

GIURI | METRICA

RIVISTA DI DIRITTO, BANCA E FINANZA

ANNO 5
NUMERO 1
GENNAIO/GIUGNO
2021

ISSN 2785-2547

Redazione: Margherita Sperotti, Nicolò Portolan, Francesca Dall'Oca,
Marco Tozzi

Editore: Centro Studi Alma Iura S.r.l. SB
Matematica e Diritto per Banche e
Istituti finanziari¹
Stradone Porta Palio, 66
37122 Verona
Tel. 045/80.33.707 e 045/80.07.014
Fax 045/80.26.328
E-mail: redazione@almaiura.it
www.almaiura.it

Distribuzione: Centro Studi Alma Iura S.r.l. SB

Testata iscritta al Registro Stampa presso il Tribunale di Verona n. 2029
Editore registrato presso il Registro dell'Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni.

Numero di iscrizione al ROC: 26044

L'Editore declina ogni responsabilità per eventuali refusi o inesattezze presenti
nella pubblicazione, pur curata con la massima diligenza e attenzione.

¹ Quest'opera è protetta dalla legge sul diritto d'autore e la sua riproduzione è ammessa solo ed esclusivamente nei limiti stabiliti dalla stessa. Tutti i diritti, in particolare quelli relativi alla traduzione, alla ristampa, all'utilizzo d'illustrazioni e tabelle, alla citazione orale, alla trasmissione radiofonica o televisiva, alla registrazione su microfilm o in database, o alla riproduzione in qualsiasi altra forma (stampata o elettronica) rimangono riservati anche nel caso di utilizzo parziale. La violazione delle norme comporta le sanzioni previste dalla legge. L'utilizzo in questa pubblicazione di denominazioni generiche, nomi commerciali, marchi registrati, ecc. anche se non specificatamente identificati, non implica che tali denominazioni o marchi non siano protetti dalle relative leggi e regolamenti.

CONDIRETTORI

Marco Rossi e Giovanni Meruzzi

DIRETTORE RESPONSABILE

Marco Rossi

DIRETTORE SCIENTIFICO

Giovanni Meruzzi

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fabrizio Cacciafesta, Francesco Capriglione, Monica Cossu, Matteo De Poli, Bruno Inzitari, Daniele Maffei, Rainer Masera, Giovanni Meruzzi, Marcello Minenna, Marco Minozzo, Luigi Nonne, Diego Rossano, Brunella Russo

COMITATO ESECUTIVO DI BIELLA

Andrea Pavese

COMITATO ESECUTIVO DI BOLZANO

Gaetano Lattanzi

COMITATO ESECUTIVO DI FIRENZE

Luigi Vigoriti

COMITATO ESECUTIVO DI LONDRA

Norman Pepe

COMITATO ESECUTIVO DI MESSINA

Rosa Albanesi, Mariafrancesca Cocuccio,
Emanuele Millemaci

COMITATO ESECUTIVO DI MILANO

Giovanni Gallone, Emilio Girino, Riccardo Marciò, Elisabetta Romani

COMITATO ESECUTIVO DI ROMA

Maria Ausilia Guarino, Annamaria Pancallo, Vincenzo Vietri

COMITATO ESECUTIVO DI SASSARI

Paolo Maggini, Angelo Francesco Nicotra

COMITATO ESECUTIVO DI TREVISO

Erika Cacciatore

COMITATO ESECUTIVO DI VENEZIA

Silvia Lodi

COMITATO ESECUTIVO DI VERONA

Federico Callegaro, Martina D'Onofrio, Andrea Pellizzaro, Nicolò Portolan

SOMMARIO

EDITORIALI

ROBERT J. SHILLER Comprendere il mercato azionario durante la pandemia..... 4

ARTICOLI

ENRICO OLIVIERI Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva e questioni irrisolte10

NICOLÒ PORTOLAN Il giudice, le parti e i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi soglia in materia di usura. Chi deve conoscerli o produrli? La parola alla Cassazione. Considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. III, 13 maggio 2020, n. 8883..... 54

PAOLO MAGGINI Là dove nacque il London Stock Exchange Le Coffee Houses londinesi e le gesta degli Stock Jobbers 88

FABRIZIO CACCIAFESTA Un commento tecnico-matematico su una sentenza (Bari 1890/2020) in tema di ammortamento francese..... 116

APPROFONDIMENTI

MONICA COSSU L'educazione finanziaria della "generazione Z". Riflessioni in tempo di pandemia. 140

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DI LUCCA 07 maggio 2021 – Giudice unico dott. Giovanni Piccioli...158

NORME REDAZIONALI

SUDDIVISIONE IN PARAGRAFI E SOMMARIO

1. I contributi devono essere divisi in paragrafi e capoversi possibilmente brevi. Tra un paragrafo e l'altro vi è un punto di spaziatura, tra un capoverso e l'altro non vi sono spaziature.
2. Ogni paragrafo deve essere contrassegnato, nell'ordine che segue, da: un numero arabo in grassetto seguito da un punto e uno spazio; il titolo scritto in corsivo; un trattino medio separato da uno spazio (prima e dopo). Esempio: **1.** *Il fenomeno usurario in una prospettiva storica* – L'usura è documentata sin da...
3. Ciascun saggio deve essere introdotto da un sommario che indichi i titoli dei singoli paragrafi, separati ciascuno (con uno spazio prima e dopo) da un trattino medio. Esempio: **SOMMARIO:** 1. Usura sopravvenuta. – 2. Il fenomeno usurario in una prospettiva storica.

FORMATTAZIONE DEL TESTO

1. I contributi devono essere redatti in uno stile il più possibile impersonale, evitando segni, cornici o simboli che potrebbero rendere riconoscibile l'autore in sede di referaggio.
2. Si consiglia l'utilizzo di Microsoft Word al fine di garantire uniformità di formattazione. Gli articoli devono essere redatti in un foglio Word che abbia le seguenti dimensioni: 16,8 cm in larghezza e 24 cm in altezza.
3. Nella redazione dei paragrafi si devono utilizzare i seguenti rientri di margine: 2, 5 cm da destra e 2,5 cm da sinistra, 1,8 cm lato superiore ed inferiore. Alle introduzioni di ogni capoverso si deve applicare un rientro pari a 0,77 cm.
4. Per la redazione delle parti del testo di seguito elencate si deve utilizzare il font Sitka Banner.
5. Per il titolo del contributo si deve utilizzare il grassetto, corpo 12, centrato.
6. Per il nome dell'autore si deve utilizzare il grassetto, corpo 12, centrato sopra il titolo. Il nome dell'autore deve essere corredato da rinvio a piè di pagina (con simbolo *) contenente una breve descrizione del profilo (es.: Mario Rossi, avvocato, *managing partner* dello studio legale Petrini & Rossi di Savona. Si

occupa di diritto bancario e finanziario).

7. Per il sommario si deve utilizzare il corpo 11, giustificato. La parola “**SOMMARIO**”, in particolare, deve essere redatta anche in grassetto e maiuscoletto.

8. Per il corpo del testo si deve utilizzare il corpo 11, giustificato.

9. Per le note nel testo si deve utilizzare il corpo 11, apice, senza parentesi e senza spazio rispetto alla parola di riferimento (es. “sentenza”)

10. Per le note a piè pagina si deve utilizzare il corpo 9, giustificato. La numerazione delle note a piè pagina deve essere continua e progressiva lungo l'intero saggio, a partire dal n. 1. Per il numero delle note a piè pagina si deve utilizzare il corpo 9, apice, senza parentesi (es. “¹ Cfr. Cassazione”).

11. Il carattere *corsivo* si deve utilizzare per le parole in lingua straniera di uso non comune e per evidenziare parole o frasi brevi quando si voglia dare loro una particolare enfasi. Se le parole straniere sono riportate tra virgolette, devono invece essere scritte in carattere tondo (es. “Bürgerliches Gesetzbuch”).

12. Il carattere **grassetto** si deve utilizzare soltanto per: titolo del contribuuto; nome e cognome dell'autore sopra il titolo del contribuuto; la parola “Sommario”; le intestazioni delle sentenze secondo le indicazioni di cui al n. 8 della sezione “modalità di citazione”; il numero di introduzione di ciascun paragrafo.

13. Il carattere sottolineato non deve essere utilizzato.

14. Salvo quanto previsto al n. 13 di questa sezione, si possono utilizzare soltanto apostrofi e virgolette con le grazie, quindi [l'anatocismo] e non [l'anatocismo], ovvero [“interest rate swap”] e non [“interest rate swap”].

15. Prima di punto [.), virgola [,), due punti [:], punto e virgola [;), punto esclamativo [!], punto interrogativo [?], non si devono lasciare spazi. Dopo questi segni di punteggiatura si deve lasciare uno spazio.

16. Nel corpo del testo e nelle note si devono utilizzare le virgolette inglesi [“”] per dare maggiore risalto a parole e frasi o introdurre citazioni non letterali. Se si deve inserire una parte virgolettata all'interno di una frase essa stessa tra virgolette, si devono utilizzare gli apostrofi.

17. Nel corpo del testo e delle note si devono utilizzare le virgolette caporali per introdurre citazioni esatte o letterali [«»].

18. Se si vuole omettere o saltare una parte all'interno di una citazione, la si deve indicare con tre puntini all'interno di due parentesi quadre [...].

19. Quanto all'utilizzo degli accenti si devono distinguere le parole con accento grave (è) da quelle con accento acuto (affinché). La lettera “e” maiuscola accentata

[È] non si deve scrivere apostrofata [E'].

20. I trattini brevi [-] si devono utilizzare per parole composte [“criteri logico-giuridici”] e numeri [“pp. 52-53”], senza essere preceduti o seguiti da spazi. Possono essere utilizzati per separare i nomi di due autori di un contributo, con uno spazio prima e dopo. Esempio: U. Morera - E. Marchisio, Finanza, mercati e regole...ma soprattutto persone.

21. I trattini medi [-] si devono utilizzare, con uno spazio prima e dopo il trattino: per introdurre frasi incidentali a mo' di parentesi nel testo; per separare i titoli dei paragrafi nel sommario e il titolo del paragrafo dall'inizio del corpo del testo; per indicare il segno meno.

22. I trattini lunghi [—] non devono essere utilizzati.

23. Per quanto riguarda le date: il mese e l'anno si devono indicare in numeri arabi cardinali, mentre il mese deve essere scritto in lettere minuscole (es. 17 febbraio 2021). Il primo giorno del mese può essere scritto anche in numero ordinale (es. 1° febbraio 2021).

24. Le pagine si devono numerare progressivamente, in basso a destra, con numeri arabi (Helvetica, corpo 8, giustificato).

MODALITÀ DI CITAZIONE

1. Le note devono essere inserite a piè di pagina.

2. Gli articoli di legge devono essere citati come segue: art. 1283 c.c.; art. 1469 - bis, comma 3, n. 3, c.c. Gli articoli possono essere seguiti dalla virgola solo se viene indicato il comma o uno dei numeri e lettere della norma. Se si deve indicare soltanto un comma di un articolo, si deve scrivere il numero del comma in lettere (es. “il quarto comma citato statuisce che...”). In ogni caso, la parola “comma” deve essere scritta per esteso.

3. Le citazioni di un'opera devono essere inserite nel seguente ordine: autore (in maiuscolo), titolo (in corsivo), luogo di pubblicazione, anno di edizione, numero di pagina ove necessario (in quest'ultimo caso solo il numero arabo senza la parola “pagina” o “pg”, seguito eventualmente dall'abbreviazione “ss.” se si indicano le pagine seguenti). Esempio: M. BIANCHI, *L'usura sopravvenuta*, Milano, 2018, 55 ss.

4. Se un contributo da citare è inserito in un'opera collettanea, si deve indicare anche il riferimento completo del volume rispettando le indicazioni di cui al n. 3. Esempio: F. ROSSI, *note critiche alle S.U. 24675/2017 in tema di usura*

sopravvenuta in B. VERDI (a cura di), *Nuove prospettive del diritto bancario*, Roma, 2018, 75 ss.

5. Se un contributo da citare è pubblicato in una rivista, si deve osservare il seguente ordine: autore (in maiuscoletto), titolo del contributo (in corsivo), nome della rivista preceduto da “in” (in corsivo, utilizzando le abbreviazioni allegare o riportando il nome per esteso nel caso la rivista non sia presente nell’elenco accluso), anno di pubblicazione, parte della rivista in cui la pubblicazione è inserita (se presente), numero di pagina ove necessario. Esempio: V. NITRI, *Anatocismo e ammortamento alla francese: una sfida ancora aperta* in *Rivista Bancaria*, 2019, 35 ss.

6. Dell’autore di un’opera o contributo si devono riportare l’iniziale del nome seguita dal cognome per esteso. Il nome e il cognome vanno scritti in maiuscoletto. Esempio: F. ROSSI.

7. Se l’autore ha svolto la curatela di un’opera collettanea, al cognome dell’autore deve seguire, tra parentesi, la dicitura “(a cura di)”. Esempio: E. ROSSI (a cura di).

8. Se vi è una pluralità di edizioni della medesima opera, il numero dell’edizione deve essere sempre indicato secondo il modello che segue: F. NERI, *Diritto Bancario e finanziario*, 2° ed. (o II ed. in cifre romane), Torino, 2020.

9. Le sentenze si devono citare secondo l’ordine che segue: autorità giudiziaria (rispettando le abbreviazioni indicate nell’elenco accluso) sezione (se conosciuta), data di pubblicazione (seguendo le indicazioni di cui al punto 19 della sezione “formattazione del testo”), numero della sentenza, titolo dell’eventuale rivista che ne ha curato la pubblicazione (rispettando l’elenco delle abbreviazioni accluso), anno di pubblicazione, parte della rivista in cui la pubblicazione è inserita (se presente), numero di pagina ove necessario. Esempio: Trib. Torino, sez. VI, 26 marzo 2018, n. 347, in *Giur. Comm.*, 2018, III, 106; Cass. S.U., 22 febbraio 1999, n. 500 in *Foro it.*, 1999, IV, 255 ss. Le sentenze della Cassazione pubblicate soltanto in Massimari o Repertori vanno citate senza indicare luogo di pubblicazione. Esempio: Cass. Civ., sez. I, 25 giugno 2015, n. 5442.

10. Gli atti parlamentari vanno citati nel seguente modo: Camera di riferimento (Senato o Camera dei Deputati, in maiuscoletto), nome dell’atto (in corsivo), numero della legislatura (in cifre romane), numero di pagina ove necessario. Esempio: CAMERA DEI DEPUTATI, *Rapporto 2001 sullo stato della legislazione*, XIV Legisl., p. 40 ss.

11. I testi di legge possono essere citati nei seguenti modi alternativi: L. 287/1990 oppure Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

12. Ogni URL deve essere citato senza link attivo inserendo in parentesi tonda la data in cui è stato verificato l’ultima volta (es. ultima verifica: 18 febbraio 2021).

È sufficiente citare il solo dominio del sito, senza il link per esteso (es. www.abc.org).

13. I riferimenti completi devono essere inseriti la prima volta che si cita un'opera. Se si vuole menzionare un'opera già citata, si deve scrivere nome e cognome dell'autore seguito dal titolo (in corsivo), "cit." (in carattere normale) e numero di pagina. Esempio: E. NERI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 32. I titoli di opere o articoli particolarmente lunghi, in caso di nuova citazione, si possono scrivere in forma abbreviata.

14. Per non appesantire l'ingombro delle note si utilizzano inoltre le seguenti espressioni: *Ivi*, nello stesso libro o saggio appena citati nella medesima nota o nota precedente; *Ibidem*, nello stesso libro o saggio alla stessa pagina appena citati nella medesima nota o nota precedente;

15. Le sentenze oggetto di commento devono essere riprodotte omettendo i fatti di causa solo se questi si possono agevolmente desumere dai motivi della decisione. Le sentenze riprodotte devono essere precedute da un'intestazione che va redatta sulla base del seguente modello:

a) Autorità giudiziaria (Bodoni MT, grassetto, corpo 12, centrato, interlinea singola).

CORTE DI CASSAZIONE

12 gennaio 2016, n. 299 - sez. II civile

Pres. Bucciante - Rel. Migliucci

Cassa e rinvia App. Roma, 22 aprile 2010

Oppure

TRIBUNALE DI MILANO

17 febbraio 2021, n. 1409 - sez. specializzata in materia di impresa B

Pres. Crugnola - Est. Simonetti

Nell'intestazione e nel testo si devono omettere i riferimenti che consentono di risalire ad una persona o alle parti dei provvedimenti pubblicati, sostituendoli ad esempio con [*omissis*] o le iniziali delle stesse.

b) Rubrica contenente l'indicazione sommaria, per concetti-chiave, della questione decisa e delle norme prese in esame, strutturata in varie voci (Bodoni MT, corpo 11, giustificato, interlinea singola).

Divieto patto leonino - Società semplice - Società per azioni - Valutazione - Contratto di società - Causa tipica - Cooperazione all'attività economica e condivisione degli esiti - Applicabilità art. 2265 in quanto norma transtipica

(art. 2265 c.c.-art. 1418 c.c.-art. 1344 c.c.)

La rubrica deve essere redatta in grassetto, fatta eccezione per le indicazioni normative tra parentesi.

c) Massima. Essa deve essere redatta nel modo più conciso possibile, indicando in modo inequivoco la soluzione adottata dal giudice e tralasciando gli argomenti che la sorreggono. Ad ogni massima corrisponde una rubrica. In caso di pluralità di massime, si devono redigere tutte le massime e rubriche corrispondenti.

d) Svolgimento del processo (salvo sia possibile ometterlo in base al punto n. 15 di questa sezione).

e) Motivazione.

16. In caso di note a più provvedimenti, si devono pubblicare per prima le decisioni delle autorità giudiziarie di grado più elevato. In caso di parità di grado, devono essere pubblicate per prima quelle più recenti.

REGOLE PER L'INVIO DEI CONTRIBUTI

N.B. Per l'attività di referaggio dei contributi e i doveri degli autori, si rinvia alle relative sezioni del Codice etico.

1. Gli autori devono inviare i propri contributi all'indirizzo mail redazione@almaiura.it scrivendo nell'oggetto: nome e cognome dell'autore - titolo del contributo. Es. "Fabrizio Bianchi - Riflessioni sull'usura sopravvenuta alla luce delle S.U. 24675/2017".

2. I contributi devono rispettare le norme redazionali e le abbreviazioni di Giurimettrica pubblicate sul sito nella relativa sezione.

3. I contributi devono essere denominati con il proprio titolo in lingua italiana e riportare al loro interno titolo e sommario in lingua italiana. *Abstract* e *key words* in lingua italiana e inglese vanno inseriti in un documento a parte secondo le indicazioni di cui al n. 5 di questa sezione.

4. Gli autori devono inviare il proprio contributo in un doppio file:

➤ Un file in formato word, non anonimizzato, che sarà utilizzato per la futura impaginazione e pubblicazione in caso di valutazione positiva dei referee;

➤ Un file in formato pdf, anonimizzato, che verrà inviato ai referee per la valutazione. In questo caso devono essere eliminati il nominativo dell'autore dall'interno del file pdf ed eventuali riferimenti bibliografici che rimandano all'autore medesimo. Ad esempio, se nelle note l'autore (F. Bianchi) cita il proprio contributo "Brevi riflessioni sull'usura sopravvenuta alla luce delle S.U. 24675/2017", Verona, 2018, 56 ss., il riferimento deve essere sostituito da "[...]".

5. Gli autori dei contributi indicano infine, in un file in formato pdf separato da allegare alla mail, i seguenti dati:

➤ Nome e cognome, indirizzo, recapito telefonico fisso e mobile e indirizzo *e-mail* dell'autore validi*;

➤ indicazione dell'ente / istituzione di appartenenza dell'autore*;

➤ *curriculum vitae*;

➤ traduzione in inglese del titolo*;

➤ *abstract* in lingua italiana e inglese*;

➤ cinque *keywords* in lingua italiana e inglese*;

➤ indicazioni dei riferimenti bibliografici dell'autore omessi nella versione anonimizzata del contributo. Ad esempio, se nel contributo alla nota 1 l'autore ha sostituito una sua opera con "[...]", nel file deve indicare "sostituire in nota 1 la dicitura [...] con F. Bianchi, Brevi riflessioni sull'usura sopravvenuta alla luce delle S.U. 24675/2017"

* I campi contrassegnati con l'asterisco sono obbligatori.

ABBREVIAZIONI¹

I. ENCICLOPEDIA. RIVISTE ITALIANE.

| | |
|---|-----------------------------------|
| <i>Archivio civile</i> | <i>Arch. civ.</i> |
| <i>Analisi Giuridica dell'Economia</i> | <i>AGE</i> |
| <i>Banca, borsa e titoli di credito</i> | <i>Banca borsa tit. credito</i> |
| <i>Banca, impresa e società</i> | <i>Banca impresa soc.</i> |
| <i>Bancaria</i> | <i>Banc.</i> |
| <i>Banche e banchieri</i> | <i>Banche e banc.</i> |
| <i>Contratto e impresa</i> | <i>Contr. e impr.</i> |
| <i>Contratti</i> | <i>Contr.</i> |
| <i>Corriere giuridico</i> | <i>Corr. giur.</i> |
| <i>Digesto IV ed.</i> | <i>D. disc. priv., sez. comm.</i> |
| | <i>D. disc. priv., sez. civ.</i> |
| | <i>D. disc. pen.</i> |
| <i>Diritto amministrativo</i> | <i>Dir. amm.</i> |
| <i>Diritto della banca e dei mercati finanziari</i> | <i>Dir. banc. merc. fin.</i> |
| <i>Diritto del commercio internazionale</i> | <i>Dir. comm. int.</i> |
| <i>Diritto dell'economia</i> | <i>Dir. econ.</i> |
| <i>Diritto e pratica nell'assicurazione</i> | <i>Dir. e prat. assic.</i> |
| <i>Diritto fallimentare (e delle società commerciali)</i> | <i>Dir. fall.</i> |
| <i>Diritto e giurisprudenza</i> | <i>Dir. e giur.</i> |
| <i>Diritto industriale</i> | <i>Dir. ind.</i> |
| <i>Diritto dell'informazione e dell'informatica</i> | <i>Dir. inform.</i> |
| <i>Economia e credito</i> | <i>Econ. e cred.</i> |
| <i>Enciclopedia del diritto</i> | <i>Enc. dir.</i> |
| <i>Enciclopedia giuridica (Treccani)</i> | <i>Enc. giur.</i> |
| <i>Europa e diritto privato</i> | <i>Europa e dir. priv.</i> |
| <i>Fallimento (il)</i> | <i>Fallimento</i> |
| <i>Foro italiano (il)</i> | <i>Foro it.</i> |
| <i>Foro napoletano (il)</i> | <i>Foro nap.</i> |
| <i>Foro padano (il)</i> | <i>Foro pad.</i> |

¹ Gli elenchi acclusi non sono esaustivi. Se una rivista utilizzata o un'autorità non rientrano in questa serie, se ne devono citare i nomi per esteso.

| | |
|---|------------------------------|
| <i>Giurimetrica</i> | <i>In questa rivista</i> |
| <i>Giurisprudenza commerciale</i> | <i>Giur. comm.</i> |
| <i>Giurisprudenza costituzionale</i> | <i>Giur. cost.</i> |
| <i>Giurisprudenza italiana</i> | <i>Giur. it.</i> |
| <i>Giurisprudenza di merito</i> | <i>Giur. merito</i> |
| <i>Giustizia civile</i> | <i>Giust. civ.</i> |
| <i>Jus</i> | <i>Jus</i> |
| <i>Notariato (II)</i> | <i>Notariato</i> |
| <i>Novissimo Digesto italiano</i> | <i>Noviss. Digesto it.</i> |
| <i>Nuova giurisprudenza civile commentata</i> | <i>Nuova giur. civ.</i> |
| | <i>comm.</i> |
| <i>Nuove leggi civili commentate (le)</i> | <i>Nuove leggi civ.</i> |
| <i>Orizzonti del Diritto Commerciale</i> | <i>ODC</i> |
| <i>Quadrimestre</i> | <i>Quadr.</i> |
| <i>Rassegna di diritto civile</i> | <i>Rass. dir. civ.</i> |
| <i>Rassegna di diritto pubblico</i> | <i>Rass. dir. pubbl.</i> |
| <i>Rivista bancaria</i> | <i>Riv. banc.</i> |
| <i>Rivista critica di diritto privato</i> | <i>Riv. crit. dir. priv.</i> |
| <i>Rivista dei dottori commercialisti</i> | <i>Riv. dott. comm.</i> |
| <i>Rivista del notariato</i> | <i>Riv. not.</i> |
| <i>Rivista della cooperazione</i> | <i>Riv. coop.</i> |
| <i>Rivista di diritto civile</i> | <i>Riv. dir. civ.</i> |
| <i>Rivista del diritto commerciale</i> | <i>Riv. dir. comm</i> |
| <i>Rivista di diritto bancario</i> | <i>Riv. dir. banc.</i> |
| <i>Rivista di diritto internazionale</i> | <i>Riv. dir. internaz.</i> |
| <i>Rivista di diritto privato</i> | <i>Riv. dir. priv.</i> |
| <i>Rivista di diritto processuale</i> | <i>Riv. dir. proc.</i> |
| <i>Rivista di diritto pubblico</i> | <i>Riv. dir. pubbl.</i> |
| <i>Rivista di diritto societario</i> | <i>Riv. dir. soc.</i> |
| <i>Rivista italiana del leasing</i> | <i>Riv. it. leasing</i> |
| <i>Rivista delle società</i> | <i>Riv. soc.</i> |
| <i>Rivista giuridica sarda</i> | <i>Riv. giur. sarda</i> |
| <i>Società (le)</i> | <i>Società</i> |
| <i>Vita notarile</i> | <i>Vita not.</i> |

II. RIVISTE STRANIERE.

| | |
|--|-------------------------------------|
| <i>American bankruptcy institute law review</i> | <i>Am. Bankr. Inst. L. Rev.</i> |
| <i>American bankruptcy law journal</i> | <i>Am. Bankr. L. J.</i> |
| <i>American law and economics review</i> | <i>Am. L. Econ. Rec.</i> |
| <i>Annuaire du droit de la mer</i> | <i>ADM</i> |
| <i>Anuario de derecho civil</i> | <i>ADC</i> |
| <i>Anuario de derecho concursal</i> | <i>Anuario de derecho concursal</i> |
| <i>Anuario de derecho marítimo</i> | <i>Anuario de derecho marítimo</i> |
| <i>Archiv für die civilistische praxis</i> | <i>AcP</i> |
| <i>Berkeley journal of international law</i> | <i>Berkeley J. Int. L.</i> |
| <i>Cahiers de droit européen</i> | <i>CDE</i> |
| <i>California law review</i> | <i>Cal. L. Rev.</i> |
| <i>Cambridge international law journal</i> | <i>Cambr. Int. L. J.</i> |
| <i>Cardozo law review</i> | <i>Cardozo L. Rev.</i> |
| <i>Chicago-kent law review</i> | <i>Chi. Kent. L. Rev.</i> |
| <i>Columbia business law review</i> | <i>Colum. Bus. L. Rev.</i> |
| <i>Columbia law review</i> | <i>Colum. L. Rev.</i> |
| <i>Cornell international law journal</i> | <i>Cornell Int. L. J.</i> |
| <i>Economic journal</i> | <i>Econ. J.</i> |
| <i>European business law review</i> | <i>Eu. Bus. L. Rev.</i> |
| <i>European business organization law review</i> | <i>Eu. Bus. Org. L. Rev.</i> |
| <i>European company and financial law review</i> | <i>ECFR</i> |
| <i>European journal of legal studies</i> | <i>EJLS</i> |
| <i>European law journal</i> | <i>Eur. Law J.</i> |
| <i>European review of private law</i> | <i>Eur. Rev. Priv. Law</i> |
| <i>Global jurist</i> | <i>Glob. Jurist</i> |
| <i>Harvard law review</i> | <i>Harv. L. Rev.</i> |
| <i>Industrial law journal</i> | <i>ILJ</i> |
| <i>International business law journal</i> | <i>Int'l. Bus. L. J.</i> |
| <i>International journal of law and information technology</i> | <i>Int'l. J. L. IT.</i> |
| <i>Journal of business & technology law</i> | <i>J. Bus. & Tech. L.</i> |
| <i>Journal of competition law & economics</i> | <i>J. C. L. & E.</i> |
| <i>Journal of corporation law</i> | <i>J. Corp. L.</i> |
| <i>Journal of international economic law</i> | <i>J. Int'l. Econ. L.</i> |
| <i>Law and economics yearly review</i> | <i>L. & Econ. Year. Rev.</i> |
| <i>Michigan law review.</i> | <i>Michigan L. Rev.</i> |

| | |
|---|-----------------------------|
| <i>Neue juristische wochenschrift</i> | <i>Neue Jur. Woch.</i> |
| <i>Revue de l'union européenne</i> | <i>Rev. Dr. UE</i> |
| <i>Revue des contrats</i> | <i>RDC</i> |
| <i>Revue de droit bancaire et financier</i> | <i>RD. bancaire et fin.</i> |
| <i>Revue des sociétés</i> | <i>Rev. sociétés</i> |
| <i>Revue internationale de droit économique</i> | <i>RID. éco</i> |
| <i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i> | <i>RTD com.</i> |
| <i>Stanford law review</i> | <i>Stan. L. Rev.</i> |
| <i>The journal of finance</i> | <i>J. Fin.</i> |
| <i>The law quarterly review</i> | <i>L. Quart. Rev.</i> |
| <i>University of pennsylvania law review</i> | <i>U. PA. L. Rev.</i> |
| <i>Washington law review</i> | <i>Washington L. Rev.</i> |
| <i>Wm. Wert papier mitteilungen zeitschrift fuer wirtschafts- und bankrecht</i> | <i>WM</i> |
| <i>Yale law journal</i> | <i>Yale L. J.</i> |
| <i>Zeitschrift für europäisches unternehmens- und verbraucherrecht (journal of european consumer and market law).</i> | <i>EUVR</i> |

III. COMMENTARI. TRATTATI.

| | |
|--|--|
| <i>Commentario del codice civile</i> , diretto da E. Gabrielli, Torino | <i>Commentario Gabrielli</i> |
| <i>Il Codice Civile. Commentario</i> , diretto da P. Schlesinger, e diretto da F.D. Busnelli, Milano | <i>Commentario Schlesinger</i> |
| <i>Commentario del codice civile</i> , a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma | <i>Commentario Scialoja-Branca</i> |
| <i>Commentario Scialoja-Branca, legge fallimentare</i> a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna-Roma | <i>Commentario Scialoja-Branca, l. fall.</i> |
| <i>S.r.l. Commentario</i> , a cura di A.A. Dolmetta e G. Presti, dedicato a G.B. Portale | <i>Commentario S.r.l. Portale</i> |
| <i>Trattato di diritto privato</i> , diretto da M. Bessone, Torino | <i>Trattato Bessone</i> |
| <i>Trattato di diritto privato</i> , diretto da V. Buonocore, Torino | <i>Trattato Buonocore</i> |
| <i>Trattato di diritto civile e commerciale</i> , già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano | <i>Trattato Cicu-Messineo</i> |
| <i>Trattato delle società per azioni</i> , diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino | <i>Trattato Colombo-Portale</i> |
| <i>Trattato di diritto commerciale</i> , diretto da G. Cottino, Padova | <i>Trattato Cottino</i> |
| <i>Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia</i> , diretto da F. Galgano, Padova | <i>Trattato Galgano</i> |
| <i>Trattato delle società a responsabilità limitata</i> , diretto da C. Ibba e G. Marasà, Padova | <i>Trattato Ibba-Marasà</i> |
| <i>Trattato di diritto privato</i> , a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano | <i>Trattato Iudica-Zatti</i> |
| <i>Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato</i> , diretto da P. Perlingieri, Napoli | <i>Trattato Perlingieri</i> |
| <i>Trattato di diritto dell'economia</i> , diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Torino | <i>Trattato Picozza-Gabrielli</i> |

Trattato di diritto privato, diretto da P.
Rescigno, Torino

Trattato dei contratti, diretto da P.
Rescigno e E. Gabrielli, Torino

Trattato di diritto civile, diretto da R.
Sacco, Torino

Trattato di diritto civile, fondato da F.
Vassalli, Torino

Trattato Rescigno

*Trattato Rescigno-
Gabrielli*

Trattato Sacco

Trattato Vassalli

N.B.: va sempre aggiunto l'anno di pubblicazione del volume

IV. FONTI NORMATIVE.

| | |
|--|---------------------|
| Circolare | <i>circ.</i> |
| Codice civile | <i>c.c</i> |
| Codice di commercio | <i>c. comm.</i> |
| Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali | <i>CEDU</i> |
| Costituzione | <i>Cost.</i> |
| Codice di procedura civile | <i>c.p.c.</i> |
| Codice penale | <i>c.p</i> |
| Codice di procedura penale | <i>c.p.p.</i> |
| Contratto collettivo nazionale di lavoro | <i>c.c.n.l.</i> |
| Decreto | <i>d.</i> |
| Decreto del Pres. Del Consiglio dei Ministri | <i>d.p.c.m.</i> |
| Decreto del Pres. della Repubblica | <i>d.p.r.</i> |
| Decreto interministeriale | <i>d. interm.</i> |
| Decreto legislativo | <i>d.lgs.</i> |
| Decreto legge | <i>d.l.</i> |
| Decreto legge luogotenenziale | <i>d.lgt.</i> |
| Decreto ministeriale | <i>d.m.</i> |
| Direttiva | <i>dir.</i> |
| Disegno di legge | <i>d.d.l.</i> |
| Disposizioni di attuazione | <i>disp. att.</i> |
| Disposizioni sulla legge in generale | <i>disp. prel.</i> |
| Disposizioni di attuazione | <i>disp. att.</i> |
| Disposizioni transitorie | <i>disp. trans.</i> |
| Legge | <i>l.</i> |
| Legge assegni | <i>l. ass.</i> |
| Legge costituzionale | <i>l. cost.</i> |
| Legge fallimentare | <i>l. fall.</i> |
| Legge cambiaria | <i>l. camb.</i> |
| Legge regionale | <i>l.reg</i> |
| Regio decreto | <i>r.d.</i> |
| Regolamento | <i>reg.</i> |
| Statuto dei lavoratori | <i>st. lav.</i> |
| Testo unico | <i>t.u.</i> |
| Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1-9-1993, n. 583) | <i>t.u.b.</i> |
| Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24-2-1998, n. 58) | <i>t.u.f.</i> |
| Trattato che istituisce la Comunità Europea | <i>TCE</i> |

Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
Trattato sull'Unione Europea

TFUE
TUE

V. MAGISTRATURE E AUTORITÀ.

| | |
|---|------------------------|
| Arbitrato Bancario Finanziario | <i>ABF</i> |
| Arbitro per le controversie finanziarie | <i>ACF</i> |
| Banca d'Italia | <i>Banca d'Italia</i> |
| Collegio arbitrale | <i>Coll. Arb.</i> |
| Consiglio di Stato | <i>Cons. Stato</i> |
| Consiglio superiore della magistratura | <i>CSM</i> |
| Consob | <i>Consob</i> |
| Consulente tecnico d'ufficio | <i>c.t.u.</i> |
| Corte Costituzionale | <i>Corte cost.</i> |
| Corte d'Appello | <i>App.</i> |
| Corte d'Assise d'Appello | <i>Ass. App.</i> |
| Corte dei Conti | <i>C. Conti</i> |
| Corte di Cassazione | <i>Cass.</i> |
| Corte di Cassazione civile | <i>Cass. Civ. Sez.</i> |
| Corte di Cassazione penale | <i>Cass. Pen. Sez.</i> |
| Corte di giustizia dell'Unione Europea | <i>C. Giust. UE</i> |
| Corte Europea dei diritti dell'uomo | <i>C. Dir. Uomo</i> |
| Giudice per le indagini preliminari | <i>G.I.P.</i> |
| Giudice per l'udienza preliminare | <i>G.U.P.</i> |
| IVASS | <i>IVASS</i> |
| Pubblico Ministero | <i>P.M.</i> |
| Sezioni unite (Corte di Cassazione) | <i>sez. un. o S.U.</i> |
| Supremo Collegio | <i>s. C.</i> |
| Tribunale | <i>Trib.</i> |
| Tribunale amministrativo regionale | <i>Tar</i> |
| Tribunale regionale di giustizia amministrativa | <i>T.R.G.A.</i> |

VI. ALTRE ABBREVIAZIONI COMUNI.

| | |
|-----------------------------------|----------------------|
| allegato | <i>all.</i> |
| articolo citato | <i>art. cit.</i> |
| articolo - articoli | <i>art. - artt.</i> |
| autori vari | <i>Aa.Vv.</i> |
| Banca centrale europea | <i>Bce</i> |
| Comunità economica europea | <i>Cee</i> |
| conforme | <i>conf.</i> |
| confronta | <i>cfr.</i> |
| cosiddetta - cosiddetto | <i>cd.</i> |
| decisione | <i>dec.</i> |
| deliberazione | <i>delib.</i> |
| diforme | <i>diff.</i> |
| e altri | <i>et. al.</i> |
| eccetera | <i>ecc.</i> |
| edizione | <i>ed.</i> |
| esempio | <i>es.</i> |
| Gazzetta Ufficiale | <i>G.U.</i> |
| <i>idem</i> | <i>id.</i> |
| inedito | <i>ined.</i> |
| massima | <i>mass.</i> |
| nota del redattore | <i>n.d.r.</i> |
| nota del traduttore | <i>n.d.t.</i> |
| nota dell'Autore | <i>n.d.a.</i> |
| numero - numeri | <i>n. - nn.</i> |
| opera - opere | <i>op. - opp.</i> |
| opera già citata | <i>op. cit.</i> |
| ordinanza | <i>ord.</i> |
| per questi motivi | <i>p.q.m.</i> |
| pubblica amministrazione | <i>p.a.</i> |
| seguinte - seguenti | <i>s. - ss.</i> |
| sentenza | <i>sent.</i> |
| Sezione | <i>Sez.</i> |
| Sezione lavoro | <i>Sez. lav.</i> |
| Sezioni Unite | <i>Sez. Un./S.U.</i> |
| società a responsabilità limitata | <i>s.r.l.</i> |
| società per azioni | <i>s.p.a.</i> |
| Suprema corte | <i>S.C.</i> |
| Unione europea | <i>UE</i> |

CODICE ETICO

Giurimetrica è una rivista online che si ispira alle migliori prassi internazionali in materia di valutazione e pubblicazione dei contributi. Il presente codice etico si ispira alle *Guidelines on good publications practice* del *Committee on Publication Ethics (COPE)*.

DOVERI DELLA DIREZIONE

DOVERI DEL COMITATO SCIENTIFICO

La Direzione e il Comitato scientifico sono responsabili della definizione e sviluppo della linea editoriale della Rivista, nonché del rispetto delle regole in materia di selezione e pubblicazione dei contributi, così come di ogni altra disposizione di legge in materia.

I membri della Direzione e del Comitato scientifico si impegnano a svolgere la propria attività in maniera diligente, professionale e obiettiva, evitando qualsiasi discriminazione di genere, lingua, sesso, razza, opinioni religiose, morali e politiche.

Essi sono tenuti a dichiarare qualsiasi conflitto di interesse che li riguardi e ad adottare politiche che gestiscano tali conflitti e prevengano conseguenze dannose alla Rivista medesima o a terzi.

Un conflitto d'interessi può sussistere quando un autore o la sua istituzione, un *referee* o un membro del Comitato Scientifico, di Direzione o Editoriale hanno rapporti personali, lavorativi o economici di entità tale da influenzare in modo inappropriato il loro comportamento, in termini di giudizio, di pressioni o di valutazioni. Questo conflitto può esistere anche se il soggetto ritiene che tali rapporti non lo influenzino.

Gli interessi oggetto di potenziali conflitti possono essere finanziari (es. titolarità di marchi o brevetti, titolarità di azioni, consulenze), editoriali (es. editori di una rivista concorrente o impieghi presso un editore concorrente), personali, politici, intellettuali o religiosi.

I membri della Direzione e del Comitato scientifico assicurano infine il riserbo e la confidenzialità sulle informazioni raccolte durante lo svolgimento delle loro funzioni e si impegnano a non divulgarle a terzi.

DOUBLE BLIND PEER REVIEW

DOVERI DEI REVISORI

Giurimettrica utilizza un sistema di doppio referaggio anonimo (*Double blind peer review*) per la valutazione dei contributi.

I contributi in forma di saggio, proposti per la pubblicazione, devono pervenire alla redazione in formato word e pdf all'indirizzo redazione@almiura.it, seguendo le modalità indicate nella sezione "regole per l'invio dei contributi" delle norme redazionali.

I contributi inviati vengono assegnati a due valutatori (*referee*) di comprovata esperienza e competenza: questi ultimi sono sorteggiati dalla Direzione e dal Comitato scientifico all'interno di un elenco di ordinari, associati e ricercatori in materie giuridiche, estratti da una lista periodicamente soggetta a rinnovamento. I contributi sono anonimizzati prima dell'invio ai valutatori.

I *referee* sono tenuti a:

- a)** dichiarare alla Direzione e al Comitato scientifico, prima di assumere l'incarico, conflitti di interesse attuali o potenziali tali da inficiare la serenità e l'obiettività della valutazione, e in tal caso rinunciare all'incarico;
- b)** rispondere tempestivamente all'invito (in linea di massima 15 giorni) anche qualora scelgano di non assumere l'incarico;
- c)** assumere l'incarico solo se ritengono di poterlo eseguire entro il periodo di tempo concordato con la Direzione e il Comitato scientifico (in linea di massima 15 giorni);
- d)** comunicare tempestivamente alla Direzione e al Comitato scientifico circostanze sopravvenute che rendano difficoltosa o impossibile la prosecuzione dell'incarico;
- e)** in caso di rinuncia all'incarico, comunicare al *referee* subentrante suggerimenti o informazioni utili derivanti dalla propria esperienza, astenendosi da considerazioni soggettive e personali;
- f)** studiare e valutare il solo manoscritto, materiali e data files supplementari messi a disposizione dalla redazione;
- g)** in caso di necessità di materiale integrativo per lo svolgimento dell'incarico, non contattare direttamente l'autore del contributo ma comunicare tempestivamente la circostanza alla Direzione e al Comitato scientifico;

h) nel caso di cui al punto precedente, richiedere materiali e informazioni strettamente necessarie alla prosecuzione dell'incarico, evitando di prolungare intenzionalmente e senza giustificato motivo il referaggio;

i) mantenere il più stretto riserbo sull'incarico e non sfruttare le informazioni ottenute a vantaggio personale o di terzi;

j) non coinvolgere soggetti terzi nell'attività di referaggio salvo il consenso esplicito della Direzione e del Comitato scientifico e, in tale caso, indicare espressamente i nomi e cognomi dei terzi coinvolti;

k) segnalare tempestivamente alla Direzione e al Comitato scientifico eventuali conflitti di interesse sopravvenuti o altre circostanze in grado di pregiudicare l'obiettività della valutazione e, in attesa di risposta, astenersi dal proseguire il referaggio;

l) qualora abbiano motivo di sospettare condotte degli autori contrarie ai doveri di questi ultimi e alle norme redazionali generali (ad esempio una sostanziale somiglianza tra il contributo oggetto di valutazione e un'altra pubblicazione dello stesso autore sottoposta a referaggio in altra rivista), segnalare la circostanza alla Direzione e al Comitato scientifico astenendosi dal fare indagini personali, salvo sia espressamente consentito da questi ultimi.

Per quanto concerne la compilazione e stesura del report di valutazione finale, i *referee* sono tenuti a:

1. attenersi ai criteri scientifici e alle norme redazionali della rivista;
2. formulare giudizi specifici, oggettivi, costruttivi e supportati da prove e argomentazioni convincenti che evidenzino elementi di forza e debolezza del contributo;
3. mantenere un linguaggio il più possibile rispettoso, neutrale e professionale, evitando critiche o accuse ingiustificate;
4. evitare toni ostili e offensivi;
5. qualora la valutazione non sia stata completa, evidenziare specificamente le parti del testo oggetto di referaggio;
6. rispettare il linguaggio e lo stile utilizzati dall'autore anche se privo di dimestichezza con eventuali termini tecnici, evitando di riscrivere parti del testo secondo lo stile ritenuto corretto;
7. nell'ipotesi di cui al punto precedente formulare suggerimenti e correzioni, tenendo conto delle circostanze soggettive che hanno indotto l'autore ad utilizzare uno stile con cui non ha familiarità;

L'autore riceverà per ciascun *referee*, previa anonimizzazione, la scheda con le eventuali osservazioni e i suggerimenti proposti per migliorare il manoscritto.

L'autore può decidere se accettare, in tutto o in parte, o meno i suggerimenti dei *referee*. L'autore dovrà quindi inviare nuovamente a redazione@almaiura.it l'articolo, accompagnato da una lettera o mail in cui spiegherà se ha accolto o meno i suggerimenti dei *referee* e in caso di mancato accoglimento le ragioni del rifiuto.

Qualora uno o entrambi i *referee* esprimano parere negativo, parere favorevole alla pubblicazione ovvero parere favorevole subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, in ogni caso la decisione definitiva sull'opportunità di pubblicare il saggio spetta alla Direzione e al Comitato scientifico. Questi ultimi verificano altresì che l'autore abbia apportato le eventuali modifiche richieste dai valutatori.

Qualora il contributo venga accettato dalla Direzione e dal Comitato scientifico, l'autore deve inviare a redazione@almaiura.it le bozze definitive dell'articolo unitamente a una dichiarazione (via lettera o mail allo stesso indirizzo) con cui concede alla Rivista e al suo editore l'esercizio esclusivo di tutti i diritti di sfruttamento sul manoscritto, senza limiti di spazio e di tempo e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e in futuro sviluppate.

In tal modo la Rivista acquisisce il diritto di distribuire liberamente il contributo attraverso qualsiasi mezzo e in ogni parte del mondo, compresa la comunicazione al pubblico attraverso il sito web ufficiale.

DOVERI DEGLI AUTORI

Gli autori devono garantire che i contributi proposti siano del tutto originali e frutto del proprio personale lavoro di ricerca. I riferimenti ad opere altrui devono essere espressamente citati secondo i criteri indicati nelle norme redazionali.

I contributi devono contenere esaurienti dettagli e riferimenti per permettere ad altri lo studio e l'approfondimento della ricerca svolta, nonché la possibilità di riferirsi ad essa secondo i criteri del relativo ambito di ricerca.

Sono del tutto inammissibili dichiarazioni fraudolente, offensive o intenzionalmente non veritiere.

Nella redazione dei contributi, gli autori sono tenuti ad attenersi alle norme redazionali pubblicate sul sito della Rivista. Il titolo e l'*abstract* di ciascun contributo devono essere redatti in doppia lingua (italiano - inglese) e ad essi devono essere affiancate cinque parole chiave / *keywords* in italiano e in inglese.

I contributi proposti alla redazione non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da *copyright* o sottoposti a revisione ad altre riviste ai fini di pubblicazione. Qualora il manoscritto sia stato pubblicato in precedenza, è consentita la sua ripubblicazione su *Giurimetrica* solo previo accordo e autorizzazione dell'editore precedente, in conformità alla legge sul *copyright* e a tutela dell'autore.

La proprietà intellettuale del contributo è estesa a tutti coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione o l'interpretazione dello studio. L'attribuzione delle paternità letteraria deve rispettare l'effettivo contributo fornito alla redazione del documento: nel caso di lavori redatti "a più mani", in particolare, è fornita distinta evidenza dei paragrafi attribuiti a ciascuno degli autori. Gli autori si impegnano dunque a indicare come co - autori tutti coloro che rientrano nella categoria menzionata e a citarli nei ringraziamenti.

Gli autori devono altresì indicare nel contributo ogni forma di sostegno finanziario ricevuto per la redazione del medesimo nonché eventuali conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto di interesse che possono influenzare i risultati o l'interpretazione del manoscritto.

EDITORIALI

ROBERT J. SHILLER*

Comprendere il mercato azionario durante la pandemia

NEW HAVEN – L'andamento dei mercati azionari, soprattutto negli Stati Uniti, durante la pandemia di coronavirus sembra sfidare la logica. Con il calo della domanda di investimenti e occupazione, cosa potrebbe tenere a galla i prezzi delle azioni?

Più i fondamentali economici e i risultati di mercato divergono, più profondo diventa il mistero, fino a quando non entrano in campo possibili spiegazioni basate sulla psicologia della folla, sulla viralità delle idee e sulla dinamica delle epidemie narrative. Dopo tutto, i movimenti del mercato azionario sono trainati in gran parte dalle valutazioni degli investitori sull'evoluzione della reazione degli altri investitori alle notizie, piuttosto che dalle notizie stesse.

Questo perché la maggior parte delle persone non ha modo di valutare l'importanza delle notizie economiche o scientifiche. Soprattutto quando la sfiducia nei media è alta, tendono a fidarsi delle reazioni delle persone che conoscono. Questo processo di valutazione richiede tempo, motivo per cui i mercati azionari non rispondono improvvisamente e completamente alle notizie, come suggerirebbe la teoria convenzionale. La notizia lancia una nuova tendenza nei mercati, ma è così ambigua che la maggior parte dei capitali intelligenti o "smart money" non riesce a trarne profitto.

Certo, è difficile sapere cosa spinga il mercato azionario, ma possiamo almeno fare delle congetture *ex post*, sulla base delle informazioni disponibili.

Ci sono tre diverse fasi del puzzle negli Usa: l'aumento del 3% dell'indice S&P 500 dall'inizio della crisi del coronavirus, il 30 gennaio, al 19 febbraio; il calo del 34% da questa data fino al 23 marzo; e la ripresa del 42% dal 23 marzo ad oggi. Ognuna di queste fasi rivela un'associazione sconcertante con le notizie, poiché la reazione del mercato in ritardo viene filtrata dalle reazioni e dalle storie degli investitori.

