazione bancaria che possa raccogliere depositi presso il pubblico, garantendo peraltro il beneficio della protezione dei depositi sino a 100.000 euro (in alternativa alla banca, questa parte contrattuale può essere occupata da un istituto di pagamento munito della relativa licenza, che non potrebbe offrire la garanzia dei depositi, ma sarebbe comunque soggetto a un obbligo di segregazione[25] dei fondi dei clienti);

- una non-banca, generalmente un'impresa a contenuto tecnologico digitale (ad esempio una 'piattaforma') che offra alla banca una infrastruttura attraverso la quale avere accesso a nuovi mercati;

- ove non coincidente con la non-banca, nel rapporto contrattuale potrebbe inserirsi un terzo soggetto prestatore di servizi, il quale offra la tecnologia necessaria per integrare servizi non bancari (fatturazione, identificazione utenti etc.) con quelli bancari tipici per poi consentire alla non-banca di offrirli sul mercato.

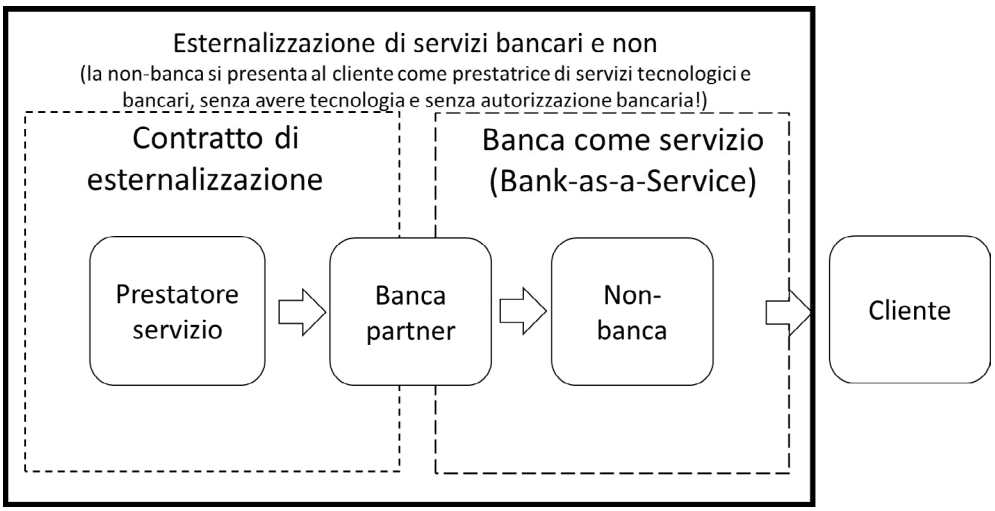
In sostanza, nello schema plurilaterale di che trattasi, ricorrono almeno tre fattispecie

24 In dottrina, il dibattito sulla natura del contratto era un tempo confinato nell'ambito della disciplina degli appalti, e si discuteva essenzialmente se il contratto di *outsourcing* potesse essere assimilato a un appalto o a una subfornitura, cfr. il termine outsourcing G. Gioia, *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 901. Da ultimo, in tema: A. Cardani, I. Girardi, *Impresa bancaria ed esternalizzazione di servizi tecnologici*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2/2024, pp. 594-631. In precedenza, anche per le origini del fenomeno, v. F. Delfini, in *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 69 e ss. Più di recente, v. Pierazzi, *L'outsourcing*, in *Contr. e impresa*, 2009, 1356. Peraltro, la stessa Cassazione (purtroppo) utilizza il termine outsourcing, definendolo peraltro come "il fenomeno che comprende tutte le possibili tecniche mediante cui un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi che sono estranei alle competenze di base" (Cass. 6 ottobre 2006, n. 21287, in Foro It., 2007, I, 106, n. Costo, e in Giur. It., 2007, 2729, n. Totaro, Outsourcing e trasferimento di parte dell'azienda).

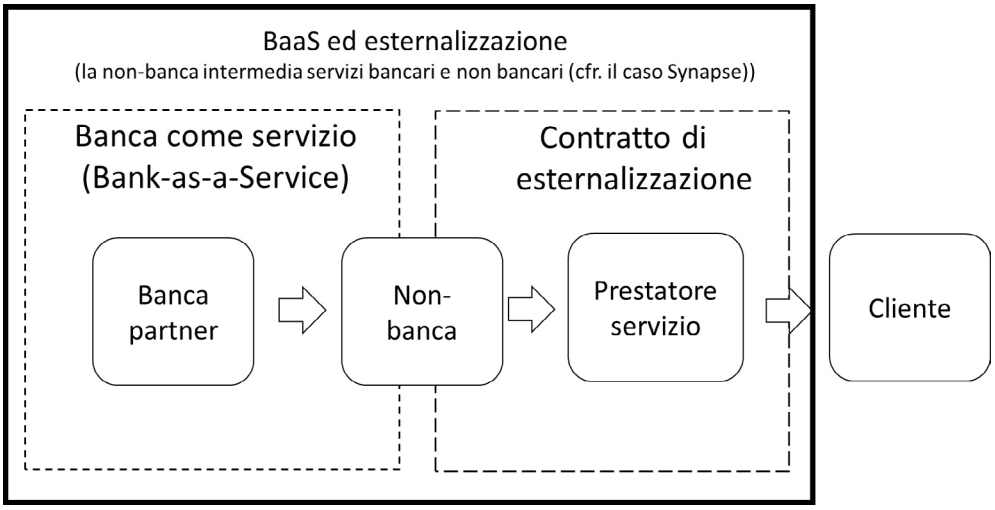
25 In tema, v. C. Avolio, *La segregazione patrimoniale negli istituti di pagamento*, in *Banca borsa*, 2021, 429-461.

contrattuali: un contratto di esternalizzazione, un contratto di distribuzione e un contratto di prestazione dei servizi. Gli schemi sono variabili e le possibili combinazioni molteplici. Di seguito se ne propongono tre stilizzazioni.

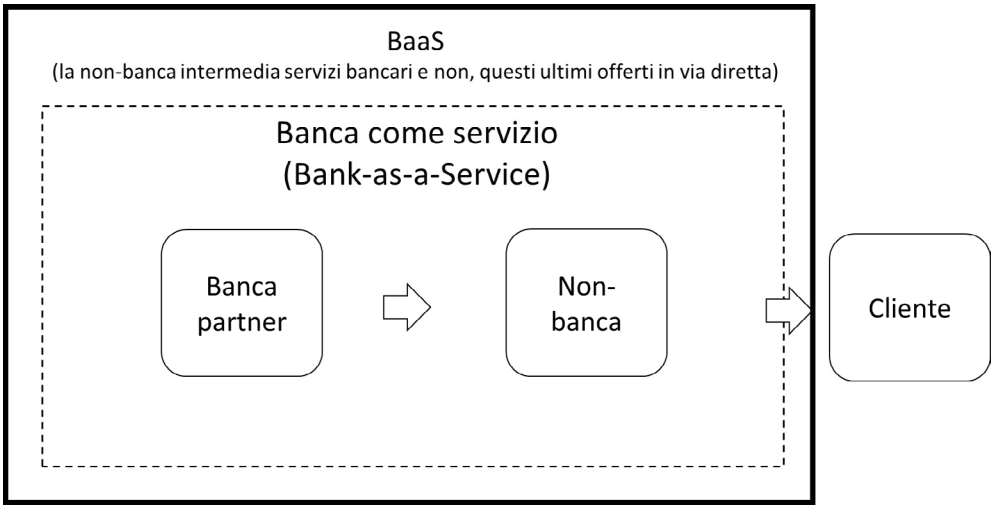
Stilizzazione 1: La non-banca conclude con la banca un contratto con il quale la banca si impegna a prestare servizi bancari e non bancari. La non-banca si impegna a distribuire, dietro pagamento di una commissione, i servizi (bancari e non) presso la clientela.



Stilizzazione 2: La non-banca è un intermediario tra la banca e il prestatore di servizi (come nel caso *Synapse*, si veda *infra*). Quest'ultimo presta servizi, spesso digitali, attraverso una piattaforma o *app*. Il cliente ha a che fare solo con la piattaforma, sulla quale può trovare servizi bancari e non bancari.



Stilizzazione 3: La non-banca è un intermediario tra la banca e il cliente. Il cliente ha a che fare solo con la piattaforma o app, sulla quale può trovare servizi bancari e non bancari.



Anche il soggetto non-banca può assumere sfumature diverse. Al momento, sul mercato, possono essere identificate le seguenti formule:

- 'neobanche', soggetti senza licenza bancaria che si presentano come banche o come imprese succedanee delle banche. Questi soggetti offrono servizi bancari in forma digitale con un proprio 'marchio' (ad esempio, *Qonto* o la già menzionata *Lydia* oggi *Sumeria*), ma appoggiandosi – quanto ai servizi riservati alle banche – a una banca partner;

- non-banche in senso più stretto: soggetti, quali gli istituti di pagamento, che offrono servizi finanziari esplicitamente non bancari, come la moneta elettronica. Questi non offrono i servizi bancari tipici, ma presentano servizi simili – come la tenuta di un conto di pagamento – come se fossero un succedaneo di un servizio bancario (cosa che non sono, per la fondamentale differenza che i conti di pagamento, a differenze dei depositi, sono segregati ai sensi degli articoli 10 della direttiva PSD e 114-duodecies del t.u.b. e non si giovano del meccanismo di tutela dei depositanti);

- imprese *Fintech* che offrono servizi finanziari non bancari, per lo più qualificabili come servizi di investimento (ad esempio, Trade Republic);

- imprese non-finanziarie che offrono anche servizi BaaS, come i negozi virtuali di e-commerce (H&M o Zara, che si servono di schemi BaaS per consentire la rateizzazione dei pagamenti, ad esempio attraverso il *buy-now-pay-later* che è, in termini giuridici, un mutuo).

5. Questioni problematiche: riserva di attività, apparato sanzionatorio e rischi connessi al riciclaggio di denaro.

Negli schemi di "banca come servizio", l'autorizzazione bancaria è in sostanza messa a disposizione di soggetti non vigilati. I sostenitori del modello di banca come servizio tendono a mettere in luce come questa struttura contrattuale sia un modello di decentramento delle funzioni imprenditoriali che aumenta l'efficienza (per la banca e per la non-banca). Saremmo, quindi, in presenza di una esternalizzazione virtuosa, che consente alla banca e alla non-banca di concentrare le proprie risorse sulla propria attività, al contempo offrendo al cliente costi ridotti e servizi "su misura".

Il modello della banca come servizio, però, si presta ad essere utilizzato per frammentare elusivamente la catena del valore della banca, e così aggirare le disposizioni europee e nazionali che riservano l'attività bancaria alla banca quale soggetto qualificato (art. 8 CRD; art. 10 t.u.b.). Il modello di banca come servizio pone, quindi, anzitutto un problema di vigilanza (che sulle banche è essenzialmente una vigilanza *per soggetti*), perché le imprese che offrono il servizio di banca come servizio, e che sono partner dell'impesa bancaria che "offre" la sua licenza bancaria ad altri[26].

Il problema è che tali soggetti, altri rispetto all'impresa bancaria, non sono sottoposti a vigilanza prudenziale. Farebbe eccezione il caso in cui il soggetto BaaS che apporti la tecnologia fosse una società facente parte di un gruppo bancario. In siffatta evenienza, si tratterebbe di entità che offre servizi ancillari a quelli bancari, come tale vigilata in quanto attratta nel gruppo bancario dalle regole sul consolidamento (cfr. art. 4(1), punto 18 del Regolamento UE n. 575/2013 per la nozione di impresa strumentale a quella bancaria)[27]. Fuori da tali casi, gli schemi di banca come servizio possono violare la riserva di attività (art. 10, comma 2, t.u.b.)[28]. Un rischio siffatto si pone anche con riguardo alle regole europee che limitano alle sole banche la facoltà di raccogliere depositi (art. 9, paragrafo 1, CRD)[29].

---

26 Banca Centrale Europea, *Aggregated results of SREP 2023* (2023), qui: https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/srep/2023/html/ssm.srep202312_aggregatedresults2023.en.html, al paragrafo 5.5.2 si dice che tra le maggiori vulnerabilità delle banche in ambito operativo stanno i rischi derivanti dall'esternalizzazione di servizi tecnologici.

27 In materia di consolidamento, v. art. 18 del CRR, il quale in sostanza richiede che siano incluse nel consolidamento bancario le banche, le entità finanziarie parte del gruppo e le imprese strumentali (meglio note con il nome in inglese di *ancillary service undertakings*). consolidation pursuant to Article 18 of Regulation (EU) No 575/2013 (CRR) are institutions, financial institutions, and ancillary services undertakings.

28 Su cui, per la dottrina italiana, vedi P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*. Volume I: Parte generale, Torino, 2012, p. 76.

29 Gli orientamenti dell'EBA in materia di esternalizzazione offrono utili argomenti interpretativi, si veda in particolare il paragrafo 62: "Gli enti e gli istituti di pagamento dovrebbero assicurare che l'esternalizzazione di funzioni relative alle attività bancarie o ai servizi di pagamento, nella misura in cui la performance di tali funzioni richiede l'autorizzazione o la registrazione da parte di un'autorità competente nello Stato membro in cui essi sono autorizzati, a un fornitore di servizi situato nello stesso o in un altro Stato membro, avvenga solo se è soddisfatta una delle seguenti condizioni: a. il fornitore di servizi è registrato o autorizzato da un'autorità competente a svolgere tali attività bancarie o servizi di pagamento; oppure b. il fornitore di servizi è altrimenti autorizzato a svolgere tali attività bancarie o servizi di pagamento conformemente alla normativa nazionale applicabile in materia".

Inoltre, poiché molti soggetti che operano sul mercato della fornitura di servizi digitali non sono europei, vi è anche una questione di accesso al mercato da parte di imprese stabilite in paesi terzi[30], che potrebbero operare nel mercato interno senza stabilirvi una società, ma solo attraverso succursali, in violazione dei Trattati, che riservano il godimento delle libertà fondamentali ai soli soggetti *stabiliti* nell'Unione[31].

L'utilizzazione di schemi contrattuali di esternalizzazione pone inoltre un problema di applicabilità dell'apparato sanzionatorio di cui alla normativa di settore. La non-banca che intermedia il servizio bancario, e che è l'unica controparte contrattuale del cliente, non solo non sarebbe sottoposta a vigilanza diretta, ma anche potrebbe sottrarsi a ogni responsabilità civile, penale ed amministrativa per condotte che violino le norme europee di settore e il t.u.b.[32] Anche se l'art. 144 t.u.b. dispone che le sanzioni amministrative in rapporto all'attività di vigilanza possono essere erogate "(n)ei confronti delle banche, degli intermediari finanziari, delle rispettive capogruppo e dei soggetti ai quali sono state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti…", è chiaro come nel caso del BaaS i soggetti non bancari coinvolti nella catena del valore possano agevolmente sottrarsi alle proprie responsabilità.

In ultimo, un aspetto significativo è la necessità che le piattaforme che prestano o intermediano servizi finanziari siano soggette alle regole in materia di antiriciclaggio (AML) e di lotta al finanziamento del terrorismo (CFT)[33]. Quella antiriciclaggio è – nel quadro del diritto dell'Unione – una disciplina *per attività*, il che consente, in linea teorica, di catturare con la regolamentazione anche soggetti privi di licenza bancaria. Ma la distanza tra la teoria e la prassi è grande, e la tendenziale a-territorialità dei soggetti che operano piattaforme rende la vigilanza in concreto piuttosto difficile.

30 H. Nemeczek, *Third-Country Regime and Equivalence: FinTechs*, in Eur Bus Org Law Rev 25, 2024, 145–165.

31 In tema, si veda per tutti Corte di Giustizia UE, 3 ottobre 2006, *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*: "una società con sede in uno Stato terzo non è legittimata a valersi degli artt. 49 CE e seguenti. Infatti, contrariamente al capo del Trattato relativo alla libera circolazione dei capitali, quello riguardante la libera prestazione dei servizi non comporta alcuna disposizione che estenda il beneficio delle sue disposizioni ai prestatori di servizi cittadini di uno Stato terzo e residenti al di fuori dell'Unione europea, poiché l'obiettivo di quest'ultimo capo è di garantire la libera prestazione dei servizi a favore dei cittadini di Stati membri" (v. punti 25, 49-50 e dispositivo).

32 Il ragionamento qui ha carattere generale. In materia bancaria, v. S. Casamassima, *Le regole di governance in tema di esternalizzazione di funzioni*, in n L'outsourcing nei servizi bancari e finanziari, Milano, 2021, p. 34-35; M.C. Malaguti, *La regolamentazione sull'outsourcing negli intermediari finanziari tra standard internazionali e norme dell'Unione Europea*, *ivi*, p. 261-262. Vi sono precedenti giurisprudenziali, ad esempio in relazione all'articolo 190 del d.lgs. 58/1998 (testo unico della finanza) in cui la Cassazione ha ritenuto legittima l'applicazione di sanzioni a persone fisiche che non fossero organiche alla società vigilata, così Cass. Sez. 2, n. 16323 del 18 giugno 2019, non pubblicata, da ultimo richiamata e ribadita da Cass. Sez. 2, n. 29727 del 19 novembre 2024, non pubblicata.

33 P. Chatain, et. al, *Protecting Mobile Money against Financial Crimes*, World Bank, 2011.

6. Questioni problematiche: tutela dei clienti (trasparenza bancaria, sistemi di garanzia dei depositi)

Vi sono profili critici in relazione alla tutela dei *clienti* della banca, che tali tecnicamente non sono perché si tratta, nelle configurazioni BaaS, di *utenti* di piattaforme.

In primo luogo, le strutture BaaS allontanano la banca dal cliente. Il punto non è filosofico, ma contrattuale: ove il cliente non stipuli un contratto con la banca, ma con un soggetto terzo, al cliente potrebbe opporsi la possibilità di attivare le tutele previste dal testo unico bancario. In particolare, l'operatore BaaS potrebbe sottrarsi dall'applicazione della disciplina sulla trasparenza[34], che è disciplina *propria*, cioè applicabile a chi operi sotto riserva di attività[35].

Sotto il profilo formale, le disposizioni in materia di trasparenza di cui al titolo VI del t.u.b. e le delibere CICR[36] si applicano a tutte le operazioni e a tutti i servizi aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari (inclusi i servizi di pagamento), anche al di fuori delle dipendenze ("fuori sede") o mediante tecniche di comunicazione a distanza[37]. Tuttavia, nella sostanza, se la controparte contrattuale del cliente non sia una banca, ma un soggetto che si interpone tra la banca e il cliente, le disposizioni in materia di trasparenza rischiano di rimanere in concreto disapplicate.

L'art. 115 del t.u.b. stabilisce che le norme in materia di trasparenza "si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari" (comma 1)[38] e stabilisce che non si applicano ai servizi di pagamento (comma 3). Ove i

34 In dottrina, anche per i copiosi riferimenti bibliografici, cfr, per tutti, G. Mucciarone, *La trasparenza bancaria*, in Tratt. Roppo contratti, V, Mercati regolati, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 663 ss. e di A.A. Dolmetta, Trasparenza dei prodotti bancari. Regole, Zanichelli, Bologna, 2013.

35 L'introduzione di disposizioni dedicate alla trasparenza bancaria è del 1992, ma è solo con il d.lgs. 141/2010 che la finalità di tutela del cliente acquista pari dignità rispetto alle altre finalità della vigilanza (art. 127, co. 01, t.u.b.). Si tratta, oggi, di una disciplina che ha pari dignità rispetto alla disciplina di vigilanza prudenziale, proprio perché specifica e settoriale

36 Deliberazione del CICR del 9 febbraio 2000, recante Credito fondiario. Disciplina dell'estinzione anticipata dei mutui; deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, recante Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, come modificata dal decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 3 febbraio 2011, recante Disposizioni sul credito ai consumatori e modifiche alla deliberazione del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari; decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 3 febbraio 2011, recante Disposizioni sul credito ai consumatori e modifiche alla deliberazione del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari; decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 30 giugno 2012, recante Disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti in attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario; decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 29 settembre 2016, recante Disposizioni sul credito immobiliare ai consumatori.

37 Cfr. Banca d'Italia, Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, Sezione I, Disposizioni di carattere generale.

38 Peraltro, tutte le disposizioni del Titolo VI, Capo I del t.u.b. hanno un ambito di applicazione soggettivo ristretto, e si applicano solo nel caso in cui la controparte sia una banca o un intermediario finanziario.

gradi di intermediazione siano più di uno, potrebbe anche darsi che la prestazione dei servizi bancari sia in ultimo mediata da un soggetto non direttamente tenuto all'applicazione di quel plesso normativo. Anche in tal caso potrebbe ben darsi che il plesso delle norme in materia di trasparenza rimanga disapplicato[39].

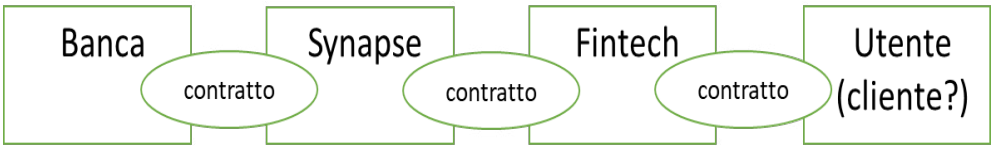
In secondo luogo, il cliente che trasferisca dei fondi alla non-banca potrebbe non godere della tutela offerta dai sistemi di garanzia dei depositanti. Nella migliore delle ipotesi, ove il prenditore dei fondi del cliente sia un istituto di pagamento, il cliente godrebbe del beneficio della segregazione. Nella peggiore, i fondi raccolti dalla non-banca non godrebbero di alcuna garanzia: né quella dei depositi, né quella derivante dalla segregazione, cosicché il cliente, più o meno ignaro, sarebbe pienamente esposto al rischio di fallimento della controparte.

7. Dimostrazione che le questioni problematiche non sono teoriche: il crollo di Synapse.

L'eventualità citata nel paragrafo che precede non è una mera ipotesi, come testimonia il caso *Synapse* è un esempio clamoroso di fallimento di una società che faceva da tramite tra banche e non-banche fintech. *Synapse* è stata una società costituita nel 2014 negli Stati Uniti con l'obiettivo di "democratizzare" l'accesso ai servizi finanziari, inclusi quelli bancari. Gli sviluppatori l'avevano concepita come una app rivolta alla clientela al dettaglio. Con l'adozione del modello BaaS, la società si è poi ri-orientata verso un modello business-to-business, riconoscendo il potenziale di incorporare servizi finanziari nelle piattaforme esistenti. In sostanza, per il tramite di una infrastruttura API, *Synapse* ha consentito a non-banche in fase iniziale (*start up*) di sviluppare e lanciare rapidamente prodotti finanziari sul mercato.

Synapse è poi fallita nel 2024. Al momento del fallimento, essa intermediava servizi bancari come la raccolta di depositi, nonché servizi di pagamento ponendosi quale intermediario tra banche e non-banche. Queste ultime poi si interfacciavano con i propri utenti offrendo servizi riservati.

La banca, reale prestatrice del servizio, non aveva alcuna relazione con l'utente finale. Anzi tra la banca e l'utente potevano esservi fino a due gradi di separazione contrattuale.



Il caso tipico di società fintech che si associava a *Synapse* è quello delle società che

39 Nell'ambito della materia para-bancaria dei contratti di fideiussione, la Cassazione ha già incidentalmente osservato "che la fideiussione stipulata a garanzia di crediti bancari non costituisca, di per sé stessa, un'operazione o un servizio bancario ossia un'operazione o un servizio reso dalla banca a propri clienti è del tutto evidente", si legge in Cass., Sez. I, 9 novembre 2007, 23391). Secondo più recente giurisprudenza, peraltro, la disciplina della trasparenza non si applica in relazione alla fideiussione anche quando questa sia rilasciata in favore di una banca (Cass., Sez. I, 17 marzo 2023, n. 7804).

offrono i servizi di redazione e invio di busta paga (*payroll*)[40]. Questo tipo di imprese sempre di più hanno bisogno di servirsi di banche che gli consentano di offrire servizi che, oltre alla redazione della busta paga, comprendano il pagamento che ne deve conseguire.

Synapse in sostanza si interponeva tra banche e clienti per raccogliere depositi per conto terzi ("for the benefit of" accounts)[41]. La tecnica consentiva alle banche che operavano dietro lo schermo di *Synapse* di raggiungere nuovi clienti, a *Synapse* di guadagnare dall'intermediazione, e ai soggetti fintech non bancari di presentarsi come soggetti che offrono prodotti, servizi e i mezzi per pagarli: come imprese multiservizi che possono offrire anche servizi bancari.

Poco prima di fallire, all'inizio del 2024, *Synapse* intermediava depositi in favore di, e forniva *application programming interface* a, oltre cento imprese fintech (tra le più note: Yotta, Juno, Mercury)[42]. Queste ultime potevano mettere a disposizione dei propri utenti servizi in realtà offerti da banche vigilate dal *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), tra cui la relativamente nota Evolve Bank & Trust[43]. Il fallimento di *Synapse* ha messo in luce i rischi connessi a un tale modello imprenditoriale: tra i depositi garantiti dall'FDIC e i crediti dei depositanti ammessi al passivo di *Synapse* o delle imprese fintech attratte nel fallimento è infatti emersa una differenza di 85 milioni di dollari, volatilizzatisi dai depositi di circa 100.000 clienti[44].

I procedimenti giudiziari hanno fatto seguito al fallimento ruotano intorno alla questione se *Synapse* abbia agito con negligenza grave o se alcuni suoi amministratori abbiano, con dolo, sottratto fondi dei clienti. Questo sarà interessante ai fini della distribuzione della responsabilità civile e penale. Ma il punto, al di là delle responsabilità, è che alcune banche partner non avevano correttamente registrato i depositi raccolti per il tramite di *Synapse*. Quel difetto di registrazione ha di fatto deprivato i depositanti del diritto di accedere al sistema di garanzia dei depositanti gestito dal citato FDIC.

8. Dalla banca come servizio all'impresa ecosistema (di cui la banca fa parte)

Mentre si discute di banca come servizio, di frammentazione della catena del valore

40 Da notare come la società di pagamenti singaporiana *Airwallex*, di cui si è parlato sopra, nasca come società anche di servizi di *payroll*.

41 A. E. Bigart, M. Bonici, *FBO accounts: maximizing benefits while minimizing risks in fintech partnerships*, in *The Review of banking and financial services*, vol. 40 No. 10 ottobre 2024, p. 97 et ss., I quali spiegano che: "Terms such as "FBO," "in custody for," or "in trust for" are intended to indicate an agency relationship between the party that opened the account or deposited the funds and the parties that actually own the funds".

42 D. Krause, *The Fall of Synapse Financial Technologies: Lessons and Implications for the Fintech Industry*, 29 luglio 2024, disponibile online su ssrn.com.

43 E. Mason, *Is your money really safe in an 'FDIC-insured' fintech account?*, in *Forbes*, 17 giugno 2024.

44 Come risulta dalla class action dei depositanti traditi contro *American Bank, AMG National Trust, Evolve Bank* e *Lineage Bank*. I documenti sono disponibili online https://www.documentcloud.org/documents/25418625-class-action-lawsuit-against-synapse-partner-banks/

della banca tradizionale e di *white labelling*[45], altri modelli di esercizio dell'attività bancaria vanno sviluppandosi.

Sulla scorta dell'esempio delle menzionate *Tencent* e *WeChat*, in un'area del mondo sono emersi modelli simili di impresa conglomerale finanziaria/non finanziaria che si propone di offrire ai propri utenti/clienti qualsiasi prodotto o servizio. Si tratta di imprese che possono definirsi imprese-ecosistema[46], il cui obiettivo non è offrire al cliente un singolo prodotto o un servizio, ma attrarre il cliente in una *community* nella quale poi potergli offrire qualsiasi prodotto o servizio, di natura finanziaria e non.

Bancolombia ne costituisce un caso emblematico. Si tratta di una banca colombiana (oggi, la prima banca per attivi in Colombia con 30 milioni di clienti) che nasce come banca tradizionale alla fine dell'800 me che, negli anni, ha radicalmente mutato il proprio modello imprenditoriale sino a evolvere, in tempi recentissimi, in un vero e proprio "ecosistema" che non si limita a offrire servizi bancari tradizionali, ma costruisce una rete integrata di prodotti e servizi che rispondono a potenzialmente ogni esigenza della clientela.

Giova qui fare un esempio pratico: sulla piattaforma utenti di Bancolombia si può cercare casa, visitarla virtualmente e poi chiedere un mutuo per acquistarla: tutto *online*, tutto sulla medesima piattaforma.

Nelle imprese ecosistema la banca, o meglio i servizi bancari, possono diventare ancillari, marginali, poco visibili o anche scomparire nella rinfusa dei servizi prestati. Resta il fatto che i rischi connessi alla prestazione dell'attività bancaria rimangono tali e, anzi, forse, rischiano di essere esacerbati dalla trasformazione del cliente bancario in utente.

La vigilanza di una banca compresa in un'impresa ecosistema diviene certamente più complessa. Si pone, ad esempio, la domanda circa quali parti dell'ecosistema debbano essere vigilate, quali consolidate, quali lasciate fuori dal perimetro della regolamentazione bancaria.

Il caso di Bancolombia può sembrare lontano. Ma il potenziale di quel modello è alto. Vi sono imprese BigTech che sarebbero già oggi in grado di offrire quel novero di servizi in Europa. È possibile che ciò non sia ancora successo per ragioni culturali, anagrafiche (i giovani colombiani usano l'app di Bancolombia sul cellulare, e molti di loro non sono mai stati in una filiale fisica di una banca), o per la concorrenza delle banche tradizionali, che in Europa sono radicate sul territorio.

9. Conclusioni

Il contenuto dell'attività di impresa, inclusa quella bancaria, è in perenne movimento.

Uno dei movimenti più interessanti è quello del passaggio dall'impresa che offriva prodotti a quella che offre servizi e, poi, il passaggio dalla prestazione di servizi fisici a quelli digitali. Il prossimo passo, che peraltro sembra già in corso di compimento, è

45 European Supervisory Authorities (EBA, ESMA, EIOPA), Report on 2023 stocktaking of BigTech direct financial services provision in the EU, Report on 2023 stocktaking of BigTech direct financial services provision.pdf

46 A. Ocampo et al., *Digitalization of Smart Ecosystems*, IEEE Software, 2025, 42(2), 33-37.

quello dell'attività imprenditoriale attratta nel contesto di una più ampia *community* virtuale. Qui l'impresa diviene parte di un tutto, si confonde con aspetti sociali e ludici della vita virtuale della *community*, diviene parte di un ecosistema.

Nonostante il moto perenne del mercato, o forse della storia[47], le norme che regolano la banca sono, almeno dall'inizio del Novecento, congegnate sulla banca *come soggetto*. L'attività bancaria viene solo marginalmente in rilievo.

Si discute da anni se le regole prudenziali e la vigilanza debbano passare da un modello *per soggetti* ad un modello *per attività*. L'emersione di *superapp* e imprese conglomerali "ecosistema" indica come quel dibattito sia superato. Potrebbe non essere sufficiente catturare l'attività secondo criteri tipologici noti (esempio, attività bancaria), perché ciò che fa crescere opportunità, ma anche rischi, è la combinazione di varie e diverse attività.

Vi è poi un elemento critico che mette in discussione il modo stesso di concepire i servizi finanziari e che rischia di rendere i soggetti che agiscono sul mercato ancora più irrazionali. Nelle imprese ecosistema, l'utente si sente parte di una comunità, un membro, piuttosto che un cliente. L'elemento partecipativo diventa determinante, al punto da poter influenzare le scelte economiche dell'utente. Così, l'accesso a prodotti e servizi, anche finanziari, si ludicizza[48] in una maniera da far impallidire i maestri[49]. Nel contesto del nostro ordinamento, queste questioni possono condurre alla riapertura del dibattito civilistico sull'eccezione di giuoco (1933 c.c.). Nel grande quadro della storia economica, la spinta che trasforma il cliente in utente, magari di utente parte di una *community*, conferma che parlare oggi di stabilità finanziaria e di scelte economicamente razionali può anche richiedere di combattere le *fake news*.

47 L. Canfora, *La scopa di don Abbondio. Il moto violento della storia*, 2022, Laterza.

48 Sia consentito, in tema, rinviare a E. Rulli, *La "ludicizzazione" del contratto di investimento ed eccezione di gioco*, in *Dir. banc.*, giugno 2021. Cfr., più di recente, C. Brescia Morra, D. Colonnello, M. Gargantini, G. Sandrelli e G. Trovatore, La gamification degli investimenti finanziari, Quaderno giuridico n. 32 – Consob, gennaio 2025.

49 G. Oppo, *Tramonto dei titoli di credito di massa ed esplosione dei titoli di legittimazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 6 , I, 1998, pag. 649: «mentre tramontano i titoli di credito in massa, una massa di altre *chartulae* invade il mercato non dei valori, ma delle illusioni; una massa di altre *carthulae* al portatore, aventi diffusione incomparabilmente superiore ad ogni altra. Sono i documenti o supporti cartacei ... che nascono dalla prassi (non solo italiana) dello Stato biscazziere: scontrini, schedine, biglietti, moduli di lotterie, lotto, enalotto, superenalotto, totocalcio, totogol, totosei, gratta e vinci...».

La governance delle imprese di assicurazione dopo la revisione di Solvibilità II: prime riflessioni sul principio di proporzionalità

PIERPAOLO MARANO
Professore di Diritto delle Assicurazioni
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il principio di proporzionalità prima della riforma del 2025: un'applicazione disomogenea e inefficace; 3. La riforma del 2025, la valorizzazione normativa della proporzionalità e il ruolo di EIOPA; 4. Il quadro italiano: dall'assetto (apparentemente) uniforme del Regolamento IVASS n. 38/2018 alla flessibilità delle Lettere al mercato del 5 luglio 2018 e del 15 marzo 2025; 5. Le aree d'impatto della riforma europea sul sistema italiano: semplificazione, digitalizzazione e sostenibilità; 6. Proporzionalità digitalizzazione e sostenibilità: convergenze per una governance evoluta; 7. Proporzionalità tra revisione normativa e trasformazione organizzativa: verso una cultura della responsabilità adattiva; 8. Conclusioni

1. Introduzione

La governance delle imprese di assicurazione costituisce uno degli assi portanti dell'architettura normativa della Direttiva 2009/138/CE (c.d. Solvibilità II)[01], finalizzata a garantire una gestione sana, prudente ed efficiente, in un contesto di vigilanza basata sul rischio[02]. Tale impianto regolamentare mira, da un lato, a tutelare la stabilità del

01 Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, recante codificazione della normativa sull'assicurazione e riassicurazione (Solvibilità II), in GUUE L 335 del 17.12.2009, p. 1 ss.

02 Il Considerando n. 29 della Direttiva 2009/138/CE afferma che <<Taluni rischi possono essere affrontati correttamente solo tramite requisiti di governance anziché tramite i requisiti quantitativi riflessi nel requisito patrimoniale di solvibilità. Un sistema di governance efficace è pertanto essenziale per la gestione adeguata dell'impresa di assicurazione e per il sistema di regolamentazione>>.

mercato assicurativo e la fiducia dei contraenti; dall'altro, a favorire una cultura della trasparenza e della gestione consapevole dei rischi. La Direttiva 2009/138/CE aveva delineato un sistema di governo societario articolato, la cui attuazione ha però registrato profili di eterogeneità tra gli Stati membri, condizionata da specificità nazionali e dalle prassi delle rispettive autorità di vigilanza.

La Direttiva (UE) 2025/2, adottata al termine di un processo di revisione avviato nel 2020 dalla Commissione europea, ha segnato una svolta decisiva in direzione di una governance più proporzionata, flessibile e aderente alla concreta operatività delle imprese[03]. Essa intende superare le rigidità del passato, introducendo meccanismi che modulano gli obblighi normativi in funzione della dimensione, del modello operativo e del profilo di rischio, con particolare attenzione alle esigenze delle imprese minori[04].

Il presente contributo analizza l'impatto della riforma sulla disciplina della governance delle imprese di assicurazione, con particolare riferimento al principio di proporzionalità[05] ed al suo recepimento nell'ordinamento italiano. La trattazione si articola in tre sezioni: la prima ricostruisce il contesto europeo e l'evoluzione concettuale del principio; la seconda si concentra sul quadro regolamentare nazionale e sulle iniziative dell'IVASS; la terza formula proposte applicative e riflessioni di *policy*. L'approccio adottato è prevalentemente normativo e interpretativo, arricchito da riferimenti alla prassi di vigilanza e agli strumenti di *soft law*. L'obiettivo è duplice: valutare la portata delle innovazioni europee e offrire spunti per una riforma coerente e sistemica della disciplina interna.

---

03 Tali modifiche trovano fondamento, tra l'altro, nella "Better Regulation Agenda" della Commissione europea, delineata nella Comunicazione del 14 settembre 2016, COM(2016) 6165 final. In tale contesto, la Commissione ha avviato, nel settembre 2015, una consultazione volta a valutare se la normativa applicabile al settore finanziario — in particolare quella introdotta in seguito alla crisi finanziaria — tenesse adeguatamente conto della diversità dei modelli di business e se, pertanto, necessitasse di eventuali correttivi. Cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Call for Evidence – EU regulatory framework for financial services, COM/2016/0855 final, disponibile al link: eur-lex.europa.eu. Con riferimento specifico al regime Solvency II, è stato osservato, tra l'altro, che numerosi requisiti previsti dal quadro regolamentare non risultano pienamente adeguati alle esigenze delle imprese di assicurazione di piccole e medie dimensioni, incluse le mutue assicuratrici. Ciò vale, ad esempio, per gli obblighi in materia di governance e di rendicontazione. Inoltre, il frequente ricorso alle linee guida da parte dell'EIOPA esercita una pressione sull'impostazione originaria di Solvency II, improntata a un approccio basato su principi. Si veda in proposito la sintesi delle risposte alla consultazione pubblicata dalla Commissione europea disponibile al link https://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/financial-regulatory-framework-review/docs/summary-of-responses_en.pdf

04 Il Considerando n. 14 della Direttiva (UE) 2025/2 afferma: <<La direttiva 2009/138/CE dovrebbe essere applicata secondo il principio di proporzionalità. Al fine di agevolare l'applicazione proporzionata della direttiva alle imprese più piccole e meno complesse di un'impresa media, nonché per garantire che tali imprese non siano soggette a obblighi sproporzionatamente onerosi, è necessario prevedere criteri basati sul rischio che consentano la loro individuazione>>.

05 Sul principio di proporzionalità in seno alla disciplina assicurativa europea, v. M. Ostrowska, *The Principle of Proportionality, Solvency II and Captives*, Springer, 2025, pp. 49 ss.

2. Il principio di proporzionalità prima della riforma del 2025: un'applicazione disomogenea e inefficace

Il principio di proporzionalità era già formalmente previsto dalla Direttiva 2009/138/CE[06], in particolare dall'art. 29, (anche) quale criterio per modulare gli obblighi organizzativi in funzione delle caratteristiche dele imprese[07]. Tuttavia, in assenza di criteri applicativi vincolanti a livello europeo, tale principio è rimasto a lungo una clausola di stile, priva di reale incidenza operativa[08]. Ciò ha determinato due effetti contrapposti, ma entrambi problematici.

Da un lato, molte autorità nazionali di vigilanza hanno adottato un approccio generalizzato, applicando in modo indifferenziato i requisiti di governance, anche a imprese con struttura semplice e rischi contenuti. Questo ha comportato un incremento dei costi di compliance, una burocratizzazione dei processi e una riduzione della competitività, soprattutto per le compagnie di piccole dimensioni[09].

Dall'altro, alcuni ordinamenti hanno tentato di colmare il vuoto regolatorio attraverso interventi normativi autonomi, elaborando criteri e definizioni proprie per declinare la proporzionalità. Tali risposte frammentarie hanno compromesso l'armonizzazione del mercato interno, alimentando rischi di arbitraggio regolamentare e incertezza giuridica.

Anche gli interventi dell'EIOPA, quali le Linee guida sul sistema di governo societario del 2014, seppur meritevoli, non sono riusciti a colmare tale lacuna. Tali Linee guida evoca-

06 Il Considerando n.19 della Direttiva 2009/138/CE afferma che <<La presente direttiva non dovrebbe essere troppo onerosa per le imprese di assicurazione di piccole e medie dimensioni. Uno degli strumenti per conseguire tale obiettivo è la corretta applicazione del principio di proporzionalità. Tale principio dovrebbe valere sia per i requisiti imposti alle imprese di assicurazione e di riassicurazione, sia per l'esercizio dei poteri di vigilanza>>.

07 A livello internazionale, v. J. Yong – G. Löfvendahl, *Proportionality in the application of insurance solvency requirements*, Financial Stability Institute, dicembre 2018, dove rilevano i differenti approcci riscontrabili a livello internazionale (lo studio ha riguardato 16 autorità di vigilanza in tutto il mondo) nell'applicazione del principio di proporzionalità e le differenze tra questo e una regolazione risk-based. Il documento è disponibile al link https://www.bis.org/fsi/publ/insights14.pdf

08 M. Ostrowska, *On the Proposal to Improve the Application of the Principle of Proportionality in Insurance Regulation and Its Impact on the Principle – Theoretical Analysis*, in Bila Platinum Edition (online), giugno 2022, p. 5, disponibile al link https://bila.org.uk/platinum-edition-journal/

09 Il Considerando n. 15 della Direttiva (UE) 2025/2 rileva che <<Una corretta applicazione del principio di proporzionalità è fondamentale per evitare oneri eccessivi per le imprese di assicurazione e riassicurazione. Per tale motivo, le imprese di assicurazione e riassicurazione dovrebbero riferire alle loro autorità di vigilanza solo in caso di modifica dell'ambito di applicazione delle misure di proporzionalità da esse applicate>>.

vano il principio di proporzionalità[10], ma non hanno definito parametri univoci rinviando alle autorità nazionali l'onere della declinazione concreta[11].

In Italia, IVASS ha cercato di supplire a questa carenza con la Lettera al mercato del 5 luglio 2018, che proponeva una declinazione operativa dei requisiti di governance in funzione delle caratteristiche delle imprese. Tuttavia, l'assenza di un fondamento cogente e l'adozione di parametri presuntivi ne hanno limitato l'efficacia sistemica[12].

Le difficoltà applicative sono state confermate anche dalle peer review condotte da EIOPA, che hanno evidenziato la mancanza di convergenza tra i diversi approcci nazionali[13]. Solo con la revisione del 2025 si è realizzata una svolta strutturale, attraverso l'introduzione di un quadro giuridico multilivello che rende il principio di proporzionalità concretamente applicabile e giuridicamente vincolante.

3. La riforma del 2025, la valorizzazione normativa della proporzionalità e il ruolo di EIOPA

La Direttiva (UE) 2025/2 ha profondamente rinnovato il ruolo del principio di proporzionalità nel sistema Solvency II, trasformandolo da enunciazione generale a criterio giuridico operativo, strutturato su tre livelli applicativi che consentono di graduare l'intensità degli obblighi regolatori in funzione delle caratteristiche specifiche delle imprese assicurative.

---

10 EIOPA-BoS-14/253, Guidelines on system of governance, afferma che <<The requirements on the system of governance are aimed at providing for a sound and prudent management of the business of undertakings without unduly restricting them in choosing their own organisational structure, as long as they establish an appropriated segregation of duties>>. Il documento è disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/document/download/26a64164-1ffa-44e7-b9f4-f00859bbdbb6_en?filename=Guidelines%20on%20System%20of%20Governance.pdf.

11 Ulteriore elemento di complessità ed a scapito anche dell'armonizzazione, discende dalla necessità di calare le linee guida all'interno degli ordinamenti nazionali, per come rilevano N. Abriani e A. Catania, *Corporate Governance and the So-Called "Four-Eyes Principle"*, in P. Marano – K. Noussia (eds), *The Governance of Insurance Undertakings. Corporate Law and Insurance Regulation*, Springer, 2021, p. 11 ss.

12 Nella Relazione al Regolamento IVASS n. 38/2018 si legge che <<le disposizioni contenute nel presente Regolamento vanno lette congiuntamente alla Lettera al mercato del 5 luglio 2018 con cui l'Istituto propone una prima, concreta declinazione del principio di proporzionalità, in linea con l'impianto Solvency II, che prevede che le disposizioni prudenziali siano applicabili in ragione del profilo di rischiosità dell'impresa determinato dalla natura, portata e complessità dei rischi inerenti all'attività>>.

13 Cfr. EIOPA, *Peer review of Key Functions: Supervisory Practices and Application in Assessing Key Functions*, 2018, individua come obiettivo di questa peer review, valutare <<how NCAs supervise and determine whether an insurance setting of key functions fulfils the legal requirements of SII with a particular emphasis on proportionality>>. Obiettivo che si è sostanziato nelle raccomandazioni rivolte alle NCAs (v. p. 8s.), affermandosi che <<The issues and corresponding recommended actions identified through this peer review give rise to a more consistent approach to supervision of the application of the principle of proportionality>> (p. 9). Il documento è disponibile al link https://register.eiopa.europa.eu/Publications/Reports/Peer%20review%20Key%20Functions22-11-18.pdf.

Il primo livello riguarda l'innalzamento delle soglie dimensionali per l'esenzione dall'applicazione della Direttiva 2009/138/CE[14]. Le imprese che non superano tali soglie possono essere disciplinate da regimi nazionali alternativi, più semplici e coerenti con la loro struttura organizzativa[15].

Il secondo livello introduce una disciplina semplificata per le imprese classificate come "piccole e non complesse", le quali, pur restando soggette al quadro Solvibilità II, beneficiano di obblighi attenuati in ambiti quali la governance, la gestione dei rischi, la reportistica e le riserve tecniche[16]. Tale qualificazione si basa su una combinazione di criteri quantitativi e qualitativi, tra cui il volume dei premi, l'importo delle riserve tecniche, la limitazione territoriale dell'attività e la semplicità del modello operativo.

Il terzo livello riguarda l'applicazione orizzontale del principio di proporzionalità anche in assenza della qualifica formale di impresa "piccola e non complessa"[17]. In tal caso, la proporzionalità si declina su parametri qualitativi come la natura delle attività, la composizione del portafoglio, l'assetto organizzativo e la struttura dei rischi. Questo approccio non implica una riduzione una riduzione degli standard, ma una calibrazione ragionata degli obblighi, coerente con l'effettiva operatività dell'impresa. EIOPA ha dato impulso a questo nuovo assetto attraverso la consultazione pubblica del 2024[18], in li-

14 Il Considerando n. 10 della Direttiva 202572, dopo aver rilevato che la direttiva 2009/138/CE esclude talune imprese dal proprio ambito di applicazione in regione delle loro dimensioni, osserva come <<A seguito dei primi anni di applicazione della direttiva 2009/138/CE e al fine di garantire che essa non si applichi indebitamente alle imprese di dimensioni ridotte, è opportuno rivedere tali esclusioni aumentando le soglie affinché piccole imprese che soddisfano determinate condizioni non siano soggette a tale direttiva. Come già avviene per le imprese di assicurazione esclude dall'ambito di applicazione della direttiva 2009/138/CE, le imprese che beneficiano di tale tali soglie più elevate dovrebbero avere la possibilità di mantenere o chiedere un'autorizzazione ai sensi di tale direttiva per beneficiare dell'autorizzazione unica ivi prevista e dovrebbe essere possibile per gli Stati membri assoggettare le imprese di assicurazione escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2009/138/CE a disposizioni analoghe o identiche a quelle previste da tale direttiva>>.

15 Nell'ordinamento italiano, v. gli artt. 51-*bis*, 51-*ter*, 51-*quater* cod. ass. ed il Regolamento IVASS n. 29 del 6 settembre 2016.

16 V. il Considerando n. 15 della Direttiva (UE) 2025/2.

17 Il Considerando n. 17 della Direttiva (UE) 2025/2 afferma che <<È opportuno che le misure di proporzionalità siano a disposizione anche delle imprese che non sono classificate come imprese piccole e non complesse, ma per le quali alcune delle prescrizioni della direttiva 2009/138/CE sono troppo onerose e complesse, in considerazione dei rischi connessi all'attività svolta da tali imprese. Tali imprese dovrebbero essere autorizzate a utilizzare misure di proporzionalità sulla base di un'analisi caso per caso e previa approvazione delle loro autorità di vigilanza>>.

18 EIOPA-BoS/24-293, Consultation Paper. Technical advice on the implementation of the new proportionality framework under Solvency II, 2 agosto 2024, disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/document/download/1ef70bba-3e4e-4a4b-ab05-99cecfe17c15_en?filename=Consultation%20Paper%20on%20the%20implementation%20of%20the%20new%20proportionality%20framework%20under%20%20Solvency%20II.pdf

nea con la posizione assunta in precedenza da tale autorità[19], secondo cui la flessibilità deve essere accompagnata da rigore metodologico e da presidi sostanziali, affinché non si traduca in una forma di deresponsabilizzazione[20].

Inoltre, la Direttiva (UE) 2025/2 prevede espressamente che la Commissione europea adotti, mediante atti delegati e di esecuzione, norme di dettaglio volte a precisare l'applicazione del principio di proporzionalità[21]. Questa previsione rafforza la natura vincolante del principio, ne chiarisce la portata operativa e mira a garantirne un'applicazione armonizzata tra gli Stati membri.

Nel complesso, la nuova impostazione consente di valorizzare l'eterogeneità del mercato assicurativo, riconoscendo che la diversità delle strutture operative e dei profili di rischio richiede soluzioni regolamentari differenziate. In questo scenario, EIOPA svolge un ruolo cruciale nel garantire un'applicazione armonizzata delle norme e nel contenere il rischio di disomogeneità tra gli Stati membri[22].

Ai sensi dell'art. 8 del Regolamento (UE) n. 1094/2010, infatti, EIOPA agisce come co-regolatore tecnico, supportando le autorità nazionali attraverso una pluralità di strumenti di *soft law* – linee guida, Q&A, pareri, documenti di supervisione – che traducono i principi normativi in orientamenti applicativi, graduati in base alla dimensione, natura

19 EIOPA, *Report on the best practices on licensing requirements, peer-to-peer insurance and the principle of proportionality in an Insurtech context*, 2019, p. 20, dove afferma <<The principle of proportionality is not meant to allow any entity to be exempt from its legal obligations but only to allow for their proportionate application>>; laddove rileva, altresì, che <<The principle of proportionality is a safeguard against the unlimited use of legislative and administrative powers, according to which an administrative authority may only act to exactly the extent that is needed to achieve its objectives>>. Il documento è disponibile al link ahttps://register.eiopa.europa.eu/Publications/EIOPA%20Best%20practices%20on%20licencing%20March%202019.pdf

20 EIOPA-BoS/24-293, cit, p. 11, rileva che << The proportionality measures available to undertakings that are not classified as small and non-complex represent the maximum possible reduction of requirements that normally apply. Proportionate means appropriate to the risk profile, and that in turn implies that the higher the risk profile the more sophisticated and the lower the risk profile the simpler the way requirements are being met by undertakings can be>>.

21 V. art. 29, par. 5, Direttiva 2009/138/CE come modificato dalla Direttiva 20025/2.

22 EIOPA-BoS/24-590, Technical advice on the implementation of the new proportionality framework under Solvency II, 30 gennaio 2025, ritiene che la concessione o la revoca dell'uso delle semplificazioni derivanti dall'applicazione del principio di proporzionalità, per le imprese non classificate come 'piccole e non complesse', debba basarsi su un approccio ibrido che integri criteri sia quantitativi sia qualitativi. <<Indeed, such approach would foster supervisory convergence, offering supervisors common standards and promote consistency in supervisory assessments, while also preserving the necessary degree of supervisory discretion to take into account the specificities of undertakings operating in the supervisor's markets>> (v. p. 14). Il documento è disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/document/download/3d798c2d-2ba9-491e-a5cf-eea6a830dc82_en?filename=EIOPA-BoS-24-590%20-%20Advice%20on%20the%20implementation%20of%20the%20new%20proportionality%20framework%20under%20Solvency%20II.pdf

e complessità dell'impresa[23]. La supervisione si articola inoltre mediante i collegi[24], le peer review[25], il coinvolgimento degli stakeholders [26], ed il *Supervisory Handbook*[27]. In questo contesto multilivello, la proporzionalità diventa il perno di un sistema flessibile ma solido, in cui le differenze operative tra imprese non costituiscono un'eccezione da gestire, bensì una dimensione strutturale del mercato da governare in modo coerente, anche alla luce della digitalizzazione e della resilienza operativa introdotte dal Regolamento (UE) 2022/2554 (DORA).

4. Il quadro italiano: dall'assetto (apparentemente) uniforme del Regolamento IVASS n. 38/2018 alla flessibilità delle Lettere al mercato del 5 luglio 2018 e del 15 marzo 2025

Il recepimento del sistema di governance previsto da Solvibilità II nell'ordinamento italiano è avvenuto principalmente attraverso il Regolamento IVASS n. 38/2018, che rappresenta tuttora la fonte normativa di riferimento per gli assetti organizzativi e i presidi di controllo delle imprese di assicurazione[28]. Tale regolamento, adottato in attuazione dell'art. 30 cod. ass., e in coerenza con la Direttiva 2009/138/CE, si ispira a criteri di omogeneità e rigore prudenziale, imponendo requisiti organizzativi ampiamente uniformi a tutte le imprese, indipendentemente dalla loro dimensione o complessità.

Per modulare tale disciplina, IVASS ha fatto ricorso a strumenti di *soft law*, in particolare con la Lettera al mercato del 5 luglio 2018. In essa, l'Istituto ha articolato il sistema di *governance* in tre modelli (rafforzato, ordinario e semplificato), individuati sulla base di parametri presuntivi di tipo quantitativo e qualitativo: volume dei premi, dimensione dell'attivo, complessità operativa, appartenenza a gruppi assicurativi o operatività transfrontaliera. A ciascun modello corrispondevano livelli differenziati di presidi richiesti in materia di deleghe, funzioni fondamentali, comitati, remunerazione e *outsourcing*.

Sebbene rappresenti un tentativo significativo di declinare il principio di proporzionalità, tale impostazione ha mostrato limiti intrinseci. In primo luogo, la qualificazione "presuntiva" delle soglie quantitative è suscettibile di condurre ad un'applicazione rigida e automatica, in potenziale contrasto con la flessibilità intrinseca al principio di propor-

23 V. art. 29-bis della Direttiva 2009/138/CE introdotto dalla Direttiva (UE) 2025/2

24 V. l'art. 248-bis della Direttiva 2009/138/CE

25 Cfr. art. 30 del Regolamento (UE) n. 1094/2010

26 V. art. 16 del Regolamento (UE) n. 1094/2010

27 Ai sensi dell'art. 29 del Regolamento (UE) n. 1094/2010, EIOPA ha sviluppato tale strumento al fine di supportare le autorità nazionali di vigilanza nello svolgimento delle attività quotidiane. Esso include indicazioni riservate e sensibili, raccomandazioni, migliori prassi, casi di studio, questionari di vigilanza ed esempi su come condurre il processo di revisione e valutazione prudenziale (Supervisory Review Process), promuovendo al contempo condizioni di parità (level playing field) e un trattamento equo di tutte le entità soggette a vigilanza.

28 Su questo provvedimento, v. S. Butera e F. Montemaggiori, *La "governance" delle imprese di assicurazione secondo il principio di proporzionalità. Fondamenti internazionali, europei e regole nazionali*, in *Assic.*, 2018, pp. 41 ss.

zionalità che richiede una valutazione caso per caso, secondo criteri sostanziali[29]. Inoltre, l'affidamento a uno strumento di *soft law* – la Lettera al mercato – per l'individuazione dei presidi organizzativi richiesti, solleva questioni legate alla certezza giuridica, al principio di legalità dell'azione amministrativa e alla tenuta del confine tra normazione secondaria e indirizzo di vigilanza, qualora emergano divergenze tra l'autovalutazione dell'impresa e l'inquadramento atteso dal supervisore.

Un'evoluzione si è registrata con la Lettera al mercato dell'11 marzo 2025, pubblicata quasi contestualmente all'adozione della Direttiva (UE) 2025/2. A differenza della Lettera del 2018, l'approccio non si basa su classificazioni tipologiche predefinite, ma assume la proporzionalità come criterio dinamico di modulazione delle attese di vigilanza, da applicarsi in funzione della dimensione, della complessità e del profilo di rischio dell'impresa, nonché delle attività oggetto di valutazione (in particolare l'outsourcing ICT).

Questo mutamento riflette un cambio di paradigma nella vigilanza: dalla proporzionalità strutturata in modelli presuntivi a una proporzionalità applicativa e contestuale, fondata su un esercizio continuo di valutazione, responsabilità e dialogo con l'Autorità. Tale approccio risulta coerente con la nuova formulazione dell'art. 29-bis della Direttiva 2009/138/CE, che conferisce al principio di proporzionalità una valenza operativa, ancorata alla natura, alle attività e ai rischi effettivamente rilevati.

Perché questo orientamento possa produrre effetti sistemici e non restare confinato alla sfera interpretativa, è necessario un aggiornamento del quadro normativo secondario. Il Regolamento IVASS n. 38/2018, pur mantenendo coerenza con l'impianto originario, richiede una revisione che ne rafforzi l'aderenza ai nuovi principi europei, evitando derive formalistiche o applicazioni difensive da parte delle imprese vigilate.

5. Le aree d'impatto della riforma europea sul sistema italiano: semplificazione, digitalizzazione e sostenibilità

L'attuazione della Direttiva (UE) 2025/2 richiede una revisione strutturale della normativa secondaria italiana in materia di governance assicurativa, con particolare riferimento al Regolamento IVASS n. 38/2018, e un attento coordinamento con i regolamenti delegati e di esecuzione che la Commissione europea è chiamata a adottare per specificare l'applicazione del principio di proporzionalità. Tali atti potranno incidere direttamente sull'individuazione dei criteri e delle soglie operative rilevanti, in un contesto in cui le innovazioni introdotte a livello europeo incidono trasversalmente su almeno quattro ambiti centrali: l'organizzazione delle funzioni fondamentali, i processi di autovalutazione del rischio (ORSA), le politiche di remunerazione, l'adozione di strumenti digitali e l'integrazione dei fattori ESG.

29 K. Van Hulle, *Solvency II: Reasonable Expectations*, in P. Marano e M. Siri (eds), *Insurance Regulation in the European Union. Solvency II and beyond*, Palgrave McMillan, 2017, p. 321.

In primo luogo, sarà necessario rivedere la disciplina delle funzioni fondamentali, prevendendo, per le imprese di minori dimensioni e complessità, la possibilità di cumulo in capo a un unico soggetto, a condizione che siano rispettati criteri minimi di indipendenza, segregazione delle responsabilità e qualità dei controlli[30]. Tale flessibilità, prevista espressamente dalla nuova versione dell'art. 29-bis, par. 2, della Direttiva 2009/138/CE, costituisce un'opportunità per razionalizzare risorse in contesti operativi semplificati, senza compromettere la solidità dei presidi.

In secondo luogo, anche i processi di autovalutazione del rischio (ORSA) dovranno essere adeguati secondo modalità proporzionate rispetto alla natura e alla scala delle attività svolte. introducendo modalità proporzionate rispetto alla scala e alla natura delle attività svolte. Per le imprese meno complesse, sarà possibile adottare versioni semplificate del processo di autovalutazione, a condizione che rimanga un corretto allineamento tra rischi e strategie aziendali[31].

Le politiche di remunerazione, a loro volta, dovranno essere declinate tenendo conto della struttura e delle finalità delle imprese, promuovendo modelli retributivi coerenti con i principi di prudenza, sostenibilità e contenimento del rischio[32]. Anche in questo caso, l'applicazione del principio di proporzionalità non implica un abbassamento degli standard, bensì una loro personalizzazione ragionata.

Un ambito particolarmente promettente è rappresentato dall'adozione di strumenti tecnologici a supporto della governance[33]. Le imprese di minori dimensioni possono oggi accedere a soluzioni digitali scalabili – audit automatizzati, dashboard interattive, piattaforme di gestione del rischio – che consentono di rafforzare l'efficacia dei controlli interni senza generare costi eccessivi[34]. Le soluzioni insurtech diventano, in questa prospettiva, un fattore abilitante per la proporzionalità[35], accorciando la distanza

30 V. art. 29-*bis*, par. 2, lett. b), della Direttiva 2009/138/CE come introdotto dalla Direttiva 2025/2.

31 V. l'art. 45, par. 1-*bis* della Direttiva 2009/138/CE come introdotto dalla Direttiva (UE) 2025/2.

32 Cfr. l'art. 44, par. 3, lett. f) Direttiva 2009/138/CE e l'art. 275, par. 2-*bis* del Regolamento Delegato (UE) 2015/35 della Commissione del 10 ottobre 2014, come introdotti dalla Direttiva (UE) 2025/2.

33 Sul tema, in una prospettiva più ampia, J. McCarthy, *The regulation of RegTech and SupTech in finance: ensuring consistency in principle and practice*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 2023, pp. 186 ss.; R.P. Buckley, D.W. Arner, D. A. Zetsche, R.H. Weber, *The road to RegTech: the (astonishing) example of the European Union*, in Journal of Banking Regulation, 2020, pp. 21 ss. Nella letteratura italiana, v. A. Perrone, *La nuova vigilanza. "Regtech" e capitale umano*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2020, I, pp. 516 ss.

34 V., ad esempio, OECD, *Leveraging technology in insurance to enhance risk assessment and policyholder risk reduction*, 2023, disponibile al link https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/12/leveraging-technology-in-insurance-to-enhance-risk-assessment-and-policyholder-risk-reduction_4844de05/2f5c18ac-en.pdf

35 V. l'art.29-*bis*, par. 2, lett. c), della Direttiva 2009/138/CE introdotto dalla Direttiva (UE) 2025/2. Cfr., altresì, il Considerando n. 18 di quest'ultima direttiva ove si afferma: <<l'impiego di tecnologie digitali può sostenere l'efficienza operativa e contribuire a soddisfare i requisiti regolamentari in modo proporzionato, in particolare per le imprese di minori dimensioni>>.

tra vincoli normativi e capacità operative[36].

Infine, l'integrazione dei fattori ESG – e in particolare della componente "G" (governance) – richiede un adattamento delle strutture organizzative alle nuove aspettative in materia di trasparenza, inclusione e gestione dei conflitti di interesse. In tale ambito, il principio di proporzionalità consente di calibrare i presìdi di trasparenza, inclusione e gestione dei conflitti di interesse in modo coerente con la dimensione e la complessità dell'impresa, evitando la creazione di sovrastrutture formali prive di effettiva utilità. L'art. 29-*bis,* par. 2, lett. d), della Direttiva 2009/138/CE, come modificato dalla Direttiva 2025/2, stabilisce espressamente che l'integrazione dei rischi di sostenibilità nella governance, nei processi decisionali e nei sistemi di controllo debba avvenire in modo proporzionato alla natura, alla dimensione e alla rilevanza di tali rischi rispetto al modello operativo adottato.

In conclusione, la riforma europea rappresenta un'occasione per superare l'approccio rigidamente uniforme adottato in passato e promuovere un modello regolatorio più adattivo, coerente con la natura, portata e complessità dei rischi delle imprese, come sancito dall'art. 29-*bis* della Direttiva 2009/138/CE. Per garantire l'effettività del nuovo paradigma, sarà indispensabile affiancare alla riforma normativa strumenti operativi – checklist, griglie di autovalutazione, modelli standardizzati – che facilitino l'attuazione concreta della proporzionalità e riducano il rischio di applicazioni arbitrarie o difensive. A tal fine, un confronto periodico con le rappresentanze del settore può senz'altro contribuire ad aggiornare dinamicamente tali strumenti, rafforzando una cultura della proporzionalità matura, consapevole e partecipata[37].

6. Proporzionalità digitalizzazione e sostenibilità: convergenze per una governance evoluta

L'evoluzione del principio di proporzionalità si intreccia con due trasformazioni strutturali che stanno riconfigurando il settore assicurativo europeo: la digitalizzazione e l'integrazione dei fattori ESG. Queste direttrici non solo incidono sull'organizzazione e sui processi delle imprese, ma influenzano profondamente anche i presupposti della regolazione e della vigilanza.

---

36 EIOPA, *Supervisor*y Technology (SupTech) Strategy, 11 febbraio 2020 evidenzia, altresì, come l'impiego della tecnologia da parte delle autorità di vigilanza al fine di sviluppare soluzioni di supervisione innovative ed efficienti rappresenta un elemento centrale per il sostegno a un sistema di vigilanza più efficace, flessibile e reattivo. Il documento è disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/publications/supervisory-technology-strategy_en

37 L'art. 11 del Regolamento IVASS n. 54 del 29 novembre 2022 ha mantenuto la facoltà dell'IVASS d'istituire panel consultivi delle parti interessate, già prevista dall'art. 8 dell'abrogato Regolamento IVASS n. 3 del 5 novembre 2013. Con una dizione adesso molto ampia, si prevede che la loro istituzione sia funzionale alla realizzazione degli obiettivi del Regolamento anzidetto; laddove l'art. 4 dispone espressamente che << Nell'attività di regolazione l'IVASS tiene conto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari>>.

La digitalizzazione, in particolare, offre strumenti tecnologici che consentono di ripensare l'assetto dei controlli e della governance. In questo contesto, il principio di proporzionalità si arricchisce di una dimensione tecnologica, in cui l'adeguatezza non dipende solo dalla struttura organizzativa, ma anche dalla capacità di sfruttare risorse digitali.

L'adozione del Regolamento (UE) 2022/2554 (DORA) rafforza questa prospettiva, imponendo obblighi in materia di resilienza operativa digitale che dovranno necessariamente essere modulati secondo criteri proporzionali[38]. Le imprese minori potranno adempiere a tali obblighi mediante modelli cooperativi, outsourcing vigilato o piattaforme condivise, a condizione che siano garantiti la tracciabilità e il presidio del rischio. La sfida per le autorità di vigilanza consisterà nel coniugare sicurezza operativa e sostenibilità regolatoria

Accanto alla trasformazione digitale, l'emersione dei criteri ESG – e in particolare della componente "G" di governance – rappresenta un ulteriore vettore di innovazione. Le imprese assicurative sono sempre più chiamate a integrare i profili di sostenibilità nei processi decisionali, nei sistemi di controllo, nelle politiche retributive e nella gestione del rischio[39]. In questo contesto, la proporzionalità non solo consente di evitare eccessi regolatori, ma consente di adattare questi presìdi alla struttura e alla materialità delle singole realtà, evitando sovrastrutture formali e favorendo una governance effettiva, trasparente e responsabile.

Un'attenzione crescente riguarda anche la qualità del dato e la gestione etica degli strumenti decisionali automatizzati, aspetti ormai centrali nella dimensione "G". La trasparenza algoritmica, la documentabilità delle scelte e la supervisione dei processi basati su intelligenza artificiale diventano nuovi orizzonti della proporzionalità[40], in quanto esigono soluzioni commisurate alla complessità tecnica e al potenziale impatto sistemico delle tecnologie adottate[41].

In sintesi, digitalizzazione, sostenibilità e proporzionalità non costituiscono traiettorie autonome, ma componenti integrate di una stessa trasformazione. Una governance as-

38 Più in generale, v. G. Schneider, *La resilienza operativa come materia di "corporate governance": prime riflessioni a partire dal DORA*, in *Corporate Governance*, 2022, pp. 501 ss.

39 In generale, su questi aspetti, cfr: S. Cavaliere, *Il ruolo delle imprese di assicurazione nell'attuazione dei principi ESG: stato dell'arte e opportunità*, in *Assic.*, 2023, pp. 673 ss.; R. Lo Conte, *L'adozione dei fattori di sostenibilità nella definizione del modello distributivo e di consulenza assicurativa alla luce dei processi POG*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, pp. 204 ss.

40 V. EIOPA-BoS-25-007, *Consultation Paper on Opinion on Artificial Intelligence Governance and Risk Management*, 10 febbraio 2025, che riguarda tutti i sistemi di AI che non sono proibiti o classificati come ad alto rischio, e per i quali l'autorità chiede al mercato riscontro anche su come assicurare un approccio risk-based e coerente al principio di proporzionalità (v. Q3). Il documento è disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/document/download/8953a482-e587-429c-b416-1e24765ab250_en?filename=EIOPA-BoS-25-007-AI%20Opinion.pdf

41 Sul tema, in generale, v. L. Ammannati, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in *Giur. cost.*, 2023, pp. 1453 ss.;

sicurativa moderna è tale solo se capace di coniugare flessibilità, rigore e innovazione, accompagnando l'evoluzione del rischio con strumenti adeguati e sostenibili. Il compito della regolazione sarà quello di tradurre questa convergenza in quadri normativi chiari, adattivi e tecnicamente solidi.

7. Proporzionalità tra revisione normativa e trasformazione organizzativa: verso una cultura della responsabilità adattiva

La revisione della Direttiva 2009/138/CE, attuata con l'adozione della Direttiva (UE) 2025/2, impone una profonda riconsiderazione del quadro regolamentare e del modello di vigilanza finora adottato. Il principio di proporzionalità, nella sua nuova configurazione giuridicamente vincolante e articolata su più livelli, non può più essere interpretato come clausola di stile, bensì come strumento di razionalizzazione normativa e innovazione organizzativa.

In Italia, ciò implica il superamento dell'approccio incentrato su strumenti di *soft law*, quali la Lettera al mercato del 5 luglio 2018, che ha avuto un ruolo pionieristico, ma anche limiti in termini di certezza giuridica e uniformità applicativa. La Lettera al mercato dell'11 marzo 2025 ha segnato un primo passo verso una regolazione più operativa e aderente alla realtà aziendale. Tuttavia, affinché l'indirizzo proporzionale produca effetti strutturali, è necessario trasporre tali indicazioni in atti normativi cogenti.

In particolare, si impone una revisione organica del Regolamento IVASS n. 38/2018, con l'introduzione di criteri chiari, documentabili e oggettivabili per identificare le imprese che possono accedere a regimi semplificati. Tuttavia, la flessibilità regolamentare non deve tradursi in abbassamento degli standard o deresponsabilizzazione[42]. Sarà quindi fondamentale rafforzare i presìdi di vigilanza *ex post*, garantire la tracciabilità delle scelte organizzative e valorizzare il ruolo proattivo della funzione di compliance, anche nelle realtà meno complesse[43]. In tal modo, la proporzionalità potrà operare come criterio di selezione e non come fattore di elusione.

Sul piano organizzativo e culturale, l'adozione di modelli proporzionati rappresenta anche un'occasione per promuovere una riflessione critica sulla qualità delle decisioni aziendali, favorendo maggiore consapevolezza, responsabilità individuale e trasparenza interna. L'aumento della flessibilità può stimolare l'innovazione, l'integrazione di competenze trasversali e l'utilizzo di tecnologie digitali a supporto dei processi decisionali.

Una governance proporzionale autenticamente efficace si nutre anche di processi partecipativi, scambio di esperienze e strumenti collettivi di rafforzamento sistemico,

42 K. Van Hulle, Solvency Requirements for EU Insurers. Solvency II is good for you, Intersentia Ltd, Cambridge, 2019, p. 172, osserva come l'applicazione del principio di proporzionalità non dovrebbe comportare la disapplicazione di taluni requisiti normativi.

43 Sull'evoluzione della funzione di compliance, v. P. Manes, *Compliance e corporate governance assicurativa: da Solvency II alle sfide ESG*, in *Corporate Governance*, 2024, pp. 479 ss.

capaci di tradurre il nuovo quadro regolamentare in cultura organizzativa condivisa[44].

8. Conclusioni

La riforma della Direttiva Solvibilità II, attuata con la Direttiva (UE) 2025/2, segna un passaggio concettuale e operativo decisivo nella regolazione della governance assicurativa. Il principio di proporzionalità, da elemento ispiratore e non vincolante, assume oggi una configurazione giuridicamente strutturata, che consente di calibrare obblighi regolamentari in base alla dimensione, alla natura e alla complessità effettiva delle imprese.

In tale contesto, l'adeguamento del quadro normativo italiano, a partire dal Regolamento IVASS n. 38/2018, rappresenta una priorità imprescindibile. La trasformazione delle Lettere al mercato in strumenti regolatori cogenti, l'introduzione di indicatori misurabili e sistemi strutturati di autovalutazione (matrici, checklist, modelli operativi), costituiscono passaggi essenziali per garantire un recepimento efficace e uniforme della riforma.

Tuttavia, la proporzionalità non può essere confusa con una semplificazione indiscriminata o con una deregolamentazione implicita. Essa richiede rigore metodologico, tracciabilità decisionale e rafforzamento dei controlli *ex post*. La funzione di compliance, in particolare, dovrà essere posta in grado di operare con efficacia anche nelle realtà meno strutturate, accompagnando i processi decisionali e documentandone la coerenza rispetto al quadro normativo[45].

La connessione tra proporzionalità, innovazione tecnologica e fattori ESG impone inoltre un approccio integrato e dinamico alla vigilanza. La governance del futuro dovrà

44 Questa prospettiva pare coerente con quella cultura del controllo interno che è richiamata dall'art. 11 del Regolamento IVASS n. 38/2018.

45 V., ad es., EIOPA's approach to the supervision of product oversight and governance, p.8 s. EIOPA, dopo aver espresso l'aspettativa che le autorità di vigilanza nazionali, nella supervisione sulla POG, valutino se i sistemi di controllo interno siano adeguati, tenendo conto della gamma di prodotti, della loro complessità e dei rischi connessi, nonché della natura, della dimensione e della complessità dell'attività e della struttura organizzativa del produttore, precisa che tale valutazione include <<Whether the Compliance and Legal, if relevant, functions have an appropriate involvement in the product approval process including during the design stage and are provided with adequate resources, tools and professional competence to undertake controls on the functioning of the POG process and how manufacturers ensure adequate escalation procedures in case of conflicts with operational functions and address the concerns raised by Compliance and Legal, if relevant, functions with regard to consumer protection and conduct of business requirements.

With reference to the role of Compliance, the supervisory activities also aim at assessing whether the function undertakes appropriate controls on the functioning of the manufacturer's POG process and checks the compliance with POG arrangements, providing periodic reporting and ad hoc updates (in case of significant issues) to the competent corporate bodies>>. Il documento è disponibile al link https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2020-10/eiopa-approach-to-the-supervisions-of-product-overshight-governance_0.pdf

fondarsi su un equilibrio tra flessibilità organizzativa e responsabilità, rendendo le imprese capaci di adattarsi ai rischi emergenti e alle aspettative di sostenibilità, anche attraverso l'impiego di tecnologie insurtech.

Particolare attenzione dovrà essere dedicata all'implementazione del processo ORSA in ottica proporzionale: IVASS potrà supportare le imprese mediante linee guida operative, modelli semplificati di analisi del rischio e strumenti di autodiagnosi calibrati. In assenza di tali presìdi, il principio rischia di perdere la propria forza attuativa o di essere interpretato in modo disomogeneo.

Allo stesso modo, l'organizzazione delle funzioni fondamentali, anche nelle ipotesi di cumulo, dovrà prevedere adeguati meccanismi di controllo, separazione dei flussi informativi e presidi di responsabilità, evitando che la flessibilità si traduca in conflitti di interesse o carenze di governance.

In prospettiva, lo sviluppo di pratiche condivise tra le imprese "piccole e non complesse", anche attraverso associazioni di categoria, potrà favorire una cultura della proporzionalità fondata su consapevolezza, partecipazione e adattamento continuo. La proporzionalità dovrà essere intesa non come eccezione, ma come nuova regola per una vigilanza sostenibile, capace di rafforzare la fiducia nel mercato assicurativo europeo ed italiano.

La Bussola per la Competitività: un futuro tutto da realizzare

MARIATERESA MAGGIOLINO
Professoressa ordinaria di Diritto dell'economia
Università Bocconi

Indice: 1. Introduzione; 2. Il fermento che ha preceduto la Comunicazione; 3. Obiettivo Innovazione: per la costruzione di un ecosistema integrato e strategico per la sovranità europea nei settori tecnologici chiave; 4. Obiettivo decarbonizzazione: Integrare le scelte a favore della transizione ecologica nella politica industriale europea per rafforzare la competitività dell'Unione; 5. Obiettivo sicurezza e difesa: per un'Unione europea indipendente e influente; 6. Facilitatori orizzontali; 7. Alcune osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Qualche mese orsono, il 29 gennaio del 2025, la Commissione europea ha pubblicato una nuova comunicazione, denominata *La Bussola per la Competitività*[01], dove ha disegnato le direttrici lungo le quali l'Unione europea dovrebbe organizzare il rilancio della propria economia, in un contesto dove le (altre?) grandi potenze – Stati Uniti e Cina, in particolare – si sfidano per imporre (anche all'Unione) la loro supremazia tecnologica e per monopolizzare risorse preziose, come le terre rare e le fonti di energia.

Più nel dettaglio, la Commissione ambisce a: rilanciare l'innovazione; sostenere la decarbonizzazione; e fare dell'Unione un'area ancora più sicura e meglio difesa. Inoltre, essa si propone di realizzare questi obiettivi: semplificando il contesto normativo; sfruttando appieno i vantaggi di scala offerti dal Mercato Unico; finanziando la competitività attraverso un'Unione del Risparmio e degli Investimenti e un bilancio dell'UE

01 Commissione europea, Communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions, *A Competitiveness Compass for the EU*, Brussels, 29.1.2025,COM(2025) 30 final (d'ora in poi anche la "Comunicazione"). La Comunicazione è al momento disponibile solo in inglese. Le traduzioni qui proposte sono mie.

ricalibrato; garantendo, al tempo stesso, posti di lavoro di qualità ed equità sociale; nonché meglio coordinando le politiche industriali delineate a livello europeo e nazionale. Infine, nella Comunicazione la Commissione pianifica – ancorché non sempre con il medesimo grado di dettaglio – le tappe dei differenti processi ordinamentali che, entro il 30 novembre 2029 (data della fine del mandato dell'attuale Commissione), dovrebbero fare del Mercato Unico un luogo:

> «[1.] [d]ove gli innovatori possano raggiungere rapidamente i processi produttivi [; 2 dove] le imprese possano accedere con facilità ai finanziamenti grazie a un mercato dei capitali privati che sia integrato ed efficiente su scala europea[; 3] [d]ove una start-up possa stabilirsi ed espandere le proprie attività – attengano esse a beni o servizi – in qualsiasi parte del Mercato Unico[; 4] [d]ove una quota equa dei principali attori globali nei settori deep-tech sia rappresentata da imprese europee e i settori manifatturieri e agricoli riescano a coniugare con successo competitività e transizione verso una produzione a basse emissioni e sostenibile[; 5] [d]ove i lavoratori possano crescere in occupazioni di qualità e contare su una protezione sociale solida e duratura[; 6] [d]ove tutti i consumatori possano servirsi di energia e prodotti puliti a prezzi accessibili, ovunque e in qualsiasi momento, grazie a uno dei più grandi mercati e reti infrastrutturali continentali del mondo[e; 7] [d]ove l'UE e gli Stati membri sfruttino il proprio peso collettivo per agire insieme e ridurre le dipendenze eccessive»[02].

Bastano dunque queste poche parole per comprendere come la *Bussola per la Competitività* rappresenti un documento decisamente ambizioso che, però, stante la sua natura evidentemente programmatica, non può ad oggi sottoporsi ad alcun vaglio tecnico-giuridico che possa dirsi accurato o definitivo. Detto più esplicitamente: giacché il contenuto della Comunicazione che qui si commenta è di politica industriale, allo stato non è possibile svolgere delle considerazioni articolate in merito all'efficacia e/o all'organicità delle nuove e/o novellate regole che la Commissione dovrebbe introdurre per trasformare le sue aspirazioni in realtà.

Tuttavia, fin da ora, possono elaborarsi tre osservazioni di carattere generale.

In primo luogo, fedele al trinomio economia-pace-prosperità che si pose anche alla radice della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, fin dalle prime pagine della Comunicazione, la Commissione chiarisce, anche sulla scorta dei rapporti Letta e Draghi[03], come il tema – chiaramente economico – della competitività europea sia strumentale al raggiungimento di fini più alti, politici e sociali, come la difesa dei confini dell'Unione e del welfare dei suoi cittadini. Non disdegnando una certa enfasi che – come si sarà già

02 *Ibidem*, p. 25.

03 Si veda, in proposito, il successivo paragrafo 2.

intuito – caratterizza l'intera Comunicazione, la Commissione infatti scrive:

> «[i]n gioco per l'Europa non c'è solo la crescita economica, ma il futuro stesso del suo modello. Se l'Europa non aumenta la propria produttività, rischia di rimanere bloccata su un sentiero di bassa crescita, con meno reddito per chi lavora, meno welfare per i più svantaggiati e meno opportunità per tutti. [...] La nostra libertà, sicurezza e autonomia dipenderanno più che mai dalla nostra capacità di innovare, competere e crescere. Questi saranno gli elementi chiave per finanziare le transizioni tecnologica ed energetica dell'UE. Garantiranno la sostenibilità del nostro modello sociale distintivo e forniranno le risorse necessarie affinché l'Europa possa garantire la propria sicurezza e svolgere un ruolo globale negli affari internazionali»[04].

In secondo luogo, riprendendo un'idea chiaramente espressa nel rapporto Draghi, la Commissione evidenzia a più riprese l'urgenza delle riforme e degli investimenti da attuare, nonché – e soprattutto – la necessità che non solo le istituzioni dell'Unione Europea, ma anche i governi e i parlamenti degli Stati Membri siano consapevoli dell'unicità e della gravità del momento storico che stiamo vivendo, così da agire senza indugio e in modo compatto e organico. Assai chiaramente, infatti, la Commissione scrive:

> «[l]a finestra di opportunità è stretta. L'UE deve scegliere se agire in modo coeso per un futuro di prosperità sostenibile per tutti o accettare la divisione e il declino economico»[05].

In terzo luogo, le riforme che la Commissione pianifica vengono spesso presentate come dei "rimedi", ossia come delle soluzioni a problemi empiricamente accertati. In questo senso, quindi, la Comunicazione offre dei seri elementi di concretezza che aiutano a stemperare il timore che questi nuovi progetti ordinamentali finiscano per essere privi di proporzione, congruità ed efficacia. Volendosi esprimere in ossequio ai

04 Comunicazione, p. 1.

05 *Ibidem*, p. 26.

principi della c.d. *Better Regulation*[06], è l'ancoraggio a queste criticità reali e ben documentate che conferisce legittimità – non solo politica, ma anche tecnica – alla massiva azione regolatoria che la Commissione intende di realizzare.

Ciò detto, in questo breve scritto ci si propone di offrire una illustrazione ragionata della *Bussola per la Competitività*, senza dimenticare di menzionare le azioni che la Commissione ha già intrapreso, in questo primo quadrimestre del 2025, per tenere fede ai suoi buoni propositi e per escludere che si tratti di mere velleità. Al riguardo, anche per aiutare il lettore a raccapezzarsi, nelle conclusioni si introdurrà uno schema delle riforme che dovrebbero essere attuate nel corso dei quadrimestri.

2. Il fermento che ha preceduto la Comunicazione

Molto – se non tutto – di quello che forma oggetto della *Bussola per la Competitività* ha avuto inizio con gli studi *Much more than a Market* e *The Future of European Competitiveness* curati rispettivamente da Enrico Letta e Mario Draghi[07]. Questi hanno infatti fornito analisi dettagliate e convergenti delle criticità strutturali che fino ad ora hanno compromesso la capacità dell'Unione europea di mantenere e rafforzare la propria posizione economica nel mercato globale.

In particolare, la relazione Letta della primavera del 2024 ha evidenziato come il Mer-

06 Con l'espressione '*Better Regulation*' si intende un approccio metodologico e politico finalizzato a migliorare la qualità, l'efficienza e l'efficacia della regolazione normativa. Nell'Unione europea, il concetto si è sviluppato progressivamente a partire dagli anni Novanta, affermandosi come risposta sia all'esigenza di contenere il volume e i costi delle regolazioni, sia al crescente scetticismo di cittadini e imprese nei confronti della complessità burocratica e dell'opacità decisionale delle istituzioni europee. Tra gli obiettivi principali della Better Regulation figurano: ridurre gli oneri amministrativi superflui, assicurare che le norme siano basate su evidenze e valutazioni d'impatto accurate, garantire il rispetto del principio di sussidiarietà, promuovere la competitività e l'innovazione, e assicurare la coerenza delle politiche con obiettivi strategici di lungo periodo (come la transizione digitale, la sostenibilità e l'attuazione degli SDGs). Complessivamente, dunque, chi supporta la Better Regulation non vuole alcuna forma di deregolamentazione, ma invita a regolare meglio: con norme più intelligenti, flessibili e future-proof, capaci di adattarsi ai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici. Anche per questo, la Better Regulation valorizza un approccio partecipativo alla formazione delle regole che coinvolga gli stakeholder. Dal 2001, infatti, le istituzioni UE hanno progressivamente integrato anche questo principio nei loro processi legislativi, elaborando strumenti operativi, manuali metodologici e piattaforme digitali per la consultazione pubblica.

07 Enrico Letta, *Much more than a Market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Aprile 2024, disponibile all'indirizzo https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf, (d'ora in poi anche "Relazione Letta"); e Mario Draghi, *A competitiveness strategy for Europe (Part A)* e *In-depth analysis and recommendations (Part B)*, Settembre 2024, disponibili agli indirizzi https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf e https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf (d'ora in poi anche "Rapporto Draghi").

cato Unico – spesso celebrato come una delle più grandi conquiste dell'integrazione europea – si sia nel tempo inceppato, irrigidito e frammentato, complice una certa inerzia politica. Così, lo strumento che avrebbe dovuto garantire mobilità, concorrenza, innovazione e la capacità di operare su scala mondiale è oggi diventato teatro di barriere persistenti, soprattutto nei servizi, nell'economia digitale, nella finanza e nella mobilità del lavoro, ad evidente discapito della posizione concorrenziale che l'Unione occupa rispetto a Cina e Stati Uniti. Per questo, la relazione Letta ha proposto di rilanciare il processo di integrazione europea, muovendosi lungo due direttrici. In primo luogo, essa propone l'adozione di un nuovo metodo di lavoro – il "metodo del Patto" – in ragione del quale gli Stati membri si dovrebbero impegnare reciprocamente, su base volontaria ma vincolante, a rimuovere ostacoli, ad armonizzare regole, ad accettare un maggiore grado di interdipendenza. In secondo luogo, la relazione Letta vorrebbe che il Mercato Unico non fosse pensato come un mero strumento economico, ossia come un luogo di scambio, ma come un'infrastruttura di cittadinanza economica che, quindi, serva anche a sostenere la coesione sociale, a ridurre le disuguaglianze territoriali e ad offrire opportunità reali.

La relazione Draghi, presentata nell'autunno 2024, evidenzia invece come la crescita europea del passato sia dipesa da fattori "esterni" all'Unione: la stabilità geopolitica post-Guerra Fredda che avrebbe consentito agli Stati membri di investire le proprie risorse in ambiti differenti da difesa e sicurezza; l'accesso a energia a basso costo, come il petrolio russo; e la crescente domanda di prodotti e servizi proveniente da "tutto il globo" alimentata e sostenuta dalle politiche del libero scambio. Al contrario, l'UE avrebbe mancato di valorizzare le proprie risorse, per così dire "interne": non avrebbe sfruttato appieno il Mercato Unico; avrebbe imposto vincoli regolatori onerosi; limitato il sostegno finanziario alle imprese; tollerato la delocalizzazione delle filiere; e avrebbe lasciato ristagnare la produttività. Quest'ultima in particolare – alla quale il rapporto Draghi dedica molto spazio – risentirebbe non solo di un tasso d'innovazione inferiore a quello di Stati Uniti e Cina, ma anche dell'incapacità strutturale dell'UE di trasferire l'innovazione nei processi industriali, ostacolando così la diffusione di tecnologie applicabili e scalabili. Per Draghi, occorrerebbe dunque rilanciare gli investimenti in ricerca, competenze, salari e start-up tecnologiche, anche perché il declino demografico impedirebbe di puntare su un aumento quantitativo del lavoro. Del resto – conclude la relazione – proprio la transizione verso un'economia decarbonizzata e digitale potrebbe offrire quella leva strategica per rendere oggi possibile – e più semplice di quanto si pensi – un nuovo ciclo di innovazione.

Evidentemente, dunque, le relazioni Letta e Draghi si sostengono a vicenda. Congiuntamente, esse affermano che se, per un verso, senza un Mercato Unico pienamente funzionante la competitività dell'Unione sarebbe una mera illusione, per altro verso, senza ambizione competitiva, anche il Mercato Unico rischierebbe di essere una costruzione sterile, priva di visione.

Non deve dunque stupire se, nel Consiglio Europeo del novembre 2024, i leader degli

Stati membri abbiano fatto proprie le proposte dei rapporti Letta e Draghi, concludendo un Patto per la competitività europea basato sia su un Mercato Unico pienamente integrato, sia su una rilanciata competitività, da intendersi non come fine a se stessa, ma come strumento per rafforzare il modello sociale europeo, la sicurezza collettiva e la proiezione internazionale dell'UE[08].

Ed è in questo contesto che è nata la comunicazione oggetto di questa analisi: una *Bussola* operativa per orientare le priorità industriali dell'Unione – vale a dire, innovazione, decarbonizzazione, e difesa – e per definire le azioni strategiche e gli strumenti che la Commissione, con un mandato esplicitamente incentrato sulla crescita e sull'investimento, sarà chiamata a implementare nel corso dei prossimi cinque anni per rilanciare la competitività europea.

3. Obiettivo Innovazione: per la costruzione di un ecosistema integrato e strategico per la sovranità europea nei settori tecnologici chiave

Come si diceva, in molte delle sue pagine, la Comunicazione presenta le riforme da varare come delle *risposte normative mirate*, ossia come delle nuove/novellate regole tese a risolvere i problemi strutturali che affliggerebbero l'UE.

Così, parlando di produttività e innovazione, la Commissione ricorda come l'Europa non sia, di per sé, meno innovativa di altre grandi economie globali. La quota di brevetti depositati nell'Unione è infatti del tutto comparabile al numero di brevetti rilasciati negli Stati Uniti e in Cina. Tuttavia, solo un terzo dei brevetti ottenuti dalle università europee viene effettivamente assorbito dal tessuto industriale europeo e/o commercializzato nel Mercato Unico. Di conseguenza, i dati raccontano di un'Unione che sconta un divario innovativo nei confronti delle altre potenze mondiali, perché non riesce a trasformare le innovazioni congeniate all'interno dei suoi confini in concreti prodotti e servizi a disposizione delle sue imprese e dei suoi cittadini, oltre che del resto del mondo.

Per questo, la Commissione si propone di intraprendere un'azione multilivello che – provando a ordinare in termini logici le varie proposte – vuole innanzitutto **rafforzare l'attività di ricerca**, soprattutto nei settori chiave come quello dell'AI. Più nel dettaglio, la Commissione intende:

- non solo canalizzare i fondi dei privati verso l'innovazione europea[09], ma anche aumentare, tramite lo *European Research Area Act*, la spesa pubblica in ricerca e svi-

08 Consiglio europeo, *Dichiarazione di Budapest sul nuovo patto per la competitività europea*, 8 novembre 2024, disponibile all'indirizzo https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/11/08/the-budapest-declaration/.

09 Cfr. successivo para. 6.

luppo fino al 3% del PIL dell'Unione[10], promuovendo progetti ad alto impatto, allineando le priorità tra Stati membri e UE, e incoraggiando la circolazione e la mobilità, in tutto il territorio dell'UE, sia di conoscenze sia di ricercatori[11];

- continuare a sostenere il ruolo di promozione e coordinamento dello *European Innovation Council*[12], ossia di quell'organismo che già oggi governa la ricerca europea c.d. "ad alto rischio" e "alto potenziale" sulla falsa riga di quanto avviene, negli Stati Uniti, attraverso la *Defense Advanced Research Projects Agency*, c.d. DARPA[13]; nonché[14]
- coordinare le operazioni di questo *European Innovation Council* con quelle dello *Eu-*

10 Il conseguimento di questo obiettivo di bilancio – definito già nel 2000 con la Strategia di Lisbona e successivamente confermato in programmi come Europa 2020, ma finora non attuato – richiederebbe un investimento complessivo in ricerca e sviluppo superiore a 515 miliardi di euro, sommando le spese pubbliche e private dei vari Stati membri. Tuttavia, nel 2023, la spesa dell'UE in ricerca e sviluppo si attestava a circa 381,4 miliardi di euro, pari al 2,22% del PIL dell'Unione. Solo alcuni Paesi, come Germania e Svezia, superavano la soglia del 3%, mentre altri, tra cui Italia e Spagna, restavano al di sotto (cfr. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=R%26D_expenditure). Di conseguenza, per realizzare pienamente questa politica di investimento è necessaria una volontà comune e risoluta da parte di tutti gli Stati membri.

11 Comunicazione, p. 5.

12 Lo *European Innovation Council* (EIC) è stato istituito nel 2021 all'interno del programma *Horizon Europe*, ma aveva iniziato a operare in forma pilota già prima. Il suo obiettivo principale è aiutare a trasformare le invenzioni in prodotti o servizi di successo, soprattutto nei settori tecnologici avanzati o emergenti (come intelligenza artificiale, biotecnologie, energie pulite, ecc.). L'EIC si distingue per tre caratteristiche fondamentali: (*a*) finanzia progetti ad alto rischio ma ad alto potenziale, anche in fase molto iniziale (prototipi, prove di concetto); (*b*) combina *grant* e investimenti in *equity*: può offrire sia contributi a fondo perduto sia investimenti diretti nel capitale delle imprese, tramite l'EIC Fund; e (*c*) offre supporto su misura, con mentoring, coaching e contatti con investitori o grandi imprese.

13 Fondata nel 1958, DARPA ha il compito di promuovere lo sviluppo di tecnologie rivoluzionarie per la difesa, ma il suo impatto si è esteso ben oltre il settore militare, contribuendo alla nascita di Internet, del GPS e di molte tecnologie digitali avanzate. Essa coordina team di progetto temporanei che provano a elaborare e rapidamente sperimentare idee pionieristiche che difficilmente riceverebbero finanziamenti pubblici, per l'elevata avversione al rischio delle altre agenzie governative che gestiscono questi ultimi.

14 Comunicazione, p. 5.

ropean Research Council[15] per dare vita a una sorta di CERN per lo sviluppo dell'AI[16].

In aggiunta, la Commissione ritiene che sia necessario investire in **infrastrutture** digitali, come dati, reti in fibra, soluzioni *wireless* e satellitari, 6G, *cloud computing* e AI. In particolare, la Commissione vuole:

- realizzare la *Strategia per l'Unione dei Dati* per facilitare la condivisione sicura di dati pubblici e privati;
- adottare il *Digital Networks Act* per rilanciare – ma non è chiaro secondo quale meccanismo –gli incentivi di mercato alla costruzione di reti digitali, ridurre i costi normativi, migliorare la connettività digitale per gli utenti finali, e meglio coordinare la politica di spettro dell'UE;
- elaborare l'*AI Development and EU Cloud Act* per continuare a rafforzare le capacità di calcolo europee, nonché a sostenere le fabbriche di intelligenza artificiale, invero già costituite e, proprio in questi mesi, rianimate grazie all'*AI Factories Ini-*

15 Lo *European Research Council* (ERC) è un organismo dell'Unione Europea dedicato al finanziamento della ricerca scientifica d'eccellenza. È stato istituito nel 2007 nell'ambito del programma quadro per la ricerca e l'innovazione dell'UE (attualmente Horizon Europe, 2021–2027) ed è gestito dalla Commissione Europea con un ampio margine di autonomia scientifica. Come chi lavora in accademia sa, l'obiettivo principale dell'ERC è sostenere i migliori ricercatori, di qualsiasi nazionalità, che desiderano condurre progetti pionieristici presso istituzioni di ricerca situate in Europa. Si distingue dagli altri strumenti di finanziamento europei perché, stando alle parole di chi lo ha istituito: non impone priorità tematiche: finanzia la ricerca "curiosity-driven", cioè guidata dalla curiosità scientifica, anche quando non ha applicazioni immediate; premia l'eccellenza individuale: la selezione si basa esclusivamente sul merito scientifico del ricercatore e sulla qualità innovativa del progetto; ha una forte componente competitiva: solo una piccola percentuale delle proposte riceve il finanziamento.

16 Comunicazione, p. 7.

tiative[17]; e infine

- alimentare lo sviluppo dell'AI tramite la c.d. *Apply AI Strategy*, la quale mira a stimolare l'uso industriale dell'AI sia in settori privati come la manifattura, l'automotive, l'energia, la robotica, la farmaceutica, l'aeronautica e i servizi finanziari, sia in settori pubblici, come la sanità e la giustizia.

In aggiunta, muovendo dalla convinzione secondo cui l'innovazione – e, in particolare, l'innovazione dirompente – sarebbe appannaggio delle **start-up** ed osservato come, al momento, queste imprese siano ostacolate non solo dalla frammentazione del Mercato Unico, dalla scarsità di capitale di rischio e da una mobilità insufficiente dei talenti[18], ma anche da un sostegno poco mirato alla loro capacità di innovare, la Commissione vuole[19]:

- incentivare l'utilizzo dei *regulatory sandbox*, per ridurre i costi normativi che anche queste imprese devono sostenere;
- disegnare un *28º regime giuridico opzionale*, volto a semplificare gli oneri per le imprese innovative attraverso norme armonizzate in materia di diritto societario, fallimentare, del lavoro e fiscale;
- ripensare le regole antitrust in tema di concentrazioni anche al fine di governare con intelligenza il caso di grandi imprese che acquistano start up per sopprimerne

17 Le *AI factories* sono nate principalmente con il Regolamento (UE) 2021/694, che istituiva il Programma Europa Digitale per gli anni 2021–2027; sono state sostenute nell'*AI Innovation Package* del gennaio 2024 e, da ultimo, sono state rinverdite nel primo quadrimestre del 2025 con l'iniziativa di cui diceva nel testo. Esse, destinate specificatamente alla creazione e all'addestramento di grandi modelli fondamentali di IA generativa, sono centri per lo sviluppo tecnologico concepiti proprio per offrire alle imprese, ai ricercatori e alle istituzioni pubbliche gli strumenti necessari per progettare, testare e utilizzare soluzioni di IA avanzata. Non si tratta semplicemente di laboratori o centri di ricerca: sono vere e proprie infrastrutture che combinano potenza di calcolo, accesso a dati, modelli di IA pre-addestrati e supporto tecnico e formativo, con l'obiettivo di rendere l'innovazione accessibile anche a chi non ha risorse interne per svilupparla da zero. Il finanziamento delle AI Factories arriva sia dall'Unione Europea, tramite programmi come Digital Europe, Horizon Europe e Connecting Europe Facility, sia dagli Stati membri, che cofinanziano i centri nei propri territori. L'investimento complessivo previsto è di circa 2,1 miliardi di euro. Oltre al finanziamento diretto, le AI Factories si inseriscono all'interno di un ecosistema digitale europeo più ampio, che include anche i Data Spaces settoriali, l'iniziativa GAIA-X per l'infrastruttura cloud europea e la European Open Science Cloud (EOSC). I beneficiari principali delle AI Factories sono le piccole e medie imprese (PMI), le startup, i centri di ricerca, le università e le pubbliche amministrazioni. Le PMI, in particolare, possono: accedere a modelli di IA già esistenti e ambienti di test, ricevere supporto per sviluppare soluzioni personalizzate, ottenere formazione, consulenza tecnica e accesso a potenza di calcolo che altrimenti non sarebbero sostenibili. Al riguardo si vedano le informazioni disponibili all'indirizzo https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-factories.

18 Cfr. sulla rimozione di questi tre ostacoli, successivo par. 6.

19 Comunicazione, p. 4.

la loro innovazione[20];

- riesaminare il quadro normativo che governa il trasferimento tecnologico, per così accelerare la diffusione delle innovazioni nel mercato[21].

Infine la Commissione, proprio in ragione del loro alto contenuto innovativo, considera strategiche alcune industrie che, di conseguenza, si dispone a **governare in via specifica** tramite i seguenti regolamenti[22]:

- il *Biotech Act*, dedicato all'innovazione nelle scienze della vita e nella bioeconomia;
- l'*Advanced Materials Act* per supportare lo sviluppo di materiali ad alte prestazioni;
- il *Quantum Act* per sostenere la leadership europea nel calcolo e nelle comunicazioni quantistiche; e, infine,
- lo *Space Act* per rafforzare la competitività e la resilienza della filiera spaziale europea.

Lo si ribadisce, dunque, il piano per rilanciare l'innovazione europea, e così colmare il divario con le altre potenze globali, è complesso e articolato. Inoltre, per lo meno sulle prime, presenta alcune criticità. In primo luogo, l'azione della Commissione sembra molto concentrata sull'offerta di innovazione, ma ancora lontana dalla sua domanda: ancora, cioè, non è chiaro come la Commissione vorrebbe indurre le imprese – soprattutto quelle di medio-piccole dimensioni, che appartengono al tessuto industriale più tradizionale – a modificare le proprie catene produttive e quindi a domandare tecnologie innovative. In secondo luogo, appare quasi paradossale l'idea secondo cui l'azione di innovatori e imprese sarebbe facilitata dall'elaborazione di nuove regole. Pur animata da intenti razionali, la proliferazione delle norme nonché di svariati collegi e commissioni chiamate ad applicarle rischia di appesantire ulteriormente il quadro giuridico in cui operano le imprese europee, con regole di massima, eccezioni per i singoli comparti e molteplici interlocutori a cui rivolgersi.

Come si vedrà[23], la *Bussola per la Competitività* cerca di risolvere questo secondo problema non solo riducendo i costi normativi, ma anche rispondendo all'esigenza, sempre di carattere generale, di coordinare il disegno dell'Unione non solo con le aspirazioni dei singoli Stati membri, ma anche con la circostanza che vuole che siano proprio gli Stati a controllare alcune delle leve che dovrebbero essere azionate per rilanciare l'innovazione europea. Al riguardo è stato ad esempio notato che, in mancanza di un regolamento – quale il futuro *European Research Area Act* – che **vincoli** gli Stati membri a tenere alcune politiche, non sarà possibile superare le barriere strutturali che ostacolano la li-

20 *Ibidem*, p. 6.

21 *Ibidem*, p. 7.

22 *Ibidem*, pp. 5-7.

23 Cfr. successivo paragrafo 6.

bera circolazione di ricercatori, conoscenze e tecnologie[24]. E ciò perché, finora, l'azione lasciata libera e volontaria degli Stati Membri non si è rivelata sufficiente alla creazione di uno spazio comune di ricerca.

4. Obiettivo decarbonizzazione: Integrare le scelte a favore della transizione ecologica nella politica industriale europea per rafforzare la competitività dell'Unione

Sembra eccessivo, ma per ciò che concerne la transizione verde, la *Bussola per la Competitività* pare essere divenuta già obsoleta e poco precisa, perché a fine febbraio del 2025 la Commissione ha provveduto a pubblicare una nuova Comunicazione, ossia *Il patto per l'Industria Pulita: Una Tabella di Marcia Comune verso la Competitività e la Decarbonizzazione*[25]. In questo secondo documento, la Commissione riprende e approfondisce le questioni introdotte nella Comunicazione che qui si commenta, offrendo un'idea più chiara e dettagliata dei suoi proponimenti, ma anche obbligando l'interprete – o, forse, si dovrebbe dire il lettore, visto che allo stato non sono ancora state emanate delle norme – a fare un importante sforzo di coordinamento tra tutti questi testi programmatici.

In buona sostanza, finora la Commissione ha riaffermato l'ambizione di diventare un'economia climaticamente neutra entro il 2050, nonché l'obiettivo intermedio di raggiungere, entro il 2040, una riduzione delle emissioni del 90%. La Commissione, infatti, muove dalla convinzione che questo orizzonte temporale stabile serva a fornire certezza agli operatori economici. D'altro canto però, complice il Rapporto Draghi, la Commissione ha avvertito la necessità di integrare le politiche climatiche con quelle industriali, economiche e commerciali in un unico piano che – inevitabilmente – procede lungo differenti, ancorché sinergiche, direzioni.

Più nel dettaglio, nella *Bussola* la Commissione anticipa di voler regolamentare in via specifica alcune industrie che ritiene cruciali perché strategiche per la catena del valore europeo e perché ad alte emissioni, come: (*a*) il settore dei trasporti che diventerà oggetto del *Sustainable Transport Investment Plan*; (*b*) i comparti dell'acciaio, dei metalli e della chimica per cui la Commissione si predispone ad adottare *the Steel and Metals Action Plan* e *The Chemicals industry package*[26]; nonché (*c*) le industrie automobilistica e agricola per le quali la Commissione ha già, rispettivamente, elaborato una nuova co-

24 Cfr. quanto si legge al seguente indirizzo https://sciencebusiness.net/news/european-research-area/hopes-rise-new-laws-unlock-european-research-area?

25 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Il patto per l'industria pulita: una tabella di marcia comune verso la competitività e la decarbonizzazione*, Brussels, 26.2.2025 COM(2025) 85 final, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52025DC0085

26 Comunicazione, pp. 10-11.

municazione[27] e un altro documento programmatico[28].

Inoltre, la Commissione dedicherà molte attenzioni al problema della "fuga del carbonio" (*carbon lickage*), ossia al fenomeno che negli ultimi anni ha visto le imprese dell'UE – e, in particolare, quelle ad alta intensità energetica che rientrano nel *Sistema di Scambio delle Emissioni* (c.d. ETS) – trasferire la loro produzione in Paesi con regole climatiche meno rigide di quelle europee. Evidentemente, questa strategia non solo vanifica gli sforzi climatici dell'UE, ma altresì danneggia la competitività delle imprese europee. Ecco perché nella Bussola la Commissione annuncia una revisione del *Meccanismo di Adeguamento del Carbonio alle Frontiere* (c.d. CBAM) che terrà conto: della situazione delle industrie energivore coperte dall'ETS; del rischio di elusione del sistema (cioè aggiramenti intenzionali delle regole); e degli effetti non intenzionali lungo le catene del valore. Così, questa revisione valuterà: un ampliamento del campo di applicazione del CBAM a nuovi settori e prodotti a valle (cioè prodotti finiti o semilavorati che incorporano materiali soggetti al CBAM) e misure per evitare impatti negativi sulle esportazioni europee, cioè per tutelare la competitività esterna delle imprese soggette a costi ambientali interni. E ciò con il duplice obiettivo di prevenire la fuga di carbonio e promuovere la diffusione globale dei medesimi meccanismi per la determinazione del prezzo del carbonio[29].

Nello stesso solco, sempre nella *Bussola*, la Commissione annuncia la revisione della di-

27 Non è questa la sede per discuterne, ma cfr. Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions. Industrial Action Plan for the European automotive sector*, Brussels, 5.3.2025, COM(2025) 95 final, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52025DC0095. Anche questa comunicazione – che si articola in cinque aree principali: innovazione e digitalizzazione, mobilità pulita, competitività e resilienza della catena di approvvigionamento, competenze e dimensione sociale, e un ambiente imprenditoriale equo – propone alcuni temi già inclusi nella *Bussola* come la necessità di investimenti pubblici importanti che facciano da traino per quello private; il desiderio di tutelare il modello sociale europeo; il bisogno di evitare che gli stati extra-UE risultino più competitive dell'Unione, grazie a comportamenti scorretti.