La prima fase è iniziata quando, il 30 gennaio, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato il nuovo coronavirus "un'emergenza sanitaria pubblica di interesse internazionale". Nei 20 giorni successivi l'indice S&P 500 salì del 3%, raggiungendo il record storico il 19 febbraio. Perché gli investitori dovrebbero dare alle azioni la valutazione più alta di sempre subito dopo l'annuncio di una possibile tragedia globale? I tassi d'interesse non sono scesi nel corso di questo

* Premio Nobel per l'economia nel 2013 e professore di economia all'Università di Yale, è l'autore di "Narrative Economics: How Stories Go Viral and Drive Major Economic Events".

periodo. Perché il mercato azionario non aveva “previsto” una flessione dell'imminente recessione prima dell'inizio della contrazione?

L'ipotesi è che una pandemia non fosse un evento noto e che la maggior parte degli investitori all'inizio di febbraio non fosse convinta che altri investitori e consumatori potessero prestare attenzione a queste cose, fino a quando non videro una maggiore reazione alle notizie e ai prezzi di mercato. La mancanza di esperienza passata dalla pandemia influenzale del 1918-20 ha fatto sì che non vi fosse alcuna analisi statistica dell'impatto di tali eventi sul mercato. I primi lockdown alla fine di gennaio in Cina hanno ricevuto scarsa attenzione sulla stampa mondiale. La malattia causata dal nuovo coronavirus non aveva nemmeno un nome fino all'11 febbraio, quando l'OMS la battezzò COVID-19.

Nelle settimane precedenti il 19 febbraio, l'attenzione dell'opinione pubblica verso i problemi di lunga data come il riscaldamento globale, la stagnazione secolare o gli eccessi di debito stava svanendo. Il processo di impeachment del presidente Donald Trump, terminato il 5 febbraio, dominava ancora i talk negli Stati Uniti, e molti politici apparentemente trovavano ancora controproducente lanciare allarmi su un'ipotetica nuova, grande e imminente tragedia.

La seconda fase iniziò quando l'indice S&P 500 crollò del 34% dal 19 febbraio al 23 marzo, un calo simile al crollo del mercato azionario del 1929. Eppure, al 19 febbraio erano pochi i casi segnalati di morte per COVID-19 al di fuori della Cina. Ciò che ha cambiato il pensiero degli investitori in quell'intervallo non è stata solo una narrazione, ma una costellazione di narrazioni correlate.

Alcune delle nuove notizie erano assurde. Il 17 febbraio fu menzionata per la prima volta una corsa su carta igienica a Hong Kong, storia diventata virale come una barzelletta. Naturalmente, le notizie sulla diffusione della malattia stavano diventando sempre più internazionali. L'OMS l'ha soprannominata pandemia l'11 marzo. Le ricerche su Internet per “pandemia” hanno raggiunto il picco nella settimana dell'8-14 marzo e le ricerche per “coronavirus” hanno raggiunto il picco nella settimana del 15-21 marzo.

Sembra che in questa seconda fase la gente stesse cercando di apprendere le prime nozioni su questo strano evento. Molte non capirono subito la situazione, figuriamoci coloro che avrebbero potuto influenzare i prezzi di mercato.

Mentre la flessione del mercato azionario procedeva, iniziavano a sentirsi le prime storie di difficoltà e chiusure aziendali causate dal lockdown. Ad esempio, durante il lockdown in Cina alcune persone si sarebbero ridotte a cibarsi di pesci e vermi. In Italia, i medici che lavoravano in ospedali in sofferenza erano costretti a scegliere quali pazienti curare. Fiorirono le narrazioni sulla Grande Depressione degli anni '30.

L'inizio della terza fase, quando il mercato S&P 500 iniziò il suo rialzo del 40%, è stato segnato da alcune notizie reali sulla politica fiscale e monetaria. Il 23 marzo, dopo che i tassi di interesse erano già stati ridotti praticamente a zero,

la Federal Reserve statunitense annunciò un programma aggressivo per stabilire strumenti di credito innovativi. Quattro giorni dopo Trump firmò il Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act da 2 mila miliardi di dollari, promettendo stimoli fiscali aggressivi.

Entrambe queste misure, e azioni simili in altri paesi, sono state descritte come somiglianti alle iniziative intraprese per contrastare la Grande Recessione del 2008-2009, che è stata seguita da un graduale ma alla fine enorme incremento dei prezzi delle azioni. L'indice S&P 500 si è quintuplicato dal suo record più basso tra il 9 marzo 2009 e il 19 febbraio 2020. La maggior parte delle persone non ha idea di cosa ci sia nel piano della Fed o nel CARES Act, ma gli investitori conoscevano un esempio recente in cui tali misure apparentemente funzionavano.

Sono tornate alla ribalta storie di crolli del mercato azionario più esigui ma ancora significativi e di forti riprese, un paio delle quali dopo il 2018. Parlare di rimpianti per non aver acquistato allora, o nel 2009, potrebbe aver lasciato l'impressione che il mercato fosse crollato abbastanza nel 2020. A quel punto, ha preso piede la FOMO (fear of missing out, ossia la paura di essere tagliati fuori, una particolare forma di ansia sociale), che ha rafforzato la convinzione degli investitori che fosse sicuro tornare indietro.

In tutte e tre le fasi del mercato azionario COVID-19, gli effetti delle notizie vere sono evidenti. Ma i movimenti dei prezzi non sono necessariamente una risposta rapida e logica ad esso. Raramente lo sono.

ARTICOLI

Il fondo di garanzia per le PMI: operatività intensiva e questioni irrisolte

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principi, attività e funzionamento. – 3. Soggetti. – 4. Il contenzioso: tre tipologie. – 5. Il contenzioso: questioni incidentali. – 5.1. La rappresentanza. – 5.2. La giurisdizione. – 5.3. La legittimità. – 6. Il contenzioso: questioni di diritto e di merito. – 6.1. Diniego e/o revoca dell'agevolazione. – 6.2. Escussioni di garanzia e/o controgaranzia. – 6.3. Surrogazione nel credito e recupero. – 7. Il contenzioso: le sintesi. – 8. Una prospettiva a breve ed a medio termine.

1. *Introduzione* – La SARS-CoV-2 o Covid-19 (*CORONA VIRUS DISEASE 2019*) ha condotto alla ribalta del grande pubblico il Fondo di Garanzia per le PMI; sono stati, infatti, veramente numerosi gli articoli di stampa su questa realtà, non così nota tra gli operatori del diritto, i quali, forse, potrebbero aver presto necessità di doverla approfondire.

Se sono tristemente note le drammatiche conseguenze sulla vita delle persone, non sono meno noti gli effetti negativi di carattere economico, andati a rialimentare una crisi che si trascinava e si trascina dagli anni 2007-2008 senza una stabile inversione di tendenza. Una delle soluzioni percorse per cercare di arginare gli impatti economici avversi della pandemia è stata, appunto, quella di veicolare quasi per intero il tessuto produttivo del Paese, composto da professionisti di vario genere e milioni di piccole e medie imprese (PMI), verso il Fondo di Garanzia per le PMI ed il suo strumento principe: la garanzia dello Stato. Il Fondo, istituito nel 1996 ed operativo dal 2000¹, è il destinatario finale di molte

* Avvocato, giurista d'impresa, si occupa da oltre un decennio della materia. Citazioni sprovviste di fonte identificata sono derivanti da documenti inerenti le operazioni gestite. La giurisprudenza, se non altrimenti specificato, è ottenibile attraverso la piattaforma Pluris di Wolters Kluwer Italia o è frutto di segnalazioni pervenute direttamente all'autore, mentre le fonti tratte da siti *web* sono state verificate il 19 maggio 2021.

¹ I primi quattro provvedimenti di cui dar conto sono: l'art. 2, co. 100, lett. a) della l. 23 dicembre 1996, n. 662, recante *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*; il successivo art. 15 della l. 7 agosto 1997, n. 266 contenente *Interventi urgenti per l'economia*; il d. interm. 31 maggio 1999, n. 248 con l'approvazione del *Regolamento recante criteri e modalità per la concessione della garanzia e per la gestione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese*; nel dicembre dello stesso anno, infine, l'allegato al d.m. 3 dicembre 1999 in G.U. 13/12/1999, S.G. n. 291, che rende pubbliche le prime *Condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del*

delle più importanti misure contenute nei provvedimenti di legge emanati durante il 2020² e gli è stato affidato un ruolo, forse non il più importante, ma di certo significativo, sul versante economico: assicurare la sopravvivenza del sistema produttivo, onde evitarne un irreversibile tracollo, ed affidandogli le speranze di ripresa.

Poiché ci si augura che la scelta politica si riveli efficace, questo contributo non verte su pregi o difetti delle misure legislative, bensì intende cogliere l'occasione per svolgere una ricognizione di precedenti questioni connesse alla operatività quotidiana del Fondo, al fine di capire se e come possano considerarsi risolte o se siano ancora in attesa di. Visto infatti il volume di attività che la cd. legislazione emergenziale ha prodotto³, la ragione è prospettica: è difficile credere che un così intenso ricorso alla garanzia del Fondo non darà luogo negli anni a venire, fosse pure in percentuali ridotte⁴, ad una qualche forma di contenzioso e sembra quindi utile dar conto di una serie di situazioni in cui ci si potrebbe trovare, se quelle questioni non saranno risolte strada facendo. Il tema però, benché esistente da oltre un ventennio, non risulta aver suscitato l'interesse scientifico che in realtà meriterebbe e dunque, per agevolare il lettore e

fondo di garanzia per le piccole e medie imprese di cui all'art. 2, comma 100, lettera a) della legge 23 dicembre 1996 n. 662. Il sito web del Fondo è www.fondidigaranzia.it

² In considerazione del profluvio di norme di ogni genere che si è abbattuto sui cittadini durante il periodo pandemico, senza pretesa di esaustività citiamo: il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 25), il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. Cura Italia (art. 49, poi abrogato, e art. 56), il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. Liquidità (art. 13), il d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (artt. 64 e 65), la l. 30 dicembre 2020 n. 178 di bilancio per il 2021 (art. 1, commi 213, 246, 254). Nel merito, A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. Banc.*, 2020, II, 253, ancorché il contributo si concentri di più sulla garanzia di SACE S.p.A., che non su quella del Fondo di Garanzia per le PMI.

³ Le dimensioni del fenomeno sono enormi. Basti pensare che il 23/12/2019 il Ministro dello Sviluppo Economico – con riferimento al periodo che andava dalla prima operatività del Fondo alla data della dichiarazione e quindi all'arco di un ventennio – comunicava superata la soglia di 1 milione di operazioni agevolate, per oltre 152 miliardi di euro di finanziamenti erogati alle PMI, di cui oltre 97 miliardi garantiti dal Fondo (www.mise.gov.it; ultima verifica 19 maggio 2021). A distanza di poco più di un anno, il 19/05/2021 il gruppo di monitoraggio sui risultati della legislazione emergenziale, di cui fanno parte MEF, MiSE, Banca d'Italia ed altri, ha segnalato che le misure legislative emanate hanno prodotto 2,119 milioni di domande di agevolazione, per un controvalore garantito superiore a 168,5 miliardi di euro (con tasso di accoglimento superiore al 99%): l'operatività nel solo periodo pandemico (un anno e due mesi da marzo 2020) ha doppiato quella dei venti anni precedenti.

⁴ Sulla base di cifre e volumi in nota precedente, tra residuo di operazioni in corso ed operazioni nuove si può ipotizzare un numero ampiamente superiore a 2 milioni di operazioni di garanzia in gestione: se solo lo 0,5% di esse, stima volutamente bassa, dovesse evolvere in contenzioso, ciò si tradurrebbe in ben oltre 10.000 controversie di primo grado, con una media di tre parti coinvolte per ciascuna di esse.

raggiungere degnamente lo scopo, intuibili ragioni di sintesi costringono a chiedere soccorso a sé stessi⁵.

2. *Principi, attività e funzionamento.* – PRINCIPI. Il Fondo di Garanzia per le PMI non è un soggetto dotato di personalità giuridica, bensì uno strumento di politica economica istituito «*allo scopo di assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito a favore delle piccole e medie imprese*» (l. 662/1996). Nonostante una formulazione leggermente infelice, in cui si parla di un'assicurazione che non esiste, il compito è chiaro: si tratta di agevolare le piccole e medie imprese nell'accesso al credito, specialmente (ma non solo) quello bancario, mediante il rilascio di una garanzia che tuteli il finanziatore dal rischio di inadempimento del debitore. Per un paragone, si pensi ai confidi ed alla cd. *legge confidi* di qualche anno successiva⁶. Non siamo quindi in ambito assicurativo, bensì nell'ambito bancario delle garanzie sul credito, prestate con la riserva di impiegare, in caso di escussione, denaro pubblico drenato direttamente dal bilancio dello Stato⁷. Benché a chi scrive non risulti indagata la qualificazione giuridica di questo strumento, l'esame della monumentale opera di regolamentazione di primo, secondo, terzo e quarto livello (che talvolta presenta

⁵ E. OLIVIERI, *La riforma del Fondo di Garanzia per le piccole e medie imprese: un difficile equilibrio tra diritto ed esigenze operative*, in www.ilCaso.it, ripreso anche da <http://gladyscastellano.it>. Lo studio esamina vent'anni di attività normativa ed operativa del Fondo.

⁶ Dimenticando l'ormai desueto art. 29, comma 1, della l. 5 ottobre 1991 n. 317, l'attuale definizione di confidi è contenuta nell'art. 13, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito da l. 24 novembre 2003 n. 326. Si tratta di una norma di oltre 60 commi, più volte modificata nel tempo e comunemente nota come *legge confidi*, al cui comma 1 si legge che si intende per: «*“confidi”, i consorzi con attività esterna nonché quelli di garanzia collettiva dei fidi tra liberi professionisti, anche non organizzati in ordini o collegi, secondo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2, della legge 14 gennaio 2013, n. 4, le società cooperative, le società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, che svolgono l'attività di garanzia collettiva dei fidi; per “attività di garanzia collettiva dei fidi”, l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione (...) di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario;*». Se non fosse improprio, si potrebbe quasi pensare che il Fondo di Garanzia per le PMI sia stato istituito nel 1996 per affiancare l'attività dei confidi (il cui fenomeno è databile agli anni 50-60); con il trascorrere del tempo però la presenza del Fondo si è, di fatto, sovrapposta ai confidi e, se non ha del tutto disintermediato il loro ruolo, lo ha seriamente marginalizzato.

⁷ Nella realtà, ciò avviene a seguito di ripetute norme di legge che, ogni volta se ne ravvisi la necessità, prevedono il ri-finanziamento della dotazione patrimoniale del Fondo. L'osservazione (per la verità non l'unica, perché si accompagna anche ad altre) indica che il Fondo in quanto tale non è un istituto di credito, che l'attività non è soggetta a vigilanza di Banca d'Italia, che non si applicano le normative domestiche o europee cui sono soggetti gli istituti di credito, nonostante l'intero meccanismo sia estremamente somigliante e sia perciò possibile cadere in equivoco, equivoco facilitato dal fatto che il gestore del Fondo è, a tutti gli effetti, esso stesso un istituto di credito.

anche livelli successivi), affastellatasi nel corso di decenni, induce ad escludere che si tratti di una garanzia tipica, non ha natura reale e, nonostante le somiglianze, è poco giustificabile il ricorso all'analogia con la disciplina della fideiussione, non fosse altro perché appaiono di ostacolo ad un simile esercizio interpretativo gli artt. 12 e 14 delle disp. prel.

ATTIVITÀ. Durante l'arco della sua operatività, il *core business* del Fondo è rimasto immutato: nell'ambito del d.lgs. 123/1998⁸, il Fondo concede un'agevolazione di Stato nella forma di garanzia, di co-garanzia e di contro-garanzia⁹ e, nonostante siano state modificate nel tempo nomenclatura, indicazioni operative e formalità (o, per meglio dire, i formalismi) dell'agevolazione, non è mutata la sostanza di garanzia sul credito¹⁰. Lo strumento, inizialmente poco noto e poco sfruttato nei suoi primi anni, è cresciuto esponenzialmente di importanza dal 2009 in avanti, tanto da raggiungere i volumi di nota 3. Pandemia a parte, esiste una specifica ragione tecnico finanziaria che spiega la crescita esponenziale, facendo assumere al Fondo di Garanzia un ruolo cruciale nelle agevolazioni dirette al finanziamento delle PMI, ma è necessaria una sintetica digressione che la illustri.

Occorre infatti risalire alle novità in tema di *credit risk mitigation (CRD)* introdotte dagli accordi di Basilea II (2004) sulla eleggibilità delle garanzie quali mitigatori del rischio di credito, ponderanti ai fini dei requisiti patrimoniali di vigilanza degli intermediari¹¹. Quelle novità, importate a livello generale attraverso una serie di interventi normativi, con riferimento specifico al Fondo trovarono approdo finale in una norma di legge, seguita da una comunicazione interpretativa ed autorizzativa di Banca d'Italia¹², con la quale l'*Authority*

⁸ D.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, *Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59.*

⁹ La garanzia è un intervento agevolativo il cui beneficiario è un istituto di credito; la co-garanzia è (*rectius*, era dato che oggi è, di fatto, uno strumento scomparso) una garanzia concessa al medesimo beneficiario, ma ottenuta attraverso l'intervento di un confidi che presta (*rectius*, prestava) una propria garanzia accompagnata dalla garanzia del Fondo; la contro-garanzia è invece una garanzia concessa a beneficio di un confidi il quale, a propria volta, ha direttamente garantito il creditore erogante.

¹⁰ Dalle iniziali garanzie, co-garanzie e contro-garanzie, oggi si parla di garanzie a prima richiesta, di rischio tripartito e – con scelta anche qui poco felice – di riassicurazione (sull'uso del termine si v. l'art. 308 del d.lgs. 209/2005 recante il *Codice delle assicurazioni private*).

¹¹ Più ampiamente, E. OLIVIERI, *cit.*, § 7.

¹² Art. 11, comma 4, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito da l. 28 gennaio 2009 n. 2, con *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* e Banca d'Italia, Comunicazione 3 agosto 2009 avente ad oggetto *Garanzia di ultima istanza dello Stato ex art. 11, comma 4, D.L. n. 185/2008, e relativo D.M. di attuazione 25.3.2009. Trattamento prudenziale.*

riconosceva la cd. *ponderazione zero* delle esposizioni creditizie degli istituti, se garantite in via diretta o indiretta dal Fondo di Garanzia¹³.

La circostanza, pensata e realizzata per soddisfare interessi economico-finanziari, presenta – ad avviso di chi scrive – un immediato risvolto anche sul piano giuridico: poiché l'effetto della ponderazione zero è riconosciuto all'istituto finanziatore anche per il tramite di una contro-garanzia (*i.e.* il finanziatore è garantito da un confidi, il quale è a propria volta contro-garantito dal Fondo) diventa difficile, se proprio non si vuol dire impossibile, in caso di eventuali controversie, impedire diritto di cittadinanza in questa materia al principio *simul stabunt vel simul cadent*¹⁴.

Se allora si torna ai volumi finanziari di nota 3, delle banali stime sugli effetti conseguibili attraverso la ponderazione zero lasciano facilmente intuire sia l'interesse degli istituti verso questo strumento di tutela del credito, sia il motivo per cui lo Stato, in periodo emergenziale, piuttosto che erogare direttamente

¹³ In altre parole, in virtù della presenza della garanzia di ultima istanza dello Stato, la cui solvibilità è aprioristica, si è autorizzato l'intermediario ad evitare accantonamenti prudenziali di capitale sulla parte di finanziamenti garantiti o contro-garantiti a prima richiesta dal Fondo, andando in tal modo ad alleviare il fabbisogno patrimoniale che sarebbe necessario, ai sensi della regolamentazione di vigilanza, se quelle garanzie non ci fossero; nonostante gli accordi di Basilea II siano superati (da Basilea III e già si viaggia verso Basilea IV), lo schema così creato è, per ora, ancora valido. In ogni caso, qualora tale schema dovesse modificarsi, gli effetti dei volumi gestiti dal Fondo continueranno comunque a prodursi per un discreto numero di anni a venire.

¹⁴ Ci si sta riferendo ad ipotesi di liti tra soggetto finanziatore e confidi garante di primo livello, contro-garantito dal Fondo, nei casi in cui il Fondo dichiari l'invalidità della contro-garanzia. La traslazione della ponderazione zero è soggetta ad una condizione: Banca d'Italia chiede che la garanzia del confidi presenti le stesse caratteristiche della garanzia del Fondo, *i.e.* deve possedere gli elementi oggettivi che la regolamentazione di vigilanza prevede per una garanzia *a prima richiesta*; in tal caso è autorizzato l'effetto traslativo. Il che determina un palese collegamento di rapporti giuridici tra loro distinti (il rapporto di garanzia di primo livello, tra finanziatore-creditore e confidi-garante, e il rapporto di secondo livello, tra confidi e Fondo), che perdono così indipendenza: se infatti il finanziatore ottiene benefici così significativi nella fase di gestione *in bonis* del credito e li mantiene in quella in cui il credito si deteriora, cioè quando gli accantonamenti si fanno addirittura più onerosi, il medesimo finanziatore dovrà anche aprirsi ad accettare gli eventuali accidenti negativi, in caso di sopravvenuta inescutibilità della contro-garanzia e, quanto meno, per quelle violazioni di cui egli stesso si sia reso responsabile. Per l'appunto il principio *simul stabunt vel simul cadent*, di modo che effetti positivi e negativi si rifletteranno sull'istituto di credito finanziatore, che non è solo il beneficiario diretto della garanzia di primo livello, ma è anche l'effettivo beneficiario dell'intero meccanismo (a sostegno di queste considerazioni, si consideri inoltre che, sempre a maggior tutela del finanziatore, le disposizioni del Fondo sulla contro-garanzia prevedono anche la possibilità del *double default* o escussione *per saltum*, ossia una fattispecie simile, anche se non del tutto identica, a quella dell'art. 1948 c.c.). Ciò stante, il ricorso al citato principio dovrebbe considerarsi implicito, ancorché – vista la specificità della materia – non sfugge a chi scrive l'opportunità di dichiararlo in maniera chiara nei contratti tra istituti di credito e confidi, volti a disciplinare la concessione delle garanzie mutualistiche.

liquidità alle imprese ed ai professionisti (presumibilmente perché non ne ha la capacità, né l'organizzazione), ha preferito coinvolgere il sistema bancario, autorizzandolo ad ottenere in maniera pressoché indiscriminata la concessione di una garanzia, in molti casi fino al 100% del finanziamento. Dove ciò condurrà negli anni a venire non è dato sapere, ma – sembra predizione facile da fare, ancorché ci si auguri smentita dai fatti e cioè che tutti saranno in grado di rimborsare il finanziamento ricevuto – è probabile che la vicenda non si esaurirà tanto facilmente.

FUNZIONAMENTO. L'attività è documentale e si basa, per ciascun passaggio che si renda necessario, su una modulistica da compilare e firmare. Non è noto se i contenuti della modulistica siano frutto di una libera iniziativa del gestore, né se siano mai stati approvati da un qualche organo superiore, ma da quei contenuti non si può derogare: di fatto, ciò si traduce in una modulistica unilaterale e vincolante, cui aderire obbligatoriamente ed in assenza della quale le attività non procedono¹⁵. I moduli e gli eventuali documenti a corredo (ieri spediti o faxati) vengono oggi depositati in una piattaforma informatica (portale), con credenziali di accesso. Questa circostanza può, in astratto, produrre disfunzioni ed inconvenienti, tanto più pericolosi in quanto è frequente che gli adempimenti richiesti siano soggetti al rispetto di termini perentori di decadenza e debbano essere conformi ad una regolamentazione che abbiamo già definito monumentale e, per taluni versi, talmente dettagliata da sfiorare la capziosità.

Ad ogni buon conto, illustrata in questi termini la cosa sembra semplice; in realtà si tratta di un'attività operativa con contenuti tecnici estremamente delicata, specie in virtù del fatto che le eventuali inosservanze sono eccepite dal Fondo solo in caso di richiesta di escussione della garanzia, richiesta da cui prende avvio una stringente istruttoria, che può avvenire anche ad anni di distanza rispetto a quando fu deliberata l'agevolazione. In altre parole, qualsiasi adempimento svolto *ex ante* e nei tempi indicati non sembra produrre alcun problema che non sia risolvibile; i problemi semmai sorgeranno *ex post*, cioè quando, in caso di escussione della garanzia, si svolgeranno le verifiche di tutto ciò che è stato eseguito, anche molto tempo prima e non esiste più alcuna possibilità di correzione.

In ragione di numeri e volumi di cui si è dato conto, un modello organizzativo del genere è del tutto logico, coerente e non pare modificabile: sarebbe

¹⁵ L'impostazione giuridica di fondo sembra voler richiamare lo scambio negoziale di proposta ed accettazione, ma francamente, leggendo i contenuti di ciò che si è obbligati a dichiarare nella modulistica e collocandolo nel quadro normativo complessivo, si nutre più di un dubbio che questo genere di meccanismo possa realizzare una fattispecie di tipo contrattuale. Non di meno il Tribunale di Torino (nota 75), forse per insufficiente conoscenza del fenomeno, ha pensato di poter parificare la modulistica «[...] *alla stregua di qualsiasi condizione generale di contratto*».

impossibile gestire *on time* ed individualmente il numero di agevolazioni concesse, cosicché ci si concentra solo sui casi (di gran lunga inferiori, ma di certo non pochi) in cui si formula l'escussione della garanzia, dato che essa andrà onorata con denaro pubblico.

C'è però da dire che il modello stesso, reso assai oneroso dal numero di adempimenti e di termini da rispettare, produce due conseguenze. La prima: è vero che l'ottenimento della garanzia autorizza la ponderazione zero, ma di per sé non costituisce certezza che la garanzia sarà onorata, ove se ne presenti l'eventualità¹⁶. La seconda: l'esperienza quotidiana dimostra che la definizione di garanzia o contro-garanzia a *prima richiesta* è definizione di per sé avulsa dalla velocità di liquidazione¹⁷. A queste due conseguenze, presenti da sempre, oggi se ne aggiunge una possibile terza: un modello operativo interamente fondato su attività istruttorie compiute *ex post* rischia di inciampare in limiti di legge previsti da norme generali (*infra* § 6.2).

3. Soggetti. – Interrogandosi sui soggetti interessati e su quelli coinvolti nello strumento, è da dire che l'iniziale istituzione del Fondo rimase monca: si può infatti parlare più propriamente di costituzione di un fondo¹⁸, piuttosto che di istituzione del Fondo, e si dovette attendere l'anno seguente per un chiarimento, neppure troppo esplicito¹⁹. L'art. 15 della l. 266/1997 individuò i soggetti, nei loro diversi ruoli:

a) il Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato (oggi MiSE) che lo avrebbe disciplinato, di concerto con il Ministero del Tesoro (oggi MEF);

b) il Comitato (oggi Consiglio) di gestione, organo deliberativo di estrazione privata²⁰;

¹⁶ Nonostante venti anni di articoli di stampa sullo strumento, si affacciano soltanto oggi le prime, timide, osservazioni critiche sulla difficile escutibilità della garanzia (M. LONGO, *Cavilli, notifiche, troppe norme: avuta la garanzia, il nodo è escuterla*, Il Sole 24 Ore, 24 ottobre 2020), fenomeno che però non si può approfondire e valutare, per l'assenza di dati disponibili al pubblico.

¹⁷ Non sono rari i casi in cui si attendano non mesi, ma anni, prima di ricevere la liquidazione di quanto chiesto. Le ragioni possono essere le più disparate: si va da problemi organizzativi e di *staff*, sia del Fondo che dei suoi utenti, alla disponibilità delle risorse, agli adempimenti 'bizantini' ed altre qui omesse.

¹⁸ L. 662/1996, art. 2, co. 100: «[...] il CIPE può destinare: a) una somma fino ad un massimo di 400 miliardi di lire per il finanziamento di un fondo di garanzia costituito presso il Mediocredito Centrale [...]»

¹⁹ L. 266/1997, art. 15, 'Razionalizzazione dei fondi pubblici di garanzia', commi 2 e 3.

²⁰ Il comma 3 prevede: «La convenzione prevede un distinto organo, competente a deliberare in materia, nel quale sono nominati anche un rappresentante delle banche e uno per ciascuna delle organizzazioni rappresentative a livello nazionale delle piccole e medie imprese industriali e commerciali.»

c) il gestore del servizio (inizialmente il Mediocredito Centrale, MCC, con affidamento in via diretta ed oggi a seguito di un bando di gara);

d) le banche e gli intermediari finanziari, vigilati e non, nella loro veste di istituti di credito finanziatori, ed i confidi nella veste di garanti di primo livello, definiti dalla regolamentazione successiva come soggetti richiedenti;

e) le piccole e medie imprese, quali destinatarie dell'agevolazione del Fondo e non a caso definite soggetti beneficiari finali²¹.

Nel corso del tempo, il novero dei soggetti richiedenti (d) è aumentato, per effetto di norme di legge che hanno ampliato le fonti di finanziamento per le imprese, mentre la platea di beneficiari finali (e) è cresciuta per effetto di allargamenti dell'intervento del Fondo a settori di attività economica inizialmente esclusi ed ai professionisti²². Dei soggetti istituzionali *sub* (a) si può invece dire che, fatta eccezione per gli accorpamenti di competenze dei ministeri ed una loro diversa denominazione, nessun cambiamento sostanziale li ha interessati. Meritano un arresto i soggetti di cui alle lettere (b) e (c).

Quanto al Comitato di gestione del Fondo, che da semplice organo deliberativo era stato immediatamente arricchito di competenze amministrative e direttive²³, ha subito una decisiva trasformazione nel 2013²⁴, quando fu ridenominato Consiglio di gestione del Fondo; tuttavia, ancorché ne sia stata radicalmente ridotta la composizione e sia stato favorito l'ingresso di dirigenti della pubblica amministrazione, resta un organo di estrazione privata, la cui genesi normativa risiede nella convenzione stipulata tra Ministero e gestore, così come restano immutate le attribuzioni.

Quanto alla figura del gestore²⁵, visto che operativamente si è fatta e si continua a fare una certa confusione, anche in giudizio, va invece spesa qualche parola in più a causa delle conseguenze processuali negative che un'eventuale

²¹ Per *beneficiario finale* si intende il beneficiario dell'agevolazione e non il beneficiario della garanzia. Perché sia stata scelta tale definizione non è noto; per un tentativo, v. E. OLIVIERI, *cit.*, § 2, nota 15.

²² L'apertura ai professionisti è tema recente, a margine di un dibattito per anni negativamente influenzato da una netta distinzione tra legislazione comunitaria, che in buona sostanza li ritiene equivalenti alle PMI in quanto esercitano un'attività economica, e la legislazione domestica, che non si è mai espressa in modo chiaro nella stessa direzione. Evidenti segnali in controtendenza sono espressi dalla possibilità concessa ai professionisti di istituire confidi (*legge confidi*, co. 1, così come integrato dall'art. 8, co.12-*bis*, d.l. 70/2011), dalla definizione di professione (art. 1, co. 2, l. 4/2013, seppur ancora con esplicita esclusione delle professioni "ordinistiche"), dalla possibilità di rientrare tra i beneficiari finali delle agevolazioni del Fondo di Garanzia (art. 1, co. 5-*bis*, d.l. 69/2013), dalla partecipazione all'assegnazione di fondi europei (art. 1, co. 821, l. 208/2015).

²³ D. interm. 248/1999, art. 13, commi 1 e 2.

²⁴ L. 27 dicembre 2013, n. 147, art. 1, comma 48, lett. a).

²⁵ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 2 per un maggior dettaglio.

disattenzione potrebbe determinare in caso di controversia. Nel momento di istituzione, costituzione e regolamentazione del Fondo (anni 1996-1999), MCC era un istituto di credito pubblico con un oggetto sociale, previsto da leggi speciali, dedicato principalmente alle PMI e dunque, all'epoca, parve naturale un suo coinvolgimento diretto. Tuttavia, poco prima del vero e proprio avvio dell'operatività del Fondo (che, come detto, risale al 2000), la partecipazione totalitaria dello Stato venne ceduta e, di conseguenza, la gestione di ingenti risorse pubbliche e del relativo servizio si ritrovò affidata direttamente ad un soggetto privato, per giunta aprendo un potenziale conflitto di interessi²⁶. Di fatto lo Stato, in persona del Ministero, non ritenne di dover intervenire e la situazione si è protratta dal 2000 sino al settembre 2010, quando, non è noto di preciso per quale ragione, ma è facile ipotizzarla legata alle necessità di dover rispettare normative comunitarie, fu emesso un bando pubblico di gara per l'affidamento del servizio di gestione del Fondo. La procedura di gara – disturbata dall'insorgere di un contenzioso avviato da altro partecipante²⁷ – terminò nel 2011 con l'aggiudicazione del servizio ad un Raggruppamento Temporaneo di Imprese²⁸. Dopo undici anni senza soluzione di continuità, cessava dunque l'affidamento

²⁶ MCC venne inizialmente ceduto (1999-2000) a quello che poi diventò il gruppo Capitalia e successivamente, con il manifestarsi di difficoltà patrimoniali di questo, nel 2007 entrò nell'orbita del gruppo Unicredit per poi tornare, dopo qualche anno, in mano pubblica (v. <https://www.mcc.it/missione>). È ovvio che tutte le banche appartenenti a questi gruppi bancari finanziassero le PMI e potessero quindi ottenere la garanzia del Fondo. MCC si sarebbe pertanto trovato nella condizione di dover liquidare le escussioni di quelle garanzie a beneficio di banche del gruppo a cui era esso stesso riconducibile. Senza contare che, diventata banca privata, da un lato MCC ben poteva finanziare una PMI e dall'altro, in quanto gestore del Fondo, poteva contestualmente concederle la garanzia pubblica. Benché fosse all'epoca già vigente l'art. 47, comma 2, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.), non è noto se e come il MICA affrontò il problema, né per la verità, se se lo sia mai posto.

²⁷ La controversia, iniziata nel 2010, è stata definita da Tar Lazio, sez. III-ter, 22 aprile 2011, n. 3547 che ha dichiarato cessata la materia del contendere.

²⁸ Nel luglio 2011, la Direzione Generale per l'incentivazione delle attività imprenditoriali del MiSE rendeva noto che «L'appalto relativo all'affidamento della "gestione tecnica, amministrativa, finanziaria e contabile del Fondo di Garanzia per le PMI di cui all'art. 2, c. 100, lett. a) della legge 662/1996"- CIG 05383536F1, pubblicato su GURI n. 107 del 15/09/2010, con importo a base d'asta di € 140.000.000, è stato aggiudicato, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in data 14.7.2011 al RTI composto da UniCredit MedioCredito Centrale S.p.A. in qualità di mandataria e da Artigiancassa S.p.A., Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane S.p.A., Mediocredito Italiano S.p.A., MPS Capital Services Banca per le Imprese S.p.A., in qualità di mandanti, al prezzo di € 127.145.610, corrispondente - per il complesso delle tipologie di operazione previste nell'allegato n. 3 al disciplinare di gara - ad un ribasso medio ponderato del 9,18% sugli importi a base d'asta». L'avviso pubblico è peraltro leggermente impreciso in quanto, dal decreto del Direttore Generale ad interim della medesima Direzione Generale del 14.07.2011, si apprende che l'RTI non era ancora stato costituito, ma solo costituendo.

diretto ed esclusivo ad MCC in quanto tale, anche se la circostanza non determinò, in apparenza, alcun cambiamento evidente: il nuovo gestore era sì, infatti, un RTI, il cui mandatario era tuttavia lo stesso MCC (seppur all'epoca appartenente al gruppo Unicredit). Con l'aggiudicazione giunse poi la stipula di una nuova convenzione tra MiSE ed aggiudicatario, a copertura del periodo novennale di durata dell'incarico²⁹. Questo approfondimento narrativo sulla figura del gestore non è fine a sé stesso, in quanto tornerà utile in caso di contenzioso su una agevolazione del Fondo (*infra* § 5.1).

4. *Il contenzioso: tre tipologie.* – Il contenzioso sviluppatosi in relazione all'attività del Fondo, almeno quello noto, non è, ad oggi, fenomeno numericamente significativo, ma è chiaro che, in ragione delle cifre di nota 3, potrebbe facilmente diventarlo³⁰. Trattandosi di un'agevolazione pubblica non estranea alla disciplina del d.lgs. 123/1998³¹, concessa nell'interesse di PMI, ma a beneficio di terzi privati, le possibili controversie sono riducibili a tre grandi tipologie che, causa l'enorme regolamentazione cui s'è fatto cenno, possono essere potenzialmente caratterizzate dalle più diverse fattispecie concrete:

- a) contenzioso tra Fondo e *soggetti beneficiari finali* (le PMI), se e quando la domanda di agevolazione è respinta o, se concessa, viene in seguito revocata;
- b) contenzioso tra Fondo e *soggetti richiedenti* (in pratica, gli intermediari beneficiari della garanzia), se l'agevolazione, una volta concessa, viene – con termine qui volutamente generico – invalidata, circostanza che determina il rifiuto della prestazione, ossia il rifiuto di liquidare l'escussione della garanzia;
- c) contenzioso tra Fondo e PMI quando, una volta onorata l'escussione della garanzia ed in forza di effetti surrogatori, il Fondo agisce per il recupero del credito contro il debitore principale ed i suoi eventuali condebitori

²⁹ L'obbligo è previsto all'art. 15, co. 3, l. 266/1997 e dell'esistenza della convenzione MICA-MCC v'è traccia nei d.m. MiSE 28/10/2010 e 10/11/2011. Della nuova convenzione MiSE-RTI aggiudicatario si trova invece traccia nel d.m. MiSE 21/12/2017. Il contenuto della convenzione non è noto e, peraltro, considerando la data di aggiudicazione del bando, si può presumere che l'incarico novennale sia decorso, con possibili conseguenze giuridiche in tema di cessazione della rappresentanza.

³⁰ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 8 per le possibili o le plausibili ragioni.

³¹ D.lgs. 123/1998, art. 7 "Procedure di erogazione", co. 1: «1. I benefici determinati dagli interventi sono attribuiti in una delle seguenti forme: credito d'imposta, bonus fiscale, secondo i criteri e le procedure previsti dall'articolo 1 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito, con modificazioni dalla legge 8 agosto 1995, n. 341, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato.».

solidali, *i.e.* i fideiussori e/o i soci illimitatamente responsabili delle piccole e medie imprese.

- d) L'esame del contenzioso restituisce questioni di merito ricorrenti, di cui si darà conto in prosieguo.

5. *Il contenzioso: questioni incidentali.* – Prima però di affrontare il merito, si apprezzano tre questioni incidentali, una meramente eventuale ed altre due piuttosto frequenti. Senza la necessità di doverci intrattenere sulle sottili distinzioni processual-civiliste tra le questioni pregiudiziali (di rito e di merito) e le questioni preliminari (di merito), va tuttavia chiarito che si tratta di questioni in grado di condizionare l'esito di un contenzioso, a patto che, tuttavia, vengano svolte in maniera chiara, mettendo il giudicante, non necessariamente versato sulla materia Fondo di Garanzia, in condizione di doversi esprimere.

5.1. *La rappresentanza.* – Genesi. Si rintraccia nel fatto che il Fondo non è un soggetto dotato di personalità giuridica, ma la sua attività si caratterizza per la presenza di più soggetti. Trasferita sul terreno contenzioso, la circostanza comporta che diventa poco chiaro chi sia il legittimato in giudizio e ciò si riflette sull'istituto della rappresentanza sostanziale e processuale. Premesso che non si rintracciano disposizioni esplicite o implicite dalle quali dedurre che il Consiglio di gestione o il suo presidente, né sotto il profilo sostanziale, né sotto quello processuale, possono rappresentare il Fondo, riferendoci invece ai due soggetti istituzionali principali (l'attuale MiSE e la Banca del Mezzogiorno Mediocredito Centrale S.p.A.), non mi pare siano discutibili due evidenze: (a) il MiSE, ancorché sia spesso previsto il concerto normativo con il MEF, è certamente il ministero cui spettano *ex lege* poteri regolamentari, di indirizzo e di controllo sul Fondo; (b) MCC ne è l'attuale gestore, non più in via diretta, bensì in quanto mandatario dell'RTI aggiudicataria del bando.

ESAME. Al di là della considerazione che si tratta di una garanzia rilasciata da un Fondo, al cui vertice c'è un (*ex* Comitato, oggi) Consiglio di gestione, le evidenze (a) e (b) suscitano una qualche incertezza sulla individuazione del legale rappresentante del Fondo. Le incertezze non sono poi risolvibili richiamandosi alle convenzioni sottoscritte tra Ministero e gestore (nota 29), a causa della mancata diffusione al pubblico dei testi.

Così accade che, in numerosi contenziosi tra quelli di cui si darà conto in prosieguo, non è infrequente incontrare il Ministero che, mediante l'Avvocatura dello Stato, eccepisce il proprio difetto di legittimazione (spesso con successo), senza meglio qualificare se intenda legittimazione sostanziale o processuale e senza neppure fornire indicazioni, né a sostegno di ciò che eccepisce, né su possibili alternative; viceversa, nessuna eccezione in tal senso risulta sollevata da

MCC, sia quando era affidatario diretto della gestione del Fondo, sia in qualità di mandatario di un RTI aggiudicatario³².

Se l'esperienza empirica sembra restituire delle indicazioni abbastanza chiare, le stesse restando tuttavia insoddisfacenti ed insufficienti.

A tale riguardo, si può riferire che il disciplinare di gara del 2010 citava: «*Il Gestore assume altresì la rappresentanza negoziale e giudiziale del Fondo*» (punto 3, ultimo cpv.), mentre l'annesso capitolato d'oneri prevedeva «*2. Il Gestore avrà la rappresentanza negoziale e giudiziale, sia attiva che passiva, del Fondo di garanzia, ivi compreso il potere di farsi a sua volta rappresentare.*» (art. 2, co. 2). Tuttavia, in mancanza di altro, è quanto meno dubbio ritenere che tali “regole di ingaggio” siano sufficienti a determinare un affidamento che assolvda da errori nell'identificazione del corretto legittimato e cosa eventualmente possa accadere alle questioni che si trovino *in itinere*, nel momento in cui l'attuale gestore, terminato il proprio incarico contrattuale, fosse sostituito da un nuovo aggiudicatario. Si pensi, per esempio, a contenziosi non ancora giunti a decisione oppure a sentenze già emanate, ma non ancora messe in esecuzione³³.

SINTESI. Allo stato, laddove il Ministero eccepisca il difetto di legittimazione e l'eccezione sia accolta, per il momento si incontrano sentenze che, per la novità della materia trattata, compensano le spese³⁴, ma è chiaro che, se si mantiene lo stesso indirizzo decisionale, questa motivazione è destinata ad esaurirsi nel caso

³² Dalle sentenze è palese come la possibilità di equivoco regni pure tra gli estensori delle stesse.

³³ Per la verità, alla luce di quanto indicato dal disciplinare e dal capitolato d'oneri, sorge un sospetto e cioè che l'intenzione del Ministero sia o fosse quella di spogliarsi della (seccatura della) rappresentanza. Ove l'intento ministeriale fosse realmente quello di evitare la *rappresentanza negoziale e giudiziale*, concentrandoci più sui contenuti, che non sulla forma degli atti che sono stati resi pubblici, e fermo restando che una *legitimatō ad processum* è certamente delegabile a terzi, c'è da chiedersi se e quanto possa essere efficace spogliarsi di una *legitimatō ad causam* attraverso una indicazione sostanzialmente pubblicitaria (la pubblicazione dei bandi di gara), fosse pure eventualmente seguita dalla sottoscrizione di una clausola pattizia (la stipula della convenzione con il gestore, di fatto un contratto di diritto privato). Tanto il tema, quanto la soluzione, esulano dai confini di questo contributo e ci si limita a darne conto, al fine di stimolare l'attenzione su questi aspetti, certamente secondari, ma non minori.

³⁴ Tra le più recenti, il Tar Lombardia, sez. Brescia (nota 42) ritiene di poter accogliere l'eccezione di legittimazione del MiSE, in quanto, pur dando conto che esiste un gestore, il Ministero non partecipa all'operatività del Fondo e, anzi, la motivazione sembra quasi ipotizzare una veste processuale del Consiglio di gestione (in particolare, Tar Lombardia, sez. Brescia, n. 87/2021), non citato in giudizio; la sentenza non si sofferma sui compiti e, in sostanza, sul ruolo che la legislazione assegna al Ministero. Per Trib. Torino (nota 83) il MiSE non è legittimato passivo perché «*le situazioni giuridiche inerenti il diritto di credito generato dall'avvenuta concessione della garanzia di cui trattasi*» vanno imputate solamente al gestore del Fondo, anche se – così facendo – si tralascia di considerare che MCC non solo è mandatario di un RTI, ma anche che è un “gestore” e, per definizione, non è il titolare delle somme controverse. In entrambi i casi, spese compensate per la novità del tema trattato.

in cui il contenzioso dovesse crescere. Chi scrive ritiene che il Ministero possa certamente negare la propria legittimazione (processuale, non sostanziale), ma non potrebbe, né dovrebbe essergli consentito di farlo senza illustrarne e, soprattutto, senza documentarne le ragioni. Ad ogni buon conto, non c'è risposta definitiva ai dubbi sulla rappresentanza ed occorre dunque agire con rafforzata attenzione preventiva anche su questi aspetti, al fine di evitare di incorrere in poco piacevoli inconvenienti.

5.2. La giurisdizione. – GENESI. È stata descritta a suo tempo³⁵ ed il Fondo stesso non è del tutto estraneo al dibattito, avendo contribuito a crearlo o, quanto meno, ad alimentarlo. Il *discrimen* tra giurisdizione amministrativa e ordinaria è oggi meno ambiguo, seppur un errore in tal senso sia sempre possibile e dia luogo ad esiti spiacevoli, ancorché non tali da pregiudicare irreversibilmente le proprie ragioni³⁶.

ESAME. La Cassazione ha contribuito a restituire conforto e chiarezza, indicando la linea di confine tra le due giurisdizioni³⁷: in sintesi, fermo restando che l'esame del caso concreto determina la scelta più corretta, da un punto di vista generale non è un azzardo ipotizzare che la quasi totalità delle tipologie "A" di § 4 sarà attratto nella giurisdizione amministrativa, mentre la stragrande maggioranza delle tipologie "B" e "C" sarà invece naturalmente devoluto alla cognizione del giudice ordinario.

Sulla scia delle indicazioni dei giudici di legittimità si sono adeguate le corti territoriali, con una serie di sentenze che hanno declinato la giurisdizione

³⁵ Si veda. E. OLIVIERI, *cit.*, § 9.

³⁶ Tenendo conto della durata dei processi, l'eccepibilità del vizio di giurisdizione in qualsiasi stato e grado del giudizio (v. art. 37 c.p.c. ed artt. 8 e 9 c.p.a.) rende intuitivo il pregiudizio che possono subire le ragioni di una delle parti in causa.

³⁷ Cass., S.U., 8 maggio 2014, n. 9826 costituisce un precedente specifico in tema di Fondo di Garanzia per le PMI e, nel caso sottoposto (diniego alla liquidazione di un'escussione di garanzia formulata da una banca), ha affermato la giurisdizione ordinaria. È però più utile richiamare l'attenzione a Cass., S.U., 5 agosto 2016 n. 16602, che contiene un percorso motivato più esteso e più chiaro, richiamandosi a precedenti che risalgono nel tempo a Cass., n. 14169/2004. Ancor più recenti e conformi sono Cass., S.U., 22 giugno 2017 n. 15368, 18 settembre 2017 n. 21549 e 12 novembre 2020 n. 25577.

amministrativa in favore di quella ordinaria³⁸ ed in cui si è assistito anche ad inconsueti fenomeni pindarici³⁹.

In senso opposto è andato il Tar Campania⁴⁰, che chiarisce le proprie ragioni e che, quanto meno con riferimento alle controversie del tipo “B”, sollecita

³⁸ Tar Lazio, sez. III-ter, 18 luglio 2016, nn. 8203, 8204, 8206 e 8208; Tar Lazio, sez. III-ter, 29 novembre 2016, n. 11927; Tar Lazio, sez. III-ter, 15 giugno 2017, n. 7032; Tar Lombardia, sez. III, 22 dicembre 2017, n. 2459; Tar Lazio, sez. III-ter, 18 maggio 2018, n. 5228; Tar Lazio, sez. III-ter, 30 gennaio 2019, n. 1235; Tar Lazio, sez. III-ter, 21 giugno 2019, n. 8148; Tar Lazio, sez. III-ter, 3 luglio 2019, nn. 8680 e 8694; Tar Lazio, sez. III-ter, 10 luglio 2019, nn. 9153 e 9155; Tar Lazio, sez. III-ter, 29 novembre 2019, n. 13671; Tar Lazio, sez. III-ter, 16 gennaio 2020, n. 540; Tar Lazio, sez. III-ter, 27 gennaio 2020, n. 1053; Tar Lazio, sez. III-ter, 6 agosto 2020, n. 9042; Tar Lazio, sez. III-ter, 10 dicembre 2020, n. 13263; Tar Lazio, sez. III-ter, 1° febbraio 2021, n. 1257. In relazione al ricorrente, istituto di credito o confidi che fosse, inutile evidenziare che tutte le questioni sottoposte a cognizione dell'autorità riguardavano delibere di inefficacia di garanzie o di contro-garanzie e tendevano, quindi, ad ottenere una pronuncia sulla fondatezza o meno delle ragioni addotte per rifiutarne l'escussione. Meritano evidenza a parte Tar Lazio n. 8204 e 8208/2016 (nota 60). Si segnalano invece Tar Lazio nn. 9042/2020, 13263/2020 e 1257/2021 perché disegnano quel distinguo su cui si attesterà poi, nel 2021, la sede di Brescia di Tar Lombardia – distinguo di cui si dà conto *infra* ed in nota 42 – anche se sembrano contestualmente neutralizzarlo, mediante richiamo a Cass. n. 9826/2014 *cit.*

³⁹ In Tar Lazio 1235/2019 il ricorso di un confidi, risalente al 2010, aveva visto costituirsi in giudizio il gestore MCC in difesa delle ragioni del Fondo, il quale criticò i contenuti dell'atto introduttivo, giacché fondato su concetti civilistici inutili e fuorvianti in ambito amministrativo, manifestando in altri termini il proprio consenso alla giurisdizione amministrativa. Nelle memorie conclusive del 2018, per effetto dei chiarimenti giurisprudenziali nel frattempo sopraggiunti, MCC capovolgeva la linea difensiva, eccependo il difetto di giurisdizione amministrativa ed ottenendo sentenza in tal senso. Sono peraltro note a chi scrive alcune controversie civili ordinarie iniziate nel 2012-2014, in cui il Fondo si costituiva in giudizio con eccezione diametralmente opposta, cioè in favore della giurisdizione amministrativa. Se, quindi, si pensa che l'orientamento della Cassazione sarebbe univoco sin dal 2004, si nota lo strano fenomeno di un Fondo che – nonostante indicazioni da esso stesso fornite – se convenuto avanti il giudice amministrativo, eccepeva la giurisdizione ordinaria, mentre se citato avanti l'A.G.O., provava ad eccepire l'opposto. Una certa ambiguità processuale, tuttavia, continua ancora oggi, perché nonostante Tar Lombardia 2459/2017 e Tar Lazio 1235/2019 sembrano dimostrare che oggi il Fondo avrebbe eletto la propria via (formula sin dal primo grado un'eccezione di giurisdizione), la decisione del Tar Lombardia 1210/2018 (v. in § 6.2, note 73 e 74) dimostra che non è così: in quella sede il Fondo nulla eccepisce su giurisdizione, ritenendo magari di riservarsi l'eccezione nell'eventuale grado successivo e neutralizzando così i possibili effetti negativi di un contenzioso per motivi di rito e non di merito.