28 Ci si riferisce alla tabella di marcia prevista dalla *Visione per l'agricoltura e l'alimentazione*, presentata nel febbraio 2025, che definisce l'orientamento strategico dell'UE per il settore agroalimentare nel periodo 2025-2029. Il documento mira a trasformare l'agricoltura europea in un modello sostenibile, competitivo e attrattivo per le nuove generazioni, articolandosi in quattro aree chiave: equità e attrattività del settore, competitività e resilienza, sostenibilità ambientale e adattamento climatico, valorizzazione del cibo e delle aree rurali. Tali priorità sono accompagnate da principi trasversali come la semplificazione normativa, l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione. La strategia promuove un'agricoltura rigenerativa e a zero emissioni entro il 2040, il rafforzamento delle filiere locali, il ricambio generazionale, e l'adeguamento degli standard per le importazioni. È fondata su un dialogo strutturato con gli attori del settore, ma ha sollevato critiche da parte di organizzazioni ambientaliste e dei consumatori, che evidenziano lacune nella revisione dei sussidi e nella promozione di modelli alimentari più sostenibili. Per queste ed altre informazioni sul punto si veda quanto disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_25_530.

29 Comunicazione, pp. 10-11.

rettiva ETS, che introdurrà incentivi per la rimozione permanente di carbonio, rendendola economicamente sostenibile e integrandola nel modello di business delle imprese. E ciò perché la Commissione spiega che, per raggiungere la neutralità climatica, non basterà azzerare le emissioni: sarà necessario rimuovere attivamente CO^2 dall'atmosfera (*negative emissions*), soprattutto per i settori dove è difficile abbattere del tutto le emissioni, come quello dell' acciaio e del cemento[30].

Infine, come spiega più approfonditamente nel *Piano per l'Industria Pulita*, la Commissione valuta che per realizzare la decarbonizzazione l'Unione debba seguire le seguenti politiche:

(*i*) operare per offrire **energia a prezzi accessibili**. Al riguardo, la Commissione ha osservato come i prezzi dell'energia, nell'attuale contesto europeo, siano elevati e soggetti a forti oscillazioni, con ricadute negative su famiglie e imprese. E ciò per due ragioni. La prima riguarda la persistente dipendenza dell'Unione dalle importazioni di combustibili fossili, che continuano a coprire circa i due terzi del suo fabbisogno complessivo. A fronte di ciò, la Commissione si propone di proseguire con determinazione lungo la strada della decarbonizzazione ma, al tempo stesso, constata come si tratti di un processo che realisticamente si estenderà oltre la durata quinquennale del suo mandato.. La seconda ragione che spiega il livello e la volatilità dei prezzi dell'energia è, invece, di natura più congiunturale e risiede in distorsioni e inefficienze, come un'impostazione non ottimale delle tariffe di rete, un'imposizione fiscale poco razionale, o ancora una limitata integrazione tra i mercati energetici dei diversi Stati membri. Ecco che allora la Commissione intende *da subito* affrontare questo intreccio di criticità, sia alimentando e sostenendo gli **investimenti in infrastrutture energetiche**, come reti elettriche, network per il trasporto dell'idrogeno e della CO^2, e sistemi di stoccaggio, sia adottando un *Affordable Energy Action Plan*, finalizzato a garantire a cittadini e imprese un **accesso diretto a fonti pulite e a basso costo**[31]. E, in effetti, con riguardo a questo secondo profilo la Commissione ha così proceduto, pubblicando nel febbraio del 2025 un'apposita comunicazione, denominata *Piano d'Azione per un'Energia a Prezzi Accessibili*[32]. Essa prevede moltelici mosse e segnatamente di: riformare le tariffe di rete e i meccanismi fiscali che oggi pesano in modo eccessivo sulle forniture energetiche; promuovere strumenti contrattuali più stabili, come i contratti a lungo termine, per ridurre l'esposizione di consumatori e imprese alla volatilità dei mercati; accelerare l'armonizzazione delle regole per il Mercato Unico dell'Energia, anche migliorando il coordinamento tra le autorità di regolazione e potenziando le infrastrutture di interconnessione tra gli Stati membri; mobilitare investimenti pubblici e privati, sia attraverso fondi eu-

30 *Ibidem*.

31 Comunicazione, p. 8.

32 Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Piano d'azione per un'energia a prezzi accessibili*, Bruxelles, 26.2.2025, COM(2025) 79 final, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52025DC0079

ropei, sia rimuovendo gli ostacoli regolatori che rallentano la realizzazione dei progetti infrastrutturali; preparare l'Unione alla gestione di crisi energetiche future attraverso appositi strumenti di gestione del rischio che variano dalle riserve strategiche di gas alla cooperazione tra Stati membri in caso di interruzioni delle forniture, passando per una maggiore trasparenza sugli stoccaggi e un monitoraggio coordinato dell'offerta e della domanda;

(*ii*) creare **mercati guida per la domanda di tecnologie e prodotti a basse emissioni**. In altri termini, la Commissione punta su differenti strumenti per creare ed alimentare una "domanda verde" che sia in grado di sostenere la competitività delle imprese europee nella transizione. Più nel dettaglio, con riferimento alla domanda privata, la Commissione rimarca l'importanza delle etichettature di modo che i consumatori siano informati sulla natura verde, ossia a bassa emissione di carbonio, di beni e servizi. Con riguardo alla domanda pubblica – o, anche, alla domanda privata specifica di settori strategici – la Commissione vorrebbe invece intervenire sulla disciplina degli appalti, includendo nei bandi requisiti di sostenibilità, di resilienza e di contenuto verde minimo[33];

(*iii*) **incrementare i finanziamenti pubblici e favorire gli investimenti privati nel percorso di decarbonizzazione**. Come precisato nel *Patto per l'Industria Pulita*, con riguardo agli investimenti pubblici, la Commissione intende procedere in tre modi. In primo luogo, nel prossimo quadro finanziario pluriennale includere un Fondo per la competitività che offrirà un forte sostegno all'industria innovativa per gli investimenti sostenibili e uno sportello unico semplificato per l'accesso ai finanziamenti dell'UE. In secondo luogo, la Commissione vuole raccomandare agli Stati membri di adottare incentivi fiscali a sostegno del patto per l'industria pulita. Infine, la Commissione si propone di rendere la disciplina degli aiuti di Stato più flessibile, allorché gli Stati membri vogliano sostenere particolari settori e tecnologie verdi. Tuttavia, in proposito occorre notare come questo tipo di politiche consenta alla disomogeneità nella capacità dei diversi Stati di sostenere le proprie industrie attraverso sussidi di minare l'integrità del mercato unico. Invece, in relazione alla mobilitazione dei capitali privati, la Commissione intende aumentare la capacità di rischio di InvestEU e, così, attrarre sempre più capitali privati a sostegno di progetti verdi da realizzarsi, se del caso, anche con l'ausilio del gruppo BEI. Più chiaramente, posto che InvestEU è un programma pensato proprio per incoraggiare gli investimenti privati, offrendo una garanzia pubblica nel caso in cui il progetto si riveli di scarso successo e posto che, all'interno di InvestEU, il gruppo BEI è l'attore che più spesso gestisce i fondi, valuta i progetti e concede i finanziamenti, nella *Bussola* e, soprattutto, nel *Patto per l'Industria Pulita*, la Commissione promette di avere un occhio di riguardo per le iniziative connesse alla decarbonizzazione, annunciando dunque ai privati che quelle iniziative (e non altre), diventando meno rischiose perché degne di ricevere fondi pubblici (anche in garanzia), risulteranno anche particolarmente meritevoli di denari privati;

33 Comunicazione, pp. 9-10.

(*iv*) **valorizzare la circolarità** in rapporto alla strategia per la decarbonizzazione. A detta della Commissione, infatti, l'Unione dovrebbe organizzare in modo più efficiente la propria domanda di materie prime strategiche[34], anche riutilizzando, rifabbricando e riciclando i materiali e i beni che si realizzano tramite tali materie prime. Detto altrimenti, la Commissione desidera creare/alimentare un mercato secondario per questi input così da incrementare la resilienza economica dell'Unione. Il *Circular Economy Act* dovrebbe, quindi, servire a favorire la libera circolazione di prodotti riciclati, materie prime secondarie e rifiuti, come quelli elettronici. Ad esempio, questo regolamento permetterà di armonizzare i criteri per la cessazione della qualifica di 'rifiuto' in modo da agevolare il passaggio dallo status di rifiuto a quello di 'materia prima di seconda mano'; semplificherà, digitalizzerà ed amplierà in modo mirato la responsabilità estesa del produttore, così da sostenere la domanda di prodotti "circolari"; e fornirà incentivi per incrementare l'uso dei rottami metallici e la digitalizzazione obbligatoria delle autorizzazioni alla demolizione e delle verifiche pre-demolizione;

(*v*) **curare gli interessi dell'Unione nei mercati globali**, non solo attraverso la conclusione di partenariati per il commercio ed il sostegno ad investimenti puliti seguendo la strategia che prende il nome di *Global Gateway Investment Package* [35], ma anche tramite un miglior governo di quegli strumenti che impongono alle imprese extra-UE di operare nel Mercato Unico adeguandosi alle nostre condizioni di sostenibilità. In questo solco si collocano, ad esempio, la decisione di riesaminare il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'UE, nonché il già menzionato rafforzamento del CBAM; ed, infine,

(*vi*) favorire un'**allocazione efficiente dei talenti**, preservando il **modello sociale dell'Unione**. Come si avrà modo di evidenziare anche oltre[36], la Commissione vuole infatti garantire che la transizione verde generi benefici equamente distribuiti tra i cittadini europei e, a tal fine, intende investire su competenze, occupazione di qualità e coesione sociale. Così, sarà definita una *Union of Skills* per migliorare l'accesso a formazione

34 Facendo leva su altre esperienze, la Commissione intende creare una piattaforma per l'aggregazione della domanda e un meccanismo di abbinamento per le materie prime strategiche. In una seconda fase, a integrazione del regolamento sulle materie prime critiche e in linea con le raccomandazioni della relazione Draghi, la Commissione intende istituire un apposito centro dell'UE per le materie prime critiche finalizzato all'acquisto in comune di materie prime critiche per conto delle imprese interessate e in cooperazione con gli Stati membri. Tra gli altri interventi potrebbero figurare il coordinamento delle scorte strategiche, il monitoraggio della catena di approvvigionamento e la messa a punto di prodotti finanziari per investire nell'approvvigionamento a monte, nell'UE e in paesi terzi.

35 Il *Global Gateway* vuole infatti promuovere investimenti sostenibili e infrastrutture di qualità nei Paesi partner, soprattutto in Africa, Asia e America Latina, come alternativa ai modelli di sviluppo cinesi. Mira a rafforzare connessioni globali nei settori dell'energia, del digitale, dei trasporti, della salute e dell'istruzione, promuovendo al tempo stesso valori europei come trasparenza, sostenibilità e buon governo. Cfr. sul punto quanto spiegato al seguente indirizzo https://international-partnerships.ec.europa.eu/policies/global-gateway_it

36 Cfr. successivo paragrafo 6.

e riqualificazione nei settori strategici, con una razionalizzazione degli strumenti esistenti e un sostegno finanziario al programma Erasmus+. Verrà inoltre rafforzato il riconoscimento e la trasferibilità delle competenze, anche attraverso la digitalizzazione e il reclutamento di talenti da Paesi terzi. Ancora, la Commissione svilupperà con le parti sociali una "tabella di marcia" per condizioni di lavoro dignitose e processi equi di ristrutturazione. Verranno poi potenziati strumenti di accompagnamento, come il *Fondo di adeguamento alla globalizzazione* e il *Fondo per una transizione giusta*, per attenuare l'impatto sociale delle ristrutturazioni aziendali e, più in generale, dell'adozione di modelli di produzione e distribuzione meno 'labor-intensive'. Si istituirà un osservatorio europeo per monitorare l'equità della transizione e si promuoveranno norme sociali attraverso l'uso di condizionalità nei finanziamenti pubblici. Infine, saranno valutate modifiche alle regole sugli aiuti di Stato e incentivi per sostenere la formazione e l'occupazione, oltre a orientamenti sul leasing sociale per facilitare l'accesso ai prodotti puliti.

Complessivamente, dunque, anche i sei punti appena riassunti testimoniano come il disegno della Commissione di integrare le politiche climatiche con quelle industriali rappresenti un progetto complesso e articolato il cui successo, quindi, dipenderà dall'avverarsi di molteplici condizioni: dalla semplicità e coerenza degli strumenti introdotti, alla convergenza delle volontà politiche e delle abilità realizzative degli Stati membri; dall'attivazione tempestiva della domanda verde, alla capacità dell'Unione di costruire alleanze internazionali sulla transizione. Senza il verificarsi di queste condizioni, cioè, il *Piano per l'Industria Pulita* rischia di rimanere una cornice promettente, ma insufficiente ad affrontare le sfide strutturali della competitività europea.

5. Obiettivo sicurezza e difesa: per un'Unione europea indipendente e influente

Per chi è solito occuparsi delle regole che governano l'economia dell'Unione, la parte della *Bussola* dedicata al ruolo che l'Unione dovrebbe tenere nel contesto geo-politico mondiale rappresenta una novità, ancorché parziale.

Di 'non-nuovo' c'è l'idea secondo cui il commercio internazionale si possa configurare, non solo come vettore di crescita, ma anche quale strumento per costruire e consolidare la pace tra i paesi. L'UE ha costruito nel tempo una rete di connessioni globali che sostiene la sua prosperità e, al contempo, la sua sicurezza. Ad oggi, infatti, il commercio estero di beni e servizi rappresenta già una quota rilevante del PIL dell'Unione Europea. Nel 2023, il commercio transatlantico tra UE e Stati Uniti ha superato i 1.500 miliardi di euro; insieme, UE e USA rappresentano quasi il 30% del commercio mondiale. Guardando al futuro, si prevede che il 90% della crescita economica globale avverrà al di fuori dei confini europei. Più in generale, poi, il commercio con svariati partner commerciali non solo favorisce la crescita del PIL e l'accesso a nuovi mercati, ma consente anche la diversificazione delle catene di approvvigionamento, elemento chiave per aumentare la resilienza del sistema economico europeo. In questo senso, quindi, l'Unione europea deve e vuole tentare di rimanere un'economia aperta, ispirata ai principi del libero scambio.

Tuttavia, di 'nuovo' c'è la necessità di considerare le scelte commerciali europee alla luce delle crescenti tensioni con e tra Stati Uniti, Cina e Russia, nonché in vista del progressivo accreditamento politico di paesi come India e Brasile. Detto diversamente, in un contesto mondiale sempre più segnato dalla competizione tra blocchi e dall'uso politico delle interdipendenze economiche (c.d. *network weaponization*), l'apertura commerciale europea può trasformarsi in un fattore di rischio. In una battuta, dunque, l'Unione deve diventare meno dipendente da alcuni attori politici e, dunque, meno vulnerabile alle loro decisioni con riguardo alla fornitura, ad esempio, dei semiconduttori, oppure di alcuni elementi chimici basilari per la produzione di farmaci e fito-farmaci indispensabili per la salute dei cittadini europei o per la produttività dei suoi raccolti[37].

È dunque in questo contesto che la Commissione ha opportunamente proposto, già nel marzo del 2025, il *Critical Medicine Act*[38] ed è sempre in questo contesto che già nella *Bussola* la Commissione si diceva intenzionata a conciliare competitività e resilienza, integrando le politiche commerciali e industriali con quelle di sicurezza e difesa. Più nel dettaglio – anche se in queste pagine della Comunicazione la descrizione delle iniziative da intraprendere diventa più qualitativa e meno dettagliata – la Commissione scriveva di voler[39]:

(*i*) continuare nell'attività di **individuazione e gestione dei rischi** a cui il sistema produttivo europeo è esposto. Del resto, già nel 2023, la Commissione ha agito in questa direzione – ossia con l'intento di garantire standard di sicurezza in merito alle catene del valore – adottando nel 2023 la *European Economic Security Strategy*, la quale ha identificato quattro aree di rischio e dieci tecnologie critiche per dunque predisporre misure proporzionate e mirate per proteggerle. Tra queste rientrano il controllo degli

37 Comunicazione, p. 13.

38 Il **Critical Medicines Act (CMA)** è stato proposto nel contesto dell'**Unione Europea della Salute**, che mira a garantire che tutti i cittadini europei abbiano accesso ai medicinali necessari. Integra le misure normative già proposte, in particolare la riforma della legislazione farmaceutica dell'UE. Più nel dettaglio, il CMA vuole migliorare la disponibilità, l'approvvigionamento e la produzione di medicinali critici all'interno dell'Unione Europea. Inoltre, esso mira ad aumentare l'accesso ad altri medicinali di interesse comune, come quelli per le malattie rare, e ad affrontare il problema della mancanza di alcuni farmaci in determinati mercati. Grazie al CMA potranno essere: (*i*) designati **Progetti Strategici** per i medicinali critici o i loro ingredienti, in modo che possano beneficiare di un accesso agevolato ai finanziamenti e di procedure accelerate; (*ii*) utilizzati gli **appalti pubblici** per incentivare la resilienza delle catene di approvvigionamento dei medicinali critici o per migliorare l'accesso ad altri farmaci di interesse comune; (*iii*) sostenuti **acquisti congiunti** tra diversi Stati membri, su richiesta di questi ultimi, per affrontare le disuguaglianze nella disponibilità e nell'accesso ai medicinali; nonché (*iv*) esplorate **partnership internazionali** con paesi o regioni affini, per ampliare la catena di approvvigionamento e ridurre la dipendenza da fornitori unici. Infine, la Commissione provvederà a fornire **linee guida sugli aiuti di Stato** per aiutare gli Stati membri a sostenere finanziariamente questi progetti strategici. Per queste informazioni si veda quanto disponibile all'indirizzo https://health.ec.europa.eu/document/download/2abe4fc8-059e-47d9-a20a-d9e3bfc5dc2c_en?filename=mp_com2025_102_act_en.pdf

39 Comunicazione, pp. 13-16.

investimenti diretti esteri, le restrizioni all'export e il monitoraggio degli investimenti in uscita[40];

(*ii*) **diversificare** le proprie relazioni commerciali, per ridurre la dipendenza da singoli Paesi. A tal fine, la Commissione evidenzia di nuovo quanto già osservato nelle prime pagine della *Bussola*, ossia l'importanza della ricerca, dell'innovazione, del riciclo e della formazione di riserve, nonché il sostegno finanziario mirato alla creazione e al potenziamento delle capacità europee di produzione e trasformazione di materiali, tecnologie, beni e servizi critici. In questo ambito si collocano allora non solo il già menzionato *Critical Medicines Act*, ma anche la volontà – anche questa già riportata – di creare una piattaforma per aggregare la domanda di risorse critiche, così da aumentare il potere negoziale dell'Unione sulla scorta di quanto già fatto con il piano *AggregateEU*[41];

(*iii*) intensificare l'attività di **sviluppo e consolidamento di partenariati** tramite accordi di libero scambio come quelli raggiunti con il Mercosur (ossia Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay) e con il Messico, i quali permettono agli esportatori europei di risparmiare denari in dazi doganali, consentono loro di godere sia di un accesso privilegiato agli appalti pubblici banditi in quei paesi, sia di un accesso preferenziale esclusivo ad alcune materie prime critiche e beni ecologici, nonché di beneficiare delle protezione di oltre 350 Indicazioni Geografiche dell'UE per prodotti alimentari tradizionali. Inoltre, in questo ambito già si situa il sopra-menzionato *Global Gateway Investment Package* introdotto nel 2021 dall'Unione con il duplice scopo di rafforzare la presenza geopolitica ed economica dell'UE nel mondo, aiutando lo sviluppo sostenibile dei paesi partner dei Balcani, dell'Africa, dell'America Latina e dell'Asia, grazie ad investimenti (fino a 300 miliardi di euro entro il 2027) in infrastrutture (strade, ferrovie, porti, reti digitali, energia pulita, scuole, ospedali) accompagnati dalla promozione di "valori europei" come trasparenza, sostenibilità ambientale, standard sociali e diritti umani. Infine, nella direzione di ampliare il peso economico-politico dell'Unione, devono essere letti gli Accordi sul commercio digitale (in corso di negoziazione con la Corea e già conclusi con Singa-

40 Si veda sul punto la Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio sulla Strategia Europea per la Sicurezza Economica, Bruxelles, 20.6.2023, JOIN(2023) 20 final, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023JC0020.

41 AggregateEU è un meccanismo istituito dalla Commissione Europea nell'aprile 2023 per aggregare la domanda di gas naturale da parte delle imprese dell'UE e dei Paesi della Comunità dell'Energia, facilitando così acquisti congiunti e coordinati a livello europeo. L'obiettivo principale è garantire forniture sufficienti e diversificate di gas, ridurre la volatilità dei prezzi e aumentare la prevedibilità, sfruttando il peso collettivo del mercato europeo. Il funzionamento di AggregateEU prevede che le aziende partecipanti comunichino il proprio fabbisogno di gas, che viene poi aggregato e messo a gara sul mercato internazionale. Successivamente, le aziende possono concludere contratti di acquisto con i fornitori di gas, sia individualmente che congiuntamente. Questo approccio è particolarmente vantaggioso per le imprese più piccole o per quelle situate in paesi senza sbocchi sul mare, che potrebbero avere meno accesso diretto ai fornitori globali. Per ulteriori dettagli si vedano le informazioni disponibili all'indirizzo https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-security/eu-energy-platform/aggregateeu_en.

pore); gli Accordi di Mutuo Riconoscimento (già attivi o in fase di sviluppo con diversi partner, tra cui Australia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Svizzera e Stati Uniti, con l'obiettivo di ridurre i costi delle procedure di conformità); gli Accordi per la Facilitazione degli Investimenti Sostenibili (il primo dei quali è stato finalizzato, mentre altri sono in fase di elaborazione); nonché il nuovo Patto per il Mediterraneo, una ambiziosa iniziativa per la Cooperazione Trans-mediterranea sull'Energia e le Tecnologie Pulite stimolerà investimenti pubblici e privati su larga scala nelle energie rinnovabili;

(*v*) combattere – finalmente – la **concorrenza sleale** di paesi che, non essendosi adeguati alle regole del libero scambio, perché sovvenzionano indiscriminatamente le loro industrie, e tollerando politiche ambientali e del lavoro contrarie ai diritti fondamenti, mettono le loro imprese nelle condizioni di presentarsi sul mercato europeo con prezzi incredibilmente contenuti. In risposta, l'Europa ha iniziato a rafforzare i propri strumenti di difesa commerciale, pensando a una revisione sia del Regolamento sulle sovvenzioni estere, sia la Direttiva sugli appalti pubblici, di modo che le imprese europee ricevano un trattamento di favore[42];

(*vi*) **investire nella difesa** dell'UE, tenuto conto di come questa impresa possa fare da volano per la competitività europea, purché le imprese aumentino la loro scala, riducano le inefficienze e riescano ad essere effettivamente interoperabili. Di conseguenza, la Commissione e l'Alto Rappresentante presenteranno – anzi hanno già presentato nel primo quadrimestre del 2025 – un *Libro Bianco sul Futuro della Difesa Europea* per delineare le azioni necessarie a rafforzare e sostenere gli sforzi degli Stati membri affinché investano di più in difesa, in modo peraltro più efficace e coordinato[43]. Detto altrimenti, gli Stati dovranno: aggregare la propria domanda attraverso un maggiore ricorso agli appalti congiunti, cooperare nella ricerca e sviluppo, concentrarsi su iniziative comuni europee, nonché mettere in comune le risorse e le capacità industriali attraverso *Progetti di Difesa di Interesse Comune Europeo*. In quest'ottica, la Commissione intende lavorare anche a un *Piano Europeo di Adattamento Climatico* e a una *Strategia Europea per la Resilienza Idrica*. Parallelamente, sulla base del rapporto Niinistö, la Commissione e l'Alto Rappresentante presenteranno altresì – di nuovo, hanno già presentato – una *Strategia per l'Unione della Preparazione*, che delineerà un approccio comune alle minacce esistenti e potenziali[44], anche rispetto a questioni specifiche come la cyber-sicurezza, gli eventi catastrofoci e l'accesso all'acqua. E tutto ciò nel quadro della più generale iniziativa per la difesa dell'Unione[45];

42 Comunicazione, p. 14.

43 Sul tema si legga quanto disponibile a questo indirizzo: https://commission.europa.eu/document/download/e6d5db69-e0ab-4bec-9dc0-3867b4373019_en?filename=White%20paper%20for%20European%20defence%20%E2%80%93%20Readiness%202030.pdf

44 Di nuovo, le informazioni relative a questo tema sono disponibili al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_25_856/IP_25_856_EN.pdf

45 Comunicazione, pp. 15-16.

In definitiva, anche sotto questo profilo, l'UE si trova di fronte a una sfida sistemica: potenziare il suo ruolo di attore commerciale globale senza sacrificare la sua industria e senza rendersi vulnerabile. Per farlo, deve modificare il suo paradigma di riferimento e, in particolare, superare la tradizionale dicotomia tra apertura e protezione, così da integrare in modo coerente commercio, competitività e sicurezza. Detto più esplicitamente, le politiche industriali non devono più essere considerate un elemento accessorio rispetto alla politica commerciale, ma il loro fondamento. E allo stesso modo, la sicurezza non deve più essere intesa come un vincolo esterno, ma come una condizione costitutiva della crescita economica.

6. Facilitatori orizzontali

Dopo aver indicato le direzioni verso le quali l'Unione Europea dovrebbe procedere per incrementare la propria competitività, la *Bussola* punta verso gli strumenti che dovrebbero facilitare questo cammino. E, anche in queste pagine, la Comunicazione adotta il metodo seguito in precedenza: muove dalle criticità constatate in punto di fatto per proporre poi delle soluzioni. In particolare, si concentra su cinque questioni che, però, non tratta con il medesimo grado di dettaglio.

Così, anche sulla scorta della Relazione Letta, la Commissione osserva che nel 2023 la quota del PIL dell'UE rappresentata dagli scambi tra Stati membri è diminuita sia per i beni (23,8%) sia per i servizi (7,6%). Più in generale, all'interno del Mercato Unico – che conta 23 milioni di imprese e 450 milioni di consumatori – il commercio transfrontaliero di servizi è inferiore a un terzo di quello dei beni e, a differenza di questi ultimi, non supera il commercio di servizi con i Paesi extra-UE. Per questo, dunque, nella Comunicazione la Commissione dice di voler rilanciare l'integrazione tra gli Stati Uniti, sempre alla luce delle dimensioni continentali dei rivali dell'Unione europea, quali Stati Uniti e Cina. Tuttavia, nella *Bussola per la Competitività*, la Commissione non propone ancora alcuna soluzione concreta ed innovativa. Essa si limita soltanto a ribadire – più e più volte – come sia necessario: rimuovere le ultime barriere interne che bloccano il libero fluire di merci e servizi; collaborare con gli Stati; definire e adottare standard tecnologici globali in tempi rapidi; creare una *task force rafforzata* chiamata a garantire un'applicazione effettivamente armonizzata delle regole che governano il Mercato Unico; ed, infine, accelerare l'integrazione europea in alcune industrie strategiche, come le comunicazioni elettroniche, l'energia, i mercati finanziari e la difesa. Fa forse *eccezione* – ma per la novità dell'argomento e non per il dettaglio della proposta – la scelta di considerare anche il fenomeno dell'ingresso di nuovi Stati Membri nell'Unione europea. Al riguardo, la Commissione osserva come un'integrazione anticipata e graduale dei Paesi candidati in alcune parti del Mercato Unico consentirebbe alle imprese di introdursi nelle catene del valore europee, facilitando il processo di convergenza e promuovendo investimenti, commercio e competitività[46].

46 Comunicazione, pp. 18-19.

Analogamente, con riferimento al mercato del lavoro, la Commissione osserva come i cambiamenti imposti a quest'ultimo dalla rivoluzione digitale e dalla transizione verde abbiano determinato un deficit di manodopera e competenze che penalizza soprattutto le piccole e medie imprese. Pertanto – e come si diceva – la Commissione europea intende promuovere una vera e propria *Unione delle Competenze*. Questa iniziativa mira a rafforzare l'offerta formativa e a migliorare l'allineamento tra le competenze disponibili e le richieste del mercato del lavoro, attraverso investimenti mirati, apprendimento continuo, programmi di mobilità, attrazione di talenti dall'estero e valorizzazione dei percorsi formativi alternativi. Tra gli strumenti previsti a tal fine figurano un piano strategico per le materie STEM, una strategia per l'istruzione e la formazione professionale, e un'azione specifica sulle competenze di base. Inoltre, la Comunicazione riconosce come la competitività passi anche dal coinvolgimento nel mercato del lavoro di sempre più soggetti. In un contesto di invecchiamento della popolazione, sarà dunque fondamentale aumentare la partecipazione attiva, soprattutto tra donne, giovani, lavoratori anziani, persone con disabilità e altri gruppi sottorappresentati. Per farlo, occorreranno politiche mirate: condizioni lavorative eque, salari dignitosi, equilibrio vita-lavoro, e servizi accessibili come l'assistenza all'infanzia e a lungo termine. La Commissione, con il coinvolgimento delle parti sociali, intende allora definire una *Tabella di marcia per il Lavoro di Qualità* e un *Piano per l'Abitazione Accessibile*. Infine, per la Commissione sarà indispensabile garantire che i lavoratori possano adattarsi e affrontare i cambiamenti tecnologici in sicurezza. Per questo motivo, il Semestre Europeo promuoverà la modernizzazione dei sistemi di protezione sociale, affinché siano più inclusivi, efficaci ed efficienti. Le riforme pensionistiche dovranno essere accompagnate da misure che favoriscano una vita lavorativa più lunga, l'invecchiamento attivo e mercati del lavoro dinamici e aperti. Tuttavia – e di nuovo – la *Bussola* non va oltre l'elencazione di queste iniziative che, per quanto ragionevoli e condivisibili, mancano ancora di concretezza[47].

Sono altri tre i 'facilitatori' che, nella *Bussola*, occupano di più i pensieri della Commissione: la riduzione dei costi imposti dalla regolazione; la necessità di rendere più ricche le fonti di finanziamento a disposizione delle imprese europee; e l'esigenza – forse primigenia – di coordinare al meglio l'azione (politica) della Commissione e degli Stati membri.

6.1 *I costi normativi*

Come noto, nel confrontarsi con le regole, le imprese sostengono una serie di costi che si possono così organizzare. Anzitutto vi sono i costi di interpretazione, legati alla necessità di comprendere il significato delle regole: questi includono le spese per consulenze legali e specialistiche, la formazione interna del personale e l'incertezza derivante da norme ambigue o soggette a modifiche frequenti. Una volta compresa la normativa, le imprese devono affrontare i costi di *compliance*, ovvero quelli necessari per adeguare le proprie strutture e procedure alle regole: si tratta di costi organizzativi, tecnolo-

47 *Ibidem*, pp. 22-23.

gici, amministrativi e di certificazione, spesso significativi. A questi si sommano i costi di interazione con la Pubblica Amministrazione, come i tempi di attesa per ottenere autorizzazioni, le risorse dedicate alla gestione burocratica e i danni derivanti da inefficienze o ritardi. Se poi il rispetto della normativa non è pienamente garantito — anche per ragioni di complessità — le imprese possono poi incorrere nei costi determinati da sanzioni e contenziosi, inclusi quelli per eventuali danni reputazionali. Infine, esistono costi strategici ed economici più ampi, come il vincolo a modelli di business meno flessibili (lock-in normativo), il rischio di svantaggi competitivi rispetto ad imprese operanti in contesti normativi più leggeri, e il costo-opportunità legato al fatto che risorse destinate alla *compliance* non possono essere investite in innovazione o crescita.

Non tutti questi costi normativi sono evitabili, però: alcuni sono necessari per il buon funzionamento del mercato e per la tutela di valori che si ritiene debbano essere preservati, mentre altri derivano da inefficienze e sovraccarichi burocratici che potrebbero essere ridotti. Ecco perché, nella *Bussola*, la Commissione si propone – e giustamente – di eliminare questo ultimo genere di costi; non certo di smettere di garantire alcuni diritti per ridurre i costi normativi che le imprese sostengono[48].

Più nel dettaglio, la Commissione rimarca gli imponenti costi amministrativi – comprensivi anche dei c.d. "tempi di attesa" e/o "tempi di esecuzione" – che, ad oggi, due terzi delle imprese sostengono per ottenere autorizzazioni all'esercizio di particolari attività o per dare conto di – tecnicamente, per *rendicontare* – come hanno utilizzato i fondi pubblici ai quali hanno avuto accesso. Di conseguenza, la Commissione scrive:

> «[t]utte le istituzioni dell'UE, nazionali e locali, devono compiere uno sforzo significativo per produrre norme più semplici e accelerare la velocità delle procedure amministrative. L'accesso ai fondi o l'ottenimento di decisioni amministrative devono diventare più rapidi ed economici per imprese e cittadini»[49].

Così, la Commissione enumera una serie copiosa di misure che dovrebbero condurre, nel rispetto dei già seguiti principi della *Better Regulation*, alla desiderata semplificazione normativa: da una revisione dell'accordo interistituzionale che governa le modalità di collaborazione tra la Commissione medesima, il Parlamento europeo e il Consiglio, a una più accurata valutazione dei costi degli atti delegati e di esecuzione proposti. Ancora, la Commissione si propone di estendere ad un numero sempre mag-

48 *Ibidem*, pp. 16-18.

49 *Ibidem*, p. 17.

giore di imprese le procedure semplificate e accelerate che già esistono[50], nonché di prevederne di nuove[51]. Inoltre, essa sceglie di creare una terza categoria di imprese, denominate *small mid-cap*, descritte letteralmente come imprese «più grandi delle PMI ma più piccole delle grandi aziende» alle quali verrà riservata una regolamentazione "su misura" e, quindi, semplificata rispetto a quella attuale e più proporzionata alle loro caratteristiche[52]. Ancora, la Commissione sottolinea come la digitalizzazione dei servizi della pubblica amministrazione secondo formati basati su dati standardizzati e il ricorso a strumenti come la fatturazione elettronica, la firma elettronica, la trasmissione elettronica dei documenti e il passaporto digitale dei prodotti serviranno tutti a ridurre i costi normativi, posto che l'e-IDAS europeo, ossia il *portafoglio digitale europeo per le imprese*, assurgerà a modello per fare impresa in modo semplice e digitale nell'UE[53]. In aggiunta, sempre al fine di ridurre gli oneri di rendicontazione e, più in generale, tutti quelli amministrativi, la Comunicazione ha annunciato l'adozione dei c.d. 'pacchetti omnibus' per la semplificazione. E, in effetti, il primo – quello relativo alla rendicontazione sulla finanza sostenibile e, più in generale, relativo alla due diligence e alla tassonomia in materia di sostenibilità – è già stato pubblicato insieme alla promessa semplificazione del meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM) per gli operatori di mercato più piccoli[54].

Infine, nella *Bussola*, la Commissione ha il coraggio di rendersi *accountable* e fissare degli obiettivi quantitativi, dichiarando di voler ridurre gli oneri di rendicontazione oggi – e, più in generale, tutti gli oneri amministrativi domani – di almeno il 25% per tutte le

50 Ad esempio, partendo dal quadro per le autorizzazioni nel settore delle energie rinnovabili e dal *Net Zero Industry Act*, la proposta di *Decarbonisation Accelerator Act* estenderà le procedure accelerate anche ad altri settori in transizione (ad esempio, quelli ad alta intensità energetica). Si vedano, al riguardo, le informazioni disponibili agli indirizzi https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/net-zero-industry-act_en e https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14505-Industrial-Decarbonisation-Accelerator-Act-speeding-up-decarbonisation_en.

51 Le procedure relative agli IPCEI (Progetti Importanti di Interesse Comune Europeo) e alle infrastrutture energetiche di Interesse Comune saranno semplificate e accelerate. A seguito della proposta di revisione del quadro farmaceutico dell'UE per accelerare le autorizzazioni e semplificare i processi regolatori, la Commissione sta preparando misure attuative a breve termine per ridurre gli oneri e semplificare il settore dei dispositivi medici. Inoltre, sarà presentato quest'anno un pacchetto di semplificazioni sostanziali per ridurre concretamente gli oneri a carico degli agricoltori e offrire loro un sollievo operativo.

52 Comunicazione, p. 18.

53 *Ibidem*.

54 Questo pacchetto omnibus include: (a) una proposta di direttiva che modifica la CSRD e la CSDDD; (b) una proposta che posticipa l'applicazione dei requisiti di rendicontazione della CSRD per le aziende che devono rendicontare nel 2026 e 2027 (onde 2 e 3) e che rinvia la scadenza di attuazione della CSDDD al 2028; (c) una bozza di atto delegato che modifica le comunicazioni della tassonomia e gli atti delegati sul clima e l'ambiente, in consultazione pubblica; e (d) delle proposte di regolamento per modificare il CBAM e il regolamento InvestEu. Cfr. sul punto quanto si legge all'indirizzo https://commission.europa.eu/publications/omnibus-i_en, dove sono disponibili tutti i documenti qui menzionati.

imprese e di almeno il 35% per le PMI.

Cambiando parzialmente prospettiva, la Commissione intende anche lavorare per garantire un'applicazione unitaria delle norme europee[55], nonché organizzare in modo meno dispersivo le modalità di accesso agli strumenti di finanziamento dell'UE che – come la Commissione ha il merito di riconoscere – sono «attualmente frammentati in troppi programmi»[56]. Più in generale, si deve infatti constatare come molti dei costi normativi – soprattutto i costi di *compliance* – sostenuti dalle imprese nascano dall'assetto disordinato della legislazione, talché può capitare che una stessa attività sia sottoposta a molteplici disposizioni, tra loro sovrapposte se non in conflitto. Per questo la Commissione vuole, sotto la responsabilità del Commissario per l'Attuazione e la Semplificazione, esaminare l'ordinamento europeo per «individuare modalità di semplificazione, consolidamento e codificazione della legislazione ove necessario»[57]. E ciò non solo sulla scorta di un costante dialogo con le imprese soggette a dette norme che, evidentemente, dovrebbero servire a individuare l'esistenza di eventuali problemi applicativi (c.d. reality check), ma anche in ragione di un diverso approccio normativo: non più fondato su controlli dettagliati e, quindi, sull'idea di dover evitare le patologie, ma basato sulla fiducia nelle imprese e sugli incentivi a che esse rispettino la legge, come dovrebbe essere quando ci si propone di governare la fisiologia di un sistema[58]. Infine, la Commissione si propone di valutare con maggiore attenzione l'impatto che le norme di nuova emanazione potrebbero avere sulle PMI, tenuto altresì conto di quelli che potrebbero essere gli effetti dei differenziali di costo rispetto ai concorrenti internazionali.

6.2 *Finanziamenti*

Anche il potenziamento delle fonti di finanziamento viene interpretato dalla Commissione come un facilitatore del piano per il miglioramento della competitività europea. L'Europa – osserva la Commissione – non è priva di capitale, ma questo è prevalentemente canalizzato attraverso il credito bancario. Per favorire un ambiente più favorevole al capitale di rischio, le prossime iniziative previste nell'ambito dell'*Unione del*

55 Per garantire parità di condizioni nel Mercato Unico, nonché per contrastare la frammentazione e il cosiddetto *gold plating*, la Commissione perseguirà un approccio deciso verso una piena armonizzazione e una rigorosa attuazione. Oltre al lavoro sulla semplificazione della conservazione dei dati nell'ambito del GDPR, la Commissione continuerà a lavorare per un'applicazione più armonizzata ed efficace.

56 Comunicazione, p. 21.

57 Comunicazione, p. 17.

58 Ad esempio, la Commissione si dice intenzionata a procedere in questo senso con riguardo al settore della chimica. Nel corso dell'anno e per tutta la durata del mandato, la Commissione continuerà a presentare misure di semplificazione, basandosi sul dialogo con le parti interessate. La revisione del regolamento REACH riguarderà l'acquis esistente e nuove iniziative in materia di sostanze chimiche, apportando una reale semplificazione concreta e garantendo decisioni più rapide sui pericoli importanti, oltre a sostenere la sostenibilità, la competitività, la sicurezza e la protezione.

Risparmio e degli Investimenti comprenderanno strumenti per sostenere il venture capital, anche attraverso un nuovo programma denominato *TechEU*, che sarà realizzato in collaborazione con il Gruppo BEI e investitori privati. L'obiettivo è cioè colmare il divario nei finanziamenti destinati all'innovazione di frontiera, in settori come AI, semiconduttori, tecnologie quantistiche, scienze della vita, robotica, mobilità autonoma e stoccaggio dell'energia.

Più in generale, la Commissione promuoverà un uso più ampio dei Progetti Importanti di Interesse Comune Europeo (IPCEI), in combinazione con lo Strumento di Coordinamento per la Competitività.

Alcune pagine della *Bussola* sono poi dedicate alla necessità che l'UE trovi delle fonti di finanziamento per sostenere il rilancio della propria competitività. Giusto per avere contezza dell'ordine di grandezza dei finanziamenti necessari, il rapporto Draghi stima il fabbisogno in una cifra compresa tra i 750 e gli 800 miliardi di euro all'anno fino al 2030, il che significa che il tasso di investimento sul PIL dell'UE dovrà aumentare di circa 5 punti percentuali all'anno, tornando – ma questo è un dato positivi – ai livelli già sostenuti negli anni '60 e '70.

Ora, posto che nel 2022 il tasso di risparmio delle famiglie europee era superiore del 65% rispetto a quello delle famiglie statunitensi, la Commissione osserva come, accanto alla sempre vera necessità di impiegare i fondi pubblici in modo più mirato ed efficace, l'Unione si debba impegnare per mobilitare gli investimenti privati – sia quelli retail, sia quelli gestiti dagli investitori istituzionali – verso progetti e imprese «made in Europe» – per usare le parole della Commissione. In altri termini, servirà ridurre la quota di capitali privati europei (circa 300 miliari di euro l'anno) che attualmente vengono investiti al di fuori dell'Unione, di modo che i cittadini europei investano di più nelle imprese e nell'economia dell'Unione.

E, a tal fine, la Commissione si propone di: integrare e approfondire i propri mercati dei capitali per renderli più liquidi; stimolare una maggiore propensione al rischio da parte degli investitori privati, usando i fondi pubblici come leva di attrazione; sviluppare una nuova strategia per una Unione del Risparmio e degli Investimenti che si dovrebbe articolare in due passaggi cruciali: raggiungere gli investitori retail tramite sia il sostegno a fondi pensione integrativi che quindi potrebbero canalizzare i risparmi verso l'economia, sia la promozione a livello europeo di prodotti di risparmio e investimento a basso costo .

Parallelamente, la Commissione agirà per rimuovere gli ostacoli alla fusione guidata dal mercato delle infrastrutture finanziarie, promuoverà misure per sviluppare il mercato della cartolarizzazione dell'UE al fine di creare capacità di finanziamento aggiuntive per le banche (che dovrebbero avvantaggiare in particolare le imprese e le PMI), e proporrà una supervisione molto più unificata. Proseguirà inoltre con la riforma e l'armonizzazione dei regimi di insolvenza a livello UE, attualmente ancora molto frammentati, inclusi aspetti come la gerarchia dei crediti, i criteri di insolvenza o le regole per le garanzie

finanziarie e il regolamento dei pagamenti. Infine, verranno rimossi gli ostacoli fiscali agli investimenti transfrontalieri.

Infine, la Commissione propone una strategia mista pubblico-privato per colmare il divario di investimenti in Europa. Il bilancio UE sarà usato non tanto per finanziare direttamente, ma per attirare investitori privati, riducendo il loro rischio e massimizzando l'effetto leva dei fondi pubblici. In particolare, la Commissione intende sfruttare il potenziale del Gruppo BEI per attrarre capitali privati nelle aree strategiche, dalla decarbonizzazione alla difesa, mobilitando in parallelo le risorse proprie del Gruppo. L'obiettivo è ampliare l'utilizzo di strumenti finanziari (prestiti, garanzie, equity) in tutti i settori prioritari sostenuti dal bilancio dell'Unione, anche semplificando i mandati operativi di BEI e altri partner finanziari. La logica è quella già sperimentata con successo da InvestEU, che ha generato oltre 218 miliardi di investimenti, di cui circa due terzi provenienti da fonti private.

In questa visione, un ruolo sempre più centrale sarà affidato agli strumenti di de-risking finanziati dall'UE, capaci di sostenere investimenti a rischio più elevato e su scala maggiore nei settori chiave per la competitività europea. L'architettura aperta di questi strumenti offre inoltre l'opportunità di rafforzare la cooperazione tra BEI, banche promozionali nazionali e istituzioni finanziarie internazionali, creando sinergie operative e ampliando la capacità d'intervento nei singoli Stati membri. Il ricorso a strumenti finanziari di de-risking – con un moltiplicatore medio superiore a 15 – consente infatti di mobilitare risorse ben superiori ai contributi pubblici iniziali.

In parallelo, la Commissione propone una revisione della struttura e dell'allocazione del bilancio UE per renderlo più mirato a sostenere la competitività dell'Unione. L'esperienza del regolamento STEP (Strategic Technologies for Europe Platform) ha già mostrato come concentrare i fondi UE su priorità industriali ben definite – come il digitale avanzato, il clean tech e le biotecnologie – permetta un uso più efficace delle risorse. STEP ha unificato l'accesso a 11 programmi finanziari attraverso un portale unico, facilitando l'incontro tra promotori di progetti, autorità di gestione e investitori. Il prossimo Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) sarà l'occasione per ampliare questo approccio, riducendo la frammentazione attuale e istituendo un Fondo Europeo per la Competitività. Questo fondo sosterrà le tecnologie strategiche europee – dall'intelligenza artificiale allo spazio – con una capacità d'investimento integrata, che includa anche gli IPCEI, la ricerca e l'innovazione.

In questo contesto, la politica fiscale europea viene ripensata in chiave più favorevole agli investimenti. Oltre alla spesa diretta, il bilancio pubblico dovrà essere utilizzato per ridurre il rischio degli investimenti privati e agevolare il loro ingresso in progetti strategici. Tuttavia, poiché i bilanci nazionali rappresentano circa il 50% del PIL europeo, il successo di questa strategia dipenderà dal coordinamento delle politiche fiscali tra gli Stati membri. L'obiettivo è convergere verso una logica comune che orienti le risorse nazionali verso beni pubblici europei e settori tecnologici chiave.

A tal fine, il nuovo Quadro di Governance Economica dell'UE introduce margini fiscali più ampi e flessibili per sostenere le priorità comuni. Le nuove regole prevedono percorsi di aggiustamento del debito più graduali rispetto al passato, come dimostrato dalla prima applicazione del nuovo schema: a cinque Stati membri è stato concesso di estendere il periodo di aggiustamento da quattro a sette anni, in cambio di riforme e investimenti. In prospettiva, la Commissione intende rendere strutturale questa logica, combinando sostenibilità fiscale e tutela degli investimenti pubblici, attraverso un maggiore coinvolgimento degli Stati membri e una più efficace attuazione dei programmi nazionali.

6.3 *Il c.d. coordination tool*

Il terzo facilitatore al quale la Commissione riserva uno spazio considerevole è il c.d. coordination tool, il quale è stato pensato muovendo – di nuovo – da una constatazione di buon senso: di primo acchito, il piano per il rilancio della competitività si presenta come una strategia dell'Unione, ossia come una strategia comune. Tuttavia, molte delle leve fondamentali per la sua attuazione – in materia di istruzione, fiscalità, diritto societario, mercato del lavoro, infrastrutture – restano nelle mani dei governi nazionali. Di conseguenza, senza un coordinamento più stringente, il rischio è che si producano squilibri: alcuni paesi – già più avanzati sul piano della competitività – potrebbero beneficiare in misura maggiore degli strumenti messi in campo; altri – con sistemi produttivi meno reattivi o risorse pubbliche più limitate – potrebbero invece restare ai margini. Una vera strategia europea per la competitività dovrebbe dunque interrogarsi anche su come rafforzare la dimensione solidaristica e coesiva dell'azione pubblica.

Per il momento, comunque, il c.d. *coordination tool* è il nuovo **meccanismo** concepito per rendere più efficace, coerente e mirata la collaborazione tra l'Unione Europea e i suoi Stati membri nel rafforzare la competitività strutturale dell'Europa. La sua finalità principale è superare la frammentazione attuale delle politiche industriali e di ricerca, promuovendo l'allineamento delle strategie nazionali e dell'UE intorno a priorità comuni, selezionate sulla base del loro impatto potenziale sulla produttività, sull'innovazione e sulla resilienza economica. I settori d'intervento riguarderanno aree ad alto valore strategico, come le infrastrutture energetiche e digitali, le biotecnologie, l'intelligenza artificiale, e le capacità produttive critiche, come ad esempio la produzione di medicinali essenziali.

A differenza di un semplice strumento di finanziamento, esso rappresenta un vero e proprio meccanismo politico di coordinamento, volto a indirizzare con maggiore efficacia le scelte di investimento e le riforme strutturali nei singoli Stati membri. Ad oggi, molti governi nazionali implementano politiche autonome per rafforzare la propria competitività, ma in assenza di un quadro comune queste iniziative risultano spesso disallineate, con il rischio di duplicazioni, dispersione di risorse e limitata capacità di incidere sui fattori sistemici della competitività europea. Lo strumento di coordinamento si propone di colmare proprio questa lacuna, facilitando l'emersione di progetti transfrontalieri di interesse comune, capaci di generare valore aggiunto europeo e di accompagnare la trasformazione economica verso un modello più sostenibile, digitale

e competitivo, anche in termini occupazionali.

Per conseguire questi obiettivi, la Commissione prevede di integrare lo strumento nel quadro del Semestre Europeo, semplificandolo e riorientandolo verso la competitività a lungo termine. In questo modo, le priorità identificate tramite il Coordinamento per la Competitività potranno confluire nelle Raccomandazioni specifiche per Paese, diventando parte integrante della governance economica europea. Ciò permetterà un monitoraggio strutturato dei progressi, una valutazione ex ante della coerenza tra riforme e investimenti nazionali e un più forte orientamento strategico dell'azione pubblica. Allo stesso tempo, lo strumento potrà dialogare con altri canali di finanziamento esistenti, come il NextGenerationEU, potenziandone l'impatto attraverso una maggiore coerenza tra visione strategica e uso delle risorse.

Sul piano finanziario, il Coordinamento per la Competitività sarà affiancato da un nuovo Fondo per la Competitività, destinato a razionalizzare la spesa pubblica attualmente distribuita su una pluralità di programmi frammentati e talvolta sovrapposti. Il fondo sarà pensato per mobilitare capitali privati, ridurre i rischi per gli investitori e sostenere lo sviluppo di progetti strategici lungo tutto il loro ciclo di vita, dalla fase iniziale di innovazione fino alla scalabilità industriale e alla piena operatività sul mercato.

In sintesi, lo Strumento di Coordinamento per la Competitività fungerà da catalizzatore di una nuova governance economica europea, capace di promuovere una visione industriale comune, sostenere l'integrazione delle politiche tra livello europeo e nazionale e rafforzare il posizionamento dell'Europa in un contesto globale sempre più competitivo e interdipendente.

7. Alcune osservazioni conclusive

È certamente opportuno che, in quello che sembra essere un punto di svolta nelle sorti dell'Occidente, l'Unione Europea tenti di disegnare o, se si vuole, di riprogettare il suo futuro. Quindi ciò che ci si appresta a dire nelle prossime righe non vuole suonare come una critica feroce ai contenuti della *Bussola per la Competitività*, ma come una presa di coscienza, di modo che tutti gli attori coinvolti nei cambiamenti che ci aspettano siano consapevoli della complessità degli stessi e, dunque, dell'impegno che essi richiedono. Animati da questo spirito, ecco allora alcune brevi osservazioni conclusive.

In primo luogo – lo si è detto diverse volte ormai – la *Bussola* si presenta come una strategia di rilancio ambiziosa e onnicomprensiva. La tabella qui di seguito riportata potrebbe servire ad averne contezza.

Periodo	Innovazione	Decarbonizzazione	Sicurezza e Difesa	Facilitatori
Q1 2025	- AI Factories Initiative	- Clean Industrial Deal and Affordable Energy Plan - Automotive Industry Dialogue - Vision for Agriculture and Food	- White Paper on European Defense - Preparedness Union Strategy - Internal Security Strategy - Critical Medicines Act	- Omnibus Simplification and Definition of Small Mid-Caps (26 Feb 2025) - Savings and Investments Union (19 March 2025) - Union of Skills
Q2 2025	- Start-up and Scale-up Strategy - Life Sciences Strategy - EU Quantum Strategy - Space Act	- New State Aid Framework - Oceans Pact	- Water Resilience Strategy	- Single Market Strategy
Q3 2025	- Apply AI, AI in Science, and Data Union Strategies	- Sustainable Transport Investment Plan	- Joint Purchasing Platform for Critical Raw Minerals (Q2–Q3)	
Q4 2025	- 28th regime (inizio nel Q4) - European Innovation Act (inizio nel Q4) - EU Cloud and AI Development Act (inizio nel Q4) - Quantum Act - Digital Networks Act	- Industrial Decarbonisation Accelerator Act - Chemicals Industry Package	- Trans-Mediterranean Energy & Clean Tech Cooperation Initiative	- Quality Jobs Roadmap
2025 (Quadrimestre non specificato)	- European Biotech Act and Bioeconomy Strategy	- Steel and Metals Action Plan - European Port Strategy & Maritime Strategy - High Speed Rail Plan - Carbon Border Adjustment Review - Amendment of the Climate Law	- Conclude and implement trade agreements, Clean Trade & Investment Partnerships - Next MFF	- European Business Wallet - Next MFF (Competitiveness Fund & Tool)
Q1 2026		- Electrification Action Plan & European Grids Package		
Q4 2026		- Circular Economy Act		
2026 (Quadrimestre non specificato)	- European Research Area Act - Advanced Materials Act		- Revision of Public Procurement Directives - European Climate Adaptation Plan	- Skills Portability Initiative - Revision of the Standardization Regulation

Tuttavia, l'estrema ampiezza degli obiettivi e la qui rappresentata moltiplicazione degli strumenti proposti rischiano di tradursi in dispersione, sovrapposizione normativa e, in ultima istanza, in un sovraccarico attuativo che potrebbe vanificare gli sforzi iniziali. Il rischio, già emerso in altri cicli di programmazione europea, è dunque quello di un'agenda eccessivamente densa e poco gerarchizzata, in cui il coordinamento tra livelli di governo diventa più auspicato che garantito.