⁴⁰ Tar Campania, sez. I, 28 agosto 2020, n. 3677 che, prima di entrare nel merito, spiega i motivi per i quali l'eccezione di giurisdizione di MCC, pur sostenuta da ricca citazione giurisprudenziale, non è fondata: «*La questione controversa non può essere ricondotta a quella decisa dalle Sezioni Unite con la menzionata ordinanza n. 9826/2014. Ed invero, l'oggetto del contendere non consiste nell'inadempimento del privato e nemmeno di quello del gestore, MCC, circa l'attivazione della sua obbligazione di garanzia, bensì nella legittimità di un atto amministrativo che nega l'operatività della garanzia medesima in applicazione di un decreto ministeriale e delle disposizioni applicative emanate dall'amministrazione. Più in particolare, in questa sede si chiede a questo giudice di valutare la*

l'operatore ad un *surplus* di riflessione, in virtù del risultato che intende conseguire: rimuovere un presunto⁴¹ provvedimento amministrativo, oppure, più semplicemente, ottenere il pagamento di un credito. Nella stessa direzione, di negare la giurisdizione civile e decidere la causa nel merito, è andata anche la sezione di Brescia del Tar Lombardia⁴², che invece, per determinare la

*legittimità del provvedimento del Consiglio di gestione del Fondo di Garanzia, soggetto fornito di un potere regolamentare ed operativo in quanto, da un lato, autore di disposizioni volte a regolare il rapporto concessorio, dall'altro, gestore di fondi pubblici. Non si controverte, pertanto, sul fatto che il beneficiario (nel nostro caso, S.M.E.I.) sia o meno inadempiente ma se la valutazione di un organo, dotato di poteri autoritativi, sia legittima o meno; in particolare, se sia corretta la decisione di negare la controgaranzia in relazione ad una presunta inosservanza del Banco di Napoli ai termini perentori previsti dalle "Disposizioni operative" che lo stesso organo ha emanato su delega del Ministero. È evidente che la materia attiene all' esattezza ed alla regolarità del procedimento amministrativo a monte della garanzia con conseguente giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.». Nella valutazione delle motivazioni va tuttavia tenuto conto della particolarità della lite (v. *infra* al § 6.2). In ogni caso, quanto ai profili di giurisdizione, la decisione è stata appellata e si dovrà esprimere, il Consiglio di Stato.*

⁴¹ Sebbene il Cons. Stato n. 2514/2010 (nota 58) – in una lite avviata nel 2008, ossia quando il gestore del Fondo era una banca interamente posseduta dal gruppo Unicredit – dia per scontato, ossia non ritenga di dover spendere ragioni sul fatto che ci si trovi di fronte ad un provvedimento amministrativo, si è utilizzato il termine “presunto” perché, forse, anche questo tema meriterebbe un approfondimento, che però esula dai confini di questo studio. Occorrerebbe infatti chiedersi se la fattispecie che stiamo per descrivere giustifichi oppure no l'identificazione con il provvedimento amministrativo. Allo stato, si tratta di questo: prima che il Consiglio di gestione del Fondo deliberi, specie se negativamente, il gestore avvia un contraddittorio con l'interlocutore, indicando che sta agendo *ex l.* 241/1990 sul procedimento amministrativo, il che lascia intendere che l'interlocuzione si concluderà con un provvedimento (appunto, la delibera). In realtà, la fattispecie nel suo complesso dimostra che ciò che si impugna è una decisione di un organo privato (il Consiglio di gestione), previsto da una legge ed istituito con un contratto (convenzione tra Ministero e gestore), a composizione mista (dirigenti pubblici e privati cittadini), incaricato di governare la gestione di un Fondo alimentato da risorse pubbliche, che agisce su iniziative di utenti privati, filtrate da un soggetto parimenti privato (il gestore, accidentalmente di proprietà pubblica, ma un domani potrebbe cambiare il gestore stesso o la proprietà passare nuovamente di mano) ed ha come oggetto, in buona sostanza e quasi sempre, diritti di credito. In altri termini, l'unica connotazione pubblica presente è il denaro su cui si controverte, mentre tutto il resto è intuitivamente riconducibile alla sfera privatistica.

⁴² Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 8 gennaio 2021, nn. 31 e 32 ed ancora 25 gennaio 2021, nn. 87 e 88. La sentenza n. 32/2021 presenta motivazione sintetica, trattandosi di decisione che prende atto della cessata materia del contendere. Più ampia invece quella della sentenza n. 31/2021, simile a quella degli altri casi: «6. Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle cause riguardanti la concessione o la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche il riparto di giurisdizione è fondato sul criterio generale della natura della situazione soggettiva azionata: pertanto, rientrano nella cognizione del giudice ordinario le controversie attinenti alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione, e quindi all'erogazione o ripetizione del contributo sul presupposto di un inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite o dell'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, in quanto il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto.

giurisdizione, approfondisce la fattispecie concreta *sub iudice*, affermando che il vizio eccepito dal Fondo al fine di negare il pagamento è (era) un vizio intrinseco, soggettivo od oggettivo poco importa, che avrebbe influito a suo tempo sul rilascio stesso dell'agevolazione; in questa maniera ne ante-data il prodursi e ciò finisce con il determinare la giurisdizione.

SINTESI. A questo punto, per una visione più stabile occorrerà attendere la parola del Consiglio di Stato che, anche se non ha affrontato le motivazioni addotte dal Tar Campania, sul Fondo di Garanzia si è in realtà già pronunciato⁴³.

Competono, invece, al giudice amministrativo le cause concernenti le fasi procedurali precedenti l'adozione del provvedimento discrezionale di concessione del beneficio, oppure quelle in cui il contribuente, dopo essere stato riconosciuto, sia stato annullato per vizi di legittimità o revocato per contrasto iniziale con il pubblico interesse, configurandosi in questo caso - in capo al soggetto destinatario dell'atto - una posizione di interesse legittimo (Cons. Giust. amm. Sicilia, 21 ottobre 2020, n. 957; Cons. Stato Sez. III, 25 agosto 2020, n. 5197; Cass. civ. Sez. Unite, 7 luglio 2017, n. 16831; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 29 gennaio 2014, n. 6). 7. La controversia di cui è qui questione non concerne un'ipotesi di inadempimento degli obblighi prescritti con il provvedimento di ammissione al beneficio e, quindi, non attiene alla fase esecutiva del rapporto di finanziamento, bensì a quella genetica di riconoscimento del finanziamento, in quanto riguarda la dedotta insussistenza dei presupposti e dei requisiti di ammissione, che quindi -in ipotesi- sarebbe stata illegittimamente disposta. 8. (...) Il provvedimento non si fonda, quindi, sull'emersione di circostanze ostative, perfezionatesi successivamente al provvedimento di ammissione, in relazione a comportamenti posti in essere dallo stesso beneficiario nella fase attuativa dell'intervento agevolato, ma attiene alla fase costitutiva o genetica, ovvero a situazioni già esistenti alla data di ammissione, ancorché emerse successivamente, nella fase di liquidazione della garanzia. 9. Sussiste -del resto- la giurisdizione del giudice amministrativo non solo nella fase procedimentale antecedente l'erogazione, ma anche in quella successiva, allorché il contribuente venga annullato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse e non per inadempienze del concessionario. 10. Nel caso di specie, ancorché intervenuta a significativa distanza dal provvedimento di ammissione, la declaratoria di "inefficacia" è stata disposta in ragione di un difetto originario delle condizioni di accesso alla procedura semplificata, ovvero di un elemento costitutivo del rapporto».

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2018, n. 2998, che conferma Tar Lazio n. 7032/2017, *cit.* Va chiarito un punto: né la decisione del Tar, né quella del Consiglio di Stato danno conto con precisione quale fosse la fattispecie concreta di dissidio, ma si limitano entrambe a riferire che la delibera di inefficacia impugnata si fondava sulla "mancata rispondenza sostanziale dei dati risultanti dalla documentazione allegata alla richiesta di attivazione con i dati dichiarati nella richiesta di ammissione". Nell'esperienza quotidiana questa locuzione abbraccia molte casistiche ma, detta in altre parole, significa che quanto inizialmente dichiarato allo scopo di ottenere l'agevolazione è risultato poi non confermato al momento dell'escussione della garanzia. Se ciò fosse vero (e, si ripete, non lo sappiamo), il Consiglio di Stato, già dal 2018, sembra motivare in modo da smentire l'indirizzo inaugurato dal Tar Lombardia sede di Brescia nel 2021, dato che «[...], ad avviso del Collegio, la impostazione fatta propria dalla parte appellante non è condivisibile, tenuto conto della natura dell'atto impugnato, che fisiologicamente si inserisce nella fase successiva rispetto alla conclusione del procedimento di riconoscimento del beneficio, nonché, sotto il profilo contenutistico, delle ragioni che hanno condotto all'adozione della decisione del Consiglio di gestione del fondo di garanzia, traendo la stesa origine dalla (asserita) inesecuzione dell'obbligazione imposta a carico della beneficiaria s.r.l. R. per il mancato pagamento delle rate [...]» in quanto incentra l'attenzione

Di certo vi è che più si entra in dettaglio e più si alimentano dubbi, anziché raggiungere certezze, a detrimento della tutela dei diritti. Ad ogni buon conto non si può fare a meno di notare che, considerata la scarsità del fenomeno contenzioso, è evidente il rammarico di aver percorso un tratto di strada sulla giurisdizione errata: se il contenzioso è modesto e quel poco si è addirittura instradato sul giudice non corretto, la conseguenza è che – nonostante siano trascorsi oltre vent’anni dall’istituzione del Fondo – si è ancora oggi privi di utili arresti giurisprudenziali su questioni più propriamente di merito, fatti salvi, appunto, l’appena citato Tar Campania ed i pochissimi altri su cui torneremo *infra* al § 6.2.

5.3. La legittimità. – GENESI. Per i profili di legittimità dell’operatività quotidiana del Fondo occorre rinviare a quanto già indagato e gli stessi risultano, al momento, sostanzialmente immutati⁴⁴, fatta eccezione per una recente novità. Tali profili sono negativamente influenzati da un precedente del Consiglio di Stato del 2017⁴⁵, che riforma due decisioni del Tar Lazio, le quali erano invece entrate nel merito delle disposizioni del Fondo, non ravvisandone motivi di censura. Il massimo organo di giurisdizione amministrativa, invece, nel mettere in evidenza la violazione dell’art. 17 della l. 400/1988⁴⁶ «[...] annulla, per quanto d’interesse, il decreto interministeriale originariamente impugnato 3.12.1999 [...]», cioè annulla il primo decreto di terzo livello emesso in ordine di tempo e contenente le *Condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale* (nota 1).

ESAME – Per facilitare l’intelligibilità del discorso, è utile riproporre in questa sede un sintetico cenno delle due osservazioni che ha suscitato quella sentenza. La prima è che il dispositivo è meno dirompente di quanto sembri, dato che la motivazione affronta – pur senza mai citarlo – un fenomeno piuttosto noto di cui si è occupata e si occupa la dottrina di diritto pubblico, definito *fuga dalla l. 400/1988* o *fuga dal regolamento*⁴⁷, con l’andare del tempo sempre più

non sul motivo intrinseco dell’inefficacia, al fine di poter dire che si trattava di un requisito costitutivo dell’agevolazione e, dunque, precedente alla stessa, ma sul momento temporale successivo in cui tale inefficacia è stata deliberata e cioè quando l’agevolazione era già stata concessa da molto tempo.

⁴⁴ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, §§ 3, 4 e 10.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2017, n. 5218.

⁴⁶ L. 23 agosto 1988, n. 400 sulla *Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

⁴⁷ A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 5075, di cui vale la pena citare monito ed invito conclusivi: «Quello dei decreti “di natura non regolamentare” costituisce, dunque, una conseguenza estrema della perdita di senso del principio di separazione dei poteri, dell’indifferenza per le forme, del prevalere di interessi

ingombrante e preoccupante⁴⁸. Così essendo, diventa inevitabile concludere che disposizioni approvate con le modalità identificate non possono essere opponibili ai terzi e – di conseguenza – atti e/o altro tipo di provvedimenti, che su quelle disposizioni si fondano, devono essere dichiarati nulli⁴⁹: uniche disposizioni (anzi, *norme* a tutti gli effetti) opponibili all'esterno sono quelle del d. interm. 248/1999. La seconda osservazione è che la sentenza espone un ragionamento di tipo orizzontale, replicabile ogni volta che ci si trovi di fronte al medesimo schema approvativo: tutte le disposizioni che risultano adottate seguendo le stesse modalità, anche in anni successivi al 1999, se contestate in giudizio finirebbero con l'essere esposte al rischio di inutilizzabilità⁵⁰.

La decisione è rimasta per il momento isolata, specie perché altre controversie in tutto e per tutto simili – che avrebbero potuto facilmente restituire conferme o smentite – sono state abbandonate dall'appellante⁵¹.

Nel silenzio generale si può dare però conto della recente novità rappresentata da una decisione del Tribunale di Roma del 2018⁵², resa in una

particolari, insuscettibili di tradursi in una sintesi collettiva, sostenuta dal consenso. Sembra dunque opportuno sollecitare i giuristi a prendere atto delle conseguenze prodotte dalla denunciata prassi, e di scoperciare gli effetti, frequentemente occulti, prodotti dagli atti in esame, per stabilire idonee misure di reazione dell'ordinamento giuridico, sia attraverso l'annullamento dei provvedimenti da parte del giudice amministrativo, sia attraverso la più grave sanzione di illegittimità della legge, che rinvii ad atti "di natura non regolamentare" la produzione di effetti normativi e ciò per eccesso di potere legislativo, cioè per sviamento della legge dalla funzione tipica ad essa assegnata dalla Costituzione.» In tema anche, A. A. GEMMA, *Il Comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione sui decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in www.osservatoriosullefonti.it per la pregevole ricostruzione dei contributi dottrinari sull'argomento.

⁴⁸ In maniera più ampia, v. E. OLIVIERI, *cit.*, § 10, nota 74.

⁴⁹ Cons. Stato n. 5218/2017 *cit.*, pag. 16, fine punto 11.3. «*Per quanto non sia essenziale specificarlo (giacché di per se stesso già sufficientemente intuibile), vale osservare che questi decreti ministeriali altro non sono che provvedimenti amministrativi generali e che pertanto essi, quanto a rango della fonte, si collocano al di sotto del citato regolamento n. 248/1999. A quest'ultimo essi devono risultare conformi; rispetto a quello essi non hanno la forza di introdurre legittime deroghe né di aggiungere disposizioni che vadano oltre le previsioni della loro fonte immediatamente sovrastante (ossia sempre il regolamento n. 248/1999).*»

⁵⁰ L'osservazione non è una deduzione di chi scrive, ma si vince chiaramente seguendo l'iter decisionale del Collegio che – ai §§ 11 e 13 (pagg. 15, 18 e 20 della motivazione) – confronta il decreto ministeriale *sub iudice* con due decreti di omologo contenuto, del 2001 e del 2005, ritenendoli tutti affetti dal medesimo vizio, anche se poi non li annulla, dato che la controversia non li riguardava. Il che, implicitamente, significa che è possibile estendere il medesimo ragionamento anche alle disposizioni operative successive, cioè quelle decretate nel 2012 e nel 2019, le quali per giunta – nonostante l'art. 13, co. 2, del d. interm. 248/1999 imponga di farlo – non risultano neppure pubblicate in Gazzetta Ufficiale.

⁵¹ Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2019, nn. 8185, 8186, 8187, 8188 e 8189.

⁵² Trib. Roma, 6 dicembre 2018, n. 23558.

controversia tra banca e Fondo (il tema della lite è dunque quello della garanzia diretta) e giudicata sulla base delle disposizioni risalenti al 2005⁵³, che ordina al Fondo di onorare la garanzia. La sintetica motivazione del tribunale capitolino – che coglie anche occasione per un appunto critico all’operatività del Fondo⁵⁴ – non è perfettamente identica a quella del Consiglio di Stato, ma certamente le somiglia molto quanto a conseguenze⁵⁵. È vero che una motivazione del genere può apparire poco convincente⁵⁶, ma il risultato è in linea con il *decisum* in sede amministrativa⁵⁷: le condizioni di ammissibilità e le disposizioni di carattere generale del Fondo, così come concepite ed approvate, esulano dalla gerarchia delle fonti e non sono applicabili.

SINTESI – Non risulta che la sentenza n. 5218/2017 del Consiglio di Stato abbia suscitato reazioni, né correzioni, anche perché il livello di contenzioso

⁵³ D.m. 23 settembre 2005 contenente la *Approvazione delle condizioni di ammissibilità e delle disposizioni di carattere generale per l’amministrazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese, di cui all’articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, a seguito di rideterminazione delle caratteristiche degli interventi del Fondo stesso, ai sensi del decreto ministeriale 20 giugno 2005* e pubblicato in G.U. 3/10/2005, S.G. n. 230. Tale decreto costituisce l’edizione totalmente nuova rispetto a quello del dicembre 1999, modificato nel 2001, e dichiarato nullo dal Consiglio di Stato.

⁵⁴ Trib. Roma, n. 23558/2018, *cit.* (pag. 4): «*La negazione quindi da parte della convenuta della garanzia del fondo appare legata a ragioni formalistiche e non sostanziali e come tale deve essere disattesa con conseguente condanna [...]*».

⁵⁵ Trib. Roma, n. 23558/2018, *cit.*, (pag. 3) «*Si tratta delle Disposizioni operative del fondo allegate dalla convenuta al doc. n. 9 quali “procedure di attivazione della garanzia”. È evidente quindi che, nell’ambito della gerarchia delle fonti il regolamento di cui parte convenuta invoca l’applicazione assume la veste di subregolamento, traendo forza normativa da un regolamento di diretta discendenza normativa. Tale sub regolamento, volto a procedimentalizzare l’attività del comitato, anche in omaggio ed in specifico richiamo della legge 241/90 sul procedimento amministrativo, non appare però in grado di derogare né ai principi della legge di riferimento che, appare chiaramente orientata a “assicurare una parziale assicurazione ai crediti concessi dagli istituti di credito in favore delle piccole e medie imprese”, né alle norme di legge, con particolare riferimento all’art. 1944 c.c.*».

⁵⁶ In tema di agevolazioni di Stato concesse sotto forma di garanzia (d.lgs. 123/1988), nulla lascia ipotizzare la plausibilità di ricorrere all’analogia con la disciplina tipica della fideiussione, quanto meno in assenza di una spiegazione che giustifichi questa plausibilità. Ciò che non convince nella motivazione è, dunque, che ci si sia indirizzati ad un confronto con l’art. 1944 c.c., spiegando perché un “subregolamento” di quel genere non può derogare dalla norma codicistica, invece di eseguire un riferimento diretto al d. interm. 248/1999 e pervenire al medesimo risultato. Non è noto se, durante il contraddittorio, le Parti si siano o no richiamate ai temi toccati dal Consiglio di Stato; a giudicare dal testo della sentenza non sembra l’abbiano fatto e, dunque, il convincimento del magistrato deve essere maturato per altra via.

⁵⁷ Per completezza, va dato conto che la lite è ancora *sub iudice*: il Fondo ha appellato la decisione di primo grado. Va parimenti dato conto che l’atto di appello, di cui si è presa visione, non contiene alcun motivo esplicito di critica al ragionamento esposto dal Tribunale in tema di “subregolamento”, limitandosi a riaffermare la correttezza dell’operato del Fondo sulla base delle proprie “norme”.

giudiziale tra utenti e Fondo, nonostante i numeri di cui s'è detto, rimane contenuto. Essa dunque rappresenta, per il momento, non più di una riflessione, ma non una regola o, quanto meno, non ancora. Tuttavia, è evidente che trattasi di una preliminare di merito che, se si hanno capacità ed opportunità di portare a cognizione di un magistrato, è tale da condizionare qualsiasi controversia, tanto che, se simili decisioni dovessero ripetersi, le conseguenze sono facilmente intuibili.

6. Il contenzioso: questioni di diritto e di merito. – Nel § 4 si è tratteggiata una tri-partizione “A”, “B” e “C” di possibili controversie. Le questioni di diritto e di merito trattate in queste controversie non sono altro che una conseguenza dell'imponente apparato regolatorio che circonda il Fondo di Garanzia, composto non solo da norme primarie e secondarie, ma anche da regole di terzo e quarto livello (amministrative), da modulistica, da e-mail informative a sovente contenuto interpretativo e da manuali operativi privi di qualsiasi crisma di certezza giuridica. È chiaro che, tanto più ampio è l'apparato, quanto più facili sono le contraddizioni, le incongruenze, la mancanza di coordinamento quando non, addirittura, la scarsa qualità o, peggio, il diretto contrasto con principi e norme dell'ordinamento generale a cui ci si dovrebbe uniformare (una tra le tante: non è raro imbattersi in fattispecie astratte di responsabilità oggettiva, *i.e.* per un comportamento errato commesso dal soggetto (a), la sanzione viene di fatto irrogata al soggetto (b), che nulla poteva fare per correggere il comportamento di (a)).

6.1. Diniego e/o revoca dell'agevolazione. – GENESI. Sul diniego dell'agevolazione c'è poco o nulla da dire: la legge non prevede un obbligo di concedere l'agevolazione, né un diritto a riceverla, e ci si muove a tutti gli effetti nell'ambito di interessi legittimi o di mere aspettative. Va invece svolto un chiarimento per i casi di concessione dell'agevolazione e di sua, eventuale, successiva, revoca.

ESAME. Va ricordato che la concessione determina l'invio di una garanzia o di una contro-garanzia ad un intermediario e che, da ciò, si dà corso all'erogazione di un finanziamento. Ricordato questo, va chiarito che l'eventuale revoca dell'agevolazione non implica né l'invalidità dello strumento di garanzia, né tanto meno giustifica *ex lege* il finanziatore a risolvere il contratto di finanziamento, che a quel punto è in corso di esdebitazione. Non esistono indicazioni normative al riguardo e dunque le reazioni che può generare una revoca dell'agevolazione non sono classificabili aprioristicamente.

Detto questo, la tipologia “A” di contenzioso che coinvolge i soggetti beneficiari finali è assai rara; pochissimi i precedenti rinvenuti, uno in tema di

diniego⁵⁸ e l'altro in tema di revoca⁵⁹, fatta salva una singolare casistica⁶⁰, tanto da poterla ritenere una tipologia residuale ed indurre a dedicare più interesse alle tipologie "B" e "C", in cui i contenziosi hanno presentato e presentano profili di diritto o nel merito.

6.2. Escussioni di garanzia e/o contro-garanzia. – GENESI. Come anticipato al § 6, la genesi di questo tipo di contenziosi è figlia diretta di un impianto regolatorio complesso, con tutte le possibili disfunzioni che ciò può creare. In buona sostanza, si tratta di casistiche in cui, facendosi seguito all'inadempimento della PMI, il beneficiario dello strumento di garanzia ne chiede l'escussione al Fondo e quest'ultimo – previa istruttoria documentale (§ 2) e, nel caso, dopo aver avviato un procedimento amministrativo ai sensi della l. 241/1990 (nota 41) – delibera l'improcedibilità della richiesta oppure l'inefficacia della garanzia e ne rifiuta il pagamento. Va anticipato che le liti giudiziali di cui si è riusciti ad avere notizia si concludono quasi tutte con esiti favorevoli al Fondo; va però anche notato che si sta facendo riferimento a liti per la maggior parte amministrative,

⁵⁸ Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2514. L'azienda ricorrente, che nel 2008 aveva chiesto ad una banca un finanziamento di 600 mila euro, si era vista rifiutare la garanzia diretta ed impugnò la comunicazione del gestore avanti il Tar Puglia; quest'ultimo nel 2009 respinse il ricorso in base a motivi piuttosto formalistici e l'azienda appellò la sentenza, trovando soddisfazione in secondo grado, sia nelle forme, che nel contenuto, a maggio 2010. Pur tenendo conto dell'estrema velocità con cui si sono chiusi i due gradi di giudizio, occorre tuttavia chiedersi se quell'azienda, che necessitava di un finanziamento nel novembre 2008, avesse tuttavia ancora necessità di fruire di quel finanziamento nel 2010 o se avesse altrimenti provveduto, trovandosi a portare avanti per onor di firma un giudizio da essa stessa avviato. Quanto ai contenuti, il Consiglio di Stato, valutata la disciplina di riferimento, ritenne che l'atto impugnato fosse un provvedimento amministrativo e che la decisione di rifiutare la garanzia fosse insufficientemente motivata (per la precisione, la motivazione del rifiuto descriveva «*l'impresa presenta un finanziamento troppo elevato rispetto al giro d'affari dell'impresa*», motivazione in realtà inesistente nelle disposizioni richiamate a fondamento del rifiuto stesso).

⁵⁹ Tar Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2020, n. 52. L'impresa, ottenuti finanziamenti a medio-lungo termine per € 3,2 milioni, impugna la revoca di tre garanzie del Fondo, sopraggiunta qualche anno dopo, revoca che implica il dover restituire l'ESL al Fondo (pari a poco più di 140 mila euro), ossia il controvalore economico della garanzia pubblica, quantificato secondo un calcolo standardizzato, peraltro approvato dalla Commissione Europea. Non si evincono dalla decisione le condizioni dell'impresa (attiva ed in salute oppure in qualche difficoltà), ma la lite verte su una cifra che è pari al 4,3% dei finanziamenti ottenuti.

⁶⁰ Tar Lazio n. 8204 e 8208/2016, *cit.* in nota 38. Ricorrenti sono due PMI, che si oppongono alle delibere con cui il Fondo intende riconoscere l'escussione delle garanzie a beneficio di banche; anche in tal caso il Tar propende per la giurisdizione ordinaria. Dal contenuto delle decisioni si intuisce, ma non vi è conferma, che le PMI hanno tentato di paralizzare l'escussione delle garanzie (probabilmente perché in lite con le banche), in previsione del fatto che quelle escussioni si sarebbero tramutate in successive cartelle esattoriali (§ 6.3). Le fattispecie dovrebbero, in ogni caso, indurre a riflettere in via preliminare su un interrogativo, cioè se una simile azione sia plausibile o meno.

precedenti ai chiarimenti sulla pregiudiziale di rito della giurisdizione (§ 5.2) e nessuna di esse interessata dalla questione preliminare di merito sulla legittimità delle disposizioni di carattere generale (§ 5.3).

ESAME. Per agevolare la comprensione del fenomeno, la modestia di materiale disponibile, il cui contenuto è tuttavia più che sufficiente per delle sintesi, induce a procedere mediante *iter* cronologico.

ANNO 2008. Si rinviene il provvedimento più datato nel tempo. Il Tar siculo⁶¹, dopo aver motivato la propria giurisdizione, respinse il ricorso di una banca pubblica locale, la quale – denunciando *inter alia* la manifesta irrazionalità delle disposizioni del Fondo approvate negli Allegati ai decreti di dicembre 1999 o, in alternativa, di maggio 2001⁶² – aveva impugnato il provvedimento del Comitato di gestione che deliberava l'inefficacia della garanzia, rifiutando di dar corso all'escussione. La decisione del tribunale venne confermata in appello⁶³.

ANNO 2013. Non ebbe miglior fortuna un confidi che si rivolse al Tar Lazio⁶⁴, impugnando due provvedimenti di inefficacia di contro-garanzie, anche in questo caso mettendo sotto accusa le disposizioni del 1999, modificate nel 2001. Il Tar respinse i ricorsi, benché poi le due decisioni furono annullate dal citato Cons. Stato n. 5218/2017. Nello stesso anno, il medesimo giudice emise altra sentenza di rigetto⁶⁵, stavolta nei confronti di una banca, la quale aveva censurato sotto

⁶¹ Tar Sicilia, 24 aprile 2008, n. 538. L'inefficacia della garanzia era stata dichiarata a causa della violazione di 1 giorno rispetto al termine di 90 giorni concesso dalle disposizioni operative del 2001 (nota 62), ma non previsto dal regolamento di esecuzione di cui al d. interm. 248/1999. È singolare notare come la banca ricorrente avesse eccepito anche la violazione dell'art. 17 della l. 400/1988 oltretutto, ovviamente, del d. interm. 248/1999, ossia avesse prospettato al Tar isolano – che non si esprime minimamente sul tema – quegli stessi vizi che saranno poi accolti dal Consiglio di Stato, ma solo nel 2017 (§ 5.3).

⁶² D.m. 31 maggio 2001 contenente *Modificazioni alle condizioni di ammissibilità e alle disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese di cui all'art. 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*, pubblicato in G.U. 22/6/2001, S.G. n. 143. È appena il caso di far notare che si tratta di una modifica al primo decreto di dicembre 1999 (nota 1) e non di un provvedimento nuovo.

⁶³ C.G.A. per la Regione Siciliana, 28 agosto 2009, n. 746.

⁶⁴ Tar Lazio, sez. III-ter, 12 giugno 2013, nn. 5893 e 5894. Anche in questo caso, vista l'inesistenza di indicazioni nelle disposizioni di fonte gerarchicamente superiore, l'impugnazione verteva sul mancato rispetto, da parte del confidi, di termini perentori introdotti da disposizioni operative e la cui osservanza era propedeutica per dar corso ad una valida escussione delle contro-garanzie.

⁶⁵ Tar Lazio, sez. III-ter, 2 dicembre 2013, n. 10285. Il caso riguardava l'esatta individuazione della data di risoluzione e revoca di rapporti bancari, uno garantito ed altri non garantiti dal Fondo, in relazione alla data di decorrenza del termine perentorio di 120 giorni per escutere la garanzia; il Fondo riteneva di dover anticipare tale data (e ciò comportava la violazione dei 120 giorni), mentre per la banca tale data era successiva (ed il citato termine rispettato). Il Tar Lazio entra nel merito dei documenti, esegue valutazioni alquanto capziose ed in parte non corrette, respingendo il ricorso della banca.

vari profili un termine perentorio indicato nell'Allegato al decreto del 2005, ma non presente nel d. interm. 248/1999. Curioso invece un precedente che coinvolse altra banca⁶⁶.

ANNO 2016. Stavolta è il Tribunale civile di Catania a fermare una banca privata siciliana di piccole dimensioni: due decreti ingiuntivi, opposti dal gestore del Fondo, sono entrambi revocati⁶⁷. Anche in questi casi si contestava la legittimità di aver introdotto, a mezzo dell'Allegato al decreto del 2005, termini perentori non previsti nel superiore d. interm. 248/1999 (incidentalmente, dato che si controverte in tema di garanzia a prima richiesta, aggiungiamo qui che detti termini non erano stati indicati neppure dal decreto non regolamentare *ad hoc* di giugno 2005⁶⁸ che introduceva per la prima volta tale tipologia di garanzia). La sentenza 4563/2016 non è stata appellata, mentre l'appello della sentenza 4562/2016 non ha avuto miglior sorte rispetto al primo grado⁶⁹. Nello

⁶⁶ Tar Lazio, sez. III-ter, 15 novembre 2013, n. 9771. Il ricorso è dello stesso anno e venne presentato contro il silenzio del gestore, a fronte di una richiesta di escussione di una garanzia rimasta senza risposta. A ricorso pendente sopraggiunse una delibera di inefficacia della garanzia e, a quel punto, la banca dichiarò di non avere più interesse (la sentenza non dà conto di quale sia il vizio che abbia determinato l'inefficacia). È plausibile ipotizzare che la banca, fatte le proprie valutazioni, abbia ritenuto di essere in difetto.

⁶⁷ Trib. Catania, sez. IV, 8 settembre 2016, n. 4562 e n. 4563. Nella prima lite si controverte sulla differenza esistente tra una diffida al pagamento di rate impagate (non contemplata dalle disposizioni operative) ed una risoluzione del contratto e contestuale decadenza dal beneficio del termine (prevista dalle disposizioni). Nella seconda lite risultano non rispettati alcuni termini previsti per la gestione del rapporto banca-Fondo, a cominciare dalla mancata comunicazione dell'erogazione del finanziamento.

⁶⁸ D.m. 20 giugno 2005 recante la *Rideterminazione delle caratteristiche degli interventi del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese*, pubblicato in G.U. 2/7/2005, S.G. n. 152. In buona sostanza si tratta del provvedimento che introduce in maniera generalizzata, seppur limitatamente alle agevolazioni concesse dal Fondo, la tipologia della garanzia a prima richiesta, fin lì sconosciuta (v. § 2 e note 12 e 13 per quanto attiene al tema della *Credit Risk Mitigation*). Considerato che si trattava di uno strumento nuovo, abbastanza rivoluzionario e comunque delicato per le implicazioni che genera, sfuggono i motivi che hanno indotto il legislatore (v. art. 1, co. 209, l. 30 dicembre 2004, n. 311) a concedere il mezzo del «decreto di natura non regolamentare del Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, in linea con quanto previsto dall'Accordo di Basilea recante la disciplina sui requisiti minimi di capitale per le banche.», mezzo che ha peraltro consentito all'Esecutivo di andare ben oltre i limiti fissati dal Parlamento, finendo col creare alcuni di quei problemi che esamineremo nel § 6.3.

⁶⁹ App. Catania, sez. I, 3 giugno 2020, n. 926. Qui merita menzione la circostanza che l'appello è di marzo 2017 e la banca appellante ha dato conto della decisione del Consiglio di Stato di novembre 2017, peraltro allegandone copia, ma l'ha fatto – ovviamente – solo quando ha potuto, cioè in conclusionale. La Corte non fa alcuna menzione del tema, neppure per censurarlo di tardività, ma semplicemente lo ignora.

stesso anno, il Tribunale di Bologna⁷⁰ riservava identica sorte al cessionario di un credito cartolarizzato, che si vedeva revocare un decreto ingiuntivo perché la garanzia era stata a suo tempo ottenuta in violazione dei requisiti di merito del credito, necessari per deliberare l'agevolazione in favore del beneficiario finale.

ANNO 2017. Protagonista è ancora il Tar Lazio che respingeva cinque ricorsi avviati anni prima da un confidi⁷¹, colpito da provvedimenti di inefficacia di contro-garanzie. I casi erano simili tra loro e riguardavano *in primis* la presenza di (troppo) stringenti termini di decadenza, cui si aggiungevano altre contestazioni. Meritano però segnalazione particolare le fattispecie decise dalle sentenze nn. 4138, 4139 e 4141/2017⁷². Le cinque decisioni erano state tutte appellate, ma l'appellante ha rinunciato, con cessazione della materia del contendere (nota 51).

ANNO 2018. L'anno si discosta dal *trend* univoco e generalizzato⁷³: della decisione favorevole ottenuta da una banca presso il Tribunale di Roma si è dato

⁷⁰ Trib. Bologna, sez. IV, 14 dicembre 2016. Nel caso in discussione, peraltro, non si controverte su decreti ministeriali, siano essi regolamentari o no, o sui loro Allegati, ma la materia del contendere verte, addirittura, su disposizioni inserite in un cd. manuale operativo (la garanzia era stata dichiarata inefficace per una non conformità con le disposizioni adottate dal Comitato di gestione ed inserite tanto nella modulistica quanto, appunto, nel manuale operativo).

⁷¹ Tar Lazio, sez. III-ter, 3 aprile 2017 n. 4133, 4137, 4138, 4139 e 4141.

⁷² I tre casi erano sostanzialmente identici e si controverteva su un termine perentorio inesistente nel testo pubblicato nella G.U. dell'ottobre 2005, ma che invece il Comitato di gestione del Fondo riteneva esistente da sempre e come tale l'aveva inserito nel Manuale operativo. Nel respingere le richieste di escussione, il gestore motivava che «*Il Comitato, infatti, nella riunione del 14.5.2009 [...] si è espresso sull'argomento confermando che "il termine indicato al punto 15,3 delle vigenti disposizioni attuative vale quale termine perentorio con la conseguente applicazione della inefficacia della garanzia, in caso di mancato rispetto di quest'ultimo, ancorché non inserito nel successivo punto"*». In altre parole, il Fondo comunicava che, a prescindere da quanto pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il Comitato, quattro anni dopo la pubblicazione, notava un collegamento saltato, si riuniva e decideva per una diversa natura del termine (trasformandolo da ordinatorio in perentorio), perché nelle proprie disposizioni interne l'aveva sempre inteso in tal modo (per inciso, non risulta emessa alcuna circolare informativa di tale decisione, a prescindere dal valore giuridico che una simile informazione potesse avere). In buona sostanza, il risultato delle tre sentenze è che le decisioni dell'allora Comitato, provate attraverso l'esibizione di un manuale operativo interno acriticamente sussunto come valido, sono più forti anche di quanto è pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Aggiungiamo una seconda osservazione: le parole del gestore riferite sopra citano un «*successivo punto*» e ciò induce chi legge a pensare che il *successivo punto* [al 15,3] non possa che essere il punto 15.4. Così non è perché, per eseguire una citazione corretta, si sarebbe dovuto menzionare il punto 15.5, della Lettera D, della Parte III[^], così come pubblicato in Gazzetta Ufficiale. Il rimando del gestore restituisce, dunque, l'idea che fosse esistente più d'una versione di tale manuale operativo e che la versione su cui avesse deliberato il Comitato di gestione non fosse coincidente con la versione delle disposizioni pubblicata in G.U. È intuitivo che in tal modo viene chiaramente meno qualsiasi certezza ed affidabilità.

⁷³ Trib. Roma n. 23558/2018, *cit.* e Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 17 dicembre 2018, n. 1210.

conto nel § 5.3, mentre una diversa banca ottiene decisione positiva dalla sede di Brescia del Tar Lombardia, che entra nel merito e perviene ad una decisione corretta, anche se forse è un po' debole⁷⁴.

ANNO 2019. Si torna al *trend* di decisioni favorevoli al Fondo. Il Tribunale di Torino⁷⁵ respinge la domanda di una banca, in quanto non è stata in grado di dimostrare in modo corretto e completo le dimensioni PMI dell'azienda beneficiaria finale dell'agevolazione. La decisione non coinvolge direttamente l'apparato regolatorio della garanzia del Fondo, anche se, in realtà, esso dovrebbe considerarsi coinvolto a pieno titolo in maniera indiretta, in quanto richiama pedissequamente la normativa sulle PMI⁷⁶. La sentenza di primo grado è stata di recente confermata in appello⁷⁷.

⁷⁴ Il caso bresciano riguarda una garanzia diretta concessa per agevolare l'erogazione di un mutuo ed intreccia due tematiche: la durata del mutuo, inizialmente deliberato dalla banca come scadente nel 2014 e poi stipulato con scadenza nel 2015 (regolarmente comunicata al Fondo, ma solo dopo la stipula e quindi solo dopo aver ottenuto la garanzia) e le tempistiche della vicenda in relazione ai termini previsti dalla l. 241/1990 (che MCC dichiara di applicare). Risolto per inadempimento il contratto di mutuo, l'azienda fallì e la garanzia venne escussa nel 2013, ma il Consiglio di gestione del Fondo ne dichiarò l'inefficacia per difformità tra la durata del mutuo dichiarata *ex ante* ed accertata *ex post* (seppur fosse stata comunicata la durata diversa). Il Tar boccia la decisione del Fondo, ma la motivazione fa leva più su ragionamenti di giustizia sostanziale legati al caso di specie che non sull'interpretazione delle regole applicate dal Fondo, argomentando, tra l'altro, che qualunque fosse la scadenza del mutuo e della garanzia (anno 2014 o 2015), la garanzia è comunque stata escussa durante il corso della sua durata regolare (nel 2013). La decisione è corretta, ma forse si sarebbe potuto fare meglio; ci sarebbe infatti da chiedersi quale avrebbe potuto essere la decisione del collegio amministrativo se la banca – ipotizzando una diversa cronologia di eventi rispetto a quelli di causa, ma pur sempre possibili – avesse formulato l'escussione della garanzia non nel 2013, ma tra il 2014 ed il 2015 (cioè all'interno della scadenza delle due date contestate) o, peggio, se l'escussione fosse avvenuta dopo il 2015.

⁷⁵ Trib. Torino, sez. I, ord. 26 aprile 2019 in un processo ex art. 702-bis c.p.c. La decisione convince poco, in quanto muove da presupposto incidentale errato: «[...] *che, nel merito, le disposizioni operative emanate dalla resistente devono intendersi opponibili inter partes in quanto espressamente menzionate al momento del l'attivazione della garanzia (si veda sul punto il doc. n. 7 attoreo in cui parte ricorrente espressamente si impegnavo ad osservare le disposizioni operative in allora vigenti), alla stregua di qualsiasi condizione generale di contratto;*». In altri termini, il giudice inquadra la relazione tra banca e Fondo come se fosse un contratto, circostanza dubbia per le ragioni indicate in § 2 e nota 15, anche se in seguito chiarisce quale sia il vero tema su cui decidere, cioè il rispetto o mancato rispetto della normativa sulle dimensioni PMI, la cui disciplina non è una prerogativa né del Fondo, né nazionale, ma di derivazione europea. La curiosità, se così la si vuol chiamare, della decisione è la seguente: senza porsi il dubbio su quale dei soggetti in lite gravi l'onere della prova e perché, ma dando per scontato che gravi sulla banca, non si riesce a dimostrare positivamente che l'impresa italiana (che aveva delle collegate straniere) possedesse i requisiti dimensionali di una PMI, ma nel contempo non esiste neppure alcun elemento che porti ad escluderlo, con il risultato di legittimare il rifiuto di un'escussione di valore superiore ad 1 milione di euro.

⁷⁶ Sul tema delle dimensioni PMI e sulla sua, talvolta, *probatio diabolica*, v. OLIVIERI, *cit.*, § 6.

⁷⁷ App. Torino, sez. I, 12 gennaio 2021, n. 36.

ANNO 2020. Nuovo scostamento dal *trend*, stavolta ad opera del Tar Campania, di cui si è già dato conto⁷⁸. Il tribunale campano, chiarite le ragioni per le quali ritiene la propria giurisdizione, entra nel merito e re-interpreta le disposizioni operative in modo, a suo giudizio, più aderente all'ordinamento, rispetto all'interpretazione offerta dal Fondo, censurandone il provvedimento di inefficacia. La controversia è singolare poiché, coinvolgendo una contro-garanzia dichiarata inefficace, ci si attenderebbe di vedere un confidi nella veste di ricorrente; ricorre invece una banca, sulla quale – per effetto del contratto di garanzia vigente tra essa banca ed il confidi – ricadono le conseguenze dell'inefficacia che ha colpito la contro-garanzia⁷⁹.

ANNO 2021. L'anno presenta decisioni contrastanti, tutte provenienti dalla sede di Brescia del Tar Lombardia, alcune su delibere di inefficacia di garanzie concesse ad una banca ed altre sull'inefficacia di contro-garanzie concesse ad un confidi⁸⁰. Le controversie banca-Fondo vertono sulle disposizioni operative in tema di merito del credito della PMI, valutato attraverso i bilanci (sentenza n. 31/2021), in tema di limiti agli strumenti collaterali acquisiti a garanzia dell'operazione agevolata (sentenza n. 87/2021) ed in tema di norme circa la corretta prova da offrire per consentire la verifica della dimensione di PMI dell'impresa beneficiaria finale (sentenza n. 88/2021)⁸¹; quelle confidi-Fondo

⁷⁸ Tar Campania, n. 3677/2020 (nota 40). In base alle disposizioni del Fondo, ai si interroga su cosa si intenda e quali conseguenze implichi il termine “data di inadempimento” in un caso di inadempimento del contratto di finanziamento seguito dal concordato preventivo della PMI (sulla questione dell'interpretazione di “data di inadempimento”, v. anche nota 83). In astratto, annullando il provvedimento di inefficacia, ciò dovrebbe produrre la liquidazione della controgaranzia del Fondo a beneficio del confidi, il quale, a propria volta, trasferirà parte del ricevuto alla banca ricorrente. La decisione è stata impugnata anche nel merito.

⁷⁹ Vedi § 2 e nota 14 sul principio *simul stabunt vel simul cadent*.

⁸⁰ Tar Lombardia, Brescia, nn. 31, 87 e 88/2021 in nota 42 e 15 gennaio 2021, n. 44 e n. 53.

⁸¹ Tar Lombardia, Brescia, nn. 31, 87 e 88/2021 *cit*. Nel merito dei plurimi motivi di ricorso, uno risulta comune a tutti ed assorbente; a fronte dei fatti narrati e documentati, estraendo dalla sentenza n. 88/2021, il Tribunale «[...] *concorda con parte ricorrente in ordine al fatto che ai fini della qualificazione giuridica di un atto amministrativo non assuma valenza decisiva il nomen iuris attribuitogli dall'Autorità procedente, dovendosi piuttosto avere riguardo al suo contenuto sostanziale e alle finalità in concreto perseguite (cfr., T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, sentenza n. 13/2019; C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 103/2014). Ora, come si ricava dal dato normativo (segnatamente, articoli 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241 del 1990), all'interno della più ampia categoria dell'autotutela decisoria, la revoca si caratterizza per essere ancorata a ragioni di opportunità dettate da sopravvenienze di fatto e/o di diritto, ovvero da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, laddove l'annullamento in autotutela si connota per il fatto di fondarsi su ragioni di legittimità (cfr., T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VIII, sentenza n. 2948/2020). L'annullamento d'ufficio è dunque l'atto di ritiro di un provvedimento illegittimo. Ebbene, poiché l'atto di ritiro della garanzia del fondo adottato nel caso in esame dalla società M.C. S.p.A. è motivato dall'assenza ab origine del requisito soggettivo per accedere al beneficio (i.e. l'essere una piccola o media impresa),*

vertono entrambe in tema di merito del credito (sentenza n. 44/2021 e n. 53/2021)⁸². Se ci si sofferma sulla *ratio decidendi* di alcuni di questi giudizi, secondo cui – nell’ambito dell’esercizio di poteri di autotutela – sarebbe illegittima una revoca o un’inefficacia dell’agevolazione dichiarata oltre il termine di 18 mesi dal suo rilascio, si comprende come una simile decisione possa mettere in discussione, almeno in parte, quel modello organizzativo descritto nel § 2.

Sul versante civile, invece, si può dar conto di una nuova decisione del Tribunale di Torino⁸³, che entra nel merito delle disposizioni generali, riformula l’interpretazione offerta dal gestore e condanna il Fondo a rimborsare il confidi, benché quest’ultimo fosse stato in precedenza raggiunto da una delibera di

ovverosia dall’illegittimità dell’originaria concessione della garanzia in quanto disposta al di fuori dei casi previsti dalla legge, esso si configura quale annullamento in autotutela. Sennonché, a sensi dell’articolo 21-nonies L. n. 241 del 1990, l’atto amministrativo illegittimo può essere annullato in autotutela entro un termine ragionevole, successivamente individuato in 18 mesi dall’articolo 6 L. n. 124 del 2015.» preoccupandosi di dar conto che tale termine, ancorché introdotto nel 2015, risulta superato. In buona sostanza, il caso concreto è *mutatis mutandis* identico a quello di Torino del 2019 (note 75, 76 e 77), ma Brescia segue un diverso percorso motivato e l’esito è, per il momento, opposto.

⁸² In Tar Lombardia, Brescia, n. 44/2021, la PMI risulta valutata dal confidi sulla base dei bilanci degli es. 2009 e 2010, la contro-garanzia risulta concessa dal Fondo nel 2012, attivata dal confidi nel maggio 2016 e deliberata inefficace dal Fondo nel febbraio 2017. Sotto questi profili cronologici, la fattispecie è quasi del tutto sovrapponibile a quelle nella nota precedente, ma l’esito finale è diverso: conferma la delibera di inefficacia della contro-garanzia (benché dalla motivazione si comprenda che il contraddittorio non si sia occupato di questi aspetti, si capisce comunque con facilità che il termine di 18 mesi per esercitare l’auto-tutela, di cui si è detto in precedenza, non era ancora stato superato, dato che tra l’entrata in vigore della l. 124/2015 e la comunicazione della delibera di inefficacia erano trascorsi poco più di 17 mesi). La fattispecie decisa con la sentenza n. 53/2021 è del tutto simile, ma giunge a risultati opposti, annullando la delibera di inefficacia. Entrambe le decisioni manifestano la cura con la quale sia stata ripercorsa la sequenza cronologica dei due diversi fatti storici che, messi in relazione alle disposizioni operative del Fondo, determinano i due diversi esiti.