In secondo luogo, la *Bussola* riconosce esplicitamente il peso dei costi normativi e l'urgenza della semplificazione, ma propone, al tempo stesso, una serie notevole di nuovi atti legislativi. La retorica della *Better Regulation* si scontra cioè con l'inflazione normativa che l'attuazione della *Bussola* inevitabilmente comporta. L'Unione sembra dunque oscillare tra il desiderio di alleggerire il carico regolatorio e l'istinto a normare ogni ambizione e ogni *animal spirit*, rischiando di soffocare sul nascere proprio quelle innovazioni che intende promuovere.

Ancora, mentre l'intervento sull'offerta innovativa è analitico e dettagliato, resta carente la riflessione sulla domanda. Le misure volte a stimolare la domanda di innovazione – soprattutto da parte delle PMI o dei settori tradizionali – sono ancora abbozzate o trascurate. Si intravede così una potenziale frattura tra gli strumenti sofisticati pensati per i "campioni tecnologici" e la realtà di un tessuto industriale europeo eterogeneo, in larga parte ancora lontano dall'assorbire tecnologie di frontiera.

La *Bussola* poi riconosce la necessità di un nuovo equilibrio tra livello europeo e nazionale, ma affida questa esigenza a strumenti di governance ancora poco robusti. Il *Coordination Tool* e il *Semestre Europeo*, per quanto potenziati, non sembrano in grado – almeno per ora – di vincolare in modo incisivo le agende degli Stati membri. Senza un salto di qualità in termini di integrazione politica e di mutualizzazione delle risorse, i progetti inclusi nella *Bussola* rischiano di restare subordinati alla disponibilità – molto diseguale – degli Stati a investire nella competitività europea. Da questo punto di vista si comprende anche come per la Commissione europea sia assai più facile vincolare le imprese e non gli Stati membri.

Rispetto invece al tentativo di ridefinire il rapporto tra apertura commerciale e sicurezza strategica, esso è certamente condivisibile e necessario. Tuttavia, la logica difensiva (contro la concorrenza sleale, le dipendenze critiche, le asimmetrie globali) potrebbe prevalere su quella propositiva (costruzione di alleanze, promozione di standard europei, investimento geopolitico). Serve dunque un chiaro orientamento politico per evitare che la difesa della competitività si trasformi in un alibi per una nuova forma di protezionismo autoreferenziale.

In generale, occorre anche osservare come molti degli obiettivi indicati nella *Bussola* – in particolare quelli relativi alla transizione ecologica e alla sicurezza industriale – richiedano tempi di attuazione medio-lunghi. Nondimeno, come la medesima Commissione riconosce, gli strumenti operativi e i vincoli di bilancio sono tarati su cicli politici brevi. Questo disallineamento tra orizzonte strategico e tempistica decisionale potreb-

be minare la coerenza e la credibilità del piano, soprattutto se non accompagnato da meccanismi di monitoraggio e revisione dinamici.

Pertanto, a pochi mesi della sua pubblicazione ci si sente di evidenziare come la *Bussola per la Competitività* rappresenti un documento importante, che prova a dare coerenza a istanze economiche, industriali, ambientali e geopolitiche. Tuttavia, almeno per ora, essa indica una mera direzione di marcia più che un itinerario. Il suo successo dipenderà da tre condizioni non tecniche ma politiche: (*i*) il coraggio della *leadership* europea, (*ii*) la disponibilità dei governi nazionali a condividere sovranità strategica, e (*iii*) la capacità di comunicare ai cittadini che competitività non significa sacrificio sociale, ma investimento nel proprio futuro.

Vigilanza amministrativa e scopi di sostenibilità. Considerazioni de iure condendo su un ripensamento del sistema di public enforcement in punto di sostenibilità d'impresa

VALENTINA VITI
Ricercatrice di Diritto privato
Università degli Studi di Brescia

[*] Sommario: 1. Obiettivi di sostenibilità e attività delle autorità amministrative indipendenti. – 2. La sostenibilità quale parte degli scopi programmatici dell'azione di alcune amministrazioni indipendenti. I casi dell'Arera e dell'Autorità per i trasporti. – 3. L'attribuzione di compiti legati ad obiettivi di sostenibilità a sistemi settoriali di *public enforcement* cui tali obiettivi non sono connaturati. La Consob e la vigilanza sugli obblighi di informativa non finanziaria. – 4. I più recenti interventi normativi europei in tema di sostenibilità societaria e l'inadeguatezza del mantenimento di un sistema di vigilanza amministrativa affidato ad una autorità di settore. – 5. La necessità del superamento di una prospettiva settoriale del *public enforcement* nel recepimento della c.d. direttiva *Due Diligence*. – 6. L'istituzione di una Autorità per la sostenibilità d'impresa e del mercato: spunti di riflessione.

1. Obiettivi di sostenibilità e attività delle autorità amministrative indipendenti.

I punti di contatto che la sostenibilità[01], nell'ampia e complessa accezione in cui tale

[*] Lo scritto riproduce, con diverse integrazioni, il testo della Relazione presentata al convegno su "Dottrine generali della sostenibilità. Verso una teoria del «diritto privato sostenibile»?", tenutosi il 24, 25 e 26 ottobre 2024 presso l'Università degli Studi della Tuscia ed è destinato, con variazioni minime, alla raccolta degli atti del convegno.

01 Da una analisi delle fonti internazionali, euro-unitarie e nazionali si ritiene di poter riconoscere al concetto normativo della sostenibilità natura di principio dell'ordinamento. Espressamente

concetto viene inteso[02], mostra con l'attività delle autorità amministrative indipendenti

declinata in tali termini solo nell'art. 37 della CDFUE, la stessa si pone, nei vari trattati e convenzioni che la richiamano e nelle disposizioni costituzionali che ad oggi ad essa si riferiscono (artt. 9 e 41 Cost.), quale "valore", "obiettivo" volto ad orientare l'attività legislativa, ponendo ad essa limiti e linee di indirizzo. Non manca in dottrina chi preferisce intendere la sostenibilità quale clausola generale dell'ordinamento, si veda, in tal senso, E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile*, Napoli, 2018, pp. 83 ss.; F. Lubian, *La sostenibilità come clausola generale: una prospettiva comparata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 3, pp. 738 ss. Dubbi, invece, sulla possibilità di ricondurre la sostenibilità tanto ad un "principio", quanto ad una "clausola generale" sono espressi da G. Guizzi, *La sostenibilità* sub specie iuris, in *Nuovo diritto civile*, 4, 2024, pp. 3 ss., il quale, nell'interrogarsi sul valore giuridico della nozione, prospetta il rischio di incorrere in una formula priva di valore o in una mera espressione di sintesi di un insieme di valori già riconosciuti e tutelati dall'ordinamento. Sui concetti di "principio" e "clausola generale", cfr., *ex multis*, P. Rescigno, *Sui principi generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 380; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; Id., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 246; A. Gentili, *Il diritto come discorso*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, pp. 336 ss.; G. Alpa, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 150.

02 Il concetto di sostenibilità, così come ricavabile dalle diverse fonti che, a vari livelli, hanno portato all'affermazione del relativo principio, si caratterizza per una intrinseca complessità, derivante dalla rilevanza ed interconnessione entro lo stesso di profili ambientali, sociali ed economici. I diversi aspetti, riconducibili al concetto in discorso, della gestione delle risorse naturali in una prospettiva di lungo periodo attenta al mantenimento delle stesse, all'integrità degli eco-sistemi e alla biodiversità, della crescita e dello sviluppo economico, della tutela dei diritti umani, della condivisione e partecipazione e della lotta alle diseguaglianze e alla povertà in un'ottica di giustizia sociale denotano la complessità contenutistica del termine "sostenibilità", il quale tende ad implicare e a riassumere in sé un bilanciamento tra necessità non coincidenti, bilanciamento ben espresso dalla formula dello "sviluppo economico e sociale sostenibile" o, più sinteticamente, dello "sviluppo sostenibile". Sulle origini e sulla affermazione del principio della sostenibilità o dello sviluppo sostenibile in sede internazionale, comunitaria e nazionale cfr., fra gli altri, F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 181 ss.; G. Alpa, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 728; D. Imbruglia. *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 3, 2021, pp. 496 ss.; M. Delsignore, *Lo sviluppo sostenibile e la sua evoluzione: da principio privo di cogenza giuridica a modello da realizzare anche per il tramite del diritto*, in *Lexambiente*, 2023, 1, pp. 1 ss.

sono ad oggi molteplici[03]. La loro manifestazione ha avuto finora prevalentemente luogo nell'ambito di particolari settori di mercato vigilati, rispetto ai quali l'associazione con obiettivi di sostenibilità può ritenersi aver trovato fondamento in due differenti nuclei giustificativi.

In alcuni settori, affidati al governo di amministrazioni indipendenti, si registra, anzitutto, una inestricabile relazione fra caratteristiche del mercato di riferimento e logiche di sviluppo sostenibile, tale per cui il perseguimento di finalità di sostenibilità da parte delle autorità indipendenti competenti si è mostrato immediatamente discendente dalle dinamiche interne allo specifico settore di mercato. È, ad esempio, il caso, come si vedrà meglio a breve, del settore dell'energia elettrica e dell'azione in

03 La letteratura sulle autorità amministrative indipendenti risulta, ad oggi, vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza si rinvia, fra gli altri, a A. La Spina e G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000; A. La Spina, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. D'Alberti, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1995; M. Manetti, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1997; Ead., *Poteri neutrali e costituzione*, Padova, 1994; Ead., *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, 2007; P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; N. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; Aa.Vv. (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, Sorrento 30 maggio 1997, Padova, 1999; F. Bassi e F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; F.S. Severi (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti – Aspetti problematici*, Milano, 1998; G. Vesperini e G. Napolitano (a cura di), *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, Viterbo, 1998; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; Id. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; Aa.Vv. (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 647 e ss.; S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. Passaro, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996; V. Roppo, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del Diritto*, 2000, pp. 159-166; G. Giraudi e S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001; F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001; M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 3-82; F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003; P. Cavaleri, P. Duret e G. Dalle Vedove (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; S. Valentini, *Le autorità indipendenti*, Milano, 2005; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; G.C. Di San Luca, *Le autorità indipendenti: una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002; M. Zuppetta, *Le Autorità amministrative indipendenti: modello superato o consolidato?*, Napoli, 2005; R. Chieppa e G.P. Cirillo (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2010; C. Giordano e A. Napolitano (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti. L'evoluzione oltre la contraddizione*, Roma, 2019; A. Contieri, M. Immordino e F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, Napoli, 2021; F. Takanen, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2022.

esso svolta dalla relativa Autorità, l'Arera[04].

In altri settori, invece, il legame con logiche e obiettivi di sostenibilità appare meno condizionato e non direttamente correlato ai connotati intrinseci al particolare mercato di riferimento, in quanto rappresenta il frutto di un'opzione legislativa ispirata alla necessità di valorizzare e sfruttare la strategicità di tali settori nell'indirizzo dei rapporti economici e nella regolazione del mercato e, dunque, per quanto di nostro interesse, nel perseguimento di generali finalità di sostenibilità nello stesso. Come si avrà modo di approfondire, un siffatto percorso, potremmo dire "indiretto", è quello che negli ultimi anni ha emblematicamente caratterizzato il settore dei mercati finanziari[05].

Le due diverse situazioni giustificative del connubio sostenibilità-autorità amministrative indipendenti, così individuate, saranno oggetto, nei prossimi due paragrafi, di alcune considerazioni che porteranno a delineare, per i due distinti gruppi di ipotesi, una differente ricostruzione e configurazione dei poteri collegati ad obiettivi di sostenibilità esercitabili dalle *authorities* chiamate in causa, nonché ad evidenziare l'emergere, nel secondo modello operativo illustrato, di alcune non trascurabili discrasie fra gli interventi normativi volti al perseguimento dei suddetti obiettivi e i sistemi di *public enforcement* all'uopo predisposti. Ne conseguirà una riflessione *de iure condendo* sull'opportunità di una ristrutturazione dell'attuale sistema di vigilanza amministrativa, al fine di chiedersi se, per una migliore attuazione degli obiettivi di sostenibilità, sia opportuno immaginare l'istituzione di una nuova relativa Autorità, generale e non settoriale, così da definire i principali aspetti su cui un eventuale disegno di ripensamento del sistema dovrà essere chiamato ad intervenire.

2. La sostenibilità quale parte degli scopi programmatici dell'azione di alcune amministrazioni indipendenti. I casi dell'Arera e dell'Autorità per i trasporti.

Prendendo le mosse dal primo dei due menzionati modelli operativi attraverso cui il connubio fra amministrazioni indipendenti e sostenibilità viene a manifestarsi, occorre, innanzitutto, appurare come innegabile risulti la preordinazione a finalità di sostenibilità "sociale"[06] dei poteri attribuiti alle autorità per i servizi di pubblica utilità. Tale preordinazione, evidentemente connessa e giustificata dalla particolare natura dei beni/servizi considerati e dei bisogni correlati[07], ha una chiara ed esplicita attestazione

04 Per una esemplificazione di questo primo gruppo di casi, cfr., *infra*, quanto si dirà nel par. 2 dello scritto.

05 Per tale approfondimento si veda, *infra*, il par. 3 del presente lavoro.

06 Sulla complessità del concetto di sostenibilità, volto ad includere anche una accezione "sociale" della stessa, si veda, *supra*, la nota 2 del presente scritto.

07 Con particolare riguardo al settore energetico, sottolineando la natura primaria ed esistenziale dei bisogni e degli interessi aventi rilievo nello stesso, S. Zuccarino, *Il contratto «conformato» quale statuto normativo del mercato energetico*, Napoli, 2021, pp. 24 ss., ritiene l'intervento regolatorio dell'Arera volto «a modellare il contratto al fine di funzionalizzarlo nell'ottica di una economia sociale di mercato e nella dimensione della sostenibilità».

nel riferimento, contenuto nelle leggi istitutive delle relative autorità, alla necessità che l'azione delle medesime sia diretta ad assicurare e promuovere fruibilità e diffusione omogenea sull'intero territorio nazionale di tali servizi in un'ottica di coesione sociale, nonché a garantire e definire livelli adeguati o minimi di qualità degli stessi e condizioni di accesso equo ai medesimi[08].

Nell'esercizio delle funzioni svolte dalle *authorities* in discorso, i rilevati obiettivi generali di carattere sociale si compongono con il perseguimento di obiettivi di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, nonché con la considerazione degli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti i servizi [09].

È infatti ormai spiccata, nel panorama europeo e nazionale, l'integrazione di politiche di sostenibilità ambientale entro l'obiettivo generale di efficienza del settore energetico e di quello dei trasporti. L'inestricabile relazione fra le dinamiche dei mercati energetici e il principio dello sviluppo sostenibile è, in particolare, confermata dal deciso ed ormai irreversibile indirizzo verso obiettivi riconducibili a tale principio espresso dalle politiche energetiche europee degli ultimi anni e dai conseguenti adeguamenti delle discipline nazionali in tema di efficienza energetica e promozione delle energie rinnovabili[10]. Ne è derivata l'attribuzione all'Autorità di settore, l'Arera, di importanti

08 L'art. 2 della l. n. 485 del 1995, istitutiva delle Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e per le telecomunicazioni, nel comma 12 ricollega espressamente le funzioni attribuite dalla disposizione a tali autorità al perseguimento delle finalità di cui all'art. 1 della medesima legge. Tra queste finalità, il comma 1 di tale ultima norma enuncia quella di «garantire (...) adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori». L'art. 37 del d.l. n. 201 del 2011 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 214 del 2011), con cui si è istituita, nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. n. 481 del 1995, l'Autorità di regolazione dei trasporti, prevede, nel comma 2, che l'Autorità provvede, fra l'altro, a «garantire (...) l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle resti autostradali» e a «stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico».

09 Espresso è, quanto alla definizione del sistema tariffario, il riferimento, contenuto nel comma 1 dell'art. 1 della l. n. 485 del 1995, alla armonizzazione degli «obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse».

10 Per una ricognizione delle politiche energetiche orientate nel senso dello sviluppo sostenibile adottate nel diritto internazionale, in quello europeo e nell'ordinamento italiano, cfr., fra gli altri, recentemente F. Vetro, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2022, 1, pp. 53 ss. Si segnalano, fra gli ultimi interventi normativi, la direttiva europea 2023/1791 sull'efficienza energetica e, in ambito nazionale, il decreto-legge n. 181/2023, convertito in legge con la l. n. 11/2024, recante disposizioni in tema di sicurezza energetica e di promozione del ricorso alle fonti rinnovabili di energia.

poteri regolatori in materia[11] ed un generale orientamento dell'attività della stessa verso quella che allo stato attuale deve ritenersi una delle finalità rientranti negli scopi programmatici dell'azione della medesima, ovvero la promozione di un uso razionale e sostenibile delle risorse di propria competenza.

Significative sono state negli ultimi anni anche le iniziative delle istituzioni europee in materia di mobilità sostenibile[12]. Il chiaro percorso tracciato verso l'adozione di politiche di decarbonizzazione e di miglioramento della sostenibilità ambientale del settore dei trasporti ha fatto emergere l'indubbia centralità dell'azione dell'ART nell'attuazione delle suddette politiche, intese dalla medesima Autorità come parte integrante del generale obiettivo dell'incremento di efficienza del sistema complessivo della mobilità, cui la stessa è preposta. Sono a tal fine diversi i processi, già intrapresi, diretti ad implementare, soprattutto attraverso l'attività di regolazione dell'*authority*, l'opzione verso una mobilità c.d. sostenibile e in grado di disvelare il fondamentale ruolo dell'Autorità nell'orientamento e nell'impulso al relativo percorso di transizione[13].

Tali casi paradigmatici consentono di comprendere con maggiore cognizione come, in queste ipotesi, il coinvolgimento dell'*authority* nel perseguimento di obiettivi di sostenibilità sia strettamente connesso alla natura e alle caratteristiche proprie del settore governato, intrinsecamente interessato da logiche di sostenibilità, e come ciò vada a ripercuotersi sulla ricostruzione e individuazione dei poteri all'uopo esercitabili dall'autorità.

11 Entro la funzione di regolazione riconosciuta all'Arera in materia di sviluppo sostenibile vanno richiamati i poteri normativi ad essa attribuiti in relazione alla disciplina di dettaglio di diversi strumenti contemplati nel d.lgs. n. 199 del 2021 in tema di promozione dell'energia da fonti rinnovabili o, ancora, in relazione all'attuazione delle previsioni legislative di cui al decreto-legge n. 162 del 2019 in tema di autoconsumo di energia rinnovabile e comunità energetiche rinnovabili.

12 Si deve rilevare il forte impulso dato a livello europeo alla transizione verso la mobilità a zero emissioni e la decarbonizzazione, che ha visto, fra i più significativi interventi normativi, l'emanazione del regolamento (UE) 2019/631, con cui si sono imposti limiti per le emissioni delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, limiti rafforzati con il successivo regolamento (UE) 2023/851; l'emanazione del regolamento (UE) 2023/1804 in materia di utilizzo di combustibili alternativi nel trasporto stradale, con cui si sono fissati obiettivi minimi obbligatori per la realizzazione di infrastrutture di ricarica e rifornimento accessibili al pubblico; l'adozione della direttiva 2023/958/UE, recepita con il d.lgs. n. 147 del 2024, sul contributo del trasporto aereo all'obiettivo di riduzione delle emissioni; l'emanazione del regolamento (UE) 2023/1805 sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo. Per un maggiore approfondimento riguardo alle iniziative europee e nazionali in materia di mobilità sostenibile, cfr., Camera dei deputati, Servizio Studi, XIX Legislatura, *La mobilità sostenibile*, 14 ottobre 2024, in *www.camera.it*.

13 Solo a titolo esemplificativo si può segnalare, fra le altre, la recente delibera Art n. 53 del 2024, recante "Condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto locale su strada connotati da obblighi di servizio pubblico", nella quale vengono enucleati gli indicatori volti ad individuare e monitorare le condizioni minime di sostenibilità ambientale dei servizi di trasporto pubblico locale. Per riferimenti più generali al ruolo dell'Autorità in tema di mobilità sostenibile si veda l'Intervento del Presidente ART, Nicola Zaccheo, al web event *Cittadini, Istituzioni e aziende insieme per una nuova mobilità*, in *www.autorita-trasporti.it*.

Se, in altri termini, l'obiettivo di sostenibilità rientra in questi casi a pieno titolo negli scopi programmatici dell'attività dell'amministrazione indipendente e, nelle sue varie possibili declinazioni, concorre all'attuazione della missione istituzionale della medesima amministrazione, ad esso potranno essere preordinati tutti i poteri – inclusi i pregnanti poteri di regolazione – di cui, in base alla sua legge istitutiva e ad eventuali successive attribuzioni legislative, l'autorità dispone per il generale perseguimento dei macro-obiettivi alla stessa affidati[14].

3. L'attribuzione di compiti legati ad obiettivi di sostenibilità a sistemi settoriali di *public enforcement* cui tali obiettivi non sono connaturati. La Consob e la vigilanza sugli obblighi di informativa non finanziaria.

La caratterizzazione del connubio sostenibilità-autorità indipendenti è invece diversa nel secondo modello operativo. Alla base di esso è riscontrabile la scelta legislativa di perseguire obiettivi di sostenibilità nel mercato unico attraverso l'intervento in particolari settori o partizioni di esso, non in quanto tali obiettivi siano a questi settori o partizioni connaturati (come nel precedente modello), bensì in virtù del riconoscimento a questi ultimi di un ruolo strategico nell'indirizzo dei rapporti economici.

È quanto emblematicamente avvenuto con riguardo al settore dei mercati finanziari, che, per la sua strategicità nell'orientare flussi di investimento, con le prime regolamentazioni degli obblighi di informativa societaria non finanziaria, è stato reso veicolo per il perseguimento di generali obiettivi di sostenibilità, pur non potendosi ritenere le logiche di sostenibilità come intrinsecamente connaturate ad esso[15]. Il

14 Nell'istituire le Autorità per i servizi di pubblica utilità, l'art. 2 della l. n. 481 del 1995, nel suo comma 12, ha previsto che, nel perseguimento delle finalità di cui all'art. 1 della stessa legge, ciascuna autorità svolga una serie di funzioni, fra le quali, in base alla lett. h), quella di emanare «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferibili al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente». Si è, in questo modo, attribuito a tali amministrazioni indipendenti un potere di regolazione molto ampio, delimitato "funzionalmente" dalle finalità definite, in termini alquanto generali, nel comma 1 dell'art. 1 del testo normativo in discorso, finalità entro le quali non si fatica a ricondurre, nella loro composita accezione, obiettivi di sostenibilità, senza dubbio ad oggi includibili nella «finalità di garantire la promozione (...) dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità», oltre che nell'obiettivo di assicurarne adeguati livelli di qualità e una fruibilità e diffusione omogenea sull'intero territorio nazionale.

15 Similmente è accaduto con riguardo al settore dei contratti pubblici che, per la sua potenziale strumentalità rispetto al perseguimento di politiche ed interessi orizzontali, ha visto nella disciplina dei Criteri Ambientali Minimi (di cui all'art. 57 del nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36 del 2023) un mezzo, uno strumento strategico per promuovere la sostenibilità ambientale nell'Unione europea, pur non potendosi ritenere l'obiettivo della sostenibilità ambientale come inestricabilmente legato alle caratteristiche e alle dinamiche del settore. Sul nesso fra disciplina dei contratti pubblici e perseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile si veda A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, 3, pp. 64 ss.

riferimento è, in particolare, al regolamento (UE) 2019/2088[16], relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, ma anche alla direttiva 2014/95/UE, relativa alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario da parte di talune imprese, così come recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 254 del 2016, visto che l'ambito di applicazione dell'obbligo comunicativo da essa previsto è stato originariamente circoscritto agli "enti di interesse pubblico" – ovvero a emittenti valori mobiliari, banche e assicurazioni – rispondenti a determinati requisiti dimensionali[17].

Il peculiare percorso, potremmo dire "indiretto", così seguito per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità ha segnato sensibilmente, in queste ipotesi, i tratti espressivi del connubio sostenibilità-amministrazioni indipendenti, comportando particolari riflessi nella costruzione del relativo *public enforcement*.

La settorialità dei richiamati interventi normativi, nonché il tipo di controllo richiesto dagli stessi (sostanziantesi in una verifica su dati informativi) ha infatti indotto il nostro legislatore ad affidarne il sistema di vigilanza amministrativa alla già esistente autorità

16 Sulla disciplina relativa all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari di cui al regolamento (UE) 2019/2088 del 27 settembre 2019 (il c.d. *Sustainable Finance Disclosure Regulation* o "SFDR") cfr., fra gli altri, T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 2023, 4, pp. 612 ss.

17 Per l'individuazione dell'ambito di applicazione dell'obbligo comunicativo in discorso e la relativa specificazione del requisito dimensionale si veda l'art. 2 del d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva 2014/95/UE del 22 ottobre 2014 (c.d. *Non-Financial Reporting Directive* o "NFRD"). Sulla normativa relativa alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario, cfr., E. Bellisario, *Rischi di sostenibilità e obblighi di* disclosure: *il d.lgs. n. 254/2016 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, I, pp. 19 ss.; S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 974 ss.; S. Fortunato, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in M. Castellaneta e F. Vessia (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019, pp. 115 ss.; M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, pp. 1026 ss.; P. Sfameni, *Disciplina dell'informazione a carattere non finanziario e mercati regolamentati. Problemi e prospettive*, in D. Caterino e I. Ingravallo (a cura di), *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, 2020, pp. 197 ss.; Ann. Genovese, *I bilanci di sostenibilità dopo la* Non Financial Reporting Directive: *rilevanza e prospettive*, in C. Costa, A. Mirone, R. Pennisi, P.M. Sanfilippo e R. Vigo (a cura di), *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo. Impresa, società, crisi d'impresa*, Torino, 2021, vol. II, t. I, pp. 375 ss.

di settore preposta ad obiettivi di trasparenza, la Consob[18], la quale è stata investita dei poteri di vigilanza sugli obblighi di informativa non finanziaria e dei poteri regolatori volti all'attuazione della relativa disciplina, sentite, in quest'ultimo caso, Banca d'Italia e Ivass per i profili di competenza con riferimento ai soggetti da esse vigilati[19]. In tal modo, tuttavia, si è, ad avviso di chi scrive, accettato il rischio di un sostanziale disallineamento tra gli obiettivi perseguiti dalle discipline introdotte ed il sistema di *public enforcement* così posto a presidio delle stesse. Un disallineamento derivante dal fatto che le finalità di sostenibilità, a cui tali discipline sono preordinate, in quanto non strettamente connesse alle peculiarità del settore vigilato in cui l'intervento è spiegato, non sono corrispondenti ai macro-obiettivi a cui la generale azione della relativa *authority* è orientata[20]. Occorre, in altri termini, constatare come la Consob sia stata investita di compiti legati al perseguimento di obiettivi di sostenibilità, senza, tuttavia, potersi dire che tali obiettivi rientrino negli scopi programmatici della sua azione, rivolgendosi questi ultimi, in termini sensibilmente diversi, alla garanzia del corretto ed efficiente funzionamento del sistema finanziario e del mercato dei capitali, alla tutela degli investitori e alla salvaguardia della fiducia degli stessi nel medesimo sistema[21].

18 Allo stesso modo, per l'ipotesi analoga, quanto a modello operativo, del perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale attraverso la valorizzazione della strategicità del settore dei contratti pubblici (si veda, *supra*, la nota 15), si è affidata all'Anac l'attività di monitoraggio sull'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi nella documentazione progettuale e di gara, nonché la funzione regolatoria volta ad attuare le norme in materia di sostenibilità ambientale degli acquisti pubblici. Tale compito di monitoraggio era attribuito all'Autorità dal comma 9 dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici del 2016, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; in assenza di una disposizione analoga nella disciplina riformata contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici, rimane efficace, fino alla relativa scadenza, il Protocollo di intesa tra il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e l'Anac, sottoscritto il 29 ottobre 2021, con cui si è sancita la collaborazione tra i due Enti per le attività regolatorie e di indirizzo, di monitoraggio e sorveglianza sull'applicazione dei CAM.

19 Si vedano gli artt. 8 e 9 del d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254. Sul *public enforcement* della disciplina delle dichiarazioni societarie non finanziarie, si veda R. Santamaria, *La vigilanza della Consob sull'informativa non finanziaria*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2022, 1, suppl. 2, pp. 265 ss.; Ann. Genovese, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023, pp. 163 ss.

20 Non si ritiene, infatti, che lo scopo proprio delle normative richiamate sia quello di contribuire ad assicurare la trasparenza e correttezza nel sistema finanziario e nei mercati regolamentati, scopo che si allineerebbe ai macro-obiettivi dell'azione della Consob, sostanziandosi piuttosto la finalità di tali interventi normativi nel perseguimento di generali obiettivi di sostenibilità attraverso la valorizzazione e lo sfruttamento della strategicità del settore dei mercati finanziari nell'indirizzo dei rapporti economici.

21 Gli obiettivi cui è preordinata l'azione della Consob sono definiti nell'art. 5 del t.u.f. quanto alla vigilanza sugli intermediari finanziari, nell'art. 62 del t.u.f. quanto alla vigilanza sui mercati mobiliari, nell'art. 91 del t.u.f. quanto alla vigilanza sugli emittenti. Allo stesso modo, tornando al parallelo, già delineato, *supra*, nelle note 15 e 18, con l'attribuzione ad Anac di compiti legati al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale nell'ambito della disciplina dei CAM, non può dirsi che tali obiettivi rientrino negli scopi programmatici dell'azione dell'Autorità, azione che, in quanto rivolta alla prevenzione della corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa, potrà semmai portare ad includere nella missione istituzionale della medesima autorità obiettivi di sostenibilità "sociale", ma non obiettivi di sostenibilità propriamente "ambientale".

La rilevata discrasia e non coincidenza fra obiettivi di sostenibilità perseguiti dall'intervento normativo e missione istituzionale dell'*authority* preposta al suo *public enforcement* si lascia apprezzare ponendo attenzione, da un lato, all'assenza in capo a tale autorità di specifiche competenze tecnico-specialistiche in materia di sostenibilità, e, dall'altro lato, alla precisa e rigida perimetrazione dei poteri dalla medesima esercitabili in punto di sostenibilità, rimanendo tali poteri limitati ai compiti e agli strumenti alla stessa specificamente attribuiti dalla particolare disciplina presidiata.

4. I più recenti interventi normativi europei in tema di sostenibilità societaria e l'inadeguatezza del mantenimento di un sistema di vigilanza amministrativa affidato ad una autorità di settore.

Se il ricorso a sistemi settoriali di *public enforcement* a supporto del perseguimento di obiettivi di sostenibilità, pur manifestando nel secondo modello operativo descritto le rilevate criticità, può dirsi essere stato in grado di conservare, fino ad un certo momento, una propria resilienza, seri dubbi circa l'opportunità del mantenimento di un siffatto sistema devono, ad avviso di chi scrive, avanzarsi a fronte di alcuni importanti, più recenti, interventi normativi europei in materia di sostenibilità societaria. Quello che, nel precedente paragrafo, è stato presentato come un percepibile punto di "disallineamento" tra impianti normativi indirizzati a generali obiettivi di sostenibilità del mercato, seppur per il mezzo di specifici settori dello stesso, e sistemi settoriali di *public enforcement*, a cui tali obiettivi non risultano connaturati, è destinato, infatti, a divenire un vero e proprio punto di "rottura" al cospetto di discipline che, per il perseguimento dei suddetti obiettivi, hanno adottato un approccio diverso, diretto alla predisposizione di regolamentazioni rivolte a soggetti individuati sulla base di criteri trasversali e, dunque, alla considerazione del mercato nel suo complesso e non di suoi specifici settori.

È quanto avvenuto, innanzitutto, con la direttiva (UE) 2022/2464 del 14 dicembre 2022, c.d. *Corporate Sustainability Directive* o "CSRD"[22], la quale, intervenendo – per mezzo della modifica e integrazione della direttiva 2013/34/UE – ad integrazione e modifica della precedente direttiva 2014/95/UE, ha, fra l'altro, esteso l'ambito di applicazione della normativa sulla rendicontazione di carattere «non finanziario», includendo nel

22 Per una analisi della direttiva, Ann. Genovese, *L'armonizzazione del* reporting *di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la* CSRD, *Contr. e impr.*, 1, 2023, pp. 91 e ss.; T. Di Marcello, *Strategia europea sulla finanza sostenibile, informazione societaria e possibili riflessi sulla gestione della società*, cit., pp. 611-612; M Cossu, *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 4, 2023, pp. 558 ss.; F. Salerno, *Gli obblighi di "attestazione" della rendicontazione di sostenibilità nella* CSRD, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2, 2024, pp. 262 ss.; V. Kurkdjian, *Le PMI e le Direttive sulla sostenibilità della* supply chain, in *Fiscalità&Commercio*, 8-9, 2024, pp. 41 e ss. Per un commento riferito alla bozza della proposta di direttiva, successivamente modificata, si veda M. Rescigno, *Note sulle «regole» dell'impresa «sostenibile». Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, pp. 165 e ss.; R. Santamaria, *La vigilanza della Consob sull'informativa non finanziaria*, cit., pp. 272 e ss.

raggio dei destinatari dei relativi obblighi di informativa anche tutte le società che mostrino di raggiungere una determinata dimensione, pur non rientrando tra le società quotate e gli altri enti di interesse pubblico[23]. Che l'indiscutibile rilievo di tale novità consista nell'abbandono da parte del legislatore europeo della logica dell'elezione del settore finanziario quale esclusivo campo di intervento in materia di sostenibilità d'impresa è difficile da negare[24]. Ed è verso questo percorso che si è, da ultimo, nuovamente indirizzato lo stesso legislatore europeo con l'approvazione della direttiva (UE) 2024/1760 del 13 giugno 2024[25], c.d. *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, con la quale, nel prevedere importanti obblighi di gestione aziendale dei rischi legati alla sostenibilità[26], si sono incentrate le condizioni volte a definire l'ambito applicativo dei medesimi obblighi interamente su criteri di tipo dimensionale, optando per un

23 Il Considerando n. 18 della *CSRD* afferma che «Estendere alle imprese di grandi dimensioni senza valori mobiliari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati dell'Unione l'obbligo previsto dalla presente direttiva modificativa di comunicare informazioni sulle questioni di sostenibilità è giustificato principalmente dalle preoccupazioni espresse riguardo agli impatti e alla responsabilità di tali imprese, anche attraverso le loro catene del valore. A tale riguardo, tutte le imprese di grandi dimensioni dovrebbero essere soggette ai medesimi obblighi relativi alla comunicazione al pubblico di informazioni sulla sostenibilità».

24 Ritiene che l'applicazione della *CSRD* alle imprese di grandi dimensioni, quand'anche non quotate, rappresenti una delle grandi novità della normativa Ann. Genovese, *L'armonizzazione del* reporting *di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la* CSRD, cit., p. 106, la quale opportunamente sottolinea come la disciplina, in tal modo, faccia «ricadere nel perimetro della vigilanza pubblica anche imprese che non sarebbero altrimenti soggette ad alcuna vigilanza amministrativa», rappresentando un banco di prova per la capacità della vigilanza stessa di evolvere per soddisfare nuove esigenze di interesse generale.

25 Fra i primi commenti alla direttiva cfr., S. Addamo, *Le novità del testo finale della* "Corporate Sustainability Due Diligence Directive": *un cambio di passo per la politica di sostenibilità dell'UE?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2024, pp. 1258 ss.; F. Laus, Corporate Sustainability Due Diligence *e amministrazione del rischio*, in *Le Società*, 8-9, 2024, pp. 913 ss.; M. Callegari, *Sostenibilità,* supply chain *e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 5, 2024, pp. 1211 ss.; V. Kurkdjian, *Le PMI e le Direttive sulla sostenibilità della* supply chain, cit., pp. 42 ss. Si vedano anche i contributi dedicati alla proposta di direttiva, poi modificata, fra i quali, C.G. Corvese, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di* Corporate Sustainability Due Diligence Directive *(dalla «insostenibile leggerezza» dello scopo sociale alla «obbligatoria sostenibilità» della* due diligence*)*, in *Banca impresa società*, 3, 2022, pp. 391 ss.; R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE. Dalla Direttiva 2014/95 alla Proposta di Direttiva sulla* Corporate Sustainability Due Diligence, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2023, pp. 453 ss.; P. Montalenti, *Impresa, sostenibilità e fattori ESG: profili generali*, in *Giur. it.*, 5, 2024, p. 1193.

26 Gli obiettivi generali della direttiva sono esplicitati nel Considerando n. 16, ove si legge che «La presente direttiva mira ad assicurare che le società attive nel mercato interno contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità attraverso l'individuazione, e, ove necessario, l'attribuzione di priorità, la prevenzione, l'attenuazione, l'arresto, la minimizzazione e la riparazione degli impatti negativi, siano essi effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente connessi alle attività delle società stesse nonché alle attività delle loro filiazioni e dei loro partner commerciali nelle catene di attività cui le società partecipano, e garantendo che le persone colpite dal mancato rispetto di tale obbligo abbiano accesso alla giustizia e ai mezzi di ricorso».

intervento evidentemente fondato su un approccio trasversale al mercato unico[27].

Rispetto ad una siffatta più recente linea di tendenza, il mantenimento di un sistema di *public enforcement* affidato ad una autorità settoriale mostrerebbe, ad avviso di chi scrive, evidenti segni di inadeguatezza, segni di cui, peraltro, già si è prospettata una concreta dimostrazione in occasione del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 2022/2464[28]. In tale sede, infatti, l'opzione per la conservazione in capo alla Consob del presidio della disciplina sulla rendicontazione non finanziaria ha avuto come conseguenza, potremmo dire necessaria, quella di circoscrivere l'ambito di vigilanza dell'Autorità, in relazione a tale disciplina, alle società quotate sulle quali la medesima già esercita un'attività di controllo[29], escludendo dal perimetro della vigilanza amministrativa sulla rendicontazione di sostenibilità quelle società non quotate che, in base alle modifiche apportate dalla *CSRD*, a tale rendicontazione sono tuttavia assoggettate. Difficile negare la "falla" in tal modo creata nel *public enforcement* della disciplina in discorso. Di fronte all'estensione dell'ambito applicativo della normativa sull'informativa non finanziaria a soggetti attualmente non sottoposti a vigilanza amministrativa (le società non quotate di grandi dimensione), piuttosto che optare per una evoluzione organizzativa ed operativa del medesimo sistema di vigilanza amministrativa che consentisse di far ricadere nel perimetro della stessa tutti

27 Si veda, per la precisa individuazione dei menzionati criteri di tipo dimensionale, l'art. 2 della direttiva 2024/1760, volto a definire l'ambito applicativo della normativa.

28 Sulla base della delega contenuta nella l. 21 febbraio 2024, n. 15, c.d. Legge di delegazione europea 2022-2023, il 6 settembre 2024 è stato approvato il d.lgs. n. 125, di attuazione della direttiva 2022/2464/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022, recante modifica del regolamento 537/2014/UE, della direttiva 2004/109/CE, della direttiva 2006/43/CE e della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

29 L'art. 13 della l. n. 15 del 2024 ha previsto, fra i principi e criteri direttivi specifici per il recepimento della direttiva 2022/2464, alla lett. *b)* del suo primo comma, quello di «prevedere che la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), quale autorità nazionale competente ai sensi dell'articolo 24 della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, disponga dei poteri di vigilanza, di indagine e sanzionatori necessari ad assicurare il rispetto degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità previsti dalla direttiva (UE) 2022/2464 nei confronti degli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera w-*quater*), del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che rientrano nel campo di applicazione della citata direttiva». Il conseguente d.lgs. n. 125 del 2024, di recepimento della *CSRD*, con la lett. *e)* del primo comma dell'art. 12 è intervenuto a modifica dell'art. 154-*ter* del d.lgs. n. 58 del 1998, prevedendo espressamente che la rendicontazione di sostenibilità degli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine – come definiti dall'art. 1, comma 1, lettera w-*quater*) del suddetto decreto – che non siano microimprese, sia inclusa in un'apposita sezione, come tale contrassegnata, della relazione sulla gestione, relazione che a sua volta costituisce uno dei documenti della relazione finanziaria annuale su cui la Consob già esercita le proprie prerogative di vigilanza in attuazione della direttiva (CE) 2004/109, come da ultimo modificata dalla stessa *CSRD*. Ne deriva che la Consob eserciterà i propri poteri di vigilanza anche con riguardo alla rendicontazione di sostenibilità nei confronti dei soli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro d'origine che rientrano nel campo di applicazione della *CSRD*.

i destinatari della disciplina presidiata, si è preferito rimanere ancorati ad un'ottica conservativa, che, in modo poco rispondente alle nuove esigenze di interesse generale alla base degli obiettivi perseguiti, è destinata a dare luogo ad incompletezze e carenze nella tutela amministrativa della sostenibilità societaria.

5. La necessità del superamento di una prospettiva settoriale del *public enforcement* nel recepimento della c.d. direttiva *Due Diligence*.

L'opportunità dello sviluppo di una più ampia riflessione in ordine ad una ristrutturazione del sistema di vigilanza amministrativa in punto di sostenibilità d'impresa rappresenta, allo stato attuale, l'immediata conseguenza della necessità di portare a coerente compimento le indicazioni offerte dalla direttiva *Due Diligence*.

È vero che quest'ultima lascia agli Stati membri la consueta libertà organizzativa nell'individuare la specifica autorità di controllo preposta al presidio della disciplina, prevedendo all'uopo la possibilità di designare una o più autorità e non escludendo che possa trattarsi delle stesse autorità preposte alla vigilanza delle imprese finanziarie regolamentate[30].

È, tuttavia, altrettanto innegabile che la medesima direttiva vada a prescrivere la predisposizione di un articolato e pervasivo sistema di vigilanza sulla sostenibilità societaria che, ad avviso di scrive, non può ritenersi ammettere incompletezze e carenze operative e, per questo, di fatto impone l'abbandono di una prospettiva settoriale del *public enforcement* in tema di sostenibilità[31].

Il superamento di una tale prospettiva deve, infatti, ritenersi l'opzione preferibile, se non necessitata. Perseverare nel coinvolgimento della Consob (o di altra autorità di settore) dovrebbe portare – come già accaduto in sede di recepimento della *CSRD* –

30 L'art. 24 della direttiva *Due Diligence* prevede, nel suo primo paragrafo, che ciascuno Stato membro designi una o più autorità di controllo incaricate di vigilare sul rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni di diritto nazionale adottate in attuazione della medesima direttiva. Nel caso di designazione di più autorità si prescrive che le rispettive competenze siano stabilite chiaramente e che le stesse autorità cooperino strettamente ed efficacemente tra loro (art. 24. par. 5). Tali autorità, di cui gli Stati membri dovranno garantire l'indipendenza (par. 9), si prevede possano essere rappresentate dalle amministrazioni preposte alla vigilanza delle imprese finanziarie regolamentate (par. 6).

31 Il sistema di vigilanza amministrativa previsto dalla direttiva in esame trova la propria disciplina negli artt. da 24 a 28 e pone in capo alle autorità di controllo *designande* rilevanti poteri ispettivi, correttivi e sanzionatori, prospettando l'inserimento delle autorità nazionali entro una rete europea delle autorità di controllo, istituita dalla Commissione e volta ad agevolare la cooperazione fra autorità, nonché il coordinamento e l'allineamento delle prassi regolamentari, investigative, sanzionatorie e di vigilanza sviluppate dalle stesse. Per una illustrazione di tale sistema cfr., F. LAUS, Corporate Sustainability Due Diligence *e amministrazione del rischio*, cit., pp. 923 ss. e, rispetto al testo della Proposta di direttiva, ANN. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, cit., pp. 184 ss.; G. MOLLO, *Autorità di regolazione e Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*, in *Giur. comm.*, 5, 2024, pp. 1009-1010.

ad escludere alcuni destinatari della normativa dal novero dei soggetti vigilati per la sua osservanza, con evidenti lacune nel presidio pubblicistico della disciplina stessa. Né avrebbe alcun senso, al fine di evitare siffatte lacune, ampliare l'ambito soggettivo di esercizio dell'attività di controllo da parte dell'Autorità di settore, perché, in questo caso, si correrebbe il serio rischio di un sostanziale snaturamento delle caratteristiche funzionali della medesima autorità.

Vi sono, invero, ulteriori non trascurabili ragioni in favore della soluzione auspicata, laddove si consideri la caratterizzazione qualitativa degli obblighi imposti dalla *Due Diligence* e i riflessi da tale caratterizzazione derivanti in ordine al tipo di vigilanza amministrativa richiesta.

Con la direttiva in esame, infatti, il legislatore europeo, nel segno di un importante cambio di passo rispetto alla strategia fino a tale momento seguita in punto di sostenibilità societaria[32], non si è limitato ad imporre alle società considerate obblighi di comunicazione di dati e informazioni sul loro impatto sostenibile. Egli ha altresì previsto un vero e proprio dovere di diligenza orientato ad una gestione aziendale sostenibile, involgente non solo un'attività di individuazione e rendicontazione degli impatti negativi effettivi o potenziali sui diritti umani e sull'ambiente[33], ma anche una più pregnante attività di predisposizione di misure appropriate e di sviluppo di strategie adeguate a prevenire, attenuare o arrestare tali impatti[34]. La peculiare connotazione degli obblighi così imposti non può ritenersi non incidere sulla caratterizzazione qualitativa della relativa attività di vigilanza da parte dell'autorità pubblica.

Quest'ultima non potrà limitarsi a controllare la completezza e attendibilità del dato o dell'informazione comunicata, ma dovrà opportunamente orientarsi verso una verifica avente ad oggetto le misure gestionali adottate e la loro adeguatezza, come può dedursi dalla specificazione dei poteri riconosciuti alle autorità di controllo contenuta

32 Su tale cambio di passo, ancora rispetto al testo della Proposta di direttiva, cfr. R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE. Dalla Direttiva 2014/95 alla Proposta di Direttiva sulla* Corporate Sustainability Due Diligence, cit., pp. 460 ss.

33 Gli obblighi incombenti sulle società considerate vengono nella direttiva rapportati all'ambito delle attività delle stesse, delle attività delle loro filiazioni e delle attività svolte dai loro *partner* commerciali nelle catene di attività di tali società (art. 1, par. 1, lett. a). Sugli obiettivi legati ad una *supply chain* "sostenibile" perseguiti dalla direttiva *Due Diligence*, cfr. M. Callegari, *Sostenibilità,* supply chain *e intelligenza artificiale*, cit., pp.1213 ss.

34 La analitica specificazione delle azioni in cui deve sostanziarsi e concretizzarsi il dovere di diligenza di cui all'art. 5 della direttiva è contenuta nei successivi artt. da 7 a 16 della medesima direttiva. Per una prima illustrazione in merito, cfr., V. Kurkdjian, *Le PMI e le Direttive sulla sostenibilità della* supply chain, cit., pp. 42 ss. Con riferimento al testo della Proposta di direttiva si vedano R. Ibba, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE. Dalla Direttiva 2014/95 alla Proposta di Direttiva sulla* Corporate Sustainability Due Diligence, cit., pp. 453 ss.; G. Mollo, *Autorità di regolazione e Proposta di Direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità*, cit., pp. 1005 ss.

nella medesima direttiva[35].

Siffatta attività di vigilanza andrebbe ad allontanarsi marcatamente dalla tradizionale attività di controllo svolta dalla Consob.

Se il recepimento della *CSRD* ha posto, rispetto all'individuazione di quest'ultima autorità quale *authority* competente, un problema per così dire "quantitativo", perché strettamente correlato alla estensione del novero dei soggetti vigilati, il recepimento della direttiva *Due Diligence* porrebbe, rispetto alla medesima individuazione, anche un problema di natura più marcatamente "qualitativa", stante l'attribuzione a tale organismo di poteri di controllo di tipo sostanzialmente diverso da quelli allo stesso tradizionalmente attribuiti. Il controllo non potrebbe più limitarsi alla correttezza e trasparenza dei comportamenti, dovendosi estendere all'adeguatezza di una attività societaria organizzativo-gestionale[36].

Lo svolgimento di una siffatta attività di verifica, per la sua maggiore inerenza al merito del tema della sostenibilità, porterebbe, inoltre, ad acuire le problematiche legate alla assenza in capo alla Consob – come in capo alle altre autorità dei mercati finanziari – di

35 L'art. 25 della direttiva prevede, fra i poteri riconosciuti alle autorità di controllo per svolgere i compiti loro assegnati, quello di concedere alle società vigilate un congruo periodo di tempo per adottare provvedimenti correttivi in caso di accertamento di una inosservanza delle disposizioni nazionali attuative della direttiva (par. 4), nonché quello di adottare misure provvisorie in caso di rischio imminente di danni gravi e irreparabili (par. 5, lett. c). Difficile non ricondurre siffatti poteri entro una attività di controllo sulla gestione del rischio operata dalle società e sull'adeguatezza delle strategie aziendali e degli assetti organizzativi all'uopo predisposti. Sul punto, cfr., G. Mollo, *op. cit.*, p. 1010, il quale, tuttavia, sottolinea come il controllo sulla adeguatezza degli assetti organizzativi e delle strategie aziendali non possa sconfinare nell'adozione da parte dell'autorità di controllo di «provvedimenti in grado di modificare direttamente l'impatto delle attività d'impresa sull'ambiente e sui diritti umani», in quanto un intervento di tale tipo «si configurerebbe come una decisione di merito (imprenditoriale/amministrativo)», incompatibile con la natura tecnica della discrezionalità delle *authorities* e propria, invece, dell'attività tipicamente svolta dall'apparato amministrativo dello Stato. La previsione del potere, più invasivo, di adottare misure provvisorie in caso di rischio imminente di danno grave e irreparabile porta F. Laus, Corporate Sustainability Due Diligence *e amministrazione del rischio*, cit., p. 924 a constatare il riconoscimento dell'esigenza «di garantire un approccio precauzionale e preventivo al rischio che permetta all'autorità di controllo un governo del rischio, frutto di una ponderazione caratterizzata da sufficiente discrezionalità e prudenza adeguata al rischio emergente».

36 Che la competenza della Consob, nel perseguimento degli obiettivi di cui agli artt. 5, 62 e 91 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, sia relativa alla trasparenza e correttezza dei comportamenti si ricava dalle stesse norme del Tuf, nelle quali, nel riparto delle competenze con la Banca d'Italia, quanto alla vigilanza sugli intermediari finanziari e sui mercati, si specifica che spetta alla Consob vigilare sul rispetto delle norme relative alla trasparenza e alla correttezza dei comportamenti, mentre è la Banca d'Italia competente ad assicurare la sana e prudente gestione da parte degli intermediari finanziari (art. 5, commi 2 e 3; art. 62). Da tale ripartizione di competenze dovrebbe, dunque, discendere, nel caso di intermediari finanziari quali soggetti vigilati, un incardinamento dei poteri di controllo sugli obblighi di gestione sostenibile di cui alla direttiva *Due Diligence* in capo alla Banca d'Italia e non alla Consob e ciò rappresenterebbe una ulteriore conferma delle difficoltà legate al mantenimento, nel recepimento di tale normativa, di una prospettiva settoriale del relativo *public enforcement*.

specifiche competenze tecnico-specialistiche in materia.

Tali rilievi inducono dunque a confermare la necessità di un superamento dell'attuale carattere settoriale del sistema di *public enforcement* in punto di sostenibilità d'impresa, aprendo la strada ad una riflessione sulle direttrici di un possibile disegno di ripensamento dello stesso.

6. L'istituzione di una Autorità per la sostenibilità d'impresa e del mercato: spunti di riflessione.

Alle considerazioni finora svolte, poste a fondamento dell'opinione favorevole al superamento di un sistema di *public enforcement* sulla sostenibilità societaria affidato ad una autorità di settore, va affiancato un ulteriore elemento valutativo in grado di supportare il convincimento circa l'opportunità dell'istituzione di una autorità generale deputata alla vigilanza amministrativa in materia.

A seguito dell'approvazione della direttiva *Due Diligence* e di quello che sarà il suo recepimento, è necessario prendere atto dell'esistenza di un *corpus* normativo trasversale in tema di sostenibilità d'impresa, alquanto sostanzioso e di rilievo.

Ciò vale già da solo a giustificare il ricorso al modello di una autorità *ad hoc* posta a garanzia e presidio di un apparato regolatorio-normativo organico e strutturato, perché tale modello è già ben presente nel nostro come in altri ordinamenti. Ne rappresentano esempi paradigmatici l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e del Garante per la *privacy*, strettamente ed intrinsecamente correlate all'attuazione e al presidio di due specifiche normative di rilievo, quali la normativa antitrust e quella in materia di protezione dei dati personali[37]. L'impianto normativo attualmente esistente in tema di sostenibilità societaria deve, ad avviso di chi scrive, ritenersi poter fondare e giustificare il ricorso ad un siffatto modello di vigilanza amministrativa, incentrato sull'attività di una *authority* generale (cioè non preposta ad un particolare settore di mercato), munita di una competenza riferita ad uno specifico (e trasversale) complesso normativo.