⁸³ Trib. Torino, sez. I, 31 marzo 2021, n. 1547: premessa un’escussione di garanzia della banca al confidi con quest’ultimo che, formulata al Fondo istanza di autorizzare il pagamento con riserva di rimborso, riceve invece delibera di improcedibilità per un fatto ascrivibile alla banca e ad essa lo eccepisce, si tratta di opposizione di un confidi al decreto ingiuntivo di una banca, con chiamata di terzo in manleva (il Fondo). Ai fini di questo contributo, sono due i passaggi che risultano più interessanti: (a) il modulo obbligatorio che i confidi devono inviare alle banche e propedeutico ad ottenere il nulla osta all’escussione, integra una «(...) *dichiarazione vincolante in ordine alla quale la stessa parte opponente non ha azionato alcuna domanda di invalidità per vizio del consenso o illiceità dei motivi*», ossia integra un riconoscimento di debito che, venendo meno la contro-garanzia, fosse pure per ragioni ascrivibili alla banca, espone il confidi ad un decreto ingiuntivo; (b) non è condivisibile che il Fondo limiti la nozione di inadempimento (di un finanziamento rateale) alla «*data della prima rata scaduta e non pagata*» mentre «(...) *è pertanto evidente che la nozione di inadempimento da prendere in considerazione è quella ordinaria, nella quale va certamente sussunta la mancata restituzione del capitale a seguito di revoca del finanziamento ex art. 1186 del c.c.*», affermazione indiscutibile in linea di principio, ma forse più rispondente ad un concetto di giustizia sostanziale che non di diritto rispetto al caso concreto.

improcedibilità della contro-garanzia. Al di là della soluzione del caso concreto, più o meno condivisibile che sia, la decisione si caratterizza per il totale disinteresse sia del riconoscimento o meno del principio *simul stabunt vel simul cadent* (§ 2), che dei profili di legittimità delle disposizioni generali (§ 5.3), nonostante gli atti della lite mostrino come sia stata data al giudice l'opportunità di esprimersi, ma non sia stata colta.

6.3. Surrogazione nel credito e recupero. – GENESI. Quanto alla tipologia di contenzioso “C” tra Fondo e debitori e/o con-debitori solidali, esso si manifesta su casistiche in cui, onorata l'escussione di una garanzia a prima richiesta, il Fondo si surroga nel credito di cui è divenuto titolare ed agisce per il recupero di un credito sostanzialmente riferibile allo Stato⁸⁴. Le questioni ruotano intorno al d.lgs. 123/1998 (ed alle disposizioni complementari e/o successive), i cui artt. 7 e 9⁸⁵, in combinato disposto, lasciano intuire che il recupero del credito è certamente svolgibile anche nei casi di «*concessione di garanzia*»; si aggiunga che sul credito azionato si chiede, dove serve, il riconoscimento di privilegio generale che quella legge attribuisce ai crediti derivanti dalle agevolazioni dello Stato e che il recupero avviene con la procedura di riscossione esattoriale.

I due articoli di legge speciale vanno posti in relazione agli artt. 2745 e ss. c.c. e sono chiaramente destinati (quanto al soggetto passivo) ai debiti inadempiti contratti dal destinatario dell'agevolazione, anche se una non proprio felice redazione dell'art. 9, co. 1 («*il soggetto competente provvede alla revoca...*») sembrava indirizzare il riconoscimento del privilegio alle sole garanzie “revocate”, escludendo la riconoscibilità nel caso di garanzie “escusse”. Tale distinzione semantica ha favorito una interpretazione letterale restrittiva della giurisprudenza di merito che sembra, tuttavia, un *non sense*; è infatti difficile

⁸⁴ A grandi linee, i passaggi propedeutici di queste liti sono identici: è esistito un finanziamento ad una PMI garantito a prima richiesta dal Fondo; il finanziamento non è stato, in tutto o in parte, rimborsato; è stata formulata richiesta di escussione della garanzia; il Fondo ha liquidato l'escussione e si è surrogato *ex lege* nei limiti di quanto liquidato; il Fondo ha avviato il recupero del credito verso debitore principale (la PMI) e condebitori solidali se esistenti (fideiussori o terzi ad altro titolo responsabili, come per es. i soci illimitatamente responsabili nelle società di persone).

⁸⁵ Per l'art. 7, v. nota 31. L'art. 9 “Revoca dei benefici e sanzioni” prevede: «1. In caso di assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, il soggetto competente provvede alla revoca degli interventi e, in caso di revoca dal bonus fiscale, ne dà immediata comunicazione al Ministero delle finanze. [...] 5. Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo [...]»

concepire un privilegio su una agevolazione (garanzia) revocata, in cui non esiste un credito in cui ritenersi surrogati o, se e quando c'è, l'importo di tale credito è limitato all'ESL, e non riconoscere il privilegio se la garanzia è stata escussa, cioè quando realmente esiste – per gli effetti surrogatori – un reale credito. Di conseguenza, delle due l'una: o quel *provvede alla revoca* dell'art. 9 d.lgs. 123/1998 va interpretato, anche, come un *provvede alla escussione*, oppure il predetto articolo non riconosce alcun privilegio ad agevolazioni di Stato concesse in forma di garanzia quando le stesse sono stata escusse, idea che, per onestà intellettuale, si dovrebbe escludere che albergasse nelle intenzioni del legislatore.

La fattispecie generica si confronta poi con due diverse situazioni: la prima (a) è quella che coinvolge una PMI ancora in regolare attività e la seconda (b) è quando l'azienda è cessata, subentrando spesso, in questi casi, gli organi di procedure concorsuali⁸⁶. Al momento, la situazione (a) non riserva particolari sorprese⁸⁷, almeno non sino a quando entrerà in rotta di collisione con il tema

⁸⁶ In realtà è presente da anni, in maniera sempre più significativa, un fenomeno contenzioso che, prima o poi potrebbe facilmente coinvolgere anche le azioni di recupero del credito ad iniziativa del Fondo, andando a creare un terzo sottotipo: quello inerente azioni di recupero del credito avviate contro fideiussori che, a suo tempo, rilasciarono alla banca una fideiussione secondo il c.d. schema ABI. L'argomento è ampio ed esula dai confini di questo scritto, ma sembra giusto farvi cenno, seppur in poche battute, proprio perché potrebbe presto assumere rilevanza propria, con risvolti di non poco conto tanto sul Fondo quale creditore surrogato, quanto sull'Agenzia delle Entrate, incaricata della riscossione. Lo *standard* di fideiussione schema ABI (che risale al 2005) venne sanzionato per aver dato corso ad una illegittima distorsione della concorrenza (violazione *antitrust*) e numerose fideiussioni conformi a tale schema sono già state dichiarate nulle o annullate nell'ambito di giudizi che vedono al momento coinvolti i creditori (banche o loro cessionari di crediti) ed i fideiussori. Sono numerosi i profili giuridici di lite che possono entrare in gioco (es.: nullità totale o nullità parziale; questione limitata alle sole fideiussioni *omnibus* o estesa anche alle fideiussioni specifiche; il fideiussore di un imprenditore è o non è un consumatore; qual è la competenza territoriale; i modi ed i tempi per far valere la violazione *antitrust*; obbligatorietà o meno, per il giudice italiano, di conformarsi al diritto *antitrust* della Corte di Giustizia UE; se eventuali giudicati inerenti quello stesso debito, formati su questioni che non hanno riguardato la fideiussione, precludono o non precludono l'eccezione; ecc.). Con tutta evidenza, si tratta di tematiche assai delicate, in quanto il risultato è finalizzato a liberare o, al contrario, a vincolare in modo definitivo, i fideiussori alle conseguenze patrimoniali di trovarsi a rispondere di un debito altrui e per il quale avevano prestato garanzia personale, talvolta con conseguenze significative per la loro vita quotidiana (si pensi, ma non solo, ai pignoramenti di abitazioni). Un primo arresto giurisprudenziale è del Trib. Trani, sez. unica, 19 febbraio 2020, che – con ampia motivazione – respinge le eccezioni di nullità totale o parziale della fideiussione e legittima l'azione di recupero esattoriale del Fondo di Garanzia per le PMI. Sul tema, ci si permette di segnalare il sito divulgativo www.fideiussioninulle.it e M. Rosst, *In difesa della fideiussione omnibus ABI*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 1, 141, il cui contributo, senza entrare nel merito dalla tesi sostenuta, ripercorre il lavoro dell'ABI sotto il profilo storico, consentendo di raggiungere un'ottima conoscenza propedeutica al dibattito attuale.

⁸⁷ Trib. Cosenza, sez. I, 29 aprile 2019 n. 866. Un decreto ingiuntivo ottenuto da una banca nel

delle fidejussioni schema ABI di nota 86⁸⁸; la situazione (b), ed in particolare la questione del privilegio sui crediti, è invece sovente fonte di contrasti, generati – a parere di chi scrive – dalla disarmante facilità con cui il legislatore delega impropriamente l'esercizio di prerogative normative.

ESAME. I precedenti di cui si ha contezza presentano risultati più articolati e con meno remore per la protezione dei diritti dello Stato, non esitando a censurare le iniziative del Fondo. In questo caso, a differenza del § 6.2, l'esame non avviene mediante *iter* crono-logico, ma merita invece di essere distinto in

giugno 2014 è opposto dalla PMI debitrice e dal fideiussore, che chiedono e ottengono di chiamare il terzo Fondo di Garanzia, che si costituisce chiarendo che la banca ha formulato richiesta di escussione nell'aprile 2013, ma che la pratica è *in itinere* e non è stata ancora liquidata. Dalla sentenza si comprende che il Fondo ha liquidato la garanzia nel gennaio 2019 e così conclude il Tribunale: «*Quanto al rapporto con la Mediocredito Centrale S.p.A., avuto riguardo, per un verso, al momento in cui è stato effettuato il pagamento della somma dovuta in forza della garanzia prestata e, per altro verso, alla carenza di legittimazione degli opposenti nei confronti dell'Istituto garante, appaiono ravvisabili fondati motivi idonei a giustificare la compensazione delle spese di lite tra le parti.*». Ora, considerando che la PMI è per definizione colei che chiede l'agevolazione del Fondo (tanto che è definita la beneficiaria finale), la carenza di legittimazione attiva, che può ritenersi corretta quanto al fideiussore, pare una motivazione un po' poco prudente nei confronti della PMI opponente, ma senz'altro consente al giudice, quanto meno, di compensare le spese. Incidentalmente si notino le tempistiche: per ottenere la liquidazione di una garanzia a prima richiesta risultano trascorsi, rispettivamente, oltre 4 anni dall'inizio della lite e quasi 6 anni dalla richiesta di escussione della garanzia. Se non fosse noto a chi scrive che, durante l'*iter* di escussione di una garanzia, possono accadere molteplici inconvenienti, si potrebbe essere indotti a pensare che la giustizia cosentina sembra funzionare meglio della burocrazia romana; la realtà è che le due durate sono entrambe ingiustificabili.

⁸⁸ La collisione potrà verificarsi non solo quando il Fondo, surrogatosi nel credito adempiuto ed avviato il recupero esattoriale contro un fideiussore, potrà trovarsi di fronte ad un'eccezione di nullità della fideiussione; ad es. in Trib. Benevento, 17 ottobre 2018, n. 165, in <https://shop.centroanomaliiebancarie.it> e Trib. Vibo Valentia, 28 ottobre 2020, n. non noto. Il Tribunale campano dichiara nullo un contratto di mutuo ipotecario assistito da fidejussioni personali e la declaratoria travolge, ovviamente, le fidejussioni stesse, ma travolge anche l'azione di recupero esattoriale del Fondo, che si era surrogato nel credito vantato dalla banca verso i fideiussori, con annullamento delle cartelle esattoriali. Il Tribunale calabrese, dal canto proprio, respinge in punto di *an* l'opposizione di un fideiussore a decreto ingiuntivo, ma durante il processo la banca dà atto di essere stata in parte soddisfatta dal Fondo ed il Tribunale riduce il *quantum* da 65 mila a soli 7 mila euro; il motivo di rigetto dell'opposizione è la ri-qualificazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia e, di conseguenza, il (non più fideiussore, riqualificato) garante non ha diritto di avvalersi delle eccezioni che sarebbero spettate al debitore originario. Ora, però, se si considera che prima o poi il Fondo, surrogandosi nel credito della banca, avvierà l'azione esattoriale per circa 58 mila euro di nuovo nei confronti dello stesso soggetto *ex* fideiussore, va tenuto conto che non avrà più di fronte un condebitore solidale, bensì un garante autonomo, che ha perso il rapporto di accessorialità / solidarietà che lo legava alla PMI debitrice; è pertanto intuibile che la circostanza finirà col mettere in crisi il diritto del Fondo di agire contro un terzo non (più) legato da vincolo di solidarietà con il debitore originario.

due grandi periodi, prima e dopo il 26 marzo 2015, in considerazione del quadro normativo di riferimento.

DAL 1998 FINO AL 25 MARZO 2015 – La querelle derivante dall'interpretazione letterale poc'anzi ricordata (garanzie revocate vs. garanzie escusse), invero non così difficile da ovviare, poteva certamente coinvolgere e, *ça va sans dire*, ha coinvolto, anche le garanzie del Fondo, caratterizzate da un passaggio normativo in più: con legge finanziaria del 2005⁸⁹ venne dato incarico all'allora Ministero delle attività produttive di introdurre la garanzia a prima richiesta del Fondo, cosa che il Ministero eseguì con il d.m. 20 giugno 2005 (nota 68). Tuttavia, nel dar corso all'attuazione, il Ministero decise di occuparsi del tema qui in discussione, introducendo apposite disposizioni: *sub* art. 2, comma 4, per la garanzia a prima richiesta, e *sub* art. 3, comma 3, per la contro-garanzia a prima richiesta. I due commi hanno il pregio, indiretto, di ricondurre interpreti ed operatori alla *vexata quaestio* del privilegio⁹⁰, il tutto però limitato alle sole PMI (non si citano i condebitori solidali). L'idea è sagace, ma improbabile⁹¹ e la questione sul privilegio, che finisce per legarsi – com'è ovvio, trovandosi nel medesimo articolo

⁸⁹ L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 209. La parte che riguarda il tema di cui ci occupiamo è la seguente: «[...] *Le caratteristiche degli interventi del Fondo di cui al presente comma sono rideterminate con decreto di natura non regolamentare del Ministro delle attività produttive e del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, in linea con quanto previsto dall'Accordo di Basilea recante la disciplina sui requisiti minimi di capitale per le banche.*» e si fa apprezzare per due indicazioni, entrambe molto criticabili: (a) l'intervento è di natura 'non regolamentare' e dunque sottratto a controlli di legalità; (b) un limite della delega quanto mai nebuloso 'in linea con quanto previsto dall'Accordo...', che può voler dire qualsiasi cosa, consegnando praticamente nelle mani dell'Esecutivo una amplissima discrezionalità.

⁹⁰ È difficile non pensare ad un intento malizioso nella redazione di questi due commi: entrambi transitano attraverso l'ovvio, per auspicabilmente raggiungere, in maniera indiretta, un risultato all'epoca niente affatto ovvio. Nei due commi si chiarisce infatti che l'escussione di una garanzia e di una contro-garanzia concedono al Fondo il diritto di surrogarsi nel credito (previsto nel codice civile) e che si procederà al recupero del credito con procedura esattoriale (previsto ex art. 9 del d.lgs. 123/1998), ma non si cita affatto il privilegio dello Stato. A questo punto l'interprete, sollecitato a prendere atto di questo art. 9, non può fare a meno di accorgersi che tale articolo prevede, anche, un privilegio, di cui dovrà tenere debitamente conto. In altre parole, in caso di difficoltà nel riconoscimento del privilegio percorrendo la strada diretta (l'art. 9, d.lgs. 123/1998), gli si affianca una strada alternativa, consistente nell'assistenza di un decreto ministeriale neppure di tipo regolamentare.

⁹¹ Alla luce di quanto sin qui detto, è da escludere che un decreto non regolamentare possa ambire ad un simile risultato. L'intervento corretto avrebbe, forse, dovuto dirigersi verso una più logica e giustificata modifica diretta dell'art. 9 del d.lgs. 123/1998 o, in alternativa, predisporre una norma di interpretazione autentica di quel «*provvede alla revoca*» contenuto nel predetto art. 9.

di legge – a quella della riscossione mediante procedura esattoriale⁹², non fa i conti con la magistratura civile.

Si esprimono in sostanza contro lo Stato e nel 2014 negano il riconoscimento del privilegio sul credito il Tribunale di Milano⁹³ e quello di Torino⁹⁴, nel 2016 la Corte di Appello di Catania⁹⁵, nel 2017 il Tribunale di Ancona⁹⁶. Si indirizza esplicitamente in favore del debitore o condebitore il Tribunale di Bari⁹⁷ nel 2016,

⁹² Il d.lgs. 123/1998 identifica la riscossione esattoriale nel desueto d.p.r. 43/1988. Oggi si deve far riferimento al d.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46 di *Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della legge 28 settembre 1998*, n. 337.

⁹³ Trib. Milano, sez. II., 3 luglio 2014, www.ilcaso.it e www.unijuris.it. Trattasi di opposizione al rigetto di una domanda di insinuazione al passivo presentata da Equitalia Nord, la cui decisione è così massimata: «*Il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/98 non si applica alle prestazioni di garanzia ex art. 2, comma 100, L. n. 662/96, art. 15 della L. n. 266/97 (che è intervenuto successivamente nella materia). Nessun richiamo vi è, difatti, nell'art. 9, comma 5, D. Lgs. n. 123/98, né in altre disposizioni del suddetto decreto legislativo al Fondo di garanzia PMI, né vi è alcun rinvio recettizio all'art. 2, comma 100, L. n. 662/96 né all'art. 15 della L. n. 266/97. Né è sostenibile che detto privilegio possa essere richiamato in virtù dei decreti del Ministro delle Attività Produttive del 20.06.2005 e del 23.09.2005, nonché del decreto MISE del 23.11.2012 (decreti che, peraltro, si limitano a richiamare il ricorso alla procedura esattoriale per la riscossione del credito), posto che il privilegio può essere stabilito solamente dalla legge. Pertanto, dovendosi dare alla norma istitutiva del privilegio una interpretazione restrittiva, coerentemente con la natura speciale delle norme istitutive di privilegi (peraltro esse stesse oltremodo numerose e tali da alterare irreversibilmente la parità di condizioni nel concorso dei creditori), la norma in questione non può essere applicata alle prestazioni di garanzia a carico del Fondo PMI gestito dal MISE.*». La controversia si segnala per l'intervento in giudizio sia del MiSE, che di MCC, che vedono respinte le loro argomentate tesi, fondate anche sul richiamo dell'art. 7, co. 1, d. lgs. 123/1998.

⁹⁴ Trib. Torino, sez. VI, 2 luglio 2014, www.unijuris.it che, seppur meno convincente, esclude l'esistenza del privilegio a margine di un finanziamento concesso da Simest S.p.A., in un caso che tuttavia non è perfettamente coincidente alla questione qui discussa.

⁹⁵ App. Catania, sez. I, 12 ottobre 2016, n. 1487, www.unijuris.it.

⁹⁶ Trib. Ancona, sez. I, 6 novembre 2017 che annulla il ruolo esattoriale emesso da Equitalia Centro in quanto foriero di conseguenze pregiudizievoli non legittime. Il caso riguarda un concordato preventivo con continuità. La società in crisi aveva interrotto il rimborso di un finanziamento concesso da una banca, il cui credito era stato regolarmente inserito al 100% nella procedura, ma aveva poi subito la falcidia concordataria. Non di meno, a concordato in corso, la banca aveva ottenuto l'escussione della garanzia dal Fondo sulla base, appunto, del 100% del credito dichiarato alla procedura. Surrogatosi il Fondo di Garanzia e concluso il concordato, era stata avviata la procedura esattoriale di recupero con emissione di ruolo esattoriale per la cifra nominale liquidata alla banca (e non per la cifra astrattamente falcidiata), ruolo che il Tribunale annulla. Anche in questo giudizio si discute del privilegio fondato sul d.lgs. 123/1998 che, in buona sostanza, si presenta lesivo dell'astratta *par condicio* e, nel caso di specie, anche pregiudizievole al debitore stesso, laddove trasforma in corso d'opera – per effetto di un'escussione di garanzia – un credito inizialmente chirografario e soggetto a falcidia, in un credito in parte (la garanzia è in percentuale) privilegiato e quindi escluso dalla falcidia.

⁹⁷ Trib. Bari, sez. II, ord. 12-13 ottobre 2016, ritiene l'art. 2, co. 4, d.m. 20 giugno 2005 sia spendibile nei soli confronti delle PMI, ma non nei confronti dei fideiussori (parti in giudizio nel caso di specie).

nel 2018⁹⁸ e di nuovo nel 2019⁹⁹. Contrario, invece, alle ragioni dei fideiussori il Tribunale di Milano¹⁰⁰.

Riguardo al privilegio sembra più perspicua la giurisprudenza di legittimità¹⁰¹, se si ha la costanza di arrivarci, che lo riconosce senza difficoltà anche ai crediti derivanti da garanzie escusse, direttamente ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 123/1998.

DAL 26 MARZO 2015 AD OGGI – Evidentemente la combinazione tra il testo di legge del 1998 ed il decreto ministeriale del 2005 non era riuscita a placare i contrasti (del resto, a causa della impropria gerarchia delle fonti, non avrebbe potuto) e si decide di intervenire di nuovo, a distanza di dieci anni, stavolta in maniera più appropriata, quanto meno in relazione al mezzo utilizzato.

Forse proprio in virtù della decisione di Milano di luglio 2014 (nota 93), il 26 marzo 2015 entra infatti in vigore, con la legge di conversione, l'art. 8-*bis* del d.l. 3/2015¹⁰². Per facilitare lettura e comprensione, i testi vanno messi a confronto:

⁹⁸ Trib Bari, sez. II, ord. 10 gennaio 2018, www.ilcaso.it, nell'ambito di opposizione all'esecuzione avviata da Equitalia contro un'azienda, osserva che «*allo stato sussistono i gravi motivi richiesti dalla prefata disposizione per concedere l'invocata sospensione, avuto riguardo alla posizione di garante della parte opponente e giusta la disposizione di cui all'art. 9 d.lvo 123/98 che fa riferimento ai crediti da restituzione dei finanziamenti per fatti addebitabili alla parte beneficiaria e non menziona il garante, posizione ricoperta dall'odierna opponente*».

⁹⁹ Trib. Bari, sez. II, 21 febbraio 2019, n. 777, in www.dejure.it, che, in relazione all'art. 9, co. 5, d. lgs. 123/1988 distingue tra azione di recupero da revoca dell'agevolazione ed azione di recupero conseguente ad inadempimento dell'obbligazione garantita, autorizzando la via esattoriale per la prima e non per la seconda.

¹⁰⁰ Trib. Milano, sez. III, 2 dicembre 2020, n. 7899 con nota critica di E. OLIVIERI e G. CASTELLANO in <http://fideiussioninulle.it>. La lite riguarda l'opposizione di due fideiussori all'esecuzione esattoriale avviata dall'Agenzia delle Entrate in base ad una garanzia diretta concessa (nel dicembre 2014 circa, ma non c'è la data), escussa dopo l'agosto 2017 e con cifra iscritta a ruolo nel 2019 (anche qui non c'è la data esatta). Il Tribunale si disinteressa tanto del d.lgs. 123/1988, quanto del d.l. 3/2015, e si limita ad applicare l'art. 2, co. 4 del d.m. 20 giugno 2005, che richiama l'art. 1203 c.c., andando a respingere l'opposizione. Dalla motivazione non si colgono segnali sul se il contraddittorio tra le parti sia entrato o no nel merito circa il valore intrinseco di questo decreto ministeriale, mentre, per altro verso, respinge un'eccezione di nullità della fideiussione schema-ABI per non esser stata fornita la prova del pregiudizio subito, entrando addirittura in contrasto con la propria Corte d'Appello.

¹⁰¹ Cass., sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2664 e Cass, sez. I, 31 maggio 2019, n. 14915. Nella prima sentenza (parte in causa SACE SpA), resa nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, il Tribunale di Padova aveva respinto la richiesta di privilegio sul credito vantato da SACE; la decisione era poi stata riformata dalla Corte di Appello di Venezia e la riforma confermata con ampia motivazione in sede di legittimità. Nella seconda decisione (parte in causa Equitalia Servizi di Riscossione S.p.A., che agisce su incarico del Fondo), resa nell'ambito di una procedura fallimentare, il Tribunale decreta di respingere la richiesta di privilegio sul credito, ma la decisione viene cassata con rinvio al medesimo tribunale, in diversa composizione.

¹⁰² D.l. 24 gennaio 2015 n. 3 con *Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*, convertito con modificazioni da l. 24 marzo 2015 n. 33; pare plausibile dedurre che la necessità di far approvare

| | |
|--|---|
| <p>Art. 9. Revoca dei benefici e sanzioni</p> | <p>Art. 8-bis. Potenziamento del Fondo centrale di garanzia per le piccole e medie imprese</p> |
| <p>5. Per le restituzioni di cui al comma 4 i crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo sono preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile e fatti salvi i diritti preesistenti dei terzi. Al recupero dei crediti si provvede con l'iscrizione al ruolo, ai sensi dell'articolo 67, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43, delle somme oggetto di restituzione, nonché delle somme a titolo di rivalutazione e interessi e delle relative sanzioni.</p> <p style="text-align: center;">[<i>ndr., si tenga conto che il d.lgs. 46/1999 ha abrogato e sostituito il dpr 43/1988</i>]</p> | <p>3. Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato e prevale su ogni altro diritto di prelazione, da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'articolo 2751-bis del codice civile, fatti salvi i precedenti diritti di prelazione spettanti a terzi. La costituzione e l'efficacia del privilegio non sono subordinate al consenso delle parti. Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni.</p> |

L'intervento normativo del 2015 ha immediatamente aperto un dibattito sul se il nuovo art. 8-bis costituisca o no l'interpretazione autentica dell'art. 9 vigente

un siffatto articolo costituisca implicito riconoscimento della inadeguata attività ministeriale del 2005.

dal 1998¹⁰³. Personalmente se ne dubita¹⁰⁴ e, se l'opinione è condivisibile, siamo di fronte ad una norma sopravvenuta che, in quanto tale, produce effetti dal 26 marzo 2015.

Ad ogni buon conto è certo che, quanto meno nelle intenzioni, la novità fosse diretta a superare la questione interpretativa letterale vertente sul solo art. 9 d.lgs. 123/1998 (anche se esteso ai fideiussori, ma con il d.m. del 2005) e destinata ad agevolare la giurisprudenza di merito nell'adequarsi.

Non di meno, continuano a mostrarsi contrari nel 2018 il tribunale di Brescia¹⁰⁵, nel 2019 quello di Ivrea¹⁰⁶ e di Roma¹⁰⁷, nel 2020 il Tribunale di

¹⁰³ È appena il caso di far presente che si tratta di una discussione affatto sterile, poiché la soluzione in un senso o nell'altro produce riflessi immediati sull'applicabilità dei contenuti dell'intero art. 8-bis: se si trattasse di interpretazione autentica, il contenuto avrebbe applicabilità senza soluzione di continuità dal 1998; in caso contrario, l'applicabilità sarebbe *ex nunc*. Considerato che la soluzione coinvolge crediti sorti in un arco temporale di 17 anni, va da sé che la cifra totale potrebbe essere per nulla insignificante.

¹⁰⁴ Non solo l'art. 8-bis d.l. 3/2015 è privo del consueto *incipit* dell'interpretazione autentica, ma anche il contenuto presenta un problema: i soggetti coinvolti dalla nuova norma non coincidono con quelli cui era diretta la precedente. Infatti, mentre l'art. 9 d.lgs. 123/1998 si rivolge in maniera chiara al solo debitore garantito (il destinatario dell'agevolazione pubblica e, nei casi del Fondo, una PMI), l'art. 8-bis d.l. 3/2015 amplia i destinatari citando anche i *terzi prestatori di garanzie* e cioè sicuramente i fideiussori, ma – stante la genericità della dizione – non si può escludere che prima o poi si creerà un qualche altro equivoco con altro tipo di garanti (assicurativi, atipici, autonomi, *patrons*, ecc.).

¹⁰⁵ Trib. Brescia, sez. IV., 26 luglio 2018, n. 2260 in una fattispecie di società in concordato preventivo con continuità, raggiunta da cartella esattoriale a procedura in corso, esclude sia la surrogazione che il privilegio, da un lato interpretando in maniera restrittiva l'art. 9, co. 5, del d.lgs. 123/1998 e, dall'altro, non riconoscendo valore di interpretazione autentica al sopravvenuto art. 8-bis, co. 3, d.l. 3/2015 (v. *infra*). Per l'effetto, annulla la cartella di pagamento.

¹⁰⁶ Trib. Ivrea, sez. unica, 16 luglio 2019, n. 663 che annulla le cartelle esattoriali emesse verso l'azienda fallita e verso i fideiussori. L'agevolazione del Fondo risale al 2010-2011, non è indicata la data di liquidazione dell'escussione, mentre le cartelle risalgono al novembre 2016 contro l'azienda ed al settembre 2017 contro i fideiussori. Su queste basi il giudice esclude tanto l'applicabilità della natura privilegiata del credito ex art. 9 d.lgs. 123/1998, quanto la natura di interpretazione autentica dell'art. 8-bis d.l. 3/2015, incorrendo tuttavia in un'affermazione di sintesi che risulta poco chiara: «*Se dunque, come qui si ritiene, il credito azionato è di natura chirografaria non è consentita ed è pertanto illegittima l'iscrizione a ruolo e la conseguente emissione delle cartelle in questa sede oggetto di opposizione ex art. 615 c.p.c.; quindi queste ultime vanno dichiarate inefficaci.*» in quanto non dà conto di quale norma ritenga applicabile, nei confronti di tutte le parti in giudizio, per stabilire che se il credito è privilegiato è legittima l'azione esattoriale, mentre non lo sarebbe per un credito chirografario.

¹⁰⁷ Trib. Roma, sez. XVII (già IX), 10 gennaio 2019, n. 579, che rigetta la domanda di SACE – tendente al riconoscimento del privilegio nei confronti di un'azienda ammessa a concordato preventivo, procedura peraltro conclusasi a giudizio in corso – ancorché la sentenza stessa dia sorprendentemente atto del contrasto esistente nel medesimo Tribunale e, addirittura, all'interno della stessa sezione. Per il riconoscimento del privilegio ex art. 9 d.lgs. 123/1998 ad un credito

Bologna¹⁰⁸, che va oltre e addirittura respinge *tout-court* un'istanza di insinuazione al passivo.

vantato da SIMEST nell'ambito di un concordato preventivo si era infatti favorevolmente espresso Trib. Roma, sez. Fall., 26 ottobre 2017 n. 2812 in www.ilcaso.it.

¹⁰⁸ Trib. Bologna, sez. IV, 14 maggio 2020, ord. 1464, www.ilcaso.it, respinge un ricorso ex artt. 98-99 L.F. conseguente al rigetto di una insinuazione al passivo di Agenzia delle Entrate Riscossione, formulata in nome e per conto di MCC. Si deve premettere che AdER fonda la domanda tanto sull'art. 9 d.lgs. 123/1998, quanto sull'art. 8-bis d.l. 3/2015, anche se il provvedimento non indica in che data MCC ha eseguito la liquidazione dell'escussione della garanzia a beneficio della banca (se prima o dopo l'entrata in vigore di detto articolo). Premesso questo, tuttavia, va evidenziato quanto segue: (a) l'intero credito era già stato ammesso in via chirografaria in capo alla banca garantita; (b) AdER non fornisce prova del credito vantato. Il Tribunale così si esprime: «*Pertanto, il decreto del Giudice Delegato deve essere confermato, in quanto, a prescindere dalla questione procedurale connessa all'inosservanza dell'art. 115 L.F., in base all'orientamento consolidato della Suprema Corte il coobbligato (fideiussore) del debitore principale fallito per insinuarsi al passivo, in via di regresso o in virtù di surrogazione, dopo il pagamento effettuato successivamente alla dichiarazione di fallimento, deve dimostrare, ai sensi dell'art. 61 co. 2 L.F., il carattere integralmente soddisfattivo delle ragioni creditorie, non essendo rilevante un pagamento parziale, pur se idoneo ad estinguere l'obbligazione del solvens (Cass. civ., Sez. I, 17/10/2018, n. 26003).*» concetto rafforzato da una successiva citazione testuale estratta da Cass. n. 3216/2012: «*[...]è inammissibile la surrogazione, allorché il pagamento effettuato dal coobbligato o dal fideiussore non risulti interamente soddisfattivo della pretesa del creditore, ostando a ciò l'art. 61, comma 2, l. fall., il quale costituisce una norma speciale che introduce un'eccezione al principio dell'opponibilità al creditore comune dei pagamenti parziali ricevuti [...] ai fini dell'ammissibilità tanto della surrogazione, quanto del regresso, ciò che rileva non è la circostanza che attraverso il pagamento il coobbligato abbia totalmente assolto la propria obbligazione, ma che l'adempimento risulti integrale, cioè idoneo ad estinguere la pretesa che il creditore comune abbia insinuato o possa insinuare al passivo del fallimento*». I termini utilizzati, in particolare *coobbligato*, *fideiussore* e l'irrilevanza di un *pagamento parziale* (la garanzia era del 60%) inducono ad ipotizzare che AdER non sia riuscita a trasferire in maniera adeguata al Tribunale la rappresentazione del fenomeno della garanzia dello Stato ed occorrerebbe quindi chiedersi se, nel caso in cui AdER fosse riuscita in questo compito, la decisione sarebbe stata la stessa.

In senso contrario alle ragioni dei debitori si dimostrano nel 2016 i tribunali di Como¹⁰⁹, nel 2017 di Monza¹¹⁰, nel 2019 ancora Monza¹¹¹ e Brescia¹¹², nel 2020 quello di Bergamo¹¹³.

¹⁰⁹ Trib. Como, sez. I, 28 settembre 2016, www.ilcaso.it, decide una controversia sulla natura privilegiata o chirografaria del credito vantato dal Fondo nei confronti di un'azienda in concordato preventivo; senza interessarsi circa la data di concessione dell'agevolazione, né della data di pagamento dell'escussione di garanzia, con stringato provvedimento il giudice riconosce il privilegio, alla luce del combinato disposto degli artt. 1 e 9 d.lgs. 123/1998 e 8-bis d.l. 3/2015.

¹¹⁰ Trib. Monza, sez. III, 16 novembre 2017, n. 3322, www.ilcaso.it, respinge l'opposizione all'esecuzione della pmi debitrice, argomentando, *inter alia*, che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 si atteggia quale norma di interpretazione autentica. Incidentalmente, tuttavia, va notato che la motivazione esordisce in maniera non del tutto convincente: «*Occorre poi, nel merito, escludere che la Banca del Mezzogiorno possa essere qualificato diversamente da un coobbligato solidale. In particolare nel caso di specie si riscontrano tutti i requisiti che connotano l'obbligazione solidale ex art. 1229 c.c. ed in particolare, oltre alla pluralità di condebitori o creditori, l'eadem res debita e l'eadem causa obligandi. Di ciò si ha evidenza tenendo conto che l'obbligazione assunta dal Fondo di garanzia si atteggia in via accessoria rispetto al fatto costitutivo del credito, rappresentato dal contratto di finanziamento. Inoltre, è fuori d'ogni dubbio che l'oggetto della prestazione sia comune e sia rappresentato dal rimborso del finanziamento in favore dell'istituto di credito.*» andando poi a richiamare per analogia l'istituto del regresso del fideiussore e c'è da chiedersi quanto tale esordio sia attinente con la circostanza che la garanzia del Fondo sia, in realtà, non una fideiussione, bensì un'agevolazione concessa all'impresa sotto forma di garanzia.

¹¹¹ Trib. Monza, sez. III, 12 novembre 2019, ord. 1824 che respinge la richiesta di sospensione di una cartella esattoriale. Nell'ambito delle varie questioni trattate nella corposa ordinanza, si segnala il riconoscimento di legittimità che il Tribunale concede al comb. disp. dell'art. 1, co. 209, l. 311/2004 (norma madre), con il contenuto del d.m. non regolamentare 20/06/2005 (provvedimento figlio) che ne costituisce attuazione, cioè quel provvedimento che introduce la garanzia a prima richiesta. Ad avviso di chi scrive, l'ordinanza monzese non coglie a sufficienza: a) le criticità derivanti dall'amplessima delega conferita dalla norma madre, da attuare mediante un decreto sottratto a controllo preventivo di legalità; b) l'evidente sconfinamento del decreto attuativo dai pur labili confini segnati dalla norma madre; c) la differenza che esiste tra un (giustificato) recupero esattoriale, avviato in base ad una revoca dell'agevolazione pubblica ad un beneficiario carente dei requisiti per ottenerla, illegittimo percettore di denaro pubblico, ed un (meno giustificato) recupero esattoriale, avviato in base ad un'escussione di garanzia con conseguente surrogazione legale nel credito, causata da un normale inadempimento avvenuto per il *default* della PMI; d) la corretta conseguenza del diritto intertemporale, applicando ad eventi avvenuti nel 2013 una norma introdotta nel 2015. Il provvedimento monzese è stato reclamato, ma il reclamo è stato respinto (nota 115).

¹¹² Trib. Brescia, sez. III, 23 ottobre 2019, sempre nell'ambito di un concordato preventivo, in contrasto con la precedente n. 2260/2018, *cit.*

¹¹³ Trib. Bergamo, sez. II, 16 settembre 2020, n. 132, www.dejure.it, converte un concordato preventivo in fallimento – nonostante l'opposizione della società ricorrente – in quanto i documenti propedeutici alla procedura concordataria forniscono una non corretta rappresentazione del potenziale credito conseguente le escussioni delle garanzie del Fondo: non sarebbe un credito chirografario, come vorrebbe l'azienda, ma privilegiato, come ritiene il Tribunale, citando decisioni di legittimità che si riferiscono a SACE SpA; la conseguenza è che vengono a mancare alcuni presupposti di fattibilità della procedura concordataria, che va quindi revocata e convertita in

Benché il dibattito sia, tutto sommato, abbastanza recente, una prima soluzione l'ha già fornita la Corte di Cassazione: quanto allo specifico tema del privilegio dello Stato, eseguendo un'analisi ampia che appare immune da critiche, la Corte conclude che l'art. 8-bis del d.l. 3/2015 «*non va considerata né come una disposizione di interpretazione autentica, e dunque retroattiva, né come disposizione innovativa. Si tratta, semplicemente, di una disposizione ripetitiva, e confermativa, del regime già vigente.*»¹¹⁴, ossia quello indicato dal d.lgs. 123/1998¹¹⁵. Al momento la soluzione è questa, anche se, in realtà, la questione sembra più ampia.

UN REGIME O DUE REGIMI. La soluzione testé indicata potrebbe infatti anche essere condivisibile, ma se si percorre la strada che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 non sia norma di interpretazione autentica dell'art. 9 d.lgs. 123/1998, l'imperfetta sovrapposizione tra i due testi mi pare susciti almeno tre questioni di diritto intertemporale.

La prima, forse la più seria per i riflessi economici, riguarda la portata della norma: in altri termini occorre chiedersi se il contenuto della norma più recente si applica avendo riguardo alla data di concessione dell'agevolazione del Fondo o se, invece, si applica avendo riguardo alla data in cui il Fondo liquida l'escussione della garanzia¹¹⁶.

fallimento.

¹¹⁴ Cass., sez. I, 31 giugno 2019, n. 14915, confermata da Cass., sez. VI, 25 novembre 2019, n. 30621. Non perfettamente in linea con le due citate Cass., sez. III, 26 novembre 2019, n. 30739 che «4. Riconosciuto che l'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 123/1998 è fonte normativa del titolo di privilegio del credito di garanzia a favore di chi ha finanziato la PMI, diventano prive di pregio le argomentazioni difensive con cui il ricorrente tenta di confutare la tesi della natura innovativa dell'art. 8 bis del di n. 3/2015.» perché, così facendo, se dimostra di non credere alla tesi dell'innovatività dell'art. 8-bis, lascia però senza risposta la domanda su come debba essere trattata tale norma: ripetitiva o di interpretazione autentica.

¹¹⁵ Trib. Monza, sez. III, 15 gennaio 2020, ord. n. 861, va per la propria strada. Nel reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. contro la respinta istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (nota 111), si persuade della natura di interpretazione autentica dell'art. 8-bis, d.l. 3/2015. Nonostante possa attingere a Cass. n. 14915 e n. 30621/2019 *cit.*, il Collegio di Monza cita giurisprudenza di merito di qualche anno prima (Trib. Como, ord. 246 del 26 agosto 2017) secondo cui «è evidente che il legislatore è intervenuto per rendere vincolante la tesi interpretativa che, facendo leva sulla natura pubblicistica del credito, ne riconosce la natura privilegiata, superando il contrasto interpretativo nel frattempo sorto. In tal modo il legislatore ha ribadito la ratio già sottesa alle disposizioni previgenti» e dichiara di superare l'orientamento restrittivo cui aveva in precedenza aderito, negando il privilegio. Se si può essere d'accordo sul riconoscimento del privilegio, riesce più difficile condividere l'adesione all'autenticità dell'interpretazione (nota 104).

¹¹⁶ L'interrogativo non è ozioso, dato che tra la data di delibera dell'agevolazione (garanzia) e quella di liquidazione della sua escussione posso intercorrere molti anni; cosicché, la soluzione che si perseguirà per risolvere l'alternativa determinerà in automatico da quale data il Fondo di Garanzia può esercitare il diritto di surrogazione nel credito ed agire con procedura esattoriale nei confronti

La seconda questione apre invece un duplice quesito: nel merito, occorrerebbe stabilire se i crediti del Fondo insorti fino al 25 marzo 2015 sono o non sono assistiti da privilegio; proceduralmente, andrà poi chiarito se il recupero di quegli stessi crediti può o non può avvenire tramite procedura esattoriale. Alla prima delle due questioni avrebbe già risposto la Cassazione (nota 114), fatti salvi eventuali *obiter dicta*, così che la risposta alla seconda sarebbe implicita: se il privilegio è già riconoscibile dal 1998 (e quindi l'interpretazione letterale restrittiva che lo esclude è infondata) anche il credito è da sempre recuperabile tramite procedura esattoriale, fermo il rispetto di tutte le garanzie previste in favore del debitore "contribuente"¹¹⁷.

dei terzi prestatori di garanzie (parliamo di migliaia di soggetti). Una prima, sommaria, indicazione, anche se la lite non ha nulla in comune con il tema qui in discussione, potrebbe provenire da Trib. Torino *cit.* in nota 75: «[...] che, peraltro, in applicazione del principio *tempus regit actum* alla ricorrente [banca] possono essere opposte solamente le disposizioni operative in vigore al momento della stipulazione del contratto e non quelle successivamente emanate, non potendo la convenuta [MCC] modificare le condizioni procedurali e soprattutto sostanziali per la validità della garanzia prestata unilateralmente e successivamente alla formazione della volontà contrattuale espressa dalla controparte;» e, dunque, ferma la non divisibilità circa l'esistenza di un rapporto contrattuale tra banca e Fondo, il giudice si indirizza verso l'applicazione del principio *tempus regit actum*.

Si disinteressa totalmente, invece, di questo aspetto Trib. Cosenza, sez. II, 3 ottobre 2019 n. 1940: a fronte di una garanzia del Fondo deliberata nel 2011, escussa e liquidata nel settembre 2015, la PMI ed i fideiussori si oppongono all'azione di surrogazione esercitata con procedura esattoriale ex art. 9 d.lgs. 123/1998 ed art. 2, comma 4, d.m. di giugno 2005, coinvolgendo peraltro in causa anche la banca, verso la quale eccepiscono vari profili di nullità; dopo aver stabilito che non c'è abuso del diritto nel cumulo di garanzie (fideiussioni personali e garanzia del Fondo), il giudice calabrese così conclude: «È infondata infine, nei termini in cui è stata formulata, la domanda volta alla declaratoria di illegittimità della "surroga a mezzo iscrizione a ruolo straordinaria" da parte di Banca del Mezzogiorno. L'iscrizione a ruolo è infatti consentita, in quanto normativamente prevista dal già menzionato art. 8 bis, comma 3, del D.L. 3/15, conv. in legge 33/15 ("Il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, costituisce credito privilegiato...Al recupero del predetto credito si procede mediante iscrizione a ruolo, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni."»). L'estrema sintesi della motivazione lascia perplessi: così facendo, infatti, si legittima il recupero esattoriale contro i fideiussori, derivante da un'agevolazione concessa all'impresa nel 2011, ma in forza di una norma introdotta nel 2015.

¹¹⁷ Trib. Catanzaro, sez. I, ord. 23 febbraio 2021. Ai sensi dell'art. 21 d.lgs. 46/1999, «Salvo che sia diversamente disposto da particolari disposizioni di legge, e, salvo altresì, quanto stabilito dall'art. 24 per le entrate degli enti previdenziali, le entrate previste dall'articolo 17 aventi causa in rapporti di diritto privato sono iscritte a ruolo quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva.» Leggendo la giurisprudenza sin qui citata, non sembra a chi scrive, e comunque non si evidenzia dai provvedimenti, che il Fondo avvii il recupero esattoriale munendosi di un «titolo esecutivo». La circostanza non è sfuggita al giudice calabrese che, in un giudizio di opposizione ad una cartella di pagamento, sospende l'efficacia esecutiva della cartella e del preavviso di iscrizione ipotecaria sui beni di un fideiussore.

Terza questione, plausibilmente di minore importanza per numero di casi e per valore economico, ma forse la più complicata sotto il profilo del diritto, è sulla compatibilità giuridica del contenuto della norma con il resto dell'ordinamento, dato che l'effetto che produce è quello di trasformare, strada facendo e, in genere, solo per una sua porzione (le garanzie sono quasi sempre in percentuale e non al 100%), un credito bancario già esistente e di tipo chirografario, in un credito privilegiato. Su questo specifico tema si è già dato conto nelle pagine che precedono di un precedente dissenso della magistratura di merito.

Un nuovo, ancor più recente, intervento della Cassazione identifica in maniera più che condivisibile interpretazione e confini dell'art. 9 d.lgs. 123/1998¹¹⁸, ma per altro verso finisce per scavare un solco profondo tra quello ed il sopravvenuto art. 8-bis d.l. 3/2015, dato che, se privilegio e procedura esattoriale sono già riconoscibili con la norma del 1998, diventa evidente che il contenuto della norma del 2015 avrebbe il solo, residuale, effetto di estendere ciò che già esisteva anche ai *terzi prestatori di garanzia e, a contrariis*, ciò vorrebbe dire che prima ne erano esclusi (¹¹⁹). A questo punto, visto che il legislatore non è stato in grado, forse sarebbe opportuno un intervento chiarificativo ed unificante

¹¹⁸ Cass., sez. I, 9 marzo 2020, n. 6508 si era espressa sul Fondo di Garanzia, ma merita forse più attenzione Cass., sez. III, 13 maggio 2020 n. 8882 che coinvolge una garanzia pubblica rilasciata da SACE S.p.A., nei confronti di un'azienda evoluta in concordato preventivo. Il tema in discussione è dunque quello dell'escussione della garanzia e del successivo riconoscimento o disconoscimento del credito privilegiato nella procedura concordataria. Tribunale e Corte d'Appello di Bologna negarono il privilegio di SACE sulla base di una interpretazione squisitamente letterale dell'art. 9 d.lgs. 123/1998. La Corte di legittimità rovescia i due precedenti gradi di giudizio ed accoglie tutti e quattro i motivi di ricorso di SACE. La motivazione è ampia e scioglie numerose criticità, tutte compatibili anche con la garanzia del Fondo. L'unica informazione che non si coglie è se la garanzia di SACE fosse del 100% (e quindi, una volta escussa, la società pubblica si sostituisce integralmente alla banca) oppure di percentuale inferiore, il che implicherebbe due creditori, uno chirografario e l'altro privilegiato. L'esito della decisione identifica il corretto campo di applicazione dell'art. 9 d.lgs. 123/1998, estendendolo alle garanzie escusse e disinteressandosi del successivo art. 8-bis d.l. 3/2015.

¹¹⁹ Trib. Lecce, sez. commerciale, 30 maggio 2019. Benché l'*excursus* della motivazione dia bene conto che l'art. 9 d.lgs. 123/1998 non sia rivolto ai fideiussori, mentre l'art. 8-bis d.l. 3/2015 li cita, la circostanza diventa poi ininfluyente, stante il fatto che «*Il giudicante ritiene di aderire al primo orientamento, secondo cui la disposizione ha portata effettivamente interpretativa, in quanto la legge, fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne ha chiarito il significato normativo privilegiandone una tra le tante interpretazioni possibili. Inoltre il carattere di interpretazione autentica di una legge non presuppone necessariamente una preesistente situazione di incertezza o di conflitti interpretativi nell'applicazione della legge stessa, è invece necessario e sufficiente che la legge interpretativa imponga una scelta ermeneutica rientrante fra le tante, possibili, opzioni interpretative della legge anteriore e che, dunque, stabilisca un significato, che ragionevolmente ad essa possa essere ascritto. Dalla natura interpretativa della norma discende la sua applicazione retroattiva e dunque anche al caso di specie con conseguente rigetto dell'opposizione.*» L'esito è che l'opposizione di un fideiussore al precetto è respinta.

della Cassazione, stante la presenza – sullo stesso tema – di sentenze della prima, terza e sesta sezione non proprio perfettamente allineate tra loro¹²⁰. In ogni caso, poiché nessuna delle decisioni esaminate si intrattiene su verifiche di diritto intertemporale o, più chiaramente, nessuna dà conto di essersi interrogata su quali fossero le norme effettivamente applicabili in relazione alle date in cui si sono verificati i fatti costitutivi che hanno poi dato corso ai giudizi, l'occasione potrebbe tornare utile per chiarire anche questi ulteriori aspetti.

7. *Il contenzioso: le sintesi.* – A prescindere dalle questioni incidentali (§ 5), se si potessero trarre indicazioni di sintesi sul contenzioso di cui si è dato conto, seppur non elevato in relazione ai volumi gestiti, quanto meno sotto il profilo statistico, gli esiti mostrano tendenze apparentemente antitetiche della magistratura di merito: il contenzioso di tipo “B” (§ 6.2) mostra una certa sensibilità nella protezione di diritti dello Stato, quando questi è aggredito da istituti finanziari, grandi o piccoli che siano, mentre il contenzioso dei tipi “A” e “C” (§ 6.1 e 6.3) restituisce arresti giurisprudenziali più riflessivi, quando è lo Stato a confrontarsi con imprese e/o singoli cittadini.

Quanto alla tipologia “A”, di per sé alquanto residuale, mostra ragioni di lite scarsamente utili nei casi di revoca dell'agevolazione, mentre appare anti-economica nei casi di revoca dell'agevolazione¹²¹.

Quanto alla tipologia “B”, l'osservazione nell'esordio sarebbe tuttavia incompleta se, considerando quali sono le date in cui sono state avviate le liti, si omettesse di ricordare che tutte le decisioni riferite sembrano contraddistinte dal medesimo filo conduttore: colui che ritiene leso un proprio diritto di credito non mette mai o quasi mai il giudicante in condizione di comprendere il genere di

¹²⁰ Cass., sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 3025 ritorna sull'interpretazione autentica: «[...] in ogni caso, il D.L. n. 3 del 2015, art. 8 bis convertito in L. 24 marzo 2015, n. 33, il cui comma 3, in maniera esplicita, prevede che costituisce credito privilegiato il diritto alla restituzione, nei confronti del beneficiario finale e dei terzi prestatori di garanzie, delle somme liquidate a titolo di perdite dal Fondo di garanzia di cui alla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, comma 100, lett. a), ha natura di interpretazione autentica e non ha carattere innovativo (Cass., Sez. 3, Ordinanza n. 30739 del 26/11/2019).», facendosi qui prudentemente notare che il richiamo al precedente di Cass. n. 30739/2019 non è proprio così... preciso (cfr. con nota 114).

¹²¹ Quanto alla significatività di un contenzioso in tema di mancata concessione dell'agevolazione, è noto che organizzare un'operazione di finanziamento, che si basa ovviamente su esigenze spesso urgenti di una PMI, richiede tempistiche relativamente brevi, che diventano del tutto incompatibili con la durata di un eventuale contenzioso giudiziario che indagherà sulla legittimità o meno di una mancata concessione dell'agevolazione. Quanto invece all'anti-economicità in caso di sopravvenuta revoca della concessione, l'importo su cui si andrebbe a controversare è modesto e sembra palese il disinteresse ad avviare un contenzioso; si deve infatti considerare che si tratta di una revoca di un'agevolazione concessa sotto forma di garanzia ed il reale *quantum* della lite è commisurabile all'equivalente sovvenzione lordo (ESL).

disposizioni su cui si sta svolgendo il confronto, il quale ultimo è così indotto a pensare di trovarsi di fronte ad un *corpus iuris* perfetto, a protezione dei diritti del Fondo e delle risorse dello Stato; fanno eccezione, come detto, i citati precedenti del Consiglio di Stato nel 2017, in maniera diretta, e del Tribunale di Roma del 2018, per altra strada. Resta da monitorare più da vicino quell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sede di Brescia del Tar Lombardia, che di per sé sarebbe in grado di mettere in crisi, almeno in parte, lo stesso modello operativo del Fondo così come descritto nel § 2. Su tutto, invece, resta il rammarico che il gran numero di questioni respinte per vizio di giurisdizione (nota 38) abbia sino ad oggi impedito delle più puntuali valutazioni della magistratura circa la congruità o la legittimità delle delibere di improcedibilità o di inefficacia adottate dell'ex Comitato, oggi Consiglio di gestione del Fondo.

Quanto infine alla tipologia "C", in primo luogo si dovrebbe dire che l'art. 8-bis d.l. 3/2015 non solo non sembra aver risolto, per ora, tutte le questioni, ma forse ne ha aperte di nuove (quelle di diritto intertemporale); resta la perplessità sulle ragioni di aver effettuato un intervento normativo *ex novo* nel 2015, invece di essersi diretti subito, anni fa, non appena si manifestarono i segnali, ad intervenire in senso chiarificativo ed in via diretta sul d.lgs. 123/1998, piuttosto che percorrere l'improbabile strada del decreto ministeriale non regolamentare. Più in generale, invece, si osserva la facilità con cui la tipologia "C" raggiunge l'esame di legittimità e come tale esame riesce a restituire valide indicazioni, anche se su di esse si dovrà, forse, compiere ancora un qualche sforzo di omogeneità (ad es. chiarire in maniera inequivoca che tipo di norma sia l'art. 8-bis d.l. 3/2015) e, di conseguenza, attendere di capire se occorre o non occorre approfondire gli effetti di diritto intertemporale che dalla scelta dovessero derivare.

È tuttavia ovvio che delle sintesi basate su riscontri numerici modesti e, per giunta, influenzata da circostanze fortemente soggettive¹²², non sia tale da costituire un vero e proprio punto fermo, così che il buon senso suggerisce di attendere l'evoluzione e di dedicarsi, piuttosto, a considerazioni su possibili interventi *in fieri*.

8. Una prospettiva a breve ed a medio termine. – L'operatività quotidiana induce il beneficiario di una garanzia a valutarne la bontà in base a tre

¹²² Il precedente saggio sullo stesso tema e la pazienza di seguire il presente sino a questo punto dovrebbero restituire l'impressione di una materia non ostica, ma alquanto vasta e resa di per sé complicata dal fenomeno di *bulimia* regolamentare, tanto da necessitare di una padronanza non comune. Una simile padronanza consente di cimentarsi in un contraddittorio che si sforzi di riequilibrare un certo *favor*, fosse pure inconsapevole, da cui si muove quando si tratta di esaminare atti e comportamenti pubblici. Non si può non rilevare come questo sforzo sembra spesso mancare.

caratteristiche principali: certezza, affidabilità e solvibilità, dove quest'ultima è intrinseca al soggetto emittente. Così essendo – poiché che nel nostro caso tale soggetto è, in definitiva, lo Stato – i temi sin qui illustrati possono intendersi rivolti ai restanti due caratteri, la certezza e l'affidabilità, e sembrano indicare che esistono notevoli margini di miglioramento, ancora inesplorati. Se ciò è condivisibile, questa considerazione dovrebbe suscitare una certa perplessità, tenendo conto che parliamo di uno strumento di politica economica esistente, ormai, da oltre venti anni e, a distanza di oltre un anno dal precedente contributo, le conclusioni non si discostano da quelle già allora delineate¹²³. È però anche chiaro che la scarsa propensione degli utenti al contenzioso non consente alla Magistratura di compiere verifiche più penetranti e, di fatto, rende refrattaria l'attitudine alle modifiche, favorendo un certo immobilismo.

Con intento costruttivo, si potrebbero allora ipotizzare due obiettivi, tra i tanti in realtà possibili, suggeriti dalle decisioni della Magistratura, giuste o sbagliate che siano: uno immediato ed urgente, il cui principale interessato dovrebbe essere proprio lo Stato, ed un secondo invece, più sistematico, rivolto alla generalità degli utenti.

Il primo obiettivo potrebbe esser quello di ragionare sulla capacità di circolazione di questa garanzia, obiettivo contingente alla luce del fenomeno delle cessioni di crediti, tradizionali o tramite cartolarizzazione¹²⁴, fenomeno sempre esistito, ma che dal 2018 ha assunto dimensioni significative¹²⁵ e che si presume continuerà negli anni a venire. Ad oggi, infatti, non risulta alcuna ufficiale presa di posizione del legislatore, né dell'esecutivo, ed il gestore del Fondo si è limitato, per il momento, ad introdurre un obbligo di comunicare le garanzie legate a crediti ceduti a terzi che, di questa attività, hanno fatto un *business* apparentemente lucroso. In ragione delle cifre in gioco, non sembra infatti esercizio così inutile chiedersi se sia inevitabile o meno che ai frutti di tale *business*, spesso speculativo, si debba contribuire, fosse solo in parte, con risorse

¹²³ Si veda E. OLIVIERI, *cit.*, § 17.

¹²⁴ L. 30 aprile 1999, n. 130 recante *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti* da mettere in relazione anche al testo dell'art. 58 t.u.b., ai sensi del quale «la Banca d'Italia emana istruzioni per la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Le istruzioni possono prevedere che le operazioni di maggiore rilevanza siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia. La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità [...]»

¹²⁵ Una tabella pubblicata da Il Sole-24 Ore, relativa all'anno 2018, dava conto di oltre 97,3 miliardi di euro di crediti lordi ceduti ed è certo che in questo *stock* di sofferenze passate di mano vi siano anche operazioni di finanziamento garantite e/o contro-garantite dal Fondo di Garanzia per le PMI.

pubbliche¹²⁶ destinate a tutt'altro scopo¹²⁷. Inutile evidenziare l'impatto economico intrinseco di questo genere di questione, qualunque ne sia la soluzione.

Il secondo obiettivo, raggiungibile mediante intervento sul decreto regolamentare di esecuzione del Fondo, il d. interm. 248/1999, potrebbe invece essere quello di introdurre una chiara descrizione della garanzia, eliminando le sovrastrutture burocratiche sin qui create e disciplinandone in maniera organica gli elementi fondamentali (soggetti, oggetto, destinatari, data, durata, tipo di finanziamento, importo, ecc.), le loro possibili variazioni nel tempo e le conseguenze che producono, accompagnate da un ragionato e ragionevole elenco di eventuali violazioni e possibilmente introducendo – diversamente da com'è oggi, in cui la sanzione è sempre quella massima (al *beneficiario finale* si revoca l'agevolazione, mentre il beneficiario della garanzia è colpito dalla inescutibilità della stessa) – principi di gradualità delle sanzioni, direttamente correlati alla gravità delle violazioni, previo esame delle conseguenze pratiche che dette violazioni hanno prodotto o possono produrre. Perché se è vero che «*Un diritto sprovvisto di sanzioni è un diritto disarmato, voce impotente ed inutile*»¹²⁸, è anche vero che un diritto unilateralmente super-armato è irragionevole e rischia facilmente di scivolare verso l'iniquità.

¹²⁶ Su questo tema ci si era già interrogati alcuni anni orsono, ma con riferimento alle sole garanzie dei confidi (v. E. OLIVIERI, *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, 4, 1368). È tuttavia intuitivo che i medesimi interrogativi sono riproponibili, *mutatis mutandis*, per le escussioni di garanzie che vengono liquidate direttamente con risorse pubbliche che, si badi, non sono solo quelle del Fondo di Garanzia; senza pretesa di completezza, la conoscenza del mercato induce a citare l'esistenza di garanzie concesse con utilizzo di fondi della CDP, fondi delle Camere di Commercio, fondi nazionali gestiti dalla SACE, fondi nazionali destinati alla prevenzione del fenomeno dell'usura (MEF), fondi comunitari veicolati dalle regioni oppure su programmi realizzati *ad hoc*, principalmente dal Fondo Europeo per gli investimenti. Si tratta di un fiume "sotterraneo" di risorse pubbliche stanziato sotto forma di garanzie destinate alle PMI, che viene improvvisamente alla luce nel momento dell'escussione.

¹²⁷ Benché lo scopo non sia esplicitamente previsto dalla legge, non si può disconoscere che il sistema creato possiede una finalità rotativa: se è vero che le garanzie concesse, trasformandosi in escussioni liquidate con risorse pubbliche, contribuiscono a neutralizzare le perdite di chi finanzia le PMI (banche ed altri soggetti), è parimenti vero che le quelle stesse risorse generano una sorta di provvista addizionale per quegli stessi soggetti che, in un modo o nell'altro, consente di ri-alimentare l'erogazione di nuovi finanziamenti. È, dunque, intuitivo che, se tali risorse escono da questo circuito, non vi faranno più rientro.

¹²⁸ N. IRTI, *Perché non possiamo pronunciare la parola «obbedienza»*, *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2021.

NICOLÒ PORTOLAN*

**Il giudice, le parti e i decreti ministeriali di rilevazione dei tassi
soglia in materia di usura.**

**Chi deve conoscerli o produrli? La parola alla Cassazione.
Considerazioni a margine di Cass. Civ., sez. III, 13 maggio 2020,
n. 8883**

SOMMARIO: La sentenza – 1. Il caso deciso – 2. Il principio *iura novit curia*. Ragioni e significato – 3. Il principio *iura novit curia* nella prassi. – 3.1. Problematiche applicative e individuazione di limiti operativi – 3.2. Il discusso parere della seconda sezione del Consiglio di Stato del 24 ottobre 2007, n. 1677 – 4. La giurisprudenza successiva alla pronuncia del Consiglio di Stato. Il caso dei decreti ministeriali di rilevazione dei tassi soglia d'usura. – 5. Perché la decisione della Corte di Cassazione, sez. III civ., 13 maggio 2020, n. 8883 non coglie nel segno – 6. Conclusioni.

CORTE DI CASSAZIONE

28 gennaio 2020 – 13 maggio 2020, n. 8883, sez. III civile

Pres. Travaglino – Rel. Fiecconi

Cassa e rinvia App. Brescia 16.08.2018

Onere della prova – onere di allegazione – superamento del tasso soglia usura – mancata produzione dei D.M. di rilevazione del tasso soglia – irrilevante

(art. 2697 c.c. - art. 372 c.p.c. - art. 644 c.p.)

La disciplina regolamentare in materia di superamento del tasso soglia ai fini della valutazione dell'usura ha carattere integrativo della normativa dettata in via generale dalla legge penale e civile; deve essere conosciuta dal giudice del merito e applicata alla fattispecie, indipendentemente dall'attività probatoria delle parti che l'abbiano invocata.

* Dottore in Giurisprudenza presso Università degli Studi di Padova.

Non deve considerarsi necessario, sulla base del principio di allegazione, che la parte supporti la deduzione di nullità producendo i D.M., che nel tempo hanno fissato i tassi soglia, solo sull'assunto che detti atti, nella gerarchia delle fonti del diritto, non costituiscono provvedimenti aventi forza di legge, avendo essi natura di provvedimento amministrativo ai sensi della L. n. 400 del 1988, che il giudice, pertanto, non è tenuto a conoscere in via autonoma.

Pertanto, nel caso in questione, il Giudice del merito non avrebbe dovuto dare rilievo, ai fini della prova dell'illecita pattuizione o applicazione di interessi usurari, alla mancata produzione dei D.M., in parola nel corso del giudizio di merito, potendo acquisirne conoscenza, o attraverso la sua scienza personale o attraverso la collaborazione delle parti, ovvero anche attraverso la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione o l'acquisizione di una CTU tecnico-contabile.

1. *Il caso deciso* – Con la pronuncia in commento, la sezione III civile della Suprema Corte è intervenuta sull'onere della prova nei giudizi in cui viene dedotto il superamento del tasso soglia in materia di usura, occupandosi dell'allegazione dei decreti ministeriali che rilevano i tassi soglia (d'ora in poi, per semplicità, "D.M. usura").

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da un fideiussore dopo che l'opposizione a decreto ingiuntivo, da lui promossa, era stata rigettata in primo grado e, successivamente, dalla Corte d'Appello di Brescia.

Il ricorrente si era opposto innanzi al Tribunale di Mantova ad un decreto ingiuntivo ottenuto da una banca, contestando: l'inefficacia della fideiussione per il cui importo massimo garantito la banca aveva azionato la tutela monitoria; l'applicazione di interessi usurari, anatocistici e ultra legali, quantificati in un proprio estratto peritale; l'indebita applicazione di commissioni di massimo scoperto; l'erronea contabilizzazione dei giorni di valuta e delle spese.

Soccombente in entrambi i primi due gradi di giudizio, il ricorrente aveva proposto ricorso per cassazione, adducendo i seguenti motivi: I) omesso esame di un fatto oggetto di discussione tra le parti e violazione dell'art. 1956 c.c.; II) violazione dell'art. 2697 c.c. laddove la CdA di Brescia aveva ritenuto raggiunta la prova del credito, quando in verità mancava una produzione completa degli estratti conto da parte della banca; III) violazione degli artt. 2935 e 2946 c.c., in relazione all'accoglimento dell'eccezione di prescrizione degli interessi anatocistici e usurari; IV) violazione dell'art. 113 c.p.c. per omesso esame d'ufficio dei D.M. usura, poiché la Corte d'Appello aveva erroneamente addossato alla parte attrice l'onere di produrli in giudizio.

Dei motivi proposti, i primi due sono stati dichiarati inammissibili, mentre il terzo è stato accolto.

Nell'accogliere anche il quarto motivo, la Suprema Corte ha contestato il ragionamento avallato dalla Corte regolatrice: ragionamento per cui l'onere di produrre in giudizio atti contenenti una normativa secondaria dovrebbe gravare sulla parte deducente, in quanto atti sottratti all'impero del principio *iura novit curia*.

La tesi del giudice nomofilattico muove da questa considerazione: da un lato è indispensabile che la parte deducente l'usurarietà del tasso soglia formuli un'indicazione circostanziata sul superamento del tasso; dall'altro non è necessario che la deduzione sia supportata dalla produzione dei singoli D.M. usura per il solo fatto che si tratta di provvedimenti amministrativi privi di forza di legge.

La mancata produzione in giudizio delle norme secondarie, difatti, non esonera il giudice dall'esercitare un potere-dovere di acquisizione. Le norme hanno carattere integrativo della normativa dettata in tema d'usura dalla legge civile e penale e devono essere conosciute dal giudice di merito, indipendentemente dall'attività probatoria delle parti.

I supremi giudici precisano che gli orientamenti (apparentemente) contrari della stessa Corte sono inconferenti: questi si riferiscono a casi in cui viene dedotta, con ricorso per Cassazione, la violazione dei D.M. usura per mancata acquisizione nel giudizio di merito. Tali motivi di ricorso sono inammissibili perché in sede di legittimità non è possibile introdurre documentazione nuova e quindi produrre normativa secondaria non allegata in precedenza (art. 372 c.p.c.). Né l'inammissibilità appare superabile con il principio *iura novit curia*.

Alla luce delle considerazioni esposte, secondo la Corte, il giudice di merito non avrebbe dovuto ritenere indimostrato il superamento dei tassi soglia a causa della mancata produzione dei D.M. usura: egli, infatti, avrebbe potuto acquisirne conoscenza, ad esempio, attraverso la propria scienza personale, una richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ovvero l'acquisizione di una CTU tecnico-contabile.

All'accoglimento del terzo e quarto motivo, dunque, hanno fatto seguito la cassazione della sentenza e il rinvio alla Corte d'Appello di Brescia.

2. Il principio *iura novit curia*. Fondamento e significato – Come spesso accade, una vicenda giudiziaria apparentemente di non grande risonanza offre l'occasione per riflettere su un assioma del diritto processuale civile, la cui fisionomia è stata posta in discussione nell'ambito del contenzioso bancario.

La sentenza in commento s'impone come voce dissenziente in un coro quasi unanime, impegnato da qualche tempo a ridimensionare la portata del noto

principio *iura novit curia* nella prassi delle aule di giustizia. Si tratta di una storia, vista e rivista, di tensioni tra il *principio*, per definizione chiuso nella sua immutabilità e astrattezza e le sue applicazioni concrete, segnate da esigenze che impattano sulla sensibilità del comune cittadino.

La regola processuale *iura novit curia*, di antica origine¹, impone al giudice di individuare e interpretare con i propri mezzi le fonti normative da applicare al giudizio, senza gravare sulle parti o dipendere dal loro apporto².

In altri termini la legge non deve essere provata dalle parti dinanzi al giudice, perché si presume che egli la conosca a prescindere da ogni loro attività³.

Da ciò deriva, quale corollario, che il giudice è libero di applicare le norme di diritto ritenute più aderenti al caso concreto sottopostogli, dando ad esso la qualificazione giuridica che ritiene più corretta⁴. La parte che rivolge una domanda giudiziale può certamente indicare le norme giuridiche su cui fondare

¹ Secondo CAPONE, la regola ha avuto origine in una costituzione imperiale del tardo impero romano, la quale affermava che, in caso di lacune od omissioni nelle argomentazioni delle parti, il giudice doveva «Id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire». Da qui la successiva elaborazione dei glossatori medievali, secondo la quale il giudice poteva supplire alle carenze argomentative delle parti sui profili giuridici delle questioni. Ciò avrebbe spianato ben presto la strada all'esclusione di un autentico onere della prova delle norme di diritto: «ius non eget probatione». A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 14 ss. MINGARDO rileva invece come l'aforisma *iura novit curia* non corrispondesse alla visione classica del processo. Aristotele, difatti, nella sua *Retorica* (1375a ss.) attestava come le leggi fossero veri e propri mezzi di prova rimessi alla disponibilità delle parti processuali, in conformità al carattere privato dell'accusa. I testi di legge, pertanto, dovevano essere prodotti in giudizio da chi voleva far valere una domanda o un'eccezione. L. MINGARDO, *Il principio processuale della giurisdizione* in P. MORO (A cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012, 218.

² R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012, 317. Dall'autonomia di tali poteri di interpretazione e individuazione discende che il difetto di contestazione delle parti, concernente l'interpretazione della disciplina legale, non ha alcuna rilevanza (Cass. Civ., sez. I, 23 settembre 2005, n. 18681).

³ L. MINGARDO, *Il principio processuale della giurisdizione*, cit., *ibidem*. Cass. Civ., sez. I, ord. 22 febbraio 2005 n. 3573, ad esempio, ha ritenuto non necessario che le parti specificino una disposizione di legge a sostegno di un'eccezione proposta. Deve quindi escludersi l'esistenza di un onere in senso tecnico in capo alle parti di indicazione delle norme di diritto di cui si invoca l'applicazione.

⁴ In tal senso, tra le più recenti pronunce della Corte di Cassazione sul punto, si vedano ad esempio Cass. civ., sez. trib., 26 febbraio 2020 n. 5158 e Cass. civ., sez. trib., 11 maggio 2017 n. 11629. Così inteso, il principio *iura novit curia* si estende alla questione relativa allo stabilire la vigenza o meno di una certa norma alla data rilevante in relazione al caso concreto (Cass. civ., sez. II, 29 luglio 2009 n. 17692).

la propria pretesa, ma l'organo giudicante non deve ritenersi vincolato alla qualificazione proposta⁵.

Nell'ordinamento processuale italiano il principio risulta introdotto dall'art. 113 c.p.c., a mente del quale il giudice, nel pronunciare sulla causa, deve seguire le norme di diritto salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità⁶.

Si tratta di una disposizione che fa assumere al giudice un ruolo di garanzia di parità di trattamento tra i cittadini, affinché tutti i possibili casi particolari identici siano decisi nello stesso modo, con identica applicazione del diritto⁷. Essa è espressione del principio costituzionale di legalità (artt. 24, 1° comma e art. 101, 2° comma, Cost.), inteso come obbligo per tutti gli organi dell'ordinamento giuridico (prima tra tutti quelli giurisdizionali) di osservare come dato ineliminabile la norma giuridica generale e astratta di diritto positivo⁸.

L'art. 113 c.p.c., inoltre, si salda intimamente ai principi di separazione dei poteri (la creazione del diritto esula dalle prerogative e dai poteri del giudice) e di sovranità popolare (nell'esercizio della funzione giurisdizionale, il giudice, fondando la decisione sugli atti di legge, manifesta la sovranità popolare)⁹. I fondamenti costituzionali della disposizione in esame impongono di ritenere che la stessa si applichi in qualsiasi procedimento giurisdizionale: processi di cognizione (ordinari o a rito speciale), procedimenti cautelari, di volontaria giurisdizione e di esecuzione forzata¹⁰.

⁵ A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 23. Tale libertà del giudice comporta che, ove quest'ultimo intenda decidere la controversia in base a una norma di diritto diversa da quella prospettata dalle parti, ha l'obbligo di provocare il preventivo contraddittorio con le parti (Cass. Civ., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637). La giurisprudenza parla proprio di un potere – dovere del giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e rapporti dedotti in giudizio nonché all'azione esercitata in causa (Cass. Civ., sez. I, 31 dicembre 2020, n. 29980). Sul punto si veda anche L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 348 e 1112.

⁶ C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)* in Riv. dir. proc., 3, 2017, 758.

⁷ N. RAUSEO, *Il giudice e la decisione: perché l'ordinamento non contempla le sentenze di non liquet, neanche in tema di usi civici* in www.osservatorioagromafie.it (ultima verifica: 19 aprile 2021), 1.

⁸ Voce 113. *Pronuncia secondo diritto* in Codice di procedura civile commentato, par. 2, www.pluriscedam.utetgiuridica.it (ultima verifica: 19 aprile 2021).

⁹ Voce 113. *Pronuncia secondo diritto*, cit., par. 3. Secondo FONTANA l'art. 113 c.p.c. implica e garantisce, nel dettaglio, i seguenti principi: il principio di legalità (art. 25 Cost.); la soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.); il principio di doverosità delle decisioni giudiziarie (*non liquet*); il principio di separazione dei poteri; il principio di sovranità popolare e la connotazione della forma di Stato italiana (art. 1 Cost.); il principio di certezza del diritto; il principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (art. 3 Cost.); il principio di obbligatorietà delle norme giuridiche (art. 54. Cost) e la funzione regolativa del diritto. G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)* in Giur. It., 12, 2008, 2693.

¹⁰ Voce 113. *Pronuncia secondo diritto*, cit, par. 5.

Essa deve essere interpretata in combinato disposto con l'art. 1 delle preleggi del codice civile che indica, tra le fonti del diritto dell'ordinamento italiano, la legge, i regolamenti e gli usi. L'ambito applicativo del principio *iura novit curia* riguarda dunque tutti i modi di formazione di norme giuridiche generali e astratte idonee ad innovare l'ordinamento italiano¹¹.

Nel novero delle fonti vanno ricomprese anche le norme di diritto internazionale consuetudinario, richiamate e rese immediatamente applicabili nell'ordinamento italiano dall'art. 10 Cost., nonché le norme di diritto comunitario (Trattati istitutivi dell'Unione Europea, regolamenti, direttive e decisioni), le quali prevalgono sul diritto interno con esse eventualmente in conflitto.

Non sfugge al principio nemmeno il diritto di un paese straniero, quando il giudice si trova a decidere una controversia che presenta elementi di transnazionalità. L'art. 14 della legge di riforma del diritto internazionale privato 31 maggio 1995 n. 218 statuisce che «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di Grazia e giustizia; può altresì interpellare istituzioni specializzate»¹².

Quest'ultima previsione sancisce il principio di parità di trattamento rispetto alle leggi dello Stato italiano, superando le posizioni dottrinali e giurisprudenziali che attribuivano al diritto straniero qualità di mero fatto privo di valenza giuridica. Il giudice italiano ha quindi il potere – dovere di applicare e accertare d'ufficio tanto la legge straniera quanto la normativa italiana¹³.

¹¹ Tra di essi rientrano: la Costituzione; gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale; le leggi costituzionali; gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale; le leggi costituzionali; gli Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria; le leggi ordinarie dello Stato; i decreti legge del Governo; i decreti legislative; i referendum abrogativi; le leggi regionali; le leggi delle province autonome di Trento e Bolzano; i regolamenti del Governo, ministeriali ed interministeriali; gli statuti degli enti minori; la consuetudine. A queste fonti tradizionali devono aggiungersi le sentenze della Corte Costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale (integrale o parziale) di una norma avente forza di legge.

¹² Il principio *iura novit curia* di cui al primo comma del citato art. 14 riguarda non solo il diritto materiale straniero, ma anche il diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto italiana, laddove esso entri in gioco grazie al rinvio operato dall'art. 13, l. 218/1995. Al giudice italiano compete, dunque, l'accertamento d'ufficio del diritto internazionale privato straniero, per quanto riguarda la riqualificazione giuridica della fattispecie secondo l'ordinamento richiamato. Spetterà al giudice, cioè, individuare quale tra le norme di conflitto straniere sia applicabile nel caso di specie. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, V ed., Torino, 2012, 238.

¹³ M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano* in Nuova Giur. Civ., 1, 2003, 27. La tesi che considerava come mero fatto il diritto straniero comportava due conseguenze: l'onere delle parti di dimostrare al giudice il contenuto del diritto straniero;

Se si dà uno sguardo a come gli altri ordinamenti del continente europeo recepiscono la regola *iura novit curia*, si osserva che l'art. 12 del codice di procedura civile francese statuisce, parallelamente all'art. 113 c.p.c., che "*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables*"¹⁴. Nel codice tedesco (ZPO) il principio non è espressamente codificato, dato che l'art. 139 parla solo di un diritto delle parti a non subire una decisione "a sorpresa" dall'improvvisa riqualificazione del fatto da parte del giudice.

Discorso analogo deve farsi per gli ordinamenti di *common law*, fondati sul valore vincolante del precedente giudiziale rispetto alla legge scritta: in essi, l'applicazione della regola *iura novit curia* non è mai stata molto presa in considerazione, anche se non esiste un formale divieto di applicazione di tale principio e, anzi, negli ultimi anni vi sono state delle aperture legislative e dottrinali in tal senso¹⁵.

l'impossibilità di impugnare per cassazione la sentenza di un giudice di merito per far valere la violazione o l'errore di interpretazione del diritto straniero. Negli anni precedenti l'emanazione della legge 31 maggio 1995 n. 218, la dottrina tendeva ad orientarsi di netto verso la concezione fattualistica, mentre la giurisprudenza appariva più oscillante: quest'ultima aveva finito per condividere la soluzione della della censurabilità in Cassazione, senza però sovvertire del tutto la concezione "fattualista". L'art. 14 della legge 218/1995, invece, ha avuto il merito di sopire definitivamente questa diatriba. Sul punto, si veda F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 236, 237.

¹⁴ C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 762. L'ordinamento francese è uno dei pochi di *civil law* che, al pari di quello italiano, codifica espressamente la regola *iura novit curia*. L'art. 12 citato, tuttavia, prevede una situazione assolutamente inedita rispetto alla tradizionale portata del principio: Le parti infatti possono stipulare un accordo processuale sulla legge applicabile e, quindi, sulla qualificazione della domanda. Tale accordo, purché verta su diritti disponibili, impedisce al giudice di mutare l'inquadramento della domanda. *Ivi*, 762.

¹⁵ Secondo CAVALLINI, la mancata applicazione del principio *iura novit curia* negli ordinamenti di *common law* nasce da considerazioni empiriche dei rapporti tra il giudice e le parti, anziché da logiche di carattere cogente. Gli ordinamenti anglosassoni assegnano da sempre un ruolo preminente alle parti private: da qui il vincolo del giudice inglese a pronunciarsi sulla sola base della *quaestio iuris* definita dalle medesime. Questo ha spinto molti studiosi inglesi, come N. Andrews, ad affermare che «English law has yet to adopt the principle, well – established in many civil law systems, that the courts have ultimate responsibility for fixing the legal basis of a decision: *iura novit curia*». Non da ultimo, va sottolineato il ruolo vincolante che questi ordinamenti assegnano al precedente giurisprudenziale e la presenza di una "Costituzione" non scritta e flessibile. Tuttavia nel 1997 è stato emanato il nuovo *Civil Procedure Act* che attribuisce al giudice alcuni poteri propri del giudicante di *civil law*, come quello di indicare alle parti dei chiarimenti sulle questioni di fatto e di diritto da trattare. La difesa delle parti (cd. *pleading*) non ha più un ruolo esclusivo e determinante nel fissare il *thema decidendum*, ma al giudice vengono assegnati poteri decisivi di integrazione e selezione delle questioni giuridiche da trattare. Il ruolo di quest'ultimo è stato reso molto più "attivo" rispetto al passato, in un contesto in cui la giurisdizione inglese aspira a dare un provvedimento "utile" in seguito all'accertamento di un fatto lesivo di una situazione giuridica. Tale accertamento presuppone proprio un inquadramento della situazione giuridica analogo a quello che svolge un giudice di *civil law*. Un altro deciso passo si è avuto con la legge inglese regolatrice dell'arbitrato

Nell'ordinamento italiano la regola *iura novit curia* si spiega anzitutto in base alla logica del processo civile, dominato dal principio dispositivo sostanziale (o della domanda): la macchina processuale è posta al servizio dei privati cittadini i quali possono invocare la tutela giurisdizionale, proponendo una domanda giurisdizionale nel caso in cui ritengano di essere stati pregiudicati nei propri diritti¹⁶. Finché costoro non si rivolgono di loro volontà al giudice, egli è destinato a rimanere in una posizione di passiva attesa senza poter assumere iniziative personali¹⁷.

I futuri attori (o convenuti) del giudizio potrebbero essere inesperti di diritto: è bene dunque che eventuali imperfezioni giuridiche della domanda non comportino necessariamente il suo rigetto, in attesa di giungere all'inquadramento giuridico preferito dal giudice¹⁸.

come metodo di risoluzione alternativa delle controversie: quest'ultima prevede, tra l'altro, il diritto degli arbitri di «find the law themselves unless the parties agree otherwise». Sul punto si veda, ampiamente, C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 754 - 757, 766 - 769.

¹⁶ Il processo civile si fonda sulla basilare correlazione per cui chi vuole far valere in giudizio un proprio diritto ha l'onere di proporre domanda. Con la proposizione della domanda, in capo al giudice sorge il potere - dovere di decidere su questa. L'art. 2907 c.c., rubricato «attività giurisdizionale», statuisce proprio che «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio». Lo Stato rivendica dunque a sé il potere di risolvere i conflitti tra i cittadini, imponendo il divieto di autotutela privata (salvo casi eccezionali). Una disamina completa della natura giuridica della domanda e sul potere del giudice di decidere in base ad essa, nell'economia di questo lavoro, sarebbe naturalmente impossibile. Sul punto si rinvia all'esauriente trattazione di C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, 14 ss.

¹⁷ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ripubblicato in AA. VV., *Piero Calamandrei. Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 397, in <http://romatpress.uniroma3.it>. Solo in questo modo si garantisce che la funzione giurisdizionale sia connotata da distacco, oggettività e imparzialità. Interessante è il paragone tra il giudizio del magistrato e il lavoro dello storico, professionisti entrambi dediti alla ricostruzione di vicende fattuali sulla base di dati storici. Lo storico è libero di scegliere di propria iniziativa un tema su cui fare le proprie ricerche, le fonti e i dati su cui ragionare. Il magistrato, invece è una figura necessariamente inerte, che può uscire dalla posizione di passiva attesa in cui si trova soltanto «per affacciarsi a quella limitata porzione di realtà [...] che la parte attrice gli sottopone e sulla quale lo invita a dare il suo puntuale giudizio». Il magistrato, in sostanza, non potrebbe mai scegliere da sé una tema su cui lavorare, poiché «nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza» che tradisce le esigenze di oggettività e imparzialità nel giudizio. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., *ibidem*.

¹⁸ Osserva tuttavia CAVALLINI che, nella prassi applicativa, raramente una diversa qualificazione *in iure* da parte del giudice porta alla pronuncia di una sentenza che dichiara gli effetti giuridici propri di quel nuovo inquadramento. Nella maggior parte dei casi si preferisce optare per un rigetto della domanda come infondata. Questo per la difficoltà di individuare il confine tra la regola *iura novit curia* e la violazione del divieto di cd. extrapetizione che impone al giudice di non pronunciarsi oltre i limiti della domanda proposta. La questione è stata superata con alcune pronunce giurisprudenziali secondo cui il giudice può effettuare un mutamento officioso del titolo giuridico della domanda,

Per questo motivo, al privato che intende rivolgersi al giudice è richiesto solo di allegare e provare i fatti a fondamento della propria domanda, in ossequio al principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.). Il giudice ha invece il compito di valutare se la legge riconosce al privato il diritto che gli spetta¹⁹.

I due piani sono distinti: il privato deve dimostrare il fatto “storico”, il giudice si occupa di rinvenire la legge vigente nell'ordinamento positivo e risolvere questioni giuridiche²⁰.

In secondo luogo, se le parti hanno un “monopolio” sulla prova dei fatti storici da portare innanzi al giudice, in quanto elementi di cui sono a maggior conoscenza rispetto a quest'ultimo²¹, è inutile che tale esclusiva sia loro attribuita anche rispetto ai testi normativi, i quali sono soggetti ad un regime di pubblicazione²².

Va infine osservato che, secondo taluni, se l'onere della prova gravante sulle parti si estendesse alle norme di diritto che il giudice deve utilizzare, egli si troverebbe a decidere non seguendo il diritto oggettivo bensì un criterio pseudo-normativo voluto e formato dalle parti²³. Ciò potrebbe forse addirittura vanificare il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), in cui viene tradizionalmente rinvenuto il fondamento costituzionale dello *iura novit curia* nell'ordinamento italiano²⁴.

Ad un osservatore più attento, la regola *iura novit curia* potrebbe apparire quasi un limite al principio dispositivo. Se, infatti, si affermasse la libertà del giudice di valutare in diritto ciò che gli hanno chiesto le parti, a prescindere dalla

purché non attribuisca alle parti un bene nemmeno implicitamente compreso nella domanda. C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 763, 764.

¹⁹ A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 25.

²⁰ Il principio esprime dunque un bilanciamento tra ciò che compete alle parti e al giudice nell'agone processuale. Come riporta RENDINA, «L'insegnamento tradizionale, di antica e risalente origine, è quello che detta, almeno in apparenza, una chiarissima linea di demarcazione tra la sfera dell'uno e quella delle altre, quasi attribuendo, un po' salomonicamente, al dominio esclusivo delle parti, la “questione di fatto” e a quello esclusivo del giudice la “questione di diritto”». Questa “separazione dei ruoli” è ben compendiate nella massima *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Si vedano, al riguardo, M. RENDINA, *Per una critica del principio iura novit curia. Premesse sistematiche* in www.air.unimi.it (ultima verifica: 01 aprile 2021), 14, e P. SANDULLI - A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e aziendale aggiornata al “Collegato lavoro 2010”*, Milano, 2010, 95.

²¹ Si tratta del principio di vicinanza della prova.

²² A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 16.

²³ Preoccupazione espressa da C. PUNZI, *Jura Novit Curia*, Milano, 1965, 78.

²⁴ A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 23. Nello stesso senso, si veda anche C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 758: «la lettura combinata delle due norme (art. 113 c.p.c. e art. 101 Cost., ndr.) è ritenuta il fondamento di rango primario del principio *iura novit curia*».

qualificazione giuridica offerta, sembrerebbe quasi infrangersi il monopolio dei privati sugli elementi conoscitivi da portare innanzi al giudice²⁵.

La dottrina, tuttavia, ha osservato come non vi sia una correlazione necessaria e biunivoca tra la vigenza di questo principio e il modello processuale domestico di riferimento. Più correttamente, non si può negare di per sé una contrapposizione tra *iura novit curia* e principio della domanda, se si intende quest'ultimo come esclusiva conformazione dell'oggetto del processo ad opera delle parti e divieto di scienza privata del giudice²⁶.

La contraddizione tuttavia non deve essere enfatizzata come assoluta. Il principio esprime la valenza storica del primato della giurisdizione nella composizione delle liti tra i cittadini, collegandosi indirettamente alle disposizioni che vietano il ricorso all'autotutela privata²⁷. Se al giudice è attribuita una posizione dirimente nella composizione delle liti private, appare naturale riconoscergli una libertà di valutazione delle questioni di diritto²⁸.

In conclusione, riprendendo le parole di Calamandrei, «il principio *iura novit curia* non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di un qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, *anche al di fuori del processo*, tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto storicamente vigente»²⁹.

3. Il principio *iura novit curia* nella prassi.

3.1. Problematiche applicative e individuazione di limiti operativi – Se queste sono le premesse ideali descritte nel precedente paragrafo, altro è parlare del

²⁵ C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civile common law)*, cit., 759.

²⁶ C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil e common law)*, cit., *Ibidem*.

²⁷ L'art. 393 c.p., ad esempio, che punisce chiunque, potendo ricorrere al giudice, si fa ragione da sé medesimo usando violenza e minaccia alle persone.

²⁸ C. CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 759.

²⁹ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 398. Nello stesso senso C. CONSOLO, *Domanda giudiziale* in *Digesto civ.*, VII, par. 18, 1991: «il conoscere (conoscere il diritto da parte del giudice, ndr.) significa qui evidentemente possibilità di tener conto del dato normativo anche al di fuori (o contro) la iniziativa, la invocazione o, comunque, le prese di posizione delle parti quanto alle norme e qualificazioni tipologiche giuridiche confacenti ed applicabili alla specie. Il mutamento di tipo giuridico non induce differenza di diritti: l'essenza dell'effetto giuridico dichiarato (od anche negoziato) non ne è incisa, sebbene certo la sua regolamentazione dinamica per vari versi risulti funzionale alla tipizzazione: si pensi alla disciplina della prescrizione, all'opponibilità dell'eccezione di compensazione, ecc. Né, al fine di cogliere tale scansione di piani concettuali, appare necessario distinguere diversi profili della pretesa sostanziale (come propongono Henckel e Rimmelspacher)». Si veda anche A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, III ed., Padova, 1999, 99.

principio *iura novit curia* in un’ottica di applicazione concreta da parte degli operatori del diritto, come si è accennato.

La massima si è ben presto confrontata con problematiche che da anni caratterizzano l’ordinamento giuridico italiano e si riflettono in maniera significativa sull’attività giurisdizionale.

Il tema dei possibili limiti applicativi al principio *iura novit curia*, va detto, di per sé non è una novità. Già la dottrina degli anni ‘50 del secolo scorso ne parla³⁰. Esso, tuttavia, acquisisce una certa importanza in relazione alle conseguenze che una realtà giuridica sempre più complessa e stratificata, come quella contemporanea, porta con sé.

Al lettore, anzitutto, non sarà sicuramente ignoto il fenomeno dell’alluvionale, sconclusionata e caotica produzione normativa, spesso accompagnato da una cattiva qualità redazionale dei testi normativi. Si tratta, come è stato giustamente notato, di un male oscuro che riguarda tutti i paesi industrializzati e costituisce uno dei fattori più rilevanti della crisi di competitività dei loro sistemi economici³¹.

Ripercorrere le cause politiche, sociali e culturali alla base di questa tendenza esula dall’economia del presente lavoro³². Ci basterà menzionare quanto riporta

³⁰ BIGIAVI, ad esempio, già nel 1954 parla di tentativi da parte dei giudici di svalutare la portata della massima. Lo studioso si riferisce alla sentenza di una Corte d’appello francese la quale, pur dando ragione nel merito all’appellante, lo ha condannato alle spese per non aver fatto conoscere al Tribunale la fitta giurisprudenza sull’argomento (conoscenza che avrebbe potuto scongiurare l’errore per cui è stata chiesta la riforma in appello). L’autore sembra introdurre proprio la tematica in commento, quando afferma di essere «persuaso che la Corte d’appello – pur dando vita a una eresia sul piano del *diritto* – aveva molte ragioni in *fatto*. In materia di previdenza sociale – materia regolata da una congerie di norme minuziosissime, oscure e piene di trabocchetti – solo gli specialisti riescono ad orientarsi. Quindi (in un certo senso) avrei compreso la Corte se avesse proclamato alto e forte che, in questa materia, il giudice non conosce, non può conoscere il diritto. I magistrati francesi non si sono tuttavia spinti apertamente fino a questo punto: essi hanno implicitamente confermato il vecchio brocardo; hanno ammesso che il giudice deve conoscere il *diritto*; ma hanno aggiunto che, in certe materie, egli non può conoscere la *giurisprudenza*, cioè... L’interpretazione del diritto». W. BIGIAVI, “*Iura novit curia...?*” in Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, p. 746, ripubblicato in <https://independent.academia.edu> (ultima verifica: 01 aprile 2021).

³¹ In tal senso, R. CIFARELLI, *Brevi riflessioni in tema di qualità della normazione e investimenti* in Osservatorio sulle fonti, I, 2015, 1 in www.osservatoriosullefonti.it (ultima verifica: 01 aprile 2021). Sullo stesso argomento, si veda anche: F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere* in Bassanini.it (ultima verifica: 01 aprile 2021); L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione* in Federalismi.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

³² Si possono tuttavia tracciare, senza pretesa di esaustività, alcune coordinate utili per orientare il lettore in questa disamina: il fatto che un atto normativo, una volta entrato in vigore nell’ordinamento, “viva” in eterno finché non viene abrogato espressamente o tacitamente (per molte leggi obsolete si può parlare tuttavia di una sostanziale desuetudine); l’abuso della decretazione d’urgenza oltre gli stretti requisiti di “necessità” ed “urgenza” di cui all’art. 77 Cost; la

l'Osservatorio legislativo e parlamentare della Camera dei deputati, secondo cui nella sola XVIII legislatura, tuttora in corso, sono state approvate 165 leggi – di cui 56 leggi di conversione di decreti legge – ed emanati ben 78 decreti legge, 95 decreti legislativi e 10 regolamenti di delegificazione³³.

Va brevemente ricordata anche l'influenza che il progetto di integrazione europea spiega sugli ordinamenti giuridici dei paesi del Vecchio continente.

Il progetto europeo, ispirato ad una logica di libertà di scambi e di circolazione, ha dato vita ad un sistema plurimo di fonti del diritto: in esso coesistono e interferiscono sullo stesso oggetto norme e istituzioni che appartengono a ordinamenti diversi.

Il diritto interno dei singoli Stati, promanante dalla legge statale, perde di conseguenza la propria centralità. Esso diventa solo una delle componenti normative in gioco, in un contesto in cui lo spazio giuridico globale è sempre più multilivello³⁴.

tendenza a sostituire sempre più le “leggi” con decreti legislativi (art. 76 Cost.); il fenomeno per cui la produzione normativa “di rilievo” tende a spostarsi fisiologicamente in capo al Governo, lasciando al Parlamento il compito di occuparsi di cd. “leggine” che soddisfano interessi di categoria; il processo di “delegificazione” tuttora in corso, per cui la disciplina di rango legislativo è sostituita da regolamenti governativi; l'utilizzo smodato di decreti legge contenenti misure volte al rilancio dell'economia, alla riduzione del debito pubblico e alla semplificazione dell'amministrazione statale e delle sue procedure; la frequente rinuncia all'“auto applicabilità” normativa in favore di provvedimenti attuativi adottati su vari sedi e livelli istituzionali; fenomeni di “populismo” (soprattutto nel diritto penale) per cui, ad un problema sociale particolarmente sentito, si tende a rispondere con provvedimenti normativi di grande impatto mediatico ma di dubbia utilità. Sul punto, si vedano R. CIFARELLI, *Brevi riflessioni in tema di qualità della normazione e investimenti*, cit., 2 ss; R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 356, 377 ss, 392, 397 ss.

³³ www.temi.camera.it (ultima verifica: 01 aprile 2021). Si riporta la stima pubblicata ne *Il sole 24 ore*, secondo cui nel solo 2014 «Ogni giorno in Italia vengono scritte 21 pagine di nuovi provvedimenti normativi. Se tutti insieme (leggi, decreti legge, decreti legislativi e leggi regionali approvati nel 2014) venissero raccolti in un unico libro, il testo complessivo sarebbe composto da oltre 14,2 milioni di caratteri battuti su carta, articolati in migliaia di commi e articoli». M. FINZIO, *Ogni giorno in Italia vengono scritte 21 pagine di nuove leggi* in www.st.ilssole24ore.com (ultima verifica: 01 aprile 2021)

³⁴ Ne parla ampiamente seppur in riferimento alla giustizia penale europea R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, 68, 69. Sul punto si veda S. CASSESE, *Globalizzazione del diritto* in [treccani.it](http://www.treccani.it), 2009, secondo cui «l'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costituito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità domestiche e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale sia al livello globale in senso stretto». Dello stesso avviso è P. GROSSI: «Oggi, secondo me, abbiamo il dovere di constatare che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che siamo di fronte a una – fino a ieri inimmaginabile – pluralizzazione delle fonti di diritto; di più: a una loro detipizzazione. Basterebbe, a questo scopo, dare uno sguardo a quanto avviene nel laboratorio giuridico dell'Unione Europea e, in modo ancora più vistoso, nella officina giuridica globale, o nella cosiddetta *lex mercatoria*, dove operatori economici si danno alla frenetica invenzione di strutture nuove e

Considerati questi aspetti, i giudici hanno cominciato ad avvertire una difficoltà crescente: quella di ottemperare efficacemente alla regola sintetizzata dall'espressione *iura novit curia*³⁵.

In presenza di una espansione normativa incontrollata e dell'ingresso nell'ordinamento di settori normativi sconosciuti all'epoca di redazione del c.p.c. (1940), ricercare determinate fonti di diritto adatte alla risoluzione di una controversia potrebbe rivelarsi un esercizio oneroso per il giudice.

Ciò vale soprattutto per le fonti para normative non facilmente accessibili all'organo giudicante³⁶. In casi come questi, è stato notato, «non sarebbe possibile attribuire al giudice il dovere dello *iura novit curia* gravando, invece, sulle parti processuali l'onere di indicare le fonti para normative sulle quali si fonda l'interesse vantato»³⁷.

La considerazione appare intuitiva: le parti private potrebbero aver (paradossalmente) maggior conoscenza rispetto al giudice di atti normativi non destinati ad una pubblicazione generale in virtù di una relazione di vicinanza simile al principio di *vicinitas* della prova. In tale ipotesi appare più funzionale addossare ad esse l'onere di rinvenire e indicare le fonti decisive per la futura sentenza³⁸.

Quanto detto non riguarda invece gli atti destinati a pubblicazione sulla raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica Italiana (Gazzetta ufficiale). Questo tipo di pubblicazione dispensa da ogni prova le parti processuali e continua ad escludere l'ignoranza inevitabile del giudice³⁹.

Alla luce di quanto esposto, la giurisprudenza ha introdotto progressivamente alcuni limiti all'operatività del principio *iura novit curia*. Si è formulata, in particolare, una distinzione: la presunzione di conoscenza del giudice varrebbe soltanto per le vere e proprie fonti di diritto oggettivo, ossia i precetti contrassegnati dal carattere della normatività e della giuridicità. Tutto ciò che non rientra in quest'ambito, come i precetti avente carattere normativo ma non giuridico, gli atti di autonomia privata, atti amministrativi e

novissime più adeguate a ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo».

P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici* in www.cortecostituzionale.it

³⁵ C. FAONE, "L'inflazione normativa": un eventuale limite alla regola *iura novit curia* in Osservatorio Enti Locali, 1, in www.osservatorioentilocali.unirc.it (ultima verifica: 01 aprile 2021)

³⁶ Si pensi, ad esempio, al campo del diritto amministrativo, caratterizzato da atti di produzione interna come le circolari.