L'insieme delle riflessioni svolte spinge, allora, ad auspicare l'istituzione nel nostro ordinamento di una nuova autorità: una Autorità per la sostenibilità d'impresa e del mercato.

37 L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata istituita con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", quale organismo indipendente chiamato ad applicare e vigilare sulla disciplina *antitrust*; le sue competenze sono state con il tempo ampliate, estendendosi, fra l'altro, alla repressione delle pratiche commerciali scorrette vietate dal Codice del consumo. Il Garante per la protezione dei dati personali venne istituito con la c.d. legge sulla *privacy* (l. 31 dicembre 1996, n. 675) e successivamente disciplinato dal d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, come da ultimo modificato dal d.lgs. n. 101 del 2018, quale autorità indipendente deputata ad attuare e presidiare la normativa in materia di protezione dei dati personali, ad oggi contenuta nel Regolamento (UE) 2016/679, nonché in leggi e regolamenti nazionali.

La sua costituzione, raccogliendo la sfida lanciata dalla direttiva *Due Diligence*, eleverebbe la tutela della sostenibilità nella gestione societaria e nel mercato ad interesse di per sé presidiato da un sistema di *public enforcement*, evitando il passaggio, a tratti farraginoso e lacunoso, attraverso sistemi di vigilanza settoriale.

Si tratterebbe di una Autorità che vedrebbe collocata la tutela di obiettivi di sostenibilità nell'ambito della propria missione istituzionale e che, pertanto, sarebbe attributaria di una gamma di poteri più ampiamente strutturati attorno a tali obiettivi e, a tal fine, munita della necessaria competenza tecnico-specialistica in materia[38].

A tale nuova Autorità si andrebbe, innanzitutto, ad assegnare competenza per l'attuazione ed il controllo della normativa di recepimento della direttiva *Due Diligence*. Ciò comporterebbe chiaramente la necessità di prevedere meccanismi

38 L'attribuzione da parte di altri ordinamenti dei poteri di controllo sul rispetto di obblighi di *due diligence* ad autorità generali già esistenti porta ad interrogarsi sulla possibilità che, nel nostro sistema, il *public enforcement* della direttiva 2024/1760 venga affidato ad una delle autorità generali già operanti, ovvero all'Agcm. Tale interrogativo è stato in qualche modo stimolato dall'esempio dell'ordinamento norvegese, nel quale la normativa di cui al *Transparency Act* del 2021, volta ad introdurre un obbligo di *due diligence* sui diritti umani e sul lavoro dignitoso, ha previsto l'attribuzione del relativo sistema di vigilanza amministrativa all'*Authority* nazionale per i consumatori. L'opportunità di riservare una siffatta competenza all'Agcm, inserendo nella *mission* dell'Autorità l'ulteriore macro-obiettivo di garantire l'instaurazione di un mercato sostenibile suscita in realtà non poche perplessità. A partire dalla considerazione per cui diversi sono il tipo di competenza tecnico-specialistica e il tipo di intervento di attuazione richiesti a supporto della concorrenzialità del mercato, da un lato, e della sostenibilità dello stesso, dall'altro: in un caso, un approccio che risponde ad una logica di "correzione" del fallimento del mercato, nell'altro, un approccio orientato alla "costruzione" di un'economia sostenibile (cfr. D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e Mercato*, 3, 2021, p. 502), che potrebbe richiedere l'attribuzione all'autorità designata di non trascurabili poteri di regolazione. Di rilievo si mostra, inoltre, la riflessione sull'opportunità di assegnare ad una medesima autorità la tutela di interessi che tendono a rapportarsi fra di loro in modo altalenante: concorrenza e sostenibilità, se, a volte, dimostrano di muoversi nella stessa direzione, come nel caso del contrasto al *greenwashing* (sul punto, cfr. ANN. GENOVESE, *La comunicazione d'impresa sulla sostenibilità e il diritto della concorrenza*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 6, 2024, pp. 1 ss.), altre volte, invece, possono orientarsi in senso opposto, come emerso in relazione al tema del rapporto fra sostenibilità e divieto di intese restrittive (cfr., fra gli altri, A. DE PRA, *Sostenibilità e divieto di intese restrittive della concorrenza alla luce della recente normativa europea*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2023, pp. 736 ss.). L'esigenza di coordinamento e composizione tra i diversi interessi ed obiettivi, che ne scaturisce, induce a dubitare dell'opportunità di preporre un'unica autorità a presidio degli stessi, ritenendosi maggiormente efficace un sistema incentrato sul confronto e la cooperazione tra due *authorities*, ciascuna affidataria di uno dei due interessi in discorso, ciò anche alla luce del rischio di "cattura" da parte dell'interesse precedentemente tutelato in cui Agcm potrebbe incorrere.

di collaborazione, espressamente prospettati dalla medesima direttiva[39], con quelle autorità di settore – si pensi a Consob e Banca d'Italia – che risultassero interessate, in virtù della qualifica dei soggetti vigilati e della loro competenza rispetto a discipline aventi profili di complementarità con la regolamentazione di cui alla *Due Diligence*[40].

Ma l'istituzione della nuova amministrazione indipendente potrebbe anche rappresentare l'occasione per vagliare con maggiore accortezza i riparti di competenza fra autorità nella materia in esame e per pensare ad una più ampia razionalizzazione del quadro della vigilanza amministrativa sulla sostenibilità d'impresa, a partire da una migliore implementazione della direttiva 2022/2464 sulla rendicontazione di carattere non finanziario. Si potrebbe, infatti, in merito, rivalutare il punto dell'individuazione dell'autorità attributaria dei poteri di controllo su tale rendicontazione, senza scartare l'eventualità che l'opzione attualmente accolta in favore della Consob venga a modificarsi, indirizzandosi verso la nuova Autorità.

Ferma sul punto la necessità di un coordinamento con la Consob ove la vigilanza riguardi soggetti afferenti al mercato di riferimento della stessa, si riuscirebbe in tal modo a superare le carenze oggi manifestate dal presidio pubblicistico della disciplina sulla rendicontazione non finanziaria, estendendo il relativo sistema di *public enforcement* a tutti i soggetti destinatari della stessa, anche se non rientranti fra quelli già controllati dall'Autorità summenzionata.

Tale soluzione consentirebbe, inoltre, di valorizzare in modo ancor più efficace la complementarità che la normativa sull'informativa non finanziaria mostra rispetto agli obblighi di *due diligence* di cui alla direttiva 2024/1760, permettendo ai due apparati normativi di ottimizzare la loro operatività sinergica[41].

L'istituzione della nuova Autorità generale, d'altro canto, porterebbe con sé la non remota possibilità del proporsi di questioni attinenti al riparto di competenze fra questa ed

39 Il richiamo alla necessità che gli Stati membri provvedano a forme di cooperazione strette ed efficaci fra più autorità di controllo è espressamente previsto nel par. 5 dell'art. 24 della direttiva *Due Diligence* con riferimento all'ipotesi in cui venga designata più di una autorità di controllo a presidio della normativa di recepimento della medesima direttiva. L'invito si reputa, tuttavia, possa ritenersi esteso anche all'evenienza in cui si opti per l'istituzione di un'unica autorità di vigilanza, chiamata, per ragioni attinenti alla qualifica soggettiva dei controllati e alla contiguità fra normative diverse, ad interfacciarsi con altre amministrazioni indipendenti di settore.

40 Innegabile è l'esistenza di profili di complementarità fra le attività di *Due Diligence* di cui alla direttiva in esame e gli obblighi di rendicontazione di cui alla *CSRD*, attualmente assoggettati alla vigilanza amministrativa della Consob, limitatamente ai soggetti dalla medesima già controllati. Come tendono ad emergere necessità di coordinamento fra le due normative appena prese in considerazione e la disciplina di cui al Reg. (UE) 2019/2088, che, in quanto relativa all'informativa sulla sostenibilità nel solo settore dei servizi finanziari, inerisce alla sfera di vigilanza delle relative autorità di settore.

41 Evidenzia come sia stata la stessa Commissione, a margine della Proposta della direttiva *Due Diligence*, a sottolineare il carattere di complementarità di questa disciplina con la normativa sulla rendicontazione non finanziaria Ann. Genovese, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, cit., p. 188.

alcune *authorities* di settore, legate all'eventualità che discipline "orizzontali" presidiate dalla nuova amministrazione presentino punti di contatto, sovrapposizione o contrasto con discipline "verticali" affidate all'attuazione e alla vigilanza di amministrazioni di settore.

Il problema, da tempo emerso e ben noto con riguardo ai regolamenti di competenza di altre autorità generali con autorità settoriali[42], dovrà, di fronte a già presenti indici rivelatori di potenzialità di verificazione[43], essere opportunamente considerato dal nostro legislatore. Non a caso, la questione è prospettata ed affrontata dalla medesima

42 La vicenda più nota, in tema di riparto di competenze fra autorità generali e autorità di settore, ha riguardato la competenza sulle pratiche commerciali scorrette in materia di comunicazioni elettroniche, rispetto alla quale contrastata è stata l'individuazione, fra l'Agcm e l'Agcom, dell'*authority* attributaria dei poteri di accertamento e sanzione. Si sono sul punto susseguiti diversi orientamenti giurisprudenziali, intervallati dall'apertura di una procedura di infrazione contro l'Italia e da un conseguente intervento del nostro legislatore con cui si è introdotto nel corpo dell'art. 27 cod. cons. il comma 1*bis*. Per approfondimenti sulla questione si veda L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 10; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, 7, 2013; M.A. SANDULLI, *Competenze dell'AGCM e dell'AGCOM dopo l'Adunanza plenaria*, in *Norma*, 3, 2014, pp. 519 ss.; F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *www.giustamm.it*, 2, 2015; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 793 ss.; V. MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 519 ss.; M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e violazione della regolazione settoriale tra concorso apparente di norme e concorso formale di illeciti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 926 ss. In merito agli ultimi approdi giurisprudenziali sulla vicenda cfr., *infra*, la nota 46 del presente scritto. La questione del riparto di competenze fra autorità amministrative indipendenti ha avuto anche altre occasioni di emersione; con particolare riguardo al regolamento di competenze fra Banca d'Italia e Agcm, in relazione al rapporto fra la normativa sul *credit surcharge* di cui alla direttiva *PSD2* e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette di cui al codice del consumo, nonché fra Banca d'Italia e Garante per la *privacy*, in relazione al rapporto fra la normativa sul c.d. *Open Banking* di cui alla direttiva *PSD2* e la disciplina del *GDPR*, si veda M. RABITTI, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella Direttiva sui sistemi di pagamento*, in M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali*, Roma, 2020, pp. 81 ss.

43 Deve, infatti, ad esempio guardarsi con attenzione a possibili profili di contatto e sovrapposizione fra la disciplina sull'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari di cui al Regolamento (UE) 2019/2088 e la normativa sulla rendicontazione non finanziaria risultante dal recepimento della direttiva *CSRD*. O, ancora, a possibili punti di interferenza fra le disposizioni in materia di fattori *ESG* di cui alla disciplina europea sulle banche e sulle imprese di investimento, così come revisionata dal c.d. pacchetto bancario UE CRR3/CRD6, di recente approvazione, e, da un lato, quanto al «terzo pilastro», la normativa sull'informativa non finanziaria discendente dalla *CSRD*, dall'altro lato, quanto al «secondo pilastro», la disciplina di attuazione della direttiva *Due Diligence*.

direttiva *Due diligence*, che, nel § 3 dell'art. 1 [44], detta un criterio risolutivo di possibili conflitti fra le sue norme e quelle di altro atto legislativo dell'Unione, ricalcante il criterio di risoluzione previsto, a fronte di analoga situazione, dall'art. 4, § 3, della direttiva 2005/29 in materia di pratiche commerciali scorrette[45]. L'analogia fra le due previsioni normative potrebbe, allora, legittimare tanto il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva 2024/1760, quanto l'interprete, in sede di applicazione della relativa disciplina attuativa, ad avvalersi, nella soluzione della questione problematica posta, degli esiti interpretativi cui si è giunti, a seguito di un non poco travagliato percorso, con riguardo alla richiamata disposizione in tema di pratiche commerciali scorrette[46].

Le riflessioni sommariamente svolte in questa parte finale dello scritto non perseguono, però, alcuna pretesa di completezza e intendono solo richiamare alcuni aspetti che andrebbero opportunamente valutati nell'ambito di un disegno di ripensamento del sistema di vigilanza amministrativa in punto di sostenibilità d'impresa e di mercato.

Si tratta di un disegno la cui attuazione senz'altro richiederebbe uno sforzo costruttivo non indifferente. Ad oggi, però, essa sembra rappresentare la direzione verso cui propendere alla luce delle indicazioni provenienti dai più recenti approdi normativi in materia.

44 Nell'art. 1, par. 3 della direttiva 2024/1760 si legge che «Se una disposizione della presente direttiva contrasta con una disposizione di altro atto legislativo dell'Unione che persegue gli stessi obiettivi e impone obblighi più ampi o più specifici, la disposizione dell'altro atto legislativo dell'Unione in questione prevale per gli aspetti contrastanti e si applica in riferimento a tali obblighi specifici».

45 Tale disposizione in materia di pratiche commerciali scorrette, poi sostanzialmente trasposta nell'art. 19, comma 3, c. cons., prevede che «in caso di contrasto, le disposizione contenute in direttive o in altre disposizione comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

46 L'approdo cui si è giunti nell'interpretazione dell'art. 19, comma 3, c. cons. ha visto affermarsi, a seguito di annose ed alterne vicende normative e giurisprudenziali, il riferimento al c.d. principio di "incompatibilità", in base al quale la disciplina speciale di derivazione europea - e la connessa competenza dell'autorità di settore – potrebbe trovare applicazione solo laddove regoli aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette in modo "contrastante" e, dunque, incompatibile con la disciplina generale. Ne risulta affermata una generale competenza in materia dell'Agcm, il cui intervento risulterà precluso, in favore di quello delle autorità di settore, solo in presenza delle predette condizioni. Per tali esiti interpretativi si veda Corte di Giustizia UE, sentenza n. 54 del 13 settembre 2018, in *eur-lex.europa.eu*, e, successivamente, in adesione a questa, Cons. Stato, sentenza n. 7296 del 25 ottobre 2019, la cui massima è pubblicata in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2021, p. 630, con nota di G. Valenti, *Il caso schede SIM e la paventata violazione del* ne bis in idem.

La Corte di giustizia europea, algoritmi e credit scoring. L'apertura del vaso di Pandora delle società che si "limitano" a elaborare gli scoring.

Commento alla Corte di Giustizia Europea, 7 dicembre 2023, Causa C-634/21 e conclusioni dell'avv. gen. J.R. De La Tour, 12 settembre 2024, Causa C-203/22.

FRANCESCA MATTASSOGLIO
Professore Associato di Diritto dell'Economia
Università degli Studi di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive. – 2. Le vicende processuali. – 3. La questione generale relativa all'interpretazione della nozione di "decisione" contenuta nell'art. 22 GDPR. – 4. Le ulteriori specificazioni in merito al diritto di accesso riconosciuto al titolare dei dati personali, nel caso di un procedimento automatizzato di valutazione del merito creditizio. – 5. L'impatto delle decisioni sulle società che operano come Schufa– 6. Le disposizioni contenute nell'AI act. – 7. Un cenno alla Direttiva 2023/2225/UE sui contratti di credito ai consumatori. – 8. Alcune brevi conclusioni.

1. Alcune considerazioni introduttive.

La pronuncia[01] e le conclusioni dell'avv. gen.[02], in commento, costituiscono casi di si-

01 Corte di Giustizia Europea, Sentenza 7 dicembre 2023, Causa C-634/21.

02 Conclusioni dell'Avv. Gen. J.R. De La Tour, presentate il 12 settembre 2024, nella Causa C-203/22.

curo interesse non tanto perché la Corte di giustizia europea[03] si è espressa in tema di calcolo del credit scoring con tecniche che ricorrono all'ausilio dell'intelligenza artificiale[04], quanto piuttosto perché il giudice ha rivolto la sua attenzione a società come Schufa[05] e B&D[06].

Tali soggetti, infatti, basano il proprio modello di business sullo sfruttamento dei dati, vendendo, a terzi, valutazioni circa l'affidabilità creditizia di qualsiasi potenziale utente di servizi, rispettivamente sul territorio tedesco e austriaco, senza però essere mai stati costretti – almeno finora – a rispettare le disposizioni contenute nell'art. 22 del Regolamento sulla tutela dei dati personali (c.d. GDPR), ossia le uniche fino ad oggi esistenti in materia di procedimenti automatizzati. Il presupposto, dietro cui dette società si sono sempre rifugiate, si basava sul fatto di essere dei meri prestatori di servizi, nell'ambito di una filiera più ampia, che non le vedeva poi in alcun modo coinvolte nella decisione finale, capace di incidere sulla situazione giuridica dell'utente, cioè ad esempio nell'erogazione del credito.

Come è noto, l'utilizzo dei sistemi automatizzati di elaborazione dati è stato oggetto di specifica attenzione, da parte del regolatore, solo di recente, con l'ormai famoso regolamento sull'intelligenza artificiale (detto AI Act)[07], che ha ricondotto proprio l'attività di credit scoring nell'ambito di quelle ritenute ad alto rischio, che richiedono il rispetto di prescrizioni rafforzate.

Su questo aspetto avremo modo di tornare più diffusamente nel prosieguo, ma qui è fin

---

03 Per un primo commento alla pronuncia, v. E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Pari dignità sociale e Reputation scoring. Per una lettura costituzionale della società digitale*, Torino, 2024, p. 136 ss. In tema, C. SILVANO, *La nozione di "decisione completamente automatizzata" sotto la lente della Corte di Giustizia: il caso Schufa*, in Ceridap, 30 ottobre 2024, consultabile in *https://ceridap.eu/la-nozione-di-decisione-completamente-automatizzata-sotto-la-lente-della-corte-di-giustizia-il-caso-schufa/*.

04 Per quanto riguarda la dottrina italiana sul punto v., M. RABITTI, *Credit scoring* via *machine learning* e prestito responsabile, in *Riv. di diritto bancario*, 2023, p. 175 ss.; L. AMMANNATI, G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e* big data*: il caso del* credit scoring, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 305; F. MATTASSOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore***,** in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2020, 2, 187-220; id., *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio del consumatore*, Milano, 2018, 9 ss.

05 In proposito, v. G. SPINDLER, *Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive*, in *Law and Financial Markets Review*, 2021 15:3-4, 239-261, DOI: 10.1080/17521440.2023.2168940. L'autore, in questo contributo, non solo richiama espressamente i precedenti dei giudici nazionali che avevano riconosciuto la non applicabilità del GDPR nel caso di Schufa ma altresì l'esistenza di un vero e proprio diritto alla segretezza. Da qui, l'importanza fondamentale della pronuncia della Corte europea sulla futura attività di questo soggetto, che dovrà, a breve, anche applicare le disposizioni contenute nell'AI act.

06 Questo è l'acronimo della società Bisnode Austria GmbH (poi Dun & Bradstreet Austria GmbH).

07 Reg. UE/1689/2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

d'ora opportuno sottolineare come, d'ora in poi, le società di credit scoring, che utilizzano l'AI per la loro attività di valutazione, saranno sottoposte a un framework normativo più rigoroso, posto che dovranno rispettare sia le disposizioni contenute nel GDPR, sia quelle dell'AI Act, posto che lo stesso regolamento sull'intelligenza artificiale fa salva la normativa sulla tutela dei dati (cons. 10 dell'AI act.).

Proprio a conferma di questa crescente attenzione, si devono richiamare le recenti conclusioni dell'avvocato generale che, partendo dal caso Schufa, affrontano la questione relativa all'interpretazione della nozione di «informazioni significative sulla logica utilizzata» nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, ex art. 15, par. 1, lett. h) GDPR, con particolare attenzione al bilanciamento tra diritto di accesso alle informazioni, da una parte, e tutela dei diritti, ivi inclusi i segreti commerciali, dall'altra.

Sia la sentenza, sia le conclusioni paiono così confermare come, a livello europeo, stia prendendo piede un nuovo filone giurisprudenziale[08] destinato ad avere, almeno così ci auguriamo, un profondo impatto sul settore.

In particolare, dal punto di vista giuridico e secondo una valenza che potremmo definire di carattere generale, le pronunce della Corte stanno progressivamente ampliando e meglio delineando l'ambito di applicazione dell'art. 22 GDPR, ben al di là della tradizionale nozione di "decisione", e indipendentemente dall'ambito in cui quel processo automatizzato viene utilizzato.

In secondo, e da un punto di vista più settoriale, proprio grazie a un'interpretazione più ampia della nozione di decisione, il giudice europeo pare orientato a estendere anche a società come Schufa e D&B, non solo le disposizioni contenute nell'art. 22, ma anche quelle relative agli obblighi informativi di cui all'art. 15.

Un'evoluzione di tutto rilievo, dato il peso che le decisioni di tali soggetti hanno assunto nelle nostre società.

2. Le vicende processuali.

Prima di passare a considerare gli aspetti più propriamente giuridici, è bene richiamare, seppur brevemente, le vicende da cui hanno preso avvio i ricorsi: il primo presentato da una cittadina tedesca che si era vista negare il credito, da parte di un intermediario finanziario, a fronte di un credit scoring negativo fornito da Schufa; la seconda, invece, avviato da un'utente austriaca che a causa sempre di una valutazione negativa condotta questa volta da B&D non aveva potuto ottenere l'estensione di un contratto telefonico, per un valore davvero irrisorio come 10 euro mensili.

In Germania, la Schufa Holding AG (acronimo di *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung*) è una società privata che ha sostanzialmente il monopolio relativo alla

08 La Corte di giustizia europea è intervenuta sul punto anche con le due pronunce di poco precedenti C-26/22 e C-64/22, tra l'altro sempre emesse nei confronti di Schufa.

valutazione dell'affidabilità creditizia dei soggetti che entrano nel territorio tedesco, grazie ad oltre 9.000 partner contrattuali, che comprendono fornitori di servizi di telecomunicazioni ed elettricità, banche, casse di risparmio, banche di credito cooperativo, società di carte di credito[09].

Tramite i dati raccolti, Schufa procede a generare il c.d. scoring del soggetto considerato, che costituisce una stima del merito creditizio, espresso in percentuale tale per cui il 50% indica un grande rischio, mentre sopra il 97,5% indica un rischio minimo.

Detto punteggio, tra l'altro, non interferisce solo sull'accesso al credito, ma anche sulla ricerca di un appartamento, sull'accesso a servizi fondamentali come quelli elettrici o telefonici, posto che la conclusione di ciascuno di questi contratti non può prescindere da una verifica della posizione del singolo da parte di Schufa.

Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice europeo, una cittadina tedesca si è così vista negare una concessione di prestito, da parte di un intermediario, sulla base di un giudizio negativo predisposto da Schufa che, in seguito, si è rifiutata non solo di comunicare all'interessata i dati puntuali che erano stati posti a fondamento di una tale valutazione, ma altresì di correggere eventuali errori in esso contenuti.

Detta società, infatti, si limitava a fornire una risposta sommaria, invocando il segreto commerciale relativo a informazioni più precise sul metodo di calcolo. Oltre a questa affermazione, la difesa di Schufa era in gran parte basata sul ritenersi estranea da qualunque responsabilità nella lesione della situazione giuridica della ricorrente, posto che essa avrebbe semplicemente fornito una relazione all'intermediario che poi avrebbe assunto la decisione finale, relativa al diniego di credito.

A fronte di una simile posizione, la ricorrente aveva richiesto l'intervento dell'autorità tedesca di tutela dei dati personali, che si era però affrettata ad avvallare la posizione dell'agenzia, sostenendo che un simile soggetto non avesse in alcun modo violato le regole vigenti in materia. Ed ecco perché la vicenda è poi giunta di fronte al giudice europeo.

Nel secondo caso, invece, una cittadina questa volta austrica si era vista negare l'estensione di un contratto da un operatore di telefonia mobile, che avrebbe comportato un pagamento mensile di soli 10 euro, a causa di una valutazione di inaffidabilità finanziaria, condotta in modo automatizzato dalla società B&D, ossia ancora una volta un'azienda specializzata nella fornitura di tali valutazioni, come la sua omologa tedesca.

In questo caso, però, l'autorità nazionale per la protezione dei dati accoglieva l'istanza presentata e imponeva alla società l'obbligo di fornire informazioni pertinenti sulla logica utilizzata nell'ambito del processo decisionale automatizzato. Tuttavia, era allora che B&D impugnava la decisione e, in seguito, vedendosi respinto il ricorso, vi dava esecuzione in modo soltanto parziale.

09 https://berlino.anmeldati.com/schufa-cosa-significa-come-ottenerla-gratuitamente/.

La vicenda giungeva così infine di fronte alla Corte Europea poiché, secondo la ricorrente, D&B non avrebbe adempiuto in modo adeguato agli obblighi informativi, producendo informazioni non veritiere a tal punto che, in base alle spiegazioni offerte, il merito di credito della richiedente sarebbe dovuto risultare addirittura particolarmente elevato. Dunque, in evidente contraddizione con il giudizio di valutazione finale reso.

Ciò detto dal punto di vista fattuale, è ora possibile passare a considerare i profili più propriamente giuridici delle vicende in commento.

3. La questione generale relativa all'interpretazione della nozione di "decisione" contenuta nell'art. 22 GDPR.

Come si evince dai fatti appena riportati, il quesito principale, che ha dovuto affrontare prima di tutto il giudice europeo, riguarda l'art. 22, par. 1, del GPR e, in particolare, se detta norma debba essere interpretata nel senso che costituisce un «processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche» ai sensi di tale disposizione, il calcolo automatizzato, da parte di una società che fornisce informazioni commerciali, di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi a una persona e riguardante la capacità di quest'ultima di onorare impegni di pagamento in futuro, qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo, al quale è comunicato tale tasso di probabilità.

Solo in caso di processo decisionale automatizzato, infatti, la norma consente di far scattare tutta una serie di prescrizioni e tutele a vantaggio dell'interessato, primo fra tutti il suo diritto a non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, ivi inclusa la c.d. profilazione, qualora essa produca effetti giuridici o che incida in modo analogo, significativamente, sulla sua persona.

Come è noto, tre sono le condizioni che, cumulativamente, devono sussistere affinché la norma sia applicabile: in primo luogo, occorre che vi sia una «decisione»; in secondo luogo, che tale decisione debba basarsi «unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione»; infine, che detta decisione debba essere in grado di produrre «effetti giuridici» o comunque di intervenire «in modo analogo significativamente» sulla persona interessata.

Alla luce di queste prescrizioni, la questione verte essenzialmente sulla perimetrazione della nozione di "decisione" e sulla conseguente necessità di adeguarsi a un processo in cui viene inserito l'utilizzo di tecnologie sempre più avanzate. In particolare, da questo punto di vista, occorre tener conto che l'avvento di sistemi di AI non solo ha consentito di elaborazione enormi quantità di dati, a velocità inimmaginabili per gli esseri umani, ma anche, e nello stesso tempo, reso più ampio il numero di soggetti potenzialmente coinvolti nel processo decisionale, rendendolo più complesso.

Non a caso, lo stesso AI act richiama l'esistenza di una vera e propria "catena del valore"

collegata all'IA[10], che comporta spesso la compresenza di una pluralità di soggetti che possono essere, di volta in volta, in esso convolti.

Da ciò discende uno degli elementi senz'altro più sfidanti, che questo tipo di tecnologia[11] pone al regolatore, ossia la difficoltà di individuare l'agente da considerarsi responsabile del verificarsi di una determinata condotta.

In questo nuovo contesto, infatti, la "decisione" finale può spesso intervenire soltanto a monte di una lunga e variegata catena di eventi, ciascuno dei quali può costituirne il presupposto fondamentale. Pensare allora che soltanto l'ultimo passaggio, quello talora ormai privo di qualsiasi valenza effettivamente decisionale – intesa come possibile scelta tra una pluralità di alternative – sia quello lesivo della posizione degli interessati, sarebbe inopportuno.

Anzi, proprio la vicenda in commento dimostra come la vera e propria lesione del diritto/interesse della richiedente il prestito si era già realizzata ben prima dell'inevitabile e successiva "formale" negazione del prestito da parte dell'intermediario finanziario, ossia nel momento in cui la società di rating aveva reso il suo giudizio.

Alla luce di questa consapevolezza, secondo il giudice sarebbe ormai necessario riconoscere un'ampia portata alla nozione di "decisione" di cui all'art. 22 in commento, anche in virtù della formulazione del cons. 71, tale per cui essa potrebbe includere anche una mera «misura» capace di produrre «effetti giuridici che lo riguardano» o di incidere «in modo analogo significativamente sulla sua persona», quale può essere, per l'appunto, anche un rifiuto automatico di una richiesta di credito online o pratiche di assunzione elettronica, qualora non vi sia stato l'intervento umano.

Di conseguenza, la nozione di decisione dovrebbe ben ricomprendere anche il "mero" «risultato del calcolo della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità

10 Questo concetto è richiamato nel cons. 9 dell'AI act, mentre l'art. 16 prevede che «qualsiasi distributore, importatore, deployer o altro terzo è considerato un fornitore di un sistema di IA ad alto rischio ai fini del presente regolamento ed è soggetto agli obblighi, secondo il principio della responsabilità lungo la catena del valore dell'IA».

11 Secondo quanto riportato dallo stesso Ai act, al cons. 12, l'IA si distinguerebbe «dai tradizionali sistemi software o dagli approcci di programmazione più semplici, e non dovrebbe riguardare i sistemi basati sulle regole definite unicamente da persone fisiche per eseguire operazioni in modo automatico. Una caratteristica fondamentale dei sistemi di IA è la loro capacità inferenziale. Tale capacità inferenziale si riferisce al processo di ottenimento degli output, quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni, che possono influenzare gli ambienti fisici e virtuali e alla capacità dei sistemi di IA di ricavare modelli o algoritmi da input o dati. Le tecniche che consentono l'inferenza nella costruzione di un sistema di IA comprendono approcci di apprendimento automatico che imparano dai dati come conseguire determinati obiettivi e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza che traggono inferenze dalla conoscenza codificata o dalla rappresentazione simbolica del compito da risolvere. La capacità inferenziale di un sistema di IA trascende l'elaborazione di base dei dati e consente l'apprendimento, il ragionamento o la modellizzazione. Il termine "automatizzato" si riferisce al fatto che il funzionamento dei sistemi di IA prevede l'uso di macchine».

relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro».

In virtù di questo presupposto, da qui in poi, il percorso argomentativo del giudice diviene molto più semplice. Chiarito che anche un giudizio come quello espresso da Schufa può essere inteso come una decisione automatizzata, ex art. 22, non ci sono più ostacoli nell'individuare anche la presenza delle altre due condizioni richieste dalla norma.

Per quanto riguarda la seconda condizione, infatti, anche l'avvocato generale, al paragrafo 33 delle sue conclusioni, aveva ritenuto pacifico che un'attività come quella di Schufa rispondesse alla definizione di «profilazione» di cui all'articolo 4, punto 4, del GDPR.

Con riferimento infine agli effetti, secondo il giudice sarebbe evidente come un simile tasso di probabilità, dato il peso nell'ambito della decisione di concessione di credito, sia in grado incidere sull'interessato in modo rilevante.

Di conseguenza posto che il tasso di probabilità, stabilito da una società che fornisce informazioni commerciali e comunicato a una banca, svolge un ruolo decisivo nella concessione di un credito, il calcolo di tale tasso deve essere qualificato di per sé come decisione che produce nei confronti di un interessato «effetti giuridici che lo riguardano o che incid[e] in modo analogo significativamente sulla sua persona», ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del GDPR.

Affermazione che assoggetta, dunque, senza più alcun dubbio le società che svolgono un'attività di scoring alla disciplina contenuta nel regolamento sulla tutela dei dati personali, relativa ai procedimenti esclusivamente automatizzati.

4. Le ulteriori specificazioni in merito al diritto di accesso riconosciuto al titolare dei dati personali, nel caso di un procedimento automatizzato di valutazione del merito creditizio.

La chiara presa di posizione del giudice europeo, in merito all'obbligo per le società di scoring di rispettare i principi di cui all'art. 22, non poteva che aprire il vaso di Pandora dei ricorsi avverso simili soggetti e richiedere ulteriori precisazioni soprattutto in merito all'ampiezza dei diritti dei singoli, sottoposti a tali procedure in giro per l'Europa.

Nel caso sollevato dalla cittadina austrica, ad esempio, la questione verte sull'interpretazione dell'art. 15 e, più puntualmente, sull'ampiezza del diritto di accesso in esso sancito, soprattutto in caso di bilanciamento con l'art. 4, par. 6 che protegge il segreto commerciale o aziendale del titolare del trattamento o di terzi.

Come precisa lo stesso avvocato generale, prendendo le mosse proprio dalla decisione Schufa – che costituisce il presupposto logico della vertenza –, ora si tratta di integrarne il contenuto fino a identificare le modalità con cui risolvere l'eventuale conflitto tra interessi coinvolti e, ancora, stabilire quale ampiezza debbano assumere quelle «informazioni significative sulla logica utilizzata» nell'ambito di un processo decisionale automatizzato, ex art. 15, par. 1, lett. h), GDPR.

Secondo l'avvocato generale, dalla giurisprudenza della Corte europea, sarebbe possibile individuare una linea interpretativa tale per cui il diritto dovrebbe consentire all'interessato di «verificare che i dati personali che lo riguardano siano corretti e trattati in modo lecito»[12]. Pertanto, sarebbe, prima di tutto, fondamentale che il titolare del trattamento fornisca una copia "integrale" e "fedele" dei dati personali che sono stati utilizzati, in modo da consentire all'interessato di esercitare i suoi diritti.

Il diritto di rettifica (art. 16), alla cancellazione («diritto all'oblio») (art. 17), alla limitazione di trattamento (art. 18), nonché quello di opposizione al trattamento dei suoi dati (art. 21) e di agire in giudizio (art. 79 e 82) non potrebbero mai trovare alcuna applicazione in assenza di questo iniziale passaggio di informazioni. Maggiore attenzione deve poi porsi qualora il soggetto sia stato sottoposto a una procedura di profilazione.

Ma come devono essere queste informazioni per considerarsi adeguate nel caso di un processo automatizzato?

Per risolvere il quesito, l'avv. gen. richiama quanto sancito dall'art. 12, par. 1, secondo cui «le informazioni destinate all'interessato devono essere concise, facilmente accessibili e di facile comprensione, e formulate in un linguaggio semplice e chiaro», in altre parole "intellegibili" per il destinatario, salvo perdere qualsiasi utilità.

Ed è qui che la questione diviene cruciale.

Nell'ambito dei procedimenti automatizzati, infatti, i dati posti alla base del processo di valutazione possono essere non solo molto ampi, ma altresì derivare da altri dati (ossia essere inferiti o indotti). Da qui la necessità che l'interessato sia anche messo a conoscenza "del contesto" in cui sono state utilizzate queste informazioni.

Da ciò deriverebbe, dunque, il riconoscimento di un diritto di accesso ben più ampio rispetto alla tradizionale applicazione dell'art. 15 in combinato disposto con il precedente art. 12 in virtù delle peculiarità del processo automatizzato.

Tornando al significato da attribuire alle «informazioni significative», pertanto, esse dovrebbero essere non solo chiare ed accessibili, ma anche accompagnate da spiegazioni che ne consentano la corretta comprensione, in virtù della natura tecnica dell'ambito considerato. Da ciò consegue che l'interessato dovrebbe avere «un vero e proprio diritto ad ottenere spiegazioni in merito al funzionamento del meccanismo alla base di un processo decisionale automatizzato di cui tale interessato è stato oggetto e al risultato a cui detta decisione ha condotto». E cioè che «tale persona possa ottenere informazioni concise, facilmente accessibili e di facile comprensione, e formulate in un linguaggio semplice e chiaro sul metodo e sui criteri utilizzati in vista di detta decisione. In secondo luogo, tali informazioni devono essere sufficientemente complete e contestualizzate da consentire a detta persona di verificarne l'esattezza e se esista una

12 Così richiamando la sentenza del 4 maggio 2023, Österreichische Datenschutzbehörde eCRIF (C487/21).

coerenza e un nesso di causalità oggettivamente verificabile tra, da un lato, il metodo e i criteri utilizzati e, dall'altro, il risultato cui la decisione automatizzata è pervenuta».

La conclusione di questo ragionamento – o meglio, proprio il rilievo dato all'elemento della comprensibilità – spinge però l'avvocato generale a un risultato tutt'altro che favorevole alla ricorrente, ossia a escludere proprio l'algoritmo dal novero delle informazioni che devono essere disvelate dal titolare del trattamento, in ragione della loro complessità e della conseguente presunta incomprensibilità per il singolo.

Di rimando, sul titolare del trattamento non graverebbe dunque l'obbligo di divulgare informazioni che presentino un elevato livello di complessità tale da renderle incomprensibili, senza un'adeguata competenza tecnica; il che consentirebbe di escludere dalla comunicazione proprio gli algoritmi utilizzati nell'ambito del processo decisionale automatizzato.

Quanto poi al profilo relativo alla comparazione degli interessi (sia di terzi, sia relativa al segreto industriale), l'avv. gen. suggerisce alla Corte di introdurre una fase di consultazione, dell'autorità di controllo o dell'organo giurisdizionale competenti, affinché siano questi ultimi a ponderare in concreto gli interessi in gioco e stabilire la portata del diritto di accesso che deve essere riconosciuto all'eventuale richiedente.

Alla luce di quanto fin qui esposto, appare evidente come dette conclusioni finiscano per soddisfare in modo soltanto parziale l'interesse della ricorrente, lasciando del tutto irrisolto il nodo più delicato, ossia quello relativo all'algoritmo utilizzato per effettuare la valutazione.

5. L'impatto delle decisioni sulle società che agiscono come Schufa e B&D.

Uno degli aspetti più interessanti degli atti in commento è sicuramente quello di riferirsi all'impiego dell'intelligenza artificiale da parte di soggetti come per l'appunto Schufa e B&D, che pur svolgendo una funzione fondamentale nella vita dei cittadini, sono state finora ritenute al di fuori dell'ambito di applicazione degli art. 22, 15 e 12 del GDPR.

Si noti che molti sono addirittura convinti, dato il ruolo svolto, che tali entità siano soggetti pubblici, quando in realtà, come si è anticipato, sono privati.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, questa tipologia di soggetti rientra nell'ambito delle c.d. centrali dei rischi, che possono essere di natura pubblica, se gestite dal banchiere centrale, o privata[13]. In Italia, ad esempio, sono presenti entrambe le categorie; ma mentre le Centrali dei rischi pubbliche sono state inizialmente istituite per ragioni di carattere macroeconomico, quelle private, invece, sono nate per soddisfare le esigenze di acquisire una maggior conoscenza delle proprie potenziali controparti. In questo secondo caso, i dati vengono esclusivamente raccolti da entità che sottoscri-

13 In tema, v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, F. MATTASSOGLIO, *Le centrali dei rischi: problemi e prospettive*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, pp. 764-785.

vono precisi accordi contrattuali tra loro, che ormai spaziano, come si è visto, nei più diversi settori. In proposito, è bene ribadire come il punteggio assegnato da tali società non incida solo sull'accesso al credito, ma possa condizionare anche la possibilità di prendere una casa in affitto, di poter avere un collegamento alle utenze domestiche, etc.

Da questo punto di vista, pertanto, l'aver sancito l'obbligo di dover applicare gli articoli pertinenti del GDPR costituisce senz'altro un passo importante nei confronti di società destinate ad avere un ruolo sempre più rilevante nella vita dei consumatori.

In Italia, le società di informazione creditizia (c.d. SIC) sono soggette a un codice di condotta in materia ("Codice di condotta")[14], adottato con la Deliberazione del Garante Privacy del 6 ottobre 2022, il cui art. 10, che proprio con riferimento ai procedimenti automatizzati, sancisce che «Nei casi in cui i dati personali contenuti in un SIC siano trattati anche mediante trattamenti o processi decisionali automatizzati di scoring, il gestore ed i partecipanti, *fermo restando che i gestori non adottano ai sensi del sensi del Regolamento alcuna decisione che può incidere su diritti e libertà degli interessati*... [corsivo nostro]».

In questo caso, pertanto, è lo stesso codice che ha da sempre escluso che l'attività dei gestori potesse essere ricondotta nell'ambito della nozione di "decisione", di cui all'art. 22 del GDPR.

Di conseguenza, la pronuncia della Corte di giustizia produrrà sicuramente rilevanti effetti sul settore tanto più che, nel frattempo, è entrato in vigore anche l'AI act, che è destinato a imporre obblighi ben più penetranti in capo ai gestori dei sistemi di informazione rispetto a quanto finora previsto.

6. Le disposizioni contenute nell'AI act.

Come si è già anticipato, infatti, l'AI Act dedica particolare attenzione alla valutazione del merito creditizio dei consumatori (persone fisiche) posto che detti giudizi «determinano l'accesso di tali persone alle risorse *finanziarie o a servizi essenziali* quali l'alloggio, l'elettricità e i servizi di telecomunicazione» (cons. 58). In ragione di questo ruolo, detti sistemi automatizzati potrebbero pertanto portare «alla discriminazione fra persone o gruppi e possono perpetuare modelli storici di discriminazione, come quella basata sull'origine razziale o etnica, sul genere, sulle disabilità, sull'età o sull'orientamento sessuale, o possono dar vita a nuove forme di impatti discriminatori».

Per questo motivo, il regolamento riconduce questo tipo di valutazioni nell'ambito dei

14 In precedenza, v. Provvedimento del 12 settembre 2019 - Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti

casi di utilizzo dell'AI considerati ad alto rischio[15].

Si noti che, a parere di chi scrive, sarebbe quanto mai assurdo ritenere, come ha fatto qualcuno[16], che il regolamento debba essere interpretato in modo restrittivo, escludendo dal suo ambito di applicazione proprio i casi di credit scoring che siano puramente finalizzati all'ottenimento di risorse finanziarie – si pensi all'ipotesi di un mutuo – per riferirsi invece esclusivamente a valutazioni connesse all'ottenimento di servizi e prestazioni ritenute essenziali, enfatizzando le differenze terminologiche tra il considerando 58 e il successivo allegato.

Non solo, infatti, è evidente che le risorse finanziarie sono di per se stesse un requisito fondamentale per consentire l'accesso a beni e servizi essenziali per un individuo, come l'abitazione, ma proprio il *credit scoring* legato alle richieste di finanziamento, è uno dei settori più spinosi, in cui il singolo merita senz'altro protezione e tutela. E dunque definibile delicato e ad alto rischio *ex sé*.

Simile interpretazione, poi, trova conferma anche nella nuova direttiva sul credito al consumo 2023/2225, su cui v. infra.

In questa sede, non è certo possibile analizzare nel dettaglio tutte le disposizioni contenute nell'AI act, ma si ritiene opportuno soffermarsi su due aspetti che evidenziano profonde connessioni con i principi affermati dalla Corte di giustizia europea.

In primo luogo, il regolamento europeo pone molta attenzione nel considerare la molteplicità delle fasi procedimentali che possono vedere coinvolti strumenti come quelli di intelligenza artificiale. Nel cond. 53, ad esempio, esso introduce la distinzione tra casi in cui l'uso dell'AI sia capace di influenzare materialmente il processo decisionale –ossia ove la componente algoritmica assume un ruolo risolutivo ai fini della decisione, influenzando di conseguenza gli interessi in modo sostanziale –, e le ipotesi dove invece non è ravvisabile un simile impatto – e la decisione finale può essere considerata disgiuntamente.

Con riferimento a questa seconda categoria, la prima ipotesi menzionata è quella in cui l'AI venga utilizzata per svolgere un compito definito come "procedurale ristretto", ossia una mera trasformazione di dati non strutturati in dati strutturati, come nel caso in cui essa consenta esclusivamente di catalogare una serie di documenti. In questo caso, l'attività non comporterebbe grandi rischi, data la sua limitatezza.

15 In proposito, si v. l'elencazione contenuta nell'allegato III, punto 5, dedicato *all'Accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi*, ove prevede che «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA utilizzati allo scopo di individuare frodi finanziarie».

16 G. SPINDLER, *Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive*, cit., p. 243 circa i dubbi interpretativi dei sistemi di credit scoring rientranti nell'ambito dei sistemi ad alto rischio, dovuti a uno sfasamento tra le previsioni contenute nel consid. 58 e l'allegato III.

La seconda ipotesi riguarda, invece, quei compiti finalizzati a migliorare i risultati di «un'attività umana precedentemente completata», in cui dunque l'AI consentirebbe solo di aggiungere un ulteriore livello, come nelle applicazioni che consentono di migliorare il linguaggio utilizzato in uno scritto.

In terzo luogo, viene richiamata l'ipotesi di modelli decisionali o deviazioni da modelli decisionali precedenti, ossia quando l'AI viene utilizzata dopo una fase decisionale umana, per verificarne la validità *ex post*. Infine, si fa riferimento all'impiego dell'AI nell'ambito di una mera fase preparatoria di una decisione umana, come nel caso di gestione di fascicoli, dell'indicizzazione, di ricerca, di elaborazione testuale e vocale o di collegamento dei dati ad altre fonti di dati, o di sistemi utilizzati per la traduzione.

Da questo punto di vista, pertanto, il nuovo regolamento cerca di fare maggiore chiarezza sui processi decisionali complessi e di distinguere le fasi in cui l'automazione può intervenire per meglio chiarire quando debba essere collocato il momento davvero decisionale, rispetto ad altre fasi meramente preparatorie o successive.

In secondo luogo, l'AI act conferma la tendenza ad ampliare l'ambito dei potenziali destinatari degli obblighi, prendendo in considerazione una platea molti varia di soggetti coinvolti nel processo che può portare all'adozione della decisione finale, secondo un approccio perfettamente in linea con l'evoluzione della Corte di Giustizia, di cui si è appena dato conto.

Proprio per questo, ad esempio, l'art. 3 del reg. nell'ambito delle sue definizioni richiama diverse figure che devono considerarsi coinvolte nel processo e dunque potenzialmente assoggettabili agli obblighi imposti, quali: fornitori, deployers, rappresentanti autorizzati, importatori, distributori, operatori, ciascuno dei quali potrebbe essere chiamato in causa qualora intervenga, in qualche modo, sul sistema di intelligenza artificiale.

Queste previsioni dimostrano come il regolamento sia intenzionato a prendere in considerazione tutte le entità coinvolte nell'utilizzo dell'AI, in modo che la complessità non si traduca in irresponsabilità.

Anche da questo punto di vista, pertanto, si possono cogliere delle precise assonanze tra percorso giurisprudenziale e normativo.

7. Un cenno alla nuova Direttiva 2023/2225/UE sui contratti di credito ai consumatori.

In questa sede, può ancora essere utile richiamare le novità introdotte dalla Direttiva 2023/2225/UE sui contratti di credito ai consumatori (*Consumer Credit Directive*, CCD II), che abroga la precedente Direttiva 2008/48/CE, e dovrà essere recepita entro il prossimo novembre 2025.

In particolare, ai nostri fini, rileva soprattutto la formulazione dell'art. 18, par. 3, che impone non solo che «La valutazione del merito creditizio sia effettuata sulla base di informazioni pertinenti e accurate sul reddito e sulle spese del consumatore e su altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria, che siano necessarie e propor-

zionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito per il consumatore», ma si spinge fino a esemplificare alcune tipologie di dati che possono essere utilizzati quali «elementi probatori del reddito o di altre fonti di rimborso, informazioni sulle attività e passività finanziarie o informazioni su altri impegni finanziari».

La disposizione introduce, invece, un espresso divieto relativo all'utilizzo dei dati sensibili di cui all'art. 9, paragrafo 1, del GDPR 2016/679 e richiede la "pertinenza" delle fonti interne o esterne da cui possono essere raccolte le informazioni precisando che «I social network non sono considerati una fonte esterna ai fini della presente direttiva».

Con specifico riferimento ad una valutazione effettuata con trattamento automatizzato dei dati, il par. 8, dell'art. 18 assicura poi, al consumatore richiedente il prestito, il diritto di poter esigere e ottenere l'intervento umano, che si sostanzia nella possibilità di arrivare a una spiegazione chiara e comprensibile del procedimento utilizzato per la valutazione, ivi inclusa la sua logica e gli eventuali rischi; il diritto di esprimere la propria opinione e, infine, di richiedere un riesame della valutazione e della decisione relativa alla domanda di credito. In caso di esito negativo, poi, è ribadito il diritto a una valutazione umana e alla contestazione della decisione.

Dunque, ancora una volta, una serie di garanzie e di diritti per i soggetti sottoposti a un procedimento di valutazione automatizzato che se da una parte confermano le pronunce del giudice e dell'avvocato generale in commento, dall'altro finiscono per ritornare ancora una volta al problema relativo all'interpretazione di quel diritto a ottenere una spiegazione chiara e comprensibile, di cui si è detto.

8. Alcune brevi conclusioni.

Cercando a questo punto di tirare le fila delle nostre riflessioni, possiamo rilevare come l'ordinamento europeo, grazie all'attività interpretativa della Corte di Giustizia e all'intervento del regolatore, si sia ormai deciso a focalizzare la propria attenzione sull'attività condotta attraverso l'uso dell'intelligenza artificiale, ivi incluso il caso in cui siano coinvolte le società che operano nell'ambito del credit scoring, mettendo fine a una stagione di sostanziale incertezza regolatoria.

Anzi, probabilmente, le vicende qui richiamate costituiranno soltanto le prime avvisaglie di un contenzioso, tra soggetti valutati e società di scoring, che sarà destinato a crescere nel corso dei prossimi mesi e anni e che porterà quasi sicuramente ad interrogarsi e a meglio approfondire la questione dei diritti dei singoli soprattutto con riferimento all'ampiezza del diritto di informazione sulle logiche dell'algoritmo che vengono impiegate per addivenire al giudizio finale.

A parere di chi scrive, sarà infatti questo il fronte su cui si combatterà la partita più dura posto che l'algoritmo è il cuore, l'essenza stessa di un procedimento automatizzato. Il solo che giustifica e determina il risultato finale sulla base di quel determinato set di dati con cui è stato alimentato.

Esso è, pertanto e per sua natura, complesso. Ciononostante, occorre essere consa-

pevoli del fatto che la sua esclusione dagli obblighi informativi rischia di depotenziare il diritto informativo del singolo privandolo di qualsiasi effettività.

La rilevanza delle banche dati creditizie in epoca di valutazione algoritmica tra comunicazione e aggiornamento delle informazioni

ALLEGRA CANEPA
Professore Associato di Diritto dell'Economia
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Affidabilità creditizia e informazioni registrate nella Centrale dei rischi alla luce dell'ordinanza della Cassazione n.3671/2024 1.1. L'intervento della Cassazione ed il riconoscimento del nesso di causalità tra ritardo nell'aggiornamento dati e pregiudizio nell'accesso al credito 2. Il ruolo delle banche dati pubbliche e private in epoca di valutazione algoritmica 2.1 La fisionomia e le criticità del Buy Now Pay Later (BNPL) nella concessione del credito 3. Prospettive di censimento del credito digitale tra interessi degli operatori di BNPL e concorrenza

1. Affidabilità creditizia e informazioni registrate nella Centrale dei rischi alla luce dell'ordinanza della Cassazione n.3671/2024

Utilizzando la terminologia economica potremmo dire che quello del credito è un mercato di selezione in quanto gli operatori non hanno l'obiettivo solo di massimizzare il volume dei crediti erogati ma anche di selezionare i richiedenti che hanno maggiori possibilità di restituire nei tempi previsti quanto concesso. L'operazione di identificazione dei c.d."good-borrowers", funzionale a ridurre il rischio di insolvenza e l'onere di mantenimento di eventuali posizioni deteriorate, però, risulta tutt'altro che semplice per la presenza di informazioni imperfette nel mercato dei prestiti[01] capaci di condizio-

01 D.M. JAFFEE, T. RUSSEL, *Imperfect information, uncertainty and credit banking, Quarterly Journal of Economics* ,1976, Vol. 90, n. 4, p. 651; J.E. STIGLITZ e A. WEISS, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, American Economic Review, 1981, Vol. 71, n. 3, p. 393.

nare l'erogazione del credito.

Un simile processo di efficiente individuazione dei soggetti caratterizzati da un'elevata affidabilità creditizia contribuisce al raggiungimento dell'obiettivo di sana e prudente gestione degli intermediari ma richiede un'adeguata disponibilità di informazioni sui richiedenti, non solo dal punto di vista della loro situazione attuale, ma anche della loro storia creditizia e dell'eventuale esistenza a loro carico di inadempienze effettive. Simili dati, saranno valutati nel caso di accesso al credito di un'impresa nel quadro dell'attività svolta mentre per il consumatore verranno esaminati tenendo conto anche dell'esistenza di eventuali altre posizioni aperte, capaci di dare luogo a rischi di sovraindebitamento[02].

Vi sarà però una distinzione tra imprese e consumatori visto che nel primo caso la valutazione avviene nel quadro dell'attività svolta mentre per il consumatore nei singoli atti diretti alla conclusione di un acquisto.

La necessità di una valutazione attenta, ponderata e completa, come ricorda la direttiva n. 2023/2225 sul credito al consumo, presuppone l'utilizzo di informazioni pertinenti e accurate sul reddito e sulle spese nonché sulla situazione economica e finanziaria, necessarie e proporzionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito[03]. La c.d. Mortgage Credit Directive (MCD) stabilisce che il credito dovrebbe essere erogato "solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indichino che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti"[04].

Al fine di avere un quadro dettagliato ed il più possibile completo delle singole posizioni,

02 Per un approfondimento sul punto alla luce delle differenze tra impresa e consumatore si veda in particolare E. LA MARCA, *Consumatore, imprenditore e professionista: interferenze e confini nelle soluzioni del sovraindebitamento,* Il diri. fall. soc. comm., 2023, p. 1054 ss.

03 Art. 18 co. 3 della Direttiva 2023/2225 del 18 ottobre 2023 che ha abrogato la precedente direttiva in materia di credito al consumo 2008/48/CE. Nella direttiva il co. 6 richiama l'importanza di una valutazione attenta, ponderata e completa. Sulla complessità però di una simile valutazione esiste una vasta bibliografia. Si vedano in tal senso tra gli altri L. STANGHELLINI, *Il credito « irresponsabile » alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in Società, 2007, p. 402; G. CARRIERO, *Dal credito di consumo al credito ai consumatori,* in Società, 2007, p.457 ss.; C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile del creditore ed il dovere di informazione del consumatore* in E. CATERINI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito,* ESI, Napoli, 2010, p.427 ss.; L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in Contratto e Impresa, n. 2, 2012 p. 493;G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in Banca borsa tit. cred., 2013,.38 ss I. SABBATELLI, *Educazione finanziaria e credito responsabile,* in Riv. Trim. Dir. Ec., 2026, p. 293 ss. e G. GRECO, *Credito adeguato e consumatore "immeritevole" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia,* in Riv. reg. merc., 2019, p, 355 ss. e M. RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in Liber Amicorum per Aldo Dolmetta, *L'orizzonte è una linea che non c'è,* Pacini Giudica, Pisa, *2023, p. 333 ss.*

04 Si tratta dell'art. 18 co. 5 della direttiva 2014/17/Ue sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali sulla quale è in corso una discussione per una possibile revisione come già avvenuto nel credito al consumo.

una fonte informativa importante è rappresentata dalle banche dati e, in primis dalla Centrale dei rischi, affidata alla Banca d'Italia[05]. La centrale rappresenta per gli operatori una modalità di incremento di trasparenza grazie alla trasmissione obbligatoria di informazioni, da parte di banche e intermediari, sullo stato dei crediti accordati e pregressi, secondo modalità di rilevazione predisposte da Banca d'Italia, e consente di evitare aggravamenti di rischio derivanti dai c.d. fidi multipli[06].

Proprio la ratio di realizzazione di questa banca dati e l'importanza dell'attendibilità, completezza e aggiornamento delle informazioni, visti i possibili effetti sulla posizione del singolo dal punto di vista reputazionale e dell'accesso al credito, fanno sì che siano previste forme di tutela comprensive di provvedimenti inibitori e risarcimento in caso di eventuali segnalazioni illegittime[07], non corrette o non aggiornate.

Nello specifico all'interessato, inteso sia come impresa che consumatore[08], può essere riconosciuto un risarcimento danni a fronte di un'eventuale responsabilità per "danno

05 Come noto la Centrale dei rischi è stata istituita con delibera del Comitato interministeriale per il Credito e Risparmio (CICR) del 16 maggio 1962 ma è poi divenuta operativa nel 1964. Per una ricostruzione sull'evoluzione della fisionomia e delle funzioni della Centrale dei rischi si vedano in particolare F. CAPRIGLIONE, *Aspetti della problematica della Centrale dei rischi bancari*, Bancaria, 1974, 19 ss.; E. GRANATA, U. MORERA, P. CANAPA, A. CASCIOLI e A. CARRETTA, La nuova centrale dei rischi, Bancaria, Roma, 1996; U. MORERA, *La centralizzazione dei rischi di credito: profili giuridi*ci, in Dir. banca merc. fin., 1996, p.464 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in Banca, borsa, tit. cred., 1999, I, 303 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, a cura di), *Centrale dei rischi. Profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2005.

06 Sul punto si vedano in particolare R. COSTI, Ordinamento bancario 2, Bologna, Mulino, 1994, p. 455 ss. e O. CAPOLINO, Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa, revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito, in Quaderni di Ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 47/1997, p. 37 ss.

07 In particolare sugli aspetti di tutela di fronte al giudice ordinario e ABF si veda G. MUCCIARONE, Centrali dei rischi ed esclusione degli enti collettivi dalle tutele del codice della privacy, Banca, borsa e titoli di credito, 2015, p. 381 ss.

08 La direttiva 2225/2023 in merito alla consultazione di una banca ha stabilito che i gestori di banche dati devono dotarsi di procedure "atte a garantire che le informazioni contenute nelle loro banche dati siano aggiornate ed esatte" e che in caso di richiesta di credito respinta sulla base della consultazione di una banca dati, il consumatore venga informato dell'avvenuta consultazione e dei risultati. Si vedano rispettivamente i co. 6 e 7 dell'art. 17 della direttiva.

informativo"[09] derivante da dolo o colpa[10] e potenzialmente comprensivo, a seconda dei casi, anche del pregiudizio d'immagine.

Negli anni si è registrato un certo contenzioso, non solo su istanza del diretto interessato ma anche di eventuali altri soggetti quali i prestatori in garanzia[11] e, fra i casi trattati, merita attenzione quello oggetto di una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la n.3671/2024, del febbraio 2024[12]. Infatti, si tratta di un caso per il quale si sono svolti più gradi di giudizio, in un arco temporale piuttosto lungo, che consentono di ripercorrere lo sviluppo giurisprudenziale sui presupposti per la riconoscibilità del danno, la meritevolezza dell'interesse leso[13] e l'eventuale esistenza anche di un pregiudizio di immagine.

In particolare, in primo grado, il giudice aveva valutato il ritardo nell'aggiornamento delle informazioni un fattore giuridicamente di scarso rilievo sul piano causale e della lesione di un interesse, con conseguente mancato riconoscimento di una risarcibilità. In sostanza "l'evento-ritardo" secondo il giudice non aveva generato un pregiudizio quantificabile economicamente nè in quanto tale, né in quanto produttivo di una ulteriore situazione dannosa di tipo reputazionale, con conseguenze anche finanziarie.

Nello specifico oggetto della controversia di fronte al Tribunale di Bari, presentata in prima istanza nel 2009, era un ritardo, perpetratosi per otto mesi, nella derubricazione

09 L'espressione è di V. Roppo che però la utilizzava per indicare il danno "che deriva da falsi affidamenti suscitati dai "messaggi" (dalle "informazioni", appunto) circa l'affidabilità economica di soggetti od affari, che in via esplicita o anche implicita (per fatti concludenti) determinati operatori, nell'esercizio della loro specifica attività professionale, indirizzano al pubblico". Si veda ID., *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile),* in Danno e Resp., 1996, p. 536. L'espressione è stata anche ripresa da Vella in senso più generale in F. VELLA, *Segnalazione di crediti in "sofferenza" alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, Banca, borsa Tit. Cred., 1997, p. 494.

10 In senso più ampio molti anni fa Busnelli sottolineava "l'insuccesso dei tentativi di assegnare alla responsabilità da informazioni inesatte una previsione normativa tipica e la relativa riscoperta della maggiore adeguatezza, per far fronte ai relativi problemi, della regola generale della responsabilità per colpa". Si veda F. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte,* in Contr. Impresa, 1991, p. 539.

11 Il riferimento da ultimo è all'ordinanza della Corte di Cassazione, III sez., n. 29252 del 13 novembre 2024 che ha affrontato la questione del possibile pregiudizio per il prestatore di garanzia derivante dall'affiancamento al debitore: Nel caso di specie la posizione esaminata era quella del prestatore di garanzia di una società segnalata come debitore in sofferenza ed è stato ritenuto fondato il ricorso presentato volto a riconoscere la non corretta valutazione della Corte di Appello di Trento che aveva ritenuto insussistente un pregiudizio reputazionale nella mera indicazione del nominativo del garante a financo di quello del debitore.

12 Si tratta dell'ordinanza del 9 febbraio 2024 della terza sezione.

13 Sul rapporto tra meritevolezza dell'interesse tutelato e riconoscimento del danno ingiusto si veda in particolare F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto,* in Contr e impresa, 1985, p. 7 ss.

della posizione da "in sofferenza"[14] a "ristrutturata" a seguito di conclusione di un accordo transattivo.

La contestazione non concerneva la sussistenza di quanto comunicato bensì il mancato recepimento dell'esito dell'accordo tra le parti diretto ad estinguere il debito[15]. Infatti la banca si era limitata a far annotare esclusivamente una riduzione dell'esposizione a seguito di un primo versamento, ai sensi della Circolare n.139/1991 della Banca d'Italia, ma non la ristrutturazione della posizione, nonostante la medesima circolare indichi anche la necessità di trasmettere informazioni qualitative sul "cambiamento di stato" della posizione creditizia[16].

Proprio l'assenza di aggiornamento delle informazioni, tenuto conto che la "sofferenza"[17], dal punto di vista della valutazione del singolo, presenta un maggiore potenziale lesivo, aveva generato, secondo la società, un pregiudizio su affidamenti in essere e futuri.

Proprio per questo sussiste un interesse alla rettifica e, poiché anche il fattore tempo

14 E' utile ricordare come la Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 di Banca d'Italia Istruzioni per gli intermediari creditizi, al capitolo 2 paragrafo 1.5. precisi come "l'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può originare automaticamente al verificarsi di singoli specifici eventi quali, ad esempio, uno o più ritardi nel pagamento del debito o la contestazione del credito da parte del debitore". La necessità di valutazione della complessiva situazione patrimoniale ai fini della registrazione di sofferenza deve tenere conto anche dell'evoluzione nel tempo in quanto non può trattarsi di una difficoltà temporanea come è stato costantemente affermato anche dalla Corte di Cassazione, Si vedano in tal senso tra le altre sez. I, sentenza n.7958 del 1 aprile 2009, sez. 1 ordinanza n.15609 del 9 luglio 2014, sez. 1, ordinanza n.23453 del 26 ottobre 2020; sez. III, ordinanza n. 3130 del 14 ottobre -9 febbraio 2021.

15 A seguito di un precedente giudizio le parti avevano raggiunto un accordo che prevedeva un versamento a stralcio di 45.000.000 di lire e successive 10 rate da 5.000.000 di lire per complessivamente 95.000.000 di lire.

16 Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 di Banca d'Italia, cit., rispettivamente paragrafo 26 dove si stabilisce che l'intermediario segnala il cliente nella categoria sofferenze per importi via via decrescenti fino al pagamento dell'ultima rata concordata e sez. 5 paragrafo 1.

17 Va ricordato che mentre i crediti scaduti da novanta giorni (Past Due) e sofferenze possono rilevarsi dal flusso di ritorno che le banche segnalanti ricevono dalla Centrale dei Rischi, gli Unlikely to pay invece restano oggetto di notizie riservate alla singola banca segnalante e alla vigilanza. Sul punto si veda in particolare G. PRESTI, Le banche e la composizione negoziata della crisi, in www.dirittodellacrisi.it, 9 febbraio 2023

assume rilievo, anche alla tempestività di tale modifica[18].

Ciononostante, il Tribunale aveva valutato infondata la domanda di parte attrice ritenendo non fosse ravvisabile una necessità di immediata comunicazione della suddetta variazione, comunque effettuata dalla banca, in quanto considerabile condizione secondaria rispetto al pagamento. Peraltro, in sede di accordo tra le parti non era stato indicato un termine per l'adempimento ed anche per questo non era pretendibile un'immediata rettifica dalla banca né riconoscibile un danno patrimoniale e di immagine. E' utile sottolineare come, l'onere di comunicazione della variazione e/o aggiornamento, gravi sulla banca e non sul gestore, nello specifico la Banca d'Italia, che si limita ad inserire quanto comunicato o quanto derivante dall'esito di eventuali controversie[19].

Avverso tale sentenza la società coinvolta aveva fatto ricorso alla Corte d'Appello chiedendone la riforma integrale vista la non condivisibilità delle conclusioni del Tribunale. Contestualmente, non ritenendo corretta la valutazione di mancanza di correlazione tra la conclusione dell'accordo transattivo e la modifica della propria posizione alla Centrale dei rischi, veniva richiesta anche la risoluzione dell'accordo intervenuto per inadempimento.

La Corte d'Appello, in sede di riesame, non aveva accolto quest'ultima richiesta ritenendo non essenziale l'inadempimento; aveva però ravvisato un'efficacia causale dell'omissione[20] e conseguentemente una condotta colposa della banca condannandola al pagamento di un risarcimento del danno.

Sulla questione del danno reputazionale, la Corte aveva ritenuto che il ricorrente non

18 Sul concetto di sofferenza e la sua interpretazione si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina che ha visto formulare anche un'ipotesi di una sua definizione solo in rapporto ai rapporti tra banca e cliente a fianco di quella maggiormente condivisa e affermata che fa riferimento alla posizione complessiva del debitore. Va ricordato che il Tribunale di Milano, nell'ordinanza del 19 febbraio 2001, in Giur. it., 2001, 334 ss., ha fatto riferimento anche alla necessaria presenza di una richiesta di adempimento da parte della banca. Sulla questione si vedano tra le altre anche la pronuncia del Tribunale di Cagliari del 28 novembre 1995 con nota di A. DOLMETTA, in Banca, borsa e titoli di credito, 1997, p.354 ss. nonché in dottrina in particolare U. MINNECI, Erronea segnalazione alla centrale dei rischi: profili rimediali, in Riv. crit. Dir. priv. 2004, p. 89; A. DOLMETTA, il "credito in sofferenza" nelle istruzioni della vigilanza sulla Centrale dei rischi, Banca, Borsa e Titoli di Credito, 2004, p. 553 ss. e U. MINNECI, *Tutele privacy e diritto comune per il recupero della correttezza dei dati trasmessi alle centrali dei rischi*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Centrale dei rischi*, op. cit., 121 ss.

19 Sul punto si veda in particolare la sentenza del Tribunale di Salerno del 22 aprile 2022 in Giur. Comm. 2003, p. 210 ss.

20 Per una ricostruzione dottrinale di quest'aspetto anche con riferimento all'ambito penale si veda in particolare F. REALMONTE, *Il problema di causalità nel risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 66 ss.

avesse fornito adeguata prova del pregiudizio subito[21] ed aveva riconosciuto esclusivamente una liquidazione in via equitativa pari a mille euro per ogni mese di ritardo.

1.1. L'intervento della Cassazione ed il riconoscimento del nesso di causalità tra ritardo nell'aggiornamento dati e pregiudizio nell'accesso al credito

Avverso la sentenza della Corte d'Appello la società interessata aveva proposto ricorso in Cassazione evidenziando tre aspetti: la qualificabilità della condotta della banca come dolosa e non colposa[22], l'esistenza di un inadempimento di notevole entità e un'erronea interpretazione della motivazione a sostegno della chiusura della transazione[23].

Su quest'ultimo punto la Corte di cassazione ha ricordato come la valutazione dell'intenzione dei contraenti non possa prescindere dalle parole ed espressioni utilizzate nella dichiarazione negoziale e dal contesto nel quale sono inserite. Irti sul punto sottolineava come "la parola rinvia ad un contenuto che è il suo immateriale significato"[24] ed è proprio in quest'ottica che la Cassazione si muove facendo riferimento anche alla corrispondenza successiva tra le parti quale mezzo per rafforzare quanto già esternato[25] in sede di accordo per il raggiungimento dello scopo "pratico" perseguito dalle parti[26].

---

21 Tale aspetto era già stato evidenziato anche in rapporto ad una segnalazione illegittima nella quale si sottolineava come "il danno all'immagine e alla reputazione non può considerarsi sussistente "in re ipsa", ma va allegato specificamente e dimostrato da chi ne invoca il risarcimento». Si veda l'ordinanza n. 6589 del 06/03/2023 della sez. I della Corte di Cassazione. Successivamente all'ordinanza in esame si veda in tal senso anche l'ordinanza della sez. I n. 11732 del 2 maggio 2024.

22 Come noto in tal caso deve essere presente ed essere stato voluto anche il carattere ingiusto dell'evento come sottolineato molti anni fa da Fedele, ID., *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, p. 110 ss.

23 La Corte di Appello aveva affermato al punto 4 p. 9 della sentenza che l'interesse principale della società era quello di estinguere la propria posizione debitoria nei confronti della banca mentre la cancellazione della segnalazione, seppur di considerevole importanza, sicuramente non costituiva la ragione principale dell'accordo raggiunto con la banca.

24 N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in Riv. tri. Dir., proc. civ., 1969, p. 484.

25 La scelta del termine "esternato" per ricordare la necessaria presenza nell'accordo anche della manifestazione non è casuale ma utilizzato proprio nell'accezione ricordata da N. IRTI, *Il contratto tra facendum e factum*, in Rass. Dir. civ., 1984, p. 942.

26 Il riferimento al linguaggio utilizzato è elemento ormai consolidato in giurisprudenza, anche se esiste qualche pronuncia di segno differente come la n. 15100 del 10 ottobre 2003, così come sul riferimento allo scopo effettivo perseguito sul quale si vedano tra le altre Cassazione sez. unite dell'8 marzo 2019 n. 6882; l'ordinanza sez. III n.34426 dell'8 marzo 2019 e la sentenza sez. un. n.6882 dell'8 marzo 2019. In quest'ultima in particolare si ricorda come "il senso letterale delle parole, delle espressioni utilizzate va invero verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, le singole clausole dovendo essere considerate in correlazione tra loro procedendosi al relativo coordinamento ai sensi dell'art. 1363 c.c., giacché per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale" e che "nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti il criterio letterale vada invero riguardato alla stregua degli ulteriori criteri legali d'interpretazione, e in particolare dei criteri dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c.

Nello specifico, la Corte identifica nella documentazione in atti una chiara preminenza dell'interesse della società alla variazione della posizione registrata alla Centrale dei rischi così come un'illegittimità della condotta della banca e una sua responsabilità in merito al mancato adeguamento della segnalazione a seguito del primo versamento.

L'esistenza del pregiudizio, dovuto anche al periodo intercorso prima della rettifica della posizione è individuato dalla Corte nella documentazione in atti dai quali si evince l'esistenza di affidamenti revocati sulla base dei dati presenti in Centrale dei rischi.

Pertanto, la Corte di Cassazione aveva accolto il ricorso e rinviato alla Corte di Appello di Bari visto che la CTU effettuata aveva quantificato il danno subito in misura molto maggiore di quanto riconosciuto dalla medesima in via equitativa.

Da tale pronuncia risulta ribadita l'importanza di informazioni corrette e aggiornate contenute in una banca dati finalizzata, come nel caso in questione, ad una migliore valutazione creditizia del richiedente. In particolare, ciò che rileva è l'elevata affidabilità riconosciuta ad una simile fonte e ai rating reputazionali in essa contenuti e consultabili.

Proprio quest'aspetto induce ad una riflessione più ampia e articolata su una molteplicità di aspetti connessi alla possibile difficoltà di rettifica in tempi brevi ed al conseguente risarcimento dei danni, visti anche i tempi della giustizia civile, nonché alla capacità, in una società digitalizzata, di offrire un quadro informativo esaustivo.

Si tratta di un punto che ha rilievo sia sotto il profilo della capacità di effettuare una valutazione adeguata in linea con una sana e prudente gestione che della prevenzione di dinamiche di sovraindebitamento.

Una simile valutazione richiede in primo luogo di soffermarsi sia sulla quantità di informazioni disponibili sul mercato, anche alla luce delle banche dati creditizie private, sia sugli sviluppi determinati dalla tecnologia e la c.d. offerta di "credito digitale" erogato da piattaforme mediante valutazione algoritmica.

Quest'ultima, disponibile grazie a piattaforme specializzate soprattutto nel credito al consumo ed affermatisi sul mercato negli ultimi anni, viene effettuata mediante l'utilizzo di set informativi ampi e basati su dati non esclusivamente finanziari. Proprio quest'aspetto merita attenzione in quanto da una simile impostazione può derivare un minore interesse a concludere accordi di condivisione di informazioni con banche dati private con conseguente riduzione della disponibilità complessiva di informazioni.

2. Il ruolo delle banche dati pubbliche e private in epoca di valutazione algoritmica

Le informazioni presenti nella Centrale dei rischi possono essere un ausilio ai fini della definizione del merito creditizio e della riduzione della selezione avversa ma non sono in grado di risolverla completamente anche per i possibili inserimenti non corretti o problemi di ritardo di aggiornamento come quelli descritti.

Nel quadro di riduzione delle asimmetrie informative, tenuto conto anche delle soglie di registrazione previste dalla Centrale dei rischi e dell'accessibilità dei dati, negli anni si sono affermate anche banche dati private, Sistemi di Informazione Creditizia (c.d. SIC), depositarie di informazioni non rilevate in altre banche dati. Queste in realtà sono profondamente differenti sul piano della struttura e dell'adesione rispetto a quelle pubbliche in quanto frutto di autonomia negoziale e di adesione volontaria[27]. Ciò significa l'adesione non di tutti gli intermediari ma solo di quelli che decidono di farlo mediante conclusione di un accordo contrattuale di reciprocità basato su conferimento e contestuale possibilità di consultazione della banca dati[28]. Un simile assetto può dare luogo ad un database di informazioni caratterizzate da una certa differenziazione in funzione dei soggetti aderenti[29].

Un elemento comune tra banche dati pubbliche e private è identificabile nella possibilità di supportare la valutazione delle singole posizioni anche mediante c.d. dati di flusso intesi come evoluzione nel tempo. A tal fine il controllo delle informazioni e la garanzia di affidabilità dei dati da punto di vista della completezza, correttezza e aggiornamento di quanto comunicato appare fondamentale. Proprio questo aspetto è previsto anche per le banche dati private nel codice di condotta che le disciplina[30]. In esso si stabilisce che i partecipanti verifichino i dati, rispondano tempestivamente ad eventuali richieste

27 Come noto per la Centrale dei rischi è prevista una soglia di rilevazione di 30.000 euro che si abbassa a 250 se vi è sofferenza. Sulla presenza di centrali private come i SIC e la loro fisionomia si vedano in particolare F. CAPRIGLIONE, "Funzione" e "autonomia" nella centralizzazione dei rischi bancari, in Mondo banc., 1991, p. 50 ss.; E. PELLECCHIA, Il codice deontologico per le Centrali rischi private, in Danno e resp., 2005, p. 252; S. LOPREIATO, *Centrali dei rischi private, segnalazione erronea e responsabilità della banca*, in Banca, Borsa, Tit. cred., 2007, p. 454 ss. e F. MEZZANOTTE, *Centrali rischi private e "diritto di preavviso" della segnalazione,* in Nuova giur. Civ. comm., 2017, p. 303 ss.

28 Sulle banche dati private A. Sciarrone Alibrandi sottolineava anni fa come queste fossero "proliferate spontaneamente, al di fuori di una previsione legale specifica, sulla base di un puro meccanismo di adesione convenzionale di operatori di settore". Si veda ID., Centrali dei rischi creditizi e normativa di privacy: informazione e controlli dell'interessato, in Riv. dir. civ., 2003, p. 424.

29 Ai sensi dell'art. 2 lett. del Codice di Condotta i "partecipanti" previsti sono le banche, comprese quelle comunitarie e quelle extracomunitarie, le società finanziarie e tutti gli intermediari finanziari la cui attività è regolamentata nell'ambito del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, i soggetti autorizzati a svolgere in Italia l'attività di factoring (legge 21 febbraio 1991, n. 52 e successive modifiche), soggetti appartenenti a gruppi bancari o finanziari, gli istituti di pagamento, i soggetti privati che, nell'esercizio di attività commerciale o professionale, concedono una dilazione del pagamento del corrispettivo per la fornitura di beni o servizi, ovvero svolgono l'attività di leasing anche operativo, o l'attività di noleggio a lungo termine, nonché l'attività di gestione di piattaforme digitali per prestiti tra privati.

30 La consultazione dei dati per i partecipanti ai SIC, individuati in banche, intermediari finanziari e altri soggetti privati che, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, concedono una dilazione di pagamento del corrispettivo per la fornitura di beni o servizi, è soggetta alle prescrizioni previste dal Codice di condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, n.163 del 12 settembre 2019.

di verifica da parte del gestore nonché provvedano, laddove necessario, alla cancellazione o modifica di quanto registrato. Peraltro, proprio la volontarietà di adesione, sancita da un accordo contrattuale, fa sì che via sia una costante attenzione ai dati inseriti perché eventuali errori, incompletezza del patrimonio informativo o mancanza di aggiornamento possono avere riflessi sull'interesse ad aderire.

Del resto la presenza di banche dati private oltre a favorire la riduzione dell'asimmetria mediante condivisione delle informazioni può svolgere anche un ruolo nello scoraggiare richieste di accesso al credito di coloro che sanno di avere registrazioni a proprio carico consultabili nonché una situazione complessiva di difficoltà.

Un simile orientamento può avere effetti positivi anche sul sovraindebitamento complessivo[31].

In questo quadro appare di interesse valutare la capacità delle SIC di rappresentare un importante strumento di supporto per la valutazione del merito creditizio nel credito al consumo e la capacità anche di fornire un contribuito al monitoraggio dei livelli di indebitamento pro capite in un quadro di ricorso al credit scoring e di messa a disposizione di nuove modalità di "credito digitale" da parte delle piattaforme.

In proposito è utile ricordare come gli Orientamenti dell'European Banking Authority (EBA) in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti, sottolineassero come "nel valutare la capacità del cliente di adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto di prestito, gli enti e i creditori dovrebbero tenere conto dei fattori pertinenti che potrebbero influenzare la capacità di rimborso presente e futura del cliente ed evitare di indurre un indebito disagio e un eccessivo indebitamento" ed aggiungessero che "se le informazioni e i dati non sono prontamente disponibili, gli enti e i creditori dovrebbero raccogliere le informazioni e i dati necessari dal cliente e/o da terzi, comprese le banche dati pertinenti"[32].

La questione appare di interesse alla luce dell'evoluzione che ha interessato la valutazione del merito con il crescente ricorso all'uso di algoritmi[33], capaci di utilizzare set informativi "alternativi" rispetto a quelli in possesso dell'operatore e derivanti dalla consultazione delle banche dati. Infatti vengono impiegati sia dati reperiti su internet che derivanti dalla fedeltà alla piattaforma ed in particolare su questi ultimi vengono defini-

31 Sul punto si veda in particolare per un'analisi di dati A. BENNARDO, M. PAGANO., S. PICCOLO, *Multiple-Bank Lending*, *Creditor Rights and Information Sharing*, in Review of Finance, 2015, p. 519 ss.; V

32 EBA, Orientamenti in materia di concessione e orientamento dei prestiti, ABE/GL/2020/06, del 20 maggio 2020, p.5.2. e 88.

33 Sulla natura delle piattaforme utilizzatrici e le implicazioni di ricorso agli algoritmi per la definizione del merito creditizio si vedano in particolare G.L. GRECO, *Credit scoring 5.0, tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario,* in Riv. trim. dir. econ., suppl. n. 3, 2021, p. 76; L. AMMANNATI, G: GRECO, *Il credit scoring intelligente: esperienze, rischi e nuove regole,* Dir. Banc., 2023, p. 461 ss.;

ti anche eventuali incrementi di credito richiedibili dal singolo.

Proprio l'estensione delle fonti informative e la velocizzazione di analisi e risposta sono elementi cardine nell'offerta di servizi come il Buy Now Pay Later (BNPL) recentemente affermatisi. La particolarità di questo servizio risiede proprio nella capacità di coniugare la rapidità nell'offerta di servizi garantita dalle piattaforme con la necessità di una valutazione accurata prevista per la concessione del credito.

Peraltro la velocità nella decisione di accesso al credito è stato uno degli elementi di successo di questo servizio ed ha favorito un suo crescente utilizzo da parte dei consumatori. Anche per questo, appare di interesse il tema della trasparenza sull'andamento del credito ed il tasso di insolvenza degli utilizzatori nonchè una possibile ampia adesione alle SIC di questi operatori vista anche la ridotta disponibilità di dati.

2.1. La fisionomia e le criticità del BNPL nella concessione del credito

La questione della presenza di informazioni sul BNPL nelle SIC ha una rilevanza generale in rapporto alla reperibilità e disponibilità di informazioni consultabili e specifica in rapporto alle modalità di valutazione del merito creditizio e delle possibili implicazioni in termini di sovraindebitamento. Per approfondire questi aspetti può essere utile richiamare brevemente la fisionomia del servizio a partire dal suo incerto inquadramento giuridico. Infatti, la questione non attiene solo alla normativa di riferimento ma anche al tema oggetto di esame visto che qualora, alla luce delle sue caratteristiche, fosse stato considerato esclusivamente un metodo di pagamento, non avrebbe avuto rilevanza ai fini della presenza di dati nelle SIC.

Il BNPL è offerto ai consumatori per acquisti in un numero di segmenti di mercato in continua espansione (dai viaggi alle assicurazioni) grazie alla sua applicabilità anche per cifre al di sotto del 200 euro[34] e la rapidità con la quale viene effettuata la valutazione creditizia ai fini dell'accesso al servizio.

Nello specifico lo schema proposto al consumatore può essere duplice a seconda che vi sia o meno cessione del credito ad un terzo da parte del venditore.

Questo secondo modello ha generato dubbi sul suo inquadramento giuridico ed ha dato luogo ad interventi dell'EBA e della Banca d'Italia in merito alla sua ascrivibilità all'ambito del credito[35] e non dei pagamenti. Ad essi hanno fatto seguito interventi normativi quali la direttiva 2225/2023 e la proposta di terza direttiva sui servizi di pagamento

34 Secondo il Rapporto CRiF 2023, cit., il ticket medio del BNPL è molto inferiore rispetto a quello del credito tradizionale ed il 50% delle richieste è inferiore ai 500 euro.

35 L'European Banking Authority (EBA) ha inquadrato il BNPL come concessione di un credito affermando che «*the core service provided is of a lending nature and should be consider as granting credit*». Si veda Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366, on payment services in the internal market (PSD2), EBA/Op/2022/06 e la comunicazione della Banca d'Italia del 28 ottobre 2022, www.bancaditalia.it/compiti/tutela-educazione/avvisi-comunicazioni/2022.10.28/index.html.

(PSD 3) che lo hanno incluso nella disciplina del credito anche per importi inferiori ai 200 euro[36]. La PSD 3 precisa però che i prestatori possono essere soggetti alla disciplina dei pagamenti qualora prestino servizi di esecuzione di operazioni di pagamento nel caso in cui i fondi rientrino in una linea di credito presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utente[37]. Del resto, tra le possibili configurazioni applicate, vi è anche quella con un addebito direttamente sulla carta di credito con conseguente possibile aumento dei rischi per il consumatore in caso di insolvenza[38].

Peraltro anche l'aspetto comunicativo e di marketing contribuisce ad una mancanza di trasparenza nei confronti del consumatore sulla natura creditizia del servizio visto che non evidenzia la possibilità di incorrere in elevati interesse moratori in caso di ritardo ma anzi viene presentato come opzione "ad interessi zero"[39].

---

36 In particolare Il considerando 16 della direttiva 2225/2023 recita "i sistemi «Compra ora, paga dopo» in virtù dei quali il creditore accorda un credito al consumatore al fine esclusivo di acquistare merci o servizi da un fornitore o prestatore, che sono nuovi strumenti di finanziamento digitali che consentono ai consumatori di effettuare acquisti e di saldarli col tempo, sono spesso senza interessi e senza altre spese e dovrebbero pertanto essere inclusi nell'ambito di applicazione della presente direttiva". La precedente direttiva, come noto, non era applicabile per crediti al di sotto dei 200 euro che erano ritenuti ipotesi residuale nel mercato.

37 Si veda la risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'aprile 20024 sulla proposta di direttiva che modifica la direttiva 98/26/CE e abroga le direttive (UE) 2015/2366 e 2009/110/CE (COM(2023)0366 – C9-0218/2023 – 2023/0209(COD) che precisa al considerando 35 come "le imprese che prestano servizi "compra ora, paga dopo" siano incluse nella direttiva se prestano i servizi dell'allegato I e cioè esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi da o su un conto di pagamento, anche quando i fondi rientrano in una linea di credito presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utente o presso un altro prestatore di servizi di pagamento.

38 Sul punto si veda in particolare L. O'BRIAN, I. RAMPSAY, P. ALI', *The role of credit cards, payday loans, consumer leases nad buy now pay later products in personal insolvency,* in Insolvency Law Journal, 2022, p. 160 ss.

39 L'indicazione del BNPL come modalità "alternativa" di pagamento è pubblicizzata dalle stesse piattaforme attraverso formule quali "al checkout scegli Clearpay come metodo di pagamento", www.clearpay.com. Sulla capacità di tale indicazione di far incorrere il consumatore in una sottovalutazione dei rischi si consenta il rinvio a A. CANEPA, *Super Apps, pagamenti mobile e nuove forme di credito digitale al consumo: il Buy Now Pay Later*, in L. AMMANNATI, A CANEPA, *La finanza nell'età degli algoritmi*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 95 ss.

Più in generale sul BNPL si vedano anche M. DI MAGGIO, J. KATZ, E. WILLIAMS, *Buy now pay later credit: user characteristics and effects on spending patterns*, settembre 2022, NBER working paper n. 30508, in *www.nber.org*; ; L. Gobbi, *Buy now pay later, caratteristiche del mercato e prospettive di sviluppo*, *Quaderni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, n. 730, novembre 2022; B.G. KENNEY, C. FIRTH, J. GATHERGOOD, *Buy Now Pay Later (BNPL) … on your credit card*, in *Journal of Behavioral & Experimental Finance*, 23 January 2023, p. 1 ss.; e C. ROBUSTELLA, M. NATALE, *La regolamentazione del buy now, pay later alla luce della nuova direttiva sul credito ai consumo*, A. CANEPA, *"Alla ricerca del tempo perduto" nei mercati finanziari: l'accelerazione digitale nei pagamenti, nell'accesso al credito e nella movimentazione dei depositi,* e R. CARATTOZZOLO, *Nuovi contratti di credito e tutele del consumatore: i modelli di buy now pay later,* tutti in Riv. tri. Dir. ec., 2024, suppl. 1, rispettivamente p. 369, 525 e 552 e B. LOSACCO, *Le insidie del Buy Now Pay Later e la tutela dei consumatori vulnerabili,* in questa rivista, luglio 2024.

Un simile assetto, fondato sulla semplicità di accesso, la velocità di valutazione del merito creditizio e l'apparente convenienza, vista l'assenza di interessi, possono far sì, come ricordava molti anni fa Santini, che "il consumatore sia indotto ad acquistare col sistema rateale beni di utilità immediata (...) senza riflettere in modo adeguato sull'elemento del prezzo"[40] e sugli eventuali interessi di mora" che, nel caso del BNPL, possono arrivare anche al 18% annuo[41].

Anche per questo la direttiva 2225/2023 interviene proprio sul rafforzamento della trasparenza informativa nei confronti del consumatore anche se lascia una certa discrezionalità ai singoli Stati membri in merito all'applicabilità di alcune previsioni inerenti annunci pubblicitari e informazioni contrattuali[42]. La ratio è quella di non far gravare oneri eccessivi su alcune tipologie di credito tra i quali anche i contratti di importo inferiore ai 100.

Eppure, anche un credito esiguo, merita attenzione visto che il BNPL viene utilizzato spesso proprio per importi inferiori ai 100 euro. Ciò significa che la riduzione delle informazioni, qualora adottata da uno Stato membro, può interessare un numero non così limitato di situazioni compresi utenti vulnerabili e poco esperti sul piano finanziario.

Peraltro tra le informazioni omissibili ve ne sono alcune di non scarso rilievo al fine di una piena efficacia informativa ed evidenza dei rischi derivanti dal BNPL visto che pos-

40 Santini si riferiva ovviamente alla vendita a rate in G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Mulino, Bologna, 1975, p. 335. Ancor più netti nel qualificare il fenomeno della vendita a rate erano stati G. BORRIE e A.L. DIAMOND, che avevano definito la vendita a rate come una situazione nella quale un soggetto ne persuade un altro a sottoscrivere un contratto senza leggerlo, per acquistare beni dei quali non ha bisogno e pagando con denaro che non ha. ID., *The Consumer, Society and the Law*, 1964, Pelican/penguin, London, 1976, p. 192 ss. A tal proposito si è fatto riferimento anche alla capacità del BNPL di favorire lo shopping impulsivo. Su quest'aspetto si vedano in particolare V. BURG, J. KEIL, *"Buy now pay later" and impulse shopping*, novembre 2023, J. LI, X. LIANG, S. XV, *Just Show the Option: Adding the Bnpl Payment Option in Online Shopping Can Nudge Purchase Intention*, novembre 2024, entrambi rep. su www.ssrn.com

41 Basti pensare che ad es. la piattaforma Clearpay su acquisti di importo inferiore a 24 sterline applica interessi di mora che ammontano a 6 sterline per il ritardo nel pagamento della prima rata a cui si aggiungono una ulteriore penalità di altre 6 sterline se il pagamento non viene effettuato entro 7 giorni ed importi simili sono applicati anche da un'altra piattaforma come Klarna che indica un interesse annuo del 18,9%. Si veda https://www.clearpay.co.uk/en-GB/terms-of-service e https://cdn.klarna.com/1.0/shared/content/legal/terms/0/en_gb/account_agreement/.

42 Il considerando 15 precisa che "per alcuni dei contratti di credito che sono stati esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 2008/48/CE e che dovrebbero essere contemplati dalla presente direttiva, vale a dire i contratti di credito per un importo totale del credito al di sotto di 200 EUR, i crediti senza interessi e senza altre spese, fatta eccezione per spese limitate che il consumatore è tenuto a pagare in caso di ritardi di pagamento, e i crediti che devono essere rimborsati entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile, gli Stati membri dovrebbero poter escludere l'applicazione di un numero definito e limitato di disposizioni della presente direttiva in relazione ad annunci pubblicitari, informazioni precontrattuali e informazioni contrattuali, al fine di evitare oneri inutili per i creditori, tenendo conto delle specificità del mercato e delle particolari caratteristiche di tali contratti di credito, come la loro durata più breve, garantendo nel contempo un livello più elevato di protezione dei consumatori".

sono essere omessi "se del caso la durata del contratto di credito o l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare e l'importo delle rate" nonché la possibilità di avvalersi di un meccanismo extragiudiziale di reclamo con relative modalità di accesso ed infine la spiegazione delle conseguenze giuridiche e finanziarie dell'inosservanza degli altri impegni connessi al contratto di credito specifico[43].

Da questo descritto si comprende come il design del BNPL presenti due criticità principali: una rapida valutazione del merito creditizio effettuata su set di dati, anche non esclusivamente finanziari, e la difficoltà di avere informazioni su eventuali altre posizioni aperte e sulla relativa situazione.

Il primo aspetto evidenza un utilizzo da parte di queste piattaforme principalmente di dati reperiti dall'algoritmo nonchè riferiti alla storia creditizia con la piattaforma che, se positiva dal punto di vista del rispetto delle scadenze, può consentire anche incrementi nel tempo della somma richiedibile. Un simile assetto può consentire una maggiore inclusione finanziaria ma anche un potenziale incremento del rischio di sovraindebitamento dovuto sia al profilo dei soggetti interessati che degli alti tassi applicati in caso di mora.

Il secondo aspetto, strettamente connesso, riguarda la sostanziale mancanza di condivisione di dati su questi accessi al credito tra le piattaforme. Ciò può dare luogo alla possibilità che il singolo possa avere contestualmente più posizioni aperte con piattaforme differenti senza che queste ne siano a conoscenza e l'abbiano quindi valutato ai fini dell'incremento del rischio di insolvenza. Tale aspetto ha rilevanza per il singolo ma anche, più in generale, per il rischio inerente il livello di indebitamento della popolazione laddove interessi una buona percentuale della popolazione e vi sia una certa percentuale di soggetti che lo utilizza frequentemente[44].

Si tratta di un elemento che fa riflettere sull'opportunità di un incremento di trasparenza sul tasso di indebitamento connesso all'utilizzo di questo servizio visto che i relativi dati potrebbero contribuire ad evitare nuove attivazioni di credito capaci di influire sulle situazioni di criticità già esistenti. Tale riflessione appare di attualità anche alla luce delle prospettive segnalate lo scorso anno dalla Commissione europea di crescita del tasso di sovraindebitamento delle famiglie nei prossimi anni[45]. Peraltro, una maggiore trasparenza su simili dati può essere un vantaggio per tutti quegli utenti compresi quelli che, avendo rispettato le scadenze, potrebbero trarre da simili informazioni un

43 Art.10 p.5 della direttiva 2023/2225.

44 Anche su questo aspetto il rapporto CRIF 2023, cit., mette in luce che oltre il 50% della popolazione che ha utilizzato il BNPL è portato ad utilizzarla ancora nei successivi 3 mesi ed il 13% ha effettuato oltre 4 contratti in un orizzonte temporale di 3 mesi.

45 Si tratta dello Study on European consumers' over-indebtedness and its implications della Commissione Europea pubblicato nel giugno 2023, https://commission.europa.eu/document/download/5002ff16-a502-4b98-91cd-4536b5cd70ec_en?filename=Study%20of%20consumer%20over-indebtedness_Main%20report_9.18.pdf.

miglioramento o un consolidamento della loro affidabilità creditizia.

3. Prospettive di censimento del credito digitale tra interessi degli operatori di Buy Now Pay Later e concorrenza

Alla luce dell'assetto attuale di mercato, nell'ambito del servizio di BNPL, il complesso delle posizioni dei singoli, comprensive di eventuali ritardi di adempimento, siano essi di lieve entità o protratti nel tempo, sono valutabili ai fini di eventuali ulteriori richieste solo se si tratta di posizioni gestite dalla medesima piattaforma[46].

Infatti questi operatori non sono soggetti ad obblighi di rilevazione e, specialmente quelli più rilevanti sul mercato, potrebbero anche non avere un interesse elevato ad un'integrazione i loro dati nei SIC[47].

Può essere utile soffermarsi su quest'ultimo aspetto perché apparentemente sia le previsioni normative che il rischio di una valutazione non adeguata sembrerebbero indicare la presenza di un interesse ad aderire ai SIC. Infatti, la direttiva 2225/2023 prevede che l'analisi della posizione dei richiedenti debba essere effettuata "sulla base di informazioni pertinenti e accurate sul reddito e sulle spese del consumatore e su altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria"[48]. Un'indicazione di questo tipo comprendente il riferimento all'accuratezza sulle spese e la situazione economica e finanziaria complessiva richiama una completezza di dati nella quale eventuali ritardi di adempimento rivestono un ruolo importante.

Eppure, se ci soffermiamo sulla modalità di azione ed erogazione del credito da parte degli operatori di BNPL e sul loro attuale modello di business, basato sull'autosufficienza informativa e cioè sullo sfruttamento dei soli dati di cui si dispone, qualche dubbio sorge.

---

46 E' utile ricordare come negli Stati Uniti e nel Regno Unito gli eventuali ritardi di adempimento del BNPL non vengano tenuti in considerazione nella valutazione della posizione del singolo. Sul punto si veda in particolare A. MACHURA URBANIAK, P.M. LUPINU, *Buy Now, Pay Later' (BNPL) Payment Service. Opportunities and Legal Challenges for EU Consumers and Businesses*, in *EuCML*, 2023, p. 185 ss e C. ROBUSTELLA, M. NATALE, *La regolamentazione del buy now, pay later...*, cit. nota 32.

47 Dal 2022 i SIC hanno previsto la possibilità di integrazione di queste "nuove forme" di crediti nei loro report. Alcune piattaforme, come ad es. EvenFi, hanno aderito non per il BNPL ed il credito al consumo bensì per il servizio, basato su una struttura molto simile, rivolto alle aziende e anch'esso in espansione. In questo caso si consente negli acquisti fra aziende una possibilità di rateizzazione fino a 12 mesi con la medesima indicazione del tasso zero salvo applicazione di interessi di mora in caso di ritardo come nel credito al consumo.

48 L'art. 18 co. 3 aggiunge anche che "che siano necessarie e proporzionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito per il consumatore. Tali informazioni possono comprendere elementi probatori del reddito o di altre fonti di rimborso, informazioni sulle attività e passività finanziarie o informazioni su altri impegni finanziari. Le informazioni sono ottenute da pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore e, ove necessario, sulla base di una consultazione di una banca dati".

Infatti una valutazione rapida e sui dati posseduti, comprensivi di quelli acquisiti e dello storico con la piattaforma, consente l'accesso al credito anche a clienti a più ad alto rischio e da ciò può derivare un'immediata applicazione di interessi di mora elevati. L'esito di una simile dinamica, in molti casi, è che gli importi per i quali si accede al BNPL sono di modesta entità, ma, le somme complessivamente pagate possono essere molto più elevate alla luce della quota di interessi applicati fin dal primo giorno di ritardo.

Tale aspetto, qualora riguardi un certo numero di utenti, potrebbe essere per la piattaforma non una criticità da valutare bensì uno dei fattori di sostenibilità economica di questo modello di business.

Peraltro, la mancanza di reciprocità informativa sullo stato di indebitamento complessivo di un soggetto, derivante dalla attivazione di account multipli con differenti piattaforme[49], potrebbe incrementare la quota di inadempienti visto che, sulla base delle informazioni disponibili, sono considerabili a basso rischio.

La necessità di porre attenzione a questo aspetto sembra trovare conferma in una recente sentenza della Corte di Giustizia in relazione ad una questione sollevata da un giudice belga, inerente proprio l'interpretazione da dare agli interessi di mora ed alle spese stragiudiziali di recupero nell'ambito del BNPL.

Nello specifico veniva chiesto alla Corte se questi ultimi fossero da considerare costi di credito la cui esigibilità può far parte del modello commerciale del creditore[50] oppure no.

La richiesta, presentata nella vigenza della precedente direttiva sul credito al consumo, era volta anche a comprendere se, essendo previsti interessi solo in caso di mora, il BNPL potesse rientrare negli ambiti esclusi dall'applicazione della direttiva[51].

La Corte nell'affrontare la questione ha evidenziato come sia necessario verificare puntualmente le previsioni contrattuali delle singole piattaforme perché queste potrebbero essere delineate in modo tale da anticipare "sin dalla conclusione del contratto di credito, l'inadempimento da parte del consumatore dell'obbligo di pagamento al fine di ottenere un vantaggio economico dall'esigibilità degli interessi e delle penali per inadempimento".

---

49 Tale fenomeno dell'apertura di più account con piattaforme differenti al fine di avere accesso al credito per somme maggiori era già stato censito in Australia alcuni anni fa. Si veda sul punto E. BOSHOFF, D. GAFTON, A. GRANT, J. WATKINS, Buy Now Pay Later: Multiple Accounts and the Credit System in Australia, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4216008.

50 Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia del 17 ottobre 2024, Riverty Gmbh c. MI, causa C-409/23, rep. sul sito della Corte.

51 Nello specifico se esso potesse risultare escluso ai sensi dell'art. 2 co. 2 lett. f laddove prevedeva la non applicabilità ai "contratti di credito che non prevedono il pagamento di interessi o altre spese e contratti di credito in forza dei quali il credito deve essere rimborsato entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile".

Proprio in quest'aspetto potrebbero ravvisarsi elementi a sostegno dell'esistenza di uno scarso interesse alla reciprocità informativa offerta dalle banche dati nonché dell'inclusione di una certa quota di interessi di mora nella valutazione di sostenibilità economica del servizio.

In primo luogo, una simile considerazione presenta implicazioni per il singolo e fa riflettere sulla necessità di maggiore attenzione alle condizioni contrattuali previste dalle piattaforme sull'inadempimento e l'applicazione degli interessi di mora.

Vi è però anche un altro aspetto da considerare definibile "di sistema". Infatti, la maggiore trasparenza sul tasso di ritardo dei consumatori, la capacità di controllo sull'andamento complessivo del sovraindebitamento della popolazione e la possibilità di prevenirlo anche attraverso la conoscenza di posizioni multiple gravate da interessi di mora, appaiono aspetti degni di attenzione anche nell'ottica di un interesse pubblico alla stabilità del sistema[52].

Una valutazione completa di un possibile scarso interesse all'inserimento di informazioni nelle banche dati private richiede però di tenere presente anche un altro aspetto e cioè l'utilizzabilità dei dati sull'eventuale stato di indebitamento di un singolo, inteso sia come presenza che come assenza di dati, al fine di proporre offerte differenziate e personalizzate. Queste possono consentire di attrarre i consumatori più affidabili ed il fatto che non simili dati non siano accessibili dati rende più difficile l'individuazione dei consumatori "migliori" dal punto dell'affidabilità creditizia e la concorrenza per fidelizzarli.

Si tratta di un comportamento, come bene evidenziato da tempo dalle Big Tech, che avvantaggia e viene generalmente adottato da grandi operatori dotati di un certo patrimonio di dati alla luce dell'alto numero di utenti fidelizzati.

Anche di quest'aspetto, seppur in relazione ad un servizio differente dal BNPL, e cioè quello relativo alle carte di credito, si trova un'indiretta conferma nelle dinamiche già in atto negli Stati Uniti. Infatti, alcuni grandi operatori che forniscono questo servizio, non forniscono più le segnalazioni sui comportamenti di rimborso rendendo così i relativi "reports" non più così dettagliati come in precedenza.

La ratio di tale scelta, come sottolineato anche dal Consumer Financial Protection Bureau, risiede proprio nella volontà di ridurre la disponibilità di informazioni al fine di rendere più difficile la concorrenza ad opera degli altri operatori che, sulla base di questi dati, potevano personalizzare le offerte offrendo condizioni migliori ai consumatori a

52 In caso vi fosse una cessione per recupero crediti in quale caso potrebbe essere l'acquirente ad effettuare una segnalazione come ricorda il Consumer Financial Protection Bureau, 30 agosto, 2024, https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/will-a-buy-now-pay-later-bnpl-loan-impact-my-credit-scores-en-2117/.

basso rischio[53].

53 Si veda Consumer Financial Protection Bureau (CFPB9, New report explores the prevalence of actual payment information in consumer credit reporting, novembre 2020, https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/new-report-explores-prevalence-actual-payment-information-consumer-credit-reporting/ e Why the largest credit card companies are suppressing actual payment data on your credit report, febbraio 2023, https://www.consumerfinance.gov/about-us/blog/why-the-largest-credit-card-companies-are-suppressing-actual-payment-data-on-your-credit-report/ e C. GIBBS, B. GUTTMAN- KENNEY, D. LEE, S. NELSON, W. VAN DER KLAAUW, J. WANG, Consumer credit reporting data, CFPB Office 2024-07, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4907035.

La difficile convergenza fra clima e finanza nei primi arresti giurisprudenziali stranieri

ALLEGRA M. BERNABEI
Dottoranda di ricerca in Diritto ed Economia della Società Digitale
Università Telematica Internazionale Uninettuno

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La vicenda. - 3. Doveri degli amministratori tra *shareholderism* e *stakeholderism*. - 4. Tipicità dei doveri degli amministratori nelle direttive CSRD e CDSDD. - 5. L'assenza di certificazioni di sostenibilità come ostacolo alla conformità alla regolamentazione eurounitaria.

1. Premessa

La sentenza dell'Alta Corte di Giustizia di Londra *ClientEarth v Shell Plc and others [2023] EWHC 1137 (Ch)*, pur nel contesto normativo d'oltremanica, offre interessanti spunti di riflessione sul tema della responsabilità degli amministratori per la gestione dei rischi climatici. In particolare, l'Alta Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sulla esperibilità di un'azione - promossa da un'organizzazione senza scopo di lucro, nei confronti degli amministratori di una società emittente, attiva nel mercato petrolifero - avente ad oggetto la declaratoria di responsabilità personale degli amministratori per

la violazione dei doveri di gestione dei rischi derivanti dal cambiamento climatico[01].

Invero, nonostante il rigetto dell'azione, la vicenda appare meritevole di considerazione in quanto porta all'attenzione dell'Alta Corte un'ipotesi ricostruttiva che – qualora fosse stata accolta – avrebbe potuto incidere sugli equilibri di mercato per effetto di doveri ambientali gravanti direttamente sulla responsabilità personale degli amministratori stessi.

Sicché, la pronuncia in commento rappresenta un punto di riferimento anche per il regolatore eurounitario, anticipando il dibattito sulle possibili sfide e tensioni che potranno sorgere a seguito dell'entrata in vigore degli obblighi di trasparenza e rendicontazione imposti dalla *Corporate Sustainability Reporting Directive* (ossia la direttiva 2022/2464, c.d. "CSRD"); ciò, soprattutto in considerazione dei livelli di discrezionalità che qualificano l'attività degli amministratori nel corso della gestione.

In particolare, appare possibile coniugare il ragionamento dell'Alta Corte con i più recenti modelli organizzativi sviluppati dalle scienze aziendali, i quali – per quanto rispondenti ad una combinazione di *best practices* e orientamenti giurisprudenziali[02] – allontanano, nel tempo e nelle competenze, le politiche assumibili dagli organi di vertice rispetto alle singole scelte gestorie atte a dare una connotazione sostenibile all'attività di impresa.

2. La vicenda

La Corte inglese ha rigettato l'azione (i.e. *derivative action*, promossa ai sensi della sez. 260(1) del *Companies Act* del 2006), negando che, nella vicenda, vi fosse una responsabilità degli amministratori per la gestione dei rischi derivanti dal cambiamento climatico.

Al riguardo, appare utile soffermarsi in primo luogo sulle richieste formulate dall'attore, il quale ha richiesto di accertare la responsabilità degli amministratori per violazione dei loro doveri e, conseguentemente, di ingiungere agli stessi di adottare una strategia di gestione del rischio conforme ai loro obblighi di legge, nonché di ottemperare alle prescrizioni contenute nel previo ordine del Tribunale dell'Aia (*Milieudefensie et Al. vs. Shell*). Trattasi, infatti, di richieste che assumevano l'esistenza di doveri degli amministratori riferibili, per un verso, all'adozione di una strategia ambientale e, per altro, all'esecuzione di un ordine giudiziario.