³⁷ Così C. FAONE, "L'inflazione normativa" cit., *ibidem*.

³⁸ Cass. Civ., Sez. II, 7 giugno 2006, n. 13336, in www.foroeuropeo.it, richiamata al par. 4 di questo contributo.

³⁹ C. FAONE, "L'inflazione normativa", cit., 3.

provvedimenti amministrativi nonché gli atti aventi forza normativa puramente interna (statuti degli enti, regolamenti interni e circolari) non formerebbe oggetto di un dovere di conoscenza del giudice al di là delle allegazioni di parte⁴⁰.

Sulla distinzione tra atti normativi e amministrativi si tornerà successivamente nel par. 4.

Il problema della conoscibilità legato alla regola *iura novit curia* si è posto, tra l'altro, anche in relazione alle norme straniere (art. 14 l. 218/1995). Qui le maggiori incertezze riguardano da sempre l'individuazione dei mezzi per la ricognizione del diritto straniero: in molti casi può apparire difficoltoso per il giudice conoscere le norme di quegli ordinamenti⁴¹.

In quest'ambito si è ritenuto che il giudicante possa avvalersi dei seguenti strumenti: la Convenzione di Londra del 07 giugno 1968, resa esecutiva in Italia con d.p.r. 02 febbraio 1970, n. 1510; la propria scienza privata, senza ricorrere ad attività istruttorie non previste dalla legge; le attestazioni consolari rilasciate dal Console italiano all'estero (d.p.r. 05 gennaio 1967, n. 200); l'ausilio di esperti e sezioni specializzate; il Ministero della giustizia; l'attestazione di organi esteri; la traduzione dell'atto normativo fatta da un'ambasciata e attestante la conformità

⁴⁰ Così, ad esempio, Cass. Civ., 5 luglio 1999, n. 6933, citata in C. FAONE, "L'inflazione normativa", cit., 3.

⁴¹ Si è ritenuto, ad esempio, che una cognizione del diritto straniero appaia impossibile o quanto meno difficoltosa nei procedimenti cautelari, caratterizzati da celerità e urgenza. M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera*, cit., 29. L'autore riporta la soluzione adottata dall'ordinamento tedesco in tema di procedimenti d'urgenza: esso prevede che, in pendenza di un procedimento di questo tipo, chi propone il relativo ricorso non abbia l'onere di provare in senso stretto ciò che dichiara, bensì soltanto di rendere verosimile la propria affermazione. Qualora risulti impossibile conoscere il diritto straniero in tempi celeri, viene quindi ritenuto applicabile il diritto tedesco quale *lex fori*. M. ZAMBONI, *Ibidem*. Il problema della conoscibilità delle norme straniere è sempre stato storicamente sentito. Senza alcuna pretesa di esaustività ci basti ricordare, ad esempio, che nel diritto intermedio italiano, la regola di conoscenza della legge non imponeva al giudice di conoscere le norme non in cd. *corpore iuris clause*, come le leggi straniere. In simili ipotesi non esisteva l'obbligo del giudice di conoscere e applicare d'ufficio *leggi extravagantes*, considerata la difficoltà di procurarsene notizia. Da qui probabilmente l'origine della concezione, superata solo di recente (v. *infra*, nota 13), secondo cui il diritto straniero rappresenterebbe una circostanza di fatto, circostanza deve essere allegata e provata dalla parte in causa. M. SANTINI, *Iura novit curia* in www.core.ac.uk, 12 (ultima verifica: 01 aprile 2021). Contributo autorevole e risalente, in quest'ambito, è quello di C. SAPIENZA, *Il principio "iura novit curia" e il problema della prova delle leggi straniere*, Milano, 1960, cui si rimanda. Si veda anche VENTURINI, *Il principio "iura novit curia" e le leggi straniere in Annali di dir. int.* (1951), 1953, 19 ss.

all'originale, senza necessità di traduzione giurata⁴²; la collaborazione delle parti⁴³.

La giurisprudenza italiana ha sempre dato grande risalto alla collaborazione delle parti nel far conoscere al giudice le norme di diritto straniero, considerandola tra gli strumenti essenziali di prova di queste⁴⁴.

Ciò è interessante perché il concetto di collaborazione emerge in un celebre e discusso parere del Consiglio di Stato, di cui si dirà appresso.

3.2. *Il discusso parere del Consiglio di Stato n. 1677 del 24 ottobre 2007* – La tendenza ermeneutica analizzata in precedenza ha trovato la propria definitiva consacrazione nel parere n. 1677, reso dalla seconda sezione del Consiglio di Stato il 24 ottobre 2007.

Il responso è stato ottenuto dal Ministero della pubblica istruzione a seguito di un ricorso straordinario proposto da un insegnante contro un provvedimento del Dirigente Responsabile del Centro Servizi Amministrativi di Brescia: quest'ultimo aveva escluso il ricorrente dalla partecipazione ad un corso per un'abilitazione all'insegnamento, sul motivo che egli avesse prestato servizio per un tempo inferiore a quello richiesto dall'art. 2 della L. n. 143 del 2004 e dal Decreto Ministeriale 18 novembre 2005 n. 85⁴⁵.

⁴² La traduzione di un atto normativo attestata dall'ambasciata del paese ha avuto rilievo in un caso deciso da Cass. Civ., sez. I, 26 febbraio 2002, n. 2791. La vicenda riguardava una donna con cittadinanza del Camerun, madre di una bambina nata da una relazione con un italiano. La donna conveniva in giudizio quest'ultimo presso il Tribunale per i minorenni di Roma, per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità della bambina. La questione giuridica si è incentrata sull'acquisizione della legge camerunense in materia di filiazione: ai sensi di tale legge il termine di decadenza biennale entro cui proporre l'azione era da considerarsi ormai maturato per la donna. Ciononostante quest'ultima era stata ammessa all'azione in virtù del perdurare della relazione tra il preteso padre e la figlia durante i primi anni di nascita. Il testo acquisito dal Tribunale e tradotto in italiano proveniva dall'ambasciata del Camerun la quale ne aveva attestato la conformità all'originale. Il convenuto, invece, richiedeva il testo originale della legislazione del Camerun, accompagnato dalla traduzione giurata di un interprete italiano. La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha ritenuto utilizzabile la traduzione della legge fatta dall'ambasciata e attestante la conformità all'originale, senza necessità di ricorrere alla traduzione giurata di un interprete italiano abilitato. Ciò sul presupposto che la volontà del legislatore di d.i.p. è quella di «rendere applicabile qualsiasi mezzo e canale di informazione, anche informale, per garantire effettività al diritto straniero applicabile nella specie, valorizzando al tempo stesso il ruolo attivo delle parti come strumento utile per la sua acquisizione». Sentenza citata in M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera*, cit., 27.

⁴³ M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera*, cit., 29, 30.

⁴⁴ Cass. 13 aprile 1959 n. 1089 e Cass. Civ., I sez, 26 febbraio 2002, n. 2791, entrambe citate in M. ZAMBONI, *Sugli strumenti di conoscenza della legge straniera*, cit., 22, 30.

⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1677, citato in C. FAONE, *“L'inflazione normativa”*, cit., 4.

La sezione consultiva del Consiglio di Stato ha accolto il ricorso perché l'amministrazione non aveva chiarito in base a quale atto normativo il servizio, prestato dal docente, dovesse essere calcolato secondo la misura contestata.

Secondo i magistrati di Palazzo Spada, infatti, la collaborazione dell'amministrazione è essenziale nel far conoscere al giudice i parametri regolatori della controversia, soprattutto nelle materie (come quella scolastica) caratterizzate da grande confusione normativa e dalla presenza di provvedimenti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi (circolari, direttive, ecc.)⁴⁶. In tali condizioni «il fondamentale canone processuale condensato nel principio “iura novit curia”, desumibile dall'articolo 112 c.p.c., appare messo seriamente in crisi»⁴⁷.

Nel corso dell'argomentazione il consesso richiama persino i principi di cui alla celebre sentenza C. Cost. 346/1988, per affermare come non si possa più parlare di un obbligo di conoscenza della legge assoluto e incondizionato. Questo quantomeno nei settori caratterizzati da un incontrollabile aumento della produzione normativa, dettata da esigenze particolari, settoriali e imprevedibili. Solo «in tempi in cui le norme erano circoscritte a ben precise fattispecie, ridotte nel numero e di regola rapportabili a canoni di comportamento sociali universalmente riconosciuti, ovvero a regole di comune esperienza o di equità, era dato sostenere la necessaria conoscenza, da parte dei giudici, dell'esistenza e della consistenza delle leggi»⁴⁸.

Il parere merita una trattazione per la sua importanza in relazione al problema in esame.

Anzitutto in esso viene rinvenuto nell' «alluvionale produzione normativa di rango primario e secondario»⁴⁹ un limite esplicito all'operatività della massima *iura novit curia*. Da questo elemento scaturisce il dovere dell'amministrazione di

⁴⁶ C. FAONE, “*L'inflazione normativa*”, cit., 3.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1677, citato in C. FAONE, “*L'inflazione normativa*”, cit., 3

⁴⁸ La sentenza n. 364 del 1988, si ricorderà, ha segnato una tappa decisiva e fondamentale nel cammino della piena affermazione del principio di colpevolezza quale cardine del sistema penale. Essa ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 del Codice penale nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile. Come è stato osservato, la pronuncia, in questo modo, «ha determinato il superamento del principio dell'assoluta inescusabilità dell'*ignorantia legis*: il tutto all'interno di una prospettiva che include nella colpevolezza, quale categoria che riflette l'appartenenza psicologica del fatto criminoso all'autore, anche la conoscenza – almeno potenziale – del carattere illecito del fatto penalmente sanzionato». G. FIANDACA, *Sentenza 24 Marzo 1988, n. 364*, in *Il Foro Italiano*, 111, 1988, 1385/1386–1411/1412 *JSTOR*, www.jstor.org (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 1677, citato in C. FAONE, “*L'inflazione normativa*”, cit., 3

collaborare con l'autorità giudicante ai fini di una migliore conoscenza delle fonti normative.

Inoltre il parere evidenzia tutti i profili problematici derivanti dall'applicazione pratica del principio *iura novit curia*: l'incontrollabile aumento della produzione normativa; l'inesistenza per il giudice di un obbligo di conoscenza delle norme assoluto e incondizionato in certi casi-limite; la necessaria collaborazione delle parti nel far conoscere adeguatamente al giudice determinati parametri normativi.

La pronuncia della seconda sezione del Consiglio di Stato ha generato reazioni contrastanti in dottrina.

Alcuni ne hanno sottolineato la mancanza di «integrale portata innovativa»⁵⁰ rispetto al diritto vivente: i giudici di Palazzo Spada si sarebbero limitati a portare definitivamente all'attenzione la circostanza che «il canone processuale del dovere di conoscenza del giudice necessita di essere interpretato alla luce di tutti gli altri principi vigenti in materia processuale, come il dovere di collaborazione dell'amministrazione, di lealtà e di rappresentanza tecnica»⁵¹. Tutto ciò nel contesto di un ordinamento dal carattere «poli sistemico e impazzito»⁵² come quello italiano.

Altri invece vi hanno mosso rilievi critici, sostenendo che il parere sottragga «gli organi della applicazione del diritto – quale è il Consiglio di Stato nell'ambito dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica – all'obbligo della previa ricerca ed individuazione d'ufficio della regola del diritto da applicare al caso concreto»⁵³.

Viene criticato, *in primis*, il richiamo alla difficoltà di ricostruzione e interpretazione del contesto normativo come limite applicativo. Se il giudice non adempie all'obbligo di reperire e interpretare una norma di diritto con tutti i metodi ermeneutici ed esegetici a disposizione, infrange un dovere fondamentale: quello di applicare in giudizio una *regula iuris* preconstituita, ricavata dall'ordinamento⁵⁴. L'obbligo di ricercare le norme applicabili al caso concreto e

⁵⁰ C. FAONE, “L’inflazione normativa”, cit., 6

⁵¹ C. FAONE, “L’inflazione normativa”, cit., *Ibidem*.

⁵² Così C. FAONE, “L’inflazione normativa”, cit. *Ibidem*.

⁵³ In tal senso G. FONTANA, *C’era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2690. Ivi l’autore esprime rilievi critici “consistenti e preoccupanti” di fronte al ridimensionamento che il parere ha fatto del principio *iura novit curia*, il quale resta comunque «un inderogabile caposaldo del moderno stato di diritto ed, in particolare, dell’esercizio della funzione giurisdizionale negli ordinamenti ispirati al principio di legalità».

⁵⁴ G. FONTANA, *C’era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2692. L’autore critica *ivi* «l’assenza di ogni sforzo di ricerca ed interpretazione delle disposizioni normative applicabili al caso concreto e la indisponibilità a servirsi di quegli strumenti, pure attingibili, che possono soccorrere il giudice nel reperire la norma applicabile al caso concreto». Tant’è che, alla fine, rimane «la sensazione che il

verificare se quelle indicate dalla parte siano pertinenti dovrebbe gravare sul giudicante in ogni caso⁵⁵.

In secondo luogo, se la ricerca delle disposizioni normative applicabili fosse condizionata dalla previa indicazione delle parti, l'attività del giudice ne verrebbe limitata e svalutata⁵⁶. Come è stato osservato poc'anzi il giudice finirebbe per essere soggetto non tanto alla legge (101 Cost.), quanto ad un criterio pseudonormativo individuato dalle parti. Né viene considerato "convincente" il criterio di bilanciamento dello *iura novit curia* basato su principi processuali di configurazione vaga e incerta, come quelli di lealtà, di rappresentanza tecnica e collaborazione⁵⁷.

In conclusione, a detta dei critici, il parere del Consiglio di Stato esprime un «atteggiamento palesemente rinunciatario che denota una chiara fuga dalla responsabilità interpretativa», responsabilità che «dovrebbe connotare, in maniera inderogabile, l'esercizio della funzione giurisdizionale»⁵⁸.

Il principio *iura novit curia* è la chiave di volta di un sistema di regole che delineano la posizione costituzionale del giudice nell'ordinamento italiano, come la soggezione alla legge (101 Cost.) e l'obbligo di giudicare secondo diritto (113

collegio (Il Consiglio di Stato, n.d.r.) abbia preferito risparmiarsi una faticosa indagine sulle disposizioni normative applicabili». L'idea che l'operatore del diritto (in questo caso il giudice) non *crei* da sé la norma di diritto, ma si limiti a ricavarla da un sostrato esistente, ha un'origine lontana, che risale all' *inventio* del diritto operata dai giuristi romani. Nel lungo periodo formativo dell'antico diritto romano, il diritto si propone come oggetto di invenzione - dal latino *inventio*, "cercare per trovar qualcosa" - ossia un'attività volta ad "estrarre", fissare e consolidare un sapere che già esiste ("*ius civile in sola interpretationem consistit*") L'interpretazione dei giuristi romani non parte da una disposizione stabilita da un legislatore, ma crea direttamente soluzioni normative tratte dal sapere giuridico radicato nella società. Questa visione è sopravvissuta, in qualche modo, nell'esperienza odierna della *common law* anglosassone; la modernità giuridica dell'Europa continentale, sin dai tempi della rivoluzione francese, ha invece sposato una visione potestativa del diritto, per cui quest'ultimo è creazione dello Stato. Nonostante la diversità delle esperienze continentali e anglosassoni, è sempre rimasta l'idea che il giudice, per decidere una controversia, debba effettuare un *reperimento*, una *inventio* di ciò che già si trova nell'ordinamento. Questa visione è perfettamente espressa dall'art. 113 c.p.c. quando dice che il giudice deve «seguire le norme del diritto». P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., 1, 2, 8, 9. Sulle origini dell'esperienza giuridica romana si veda, ampiamente, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, II ed., Torino, 2011 nonché M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, 37 ss.

⁵⁵ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2691.

⁵⁶ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., *Ibidem*.

⁵⁷ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., *Ibidem*.

⁵⁸ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., *Ibidem*.

c.p.c.). Si tratta di regole fondamentali, che assicurano il funzionamento della giustizia statale e il rispetto del divieto di ricorso alla giustizia privata⁵⁹.

Ridimensionare la portata dell'art. 113 c.p.c. significherebbe alterare il significato delle regole richiamate e quindi mortificare l'attività giurisdizionale nella sua fisionomia e nei suoi contenuti⁶⁰.

4. *La giurisprudenza successiva alla pronuncia del Consiglio di Stato. Il caso dei decreti ministeriali di rilevazione dei tassi soglia d'usura: atti normativi o atti amministrativi generali?* – Nonostante gli avvertimenti lanciati dalla dottrina, la giurisprudenza successiva alla pronuncia del Consiglio di Stato ha individuato una serie di atti normativi sottratti al rigoroso impero della regola *iura novit curia*.

Si è così affermato ad esempio, in una serie di pronunce, che il giudice (in assenza di apporto delle parti) non sarebbe tenuto a conoscere, tra gli altri: il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 sulle condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie⁶¹; il decreto ministeriale di proroga dei termini processuali di decadenza⁶²; il decreto ministeriale 197/1997 concernente le norme e le condizioni di abbonamento al servizio telefonico⁶³; il decreto ministeriale 2084/1967 in tema di sdemanializzazione⁶⁴; i decreti del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo impositivi di vincoli sui beni immobili⁶⁵; i decreti ministeriali che stabiliscono il saggio di interesse relativo all'esecuzione di un contratto di leasing⁶⁶; il decreto ministeriale di istituzione della posizione economica C2 di inquadramento degli ufficiali giudiziari⁶⁷; i contratti collettivi nazionali di lavoro

⁵⁹ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2693. L'autore profetizza addirittura conseguenze estreme derivanti dalle tesi "spericolate" del Consiglio di Stato: ad accoglierle, cioè «si farebbe assai fatica a pretendere l'osservanza delle norme di diritto da parte dei comuni cittadini, consentendo a lungo andare, per tale via, lo sfaldamento dell'ordinamento, la perdita della sua capacità di ordinazione e, dunque, il senso stesso dell'ordinamento giuridico». G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2692.

⁶⁰ Del resto, l'art. 113 c.p.c. consente al giudice di applicare altre disposizioni o norme qualora lo ritenga doveroso ai fini di un corretto inquadramento giuridico della domanda dei privati. Affermare, quindi, che il giudice potrebbe evitare di individuare la norma applicabile al caso concreto, "scaricando" tale attività sulle parti, significherebbe svalutare la portata dell'art. 113 c.p.c.

⁶¹ Trib. Brindisi, 21.07.2020, n. 902 in www.expertecreditoris.it; Trib. Padova, sez. II, 29 gennaio 2019 in www.ilcaso.it.

⁶² Cass., Civ., Sez. I, 20 agosto 2004, n. 16354 in www.jstor.org.

⁶³ C. App. Catanzaro, sez. III civile, 22 novembre 2016 n. 1908.

⁶⁴ Cass. Civ., Sez. II, 22 marzo 2016, n. 5604.

⁶⁵ Cass. Civ., Sez. II, 26 agosto 2002, n. 12476 citata in C. FAONE, "L'inflazione normativa", cit., 7.

⁶⁶ Cass. Civ., 26 giugno 2001, n. 8742, citata in C. FAONE, "L'inflazione normativa", cit., 7.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. Lav., 2 luglio 2014, n. 15065, citata in C. FAONE, "L'inflazione normativa", cit., 7.

privatistici⁶⁸; le prescrizioni contenute nei piani regolatori (PRG) e nelle relative norme di attuazione (NTA)⁶⁹.

In tema di piani regolatori e norme di attuazione, la sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sez. II, 7 giugno 2006, n. 13336 ha confermato un ulteriore criterio per individuare gli atti non soggetti alla regola *iura novit curia*⁷⁰: la pubblicazione, o meno, nella Gazzetta ufficiale e quindi la rilevanza, o meno, “nazionale” della fonte normativa. Se un determinato atto, o prescrizione, infatti, non è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale ma è portato alla conoscenza mediante strumenti idonei a garantire una “pubblicità” soltanto a livello locale (ad esempio comunale), il giudice non è tenuto a conoscerne la portata senza una collaborazione delle parti processuali⁷¹.

⁶⁸ Secondo la Corte di Cassazione, la questione della conoscibilità si atteggia diversamente a seconda che si versi in un'ipotesi di violazione del contratto collettivo nazionale di lavoro privatistico o del contratto collettivo del pubblico impiego: in quest'ultimo caso il giudice procede con mezzi propri, nel primo invece il contratto è conoscibile solo con la collaborazione delle parti, secondo le regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova (Cass. 16 settembre 2014, n. 19507 in www.foro europeo.it; Cass. 5 marzo 2019, n. 6394 in www.foro europeo.it. Cass. Civ., sez. lavoro, ord. 07 gennaio 2020 n. 112 in italgiure.giustizia.it). Secondo questa tesi, il principio *iura novit curia* non si applica ai contratti collettivi del lavoro del settore privato in virtù della loro efficacia negoziale: il contenuto del contratto collettivo costituisce così un elemento di fatto che la parte attrice ha l'onere di allegare, al pari di ogni altro fatto costitutivo del proprio diritto. La natura “fattuale” del contratto collettivo di diritto comune sarebbe avvalorata da questi elementi: il fatto che esso opera come fonte contrattuale del rapporto di lavoro in virtù del richiamo contenuto nel contratto individuale; l'iscrizione delle parti del contratto individuale alle organizzazioni di categoria che lo hanno sottoscritto; la sua applicazione in via di fatto. Sul punto, si veda A. SAVOINI, *Il c.c.n.l. in ambito processuale* in consulenza.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁶⁹ La conoscibilità da parte del giudice dei regolamenti comunali è in verità una questione discussa. Alcune pronunce hanno ritenuto necessaria l'allegazione in giudizio delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali, sul presupposto che la loro conoscenza non rientri tra i doveri del giudice (Cass. Civ., sez. Trib., 20 luglio 2018 n. 19360 in www.osservatoriosullefonti.it). Altre decisioni del giudice di legittimità hanno invece affermato che «le prescrizioni dei PRG e delle NTA che disciplinano le distanze nelle costruzioni, anche con riguardo ai confini, sono integrative del codice civile ed hanno valore di norme giuridiche di natura secondaria, sicché il giudice ne ha conoscenza d'ufficio in applicazione del canone *iura novit curia* [...]» (Cass. Civ., Sez. VI, Ord. 26 giugno 2013, n. 16123 in *Urbanistica e appalti*, 10/2013, 35). Alla tesi “negazionista” ha aderito il Consiglio di Stato nella pronuncia della Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, (citata in C. FAONE, “*L'inflazione normativa*”, cit., 9) respingendo l'appello proposto da un Comune il quale, a fondamento della propria pretesa, sosteneva l'inapplicabilità del principio *iura novit curia* alle disposizioni delle norme di attuazione dei piani regolatori.

⁷⁰ C. FAONE, “*L'inflazione normativa*”, cit., 8.

⁷¹ Cass., Civ., sez. II, 7 giugno 2006, n. 1336, in foro europeo.it. Dalla sentenza in parola si ricava che «il piano regolatore di un comune costituisce norma di carattere secondario, soggetta a pubblicazione presso il Comune stesso, sicché il giudice non è tenuto a conoscerne né a ricercarne d'ufficio il contenuto, incombendo, per converso, sulla parte interessata un onere di pubblicazione».

In ogni caso, il denominatore comune che affiora nella giurisprudenza successiva al parere del Consiglio di Stato del 2007 è il problema del decreto ministeriale.

Si tratta di una questione dibattuta che verte sulla natura giuridica del d.m. Ci si chiede se si tratti di un atto normativo a tutti gli effetti oppure di un provvedimento amministrativo celato sotto le sembianze di un atto normativo.

Rispondere al quesito in un modo o nell'altro, in base ai criteri interpretativi indicati in chiusura del par. 2, porta a conseguenze diverse: se si propende per la natura di atto normativo, si dovrà dire che il decreto ministeriale appartiene alla scienza ufficiale del giudice in conformità al principio *iura novit curia*. Se, invece, si ritiene che esso integri un provvedimento amministrativo, si dovrà far ricadere sulle parti l'onere di produrlo in giudizio.

La chiosa ci ricongiunge alle questioni poste in apertura del presente contributo perché esse attengono a particolari tipologie di decreti ministeriali: nella specie, i D.M. usura.

Com'è noto l'art. 2 della legge 07 marzo 1996, n. 108 ha modificato la previsione del delitto di usura di cui all'art. 644 c.p., reato commesso da colui che si fa dare o promettere - in corrispettivo di una prestazione di denaro o altra utilità - interessi o vantaggi che superano un certo limite stabilito dalla legge⁷².

La disposizione stabilisce le modalità di definizione di questo limite. Essa attribuisce al Ministero del Tesoro - sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi - il compito di rilevare ogni tre mesi il tasso effettivo globale medio (TEGM) sulla base degli interessi praticati nel corso di un anno da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e della Banca d'Italia⁷³.

Il TEGM che deriva dalla rilevazione è pubblicato nella Gazzetta ufficiale nella forma di decreto ministeriale: il superamento del suo valore, aumentato della metà, configura il delitto di usura di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 644 c.p. ("la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono usurari").

⁷² Ai sensi del novellato art. 644 c.p. «Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari [c.c. 1448, 1815], è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000 [...]. La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari». Il testo attualmente in vigore è stato introdotto dalla legge 7 marzo 1996 n. 108 che ha previsto la figura dell'usura presunta (il mero farsi dare o promettere in qualsiasi forma interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una dazione di denaro o altra utilità): essa si risolve nella stipula di un negozio a prestazioni corrispettive, per la cui configurabilità non ha importanza chi prende l'iniziativa (vittima o usuraio).

⁷³ Il tasso comprende commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse.

Si tratta, nello specifico, dell'usura bancaria, praticata da soggetti qualificati sotto il profilo professionale e istituzionale che operano in un contesto lecito (colossi bancari, intermediari finanziari, consumatori, famiglie e imprese)⁷⁴.

L'usura bancaria contempla una modalità "presunta". Questo significa che la rilevanza penale del fatto si configura quando un'operazione creditizia supera un "parametro di mercato", ossia un valore numerico determinato. Da qui si intuisce la filosofia oggettivistica che ne permea la tutela penale: il legislatore prescinde da considerazioni sullo stato di bisogno e le difficoltà economiche della vittima e preferisce ricorrere alla predeterminazione di un tasso soglia mediante elementi normativi giuridici⁷⁵.

La tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice è costruita secondo lo schema della "norma penale parzialmente in bianco"⁷⁶. La concreta

⁷⁴ L'usura è un fenomeno sociale antico, connesso alle ideologie di fondo e al modello economico e sociale di un determinato sistema politico. Non si tratta quindi di un cd. delitto naturale ("*mala in se*") perchè la sua incriminazione dipende da una valutazione legislativa d'imperio. La legge 7 marzo 1996, n. 108 ne ha prevista una forma aggravata in ragione del collegamento tra lo svolgimento stabile di una data attività professionale (banche e intermediari finanziari, ossia soggetti cui è riservata per legge l'attività di credito) e l'erogazione di danaro a soggetti considerati vulnerabili (consumatori, famiglie e imprese): qui il fenomeno usurario colpisce situazioni di squilibrio di potere contrattuale e di potere di mercato tra soggetti economici che appartengono entrambi al mondo dell'economia reale. Scopo del delitto di usura bancaria è, quindi, quello di vietare che l'altrui inferiorità economica sia strumentalizzata, assicurando la correttezza e integrità del mercato del credito. Sul punto si vedano ampiamente: M. B. MAGRO, *Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria* in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2017, 53 ss., in www.penalecontemporaneo.it (ultima verifica: 01 aprile 2021); R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale. Parte speciale*, VI edizione, 2018, Roma, 666 ss.; P. CAPOTI, *Il delitto di usura "bancaria"* in www.padua-research.cab.unipd.it, 12 ss (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁷⁵ Secondo TRONCONE, con la riforma del 1996 lo Stato ha voluto apprestare tutela in un settore, quello finanziario e del mercato del credito, dove fino ad allora la libertà di iniziativa economica aveva svolto un ruolo assorbente. Questo allo scopo di arginare forme di criminalità che si erano introdotte nei meccanismi dell'economia legale attraverso un'opera di progressivo inquinamento delle fonti economiche e finanziarie. Il meccanismo dell'individuazione oggettiva degli elementi che conferiscono illiceità penale al fatto ha approntato una maggior garanzia alla tutela dei soggetti: l'accertamento della responsabilità penale si svincola da elementi soggettivi e variabili che avevano destato perplessità in termini di certezza, sotto la vigenza del previgente art. 644 c.p. P. TRONCONE, *Il delitto di usura: successione delle leggi e struttura del reato* in www.iris.unina.it, 3, 7 (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁷⁶ La legge dello Stato indica gli elementi significativi e fondamentali - presupposto, caratteri e limite - del precetto penale con un grado di sufficiente specificazione, mentre la normativa di rango secondario (es. regolamenti governativi) ha il compito di effettuare una maggior concretizzazione tecnica degli stessi. Si tratta di una tecnica normativa utilizzata, ad esempio, nella disciplina degli stupefacenti, ove la legge incriminatrice rinvia a tabelle, stabilite con decreto ministeriale, che fissano la soglia drogante per ciascuna tipologia di sostanza. C. DE LAZZARO, *Crisi della riserva di legge e giurisprudenza normativa: brevi riflessioni su algoritmo di calcolo e commissioni di massimo*

individuazione della condotta penalmente rilevante dipende, cioè, da una soglia individuata nei decreti ministeriali⁷⁷.

La peculiare relazione tra norma penale e D.M. usura ha generato la lunga diatriba giurisprudenziale cui si è parlato all'inizio di questo paragrafo.

Secondo un primo orientamento i D.M. usura sono atti amministrativi soltanto dal punto di vista della forma, mentre da quello della sostanza sono atti normativi. Colui che agisce in giudizio, pertanto, non è tenuto a produrli in quanto possono essere autonomamente conosciuti dal giudice⁷⁸.

La tesi in commento muove da una questione nota ai costituzionalisti: quella della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi, e, in sostanza, il problema (sociologico, prima ancora che giuridico in senso stretto) della differenza tra normazione e amministrazione.

Approssimativamente, per “normazione” si intende l’attività che consiste nello stabilire norme giuridiche *generali e astratte*, atte a conservare, modificare o innovare l’ordinamento giuridico. L’“amministrazione, invece, è un’attività *concreta e pratica* mediante la quale lo Stato, entro i confini delineati dalla legge generale e astratta, procura il progresso e il perfezionamento della società, con la soddisfazione di bisogni collettivi e dei singoli consociati⁷⁹.

scoperto nell'usura bancaria in Diritto penale contemporaneo, 5/2017, 21, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁷⁷ C. DE LAZZARO, *Crisi della riserva di legge e giurisprudenza normativa*, cit., 19. La compresenza di una legge dello Stato e di fonti normative secondarie sulla definizione di un precetto penale ha generato frizioni con il principio di riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.): a rigore, non si dovrebbe ammettere l'ingerenza di una fonte normativa secondaria - come un regolamento governativo - nella formazione di una norma penale, a scapito delle esigenze di garanzia della comunità assicurate dalla legge parlamentare. Tuttavia, nel corso degli anni, sono divenute prevalenti posizioni dottrinali e giurisprudenziali (C. Cost. n. 26/1966; C. Cost. 290/1990) che hanno ammesso l'integrazione del precetto penale ad opera di atti governativi generali ed astratti. La riserva di legge è garantita quando la norma incriminatrice rinviene nella legge parlamentare almeno i presupposti, il carattere, il contenuto ed i limiti del precetto. L'apporto regolamentare deve essere invece limitato a meri accertamenti tecnici, si da puntualizzare una scelta politica già effettuata dal legislatore, senza recare mutamenti sostanziali a quest'ultima. Sul punto, si veda anche I. RAGNACCI, *Un classico contemporaneo: la norma penale in bianco e la droga* in *Salvis Juribus*, 17 maggio 2018, par. 1, in www.salvisjuribus.it (ultima verifica: 01 aprile 2021). Per una più completa disamina dei principi di legalità e di riserva di legge in materia penale, con tutte le loro problematiche applicative, si rimanda a T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, 17 ss. e R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, 2020, Roma, 3 ss.

⁷⁸ Ben rappresentato, tra le altre, da Trib. Lecce 15 dicembre 5896, citata in G. CASCELLA, *Iura novit curia, usura bancaria e risvolti processuali. Brevi osservazioni a margine di una recente ordinanza della Corte di Appello di Napoli* in *De Iustitia*, 2/2019, 7.

⁷⁹ Sul punto, si rimanda a: G. NEBBIA, voce *Normazione* in treccani.it; O. SEPE, voce *Amministrazione* in treccani.it; D. SORACE, voce *Amministrazione pubblica* in treccani.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

La distinzione riflette quella tra funzione legislativa e funzione esecutiva, le quali, nell'ordinamento costituzionale italiano, competono a due plessi unitari di organi: il Parlamento, che di regola la esercita attraverso atti che hanno la "forma" della legge (atti normativi) e il Governo, che di regola la esercita mediante atti che hanno la "forma" del decreto (atti amministrativi).

Si tratta della nota teoria formale-sostanziale della separazione dei poteri, alla base degli ordinamenti giuridici della maggioranza dei Paesi occidentali⁸⁰. Parlamento e Governo esercitano ciascuno una funzione sostanziale (produrre norme generali e astratte e provvedere alla cura in concreto di pubblici interessi) che si esprime attraverso atti dotati di una propria forma (leggi e decreti).

Talvolta accade che uno dei due soggetti citati adotti un atto con il quale non esercita la funzione sostanziale che gli è propria, ma svolga la funzione che compete ad un altro. Qui, in estrema sintesi, ha origine la categoria dottrinale dell'atto *formalmente normativo, ma sostanzialmente amministrativo* (ha la forma della legge, ma di fatto provvede alla cura di interessi pubblici), come pure dell'atto *formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo* (ha la forma del decreto, ma di fatto detta norme generali e astratte)⁸¹.

L'esempio più noto di questa tendenza è il regolamento (governativo, ministeriale o interministeriale), atto formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo perché è emanato da un'autorità amministrativa ma produce norme generali e astratte. Si tratta di una fonte normativa a tutti gli effetti, seppur sottoposta alla legge parlamentare in base al principio di gerarchia delle fonti del diritto⁸².

⁸⁰ Secondo la teoria, proposta da Montesquieu nella sua celebre opera *Lo spirito delle leggi* del 1748, bisogna distinguere il *potere in senso soggettivo*, inteso come complesso unitario di organi (es. Parlamento, Governo, Magistratura), dalle funzioni dello Stato (legislativa, esecutiva, o giudiziari), o *poteri in senso oggettivo*. Di regola, a ciascun plesso, o potere in senso soggettivo, corrisponde la propria funzione, o potere in senso oggettivo. Così il Parlamento esercita il potere legislativo attraverso atti che hanno la forma della legge; il Governo esercita il potere esecutivo attraverso atti che hanno la forma del decreto; la Magistratura esercita il potere giudiziario attraverso atti che hanno la forma della sentenza. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 75.

⁸¹ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., *Ibidem*. Vi sono altri casi in cui la Costituzione, in deroga alla teoria formale-sostanziale della separazione dei poteri di cui alla n. 61, riconosce al Governo il potere di emanare atti normativi che hanno la stessa forza della legge parlamentare. Ai sensi dell'art. 76 Cost., ad esempio, il Governo può emanare decreti legislativi sulla base di un'apposita legge delega del Parlamento. Nella prassi lo strumento della delega legislativa viene utilizzato soprattutto per affrontare argomenti tecnicamente molto complessi e "tecnici". Non si deve poi dimenticare che il Governo, in casi straordinari di necessità e urgenza, può emanare decreti legge, ossia atti con forza di legge che devono essere convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni, altrimenti perdono efficacia sin dall'inizio.

⁸² R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 392. La sottoposizione del regolamento alla legge si evince da questi aspetti: il regolamento deve essere autorizzato dalla legge e non può contenere norme contrarie alle disposizioni di legge.

Il regolamento può essere emanato dal Governo nella sua collegialità (regolamento governativo) o da un singolo ministro (regolamento ministeriale)⁸³ purché vi sia una legge che, in casi particolari, attribuisca il potere di emanare atti di questo tipo. Il regolamento adottato dal singolo ministro assume la forma del “decreto ministeriale” (D.M.).

L'exkursus aiuta a comprendere le ragioni che stanno alla base dell'orientamento giurisprudenziale analizzato. Il D.M. usura, infatti, altro non è che un atto formalmente adottato dalla pubblica amministrazione, ma che svolge una funzione sostanzialmente normativa perché innova l'ordinamento giuridico.

Gli argomenti alla base di questa posizione sono i seguenti.

Nel momento in cui il Ministero dell'economia e delle finanze rileva e pubblica sulla Gazzetta ufficiale il tasso soglia, non si limita a specificare (o precisare) un elemento di una disciplina già regolata dalla legge, ma determina un elemento costitutivo della fattispecie penale di usura⁸⁴. Questo significa che, senza l'integrazione operata dalla procedura amministrativa di rilevazione, il precetto penale non può essere attuato e rimane lettera morta.

Del resto, la soglia di rilevanza penale dell'usura dipende da una determinazione formulata dal legislatore: quest'ultimo stabilisce quando un interesse possa dirsi usurario secondo una valutazione che tiene conto del contesto sociale e politico di riferimento. Se la determinazione del tasso soglia viene a mancare, il precetto penale perde tutta la sua forza persuasiva.

Secondo tale opinione il modo in cui il D.M. incide sul contenuto della norma parzialmente in bianco di cui all'art. 644 c.p. è quindi sufficiente a far concludere

⁸³ I procedimenti di emanazione dei regolamenti governativi e dei regolamenti ministeriali sono disciplinati dall'art. 17 della l. 400/1988: i regolamenti governativi vengono deliberati, su proposta di uno o più ministri, dal Consiglio dei ministri, previo parere obbligatorio – ma non vincolante – del Consiglio di Stato o di altri organi secondo quanto previsto da specifiche leggi. Il regolamento viene emanato dal Presidente della Repubblica con proprio decreto (d.P.R.) e deve ottenere il visto e la registrazione da parte della Corte dei Conti prima di essere pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. I regolamenti ministeriali e interministeriali sono emanati con lo stesso procedimento, sempre previo parere del Consiglio di Stato (e degli altri organi eventualmente prescritti dalla legge). R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 394 ss.

⁸⁴ Trib. Lecce, 15 dicembre 2015, n. 5896, cit. Nello stesso senso, Trib. Pescara 712/2019, secondo cui «l'art. 644 c.p. è una norma penale parzialmente in bianco, posto che la concreta determinazione di un elemento costitutivo della fattispecie delittuosa è affidata ad una complessa procedura amministrativa che coinvolge il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Banca d'Italia e che culmina nella rilevazione dei tassi medi. La Legge non indica le modalità concrete della rilevazione né specifica quali formule matematiche o criteri di calcolo debbano essere utilizzati, affidando piuttosto alle suddette autorità amministrative il compito di esercitare la propria discrezionalità tecnica al fine di individuare gli oneri rilevanti e tradurre in termini matematici i metodi di rilevazione dei tassi medi per ciascun tipo di operazione».

che si tratti di un atto sostanzialmente normativo, conoscibile d'ufficio dal giudice.

Riprendendo le esatte parole di Trib. Lecce 15 dicembre 2015, n. 5896 (sentenza di merito che meglio riassume questa posizione), «i DM hanno natura regolamentare, in quanto espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge all'amministrazione al fine di disciplinare aspetti attuativi o integrativi della legge, ma ugualmente innovativi rispetto all'ordinamento giuridico, senza dei quali il precetto legislativo non potrebbe essere attuato (cfr. art. 644 cp comma 3 – La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari)». L'innovatività, consistente nell'attitudine a immettere nuove norme nell'ordinamento giuridico, distingue proprio gli atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi dagli atti squisitamente amministrativi⁸⁵.

A questo orientamento se n'è contrapposto un altro, espresso da alcune pronunce della Suprema Corte di Cassazione dei primi anni 2000, prima a sezioni civili e poi a sezioni unite⁸⁶.

La posizione muove dalla necessità di interpretare il principio *iura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c. alla luce dell'art. 1 delle preleggi del codice civile. Quest'ultimo indica, tra le fonti del diritto dell'ordinamento italiano, in un elenco non tassativo⁸⁷, la legge, i regolamenti e gli usi quali modi di formazione di norme giuridiche generali e astratte idonee ad innovare l'ordinamento giuridico.

La nozione di fonti incide sul principio *iura novit curia* perché, quando il giudice individua una legge applicabile al caso concreto, non può prescindere dall'art. 1 delle preleggi. La regola gli impone infatti di ricercare il “diritto”, diritto che promana proprio dalle fonti indicate nella disposizione citata.

Secondo i fautori di questa posizione, i D.M. usura - malgrado il nome - non si possono considerare “regolamenti” ai sensi dell'art. 1 delle preleggi, ma atti formalmente e sostanzialmente amministrativi.

L'atto amministrativo “in senso stretto” è lo strumento con cui l'amministrazione soddisfa in concreto gli interessi della collettività entro i limiti fissati dalla legge statale: esso consiste, secondo una felice definizione coniata alla fine del XIX secolo, in «una pronuncia autoritativa di pertinenza

⁸⁵ Trib. Lecce, 15 dicembre 2015, n. 5896, cit.

⁸⁶ Si tratta delle già citate Cass. Civ., 5 luglio 1999, n. 6933 in <https://www.avvocato.it/massimario-20864/>, Cass. Civ., sez. III, 26 giugno 2001 n. 8742, Cass. Civ., Cass. civ., sez. II, 26 agosto 2002, n. 12476, in www.avvocato.it Cass. Civ., SS.UU. 29 aprile 2009, n. 9941, in www.lexscripta.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁸⁷ L. VIOLA, *Fonti del diritto ex art. 1 Preleggi: superamento?* In *La nuova procedura civile*, 4/2020, in www.lanuovaproceduracivile.com, 4 (ultima verifica: 01 aprile 2021).

dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui deve essere conforme a diritto»⁸⁸.

L'atto amministrativo si distingue dal regolamento in base ai criteri formulati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in una celebre pronuncia⁸⁹: gli atti amministrativi sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici e producono effetti diretti nei confronti di destinatari definiti, ossia soggetti che possono essere individuati già nell'atto o determinati successivamente; i regolamenti, invece, disciplinano in astratto una serie di rapporti giuridici mediante una regolazione innovativa rispetto all'ordinamento esistente, con precetti generali (ripetibili illimitatamente nel tempo e nello spazio) e astratti (riferibili ad una collettività di soggetti non determinati né determinabili).

Se si tengono a mente questi aspetti, appare evidente che i D.M. usura non sono regolamenti. Non contengono precetti generali e astratti nel senso specificato: anzitutto la fissazione di un tasso soglia d'usura non è un precetto che regola fattispecie ripetibili illimitatamente nel tempo e nello spazio; in secondo luogo i D.M. usura si riferiscono esplicitamente a banche e intermediari finanziari, quindi si applicano a una cerchia ristretta di soggetti determinati.

Va brevemente menzionato, poi, un terzo filone di pensiero, secondo cui il D.M. usura non è "atto amministrativo" perché non produce modificazioni giuridiche unilaterali nella sfera di terzi, ma nemmeno "atto normativo", perché non introduce precetti con carattere innovativo o volti a disciplinare in astratto una serie di rapporti giuridici: si tratta, invece, di un "atto ricognitivo", ossia una semplice dichiarazione di scienza relativa ad un fatto constatato, emessa all'esito di un procedimento di verifica condotto dall'amministrazione⁹⁰.

⁸⁸ Così O. MAYER, citato in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 5. Altra celebre definizione dell'atto amministrativo è quella di un "diritto del caso concreto posto per soddisfare l'interesse generale obiettivo", definizione che evoca l'idea di provvedere in concreto al soddisfacimento degli interessi della collettività. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 6.

⁸⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 28 novembre 1994, n. 10124, citata in G. COCOZZA, *Riflessioni sul controllo giurisdizionale nei confronti dei regolamenti e degli atti amministrativi generali* in *Federalismi.it*, 3, in (ultima verifica: 01 aprile 2021).

⁹⁰ A. SANDULLI, citato in A. QUINTARELLI, *Reato di usura e legittima adozione dei Decreti ministeriali di rilevazione del TEGM*, in *www.ilcaso.it* (ultima verifica: 01 aprile 2021). Il decreto ministeriale di rilevazione del TEGM non ha scopo o rilevanza autonomi perché integra una fattispecie legislativa che qualifica un TEG come usurario o meno. L'attività amministrativa diretta all'emanazione del D.M. usura non implica una valutazione o ponderazione di interessi: l'amministrazione si limita a svolgere una documentazione su elementi precisamente indicati dalla legge ("commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese"), documentazione che deve condurre ad un risultato tecnico predeterminato ("tasso effettivo globale medio"). L'amministrazione, in sostanza, "fotografa" elementi richiesti dalla legge senza effettuare una ponderazione o valutazione di interessi. Di qui la

Tra le linee di pensiero qui analizzate la seconda, in particolare, si è imposta sulle altre. Si è così formato negli ultimi anni, nell'ambito della giurisprudenza di merito, un orientamento pressoché granitico (salvo qualche isolata eccezione)⁹¹: i giudici hanno costantemente rigettato la domanda di accertamento di usurarietà proposta dalla parte che non aveva allegato tempestivamente, a sostegno della propria pretesa, i D.M. usura⁹².

natura meramente "ricognitiva" del D.M. di rilevazione dei tassi soglia usura. Sul punto si veda A. QUINTARELLI, *Reato di usura e legittima adozione dei Decreti ministeriali di rilevazione del TEGM*, cit., 6 ss.

⁹¹ Si veda, ad esempio, Trib. Massa, 21 dicembre 2017 in Ilcaso.it. Al giudice non appare condivisibile il principio «secondo cui, nell'ipotesi in cui la parte che agisca al fine di accertare la violazione della disciplina antiusura non assolva l'onere di allegare e depositare in giudizio i predetti D.M. non sarebbe consentito dare ingresso a C.T.U. contabile, né, comunque, accogliere la stessa domanda, trattandosi di meri atti amministrativi, non costituenti fonti del diritto [...]». Appare più aderente alla natura giuridica dei D.M. l'orientamento giurisprudenziale che li qualifica come atti di normazione secondaria integrativi del precetto penale di cui all'art. 644 c.p., disposizione configurata dal Legislatore come norma penale (parzialmente) in bianco. Questo perché l'accertamento dell'illecito usurario implica un raffronto tra il tasso di interesse di pertinenza dei singoli rapporti contrattuali e i tassi soglia determinati attraverso una maggiorazione prevista dal Legislatore ai sensi del comma 4 dell'art. 2 della citata L. n. 108/1996. Secondo il Tribunale di Massa, quindi, la determinazione del tasso medio degli interessi per ciascuna classe di operazioni, contenuto nei D.M. usura, costituisce un elemento costitutivo indefettibile della norma incriminatrice. Tale conclusione, del resto, trova riscontro nel comma 3 dell'art. 644 c.p., ai sensi del quale *"la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"*.

⁹² Tra le tante sentenze di merito dell'ultimo triennio che si sono pronunciate in questo senso si possono citare, ad esempio: Trib. Mantova, 26 gennaio 2018, n. 68; Trib. Pescara, 29 gennaio 2018, n. 256; Trib. Pescara, 29 gennaio 2018, n. 257; Trib. Pescara, 29 gennaio 2018, n. 269; Trib. Catania, 19 marzo 2018, n. 1613; Trib. Enna, 12 maggio 2018, n. 222; Trib. Pescara, 28 maggio 2018, n. 1099; Trib. Mantova, 08 giugno 2018, n. 417; Trib. Pesaro, 25 luglio 2018, n. 861; Trib. Cuneo, 23 agosto 2018, n. 736; Trib. Avezzano, 01 ottobre 2018, n. 568; Trib. Rovigo, 14 gennaio 2019; Trib. Catania, 24 gennaio 2019, n. 406; Trib. Catania, 31 gennaio 2019, n. 635; Trib., Crotone, 19 marzo 2019, n. 368; Trib. Catania, 26 marzo 2019, n. 1304; Trib. Firenze, 31 marzo 2019, n. 989; Trib. Perugia, 30 aprile 2019, n. 663; Trib. Enna, 06 giugno 2019, n. 252; Cort. App. Catanzaro, 11 giugno 2019, n. 1400; Trib. Lamezia Terme, 26 giugno 2019, n. 663; Trib. Rimini, 7 luglio 2019, n. 578; Cort. App. Torino, 19 luglio 2019, n. 1417; Trib. Civitavecchia, 01 ottobre 2019, n. 1371; Trib. Catania, 12 ottobre 2019, n. 4081; Trib. Crotone, 29 ottobre 2019, n. 1277; Trib. Catania, 02 novembre 2019, n. 4344; Trib. Ancona, 04 novembre 2019, n. 1866; Trib. Catania, 02 novembre 2019, n. 4349; Cort. App. Catanzaro, 18 dicembre 2019, n. 570; Trib. Ancona, 18 dicembre 2019, 2130; Trib. Cosenza, 27 dicembre 2019, n. 2642; Trib. Castrovillari, 30 dicembre 2019, n. 993; Trib. Catania, 30 dicembre 2019, n. 43; Trib. Catania, 13 gennaio 2020, n. 398; Trib. Catania, 14 gennaio 2020, n. 396; Cort. App. Brescia, 15 gennaio 2020, n. 247; Trib. Ancona, 03 febbraio 2020, n. 203; Trib. Perugia, 13 febbraio 2020, n. 309; Cort. App. Ancona, 10 marzo 2020, n. 310; Trib. Monza, 26 marzo 2020, n. 623; Cort. App. Milano, 07 maggio 2020, n. 1097; Trib. Cosenza, 19 maggio 2020, n. 902; Trib. Catania, 07 ottobre 2020, n. 3230; Cort. App. L'Aquila, 20 ottobre 2020, n. 1482; Cort. App. L'Aquila, 20 ottobre 2020, n. 1483; Trib. Catania, 02 novembre 2020, n. 3680;

Tutto questo con conseguenze pratiche che è agevole immaginare: in primo luogo, se la parte deducente l'usura non produce in giudizio i D.M. usura entro i termini di cui all'art. 183 c.p.c., il giudice ritiene non provato il superamento del tasso soglia d'usura; in secondo luogo, un'eventuale richiesta di C.T.U. avente ad oggetto i D.M. usura viene rigettata in quanto esplorativa, volta cioè a compiere un'indagine su elementi di prova che dovrebbero essere prodotti dalle parti⁹³.