---

01 WANG, *Client Earth v Shell Plc: should climate change directorial duty in the 21st century?*, *LSE law review blog*: https://blog.lselawreview.com/2023/12/31/clientearth-v-shell-plc-should-climate-change-directorial-duty-in-the-21st-century/ e R. CARNWATH, *ClientEarth v Shell: What future for derivative claims?* https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/clientearth-v-shell-what-future-for-derivative-claims/

02 Cfr. V. LEMMA, *Sviluppi della corporate governance bancaria tra innovazione, efficienza e responsabilità*, *Riv. trim dir. ec.*, 2023 e F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto – Scienza, politica, beni comuni*, Arezzo, 2017.

Non vi è dubbio sulla condivisibilità di tali assunzioni. Infatti, gli amministratori non operano nel mero ossequio alla propria coscienza, ma anche in base alle risultanze della propria professionalità e ad indicazioni fornite dalle regole previste dal quadro normativo o dallo statuto sociale di riferimento, nonché dalle decisioni assunte dagli altri organi societari competenti.

Per converso, recherebbe incertezza l'adesione ad un'ipotesi che imporrebbe agli amministratori di conformarsi ai *desiderata* di soggetti esterni all'organizzazione aziendale e all'ordinamento ad essi applicabile, quali le *Non Governmental Organization* che perseguono fini ambientali. Queste ultime, infatti, appaiono titolari di poteri di intervento che, per quanto meritori, appaiono destinati ad esaurirsi nel contesto della *soft law*.

Di tale avviso, del resto, appare l'Alta Corte che non pone in termini nuovi le questioni da tempo all'attenzione dei giuristi sui rapporti tra proprietà e controllo negli emittenti, anche se considera la circostanza che l'orizzonte delle relative relazioni travalica l'ambito bilaterale (dei rapporti tra azionisti e amministratori) per estendersi sino a considerare l'ambiente multilaterale di mercato in cui trovano esecuzione gli scambi che producono effetti inquinanti[03].

Alla luce di quanto precede si comprendono le ragioni che hanno indotto l'Alta Corte a circoscrivere la portata dell'ipotesi ricostruttiva secondo cui gli amministratori sarebbero incorsi nella violazione dei doveri loro imposti dalle sez. 172 e 174 del *Companies Act*, ossia, rispettivamente, il dovere di promuovere il successo della società tenendo in considerazione, *inter alia*, l'impatto delle attività della società su comunità e ambiente e il dovere di agire con ragionevole cura, competenza e diligenza.

Ad avviso dell'attore, dunque, gli amministratori della società convenuta avrebbero dovuto declinare i predetti doveri nel contesto di una società petrolifera e, per l'effetto, procedere all'adempimento di una serie di compiti che si compendierebbero nella formulazione di giudizi, strategie e misure. Non vi è traccia, tuttavia, nelle accuse formulate dall'attore della circostanza che le delibere assunte dagli organi di vertice della società dovessero trovare esecuzione in un contesto organizzativo in cui i processi operativi sono frammentati in varie fasi attribuite alla competenza di una pluralità di uffici, impegnati in una sequela di valutazioni (che spaziano dall'acquisizione di informazioni, al monitoraggio delle cognizioni scientifiche, all'analisi ambientale, etc.).

Peraltro, con riferimento al dovere di formulare giudizi, l'attore ipotizza che gli amministratori debbano basarsi su un ragionevole consenso dell'opinione scientifica, attribuendo un peso adeguato al rischio climatico. Oltre alle considerazioni che precedono, occorre interrogarsi su quali uffici possano esser preposti, in termini di capacità e competenza, a soddisfare le esigenze di raccogliere il predetto "ragionevole consenso", stante l'elevato contenuto tecnico dell'attività in parola; ciò, nell'assunto che gli ammi-

03 Sul punto cfr. S. BRUNO, *Climate Corporate Governance: Europe vs. USA?* ECFR 6/2019, reperibile anche al link: https://finanzasostenibile.it/SRI2020/pdf/univ_calabria.pdf

nistratori possano poi acquisire una piena consapevolezza di tale consenso nell'esercizio dell'attività gestoria.

A valle di giudizi siffatti, i compiti degli amministratori si dovrebbero estendere sino all'adozione di strategie che abbiano una ragionevole probabilità di raggiungere gli obiettivi della società stessa per mitigare il rischio climatico, dovendone garantire una ragionevole sottoposizione al controllo degli amministratori attuali e di quelli futuri. Appare, ad ogni modo, necessario evidenziare che le regole poste a presidio della *corporate governance* sembrano confliggere con l'attribuzione in capo agli amministratori della responsabilità per la rispondenza delle strategie ambientali agli obiettivi di sostenibilità in termini più gravosi di quelli generalmente previsti per le società lucrative con riferimento ai risultati economici di esercizio.

Ed ancora, va considerato che l'attore richiama anche il dovere di attuare misure ragionevoli per conformarsi agli obblighi legali applicabili alla società, per mitigare i rischi per la redditività finanziaria a lungo termine e la resilienza della società stessa nella transizione verso un sistema energetico globale e un'economia allineati all'obiettivo di temperatura globale di 1,5°C, come previsto dall'Accordo di Parigi del 2015 sul cambiamento climatico.

In sintesi, si versa in presenza di una pretesa che impone agli amministratori di affrontare problematiche contingenti e variegate per dar corso alla prioritaria ricerca di un equilibrio che assicuri la salvaguardia dell'ambiente, dovendo quindi orientare i comportamenti aziendali verso la salvaguardia del patrimonio ambientale o, con migliori ambizioni, verso il conseguimento di condizioni ambientali ottimali in grado di incrementare la qualità della biosfera.

L'Alta Corte di Londra, tuttavia, non ha ritenuto sussistenti i fondamenti di tale pretesa.

Per quanto le prove allegate fossero di carattere testimoniale (e, quindi, non consentissero alla Corte di farvi affidamento) e non dimostrassero l'esistenza di una metodologia universalmente riconosciuta tramite la quale la società avrebbe potuto adottare un piano per raggiungere l'obiettivo zero emissioni, la critica più severa si compendiava nella complessità dell'azione gestoria, in quanto gli amministratori sono tenuti a bilanciare una serie di circostanze concorrenti. Va da sé che un riferimento siffatto possa esser *prima facie* riferibile alla *business judgement rule*":[04] tuttavia è assente nel provvedimento un'espressa menzione che sedi ogni perplessità in ordine al rischio che possa esser imputato, all'amministratore di una società, a titolo di responsabilità, il mancato esperimento di iniziative ambientali esplicitamente contemplate dal quadro normativo di riferimento oppure da delibere societarie.

04 Sul punto v. S. Bruno e M. Manna, *Rischio climatico e responsabilità degli amministratori: il caso ClientEarth vs. Shell, High Court of Justice 12 maggio 2023*, in *Foro it.*, 2024, 1, 48.

3. Doveri degli amministratori tra *shareholderism* e *stakeholderism*

Nonostante l'Alta corte abbia ritenuto che la domanda attorea e le prove addotte a sostegno della stessa non evidenziassero *prima facie* i presupposti per concedere l'autorizzazione a proseguire nell'azione, la pronuncia in esame induce a riflettere sulla riconducibilità del compito di conseguire specifici obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale ai doveri degli amministratori di una società emittente[05].

A ben considerare, le argomentazioni addotte della corte non appaiono riconducibili *tout court* né alla tesi secondo cui gli amministratori - in linea con la teoria istituzionalistica - dovrebbero perseguire esclusivamente l'interesse autonomo della loro società (distinto rispetto a quello dei soci), [06] né ad un'altra tesi secondo cui essi dovrebbero restare ancorati alla promozione del successo della società a beneficio dei soci stessi (concetto noto come *shareholderism*).[07] Non appare configurabile neanche una mera adesione alla tesi secondo cui lo scopo sociale primario dell'impresa andrebbe identificato con la realizzazione del profitto[08] (accogliendo, quindi, le argomentazioni relative alla natura "proprietaria" dei diritti dei soci, in quanto questi ultimi sarebbero i soggetti che sopportano il rischio di impresa)[09].

Per vero, anche l'adesione a tali tesi avrebbe fatto salva la posizione degli amministratori, in quanto la riferibilità alle tesi dianzi indicate avrebbe potuto giustificare la condotta dei medesimi avendo riguardo a strategie imprenditoriali e di investimento che erano perlopiù orientate a obiettivi di breve termine e giustificate da un generalizzato senso di incertezza verso il futuro (secondo una tendenza interpretativa riferibile allo *short-termism)*[10].

È evidente, infatti, che l'Alta Corte abbia assunto a fondamento del proprio giudizio la

---

05 In argomento si veda F. CAPRIGLIONE, *Responsabilità sociale d'impresa e sviluppo sostenibile,* in *Riv. trim dir. ec.*, 2022, 1 ss. e A. SACCO GINEVRI, *Divagazioni su corporate governance e sostenibilità, ivi*, in suppl. n. 3 al n. 1/2022 83 ss. Sul tema della responsabilità degli amministratori nel contesto bancario si veda V. LEMMA, *Amministratori di banca tra rischio d'impresa e responsabilità individuali*, *Riv. trim dir. ec.*, 2023, 65 ss. e con particolare riferimento ai doveri di sostenibilità cfr. R. LENER e P. LUCANTONI, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 2023, 6 ss.

06 Così U. TOMBARI, *Corporate Purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, Riv. Soc., 2021, 1.

07 Su tale impostazione dicotomica si collocano i contributi di cui all'opera collettanea Aa. Vv., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010.

08 G. ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di "sostenibilità"*, in *Contr e Impr.*, 2021, 721.

09 F. M. MUCCIARELLI, *Interesse sociale e sostenibilità: un falso problema*, Atti del XIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale" "Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale".

10 Per ulteriori approfondimenti in merito si veda M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria), Orizzonti del diritto commerciale*, 25 giugno 2014.

consapevolezza che l'impresa debba farsi carico dei rischi ambientali e sociali in cui può incorrere e che può contribuire a determinare. Non a caso, è ormai di comune accettazione l'orientamento verso una valutazione degli interessi che, per un verso, sono attivati dall'attività imprenditoriale e, per altro, convergono verso l'organizzazione aziendale. Del resto, l'ordinamento del mercato ormai si caratterizza per un'impostazione atta a soddisfare la necessità di considerare le istanze di altri portatori di interesse, quali dipendenti, clienti, fornitori, comunità locali e, soprattutto, l'ambiente (cd. *stakeholderism*).[11]

Pertanto, può dirsi che il diniego formulato dall'Alta Corte non appare atto a comprimere gli interessi di soggetti estranei alla compagine sociale, quali portavoce di istanze diffuse della comunità civile. Tuttavia, non può dirsi che trovi affermazione la tesi secondo cui l'identificazione dello scopo sociale con lo scopo prettamente lucrativo è oggigiorno mitigato, anche se appare che la decisione segni un passo in avanti nella direzione dell'*enlightened shareholder value*, in quanto essa non nega che la responsabilità degli amministratori possa esser attivata in funzione del perseguimento di obiettivi di lungo periodo. Sicché, in questo paradigma logico argomentativo, la sostenibilità potrebbe assurgere a canone di condotta per orientare l'attività e l'organizzazione dell'impresa.

Come si è accennato, il giudizio ha riguardo alla sezione 172 del *Companies Act*; compendio normativo che può costituire un esempio di legislazione che evolve verso un'estensione dei compiti ascrivibili agli organi di governo societario, in quanto impone agli amministratori il dovere di promuovere il successo della società considerando una serie di fattori, tra cui le conseguenze a lungo termine delle loro decisioni, gli interessi dei dipendenti di società, la necessità di mantenere rapporti commerciali favorevoli e l'impatto delle attività aziendali sulla comunità e, soprattutto, sull'ambiente. Ed invero, si versa in presenza di un approccio disciplinare che, nel dar corso ai principi dell'*enlightened shareholder value*,[12] rappresenta un tentativo di bilanciare gli interessi, potenzialmente confliggenti, di *shareholder* e *stakeholder*. Tuttavia, tale tentativo non consegue gli effetti di una piena apertura, in quanto mantiene ancora il riferimento al beneficio dei soci (i "*members*") e non arriva a prescrivere il dovere degli amministratori

11 "*A fronte di elevati livelli di insicurezza e povertà, della lotta alla globalizzazione e della sfiducia nella grande impresa, vi è una pressione crescente sui dirigenti e sulle loro imprese perché producano un maggiore valore sociale. Questo richiede una gestione efficace degli impatti più ampi delle imprese sulla società e dei loro contributi alla stessa con un uso appropriato dell'impegno verso gli stakeholder*"; cfr. WEF-World Economic Forum (2003), *Responding to the Challenge: Findings of a CEO Survey on Global Corporate Citizenship*, disponibile sul sito: https://search.issuelab.org/resource/responding-to-the-leadership-challenge-findings-of-a-ceo-survey-on-global-corporate-citizenship.html, citato da G. FERRARINI, *Lo scopo delle società tra valore dell'impresa e valore sociale*, in *Riv. soc.*, I, 2023, 317 ss.

12 Così F. Capriglione, *Clima energia e finanza – Una difficile*, Milano, 2023.

di adottare decisioni con una visione orientata al lungo periodo[13].

Sotto altro profilo, la vicenda posta all'attenzione dell'Alta Corte induce a riflettere anche sull'assetto normativo che, nel nostro Paese, dovrebbe presidiare il dovere degli amministratori di adottare una politica di gestione societaria improntata alla sostenibilità dell'impresa. Va da sé che a monte di una siffatta indagine occorrerebbe riflettere anche sulla legittimazione attiva e sull'interesse a proporre l'azione. Tuttavia, appare utile soffermarsi sul rilievo giuridico dell'intenzione di taluni operatori economici di avviare una politica ambientale e, quindi, sul potere dispositivo che essa avrebbe sui vincoli giuridici posti in capo agli amministratori stessi.

Non vi è dubbio che, in Italia, il Codice di *Corporate Governance* delle società quotate[14] tenda verso una gestione sostenibile dell'impresa, stante l'introduzione dell'obiettivo di "successo sostenibile" che "guida l'azione dell'organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti tenendo conto degli interessi degli altri *stakeholder* rilevanti per la società".[15] Peraltro, viene in considerazione anche l'obiettivo di una gestione orientata al lungo periodo e che ostacoli comportamenti inefficienti che mirano unicamente all'ottenimento di un guadagno immediato, con potenziali perdite nel lungo periodo; [16] obiettivo che il Codice di *Corporate Governance* persegue mediante la disciplina della politica di remunerazione e la configurazione di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi funzionale al perseguimento del successo sostenibile della società.[17]

Non esiste, tuttavia, un vincolo giuridico per gli amministratori rispetto al compito di adottare una politica di gestione improntata alla sostenibilità dell'impresa; pertanto, ad oggi l'intento degli amministratori ad improntare la propria azione ad una cultura sempre più attenta alle esigenze del pianeta risponde all'esigenza di evitare un anacronistico disinteresse rispetto all'impatto delle scelte gestionali sui profili ambientali. A ben considerare, questo intento, che è positivo per un lato, perché proiettato nel futuro e diretto a scandagliare opportunità di miglioramento della sostenibilità, per altro è negativo, perché implica la privazione di opportunità commerciali che l'impresa potrebbe

13 L'art. 172 CA stabilisce infatti che: "A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole [...]".

14 Il Codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana è consultabile al sito https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/codice.htm

15 COMITATO CORPORATE GOVERNANCE, Codice di corporate governance, 2020, 8.

16 Sotto questo profilo, il nostro codice è particolarmente all'avanguardia: rientra infatti tra i quindici codici di corporate governance degli Stati membri dell'Unione Europea che valorizzano i profili di *corporate social responsibility*, promuovendo principi di sostenibilità e tutelando gli *stakeholder* tramite l'imposizione di specifici doveri della società nei loro confronti; cfr. G. FERRARINI, *op. cit.*

17 In particolare, le componenti variabili sono legate al raggiungimento di obiettivi di *performance* predeterminati, misurabili e legati in modo significativo ad orizzonti di lungo periodo.

cogliere (in quanto non v'è sottoposizione della medesima a poteri dispositivi che ne dovrebbero contenere l'azione).

Ciò posto, appare possibile ritenere che l'idea di *longtermism* non possa trovare affermazione in sede consigliare, in quanto gli amministratori sono tenuti a rispondere alle indicazioni formulate dai soci e, quindi, la discrezionalità degli amministratori è infatti limitata dai soci stessi (i quali nominano gli amministratori, ne determinano il compenso ed eventualmente esercitano l'azione di responsabilità nei loro confronti). Pertanto, è in sede assembleare che si dovrebbe assumere una prospettiva imprenditoriale di lungo termine, in linea con la stessa configurazione della struttura societaria e, quindi, con lo scopo sociale auspicato dai soci medesimi.

4. Tipicità dei doveri degli amministratori nelle direttive CSRD e CDSDD

Alla luce di quanto precede appare chiaro che l'ipotesi dell'attore poneva in capo agli amministratori un dovere di tipo nuovo, seguendo un approccio metodologico diretto ad acclarare i comportamenti degli amministratori stessi. Non si rinviene, invece, un altro approccio, concepito in una prospettiva regolamentare, che ridisegnerebbe i compiti degli amministratori ponendo in correlazione la sfera del giuridico e quella del sociale. Ed invero, l'attore avrebbe potuto considerare che le politiche disciplinari dei principali paesi industrializzati perseguono l'obiettivo della sostenibilità attraverso una via finanziaria, fatta di informativa, controlli e disincentivi alle diseconomie ambientali.

Pare utile, al riguardo, porre l'attenzione sull'impostazione dello *European Green Deal* e, più in generale, alle proposte destinate a realizzare una transizione verso una società biocompatibile. Con particolare riferimento al tema che ci occupa (e, quindi, al ruolo e ai doveri degli amministratori), appare utile prendere in considerazione la CSRD e la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (ossia la direttiva 2024/1760, c.d. "CS3D"), quali importanti interventi normativi volti a imporre obblighi sostanziali vuoi per rendere cogente una condotta imprenditoriale sostenibile, vuoi per rafforzare la trasparenza e la responsabilità delle società in materia di sostenibilità ambientale e sociale.

Le direttive dianzi indicate sono il risultato di un percorso cominciato nel 2018 con *l'Action Plan for Financing Sustainable Growth* nel 2018[18] che aveva manifestato l'esigenza di sviluppare all'interno delle società un'adeguata strategia di sostenibilità, di precisare le regole in forza delle quali gli amministratori devono agire in una prospettiva di lungo termine e infine di permettere agli investitori di accedere a un'informativa sulla

18 L'*Action Plan for Financing Sustainable Growth* è consultabile al sito: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0097 .

sostenibilità più chiara ed esaustiva.[19]

Significativa, in tale contesto, è la circostanza che la CSRD imponga alle grandi imprese e alle società quotate di includere nella loro relazione sulla gestione la rendicontazione di sostenibilità (ossia informazioni dettagliate circa i piani e le strategie di sostenibilità, inclusi gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra e i progressi realizzati). In sostanza, la direttiva in esame mira a garantire che il mercato sia in condizione di conoscere le strategie aziendali e di valutare se le medesime siano in linea con gli obiettivi dell'accordo di Parigi e, quindi, con la transizione verso un'economia sostenibile. È evidente, peraltro, che il regolatore europeo non arriva a declinare tale opzione alla stregua di un dovere degli amministratori, in quanto gli articoli 19-*bis* e 29-*bis*, paragrafo 2, lettera f, della direttiva CSRD specificano che le imprese sono tenute a rendere conto dei "principali impatti negativi, effettivi e potenziali, legati alle attività delle imprese e della relative catena di fornitura", richiedendo inoltre una raffigurazione delle "azioni intraprese dall'impresa per prevenire o attenuare impatti negativi, effettivi o potenziali, o per porvi rimedio o fine, e dei risultati di tali azioni" sui diritti umani e sull'ambiente. Pertanto, per quanto appaia chiara la declinazione di una specifica rendicontazione di sostenibilità, non può dirsi che la medesima possa prevedere un esplicito e diretto obbligo degli amministratori di affrontare direttamente le questioni poste dall'impatto dell'attività della loro impresa sulla sostenibilità ambientale.

Con riferimento alla CS3D, invece, appare utile prendere in considerazione gli obblighi di *due diligence* in materia di sostenibilità che, in tale contesto, richiedono alle imprese di identificare, prevenire, mitigare e rendicontare gli impatti negativi delle loro attività sui diritti umani e sull'ambiente, lungo l'intera catena del valore. Ancora una volta si versa in presenza di obblighi destinati alle società, riferibili al rispetto di un *dovere di diligenza*.[20] Ciò in quanto la violazione del citato dovere di diligenza attiva una procedura di risarcimento dei danni riferibile sia alle operazioni proprie dell'impresa, sia a quelle dei relativi *partner* commerciali e fornitori.

Entrambe le direttive evidenziano un approccio rigoroso verso la sostenibilità, anche se – di fatto – impongono requisiti specifici di trasparenza e rendicontazione. Tuttavia,

19 Successivamente nel 2021, l'Unione Europea ha commissionato uno studio alla società di revisione Ernest & Young – lo *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* - al fine di indagare le ragioni sottese allo *short-termism* che affligge la *corporate governance* delle società europee e quindi di valutare le proposte normative in materia di doveri degli amministratori. Sulla base di tale studio, il Parlamento UE ha sottolineato l'importanza di chiarire che i doveri degli amministratori non devono essere volti esclusivamente alla massimizzazione del profitto nel breve termine ma anche incorporare gli interessi degli *stakeholder* e, pertanto, un'adeguata strategia di sostenibilità.

20 Tale dovere è declinato tramite un processo articolato in sei fasi: integrazione della *due diligence* nelle politiche e nei sistemi di gestione, individuazione e valutazione degli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, prevenzione, interruzione o minimizzazione degli impatti negativi effettivi o potenziali, monitoraggio e valutazione delle misure, comunicazione e riparazione

esse non prevedono altre forme di tutela degli *stakeholder*, nonostante sia previsto un processo di negoziazione fra questi ultimi e le società.[21]

Concludendo, sul punto può dirsi che l'ordinamento europeo non offre spunti atti a suffragare le conclusioni dell'Alta Corte, anche se esso reca misure volte ad orientare i flussi di capitali verso investimenti sostenibili (al fine di realizzare una crescita sostenibile e inclusiva). Di ciò dovranno essere consapevoli gli amministratori, in quanto appare oramai ineludibile la conformità alle menzionate direttive e, più in generale, agli obblighi che proiettano le imprese verso condizioni di sostenibilità.

5. L'assenza di certificazioni di sostenibilità come ostacolo alla conformità alla regolamentazione eurounitaria

Convergenti e complementari, le considerazioni della *High Court of Justice* e gli orientamenti normativi di matrice europea segnano un passaggio importante nella identificazione degli impegni e della responsabilità che gli amministratori assumono insieme alla loro carica. Letta alla luce dei profili evolutivi dianzi indicati, la sentenza riflette il crescente rilievo delle considerazioni ambientali nel contesto della *governance* societaria e la valenza esterna degli obblighi informativi cui sono tenute le imprese nel contesto di un quadro normativo rigorosamente volto a promuovere la sostenibilità.

Nonostante il rigetto dell'azione di ClientEarth, è chiaro come il rapporto volontà- effetti giuridici non sia il risultato di scelte ideologiche, ma evidenzi sfide di nuovo tipo; sfide che gli amministratori devono affrontare nel bilanciare gli interessi degli azionisti con quelli degli *stakeholder*, risultando fuorviante l'idea di una contrapposizione netta tra gli uni e gli altri, mentre appare utile ipotizzare il dovere di soddisfare una duplice sfera di bisogni (di azionisti e terzi). Non v'è dubbio che si versi in presenza di condizionamenti molteplici che – in modalità variegate e con gradi di coercività differenti – comprimono gli spazi dell'autonomia privata quale strumento a disposizione degli amministratori per dar corso ai rapporti giuridici della loro impresa, laddove risulta imprescindibile procedere verso una maggiore trasparenza e responsabilità in materia di sostenibilità, con l'effetto di suggerire l'adozione di strategie sempre più sofisticate per gestire i rischi climatici e garantire il rispetto degli obblighi imposti dalla normativa.

Per quanto le tesi dell'attore possano apparire ridimensionate – e talvolta aspramente criticate – dal giudizio dell'Alta Corte, sembra possibile ritenere che il caso rappresenti un significativo precedente che potrebbe influenzare future azioni legali in materia di responsabilità ambientale e indirizzare le società verso pratiche sostenibili, in quanto ai valori dell'amministrazione societaria nell'interesse degli azionisti e all'orientamento aziendalistico delle politiche manageriali si potranno aggiungere valori fondamentali

21 Sicché, appare possibile ritenere che gli stakeholder abbiano solo un diritto di parola e l'unica reale sanzione connessa al mancato rispetto delle loro istanze sia di tipo reputazionale; cfr. sul tema E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, I, 2022, 1 ss.

collegati alle persone, al loro benessere e alla sostenibilità dell'ambiente in cui vivono[22].

Pertanto, gli amministratori dovranno essere sempre più attenti e proattivi nel considerare i rischi e le opportunità legati alla sostenibilità, al fine di garantire la sopravvivenza a lungo termine delle loro società. Da qui, una piena condivisione della conclusione della sentenza secondo cui i doveri degli amministratori restano soggetti alla legge applicabile alla società di riferimento e, quindi, l'aspettativa che un impulso verso obiettivi di sostenibilità possa (e debba) essere mosso dalla previsione di doveri specifici in materia ambientale, separati e distinti rispetto ai doveri generalmente previsti dalla normativa comune.

22 In particolare, in Europa, dove la regolamentazione ESG è sempre più stringente e la relativa sensibilità più spiccata, lo scenario è radicalmente differente rispetto agli Stati Uniti, dove la speculazione politica sta creando pressioni in senso opposto. Sul punto si veda V. D'Angerio, *Gelata sui fondi Esg in tre anni la raccolta trimestrale crolla da 160 a 10 miliardi*, Sole24Ore, 8 dicembre 2024.

La sentenza della Corte d'appello dell'Aja nel caso Milieudefensie et al. c. Shell e i possibili sviluppi del caso Greenpeace et al. c. Eni et al. Il 2025 sarà l'anno decisivo per il contenzioso climatico italiano?

RAFFAELE ROBERTO SEVERINO
Dottorando in Diritto e management della sostenibilità
Università di Siena

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'azione in giudizio a difesa del clima: giustiziabilità della domanda e difetto di giurisdizione. – 3. *Segue:* legittimazione ad agire. – 4. Quale obbligazione climatica per le imprese? – 5. Brevi note conclusive.

1. Introduzione

Il 12 novembre 2024 la Corte d'appello dell'Aja[01] pronunciandosi sulla nota controversia *Milieudefensie et al. c. Shell* ha annullato la storica decisone del Tribunale distrettuale

01 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, n. 200.302.332/01, 12 novembre 2024. La traduzione inglese, a cui si è fatto riferimento, è disponibile sul sito https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2024:2100 (ultimo accesso il 14 dicembre 2024). Per i primi commenti, si vedano A. NOLLKAEMPER, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie,* in *Verfassungsblog,* 12 novembre 2024; P. PAIEMENT, *Shell v Milieudefensie Confirms Major Developments in Climate Change Liability,* in *Verfassungsblog*, 15 novembre 2024; C. HILSON, *Into Reverse Gear. Shell v Milieudefensie and the Non-Regression Principle,* in *Verfassungsblog,* 15 novembre 2024; L. JEREMIAŠOVÁ, *The Court of Appeal Judgment in Shell v. Milieudefensie: As One Door Closes, Another Opens*, in *Blogging for Sustainability*, 18 novembre 2024; A. M. TIGRE, M. HESSELMAN, *Milieudefensie v Shell: 3 Takeaways and Challenges on the Appeal's Court Decision,* in *Climate Law. A Sabin Center blog*, 12 dicembre 2024; C. V. GIABARDO, *Corporate Climate Responsibility After "Milieudefensie vs. Shell" Court of Appeal Decision,* in *Verfassungsblog,* 17 dicembre 2024; P. NIETO, *The Market Substitution Argument in Milieudefensie et al. v. Shell judgment: A Threat to Justiciability for Scope 3 Emissions*, in *EJIL:Talk!*, 20 dicembre 2024.

che nel 2021, al termine del primo grado di giudizio[02], aveva imposto alla compagnia petrolifera di ridurre le emissioni di CO_2.

La nuova sentenza, se apparentemente segna un arretramento del contenzioso climatico diretto contro le imprese, in realtà non manca di confermare molti degli aspetti più innovativi della decisione annullata e, al netto di qualche profilo di criticità, contribuisce a rafforzare molti dei risultati fin qui maturati nello sviluppo progressivo delle controversie climatiche.

La pronuncia della Corte d'appello dell'Aja offre poi l'occasione per fare il punto sul contenzioso climatico italiano che proprio nei prossimi mesi potrebbe andare incontro a sviluppi decisivi.

In particolare, la c.d. *Giusta Causa*, intentata da Greenpeace, Recommon e una dozzina di persone fisiche contro Eni, ampiamente ispirata al caso olandese, è attualmente sospesa in attesa che le Sezioni unite della Cassazione si pronuncino sul regolamento preventivo di giurisdizione richiesto dagli attori[03]. A breve, il Supremo Collegio dovrà quindi stabilire se può esservi spazio nell'ordinamento italiano per il contenzioso climatico diretto contro le imprese o se, al contrario, la domanda rivolta contro Eni è improponibile, mancando la c.d. *possibilità giuridica* dell'azione, ovvero inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione.

Entrambi i casi giudiziari in esame fanno parte della categoria delle *private climate change litigation* fondate sulla responsabilità civile delle imprese per le emissioni di gas

02 Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, n. C/09/571932/HA ZA 19-379, 26 maggio 2021. La traduzione inglese, a cui si è fatto riferimento, è consultabile sul sito https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

03 *Greenpeace Onlus et al. c. Eni S.p.A. et al.* I principali atti del processo sono consultabili sul sito https://www.greenpeace.org/italy/rapporto/17711/lagiustacausa-leggi-tutti-i-documenti/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

serra[04]. Le due azioni in giudizio vertono sulle obbligazioni delle multinazionali del settore petrolifero in materia di tutela dei diritti fondamentali nonché sui limiti all'esercizio dell'attività d'impresa, a fronte dell'emergenza climatica globale.

Se il caso olandese ha già dato luogo a uno storico successo per i promotori dell'iniziativa, sebbene ora rimesso parzialmente in discussione, la controversia intentata in Italia è ancora ben lontana dal pervenire a un giudizio sul merito. Qualora, decisi in senso favorevole agli attori il regolamento di giurisdizione e le altre questioni preliminari, si giungesse all'esame della causa, un eventuale accoglimento della domanda consentirebbe forse di definire in modo nuovo e più giusto, i rapporti tra diritto ed economia nel nostro Paese, anche alla luce dell'assetto costituzionale delineato dalla revisione, nel 2022, degli artt. 9 e 41 della Carta fondamentale.

Questo articolo vuole ripercorrere le motivazioni della sentenza d'appello *Milieudefensie et al. c. Shell* per coglierne gli aspetti più significativi e di maggiore impatto sul contenzioso climatico italiano, in particolare con riguardo al caso *Greenpeace et al. c. Eni* et al., in vista dei prossimi possibili sviluppi. Ci si soffermerà dapprima sulle questioni preliminari, in specie la giustiziabilità della domanda ovvero il difetto di giurisdizione (2) e la legittimazione ad agire (3), quindi sui profili di merito (4).

2. L'azione in giudizio a difesa del clima: giustiziabilità della domanda e difetto di giurisdizione

Nel 2021, il Tribunale distrettuale dell'Aja, con una decisione storica, aveva ordinato alla holding del gruppo Shell di ridurre (o di determinare la riduzione de) le emissioni di CO_2 del gruppo di almeno il 45% entro la fine del 2030, rispetto ai livelli del 2019. L'obbligo di riduzione doveva applicarsi a tutte le emissioni, dirette e indirette, relative agli ambiti

04 R. FORNASARI, *The Legal Form of Climate Change Litigation: An Inquiry into the Transformative Potential and Limits of Private Law*, in *Journal of Law and Political Economy*, vol. 4, n. 2, 2024, pp. 820-862; MP. WELLER, ML. TRAN, *Climate Litigation against companies*, in *Climate Action,* vol.1, n. 14, 2022; A. FOERSTER, *Climate Justice and Corporations*, in *King's Law Journal*, vol. 30, n. 2, 2019, pp. 305-322. Tra la vastissima letteratura su contenzioso climatico e giustizia climatica, si vedano anche: I. ALOGNA, C. BILLET, M. FERMEGLIA, A. HOLZHAUSEN, *Climate Change Litigation in Europe: Regional, Comparative and Sectoral Perspectives*, Brussels, 2024; M. BÖNNEMANN, M. A. TIGRE, *The Transformation of European Climate Litigation*, Berlino, 2024; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022; S. BALDIN, *Towards the judicial recognition of the right to live in a stable climate system in the European legal space? Preliminary remarks*, in *DPCE Online*, vol. 43, 2/2020; I. ALOGNA, C. BAKKER, J.-P. GAUCI, *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leiden, 2021; F. SINDICO, M. M. MBENGUE, K. MCKENZIE, *Climate Change Litigation and the Individual: An Overview*, Heidelberg, 2020; W. KAHL, M.P. WELLER, *Climate Change Litigation: A Handbook*, Londra, 2021; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 506 ss.; G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Verso uno Ius Climaticum Europeum? Giustizia climatica ed uso dei precedenti stranieri da parte dei giudici costituzionali nei Paesi membri dell'Unione Europea,* in *Comparative Law Review*, 15, 2024, pp. 36 ss.; J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015.

(scope) 1, 2 e 3 come definiti dal GHG Protocol[05].

L'azione in giudizio era stata promossa dall'associazione Milieudefensie, in nome proprio e in rappresentanza di più di 17000 persone fisiche, insieme con altre associazioni e fondazioni ambientaliste.

In via preliminare, in primo grado, Shell, pur riconoscendo la necessità di far fronte al cambiamento climatico, eccepiva l'inammissibilità della domanda, per la mancanza di una base legale e perché risolvere il problema del cambiamento climatico sarebbe compito del legislatore e della politica e non del giudice.

Il Tribunale rigettava l'eccezione, in quanto decidere sull'esistenza in capo a Shell dell'allegato obbligo di riduzione è *"il compito del giudice per eccellenza"*[06].

Le conclusioni del giudice di primo grado in materia di giurisdizione hanno trovato piena conferma anche in appello[07]. In particolare, viene respinto l'argomento di Shell e Milieu en Mans[08], per il quale ogni decisione sulla riduzione delle emissioni spetterebbe al legislatore e non al giudice civile. Solo il legislatore potrebbe operare un corretto bilanciamento tra i diversi interessi investiti dalla transizione energetica, tra i quali va inclusa anche la sicurezza energetica[09].

La pronuncia della Corte d'appello dell'Aja interviene in un momento decisivo per il contenzioso climatico italiano. Le due maggiori controversie climatiche intentate finora nel nostro paese potrebbero avere degli sviluppi significativi proprio a partire dai primi mesi del 2025.

Il 29 gennaio è iniziato a Roma il secondo grado del c.d. *Giudizio Universale*, nel quale

05 Secondo il *GHG Protocol*, per rendicontare le emissioni riferibili a una data impresa, è necessario tener conto dei tre ambiti così definiti: le emissioni *scope 1* sono quelle originate da fonti di proprietà o sotto il controllo dell'impresa; le emissioni *scope 2* sono quelle dovute alla generazione dell'elettricità acquistata e consumata dall'impresa; le emissioni *scope 3* sono quelle dovute all'attività dell'impresa, ma originate da fonti non di proprietà né sotto il controllo dell'impresa (includono le emissioni generate dall'uso dei prodotti dell'impresa da parte di soggetti terzi, quali gli utilizzatori finali). Per maggiori informazioni, si veda *The Greenhouse Gas Protocol, A Corporate Acounting and Reporting Standard*, disponibile sul sito https://ghgprotocol.org/corporate-standard (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

06 Nel testo originale, *"bij uitstek de taak van de rechter"*; nella traduzione inglese, *"pre-eminently a task of the court"* (Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, cit., 4.1.3).

07 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 6; si veda anche 7.52-7.53.

08 La fondazione Milieu en Mens si propone di promuovere la conciliazione tra la cura dell'ambiente e altri interessi quali *"la capacità finanziaria dei cittadini e un'economia sana, che richiede energia affidabile e a prezzi accessibili"*. Costituita all'indomani della sentenza di primo grado, è intervenuta nel giudizio di appello.

09 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.52. Sull'insufficienza dell'argomento del c.d. trilemma energetico, M. D'Auria, *Climate litigation: una riflessione preliminare a margine della c.d. "Giusta Causa"*, in *Ianus Diritto e Finanza*, n. 29, 2024, pp. 11-36.

l'associazione A Sud e gli altri appellanti tenteranno di andare oltre la declinatoria di giurisdizione del Tribunale di Roma che ha messo fine al primo grado di giudizio[10]. Vi è anche la possibilità che sulla questione di giurisdizione si pronunci la Cassazione, in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c.[11].

Quanto alla c.d. *Giusta Causa*, promossa da Greenpeace e altri contro Eni, il processo è stato sospeso in ragione del regolamento preventivo di giurisdizione richiesto dagli attori sul quale, come si è detto, dovranno pronunciarsi le Sezioni unite e l'udienza in Cassazione è stata fissata per il 18 febbraio.

Quest'ultima controversia, instaurata nel 2023 davanti al Tribunale di Roma, è indubbia-

10 La causa è stata introdotta nel 2021 davanti al Tribunale civile di Roma da più associazioni e singoli individui contro lo Stato. Le pretese degli attori, come emergono nel lungo e complesso atto di citazione, si fondano sul nesso esistente tra l'emergenza climatica e l'esigenza di protezione e non regressione dei diritti umani, da cui deriva il *diritto umano al clima stabile e sicuro*, meritevole di tutela anche in base agli articoli 2 e 8 della CEDU e, in combinato disposto con questi, all'articolo 14. Le allegate insufficienze dello Stato nel garantire la stabilità climatica ne implicano la responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., norma di cui si evidenzia la funzione preventiva del danno, prima ancora che risarcitoria. In subordine, si fa valere la responsabilità ex art. 2051 c.c. dello Stato, quale custode del sistema climatico per il pericolo che ne deriva in ragione della sua instabilità. In via ulteriormente subordinata, alcune delle associazioni attrici che hanno partecipato all'elaborazione del PNIEC evocano la responsabilità contrattuale dello Stato in base al contatto sociale qualificato (e alla conseguente obbligazione di protezione) sorto in ragione degli obblighi esistenti in materia climatica, a cui lo Stato italiano ha dato esecuzione con la predisposizione e l'adozione del PNIEC nel procedimento al quale le stesse associazioni hanno partecipato presentando osservazioni, e del legittimo affidamento che ne deriva per i cittadini nella loro corretta esecuzione. Si chiede così la condanna dello Stato alla reintegrazione in forma specifica, ex art. 2058 c.c., con l'adozione di ogni necessaria iniziativa (ovvero adeguando il PNIEC) per conseguire l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO2-eq nella misura, oltremodo ambiziosa, del 92% rispetto ai livelli del 1990.

In primo grado, il Tribunale di Roma ha rilevato il difetto assoluto di giurisdizione, salvo ammettere astrattamente la possibilità di impugnare il PNIEC davanti al giudice amministrativo. (Trib. di Roma, II sez. civ., sent. n. 3552, 26 febbraio 2024). La sentenza e i principali atti del processo sono consultabili sul sito https://www.contenziosoclimaticoitaliano.it/i-casi/giudizio-universale-c.-stato/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024). Tra i numerosi contributi a commento della sentenza, M. D'AURIA, *La separazione dei poteri è un lusso che possiamo ancora permetterci?*, in *Giurisprudenza Italiana*, Novembre 2024, pp. 2326-2334.

11 L'appello contro la sentenza di primo grado mira al riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario in relazione a tutte le domande proposte, inclusa la domanda subordinata per la quale il Tribunale pare ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo. In subordine, si chiede alla Corte d'appello di investire della questione di giurisdizione la Cassazione ai sensi del art. 363-*bis* c.p.c. La disposizione nuovamente introdotta nel codice di rito consente, a certe condizioni, di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione di diritto. La Cassazione può pronunciarsi a sezione semplice o a sezioni unite. Si veda l'atto d'appello, pp. 36 ss., consultabile sul sito https://www.contenziosoclimaticoitaliano.it/i-casi/giudizio-universale-c.-stato/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

Si noti che, qualora la Corte di cassazione non dovesse riconoscere la sussistenza nel nostro ordinamento del diritto fondamentale alla stabilità, sicurezza e mitigazione climatica, gli appellanti ritengono, alla luce delle sentenze *KlimaSeniorinnen* e *Duarte,* di poter considerare di fatto già esaurite le vie di ricorso interne e ricorrere direttamente alla Corte EDU.

mente ispirata dal caso *Milieudefensie et. al. c. Shell* e dal successo che due anni prima le associazioni e fondazioni ambientaliste olandesi avevano ottenuto con la storica decisione del Tribunale distrettuale dell'Aja. Le due iniziative hanno non pochi aspetti in comune ma anche alcune differenze significative.

Nel caso italiano, ad agire in giudizio sono le associazioni Greenpeace Onlus e Recommon APS, insieme ad alcuni individui residenti in zone del Paese che sarebbero già colpite e suscettibili di essere colpite in futuro dagli effetti negativi del cambiamento climatico. Convenuti in giudizio, oltre a Eni S.p.A, sono il Ministero dell'economia e delle finanze e la Cassa depositi e prestiti, quali azionisti di controllo di Eni e perciò responsabili delle sue strategie d'impresa.

Forti del precedente maturato nel primo grado del *Giudizio Universale*, tutti i convenuti hanno sollevato la questione del difetto di giurisdizione, formulata in relazione a diversi profili.

Si contesta anzitutto la giustiziabilità della pretesa dedotta in giudizio, ovvero la stessa possibilità giuridica dell'azione, data l'abnormità del provvedimento richiesto – in particolare, imporre ad Eni la modificazione del piano industriale – che si tradurrebbe in un'ingerenza illegittima nella libera determinazione delle politiche aziendali, in violazione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost. Inoltre, la domanda sarebbe inammissibile sotto il distinto profilo della carenza assoluta di giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l'intervento richiesto al giudice nella definizione della politica aziendale di Eni violerebbe il principio di separazione dei poteri, richiedendo ogni limitazione della libertà d'impresa un bilanciamento di interessi riservato al legislatore, come si afferma con un immancabile richiamo alla sent. n. 85 del 2013 della Corte costituzionale[12].

Il Tribunale di Roma, l'11 aprile 2024, rimetteva la causa in decisione proprio in ragione delle eccezioni preliminari sollevate. Si profilava quindi il rischio di una nuova declinatoria di giurisdizione, con buona pace dei giudici di Strasburgo che soltanto due giorni prima, con la storica decisione *KlimaSeniorinnen*, si erano espressi con fermezza sul ruolo chiave che spetta ai giudici nazionali nel contenzioso climatico[13]. Per scongiurare un tale epilogo, gli stessi attori, con ricorso *ex* art. 41 c.p.c., hanno richiesto alla Supre-

12 La difesa di Eni S.p.A. eccepisce anche il difetto di giurisdizione del giudice italiano in relazione alle condotte tenute al di fuori del territorio nazionale. Ancora, il vero scopo dell'azione sarebbe la denuncia di un danno ambientale, difettando di conseguenza la legittimazione ad agire degli attori che, conformemente all'art. 309 cod. amb., avrebbero dovuto sollecitare l'intervento del Ministero dell'ambiente; ciò si tradurrebbe in un difetto di competenza o di giurisdizione del giudice adito proprio perché la domanda in giudizio violerebbe la competenza esclusiva dell'amministrazione.

L'inammissibilità della domanda sotto il profilo della sua possibilità giuridica nonché del difetto assoluto di giurisdizione e del difetto di giurisdizione del giudice italiano sulle condotte poste in essere da Eni in altri Stati è eccepita con argomenti simili anche dagli altri convenuti.

13 Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, n. 53600/20, 9 aprile 2024.

ma Corte di regolare in via preventiva la questione.

L'ostacolo del difetto di giurisdizione che ha impedito finora una pronuncia sul merito delle prime due controversie climatiche italiane è forse destinato a venir meno già nei prossimi mesi.

Si è visto come per il Tribunale distrettuale e per la Corte d'appello dell'Aja l'accertamento dell'obbligazione climatica di Shell rientri pacificamente tra le funzioni proprie del giudice.

Ma un'indicazione decisiva, che dovrebbe imporsi al giudice italiano, è venuta dalla Corte EDU. Alla luce della sentenza *KlimaSeniorinnen*, il diritto al clima quale diritto fondamentale protetto dall'articolo 8 della CEDU impone agli Stati parte di assicurarne la tutela giurisdizionale. Inoltre, come si è già accennato, la sentenza afferma con decisione che nel contenzioso climatico ai giudici nazionali spetta un ruolo chiave[14].

Pare quindi tutto sommato improbabile che le Sezioni unite possano rilevare un difetto assoluto di giurisdizione e negare la giustiziabilità dell'azione di Greenpeace et al., a pena di una condanna dell'Italia da parte della Corte EDU e lo stesso vale per la Corte d'appello di Roma nel caso *Giudizio Universale*[15].

Se questa ipotesi è corretta, allora il vero ostacolo ad un esame nel merito del contenzioso climatico italiano rimane il problematico riconoscimento della legittimazione ad agire per la tutela di una posizione giuridica – il diritto al clima, alla stabilità climatica – che, sebbene si configuri sempre più chiaramente come un diritto dell'individuo, addirittura un diritto fondamentale, fatica ad affrancarsi da una dimensione meta-individuale. Su questo aspetto che potrebbe costituire il maggiore ostacolo, anche in futuro, ad una pronunzia sul merito nelle controversie climatiche in Italia, conviene ora soffermarsi brevemente.

---

14 Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., §639.

15 Sia nel ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione nella *Giusta Causa*, sia nell'atto di appello del *Giudizio Universale*, si fa ampio riferimento alle considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo.

Con riguardo a quest'ultima controversia, come si è già osservato, nell'appello avverso la sentenza di primo grado si chiede alla Corte d'appello di Roma, in via principale, di riconoscere la giurisdizione in relazione alle domande proposte e, in subordine, di sollevare una questione di rinvio pregiudiziale alla Cassazione ex art. 363-*bis* c.p.c. sull'esistenza e giustiziabilità del diritto al clima nell'ordinamento italiano. Qualora la questione dovesse essere disattesa dalla Suprema Corte, gli appellanti ritengono di poter considerare di fatto già esaurite le vie di ricorso interne e agire direttamente innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla luce delle sentenze *KlimaSeniorinnen* e *Duarte*.

Anche in dottrina è stato osservato come la sentenza *KlimaSeniorinnen* sia in grado, di far raggiungere nel caso *Giudizio Universale* gli stessi risultati ottenuti dai promotori della causa *Urgenda*. Così L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico,* cit., pp. 72-73.

3. *Segue:* legittimazione ad agire

Quanto alla legittimazione degli attori, il Tribunale distrettuale dell'Aja riteneva ammissibile l'azione degli enti ambientalisti sul fondamento dell'articolo 305a del libro terzo del Codice civile olandese che prevede espressamente l'azione collettiva di fondazioni e associazioni per la tutela di interessi di altre persone, a condizione che tali interessi siano tra loro simili *(gelijksoortig)*. In specie, gli interessi dei cittadini nederlandesi e dei residenti della regione del Mare dei Wadden, incluse le future generazioni, possono ritenersi sufficientemente simili e ciò consente di esperire un'azione collettiva per la loro tutela, sulla base della disposizione ora citata. Veniva invece ritenuta inammissibile l'azione a tutela degli interessi dell'intera popolazione mondiale perché questi non sarebbero sufficientemente simili tra loro[16].

Salvo quanto si dirà più oltre sulla domanda di riduzione delle emissioni indirette, la decisione di ammissibilità trovava conferma anche in appello[17].

Nel contesto italiano, il riconoscimento della *legitimatio ad causam* di individui ed enti collettivi nel contenzioso climatico pare destinato a intersecarsi con il mai sopito dibattito sulla possibilità di tutela giurisdizionale degli interessi meta-individuali.

Pur senza addentrarsi nel tema che per la sua complessità richiederebbe una trattazione specifica[18], non può sfuggire come il tentativo di affermare la tutela giurisdizionale di interessi che trascendono la sfera prettamente individuale, come l'ambiente o il clima, si pone in attrito con la radicata tendenza della giurisprudenza italiana – non senza si-

16 Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, cit., 4.2.3. Si sottolineano le enormi differenze quanto ai tempi e alle modalità con cui la popolazione globale sarà interessata dagli effetti delle emissioni climalteranti. Il Tribunale riteneva pure inammissibile l'azione degli attori individuali, essendo i loro interessi già tutelati dall'azione collettiva (*Ibidem*, cit., 4.2.7). Veniva infine esclusa la legittimazione ad agire dell'associazione ActionAid perché la tutela degli interessi della popolazione olandese non corrisponde sufficientemente al suo oggetto statutario (*Ibidem*, cit., 4.2.5).

17 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 6; si veda anche 7.52-7.53. Sul difetto di interesse ad agire per la riduzione delle emissioni indirette, *infra*, 4.

18 Sarebbe pure superflua una ricognizione della sterminata bibliografia sul tema in parola. Basterà osservare come l'impronta individualistica del processo civile veniva sottolineata, già all'indomani della celebre sentenza *Italia Nostra*, da S. Rodotà, *Le azioni civilistiche*, in AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio - Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976, pp. 81-102. Con riferimento alla tutela di interessi diffusi nel processo amministrativo, va ricordato il contributo, di sorprendente attualità, di M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Il Foro Italiano*, vol. 110, n. 1, 1987, pp. 8-20. L'Autore proponeva un ripensamento in chiave soggettiva dell'interesse diffuso. Quest'ultimo sarebbe in realtà *"la formula descrittiva di una estesa pluralità di interessi individuali consistenti in un rapporto diretto e «proprio» fra soggetto e bene e come tali potenzialmente capaci tutti e direttamente di tutela giurisdizionale"*. Più di recente, nel dibattito dottrinale si è fatto riferimento alla nozione di *diritto trans-soggettivo*. Si veda V. Conte, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, n. 2, 2023, p. 669, e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

gnificativi interventi di segno contrario da parte del giudice amministrativo – a negare l'azione in giudizio per la tutela di interessi meta-individuali in assenza di un'apposita previsione legislativa e addirittura finanche in presenza di questa[19]. Si è visto, del resto, come pure per i giudici dell'Aja un'azione collettiva per la tutela indifferenziata dell'intera popolazione mondiale non è ammissibile nemmeno sulla base dell'articolo 3:305a del Codice civile olandese, su cui si è fondata la legittimazione ad agire di Milieudefensie e degli altri enti ambientalisti, a cominciare dalla fondazione Urgenda.

In Italia, in materia di ambiente, la legge prevede espressamente la legittimazione al ricorso in annullamento per le associazioni ambientaliste iscritte nell'apposito elenco ministeriale[20]. Quanto alla riparazione del danno ambientale, solo il Ministero dell'ambiente può agire in sede risarcitoria[21].

Nel caso in esame, il difetto di legittimazione e di interesse ad agire è stato eccepito da Eni e dagli altri convenuti[22], ma la consapevolezza del problema emerge già dall'atto di citazione.

Viene infatti sottolineato a più riprese come gli enti associativi e gli attori persone fisiche lamentino la lesione di una situazione differenziata rispetto alla generalità dei consociati e che i danni di cui si chiede la riparazione sono distinti dal danno ambientale in senso stretto per il quale solo lo Stato (il Ministero dell'ambiente) sarebbe legittimato all'azione risarcitoria[23].

19 Con l'art. 10 della c.d. legge Ponte (n. 765 del 1967) il legislatore introduceva chiaramente un'azione popolare, legittimando *chiunque* a ricorrere contro una licenza edilizia concessa a un soggetto terzo. La giurisprudenza, sin dalle prime applicazioni, ha di fatto snaturato questa previsione, facendo prevalere sull'inequivocabile dato letterale della legge la tradizionale diffidenza verso l'*actio popularis*.

20 Artt. 13 e 18, co. 5, legge 8 luglio 1986, n. 349. Ma la giurisprudenza amministrativa è solita riconoscere la legittimazione a ricorrere di associazioni prive del riconoscimento ministeriale, al sussistere di certe condizioni individuate sempre in via pretoria. Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. Plen. 20 febbraio 2020, n. 6.

21 Art. 311 cod. amb.

22 Particolarmente esemplificativa del problema in parola è la comparsa di costituzione della Cassa depositi e prestiti, ove senza esitazione si identifica il diritto (individuale) al clima con un interesse collettivo: *"l'azione attorea è comunque assolutamente inammissibile, stante il palese difetto di legittimazione ad agire in via individuale sia delle Associazioni, sia dei privati, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., atteso che essi hanno agito in giudizio per tutela di un interesse collettivo, ossia il c.d. diritto al clima (...)"*. Ma la legittimazione ad agire viene negata anche in base all'argomento per cui il danno di cui si chiede la riparazione sarebbe in realtà un danno ambientale e pertanto la legittimazione all'azione risarcitoria spetterebbe in via esclusiva al Ministero dell'ambiente.