5. *Perché la decisione della Corte di Cassazione, sez. III civ., 13 maggio 2020, n. 8883 non coglie nel segno* – La sentenza della III sezione civile della Corte di Cassazione, 13 maggio 2020, n. 8883 di cui si è parlato in apertura di questo contributo sembra invece avere “sconvolto” il panorama giurisprudenziale dominato dalla tesi dell'inapplicabilità del principio *iura novit curia*, in una sorta di *in te ipsum redi* di agostiniana memoria.

I giudici di piazza Cavour, si è visto, hanno ritenuto che la disciplina regolamentare sul superamento del tasso soglia d'usura integri la normativa dettata dalla legge penale e debba pertanto essere conosciuta dal giudice di merito indipendentemente dall'attività probatoria delle parti. Il tutto attraverso mezzi come la scienza personale, la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione o anche l'acquisizione di una CTU contabile.

Sulla scia di questa pronuncia molte sentenze di organi giudiziari di primo e secondo grado del 2020 hanno iniziato a intraprendere un “cambio di passo”: esse hanno ritenuto irrilevante la mancata produzione in giudizio dei D.M. usura ad opera delle parti, sul motivo che essi possono essere acquisiti d'ufficio dal giudice⁹⁴.

Ad avviso di chi scrive la posizione assunta dalla Corte di Cassazione non è condivisibile. Nessuno degli argomenti sinora analizzati in favore del principio *iura novit curia* appare rilevante in relazione ai D.M. usura nel contenzioso bancario.

Non lo è anzitutto l'argomento che considera i D.M. usura atti normativi idonei ad innovare l'ordinamento giuridico introducendo precetti generali e astratti.

Come è stato osservato, quando l'autorità amministrativa esegue le rilevazioni che portano all'emanazione del futuro D.M. usura, compie un'attività che si muove entro strettissimi confini imposti dal legislatore penale. L'art. 644

⁹³ In tal senso si veda, ad esempio, Trib. Palermo, sez. III civile, ord. 02 novembre 2019 in www.expartecreditoris.it (ultima verifica: 02 aprile 2021).

⁹⁴ Si vedano, ad esempio: C. App. Torino, 30 giugno 2020, n. 828 (sia pur in via incidentale); Trib. Marsala, 7 agosto 2020, n. 444; Trib. Marsala, 31 ottobre 2020, n. 599; C. App. Brescia, Trib. Pistoia, 10 dicembre 2020, n. 1007; C. App. Brescia, sez. I civ., 15 dicembre 2020 in www.ilcaso.it.

definisce precisamente un risultato tecnico da acquisire (“tasso effettivo globale medio”) e gli elementi da utilizzare per conseguirlo (“commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferite ad anno”).

A fronte di queste indicazioni l’attività dell’amministrazione consiste in una “rilevazione” nel senso letterale del termine: si limita a identificare gli oneri che ricadono sotto la categoria di “commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese” e ad applicare su di essi conoscenze consolidate di carattere tecnico-statistico per giungere al calcolo di un valore medio.

A tal riguardo l’amministrazione non valuta fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento alla stregua delle conoscenze e regole tecniche nonché scientifiche (cd. discrezionalità amministrativa tecnica) né introduce elementi normativi in grado di innovare l’ordinamento giuridico.

Il legislatore ha già effettuato una volta per tutte, a priori e in modo vincolante, la scelta di un comportamento ritenuto conforme agli interessi pubblici. La rilevazione amministrativa si risolve in una documentazione che mira ad un esito matematico richiesto dalla legge (TEGM), mediante l’acquisizione di fatti richiesti specificamente dalla legge stessa e verificabili senza dubbio alcuno⁹⁵.

Su questo stesso aspetto, peraltro, si è espressa anche la seconda sezione penale della Corte di Cassazione con la celebre pronuncia n. 20148 del 2003.

Nel respingere l’eccezione di incostituzionalità dell’art. 644 c.p. e dell’art. 2 della L. 7 marzo 1996 n. 108, per violazione del principio di riserva di legge di cui all’art. 25 Cost., il Giudice nomofilattico ha osservato che la disciplina determina in modo analitico il procedimento per l’individuazione dei tassi soglia d’usura: al Ministero è attribuito «solo il limitato ruolo di *fotografare*, secondo rigorosi criteri tecnici, l’andamento dei tassi finanziari»⁹⁶.

Alla luce di quanto esposto non solo si può affermare la mancanza di innovatività delle regolazioni contenute nei D.M. usura, ma si può anche constatarne il difetto di generalità e astrattezza nel senso che si è precisato in precedenza.

“Generalità” indica l’attitudine di una previsione ad essere applicata innumerevoli volte a tutti i casi che in essa rientrano. Vi deve essere una successione indefinita di possibili applicazioni ad una serie indeterminata e

⁹⁵ Così A. QUINTARELLI, *Reato di usura e legittima adozione dei Decreti ministeriali di rilevazione del TEGM*, in www.ilcaso.it, par. 5 (ultima verifica: 08 aprile 2021).

⁹⁶ Sentenza citata in E. VINCENTI, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di contratti bancari: approdi recenti e questioni ancora aperte*, 16, www.giustizia.abruzzo.it (ultima verifica; 08 aprile 2021)

indeterminabile di vicende nel tempo e nello spazio⁹⁷. Da questo punto di vista le previsioni contenute nei D.M. usura non possono dirsi generali. La “fotografia” dell’andamento dei tassi finanziari viene aggiornata costantemente, ogni tre mesi. Un determinato tasso soglia individuato ai primi di gennaio 2021, per esempio, potrebbe non essere più osservato a partire da maggio 2021 quando viene aggiornata la regolazione.

Viene quindi a mancare, evidentemente, la ripetibilità illimitata nel tempo delle disposizioni.

In relazione ai D.M. usura non si riscontra nemmeno il requisito dell’astrattezza, intesa come riferibilità del precetto ad una collettività di soggetti non determinati né determinabili dal testo del provvedimento.

I testi dei decreti si riferiscono espressamente a “banche e intermediari finanziari”. La definizione può apparire generica e indeterminata ad un primo sguardo, ma se si legge in combinato disposto con le norme definitorie contenute nel d.lgs. 1 ° settembre 385⁹⁸, si vedrà che è agevole ricostruire quali soggetti rientrino in tale indicazione. Si potrà, ad esempio, verificare facilmente che i D.M. usura si applichino a “Unicredit”, “Banca Ifis” ecc.

Non si può pertanto affermare che i D.M. usura abbiano come destinatari una collettività indeterminata di soggetti.

Né varrebbe obiettare richiamando la rilettura dei criteri di generalità e astrattezza che il Consiglio di Stato ha recentemente proposto nell’Adunanza Plenaria 9/2012.

In una pronuncia sulla natura regolamentare o amministrativa di un decreto del Ministero delle attività produttive del 28 luglio 2005⁹⁹, recante incentivi in favore di «persone fisiche e giuridiche [...] che presentano richiesta di scambio sul posto dell’energia elettrica prodotta dai medesimi impianti fotovoltaici» (art. 3)¹⁰⁰, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che si possa parlare di un atto

⁹⁷ L. PALADIN, citato in P. MERCATALI, *Atti normativi. Criteri per l’individuazione e la descrizione*, Firenze, 2003, 8, in www.ittig.cnr.it (ultima verifica: 08 aprile 2021).

⁹⁸ Art. 1 e ss; art. 13 e ss.

⁹⁹ Uno dei ricorrenti - una società che intendeva realizzare un impianto fotovoltaico - aveva proposto appello incidentale al Consiglio di Stato contro una sentenza del Tar Lombardia sostenendo, tra l’altro, che il decreto impugnato avesse natura di regolamento, emanato senza una copertura legislativa e in spregio alle disposizioni di cui all’art. 17, legge 23 agosto 1988, n. 400. La sentenza impugnata, invece, aveva desunto la natura amministrativa del decreto dal fatto che esso si applicava solo agli operatori del settore fotovoltaico e non a tutti i consociati.

¹⁰⁰ Decreto del Ministero delle attività produttive 28 luglio 2005, art. 3, in www.ambientediritto.it (ultima verifica: 01 aprile 2021). La definizione per esteso è «persone fisiche e giuridiche, ivi inclusi i soggetti pubblici e i condomini di edifici, responsabili dei medesimi impianti, progettati, realizzati ed eserciti in conformità alle disposizioni del presente decreto, che presentano richiesta di scambio sul posto dell’energia elettrica prodotta dai medesimi impianti fotovoltaici» (art. 3).

normativo anche in presenza di disposizioni apparentemente “settoriali”, rivolte a soggetti che sembrano determinati o determinabili.

Questo perché «[...] la “generalità” e l’“astrattezza” che, come comunemente si riconosce, contraddistinguono la “norma”, non possono e non devono essere intesi nel senso di applicabilità indifferenziata a ciascun soggetto dell’ordinamento, ma, più correttamente, come idoneità alla ripetizione nell’applicazione (generalità) e come capacità di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza)». Ne segue che «il carattere normativo di un atto non può [...] essere disconosciuto solo perché esso si applichi indistintamente agli operatori di un settore (nella specie ai titolari di impianti per la produzione di energia da fonte solare) dovendosi, al contrario, verificare, se, in quel settore, l’atto è comunque dotato dei sopradescritti requisiti della generalità e dell’astrattezza»¹⁰¹.

Da qui sembra desumersi il seguente principio: se un atto individua come destinatari soggetti appartenenti a una cerchia “settoriale”, non necessariamente è privo di generalità e astrattezza. Bisogna verificare se, pure in quel settore limitato, l’atto è idoneo a ripetersi nell’applicazione e a regolare una serie indefinita di casi.

Le deduzioni espresse nella pronuncia richiamata, tuttavia, hanno un proprio significato in relazione al D.M. 28 luglio 2005 esaminato dal Consiglio di Stato. La categoria di beneficiari cui si riferisce, sebbene “ristretta” ad un primo sguardo, può applicarsi ad una serie indeterminata di soggetti perché la formulazione di per sé è generica («persone fisiche e giuridiche [...] che presentano richiesta di scambio sul posto dell’energia elettrica prodotta dai medesimi impianti fotovoltaici»).

L’indicazione di “banche e intermediari finanziari” nei D.M. usura invece, si è visto, non è generica: le singole banche cui si applica (es. “Banca Ifis”, “Unicredit”) si possono desumere facilmente dalla lettura in combinato disposto delle norme definitorie contenute nel d.lgs. 385/1993.

In altre parole: dalla definizione contenuta nel D.M. 28 luglio 2005 non si può ricostruire chi siano le persone fisiche e giuridiche *in concreto* che presentano richiesta di incentivo per la costruzione di pannelli fotovoltaici; dall’indicazione contenuta nei D.M. usura, con il supporto delle definizioni del T.U.B., invece, questo è possibile.

Alla luce dei criteri interpretativi proposti, quindi, non si può sostenere, come ha fatto la Cassazione, che i D.M. usura siano atti normativi soggetti al principio *iura novit curia*.

¹⁰¹ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25 marzo 2012, n. 9, par. 5.4.2. in federalismi.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

6. *Conclusioni* – La breve disamina svolta ha rivelato come la materia si presenti particolarmente delicata per la necessità di contemperare due esigenze: da un lato, il rispetto del principio cardine del sistema processuale italiano *iura novit curia*; dall'altro, l'applicazione di questo principio in un ordinamento complesso e stratiforme come quello italiano, ove diventa sempre più difficile reperire norme giuridiche di carattere particolarmente settoriale.

Si è così fatta strada, nella giurisprudenza di merito e della Corte di Cassazione, la tesi di un vero e proprio obbligo–onere di cooperazione delle parti processuali con il giudice, avente ad oggetto l'acquisizione al processo di fonti normative non facilmente conoscibili.

Questa posizione è stata seguita per molti anni in relazione ai D.M. usura nel contenzioso bancario, anche se recentemente la Suprema Corte - seppur non a Sezioni Unite - ha operato un piccolo *revirement* sconfessando peraltro alcuni suoi stessi orientamenti.

Come in tutte le vicende che hanno rilevanza giuridica, emerge un classico problema di bilanciamento. Il “bilanciamento” o “ponderazione” è la tecnica argomentativa utilizzata quando si ha una pluralità di interessi tutti giuridicamente rilevanti: se manca un criterio giuridico che assegni prevalenza in via generale e astratta ad uno dei due interessi, l'interprete dovrà cercare un contemperamento equilibrato, evitando che uno dei due interessi prevarichi eccessivamente sull'altro¹⁰².

La disamina delle oscillazioni giurisprudenziali sulla natura dei D.M. usura, da questo punto di vista, ha messo in luce un aspetto: la necessità di far conoscere al giudice parametri regolativi di un certo tipo attraverso l'attività delle parti, si è imposta sull'esigenza di assicurare il rispetto del principio *iura novit curia*, quantomeno in relazione ad atti amministrativi “mascherati” da disposizioni normative.

In questo caso il bilanciamento tra esigenze non appare eccessivamente squilibrato. Alla luce delle argomentazioni svolte nei precedenti paragrafi, la posizione che nega l'applicabilità della regola *iura novit curia* ai D.M. appare ancora meritevole di essere sostenuta.

I problemi applicativi della regola *iura novit curia*, illustrati nella prima parte di questo contributo, sono innegabili e degni di considerazione.

Le critiche mosse dalla dottrina al parere del Consiglio di Stato del 2007 in merito alla possibile tenuta del principio *iura novit curia* nell'ordinamento sono inconferenti al caso dei D.M. usura. Esse appaiono corrette solo in relazione a fattispecie (come quella allora esaminata dai giudici di Palazzo Spada) in cui è in

¹⁰² G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi* in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 2 in www.openstarts.units.it (ultima verifica: 01 aprile 2021).

gioco una normativa generale e astratta. Da questo punto di vista è corretto sostenere che un giudice non può rinunciare ad attività interpretative e ricostruttive che gli competono istituzionalmente al fine di raggiungere la coerenza e completezza dell'ordinamento¹⁰³.

Nel caso dei D.M. usura non si è in presenza di atti normativi che entrano stabilmente a far parte dell'ordinamento giuridico, innovandolo. Le esigenze alla base della regola *iura novit curia* non possono, quindi, riguardare disposizioni destinate a non applicarsi illimitatamente nel tempo e nello spazio e a tutti i soggetti della collettività.

Ci si augura pertanto che l'orientamento espresso da Cass. Civ., sez. III civile, 13 maggio 2020, n. 8883, non abbia ulteriore seguito, affinché si preservi l'attuale equilibrio nel bilanciamento tra esigenze contrapposte legate al principio *iura novit curia*.

¹⁰³ G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2691.

Là dove nacque il London Stock Exchange Le Coffee Houses londinesi e le gesta degli Stock Jobbers

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le *Coffee Houses* londinesi: i dintorni di *Exchange Alley* – 3. Le *Coffee Houses* “finanziarie” – 4. Alle origini del mercato finanziario anglosassone – 5. Le condotte fraudolente degli *Stock Jobbers* e le colorite caratteristiche di uno *Stock Jobber* esemplare – 6. Le pratiche manipolative degli *Stock Jobbers* – 7. I suggerimenti di Daniel Defoe per tentare di arginare lo *Stock Jobbing* – 8. Conclusioni

1. *Introduzione*¹ – Chi volesse approfondire le origini del mercato finanziario anglosassone, con l’emergere di pratiche e costumi che tanta influenza avrebbero avuto sulle altre principali borse mondiali, troverà di enorme interesse due narrazioni di Daniel Defoe pubblicate nel 1700 circa: *The Villainy of Stock Jobbers* e *The Anatomy of Exchange Alley*². In questi due pamphlet, dal contenuto sorprendentemente moderno, se non persino attuale, l’autore di *Robinson Crusoe* descrive, con sarcasmo e a volte con ironica ferocia, le gesta degli *Stock Jobbers*, speculatori che imperversavano a Londra nei primi scambi di titoli a partire dalla fine del secolo precedente.

Mi hanno colpito, in particolare, cinque aspetti nelle narrazioni di Defoe: (i) la descrizione dei luoghi e degli ambienti dove si reperivano informazioni utili agli investimenti e dove, con la stessa facilità, si diffondevano *rumors*: i dintorni di *Exchange Alley*, un vicolo che congiungeva e tuttora congiunge (oggi *Change Alley*) due vie strategiche per gli affari del centro di Londra, e soprattutto le locali *Coffee Houses*; (ii) la figura degli *Stock Jobbers*, soggetti che frequentavano

* Funzionario Consob, Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia dell’Impresa

¹ Le opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano l’Istituzione di appartenenza. Si ringrazia Simone Caffari per aver contribuito all’*editing* dell’articolo.

² Le due opere di Defoe, i cui titoli completi sono *The Villainy of Stock-Jobbers Detected And the Causes of the Late Run Upon the Bank and Bankers Discovered and Considered* e *The Anatomy of Exchange-Alley: or, a System of Stock-Jobbing*, sono state recentemente pubblicate in italiano in un unico volume con testo inglese a fronte: F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe alla Borsa di Londra*, Milano, 2019. Dal momento che il presente articolo fa riferimento a questa edizione, nel prosieguo i due testi di Defoe saranno richiamati, con le usuali abbreviazioni, come segue: D. DEFOE, *The Villainy of Stock Jobbers*, e D. DEFOE, *The Anatomy of Exchange Alley*. Nel libro citato i pamphlet sono preceduti da una introduzione del curatore, che permette anche al lettore di formazione non specialistica di riflettere sulla profondità e modernità delle considerazioni di Defoe.

assiduamente quegli ambienti e vi negoziavano titoli, sia per conto di clienti che assumendo posizioni in proprio come dei *brokers-dealers*³, sempre con finalità speculative; (iii) la descrizione delle operazioni poste in essere da questi per lucrare indebitamente sulle negoziazioni da loro avviate, anche attraverso la diffusione di notizie false o la conclusione di scambi di titoli di natura manipolativa; (iv) l'importanza che già all'epoca era riconosciuta alle informazioni concernenti le principali società inglesi i cui titoli erano oggetto di scambio – *in primis* la Compagnia delle Indie Orientali (*East India Company*) e la Compagnia dei Mari del Sud (*South Sea Company*) – per l'andamento delle negoziazioni; v) la modernità delle soluzioni avanzate dall'autore per tentare di arginare i fenomeni di speculazione scorretta, se non illegale.

Ciò che emerge dai *pamphlet* è l'acutezza di Defoe rispetto a questi temi e l'alto livello di competenza riguardo alle dinamiche sottostanti gli scambi di titoli, ai comportamenti che possono distorcere il naturale incontro tra domanda e offerta, alla rilevanza dell'informazione e, infine, alle aree dei possibili interventi correttivi.

2. *Le Coffee Houses londinesi: i dintorni di Exchange Alley* – La ricerca dei luoghi di Londra in cui ebbe origine lo scambio di titoli in quello che sarebbe poi diventato uno dei più importanti mercati finanziari al mondo non può che iniziare, come anticipato, da *Exchange Alley* e dalle varie *Coffee Houses* della zona, così intensamente frequentate e popolate intorno al 1700⁴. Considerate uno dei

³ Sull'operato degli *Stock Jobbers* si tornerà oltre. Si anticipa qui che, anche in ragione del linguaggio non tecnico utilizzato dai commentatori contemporanei per descriverne le pratiche, risulterebbe non utile e forse non aderente alla realtà dell'epoca ricondurre lo *Stock Jobber* a un soggetto dedito a questa o quella specifica attività. Si trattava comunque di persone maggiormente interessate al profitto riveniente dagli scambi piuttosto che alla remunerazione per le operazioni svolte. Per chi ha analizzato quel periodo, infatti, questa etichetta «*would define as either broking, speculating or market making*». A. L. MURPHY, *The Origins of English Financial Markets, Investment and Speculation before the South Sea Bubble*, Cambridge, 2009, 169. Va precisato inoltre che, in base alle disposizioni in vigore dal 1697, chiunque si fosse dichiarato nelle registrazioni sui trasferimenti azionari come *sworn broker*, rischiava di essere perseguito qualora fosse stato trovato a negoziare in conto proprio, anche se tale regola, quanto meno nel corso dei primi anni, non era applicata con estremo rigore (*Ibidem*).

⁴ La più antica *Coffee House* di Londra aveva origine turco levantina e fu aperta nel 1652 da Pasqua Rosee, della comunità greca di Ragusa, giunto a Londra al servizio di Daniel Edwards, un mercante inglese che a Smirne, in Turchia aveva avuto modo di apprezzarne le doti: «*skilled in many of the languages of the city, he was an indispensable aid in negotiations with the traders and dragomen (middlemen) of the bazaar*», in M. ELLIS, *The Coffee-House: A Cultural History*, Londra, 2004, 27. Il riferimento al *bazaar*, alla luce di quanto si esporrà nel presente lavoro, appare alquanto suggestivo. Pasqua Rosee naturalmente era abile anche nella preparazione del caffè, ampiamente consumato nelle caffetterie della città turca. Fu proprio Edwards che, tornato a Londra, lo supportò nell'apertura del suo locale, dove gli inglesi cominciarono subito ad apprezzare la bevanda («*it gave imbibers the*

tratti caratteristici della cosiddetta Londra georgiana⁵, le *Coffee Houses* erano per lo più situate nelle vicinanze del *Royal Exchange*, il mercato delle merci inaugurato nel 1571. Ci troviamo, naturalmente, al centro di Londra, tra *Threadneedle Street* e *Cornhill*, con *Exchange Alley* a fare da collegamento fra quest'ultima e *Lombard Street*; poco oltre vi è *Birchin Lane*⁶.

Nei dintorni di questo perimetro e nel dedalo di vicoli che lo attraversano si trovavano, oltre al citato *Royal Exchange*, il *Post Office* e le principali istituzioni finanziarie londinesi, quali la Banca d'Inghilterra, la *East India House* (il quartier generale della Compagnia delle Indie) e la *Royal African House*; sempre nella zona aveva sede la *South Sea Company*. Proprio il *Royal Exchange* era stato inizialmente il punto di ritrovo di coloro che si incontravano per scambiare titoli, ma a causa del baccano generato dalle contrattazioni, stigmatizzato anche da pubblici avvisi, gli *Stock Jobbers* e gli altri operatori furono invitati, se non proprio costretti, a spostarsi nelle vie limitrofe, trovando appunto riparo proprio nelle *Coffee Houses*, e in particolare da *Jonathan's* e *Garraway's*⁷. Anche il *Post Office* era un punto di riferimento importantissimo nella zona, se si pensa a quanto fosse importante la corrispondenza epistolare per conoscere l'andamento del commercio e dei traffici nei paesi più lontani⁸. Nei paraggi avevano poi le proprie attività orafi, mercanti, librai e altri artigiani e commercianti che servivano una clientela selezionata⁹, formata da *businessmen*, *moneyed investors* e

advantage of staying sober during business hours», in L. INGLIS, *Georgian London into the streets*, Londra, 2014, 43). La *location* adatta fu trovata in *Michael Alley*, «*about a hundred paces from the entrance to the Exchange*», cfr. M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 31. Si veda anche la pagina *coffee culture* del sito della *Levantine Heritage Foundation*, in <http://www.levantineheritage.com/coffee-culture.html> (14 aprile 2021). Daniel Defoe stesso era un frequentatore delle *Coffee Houses*.

⁵ Sotto il regno di Giorgio I della casata degli Hannover – salito al trono nel 1714, dando il via alla cosiddetta epoca georgiana, conclusasi con la morte di Giorgio IV nel 1830 – le *Coffee Houses*, già ampiamente diffuse (nel 1663 se ne contavano già 83) vissero, infatti, un periodo particolarmente florido. Cfr. L. INGLIS, *Georgian London*, cit., 43.

⁶ Si veda la mappa riportata nel blog *The Tontine Coffee-House – A History of Finance*, alla pagina *Exchange Alley*, in <http://thetchblog.com> (14 aprile 2021), o ancora sul sito *Know Your London*, alla pagina *Coffee Houses*, in <http://londonimages.yolasite.com> (14 aprile 2021), dove è possibile localizzare alcune delle principali *Coffee Houses* dell'epoca, con una breve descrizione della tipologia di clientela più abituale e una sintetica cronologia dei principali eventi che hanno caratterizzato la loro attività.

⁷ A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*» *Informazione e investimenti a Londra alla fine del XVII secolo*, trad. it. Simone Caffari, in *Quaderni Storici*, 2007, 41, 136. Che gli *Stock Jobbers* e gli altri negozianti si fossero trasferiti volontariamente o meno è oggetto di discussione, come osservato in B. LILLYWHITE, *London Coffee Houses: A Reference Book of Coffee Houses of the Seventeenth, Eighteenth and Nineteenth Century*, Londra, 1963, 306.

⁸ Cfr. la pagina del blog *The Tontine Coffee-House* già citata.

⁹ Un elenco di tali attività – dai sarti ai cappellai e così via – si può trovare in M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 166.

professionisti a questi ancillari, pronti a prestare il proprio servizio al perfezionamento e alla formalizzazione di eventuali accordi nel minor tempo possibile¹⁰. Si andava così costruendo il «*network of commercially orientated facilities*»¹¹ tipico del primigenio distretto finanziario della *City*.

Una *Coffee House* all'epoca non era solo un luogo di aggregazione, ma anche il teatro di dibattiti economici e politici¹². Era una sorta di *club* aperto al pubblico, luogo di scambio di opinioni, ma soprattutto di informazioni, tra clienti dagli interessi affini, che fossero uomini d'affari, mercanti, navigatori o anche solo *gentlemen* appassionati di filosofia o matematica, a seconda del locale frequentato¹³, «*functioning as venues where people could meet, catch up with news, transact business and discuss issues of mutual concern*»¹⁴. Ad esempio, se si era interessati all'andamento delle compagnie commerciali e dei loro affari, ma soprattutto al valore dei loro titoli e alla relativa compravendita, le *Coffee Houses* "finanziarie" erano, per i più, *Jonathan's* e *Garraway's*. Quest'ultima ospitava anche in una sala vere e proprie aste, pubblicizzate da specifici avvisi e svolte solitamente «*by the candle*»¹⁵. Gli armatori o coloro che invece erano dediti ai

¹⁰ In particolare, «*legions of lawyers, scriveners, notaries and copying clerks were available for hire, allowing contracts to be signed and delivered in the shortest possible time*» (*Ibidem*).

¹¹ *Ivi*, 169.

¹² Fra i personaggi più in vista che frequentavano le *Coffee Houses* c'era l'eminente politico Samuel Pepys, il cui diario è una miniera di informazioni sul mondo delle caffetterie e sulla qualità delle discussioni che vi si svolgevano. «*The constant round of political changes in these months presented men like Pepys with an unparalleled opportunity for advancement. By keeping up with the news and maintaining contacts with different factions, he hoped to end up on the winning side. Going to the coffee-house and listening to the club debates were all part of this strategy*»; *Ivi*, 49. Il diario, originariamente redatto in linguaggio cifrato, fu in seguito pubblicato ed è consultabile online sotto forma di blog, in <https://www.pepysdiary.com/> (14 aprile 2021). Sulla Londra di Samuel Pepys, si veda il blog *London SE4*, e in particolare la pagina <https://londonse4.blog/2015/11/20/la-londra-di-samuel-pepys/> (14 aprile 2021), mentre un'edizione italiana recente del diario è S. PEPYS, *Diario di un peccatore*, Roma, 2015.

¹³ Alcuni riferimenti sulla tipologia di tali alte discussioni si trovano alla pagina *The Penny Universities* del sito *The Renaissance Mathematicus*, in <https://thonyc.wordpress.com/2015/09/29/the-penny-universities/> (14 aprile 2021). Un riferimento alle *Coffee Houses* come luogo di dissertazioni filosofiche e matematiche si trova anche in A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 120.

¹⁴ Così nella presentazione della ristampa di E. F. ROBINSON, *The Early History of Coffee Houses in England* (1893), Cambridge, 2013, 1. Robinson aggiunge anche che «*they provided a valid alternative to public houses*», vale a dire gli antenati del *pub*, dal momento che «*the absence of alcohol allowed for more serious conversation*».

¹⁵ Nelle aste «*by the candle*» il termine per le chiamate nelle varie tornate era scandito dallo spegnersi di una candela. Nel corso delle varie *auctions* che si tenevano nelle *Coffee Houses* veniva messo in vendita ogni genere di bene all'epoca commerciabile; si legge, infatti, in M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 169, che «*all kinds of commodities were vended, including manufactured goods, luxury commodities, entire ships and even African Slaves*».

viaggi mercantili, anche di lungo raggio, che erano quindi interessati a ottenere informazioni sull'andamento dei traffici marittimi o sui contratti di assicurazione inerenti a tali attività, preferivano frequentare, invece, la *Lloyd's Coffee House*¹⁶ in *Lombard Street*¹⁷.

Tra le caffetterie più orientate verso le dissertazioni culturali, la *Grecian Coffee House* ospitava spesso i membri della *Royal Society*, la principale associazione scientifica britannica dell'epoca, alle cui animate discussioni di filosofia naturale partecipava anche Isaac Newton¹⁸. È probabile, peraltro, che Newton abbia frequentato anche qualche *Coffee House* di orientamento più prettamente finanziario e si sia fatto influenzare dal clima adrenalinico che vi si respirava. È noto infatti che una cospicua parte dei suoi risparmi andò in fumo con lo scoppio della *South Sea Bubble*, una bolla speculativa che travolse la Compagnia dei Mari del Sud, oggetto anche di recente di studi da parte degli economisti¹⁹. Si coglie bene l'atmosfera respirata in questi luoghi di ritrovo in un

¹⁶ La *Lloyd's Coffee House* era stata aperta nel 1688 da Edward Lloyd in *Tower Street*, e «il luogo divenne ben presto il ritrovo per armatori, costruttori, noleggiatori, naviganti e commercianti d'oltremare, attirando un pubblico di clienti interessati a discutere di problemi comuni e a contrattare le polizze assicurative relative alle navi in partenza. Alla fine del 1691 gli affari della *Lloyd's Coffee House* andavano a gonfie vele. La *Coffee House* era il luogo di ritrovo anche dei capitani coinvolti nella tratta degli schiavi, e i Lloyd's come una qualsiasi altra compagnia commerciale assicuravano le navi negriere e i loro carichi umani senza problemi, ottenendone il monopolio delle assicurazioni marittime fino agli inizi del XIX secolo [...]. Edward Lloyd, a quell'epoca quarantatreenne, spostò la sede del suo caffè al numero 16 di *Lombard Street*, vicino al *Royal Exchange* nel cuore del quartiere commerciale e finanziario di Londra». La compagnia assicurativa *Lloyd's* venne fondata dagli eredi di Edward Lloyd. Cfr. F. FRASCA, *Il sorgere delle potenze atlantiche*, Morrisville, 2018, 351.

¹⁷ Chi era interessato in particolare ai commerci con Madeira e le Indie Occidentali era, invece, di casa alla *Jamaica Coffee House*, mentre gli impiegati della Compagnia delle Indie Orientali erano soliti ritrovarsi da *Jerusalem*, in *Cornhill*, non molto lontano da *Leadenhall Street*, dove si trovava la *East India House*. Si veda quanto riportato alla pagina *Coffee Houses* del succitato sito *Know Your London*, in <http://londonimages.yolasite.com> (14 aprile 2021).

¹⁸ Pare che Newton fosse solito condividere e illustrare in tali ambienti materiali inediti, e che anche le prime discussioni sulle teorie gravitazionali siano avvenute all'interno di *Coffee Houses*, come è riportato alla pagina *The man who inverted and squared gravity* del sito *The Renaissance Mathematicus*, in <https://thonyc.wordpress.com/2011/09/28/the-man-who-inverted-and-squared-gravity/> (14 aprile 2021). Almeno per un periodo, tra l'altro, anche *Jonathan's* venne frequentata da astronomi, tra i quali Edmund Halley e Robert Hooke. Le *Coffee Houses*, per tali motivi, erano anche soprannominate *Penny Universities*, dal prezzo che vi si pagava per una tazza di caffè (cfr. la succitata pagina *The Penny Universities*).

¹⁹ Si tornerà in seguito sulla *South Sea Bubble*. Anticipiamo qui che essa è stata oggetto di diversi studi, come ad esempio quello di M. BALEN, *A very English Deceit*, Londra, 2003, nel quale sono riportati vari passaggi in merito all'investimento di Isaac Newton, la sua ironia rispetto alla capacità di saper predire il movimento delle stelle, ma non la follia della gente (*Ivi*, 98), o anche il fatto che, dopo lo scoppio della bolla speculativa e le sue personali perdite, non sopportasse anche solo di sentir nominare la Compagnia dei Mari del Sud (*Ivi*, 156).

testo dedicato agli ambienti della *City* dell'epoca: «*the coffee houses represented an important mixture of common business and intellectual interests, sobriety and socializing. A large selection of newspapers were part of coffee house culture from the start, and thus patrons could keep up with all the latest domestic and foreign happenings. The papers were often complemented by a small selection of books*»²⁰.

3. *Le Coffee Houses "finanziarie"* – Fu presto chiaro a commercianti, investitori e *broker* che la frequentazione delle *Coffee Houses* "finanziarie" era fondamentale per realizzare buoni investimenti. Queste dunque divennero la meta di chi fosse alla ricerca di informazioni, perché nelle loro sale, «al prezzo di una tazza di caffè, un investitore poteva esaminare una vasta selezione di materiali stampati: gazzette locali e straniere, periodici, bollettini, listini dei prezzi correnti, avvisi d'aste e annunci pubblicitari»²¹. Chi frequentava la zona sapeva, inoltre, che le informazioni *ufficiali* e quelle più o meno *ufficiose* che si propalavano nelle *Coffee Houses* erano tra loro complementari e formavano, solo nell'insieme, un *set* informativo più completo per l'investitore, un bacino integrato orizzontalmente da cui attingere informazioni e *gossip*²². Così ad esempio John Verney, un noto investitore e uomo d'affari dell'epoca, percorreva quotidianamente le vie dove «si trovavano le sedi della *Royal African Company* e della *East India House*. Verney inoltre visitava *Lombard Street*, dove lavoravano orafi e scrivani, *Exchange Alley* e le *Jonathan's* e *Garraway's Coffee House*, e spesso girava per *Cheapside*, con le sue varie botteghe fino ad arrivare ai librai di *St Paul's Churchyard*». Mister Verney cercava certo informazioni, ma non disdegnava spingersi nelle zone dove, in realtà, circolavano in primo luogo voci e pettegolezzi²³.

La zona di *Exchange Alley* costitutiva, dunque, un micro ecosistema finanziario, dove le persone interessate si incontravano per raccogliere e condividere informazioni e concludere contratti o transazioni di vario tipo, ed è facile immaginare come, senza soluzione di continuità nella discussione, due *businessmen* potessero uscire dal *Royal Exchange*, attraversare vicoli animati e concludere, perché no, un affare all'interno della *Coffee House* abitualmente frequentata²⁴. Ad animare gli *alleys* erano soprattutto gli *Stock Jobbers*, che

²⁰ Cfr. L. INGLIS, *Georgian London*, cit., 43; nel testo è ricordato che alcune *Coffee Houses* avevano anche una piccola biblioteca, a volte curata dalla moglie del titolare, e che una di queste avviò quello che sarebbe diventato il più antico servizio di prestito libri a Londra.

²¹ A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*» cit., 136.

²² A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 119.

²³ A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*» cit., 144.

²⁴ Le *Coffee Houses*, del resto, erano anche parte integrante di quell'ambiente urbano; ad esempio

ronzavano intorno agli investitori più diversi, tanto l'uomo d'affari stimato, che «dovunque egli appaia, incarna, nella sua persona, la stessa essenza di *Exchange Alley*, e ha subito un codazzo di gente che lo segue»²⁵, quanto il giovane sprovveduto che per la prima volta «faccia il proprio ingresso per negoziare in *Exchange Alley*»²⁶. In tutto il quartiere circolavano *brokers* e uomini d'affari, con i loro seguiti e codazzi, ma anche passanti che si attardavano, magari incuriositi dalle trattative e tentati anch'essi di provare il brivido dell'investimento, dello scambio di titoli, in un lento formarsi e sciogliersi di capannelli e conciliaboli e un viavai continuo dalle *Coffee Houses*.

È facile immaginare la difficoltà di attraversare speditamente quelle vie nelle ore di punta. Questo *humus*, questo traffico vischioso di persone, danarose o comunque liquide, non poteva che attrarre anche ben altro genere di individui, come borseggiatori, taccheggiatori e sfaccendati, invitandoli a mescolarsi ai primi, con finalità immaginabili²⁷. Insomma, chi si avventurava, specie con fare curioso e inesperto, in *Exchange Alley* finiva per essere «immediatamente circondato da ogni genere di gentaglia»²⁸. Era un ambiente che, di converso, finì per allontanare la popolazione residente e incoraggiare i commercianti di beni non dedicati alla clientela “*financially oriented*” a spostare le proprie botteghe in altre zone della città²⁹. Si colgono, dunque, in *Exchange Alley* e nei suoi dintorni dell'epoca, aspetti che si sono poi sedimentati nei secoli fino a caratterizzare oggi molti dei distretti finanziari delle grandi città.

Garraway's, come si vede da alcune stampe che riproducono l'angolo prestigioso nel quale si trovava, godeva di una posizione di vantaggio per la sua esposizione sui vicoli; anche le finestre della *coffee room* sembravano essere state progettate per agevolare la visuale, se non il controllo, su quello che accadeva negli *alleys* prospicienti. Vi era, inoltre, più di un ingresso, quasi ad amplificare la contiguità con l'ambiente circostante. Una delle stampe che riproducono la facciata esterna di *Garraway's*, dalla quale si può anche cogliere la *strategica* posizione nella zona, è riportata alla pagina *Garraway's Coffee House, Change Alley* del sito *Know Your London*, in <https://knowyourlondon.wordpress.com> (14 aprile 2021). Un'accurata descrizione degli interni di *Garraway's* si trova in M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 168. *Garraway's* nel tempo è stata anche ricordata per essere stata il primo locale pubblico, nel 1657, nel quale venne servito il tè a Londra, su iniziativa del titolare Thomas Garraway, e per le varie citazioni dedicatele dallo scrittore Charles Dickens, come ad esempio, ne *Il Circolo Pickwick*: «*Garraway's, twelve o'clock. Dear Mrs. B. – Chops and Tomato – sauce. Yours, Pickwick*»; cfr. G. A. PIERCE, *The Dickens Dictionary*, Mineola (NY), 2006, 43.

²⁵ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 217.

²⁶ *Ivi*, 231.

²⁷ Fu solo anni più tardi, quando i *brokers* decisero di aprire un nuovo *Jonathan's* in una via limitrofa, che si poté finalmente dire che «*Change Alley, lately the den of thieves, may now be passed through without danger of being robbed*»; M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 179.

²⁸ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 231.

²⁹ A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 119.

Alcune mappe d'epoca ci consentono di orientarci nel dedalo di vicoli e di localizzare le principali *Coffee Houses* allora esistenti. Le parole di Defoe in *The Anatomy of Exchange Alley* aiutano poi – come in una *street view* testuale – a muoversi con l'immaginazione dentro quei vicoli, a respirarne il clima:

«Il centro del jobbing si trova nel Regno di Exchange-Alley, e nelle sue vicinanze; i suoi confini sono agevolmente percorribili in circa un minuto e mezzo³⁰. Uscendo da Jonathan's nell'Alley, si svolta verso sud, si fa qualche passo avanti, e poi si svolta a est, e si avanza verso Garraway's. Da lì, e uscendo dall'altra porta, si va avanti sempre verso est fino a Birch-Lane, dopo di che ci si ferma un poco alla Sword-Blade Bank, [...] ci si dirige immediatamente verso nord, e si entra in Cornhill; infine si visitano altre due o tre provincie verso ovest. Da ultimo, rimettendo a posto la bussola, e avendo fatto il giro attorno al mondo dello stock-jobbing, si torna di nuovo da Jonathan's: così facendo, come ci costringono a fare molte follie della vita, si finisce per tornare esattamente al punto dal quale si era partiti»³¹.

4. Alle origini del mercato finanziario anglosassone – La presenza nelle *Coffee Houses* era imprescindibile per chiunque volesse essere ben informato, in quanto le notizie, le primizie, i *gossip* e i *rumors* venivano scambiati prevalentemente a voce tra i loro avventori³². Alcune di esse poi, si distinguevano per i servizi supplementari offerti ai propri clienti. Vi erano *Coffee Houses* che assoldavano giovani galoppini con il compito di raccogliere sulle banchine del porto di Londra le prime notizie sull'andamento degli affari delle imbarcazioni appena rientrate, magari dalle Indie Orientali, per riferirle *in esclusiva* nel locale, talvolta esponendole su una tavola posta dietro il bancone³³. Altre avevano avviato un servizio di corriere privato per far sì che gli avventori potessero avere consegnata la posta mentre erano nel locale³⁴. Le *Coffee Houses* divennero, per

³⁰ L'evocativo riferimento al "minuto e mezzo" impiegato per girare una zona così densa di istituzioni finanziarie (e di *Coffee Houses*), chiara indicazione di uno spazio relativamente ristretto, si trova anche in A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 117 e in M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 4. Per le mappe, vedi alla nota 6.

³¹ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 215.

³² Altre occasioni per la ricerca e raccolta di informazioni finanziarie (oltre alla frequentazione del *Royal Exchange*) erano le assemblee degli azionisti, nel corso delle quali venivano presentati gli «*statement of the company's financial condition*», o anche le aste organizzate dalle compagnie stesse per la vendita di beni. In tali contesti, oltre al confronto con gli *shareholders* e gli altri *stakeholders*, si poteva, dunque, fruire anche di informazione *primaria*, fornita direttamente dalle società. A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 121 ss.

³³ L. INGLIS, *Georgian London*, cit., 44.

³⁴ Anche qui, si veda la succitata pagina *Exchange Alley* del blog *The Tontine Coffee-House*.

osmosi, un'estensione dei luoghi dove si svolgevano attività professionali, offrendo un ambiente caldo e asciutto dove gli affari potevano continuare a essere trattati al di fuori dell'orario di ufficio. Alcuni influenti manager di società commerciali erano persino soliti rendere pubblici, tramite gli stampati dell'epoca, i giorni e l'orario in cui si sarebbero trovati al caffè per eventuali incontri³⁵.

Ma soprattutto, grazie all'intraprendenza degli avventori, ma certo anche alla duttilità dei gestori, dopo l'allontanamento degli *Stock Jobbers* dal *Royal Exchange* le *Coffee Houses* divennero le vere e proprie *venues* degli scambi di titoli a Londra. Esse ben si prestavano a tale scopo, costituendo un ambiente *open access* dove, oltre alle informazioni, si potevano trovare agevolmente compratori e venditori con cui concludere le transazioni. D'altronde, anche il Curatore de *Un Robinson Crusoe alla Borsa di Londra* ci ricorda che «nel 1719 la borsa di Londra – intesa come “istituzione” – è ben lungi dal nascere», tanto che i titoli vengono scambiati «nelle *coffee houses* situate attorno alla *Royal Exchange*, e in particolare da *Jonathan's* e da *Garraway's*»³⁶. Un indizio del forte legame fra questo ambiente e la nascita di un mercato più strutturato lo si può trovare, tra l'altro, nella pagina web del sito del *London Stock Exchange Group* relativa alla propria storia, che indica nel 1698 l'anno in cui «*At Jonathan's Coffee House, John Castaing* (su cui si tornerà in seguito) *begins issuing a list of stock and commodity prices called “The Course of the Exchange and other things”*»³⁷.

A riprova del legame tra caffetterie e mercati finanziari, sia consentito qui un rapido volo dall'altra parte dell'Oceano, per un semplice accenno a quanto sarebbe accaduto quasi un secolo dopo negli Stati Uniti³⁸. Il sito del *New York Stock Exchange* riporta come data più risalente della propria *timeline* il 1790, quando il governo federale, per sanare i debiti della Guerra d'Indipendenza, emise *bond* per un totale di 80 milioni di dollari, segnando la nascita di un

³⁵ «*Thomas Rastallx, the Secretary of the Company of Adventures Trading into Hudson's Bay, made a habit of being in 'Mr. Garraway's Coffee-house [...] every Tuesday and Thursday [...] from Twelve to One a Clock' and advertised his habit to other merchants in The London Gazzette*»; M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 169.

³⁶ F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., pag. 31.

³⁷ Il riferimento è alla pagina *History* del sito internet del *London Stock Exchange*, <https://www.lseg.com> (14 aprile 2021). *Jonathan's* andò distrutta nel 1748 durante il famoso incendio che colpì la zona di *Cornhill*, ma venne riaperta pochi anni dopo. Il legame tra questa *Coffee House* e il mercato finanziario inglese può dirsi definitivamente consolidato nel 1773, quando un gruppo di *stock brokers* che frequentavano *Jonathan's* decise di spostarsi in un immobile da loro gestito, originariamente denominato *New Jonathan's Coffee House* e, successivamente, *The Stock Exchange*, nei pressi del luogo dove cominciava a radicarsi l'«*original live stock market*» denominato *The Stock Market*. Questi due luoghi vennero presto fusi dando origine a ciò che sarebbe diventato il *London Stock Exchange*. Si veda L. INGLIS, *Georgian London*, cit., 45 e B. LILLYWHITE, *London Coffee Houses*, cit., 308.

³⁸ Vedi anche M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 179 ss.

mercato di investimenti negli Stati Uniti. A conferma del ruolo delle *Coffee Houses*, due anni dopo 24 *brokers* firmarono in *Wall Street*, a New York, il cosiddetto “accordo del platano” (*Buttonwood Agreement*), decidendo di negoziare senza mediatori e scegliendo come sede principale degli scambi *Tontine Coffee House*, all’angolo fra *Wall Street* e *Water Street*³⁹.

Tornando in Inghilterra, *Jonathan’s Coffee House*, fondata da Jonathan Miles, probabilmente la più famosa caffetteria londinese, aprì i battenti nel 1680, diventando a partire dagli anni 1697-1698 una delle preferite per coloro che compravendevano titoli, specialmente dopo il loro allontanamento dal *Royal Exchange*. Di più, divenne per molti di loro un vero e proprio quartier generale⁴⁰. Il locale era frequentato anche da un certo John Castaing, un *broker* francese ugonotto, giunto a Londra dalla Francia intorno al 1680, che a partire dalla fine del 1697 cominciò a distribuire qui, il martedì e il venerdì, un bollettino (*single-column paper*)⁴¹ contenente informazioni sui tassi di cambio, sulle imposte e in generale sugli *Exchequer funds*, ma soprattutto un listino prezzi dei titoli di alcune società, tra le quali la *Old East India Company*, la *New East India Company* e la *Royal African Company*⁴². Quando erano disponibili, inoltre, il bollettino riportava anche altre informazioni utili agli investitori, ad esempio, «*when the*

³⁹ La *timeline* della Borsa di New York è reperibile sul sito ufficiale del *New York Stock Exchange* (Nyse), in <https://www.nyse.com> (14 aprile 2021). Qualche anno dopo, di ritorno da una visita, un *gentleman* inglese commentò a proposito della *venue*: «*The Tontine Coffee House was filled with underwriters, brokers, merchants, traders, and politicians; selling, purchasing, trafficking, or insuring; some reading, others eagerly inquiring the news*». Vedi *The Tontine Coffee House* nell’omonimo blog, più volte citato, in <https://thetchblog.com/2018/10/15/the-tontine-coffee-house/> (14 aprile 2021). Con riferimento all’Europa, già agli inizi del 1600 vi erano state in Olanda l’offerta dei titoli della Compagnia Olandese delle Indie Orientali, la più antica società per azioni mai costituita, e la costruzione ad Amsterdam, nel 1608, di un palazzo adibito esclusivamente alle funzioni di Borsa, motivo per cui si ricorda l’Olanda come paese di nascita della prima Borsa dei valori mobiliari. L’Olanda è famosa, tra l’altro, per essere stata il paese dove si sviluppò, nel 1500, la *tulipomania*, ossia la bolla finanziaria legata al commercio dei tulipani. (Tra i tanti riferimenti, si veda la posizione espressa in L. NEAL, *Storia della finanza internazionale*, trad. it., Bologna, 2017, 91. Secondo Neal la tulipomania fu un episodio che non ebbe effetti duraturi sul commercio dei tulipani, e men che meno sull’economia reale olandese). Anche altre città sono state indicate come sedi di Borse storiche, intese come luoghi di incontro e di scambio di merci, o dove venivano pubblicati prezzi e tassi ufficiali. Ad esempio, nel 1585, venne aperta la Borsa di Francoforte, e proseguendo ancora in ordine cronologico inverso va ricordata la nascita della borsa di Anversa nel 1531. Intorno al 1500, poi a Bruges «in una piazza sotto le finestre di un certo Van der Burse o Van der Börse» si riunivano in giorni fissi i mercanti, per lo più italiani. L’appuntamento, dunque, era da ‘*der Börse*’. Cfr. I. CERASTICO, *L’avventurosa storia della Borsa*, Milano, 1963, 45.

⁴⁰ B. LILLYWHITE, *London Coffee Houses*, cit., 306.

⁴¹ Uno dei bollettini di Castaing, datato 4 gennaio 1698, è conservato negli archivi del *London Stock Exchange* (*Ibidem*).

⁴² Cfr. A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 100 ss.

transfer books were closed for the payments of dividends»⁴³. La fama del listino di Castaing ben presto si diffuse nelle altre *Coffee Houses* “finanziarie” rendendolo, anche in ragione della sua economicità rispetto ad analoghe pubblicazioni e alla sua frequenza bisettimanale, un fortunato punto di riferimento per investitori e *brokers*, tanto che la sua pubblicazione proseguì per circa un secolo.