23 Secondo gli artt. 311 e 313, u.c., del codice dell'ambiente, la legittimazione all'azione di risarcimento del danno ambientale spetta esclusivamente al Ministero dell'ambiente. I soggetti privati, individui e associazioni, possono soltanto sollecitare l'intervento del Ministero, potendo adire il giudice amministrativo solo avverso l'inerzia di quest'ultimo o il giudice ordinario per chiedere il risarcimento dei soli danni da essi eventualmente subiti a titolo individuale, a causa del fatto produttivo di danno ambientale. Quest'ultima previsione viene in rilievo nel caso in esame.

Il cambiamento climatico è un fenomeno plurioffensivo. Le alterazioni climatiche causate da Eni costituiscono – si afferma – una violazione dei diritti umani e quindi degli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c., e, al tempo stesso, un disastro ambientale[24] produttivo, a sua volta, non solo di un danno ambientale in senso stretto ma anche dei danni patiti individualmente dagli attori, individui e associazioni. Pertanto, i primi avrebbero legittimazione e interesse ad agire a fronte della violazione dei diritti umani garantiti dagli artt. 2 e 8 della CEDU, ma anche per la diminuzione di valore degli immobili di loro proprietà (situati in zone particolarmente esposte agli effetti del cambiamento climatico), per il danno conseguente all'alterazione delle loro abitudini di vita, nonché per il danno da *metus* derivante dal timore di esporre i propri beni e l'incolumità, la vita e la salute proprie e dei propri cari alle conseguenze del cambiamento climatico; le associazioni ambientaliste, lese nei loro interessi statutari, sarebbero legittimate ad agire per i danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dal pregiudizio arrecato all'attività da esse svolta[25].

Nell'ordinamento italiano manca una norma come l'art. 3:305a del Codice civile olandese[26]. Sarebbe forse possibile far uso, nel contenzioso climatico contro le imprese, delle disposizioni del Codice di procedura civile che prevedono le azioni collettive, in particolare, l'azione collettiva inibitoria di cui all'art. 840-*sexiesdecies*, ma si tratta, ad oggi, di un sentiero ancora inesplorato[27].

Ciò non toglie che il riconoscimento del *locus standi* di singoli individui ed enti collettivi per la tutela del clima potrebbe comunque fondarsi, pur prescindendo da una specifica disposizione di legge, su diversi elementi: le indicazioni della Corte EDU nella sentenza *KlimaSeniorinnen*; gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Aarhus, anche tenendo conto delle indicazioni del Compliance Committee sul dovere per il giudice di interpretare in conformità allo scopo della Convenzione i criteri dettati dal diritto nazionale sul-

24 Tale da integrare le fattispecie di cui agli artt. 434 e 452-*quater* c.p. (Atto di citazione, cit., p. 67).

25 L'atto di citazione contiene un'ampia disamina della giurisprudenza penale in tema di legittimazione delle associazioni ambientaliste. I principi così affermati devono trovare applicazione – si sostiene – anche nel processo civile. (Atto di citazione, cit., pp. 69-71).

26 Circostanza rilevata dal Tribunale di Roma nella sentenza *Giudizio Universale*.

27 Sull'azione collettiva inibitoria nel contenzioso climatico, R. Tiscini, *Tutela inibitoria e contenzioso climatico,* in *Riv. Dir. Processuale*, n. 2, 2024, pp. 331 ss., ma già R. Louvin, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia,* in *DPCE*, n. 4, 2021, pp. 935 ss, e S. Vincre, A. Henke, *Il contenzioso «climatico»: problemi e prospettive,* in *Riv. BioDiritto*, n. 2, 2023, p. 139. *Contra*, V. Conte, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali,* in *DPCE Online*, n. 2, 2023, p. 669, che propone invece un'azione popolare costituzionalizzata.

lo *standing*[28]; e il nuovo assetto costituzionale, opportunamente valorizzato, guardando agli artt. 9 e 41, come modificati nel 2022[29], e al principio di sussidiarietà orizzontale[30]. Inoltre, l'esigenza di assicurare in termini ampi l'accesso al giudice emerge anche dalla nuova direttiva sulla *due diligence* delle imprese in materia di sostenibilità (CSDDD) che dovrà essere trasposta nell'ordinamento italiano[31].

4. Quale obbligazione climatica per le imprese?

Nel merito, la decisione di primo grado del caso *Milieudefensie et al. c. Shell* determinava il contenuto dello standard di condotta che deve ritenersi appropriato nelle relazioni sociali, anche al di là degli obblighi imposti da norme scritte, la cui violazione costituisce illecito conformemente all'articolo 6:162 del Codice civile olandese.

Tale *standard of care (zorgvuldigheidsnorm)* veniva ricostruito dal Tribunale distrettuale alla luce di diversi elementi: le conoscenze scientifiche sul cambiamento climatico; gli strumenti di tutela dei diritti umani, in particolare gli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che – si afferma nella sentenza – includono la protezione dagli effetti negativi del cambiamento climatico; e quelli sulla responsabilità sociale delle imprese, tra cui i Principi guida delle Nazioni Unite e le Linee guida dell'OCSE. Si poteva così accertare l'esistenza di un consenso diffuso per il quale Shell è obbligata a ridurre le emissioni di CO_2. In particolare, un ampio consenso esisterebbe sul fatto che per contenere l'aumento della temperatura globale nel limite di 1,5°C è necessario che le emissioni globali siano ridotte del 45% nel 2030 e del 100% nel 2050, rispetto ai

28 Communicazione ACCC/C/2005/11 (Belgio) para. 35-36. Sulla base delle osservazioni del Comitato, il Tribunale di Bruxelles ha ritenuto ammissibile l'azione dell'associazione Klimaatzaak (Trib. di prima istanza franc. di Bruxelles, sez. civile, *ASBL Klimaatzaak et al. c. Belgio et al.*, 2015/4585/A, 17 giugno 2021). Il caso belga è particolarmente significativo in ragione del riconoscimento del *locus standi* dell'associazione attrice (e degli attori a titolo individuale) pure in mancanza di disposizioni specifiche nell'ordinamento giuridico nazionale.

29 *"Le nuove norme costituzionali dei riformati artt. 9 e 41 Cost. aprono (...) la strada ad una più ampia sindacabilità giudiziale degli interessi ambientali/climatici anche nell'interesse delle future generazioni. In primis in termini di legittimazione attiva, ossia di inevitabile interpretazione estensiva delle condizioni per l'accesso alla giustizia dei singoli e delle associazioni ed ONG con espresse finalità statutarie di protezione ambientale e climatica declinate in termini di equità intergenerazionale (...)"* (Atto di citazione, cit., p. 90).

30 La tesi per cui il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, u.c., Cost. potrebbe valere a fondamento della legittimazione a ricorrere ha trovato accoglimento, sebbene in modo incostante, in alcune pronunce del giudice amministrativo. Si veda, con riferimento al contenzioso climatico, F. SCALIA, *La giustizia climatica,* in *federalismi.it,* n. 10, 2021, pp. 269-308 e le sentenze e i contributi della dottrina ivi citati.

31 Più diffusamente, 4, *infra*.

valori del 2010[32]. Ciò consentiva al giudice di primo grado di ordinare a Shell di ridurre le emissioni nella misura richiesta del 45% rispetto ai valori relativi al 2019[33], rigettando per il resto la domanda[34].

Su quest'ultimo aspetto, che riveste un ruolo fondamentale nella strategia adottata dagli attori, la Corte d'appello opera una diversa valutazione e giunge alla conclusione opposta.

Pur riaffermando l'obbligo in capo a Shell di ridurre le emissioni, la Corte d'appello non ritiene possibile individuare il *quantum* dell'obbligo di riduzione. La soglia del 45% (o le altre indicate dagli attori in via subordinata) su cui si fonda la domanda in giudizio costituisce un obiettivo globale e in quanto tale non può costituire un vincolo specifico per una singola impresa. Né è riferibile in modo sufficientemente specifico al settore dei combustibili fossili[35].

La strategia adottata da Milieudefensie e accolta dal Tribunale distrettuale si basava proprio sulla possibilità di individuare, sulla base delle evidenze scientifiche, una precisa soglia di riduzione delle emissioni del gruppo Shell. È quindi venuto meno l'elemento essenziale su cui si fondava la domanda in giudizio così come formulata degli attori e

32 Il valore del 45% rispetto ai livelli del 2010 è tratto dal Rapporto speciale dell'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Global Warming of 1.5 ºC*, del 2018. Si veda IPCC *SR 15* (2018), *Summary for Policymakers*, C.1, p. 12. In un primo tempo la domanda verteva su una riduzione del 72% nel 2040 e del 100% nel 2050, obbiettivi che successivamente gli stessi attori hanno ritenuto troppo lontani nel tempo. In via subordinata alla richiesta riduzione del 45% nel 2030, gli attori hanno chiesto la condanna di Shell a una riduzione del 35% o, in via ulteriormente subordinata, del 25%. Ciò con il proposito di ottenere più facilmente una pronuncia favorevole, a prescindere dalla soglia, più o meno ambiziosa, della riduzione. Così Milieudefensie, *How We Defeated Shell*, Amsterdam, 2021, p. 27.

33 La domanda di Milieudefensie e degli altri attori prende come riferimento l'anno 2019 invece del 2010. Il 2019 è stato scelto come riferimento perché è l'anno in cui è stata avviata l'azione in giudizio e anche l'anno di pubblicazione dell'ultimo report di sostenibilità di Shell all'epoca disponibile, da cui, secondo gli attori, dovrebbe risultare la responsabilità della compagnia (Milieudefensie, *How We Defeated Shell*, cit., p. 27). Il Tribunale ritiene che una riduzione del 45% rispetto alle emissioni relative al 2019 costituisca comunque un obiettivo sufficiente (Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, cit.,4.4.38).

34 Milieudefensie e gli altri attori chiedevano anzitutto di accertare l'illegittimità delle emissioni di CO_2 del gruppo Shell; questa prima parte della domanda è rigettata già in primo grado, perché affermare l'obbligo di ridurre le emissioni con il 2030 come orizzonte temporale non implica che l'illecito sia già consumato. Si chiedeva poi di dichiarare Shell obbligata a ridurre le emissioni rispetto al livello di riferimento del 2019 in conformità all'obiettivo di temperatura dell'Accordo di Parigi e alle migliori conoscenze scientifiche disponibili, ma l'accoglimento della domanda di ingiunzione fa venir meno l'interesse degli attori a una pronuncia dichiarativa. Infine, viene rigettata anche la domanda volta a dichiarare l'inadempimento di Shell degli obblighi di riduzione, non potendosi stabilire fin d'ora che questi resteranno disattesi. (Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, cit., 4.5.8-4.5.10). Gli attori non hanno impugnato la sentenza, nemmeno con appello incidentale.

35 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.57 e, con riferimento alle emissioni *scope 3*, *Ibidem*, 7.67-7.111.

ciò ha portato all'annullamento dell'intera decisione di primo grado.

Se la sentenza del 2021 è stata accolta come una decisione epocale, un *landmark judgement* nel contenzioso climatico contro i grandi gruppi industriali[36], il suo annullamento è ora visto come una battuta d'arresto per le associazioni ambientaliste impegnate nella lotta al cambiamento climatico mentre è stato accolto con favore da Shell[37].

Questa lettura sembra però trascurare che, in realtà, molti dei profili più innovativi della decisione annullata trovano conferma anche in appello, e ne escono anzi rafforzati, quali espressione di un orientamento in via di progressivo consolidamento presso giudici nazionali di diversi paesi europei e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Anzitutto, trova un'esplicita consacrazione anche da parte della Corte d'appello il nesso tra emergenza climatica e diritti fondamentali.

Riprendendo l'esperienza maturata dalla Corte suprema olandese nel caso *Urgenda*[38] e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in *KlimaSeniorinnen*[39], nonché il contenzioso climatico fuori dall'Europa[40] e le posizioni espresse da alcuni organi delle Nazioni Unite[41], la Corte d'appello ribadisce in modo inequivocabile che la protezione dai pericoli derivanti dal cambiamento climatico è un diritto fondamentale. Ne deriva per gli Stati l'obbligazione – come riconosciuto a livello mondiale – di proteggere i propri cittadini (*rectius* gli individui soggetti alla loro giurisdizione) dagli effetti avversi del cambiamento climatico[42].

In questo senso, trascurando alcuni aspetti critici di cui si dirà più oltre, è possibile cogliere nella sentenza in esame non un passo indietro, ma un ulteriore contributo al consolidamento dei risultati già raggiunti dalle iniziative giudiziarie esperite con successo presso diverse giurisdizioni.

---

36 A. NOLLKAEMPER, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie,* cit.; C. MACCHI, J. VAN ZEBEN, *Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell,* in *RECIEL*, vol. 30, n. 3, 2021, pp. 409-415.

37 Si veda, ad esempio, il comunicato stampa dell'ong ambientalista ClientEarth, *Dutch Shell ruling disappointing but legal responsibilities for high-emitting companies still firmly in the spotlight*, disponibile sul sito https://www.clientearth.org/latest/press-office/press-releases/dutch-shell-ruling-disappointing-but-legal-responsibilities-for-high-emitting-companies-still-firmly-in-the-spotlight/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024); e all'opposto, *Shell welcomes Dutch Court of Appeal ruling*, disponibile su https://www.shell.com/news-and-insights/newsroom/news-and-media-releases/2024/shell-welcomes-dutch-court-of-appeal-ruling.html (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

38 Corte suprema dei Paesi Bassi, *Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, n. 19/00135, 09 ottobre 2018.

39 Corte EDU, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit.

40 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.12.

41 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.13-7.16.

42 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.17.

La Corte prosegue poi la sua analisi chiedendosi se una responsabilità nella protezione dall'emergenza climatica può esservi anche in capo alle imprese e segnatamente a Shell.

Nel diritto nederlandese si tende a escludere un effetto orizzontale dei diritti fondamentali. Senza rimettere in discussione questa visione tradizionale, la Corte ammette però la possibilità di un effetto orizzontale indiretto: i valori incarnati nei diritti fondamentali devono potersi invocare, almeno in qualche misura, anche nei rapporti tra privati. E tanto i diritti fondamentali quanto i valori che in essi trovano espressione vengono in considerazione nell'applicare a un caso specifico i concetti generali del diritto privato, nel determinare il contenuto esatto dello standard di condotta[43].

Si giunge così ad affermare, principalmente sulla base degli articoli 2 e 8 della CEDU e di diversi strumenti internazionali di *soft law* tra cui le Linee guida dell'OCSE e i Principi guida delle Nazioni Unite, che anche i privati – non solo gli Stati – hanno una responsabilità nel contrastare il cambiamento climatico. In particolare, le imprese che maggiormente vi hanno contribuito. Quindi anche Shell ha il dovere di limitare le emissioni di CO_2 e una propria responsabilità nel raggiungere gli obiettivi dell'Accordo di Parigi. Ciò pur in assenza di esplicite previsioni legali o regolamentari nel diritto pubblico dei Paesi ove opera[44].

La sentenza precisa ulteriormente che il contenuto dell'obbligazione climatica in capo alla singola impresa dipende dal contributo di essa al cambiamento climatico e dalla sua capacità di porvi rimedio. In questo senso ci si deve attendere da Shell, che è stata e continua a essere uno dei *major player* nel mercato dei combustibili fossili, uno sforzo maggiore rispetto a molte altre imprese[45].

Emerge a questo punto un aspetto critico della decisione. Il riconoscimento di una responsabilità individuale differenziata per ciascuna impresa forse avrebbe dovuto condurre la Corte a una diversa conclusione circa il contenuto dell'obbligazione climatica di Shell. Non sarebbe stato irragionevole imporre a un'impresa che contribuisce in modo determinante alle emissioni climalteranti – non solo in misura maggiore di tanti soggetti privati, ma addirittura rispetto a molti Stati – un obbligo di riduzione almeno pari al valore minimo globale del 45%. Detto altrimenti, cosa giustificherebbe un obbligo di riduzione inferiore al minimo globale per chi come Shell contribuisce maggiormente alle emissioni?

43 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.18. La sentenza non manca peraltro di segnalare che l'effetto diretto di alcuni diritti fondamentali è riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, citando in particolare alcune pronunce sul diritto del lavoratore a fruire di ferie annuali retribuite garantito dall'art. 31, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali (CGUE C 684/16, 6 novembre 2018; CGUE, da C 271/22 a C 275/22, 9 novembre 2023).

44 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.27.

45 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.55.

La Corte d'appello dell'Aja pare rimettere in discussione quanto già affermato nel caso *Urgenda* ove, sebbene in un contesto diverso, non aveva esitato a imporre individualmente allo Stato olandese un tasso minimo di riduzione pari al 25%, dato scientifico riferibile a più Paesi industrializzati complessivamente considerati[46].

La Corte d'appello ha poi precisato come le misure legislative in fatto di riduzione delle emissioni, laddove adottate, non sono esaustive. Gli stessi Stati – si sottolinea nella sentenza – hanno affermato che anche le imprese hanno il dovere *(their own duty)* di ridurre le emissioni[47].

Si arriva così ad un altro punto fermo della decisione, pure di grande rilevanza: le obbligazioni di fonte legale non esauriscono il *duty of care* delle imprese e ciò vale anche per gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione Europea[48]. Ne consegue che le imprese non possono giovarsi dell'inerzia del legislatore. Né il giudice può limitarsi a sindacare la conformità delle condotte di queste alle previsioni legislative.

La sentenza in esame contiene infine un paio di elementi che meritano di essere sottolineati.

La Corte d'appello prende in considerazione i nuovi investimenti nel settore fossile pianificati dal gruppo Shell. Gli investimenti in nuove infrastrutture petrolifere, in particolare, avranno come conseguenza, per tutta la durata del loro periodo di payback, di incoraggiare lo sfruttamento delle infrastrutture realizzate e al contempo di rendere economicamente più interessanti i prodotti fossili che ne derivano e meno competitive le alternative sostenibili (è il c.d. *carbon lock-in effect*).

Per conseguire gli obiettivi dell'Accordo di Parigi – afferma la Corte – non è sufficiente adottare misure che incentivino una riduzione della domanda di combustibili fossili, ma è necessario anche diminuirne l'offerta. I nuovi investimenti del gruppo Shell appaiono

46 Nel caso *Urgenda* i giudici erano chiamati a stabilire se lo Stato nederlandese fosse obbligato a una riduzione delle emissioni del 25-40% entro il 2020 rispetto ai livelli del 1990. Questo dato si ricavava dal rapporto AR4 dell'IPCC come condizione per contenere l'aumento della temperatura entro 2°C ed era riferito complessivamente agli Stati dell'Allegato I della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, tra cui i Paesi Bassi. La Corte suprema ha stabilito che tale obiettivo si applica però anche allo Stato olandese singolarmente considerato e così già la Corte d'appello che sottolineava come lo Stato convenuto non avesse provato perché dovrebbe applicarsi ad esso un tasso di riduzione inferiore a quello previsto per i paesi dell'Allegato I. (Corte d'appello dell'Aja, *Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, n. 200.178.245/01, 09 ottobre 2018, 60). Sul punto, la sentenza d'appello veniva richiamata e confermata dalla Corte Suprema (Corte suprema dei Paesi Bassi, *Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, cit., 7.3.4). Si veda, tra i primissimi commenti alla sentenza in esame nel testo, P. PAIEMENT, *Shell v Milieudefensie Confirms Major Developments in Climate Change Liability*, cit.

47 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.53.

48 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.57. La Corte prende in esame principalmente quattro direttive introdotte in parte nel contesto del *Green Deal* e del pacchetto *Fit for 55*: ETS, ETS-2, CSRD e CSDDD. Su quest'ultima direttiva, entrata in vigore nelle more del giudizio d'appello, si veda 5, *infra*.

quindi in contrasto con questa esigenza. Nella sentenza, la responsabilità dei produttori di combustibili fossili ricomprende in modo chiaro anche questo profilo, e se la Corte non si pronuncia direttamente sull'illegittimità degli investimenti di Shell è solo perché la questione esula dal *thema decidendum* come delineato dalla domanda degli attori[49]. Si può ritenere che, al contrario, una domanda in giudizio volta ad accertare l'illiceità di nuovi investimenti avrebbe potuto, e potrebbe anche in futuro, trovare accoglimento[50].

Infine, la sentenza prende in considerazione la riduzione delle emissioni nei diversi ambiti. Per quanto riguarda le emissioni dirette del gruppo *(scope 1 e 2)*, Shell si è già impegnata a conseguire una riduzione in misura maggiore di quanto richiesto dagli attori e, secondo la Corte, il rischio che un tale impegno non venga mantenuto non è sufficientemente provato[51].

Vengono poi in rilevo le emissioni indirette, ovvero quelle generate in conseguenza delle attività del gruppo Shell, da fonti di proprietà o sotto il controllo di terzi, inclusi gli utilizzatori finali dei combustibili fossili prodotti o comunque immessi sul mercato da Shell *(scope 3)*.

La questione è particolarmente delicata, non solo perché queste emissioni costituiscono il 95% del totale, ma anche perché in questo caso si tratta di accertare una responsabilità di Shell in relazione alle condotte di soggetti terzi circa l'impiego e il consumo dei suoi prodotti.

La Corte rigetta l'argomento per cui Shell non sarebbe in grado di esercitare un'influenza significativa sulle scelte degli utilizzatori finali e non può essere tenuta per responsabile per il solo fatto di soddisfare la domanda di combustibili fossili proveniente dal mercato. Shell è responsabile anche per le emissioni in parola, conformemente a numerose fonti normative che prevedono la responsabilità delle imprese anche per le emissioni di questo tipo[52].

Questa conclusione, insieme con la censura mossa ai nuovi investimenti nel settore fossile, costituisce forse l'aspetto più significativo della sentenza in esame, come

49 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.61.

50 A. Nollkaemper, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie,* cit.; L. Jeremiašová, *The Court of Appeal Judgment in Shell v. Milieudefensie: As One Door Closes, Another Opens*, in *Blogging for Sustainability*, 18 novembre 2024, consultabile sul sito https://www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/blog/2024/shell-v-milieudefensie.html (ultimo accesso il 20 dicembre 2024).

51 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.63-7.66.

52 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.99. Vengono citati a titolo di esempio il sistema ETS2 e le direttive europee CSRD e CSDDD, insieme con le Linee guida dell'OCSE. La Corte ricorda anche gli strumenti che consentirebbero a Shell di orientare le scelte dei clienti: le ISOs Net Zero Guidelines e il 1.5°C Business Playbook.

è stato sottolineato già nei primissimi commenti[53]. Negare ogni responsabilità per le emissioni *scope 3* che, come si è detto, costituiscono la stragrande maggioranza delle emissioni attribuibili a Shell e alle altre *carbon major* svuoterebbe di significato il contenzioso diretto contro questo tipo di imprese. Inoltre, attribuire alle grandi multinazionali le emissioni dovute al consumo di combustibili fossili, in ragione della loro capacità di influenzare le scelte del mercato, è un risultato significativo nella definizione attraverso il contenzioso climatico dei rapporti economici e dei limiti imponibili all'attività d'impresa.

Tuttavia, nel prosieguo della motivazione emerge ancora un profilo critico.

La sentenza di primo grado non ha precisato le modalità con cui Shell dovrebbe adempiere all'obbligo di ridurre le emissioni *scope 3*. La compagnia petrolifera – osserva la Corte d'appello – ben potrebbe rinunciare ad acquistare e commercializzare combustibili prodotti da terzi. Così, però, altre imprese potrebbero sostituirsi a Shell e commercializzare quegli stessi combustibili che arriverebbero comunque, sebbene senza il tramite di Shell, agli utilizzatori finali, senza che a una riduzione delle emissioni attribuibili indirettamente al gruppo Shell corrisponda una riduzione delle emissioni complessive. Milieudefensie e gli altri attori – conclude la Corte – non hanno saputo provare che a una riduzione delle vendite di Shell corrisponderebbe una riduzione delle emissioni complessive. Di conseguenza, viene meno il loro interesse ad agire per la condanna di Shell in relazione all'obbligo di riduzione delle emissioni *scope 3*[54].

Qui la sentenza sembra porsi in tensione con il principio della *responsabilità parziale individuale* che ha avuto un ruolo fondamentale nella decisione del caso *Urgenda*, ancora una volta contraddicendo quanto ivi deciso[55].

Il principio era già stato richiamato dal Tribunale distrettuale per rigettare il c.d. *market substitution argument*. La sentenza di primo grado infatti non mancava di precisare che, anche ad ammettere la possibilità per altre imprese di sostituirsi completamente a Shell nella sua catena di valore, ciò comunque non farebbe venir meno la responsabilità

53 A. NOLLKAEMPER, *Lessons of a Landmark Lost. The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudefensie*, cit.; P. PAIEMENT, *Shell v Milieudefensie Confirms Major Developments in Climate Change Liability,* cit.

54 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.110.

55 Corte d'appello dell'Aja, *Paesi Bassi c. Fondazione Urgenda*, cit., 57. In *Urgenda*, lo Stato olandese ipotizzava il rischio del c.d. *carbon-leakage*: imporre nei Paesi Bassi una riduzione delle emissioni avrebbe spinto le imprese a trasferirsi in Paesi soggetti a regole meno restrittive, senza alcun risultato sulle emissioni complessive. L'argomento veniva rigettato dalla stessa Corte d'appello anche perché meramente ipotetico. Lo Stato non aveva adeguatamente provato che un tale rischio si concretizzerebbe. Nel caso Shell la Corte, all'opposto, sostiene che a mancare la prova siano Milieudefensie e gli altri attori, i quali non avrebbero sufficientemente dimostrato il nesso di causalità tra una riduzione delle vendite di carburanti fossili e la riduzione delle emissioni complessive.

di Shell[56].

Forse, ancora una volta, la conclusione a cui giunge la Corte d'appello andrebbe letta in relazione alla specifica domanda su cui essa era chiamata a pronunciarsi. Una domanda diversamente formulata, che tenga debitamente conto dell'argomento della sostituzione troverebbe accoglimento, proprio in ragione dell'obbligazione di Shell, nuovamente confermata nel secondo grado di giudizio, di ridurre anche le proprie emissioni *scope 3*. La stessa Corte d'appello sembra prospettare questa possibilità quando osserva come la sentenza di primo grado non specifichi le modalità con cui Shell dovrebbe adempiere all'obbligo di riduzione delle emissioni *scope 3*, né è stata impugnata sul punto da Milieudefensie e gli altri attori[57]. Ma è difficile immaginare come si potrebbe (chiedere a un giudice di) imporre a Shell di impedire ad altre imprese di sostituirsi ad essa.

È questo l'aspetto più criticabile della decisione, non solo perché contraddittorio dal punto di vista logico, ma soprattutto perché sembra aprire la via ad una deriva pericolosa, col rischio di rimettere in discussione alcuni dei traguardi raggiunti nello sviluppo del contenzioso climatico, proprio a partire dal caso *Urgenda*.

Se vi è una responsabilità di Shell in ragione delle emissioni derivanti alla commercializzazione e dall'uso dei suoi prodotti da parte di soggetti terzi posti a valle lungo la sua *value chain*, questa responsabilità non può venir meno solo perché ipoteticamente altri soggetti potrebbero sostituirsi a Shell nella condotta illecita. Solo una volta che Shell abbia adempiuto ai suoi obblighi di riduzione, se davvero una tale sostituzione dovesse concretizzarsi, verrebbe meno ogni responsabilità di Shell e potrebbe venire in rilievo la responsabilità di altri soggetti[58].

Ma se così è – e la sentenza pare riconoscerlo – allora ragionare in termini di interesse ad agire, come fa la Corte d'appello, ha come conseguenza di escludere il controllo giurisdizionale sul rispetto da parte di Shell del *proprio* obbligo di riduzione. Altrimenti, così ragionando, chi potrebbe agire in giustizia? E come?

Riassumendo, la decisione della Corte d'appello dell'Aja ha il merito di affermare come la responsabilità delle imprese per il cambiamento climatico è materia soggetta al controllo del giudice. Inoltre, l'obbligazione climatica, il cui contenuto deve definirsi secondo la logica della responsabilità differenziata, non si esaurisce nell'osservanza delle norme scritte applicabili. Il contenzioso climatico sulla responsabilità delle imprese ne esce quindi rafforzato.

Al contempo, però, si nega al giudice la possibilità di riferire alla singola impresa con-

56 Trib. distrettuale dell'Aja, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, cit., 4.4.49.

57 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.101.

58 P. Nieto, *The Market Substitution Argument in Milieudefensie et al. v. Shell judgment: A Threat to Justiciability for Scope 3 Emissions*, cit. L'Autrice osserva come l'argomento controfattuale di un'ipotetica sostituzione di Shell con altre compagnie petrolifere non vale a escludere il dato reale e non ipotetico delle emissioni causate dalle condotte di Shell.

venuta in giudizio le soglie di riduzione stabilite a livello globale in base alle conoscenze scientifiche disponibili e ciò sembra affievolire il sindacato giurisdizionale, venendo a mancare un parametro certo di giudizio.

Ma la sentenza non è definitiva ed è possibile, e forse anzi è auspicabile, che venga impugnata davanti alla Corte suprema e che sia da questa rimessa in discussione nei suoi tratti meno convincenti. Ad ogni modo, da essa possono trarsi, fin d'ora, alcune indicazioni utili per orientare nuove iniziative dirette contro la stessa Shell o le altre *carbon major*. Come si è già osservato, è probabile che possa trovare accoglimento sulla base di quanto stabilito dalla Corte d'appello una domanda in giudizio diversamente formulata, ad esempio volta ad accertare l'illiceità di nuovi investimenti nei combustibili fossili.

Non diversamente dal gruppo Shell, anche Eni è una delle principali compagnie petrolifere e figura tra i maggiori responsabili del cambiamento climatico, con un quantitativo di emissioni di gas serra superiore a quelle attribuibili allo Stato italiano. Come per Shell, peraltro, anche le emissioni attribuite ad Eni sono in grande maggioranza di tipo *scope 3*.

L'approccio adottato nell'iniziativa italiana è simile a quello di Milieudefensie. Entrambe le azioni contestano la natura illecita delle emissioni attribuite alle multinazionali convenute. Nel caso *Milieudefensie c. Shell*, come si è visto, per la violazione dello standard di condotta ai sensi dell'art. 6:162 del Codice civile olandese, ricostruito dal giudice sulla base dell'ampio consenso esistente quanto all'obbligazione climatica di Shell.

Anche la causa italiana, non diversamente da quella olandese, si fonda sull'assunto che la protezione contro gli effetti negativi del cambiamento climatico costituisce un diritto umano. Osservano quindi gli attori nel lungo e complesso atto di citazione come obblighi di tutela dei diritti umani gravino pure sulle imprese e non solo sugli Stati, come è stato riconosciuto dai giudici dell'Aja, ora anche in appello. E proprio sottolineando l'analogia con il caso *Milieudefensie et al. c. Shell*, si afferma che la violazione dei diritti umani da parte di Eni costituisce un illecito sotto il profilo della responsabilità civile, ovvero, nel diritto italiano, principalmente in base all'art. 2043 e, in subordine, agli artt. 2050 e 2051 del Codice civile. Di conseguenza, si chiede al giudice di imporre ad Eni la cessazione delle condotte illecite modificando adeguatamente il suo piano industriale, in conformità con gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi[59].

La responsabilità di Eni *ex* art. 2043 c.c. sarebbe dolosa e colposa. Sotto il profilo della colpa viene in rilievo lo standard di condotta ricostruito, in modo non troppo dissimile da quanto già osservato nel caso Shell, sulla base degli strumenti di *soft law* sulla re-

59 Atto di citazione *Greenpeace Onlus et al. c. Eni S.p.A. et al.*, p. 129. L'atto è consultabile sul sito https://www.greenpeace.org/italy/rapporto/17711/lagiustacausa-leggi-tutti-i-documenti/ (ultimo accesso il 14 dicembre 2024).

sponsabilità sociale delle imprese[60]. Emergerebbe così, ancora una volta, la responsabilità dell'impresa convenuta (di Eni, in questo caso) per il rispetto dei diritti umani. In particolare, poi, nell'ordinamento italiano, la tutela dell'ambiente e del clima troverebbe fondamento, anche in una prospettiva intergenerazionale, nel nuovo testo degli artt. 9 e 41 della Costituzione.

Così costruito, il contenzioso climatico fa leva sulle norme civilistiche in materia di responsabilità extracontrattuale, che nel particolare contesto in parola assumono di fatto una funzione principalmente preventiva e inibitoria di danni futuri[61]. E il risarcimento richiesto – in forma specifica e non per equivalente, in forza degli artt. 2058 c.c. e 614-*bis* c.p.c. – consiste in rimedi di tipo ingiuntivo, che impongono ai convenuti un *facere* specifico – la riduzione delle emissioni climalteranti – i cui effetti si producono a vantaggio non (o non esclusivamente) di un certo numero di danneggiati singolarmente individuati come avviene nelle applicazioni più tradizionali della responsabilità aquiliana, ma inevitabilmente si proiettano su una dimensione meta-individuale e collettiva, addirittura intergenerazionale.

Un approccio simile è stato adottato anche nel *Giudizio Universale*, nel quale convenuto è però lo Stato e non un'impresa. Ma se l'azione nei confronti dello Stato si scontra con l'ulteriore difficoltà di ammettere una responsabilità per omessa legislazione, al di là dell'esperienza maturata nel settore specifico dell'attuazione del diritto dell'Unione Europea a partire dal caso Francovich, l'azione in giudizio rivolta contro una multinazionale come Eni potrebbe trovare invece un solido fondamento nella Costituzione.

L'art. 41, in particolare come riformulato in occasione della revisione costituzionale del 2022 – si sottolinea nell'atto di citazione – consentirebbe, e forse anzi imporrebbe, una funzionalizzazione dell'attività d'impresa in senso ambientale, a tutela della stabilità climatica, valorizzando proprio la partecipazione dello Stato al capitale azionario delle imprese e segnatamente di Eni[62].

Inoltre, come suggerito da un'attenta analisi, la norma costituzionale in parola imporrebbe di rileggere lo stesso art. 2058 c.c. come meccanismo conformativo in senso ambientale dell'iniziativa economica, giustificando l'intervento del giudice nella definizione delle strategie d'impresa[63].

60 Principalmente, ancora una volta, i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani e le Linee guida dell'Ocse per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile d'impresa.

61 Sull'applicazione della responsabilità civile nel contenzioso climatico, L. Serafinelli, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico,* Torino, 2024; M. Zarro, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile,* Napoli, 2022. Sul ruolo dell'inibitoria, R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 86(6), 2021, pp. 2061-2084; R. Tiscini, *Tutela inibitoria e contenzioso climatico,* in *Riv. Dir. Processuale*, n. 2, 2024, pp. 331 ss.

62 Atto di citazione, cit., p. 91.

63 L. Serafinelli, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, cit., p. 352.

Dovendo rinunciare per esigenze di brevità ad analizzare nel dettaglio le ragioni delle parti, ci si può limitare ad osservare come alcune delle difese nel merito di Eni sembrano contraddette dalla Corte d'appello dell'Aja. Le attività di Eni – si sostiene nella comparsa di costituzione – sarebbero lecite perché oggetto di regolamentazione e autorizzate dall'amministrazione[64]. Dalle fonti internazionali in materia di cambiamento climatico – la Convenzione quadro delle Nazioni Unite e gli Accordi successivi tra cui l'Accordo di Parigi – non deriverebbero obblighi in capo a Eni, essendo queste rivolte solo agli Stati, e lo stesso dovrebbe valere per il quadro normativo dettato dall'Unione Europea in materia di riduzione delle emissioni climalteranti[65]. Ancora, le attività di Eni non potrebbero nemmeno costituire una violazione degli artt. 2 e 8 CEDU, in quanto una tale violazione potrebbe essere imputata solo ad uno Stato parte della Convenzione e non a privati[66]. Viene poi negata la responsabilità di Eni per le emissioni *scope 3*, in quanto essenzialmente riferibili a scelte di soggetti terzi e perciò solo indirettamente controllabili da Eni[67].

Per contro, pare in linea con la decisone della Corte d'appello dell'Aja il rilievo per cui gli scenari di decarbonizzazione rappresenterebbero essenzialmente dei percorsi illustrativi non prescrittivi che descrivono possibili traiettorie di decarbonizzazione. Le traiettorie di decarbonizzazione ivi definite assumerebbero una prospettiva generale e globale senza rappresentare le peculiarità dei singoli settori di business, quale l'Oil & Gas[68].

Anche nei confronti di Eni, in modo analogo a quanto si è visto nel caso *Milieudefensie et al. c. Shell*, si chiede al giudice di imporre una riduzione delle emissioni di almeno il 45% (entro il 2030 rispetto ai livelli del 2020) ma questo dato non sembra avere, nel quadro complessivo delineato dalla domanda in giudizio, quel ruolo dominante, praticamente esclusivo, che lo stesso elemento riveste nel caso olandese e che ha determinato, come si è visto, l'annullamento della sentenza di primo grado[69].

---

64 Comparsa di costituzione di Eni S.p.A., p. 5.

65 Comparsa di costituzione di Eni S.p.A., pp. 24 ss.

66 Comparsa di costituzione di Eni S.p.A., pp. 83-84. Inoltre, gli attori avrebbero mancato di dedurre specificamente e provare (i) la sussistenza di un effettivo deterioramento della propria qualità della vita privata o familiare, (ii) il "legame diretto ed immediato" tra l'asserita condotta illecita lamentata e l'incidenza della stessa sul godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nonché (iii) le specifiche conseguenze dannose ed "infauste" subite sulla propria sfera privata o familiare.

67 Comparsa di costituzione di Eni S.p.A., pp. 16-19.

68 Comparsa di costituzione di Eni S.p.A., p. 37.

69 Il valore del 45% rispetto ai livelli del 2010 è tratto dal Rapporto speciale dell'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Global Warming of 1.5 ºC*, del 2018. Si veda IPCC *SR 15*, *Summary for Policymakers*, C.1, p. 12. La raccomandazione troverebbe conferma, più di recente nel Rapporto AR6 Working Group III del 2023 (meno 48% al 2030 con riferimento ad una baseline del 2019). Secondo gli attori, da ciò è plausibile ed anche conservativo, rispetto a quanto la migliore scienza disponibile effettivamente richiede e ai principi di equità (principio delle responsabilità comuni ma differenziate e capacità rispettive), richiedere una riduzione del 45% al 2030 rispetto alla baseline del 2020.

Leggendo le conclusioni dell'atto di citazione di Greenpeace et al., si vede bene come la domanda di condanna è formulata in termini alternativi, chiedendo al giudice una riduzione delle emissioni nella misura minima del 45% *ovvero in un'altra misura* che dovrà essere accertata in corso di causa. Inoltre, in via subordinata, si chiede la condanna dei convenuti all'adozione di ogni necessaria iniziativa che garantisca il rispetto degli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale per mantenere l'aumento della temperatura entro 1,5 gradi[70].

Ma al giudice si chiede anche, in via principale, di accertare e dichiarare l'illecito dei convenuti, i quali già ora – e non in relazione ad un orizzonte temporale futuro (il 2030) come nel caso olandese – non avrebbero ottemperato e non starebbero ottemperando al raggiungimento degli obiettivi climatici internazionalmente riconosciuti di cui Eni si sarebbe dovuta dotare in linea con l'Accordo di Parigi e gli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale per mantenere l'aumento della temperatura entro 1,5 gradi, in violazione degli artt. 2 e 8 della CEDU.

Si può quindi pensare che, se anche il giudice italiano come la Corte d'appello dell'Aja dovesse escludere la riconducibilità dell'indice globale del 45% all'obbligazione di una singola impresa, ciò comunque non implicherebbe il rigetto dell'intera domanda, che peraltro potrebbe essere meglio precisata in corso di causa, ovviamente nell'ipotesi che il processo riprenda il suo corso una volta regolata la giurisdizione in senso favorevole ai ricorrenti.

Ma la responsabilità differenziata di Eni potrebbe forse giustificare, in termini analoghi a quanto già osservato a proposito di Shell, l'imposizione di un obbligo di riduzione nella misura del 45%. E ciò a maggior ragione se si considera il ruolo diretto dello Stato nella gestione e nella proprietà di Eni e degli obblighi derivanti dall'art. 41 Cost. Il riconoscimento in capo allo Stato di un'obbligazione climatica – già chiaramente maturato nella sentenza della Corte EDU *KlimaSeniorinnen*, nonché, eventualmente, da parte del giudice italiano nella stessa causa in esame così come nel *Giudizio Universale* – implica un suo intervento nella definizione delle strategie aziendali delle partecipate come Eni in conformità agli obiettivi di riduzione globali.

5. Brevi note conclusive

La pronuncia della Corte d'appello dell'Aja sul caso *Milieudefensie et al. c. Shell* si inserisce in un lungo percorso che, a partire dal caso *Urgenda* e fino alle recenti pronunce della Corte EDU[71], segna il progressivo avanzare del contenzioso climatico diretto contro gli Stati e contro le imprese.

Come si è avuto modo di osservare, alcuni passaggi della motivazione sembrano rimet-

70 Atto di citazione cit., p. 133.

71 Oltre alla sentenza *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* più volte citata nel testo, contengono diversi elementi significativi le contestuali pronunce *Carême c. Francia*, n. 7189/21, e soprattutto *Duarte Agostino e altri c. Portogallo e 32 altri*, n. 39371/20.

tere in discussione approdi già raggiunti, ma, complessivamente, il modello di *climate litigation* fondato sulla responsabilità delle imprese esce rafforzato dalla rinnovata affermazione del nesso tra cambiamento climatico e diritti umani, dell'esistenza di un obbligo di tutela anche per le imprese e non solo per gli Stati, nonché della responsabilità delle imprese per le emissioni climalteranti, che si estende anche al di là di quanto espressamente previsto dalle norme di diritto pubblico di volta in volta applicabili, e comprende anche le emissioni solo indirettamente attribuibili alle imprese stesse.

Fatta salva la riserva dei giudici dell'Aja sulla possibilità di identificare un tasso specifico di riduzione delle emissioni da imporre a una singola impresa, ciò conferma, in massima parte, gli assunti su cui si fonda la causa italiana e, al contempo, contraddice alcuni degli argomenti addotti a sostegno della difesa di Eni.

Naturalmente la sentenza olandese non vincola in alcun modo il giudice italiano. Ma è possibile che a una decisione di analogo tenore, se non più favorevole agli attori qualora fossero superate le criticità già segnalate, si potrebbe giungere anche nella *Giusta Causa*[72].

È però necessario sciogliere le questioni sollevate in via preliminare.

Conosceremo a breve il responso delle Sezioni unite della Cassazione sulla giurisdizione. Sviluppi significativi potranno venire nei prossimi mesi anche dal caso *Giudizio Universale*.

L'affermazione della giurisdizione e il superamento di antiche consuetudini giurisprudenziali in fatto di *standing* per la tutela di interessi meta-individuali, che immancabilmente si ripropongono da decenni nella prassi e nel dibattito scientifico ma della cui attualità a fronte dell'emergenza climatica è lecito dubitare, imprimerebbero alle due controversie una svolta decisiva, con la possibilità di un loro esame nel merito.

Non è da escludere, peraltro, che la Corte EDU sia chiamata a pronunciarsi nuovamente

72 Così L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico,* cit., pp. 113-114, ma con riferimento alla sentenza di primo grado. L'Autore osserva, tuttavia, come nell'ordinamento italiano manchi un precedente come *Urgenda*.

e, questa volta, direttamente nei confronti dell'Italia[73].

Una pronuncia sul merito della controversia intentata contro Eni sarebbe particolarmente rilevante perché consentirebbe al giudice di definire, in materia di cambiamento climatico, i limiti dell'esercizio dell'attività economica alla luce degli strumenti internazionali sulla responsabilità sociale delle imprese e del nuovo assetto ordinamentale tracciato dalla revisione costituzionale del 2022, chiarendo la portata degli artt. 9 e 41 Cost. e la loro applicabilità ai rapporti tra privati.

Infine, sulla responsabilità in materia climatica delle (grandi) imprese è ora chiamato a intervenire anche il legislatore, che dovrà dare attuazione nell'ordinamento italiano alla CSDDD[74].

La nuova direttiva, entrata in vigore il 25 luglio 2024, all'esito di un travagliato iter legislativo e frutto di un compromesso al ribasso, soprattutto quanto all'estensione dell'ambito di applicazione, è il precipitato normativo a livello dell'Unione Europea delle iniziative giudiziarie maturate negli ultimi anni e del caso *Shell* in particolare[75].

Si può cogliere infatti una complementarità tra gli argomenti addotti a sostegno delle iniziative giudiziarie contro le imprese a tutela del clima e il nuovo assetto normativo che emerge dalla direttiva. In entrambi i casi si fa leva su obblighi internazionali pensati per gli Stati affermandone l'efficacia anche tra privati, sottolineando in particolare il ruolo fondamentale del settore privato per il conseguimento degli obiettivi stabiliti a

73 A seguito della sentenza KlimaSeniorinnen, negare la giustiziabilità del contenzioso climatico o la giurisdizione in materia esporrebbe l'Italia ad una condanna della Corte EDU. Perciò è probabile che, davanti a una decisione sfavorevole, i promotori della Giusta Causa e del Giudizio Universale ricorrerebbero a Strasburgo. Si è già osservato come l'appello rivolto contro la sentenza Giudizio Universale prospetta chiaramente questa eventualità. Ma i giudici di Strasburgo sono chiamati sin d'ora a pronunciarsi su due ricorsi attualmente pendenti (Corte EDU, Uricchio c. Italia e altri, n. 14615/21, e De Conto c. Italia e altri, n. 4620/21). Promossi da due cittadine italiane, questi sembrano essere costruiti sul modello del caso Duarte Agostino e altri c. Portogallo e 32 altri. Se è improbabile che la Corte contraddica le conclusioni della Grand Chambre sul tema della giurisdizione extraterritoriale, le insufficienze dell'ordinamento italiano in fatto di accesso al giudice in materia climatica e la stessa declinatoria di giurisdizione del Tribunale di Roma nel caso Giudizio Universale potrebbero forse valere a giustificare l'assunto delle ricorrenti quanto alla superfluità dei ricorsi interni e quindi portare ad un giudizio di ammissibilità, limitatamente alle allegate violazioni del solo Stato italiano, diversamente dal caso Duarte dove il ricorso è stato ritenuto inammissibile anche nei confronti del Portogallo proprio per il mancato previo esperimento dei mezzi di ricorso interni, che però nel diritto portoghese appaiono, nella lettura della Corte di Strasburgo, molto più completi che in Italia.

74 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937 e il Regolamento (UE) 2023/2859.

75 L. Serafinelli, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, cit., p. 401. M. Manna, *Il caso Milieudefensie et al. contro Royal Dutch Shell plc e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla corporate sustainability due diligence, l'alba di una nuova giustizia climatica?*, in *Comparative Law Review*, 15, 2024, pp. 83 ss.

livello internazionale ed eurounitario[76].

Il legislatore europeo introduce così espliciti obblighi di *due diligence* e uno specifico regime di responsabilità civile per le imprese che ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva, che si riflettono anche sulla *value chain* e nelle relazioni commerciali[77].

Di nuovo, come nella *private climate change litigation*, la responsabilità civile, anche grazie alla previsione di rimedi di tipo ingiuntivo, inibitorio, che mirano di fatto a ridefinire le politiche industriali non in linea con gli obiettivi di protezione del clima, si allontana dalla più tradizionale funzione risarcitoria, di compensazione del danno, ed assume una funzione di *private enforcing* degli obblighi di *due diligence.* E proprio in quest'ottica emerge la necessità di adattare le norme procedurali nazionali – comprese quelle in materia di acceso al giudice per individui ed enti collettivi – alla luce degli obiettivi della direttiva, per assicurarne la piena effettività[78].

Si ritrovano così, nel diverso contesto della trasposizione e applicazione della direttiva, le criticità sollevate dal contenzioso climatico. Curiosamente, infatti, proprio la CSDDD finisce per consacrare, da una parte, l'arretramento del decisore pubblico a favore dell'iniziativa dei privati (tanto nella pianificazione e attuazione della mitigazione dei cambiamenti climatici quanto nel ruolo di *enforcing* attraverso il ricorso al giudice in caso di violazioni) e, d'altra parte, il ruolo del giudice, chiamato ancora una volta ad

76 La CSDDD richiama gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite (considerando 8), la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, l'Accordo di Parigi (in particolare, l'obiettivo di contenere l'aumento della temperatura entro 1,5°C) e il Patto di Glasgow per il clima (considerando 10). M. LIBERTINI, *Gestione «sostenibile» delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e impresa*, 1, 2023, sottolinea l'imponente fenomeno di *drittwirkung* di norme storicamente sorte sul piano del diritto internazionale quindi originariamente atte a fondare obblighi degli Stati e non dei soggetti privati. Sull'impatto della CSDDD sul contenzioso climatico, M. D'AURIA, *Climate litigation: una riflessione preliminare a margine della c.d. "Giusta Causa"*, cit.

77 Principalmente, in materia climatica, l'adozione e attuazione di un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici compatibile con l'obiettivo di conseguire la neutralità come stabilito nel regolamento (UE) 2021/1119, compresi i suoi obiettivi intermedi e di neutralità climatica al 2050 (considerando 73 e articolo 22). Si noti come gli obblighi di mitigazione sono obbligazioni di mezzi, laddove, in relazione alle emissioni scope 1 e 2, il Tribunale distrettuale dell'Aja aveva invece imposto a Shell obblighi di risultato. Ancora, *"[t]rattandosi di un obbligo di mezzi, è opportuno tenere debitamente conto dei progressi compiuti dalle società, nonché della complessità e della natura evolutiva della transizione climatica. Mentre le imprese dovrebbero sforzarsi di conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra contenuti nei loro piani, circostanze specifiche possono far sì che le imprese non siano in grado di raggiungere tali obiettivi, laddove ciò non sia più ragionevole. Il piano dovrebbe includere obiettivi temporalmente definiti connessi ai cambiamenti climatici, per il 2030 e in fasi quinquennali fino al 2050, sulla base di prove scientifiche conclusive nonché, se del caso, obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di ambito 1, 2 e 3"* (considerando 73, ma in termini analoghi anche l'articolo 22).

La direttiva, all'articolo 29, prevede poi un regime di responsabilità civile delle società, di applicazione necessaria, peraltro facendo salve le norme nazionali ed eurounitarie più rigorose.

78 È quanto sostiene, in particolare con riguardo alle norme di procedura in materia di prova, N. TOUW, *The CSDDD: beyond remedies in civil litigation?*, in *Academy of European Law, Working Paper*, 2024/25.

intervenire sull'attività d'impresa conformandola agli imperativi di stabilità climatica.

In conclusione, l'esperienza giudiziaria maturata dalla giurisprudenza olandese nei casi *Urgenda* e *Shell* e dalla Corte EDU e, insieme, la CSDDD delineano un nuovo quadro normativo, con cui anche l'interprete italiano dovrà confrontarsi, che impone il riconoscimento del diritto al clima stabile e sicuro e obblighi di tutela per lo Stato e per le imprese.

Per il momento la CSDDD non ha avuto ancora alcun ruolo nel contenzioso italiano, sebbene sia evidente l'assonanza tra il quadro normativo da essa delineato e la richiesta di condanna di Eni[79].

La Corte d'appello dell'Aja ha invece preso in esame la nuova direttiva negando che da essa, così come dalle altre fonti normative dell'Unione Europea, possano derivare per una singola impresa o per un particolare settore industriale uno specifico obbligo di riduzione delle emissioni del 45% o in altra misura percentuale[80].

I piani di transizione che le imprese devono adottare ed attuare in forza dell'articolo 22 della CSDDD devono contenere obiettivi temporalmente definiti connessi ai cambiamenti climatici, per il 2030 e in fasi quinquennali fino al 2050, sulla base di prove scientifiche conclusive e, ove opportuno, obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di ambito 1, 2 e 3.

La difesa di Shell, facendo leva, fra l'altro, sulla lettera della disposizione in esame e sull'inciso *ove opportuno*, ritiene che i piani di transizione non debbano necessariamente includere un obiettivo assoluto di riduzione[81] e la Corte, in un tratto a dire il vero non chiarissimo della motivazione, pare far propria questa tesi[82].

Se questa lettura della direttiva è corretta – ciò di cui si può forse dubitare, dal momento che ciascuna impresa soggetta alla CSDDD è comunque tenuta a garantire la compatibilità del suo modello di business e della sua strategia aziendale con l'accordo di Parigi e con l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica[83] – allora ci si dovrà interrogare sulla reale effettività di una disciplina che finisce per delegare alle stesse imprese la determinazione nell'*an* e nel *quantum* degli obiettivi di riduzione. E la questione è fon-

79 L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico,* cit., p. 352. L'Autore osserva anche come la nuova direttiva e l'iniziativa giudiziaria rivolta in Italia contro Eni abbiano entrambe la loro matrice comune nel caso Shell.

80 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.56.

81 Tra gli argomenti addotti, anche la flessibilità assicurata dal considerando 73 che precisa: *"[m]entre le imprese dovrebbero sforzarsi di conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra contenuti nei loro piani, circostanze specifiche possono far sì che le imprese non siano in grado di raggiungere tali obiettivi, laddove ciò non sia più ragionevole".*

82 Corte d'appello dell'Aja, *Shell c. Vereniging Milieudefensie*, cit., 7.45-7.46. La sentenza chiarisce invece che la legislazione eurounitaria in materia climatica non parte dall'assunto che una singola impresa sia soggetta a un preciso tasso di riduzione predeterminato dall'Unione (*Ibidem*, 7.51).

83 CSDDD, art. 22. In termini analoghi, il considerando 73.

damentale ora che si dovrà dare applicazione alla direttiva. Al contempo, la Corte non manca di precisare come l'osservanza delle prescrizioni di matrice eurounitaria non esaurisce lo *standard of care* delle imprese né il sindacato del giudice, dando nuovo vigore al contenzioso climatico e questo è probabilmente il lascito più significativo della sentenza *Milieudefensie et al. c. Shell* per l'avvenire.