Per quanto all’epoca ci si prodigasse, anche mediante l’utilizzo di assistenti, nel reperire e consolidare le informazioni sui prezzi di negoziazione ricevute dai *brokers*, l’accuratezza della *price discovery* risentiva comunque del fatto che gli scambi avvenissero in più *Coffee Houses* diverse e, talvolta, anche in città diverse da Londra⁴⁴. Usando un lessico attuale, potremmo dire che il processo di *price discovery* e la significatività del prezzo calcolato per essere poi pubblicato nei bollettini dell’epoca risentivano della mancata concentrazione degli scambi in presenza di varie precoci *venues* alternative, peraltro non interconnesse o in comunicazione tra loro. Non si deve, però, dimenticare che quei processi di raccolta di dati erano, in realtà, agli albori, e che proprio il consolidamento delle informazioni avrebbe determinato l’esigenza poi di raffinarne la significatività e di mitigare le cause che potevano alterare la rappresentatività dei prezzi.

Nei locali delle *Coffee Houses* “finanziarie” *brokers* e *jobbers* iniziarono, in maniera talvolta anche fragorosa, a negoziare i più svariati titoli: azioni, titoli governativi, assicurazioni, persino biglietti della lotteria (anch’essi oggetto di varie forme di speculazione). Lo svolgimento di questi scambi finì per divenire l’attività preminente in questi ambienti: l’enorme quantitativo di somme investite, la velocità delle transazioni e la spavalderia degli avventori interessati a condurre i propri affari resero le caffetterie estremamente inospitali per chi vi si fosse recato solamente per intrattenersi⁴⁵. Se dunque, da un lato, gli appassionati di queste forme primordiali di *trading* esaltavano la particolare *sociability* delle *Coffee Houses* e la facilità con la quale, grazie al loro *open access*, compratori e venditori potevano incontrarsi in un luogo perfetto per gli scambi, dall’altro i detrattori, e in generale coloro che non fossero «enamoured of the securities market», vedevano in *Exchange Alley* e nello «*hemisphere of a Coffee-House*» quasi una jungla «*in-habited by ravening beasts*»⁴⁶, o comunque un ambiente

⁴³ *Ibidem*. Per ulteriori dettagli sulle attività di Castaing si veda la pagina degli *Huguenots of Spitalfields* a lui dedicata, in <http://www.huguenotsofspitalfields.org/?view=article&id=523;john-castaing&catid=40> (12 aprile 2021); il suo fortunato bollettino è citato anche in L. INGLIS, *Georgian London*, cit., 45.

⁴⁴ Gli scambi potevano essere conclusi finanche nelle case di singoli investitori, per essere poi registrati nei registri delle società; cfr. A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 122.

⁴⁵ Cfr. M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 177.

⁴⁶ *Ivi*, 175.

dove «*dealers are raucous and seedy, unscrupulous and rough*»⁴⁷. Era un ambiente, dunque, già molto simile a quelle che sarebbero diventate le sale dei mercati non telematici, con i loro recinti delle grida a delimitare la zona dedicata agli scambi quasi assordanti, ai quali può accedere, appunto, esclusivamente chi è autorizzato a negoziare titoli (oltre ovviamente alle persone preposte al controllo della sala)⁴⁸. Non a caso è stato sostenuto che le modalità di svolgimento di quelle contrattazioni siano altamente evocative del modo caotico, quasi anarchico, in cui si svolgevano le negoziazioni nelle *Coffee houses*⁴⁹.

Inoltre, nelle fasi tumultuose di mercato è stata anche evidenziata una somiglianza tra la pressione e la speculazione aggressiva, quasi intimidatoria, ribassista, che si può riscontrare nelle contrattazioni in un mercato telematico, e le dinamiche degli scambi che si svolgevano nelle *Coffee Houses*⁵⁰. Del resto, volendo evidenziare un ulteriore parallelismo con l'epoca moderna, possiamo osservare come la condivisione delle informazioni che avveniva nelle caffetterie londinesi fosse mossa dalla stessa esigenza – di essere informati o, comunque, *più* informati – poi alla base, nell'era digitale, degli scambi di opinioni e voci su forum, chat e newsgroup finanziari. Di più: chi pensasse di diffondere in tali ambienti virtuali voci o informazioni false per beneficiare dell'andamento del titolo così indotto, nella sostanza, sarebbe mosso da un intento e da una strategia manipolativa illecita analoga a quella degli *Stock Jobbers* di una volta⁵¹.

⁴⁷ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

⁴⁸ Alla lunga, i *brokers* cominciarono a loro volta a lamentarsi della presenza dei normali avventori. Quelli che si ritrovavano da *Jonathan's* nel 1761 proposero e ottennero dal gestore un accordo che permettesse loro di avere accesso esclusivo alla *coffee room* per tre ore al giorno. Nell'orario previsto, l'accesso era consentito solo a chi avesse pagato una sottoscrizione annuale. Questo accordo venne successivamente dichiarato nullo da un giudice, adito da un avventore che era stato escluso dalla sala. Per tutta risposta, come abbiamo visto, i *brokers* decisero di spostarsi, nel 1773, verso una nuova *Coffee House* gestita da loro stessi. Cfr. M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 179.

⁴⁹ Cfr. M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 177. All'interno dei recinti alle grida l'anarchia è stata comunque descritta come «*structured*» e il caos solo apparente, in quanto il comportamento dei *traders* non è «*unintentional or without direction*», e risponde anzi a precise intenzioni; cfr. M. ABOLAFIA, *Making Markets Opportunism and Restraint on Wall Street*, Harvard, 2001, 38 ss.

⁵⁰ Cfr. M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 177.

⁵¹ La diffusione di informazioni finanziarie attraverso i mezzi di comunicazione e di discussione online è da anni oggetto di approfondimenti e monitoraggio da parte delle Autorità di Vigilanza poste oggi a presidio della trasparenza e della corretta informazione da parte del pubblico. Già nel 2005, ad esempio, nella Relazione della Consob sulle attività svolte l'anno precedente, reperibile in <http://www.consob.it/documents/46180/46181/rel2004.pdf/03856cfb-f2dd-4662-8d5a-aef16feb9147> (14 aprile 2021), la Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Società quotate e la Borsa ebbe a rilevare che «con riferimento alla vigilanza sull'informazione finanziaria diffusa via Internet, è stata rilevata [...] una rapida crescita di diari virtuali ("blog") dai contenuti specificamente finanziari, attraverso i quali gli investitori riferiscono e rilanciano notizie e indiscrezioni di borsa, o indicano le proprie strategie di investimento, menzionando talvolta anche il portafoglio di titoli

Vi è, infine, un altro tema che, a mio modo di vedere, avvicina il mondo delle *Coffee Houses* al modello – certo al livello più elementare – di un mercato finanziario. Nell'*environment* delle *Coffee Houses* “finanziarie”, lo spettatore delle gesta degli *Stock Jobbers* ne apprendeva anche in parte le tecnicità, divenendo con ciò più esperto. Viceversa, chi non si fosse limitato ad assistere, ritenendo di poter fare *pratica sul campo*, avrebbe certo pagato lo scotto di essersi confrontato con soggetti molto più informati, esperti, smaliziati e che si distinguevano certo più per la «*duplicitous nature*» che per tendenze altruistiche⁵².

È solo in epoca moderna che la finanza comportamentale ha cominciato ad analizzare sistematicamente la rilevanza dell'errore cognitivo nelle scelte dell'investitore. Tuttavia, uno sguardo alle vicende che stiamo raccontando ci consente di osservare che errori analoghi sono una costante della storia delle negoziazioni. È facile immaginare l'*overconfidence* e i *confirmation bias*⁵³ che possono aver caratterizzato le scelte degli investitori meno esperti nelle *Coffee Houses*, in un ambiente nel quale, tra l'altro, la percezione diffusa era che il valore dei titoli potesse continuare a salire indefinitamente⁵⁴. È qui che gli *Stock Jobbers* avevano gioco facile, essendo particolarmente esperti nel «diffondere terrori immaginari, paure, speranze, aspettative, approfittare della debolezza di coloro la cui immaginazione hanno dapprima eccitato, o depresso»⁵⁵.

detenuti dall'autore [...]. In ragione del loro peculiare interesse istruttorio, gli elementi informativi raccolti [...] attraverso la vigilanza sull'informazione finanziaria on-line hanno costituito parte integrante della documentazione trasmessa all'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 186 del Tuf (all'epoca vigente, n.d.a.)». Tale articolo, in base alla disciplina all'epoca vigente, concerneva la trasmissione al pubblico ministero delle attività di accertamento svolte sull'aggiotaggio su strumenti finanziari e sull'abuso di informazioni privilegiate.

⁵² A.L. MURPHY, *The Origins*, cit., 120, dove si osserva che i soggetti più informati erano in grado di distorcere o deviare il flusso informativo delle notizie corrette, a scapito di coloro i quali, viceversa, presso di loro cercavano di informarsi.

⁵³ I riferimenti sono tratti dalla rassegna delle euristiche e degli errori cognitivi in tema di finanza comportamentale riportata in N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail*, in *Quaderni di Finanza Consob*, 2010, 66, 6 ss (Tav. 2). La rilevanza che le informazioni finanziarie avevano nei processi di investimenti descritti da Defoe evoca anche i tratti della teoria dei mercati efficienti, come osservato da F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 63 – teoria che, solitamente, si pone come contrapposta alla finanza comportamentale. Lo stesso Autore, tra l'altro, ha osservato in altra sede che “*there might, however already be significant spaces [...] to combine market efficiency with other approaches, especially those arising from behavioural finance*”; cfr. F. ANNUNZIATA, *Behavioural Finance and Markets Efficiency: is there a dialogue? A preliminary reflection on regulation 596/2014/EU*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2016, 5/2, 304.

⁵⁴ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

⁵⁵ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 159. Sull'argomento, è stato anche detto che «*market psychology was also used by those who preyed upon the hopes and fears of investors*»; cfr. A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 129.

Valutazioni azzardate saranno capitate tanto al «ricco commerciante» che se «esce dal suo negozio, e si reca in *Exchange-Alley*, è rovinato, se solo lo vedete una volta varcare quella porta fatale»⁵⁶, quanto a personaggi che ricoprivano un *munus publicum* e che, non resistendo al fascino di quel mondo o al brivido dell'investimento, si vedevano «nel loro ufficio al mattino, in Parlamento verso mezzogiorno, nel loro studio di sera, e a *Exchange Alley* negli intervalli»⁵⁷. L'importanza della tutela dell'investitore sul mercato, specie di quello non professionale, e di una *investor education* affondano, dunque, le proprie radici proprio nelle origini del mercato stesso.

5. *Le condotte fraudolente degli Stock Jobbers e le colorite caratteristiche di uno Stock Jobber esemplare* – Un continuo brusio, o meglio, un «*ceaseless noise*»⁵⁸ generato dagli *Stock Jobbers*, faceva da sottofondo in *Exchange Alley* e nelle zone limitrofe. Infatti, «quando intermediari e agenti di cambio si incontravano il risultato era rumore e confusione», una confusione nella quale «il borbottio eccitato, le urla rabbiose e le conversazioni sotto voce parlavano di affari da trattare o di segreti da mantenere»⁵⁹. All'interno delle *Coffee Houses*, poi, è facile immaginare come le ripetute *grida* soverchiassero le discussioni degli avventori comuni. Era qui che spiccava la voce spesso concitata degli *Stock Jobbers*, che con una terminologia «nuova e complessa, si servivano di soprannomi per disegnare i titoli e di simboli stenografici per descrivere le attività», quasi che il loro fosse un linguaggio nuovo «pensato per perpetrare la frode ai danni dei cittadini comuni»⁶⁰, tra «interessi, sconti, trasferimenti, conteggi, debiti, azioni, e tutte le diavolerie delle loro congetture, comunque denominate»⁶¹.

Il nuovo linguaggio era già caratterizzato da forme linguistiche abbreviate, persino da gesti mimati, «*invented to save the gentlemens' breath*»⁶², cioè letteralmente per risparmiare il fiato per le successive, vorticose, negoziazioni nelle quali lo *Stock Jobber* si lanciava senza tregua.

Del resto, era impossibile fermarsi, dal momento che le trattative riguardavano spesso titoli che gli *Stock Jobbers* non avevano in mano, o per i

⁵⁶ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 231.

⁵⁷ *Ivi*, 227.

⁵⁸ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

⁵⁹ A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*», cit., 139 ss.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ D. DEFOE, *The Villainy*, cit., 141.

⁶² M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 177.

quali non avevano ancora pagato, venduti nella speranza di coprire i costi tramite i profitti sul negoziato stesso⁶³. Una definizione dell'epoca li descrive come

«Persons who gamble in Exchange Alley, by pretending to buy and sell the public funds, but in reality only betting that they will be at a certain price, at a particular time; possessing neither the stock pretended to be sold, nor money sufficient to make good the payments for which they contract: these gentlemen are known under the different appellations of bulls, bears, and lame ducks»⁶⁴.

Un'ampia gamma di appellativi ispirati al mondo animale, ripresa anche da uno storico, che sottolinea come lo scopo giornaliero degli *Stock Jobbers* fosse proprio quello di vendere la proverbiale pelle dell'orso, «to sell the bear's skin before they have caught the bear»⁶⁵. Pur con descrizioni meno pittoresche, altri autori hanno illustrato le operazioni degli *Stock Jobbers* in maniera analoga:

«because of the gap between purchase and sale, their profits were derived not from brokerage fees but from the differential between bid and offered prices and thus their chief concerns were whether the price at which they bought or sold was sufficient either to yield an immediate profit or to offer protection until the position could be offset»⁶⁶.

Si coglie bene il comportamento degli *Stock Jobbers* nel loro ambiente anche nella ricostruzione di commedie teatrali di quel tempo, talune delle quali ambientate proprio da *Jonathan's*, al cui interno, con il loro gergo, alcuni proponevano in vendita – a prezzi incomprensibili ai più – azioni della *South Sea*: «South Sea at seven-eights! Who buys?»⁶⁷.

È immaginabile pensare, poi, che il brusio del formicaio di *Exchange Alley* si placasse in deferente pausa, e che persino gli sfaccendati e i taccheggianti

⁶³ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

⁶⁴ Cfr. F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 271, nt. 3, che riporta la voce *Stock Jobbers* del *Dictionary of the Vulgar Tongue* di Francis Groce del 1811, reperibile in <http://www.freeinfosociety.com> (14 aprile 2021).

⁶⁵ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

⁶⁶ A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 170. Nello stesso testo si legge, inoltre, che gli *Stock Jobbers* difficilmente avrebbero potuto compiere arbitraggi, comprando e vendendo azioni di società simili e guadagnando dalle differenze dei due prezzi, neanche qualora queste avessero una attività praticamente identica, come ad esempio accadeva per le due Compagnie delle Indie (*Ivi*, 171).

⁶⁷ Cfr. S. CENTLIVE, *A Bold Stroke for a Wife*, in *The Broadview Anthology of Restoration & Early Eighteenth-Century Drama*, a cura di J. Douglas Canfield, Peterborough, 2001, 924, dove è anche indicato che le azioni della *South Sea* erano “conventionally quoted in eights”. Si veda anche il richiamo a questa commedia in M. ELLIS, *The Coffee-House*, cit., 175.

arrestassero le loro attività (per non essere scoperti), al passaggio degli *Stock Jobbers* più stimati, più temuti, ma soprattutto più imitati nel loro *modus operandi*, come accade anche oggi con i grandi investitori. Personaggi del calibro di *Sir Josiah Child*⁶⁸, ad esempio, governatore della *East India Company*, di cui era importante seguire, o magari chissà, riuscire a intuire, per anticiparle, le operazioni, il che avrebbe portato certo buoni guadagni. Dunque, in un clima teso, di attesa e di studio, «gli occhi di tutti, quando si presentava sul mercato, erano fissi sui broker che operavano per conto di *Sir J*», tutti a chiedersi: «*Sir J* compra o vende?»⁶⁹.

Ma logicamente, un investitore esperto come *Sir J* ben sapeva quanto fosse importante non far cogliere la direzione delle proprie operazioni. Pertanto, se questi «aveva intenzione di comprare, la prima cosa che faceva era ordinare ai suoi *brokers* di assumere un aspetto grave, scuotere la testa, suggerire che erano arrivate cattive notizie dall'India»⁷⁰. Vista la sua posizione di governatore della *East India Company*, *Sir J* era certamente in possesso di informazioni rilevanti e, quanto meno con riferimento alla Compagnia – le cui azioni erano oggetto delle negoziazioni nell'episodio che qui si descrive – qualora fosse esistita all'epoca una disciplina sull'*insider trading*, sarebbe stato definito un *primary insider*⁷¹.

⁶⁸ *Sir J* è il diminutivo utilizzato da Defoe per evocare Josiah Child, all'epoca governatore della prima Compagnia della Indie, e secondo l'autore uno dei “padri fondatori” dello *Stock Jobbing* per le sue macchinazioni e gli artifizii posti in essere durante le negoziazioni dei titoli; cfr. D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 175. La figura di Josiah Child è quanto meno controversa, ma sarebbe riduttivo definirlo solamente un investitore di professione. Oltre all'incarico di governatore della prima Compagnia delle Indie, *Sir J* fu anche membro del Parlamento britannico, insignito del titolo di baronetto, ed è noto per essere stato un carismatico economista che difendeva strenuamente la gestione monopolista dei commerci con l'Oriente da parte della Compagnia. *Sir J* gestì in maniera quasi patronale la Compagnia delle Indie, che venne anche attraversata da scandali connessi a episodi di corruzione finalizzata a preservarne i privilegi. La tutela dell'approccio monopolista della *East India Company* lo portò a forti contrasti con Thomas Papillon, il precedente direttore da lui spodestato, anch'egli già membro del Parlamento. «La questione non era se il Commercio con le Indie orientali dovesse essere abolito o se dovesse esserne abolito il monopolio, ma se il monopolio dovesse essere lasciato nelle mani di *Sir Josiah Child*», cfr. S. GIALDRONI, *East-India Company. Una storia giuridica (1600-1708)*, Bologna, 2011, 61. Dal dibattito politico sulla questione nacque la determinazione di rompere il monopolio, istituendo una seconda Compagnia delle Indie, *The English Company Trading to the East Indies*, definita proprio «*Papillon's new company*» alla pagina *Sir Thomas Papillon, 1623-1702* del sito *The History of Economic Thought*, in <https://www.hetwebsite.net> (14 aprile 2021). La coesistenza, o meglio, la competizione fra le due Compagnie, oggetto anche di alcune critiche di Daniel Defoe, non ebbe l'effetto sperato e le stesse furono successivamente fuse nel 1708.

⁶⁹ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 177.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Numerosi testi sono stati dedicati alla storia della Compagnia delle Indie Orientali. Senza voler qui entrare nel dettaglio dei poteri che essa esercitava, è importante ricordare che pur essendo nata «nel 1600 come compagnia commerciale avente lo scopo precipuo di importare spezie dalle Indie

Seguendo la narrazione di Defoe, possiamo immaginare i messi di *Sir J* mentre davano grande enfasi agli ordini che si accingevano a eseguire, in realtà per un controvalore contenuto di 10.000 sterline, avviando così un *trend* al ribasso del prezzo, in ragione della pressione in vendita determinata dai malcapitati *follower*. A questo punto venivano «messi in campo altri uomini allo scopo di comprare, con discrezione e cautela, tutti i titoli sui quali potessero mettere le mani», comprando, dunque, le azioni a un prezzo più basso, stavolta «per 100.000 sterline con uno sconto del 10 o 12%», per poi replicare lo stesso «meccanismo, ma in senso contrario», inducendo «tutto il mercato a comprare». L'operazione veniva poi chiusa, vendendo ancora i titoli e realizzando, dunque, un «nuovo profitto del 10 o 12%»⁷².

Defoe ha usato parole sferzanti contro gli *Stock Jobbers*, definiti individui che «rubano mettendo a rischio solo la loro reputazione – che è, in genere comunque già andata persa prima ancora che comincino – e la loro anima, in merito alla quale è meglio non dire nulla»⁷³. Altri osservatori ne hanno invece presentato ritratti meno negativi, ricordando, tra l'altro, che molti *Stock Jobbers* avevano altre occupazioni, per salvaguardare le quali era importante mantenere un buon nome⁷⁴. Inoltre, la loro attività, come del resto quella di tutti coloro che investono con finalità speculative, contribuiva comunque ad aumentare la liquidità degli scambi, con una sorta di «*rudimentary market-making function*»⁷⁵. Peraltro, qualora avessero provato a manipolare il prezzo di un titolo, gli *Stock Jobbers* avrebbero avuto gioco più facile con le società più piccole e meno capitalizzate, perché – allora come ora – là dove gli scambi sono meno liquidi e più rarefatti è più facile incidere artificiosamente sulla determinazione del prezzo⁷⁶; viceversa, con le società molto capitalizzate, questo sarebbe stato – come lo è tuttora – più difficile.

Orientali» essa «non tardò a trasformarsi nel principale strumento del colonialismo britannico nel sub continente indiano»; così in S. GIALDRONI, *East India Company*, cit. 11. Si veda anche J. KEAY, *The Honourable Company. A History of the English East India Company*, Londra, 1991, 170, nel quale, a proposito della potenza della Compagnia, si osserva come «*profits a part, there was also the question of regulation. Was it constitutional for a consortium of London businessmen to govern overseas territories, construct forts, dispense justice, raise revenues, coin money, and wage war and yet be outside the control of Parliament and answerable only and indirectly (through the royal charter) to the Crown?*». In questo testo, naturalmente, viene anche riportata la disputa tra Thomas Papillon e Josiah Child, i cui «*Tory ideals made him a staunch upholder both of the Company's monopoly of Eastern trade and of his own growing monopoly of the Company*» (*Ivi*, 174).

⁷² D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 179.

⁷³ *Ivi*, 167.

⁷⁴ A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 164.

⁷⁵ *Ivi*, 172.

⁷⁶ *Ivi*, 183.

Un periodico dell'epoca, il *London Spy*, offre infine probabilmente il miglior affresco dei tratti caratteriali di uno *Stock Jobber*: «a *Compound of Knave, Fool, Shop-keeper, Merchant and Gentleman*», totalmente in balia delle proprie speculazioni, l'andamento dell'umore inscindibilmente legato a quello dei propri affari, volatile e fluttuante come mercurio in uno strumento barometrico, «*rising one Day, and Falling the next*»; un individuo sempre in bilico tra la paura e la speranza, insieme alle quali affrontava il rischio insito nell'investimento. Un rischio dal quale, in fin dei conti, era attratto, pronto ogni volta a giocarsi tutto in una spericolata scommessa, «*to win the horse, or lose the saddle*»⁷⁷. Del resto, al mondo delle scommesse fa riferimento anche uno storico moderno, quando osserva che in *Exchange Alley* si potevano incontrare «*practitioners [...] already versed in the notion of buying and selling more than they can afford. It is the fashionable new form of gambling*»⁷⁸.

6. Le pratiche manipolative degli Stock Jobbers – Secondo l'autore di *Robinson Crusoe* la bramosia di guadagno degli *Stock Jobbers* era tale da portarli a ingegnarsi in pratiche meticolose, volte a permettere di lucrare indebitamente dagli scambi di titoli. Secoli dopo, condotte analoghe a quelle da lui descritte saranno tipizzate come veri e propri illeciti, puniti oggi in Europa sia in via amministrativa che penale dalla normativa sugli abusi di mercato, cui accenneremo a breve. È giunto, dunque, il momento di passare in rassegna le condotte criminali poste in essere dagli *Stock Jobbers*, che oggi sarebbero inquadrabili tra quelle di manipolazione del mercato.

⁷⁷ Gli articoli del *London Spy* sono stati raccolti in un unico volume, ora reperibile anche in versione digitale. Il passaggio sugli *Stock Jobbers*, che merita di essere riportato per intero, è in <http://grubstreetproject.net/works/T119938?image=395> (14 aprile 2021): «*Is a Compound of Knave, Fool, Shop-keeper, Merchant and Gentleman. His whole Business is Tricking: When he Cheats another, he's a Knave; when he suffers himself to be Out-Witted, he's a Fool; He most commonly keeps a Visible Trade going, and with whatsoever he gets in his Shop, he makes himself a Domestick Merchant upon Change, by turning Stock-Adventurer, led on by the mighty hopes of advancing himself to a Coach and Horses, that he might Lord it over his Neighbouring Mechanicks. He's as great a Lover of Uncertainty, as some Fools are of the Royal-Oak-Lottery; and would not give a Farthing for an Estate got without a great deal of Hazard. He's a kind of Speculum, wherein you may behold the Passions of Mankind, and the Vanity of Humane Life: To Day he Laughs and to Morrow he Grins, is the Third Day Mad, and always Labours under those Twin Passions Hope and Fear; rising one Day, and Falling the next, like Mercury in a Weather-Glass, and cannot Arrive to that pitch of Wisdom, as to know one Day what he shall be the next: He is never under the Prospect of growing Rich; but at the same time under the Danger of being Poor, and is always to be found between Hawk and Buzzard: He Spins out his Life between Faith and Hope, but has nothing to do with Charity, because there's little to be got by't. He's a Man whose great Ambition is to Ride over others, in order to which, he resolves to Win the Horse, or Lose the Saddle*».

⁷⁸ M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 5.

Per prima cosa, lo *Stock Jobber* era un esperto di pratiche inquadrabili nel campo della manipolazione informativa; era, anzi, un vero e proprio professionista di quegli artifici che consentivano di rafforzare la portata decettiva della manipolazione⁷⁹. Defoe torna più di una volta, ad esempio, sulla diffusione della falsa notizia della cattura, in Italia, di Giacomo Francesco Edoardo Stuart, figlio del deposto Giacomo II, che incarnava le rivendicazioni giacobite alla Corona a scapito del regnante Giorgio I del casato di Hannover⁸⁰. La cattura del Pretendente Stuart al trono d’Inghilterra avrebbe stabilizzato l’assetto riveniente dalla gloriosa Rivoluzione, con conseguente beneficio dei titoli più rappresentativi degli interessi del Regno, come potevano esserlo quelli delle citate *South Sea*⁸¹ e

⁷⁹ Le società i cui titoli erano maggiormente oggetto di condotte illecite, in ragione dell’*appeal* che riscuotevano, erano certamente la *East India Company* e la *South Sea Company*. A dire il vero, tuttavia, le azioni manipolative più clamorose sulle azioni della Compagnia dei Mari del Sud venivano orchestrate dal *management* della Società stessa, per agevolare la sottoscrizione, come spiegheremo più avanti.

⁸⁰ Cfr. F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 25.

⁸¹ La *South Sea Company* era nata nel 1711 «allo scopo di trovare nuovo, ulteriore supporto alle finanze pubbliche» (F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 33). I suoi introiti derivavano principalmente dal monopolio nel commercio con le colonie sudamericane della Spagna e dall’*asiento* sulla tratta degli schiavi africani. La *South Sea* raccoglieva e impiegava il proprio capitale con modalità assolutamente peculiari e fini per rilevare, nel tempo, gran parte del debito pubblico britannico, attraverso lo scambio dei relativi titoli con azioni della società. «Il conferimento dei titoli del debito pubblico, da cui consegue la rinuncia del sottoscrittore al rimborso del capitale a carico dello Stato, è reso allettante dagli alti tassi di remunerazione promessi dalla Compagnia e dall’atteso apprezzamento nel tempo del valore delle azioni» (*Ibidem*). Il consiglio direttivo della società, tra l’altro, era formato quasi interamente da persone senza alcuna esperienza nel commercio con il Sud America (cfr.: M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 38). Il valore delle azioni della *South Sea* subiva rilevanti fluttuazioni a causa delle speculazioni di cui queste erano oggetto; inoltre, per renderne allettante la sottoscrizione – funzionale allo svolgimento dello schema prima riportato – il *management* si rese responsabile di condotte poco trasparenti, con il tacito *placet* di politici e funzionari corrotti del governo britannico. È riportato, tra l’altro, che John Blunt, uno dei direttori della Società, incaricasse i suoi *directors* a confondersi con i *traders* presenti a *Exchange Alley* per diffondere voci circa le buone possibilità di profitti nella Compagnia – ad esempio, che essa fosse «*poised to trade with South Africa*» (M. BALEN, *A very English Deceit*, cit., 99). In altri momenti lo stesso Blunt diede ordine di avviare un’operazione di riacquisto di azioni proprie (*buy back*) con l’intento di sostenere il prezzo del titolo (*Ivi*, 127); ancora, le sottoscrizioni delle azioni vennero agevolate in ogni maniera, «*because the Company’s share price had risen so high and because it had given such generous terms of credit to investors, its shareholders owed it some £ 60 million, which was twice the level of the national debt it had taken on and quite possibly more money than the entire kingdom possessed*» (*Ibidem*). La notorietà del fatto che alcuni politici avessero investito nella *South Sea* fu un altro dei fattori che contribuirono a determinare una crescita del prezzo delle azioni incontrollata e, in parallelo, a spingere imprenditori alla costituzione di svariate altre società, per sfruttare l’entusiasmo collettivo incontrollato che si era venuto a creare. Il Parlamento britannico nel frattempo stava lavorando per tentare di arginare il ripetersi di simili fenomeni, subordinando la creazione di nuove società – che talvolta dopo aver raccolto capitali per i progetti più disparati

*East India Company*⁸². Gli *Stock Jobbers* misero a punto una strategia molto precisa, volta in primo luogo a trarre in inganno un singolo investitore – un credulone che credette di poter godere della notizia in anteprima – «per far salire il prezzo dei titoli»⁸³. La falsa notizia si sparse, finendo per provocare «un gran clamore in Exchange-Alley»⁸⁴, anche perché il «rapporto sulla sorte del Pretendente appariva di una attendibilità assoluta e, effettivamente, cademmo tutti nella rete»⁸⁵. Diffusasi con la complicità di un *broker*, la storia venne addirittura supportata da una messa in scena, con «una serie di carrozze-veloci con gentiluomini travestiti»⁸⁶, che sembrarono dare credibilità alla voce che, a seguito della cattura a Voghera, il Pretendente fosse stato tradotto come prigioniero a Milano. Peraltro, la temporanea “scomparsa” di Giacomo, il quale, imbarcatosi a Nettuno per trovare riparo altrove, si trovò ad affrontare una navigazione della durata di quasi 15 giorni, diede adito alla fondatezza delle voci.

Utilizzando un lessico attuale, possiamo affermare che il tempo necessario per verificare la correttezza delle informazioni diffuse e ripristinare un corretto quadro informativo sul mercato giocava a favore dei manipolatori, e che le asimmetrie informative potevano arrivare all’epoca a una divaricazione massima. Analogamente, anche la verifica delle informazioni diffuse in merito all’andamento dei traffici delle compagnie delle Indie Orientali era difficoltosa, considerato che i viaggi potevano durare anche diversi mesi, e che in questo lasso temporale potevano agevolmente diffondersi, senza essere smentite, le

erano divenute quasi subito scatole vuote in preda agli speculatori – all’autorizzazione del Regno. Tale provvedimento, noto appunto come *Bubble Act*, venne approvato nel giugno del 1720, quando il titolo della *South Sea* era già decollato passando da circa 130 sterline nel mese di gennaio, a 550 sterline alla fine del mese di maggio, a 750 sterline alla fine di giugno per arrivare anche a 1000 sterline alla fine di agosto. Viene riportato che in quei giorni Re Giorgio fece ritorno a Hannover, presumibilmente ripromettendosi di fare rientro solo dopo l’esplosione della bolla, che giunse pochi mesi dopo, con un crollo di quasi il 90% delle quotazioni della *South Sea* e la rovina di molti investitori. Cfr. R. HARRIS, *The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization*, in *The Journal of Economic History*, 1994, 54 (3), 613. Questa pubblicazione si distingue, perché riconsidera in maniera critica il rilievo attribuito al *Bubble Act* per i destini della *South Sea*, quanto meno in una prospettiva di medio-lungo periodo.

⁸² La *East India Company* aveva, comunque, goduto sotto gli Stuart di un trattamento di favore, come riportato in J. KEAY, *The Honourable Company*, cit., 170.

⁸³ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 181.

⁸⁴ *Ivi*, 173.

⁸⁵ Dunque, venne ingannato anche lo stesso Defoe; *Ivi*, 185.

⁸⁶ *Ivi*, 181. Il tema del travestimento torna anche in un altro racconto, secondo il quale, per riscuotere il premio di una scommessa sull’andamento della battaglia di Mons del 1691, venne organizzata da taluni scommettitori una messa in scena quasi teatrale, al punto che «un uomo travestito da ufficiale olandese attraversò Londra al galoppo gridando che Guglielmo III aveva liberato la città», quando questa, invece, andava capitolando sotto l’assedio delle truppe francesi di Luigi XIV. Cfr. A. L. MURPHY, “*Come vanno i titoli?*”, cit., 142.

indiscrezioni più varie sull'andamento degli affari⁸⁷. Le compagnie stesse avevano difficoltà a ottenere notizie affidabili in tempo reale sull'andamento dei propri affari dalle sedi estere, tanto che gli investitori più abili si organizzarono per costruire reti internazionali di informatori, che consentissero loro di ottenere informazioni utili in anticipo⁸⁸.

Le Compagnie delle Indie Orientali erano spesso oggetto delle pratiche manipolative degli *Stock Jobbers* e dei loro artifici, accuratamente congegnati. Sappiamo ad esempio che più di una volta «in gran segreto vennero commissionate varie lettere dalle Indie Orientali, che raccontavano della perdita di navi che, invece, erano regolarmente giunte a destinazione o, di converso, davano conto dell'arrivo di navi perdute»⁸⁹. Altre volte, invece, approfittando delle enormi distanze, venivano diffuse notizie false in merito al clima di pace, o di converso, di guerra, che vi fosse in India sotto la dinastia dei Moghul⁹⁰, presentando uno scenario contrario a quello reale, «Tutte macchinazioni utili a far salire, o scendere il prezzo dei titoli, affinché potessero essere comprati a prezzi scontati, o venduti a caro prezzo»⁹¹.

⁸⁷ Tale lasso temporale si poteva protrarre anche per più di 16 mesi, secondo quanto riportato in A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*», cit., 152, nt. 35.

⁸⁸ La rete di informatori costituita da tali soggetti è stata paragonata a una «“Reuters” su scala privata» presente anche nel Sud dell'Irlanda, da dove, tramite un “servizio espresso privato”, arrivavano «notizie fresche sull'arrivo delle navi della Compagnia delle Indie Orientali» (*Ivi*, 144). Chi contattava la propria rete personale di amicizie tramite la corrispondenza epistolare rischiava, tra l'altro, che il lasso temporale necessario per recapitare la corrispondenza vanificasse la bontà delle informazioni comunicate, nel frattempo divenute note, o che un ordine di negoziazione giungesse a destinazione quando il mercato si era già mosso nella direzione premiante, riducendo il potenziale profitto originario. Anche per questo andava crescendo l'attività dei *broker*, in grado di svolgere insieme due attività: fornire notizie aggiornate e al contempo organizzare contatti con possibili controparti per le transazioni (A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 132).

⁸⁹ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 175; il fatto che l'andamento dei titoli delle società commerciali fosse collegato al destino delle navi con i loro carichi è ripreso anche in A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 116.

⁹⁰ Questi temi sono ben descritti in J. KEAY, *The Honourable Company*, cit., 143 ss. e 154 ss., dove sono riportate anche le strategie e le valutazioni di Josiah Child al tempo.

⁹¹ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 175. Le informazioni concernenti la Compagnia delle Indie Orientali erano, comunque, disponibili in misura maggiore rispetto a quelle di altre società minori, e ciò temperava in parte gli effetti di simili speculazioni sul prezzo. Inoltre, buona parte degli investitori della Compagnia era sostanzialmente avversa al rischio e interessata a un ritorno dell'investimento nel medio-lungo periodo. Tali soggetti non temevano, dunque, le conseguenze che certe voci potessero avere sul prezzo delle azioni della Compagnia, in quanto erano consapevoli del fatto che queste si sarebbero nel tempo riassorbite. Inoltre, l'azionariato della *East India Company* era sostanzialmente stabile perché i suoi soci erano anche interessati a godere delle influenze e interrelazioni con l'ambiente politico ed economico dell'epoca che scaturivano dalla partecipazione al capitale della società. Cfr. A. L. MURPHY, «*Come vanno i titoli?*», cit., 150 e A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 193. Lo stesso non poteva dirsi, invece per altre società prese di mira dagli speculatori, come ad esempio la *Estcourt's Lead Mine*, le cui vicende, anche con riferimento all'offerta iniziale

Defoe sembra riconoscere in maniera antesignana l'importanza della *fairness* del prezzo del titolo rispetto ai *fondamentali* di una società, come ad esempio quando indica che «le azioni della *Old East-India Company*, a causa delle macchinazioni di queste persone irresponsabili, sono state scambiate – senza in realtà alcuna variazione significativa nel loro valore intrinseco – a prezzi molto variabili»⁹².

Le azioni della Compagnia delle Indie Orientali, tra l'altro, erano soggette talvolta a turbolenze finanziarie imputabili ad altri piuttosto che agli *Stock Jobbers*. Infatti La Compagnia si trovò spesso ingaggiata in una guerra con altre compagnie che rivolgevano i propri traffici a Oriente. Ad esempio nel 1683 una speculazione ribassista sui prezzi dei prodotti importati dall'India, posta in essere dalla più ricca – all'epoca – Compagnia Olandese delle Indie Orientali, condusse quasi al fallimento *l'Old East-India Company*, con il crollo della quotazione del valore dei suoi titoli (da 600 a 250 sterline), costringendo *Sir J* alle dimissioni dall'incarico di governatore⁹³.

Defoe stigmatizza con acutezza anche gli irregolari rialzi e ribassi del titolo, prendendo a riferimento la variazione percentuale del prezzo, in una misura che oggi potrebbe essere definita “anomala” e tale da poter anche determinare la sospensione di un titolo dalle negoziazioni in base ai parametri del relativo mercato. Sostiene infatti che:

«è davvero impossibile sostenere che le azioni abbiano potuto al contempo riflettere guadagni e perdite, con variazioni repentine superiori al 10%, né si può addurre alcuna ragione per il loro rialzo e ribasso, se non la speculazione condotta dagli *stock jobbers*. In funzione del numero dei compratori e venditori (che è sempre in loro potere influenzare a loro piacimento), il prezzo oscilla secondo le

delle azioni, sono descritte da Murphy (*Ivi*, 146 ss.), o la *Hudson's-Bay Company*, la *Linnen Manufacture*, la *Paper Stock* e la *Salt-Petre Stock* (cfr. F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 51). Come già accennato, molte società nate alla fine del XVII secolo con l'asserito scopo di sviluppare dei *projects* erano, in realtà, «legate a progetti più o meno attendibili, a volte fonti di vere e proprie truffe» (*Ivi*, 33). Queste *start-up ante litteram* avevano, infatti, progetti dal forte *appeal* (come quello, ad esempio, di recuperare i tesori di navi affondate), ma solidità incerta. Si potrebbe anche sostenere che «lo scopo principale di molti fondatori di società per azioni nate negli anni novanta del Seicento fosse la lucrosa vendita delle relative azioni a «uomini ignoranti, trascinati da voci sollevate con l'inganno e diffuse ad arte a proposito dell'ottimo stato dei loro titoli»; cfr. A. L. MURPHY, “*Come vanno i titoli?*”, cit., 48. Anche Daniel Defoe aveva investito, senza successo, in una di queste società di nuova costituzione che poi dimostrò di non avere alcuna solida prospettiva (F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 281, nt. 29).

⁹² D. DEFOE, *The Villainy*, cit., 113.

⁹³ F. FRASCA, *Il sorgere delle potenze*, cit., 83 e J. DE VRIES, A. VAN DER WOUDE, *The First Modern Economy: Success, Failure, and Perseverance of the Dutch Economy, 1500-1815*, Cambridge, 1997, 433.

loro macchinazioni, sale e scende come loro aggrada, senza alcun rapporto con il valore intrinseco dei titoli»⁹⁴.

In un altro passaggio, lo scrittore osserva che gli *Stock Jobbers* a volte «comprano e vendono così tanto da superare ampiamente il totale delle azioni emesse dalle società»⁹⁵, anche questo un parametro “moderno”, oggi utilizzato per valutare la dimensione degli scambi giornalieri, rapportando il volume di contrattazione al totale del capitale sociale dell'emittente o alla capitalizzazione di mercato.

L'autore dimostra di conoscere molto bene anche le condotte attraverso le quali possono essere compiute manipolazioni del mercato che oggi definiremmo (puramente) operative, come quando descrive il seguente esempio:

«qui abbiamo sei o otto uomini che si mettono insieme e che, con pretese compravendite, fanno salire, o scendere, i titoli della *East-India Company*, a un prezzo stravagante, deciso da loro. Così facendo inducono altri, talora a comprare, talora a vendere, come risulta meglio confacente ai loro interessi, ma con scarso riguardo al valore intrinseco dei titoli, o all'andamento della società, per cui anche quando la società ha perdite, il prezzo dei titoli sale; quando avviene una vendita significativa, o quando arriva una nave piena di ricchezze, il prezzo scende»⁹⁶.

Questo schema ricorda per ampi tratti la condotta attualmente sanzionata all'art. 12, par. 2, lett. a) del Regolamento Europeo sugli Abusi di Mercato n. 596/2014 (il cui acronimo, dall'inglese *Market Abuse Regulation*, è il famoso “MAR”), che include tra le forme di manipolazione

«la condotta di una o più persone che agiscono in collaborazione per acquisire una posizione dominante sull'offerta o sulla domanda di uno strumento finanziario, di contratti a pronti su merci collegati o di un prodotto oggetto d'asta sulla base di quote di emissioni che abbia, o è probabile che abbia, l'effetto di fissare, direttamente o indirettamente, i prezzi di acquisto o di vendita o ponga in atto, o è probabile che lo faccia, altre condizioni commerciali non corrette»⁹⁷.

⁹⁴ D. DEFOE, *The Villainy*, cit., 113.

⁹⁵ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 247.

⁹⁶ *Ivi*, 245.

⁹⁷ La descrizione di Defoe è anche molto simile a uno schema operativo noto come *Improper matched orders* (ordini abbinati in modo improprio), cioè a una forma di manipolazione, già riportata come esempio nella più datata e previgente al MAR Comunicazione della Consob DME/5078692 del 29 novembre 2005. L'operatività posta in essere nel caso in esame è caratterizzata da «operazioni che

Gli *Stock Jobbers* erano anche in grado di indirizzare l'andamento degli scambi con le loro pressioni in acquisto e vendita, costringendo in un *corner* gli altri investitori a negoziare conseguentemente alle loro operazioni, in un mercato che ondeggiava agitato, prima in una direzione poi in quella opposta, mosso dalle maree degli ordini da loro proposti. E infatti, «quando vogliono liquidare le loro posizioni, gli *Stock Jobbers* devono vendere; chi ha posizioni allo scoperto deve regolarle, e pagare i differenziali⁹⁸. I prezzi dei titoli scendono, del 2 o 3 per cento. Vi è quindi chi deve vendere, e chi deve comprare. La settimana successiva tutti tornano a comprare azioni, i *Jobbers* comprano, e le controparti vendono»⁹⁹.

7. *I suggerimenti di Daniel Defoe per tentare di arginare lo Stock Jobbing* – Nella sezione finale di *The Villainy of Stock Jobbers* Defoe avanza cinque proposte indirizzate al Parlamento (perché «il rimedio deve provenire dalla sede che è maggiormente idonea ad adottarlo») per tentare di arginare il fenomeno dello *Stock Jobbing*, dimostrando ancora una volta grande acutezza e modernità¹⁰⁰. Anche se sembra chiaro che Defoe faccia riferimento specificamente alle vicende delle due Compagnie delle Indie, è facile notare come i suoi suggerimenti assumano una valenza più generale.

Il primo suggerimento contro lo *Stock Jobbing* mira a

«condannare le persone che agiscono in questo modo, là dove se ne abbiano le prove, e irrogare pene adeguate, secondo il giudizio e l'autorità del Parlamento. Che essi siano resi incapaci di comprare, vendere, trasferire, possedere, sia in nome proprio, sia tramite altre persone di fiducia, azioni o quote rappresentative di banche o Compagnie, tanto esistenti, quanto di futura costituzione, sia pubbliche, sia private»¹⁰¹.

derivano da ordini di acquisto e di vendita immessi da soggetti che agiscono di concerto contemporaneamente ovvero quasi allo stesso momento, aventi gli stessi prezzi e gli stessi quantitativi; salvo che questi ordini siano legittimi ed effettuati in conformità alle regole del mercato». La consultazione delle delibere sanzionatorie della Consob sul proprio Bollettino Elettronico attraverso parole chiave, utilizzando il termine “incroci”, è utile, al di là del richiamo a singoli provvedimenti, per capire quanto il compimento, appunto, di “*particolari incroci*” sul mercato sia stato oggetto di vigilanza ed *enforcement*. Il bollettino è consultabile in <http://www.consob.it> (14 aprile 2021).

⁹⁸ D. DEFOE, *The Anatomy*, cit., 223. Da ciò si desume che, già all'epoca, gli scambi erano animati anche da investitori che operavano con delle esposizioni sui titoli.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ D. DEFOE, *The Villainy*, cit., 145 ss.

¹⁰¹ *Ivi*, 145.

Queste parole evocano indubbiamente, seppure alla lontana, le sanzioni penali e amministrative della normativa attuale sugli abusi di mercato, contenute nel Regolamento Europeo n. 596/2014 e nella Direttiva 2014/57/UE relativa alle sanzioni penali sulla stessa materia, finanche nelle cosiddette sanzioni accessorie, talune delle quali di natura interdittiva¹⁰².

Con il secondo suggerimento lo scrittore auspica che le due Compagnie delle Indie vengano fuse e torni a esservene una sola, cosa che avverrà effettivamente pochi anni dopo. A suo modo di vedere, il pubblico era infatti stato danneggiato dalla competizione fra le due. Le azioni della nuova Compagnia dovrebbero essere trasferibili solo «con maggior difficoltà»¹⁰³, a costi elevati, con adeguata informativa e senza l'immediata trasferibilità.

Il terzo suggerimento riguarda l'ipotesi di una tassa sulle transazioni di Borsa, a carico del venditore, con l'evidente intento di disincentivare le operazioni meramente speculative. Questa soluzione, con varie sfumature, sarà periodicamente riproposta nei secoli successivi da vari economisti, a ulteriore riprova della modernità dei pensieri espressi da Defoe.

Il quarto suggerimento, anch'esso dai connotati antesignani, è volto a dare rilievo all'iscrizione nei registri della costituenda Compagnia delle Indie dei trasferimenti azionari, costringendo gli operatori a giurare di non trasferire o porre in garanzia le azioni se non in modo conforme alla legge e senza aver effettuato detta registrazione¹⁰⁴. Anche questa proposta è intesa a valorizzare, dunque, l'acquisto della partecipazione azionaria e il connesso *status* di socio per finalità non speculative.

Infine, nel quinto suggerimento, con riferimento alle attività commerciali della futura Compagnia delle Indie, Defoe propone di limitarne le attività a quanto risulti utile a preservare «il commercio della nazione inglese con l'India», evitando importazioni oltre il necessario, in maniera compatibile con la domanda interna e a tutela dello sviluppo del commercio¹⁰⁵.

8. Conclusioni – Sono passati più di 300 anni dai tempi in cui gli *Stock Jobbers* imperversavano nelle *Coffee Houses* dei dintorni di *Exchange Alley*, così ben descritti nei testi di Defoe. Nel tempo trascorso, a riprova della lungimiranza

¹⁰² Per ciò che concerne l'Italia, il riferimento è all'art. 186 del d.lgs. 58/1998 per le pene accessorie alle sanzioni penali e all'art. 187-*quater* del d.lgs. 58/1998, per quanto concerne le sanzioni amministrative accessorie.

¹⁰³ D. DEFOE, *The Villainy*, cit., 145 ss.

¹⁰⁴ Vale la pena di ricordare che la *East India Company* era disposta a spedire il proprio *transfer book* anche a domicilio a chi non si potesse spostare per motivi di salute o fosse, comunque, molto importante. Cfr. A. L. MURPHY, *The Origins*, cit., 138 ss.

¹⁰⁵ *The Villainy*, cit., 147.

del suo pensiero, sono stati sempre più riconosciuti sia il rilievo che l'informazione riveste per il corretto funzionamento del mercato, sia l'importanza che le norme che reprimono la diffusione di informazioni false e l'indebito sfruttamento, a scapito di altri, di informazioni vere, rivestono per l'*integrità* del mercato stesso¹⁰⁶.

Anche la descrizione di Defoe delle strategie manipolative e dei loro effetti sugli scambi è di notevole modernità. È stato già descritto il nesso tra gli scambi di titoli che avvenivano nelle *Coffee Houses* e la nascita e il funzionamento dei primi mercati finanziari. Certo al giorno d'oggi tutto è radicalmente più complesso e l'informatica e la tecnologia hanno mutato il campo di gioco e gli strumenti a disposizione, sia degli *Stock Jobbers* del ventunesimo secolo, che delle Autorità di vigilanza preposte all'*enforcement* per la tutela del corretto funzionamento del mercato e degli investitori¹⁰⁷. Vi sono circostanze in cui viene da pensare che «combattere contro i cannibali, come fece Robinson Crusoe, può essere più facile che non lottare contro gli abusi di mercato»¹⁰⁸.

E proprio venendo a un'epoca più recente, un *thread* di messaggi postati nel 2000 su un *newsgroup* finanziario e tutt'oggi reperibile sul *web*¹⁰⁹ riporta una discussione in merito agli scambi – che avvenivano all'epoca e nei decenni precedenti – di titoli non quotati nel mercato ufficiale o che erano, comunque, sospesi dalle negoziazioni¹¹⁰. Uno degli intervenuti, nell'indicare quale fosse la “sede” dove si svolgevano questi scambi, riferiva che «se non è cambiata è ancora un bar nei pressi di Piazza Affari ove loschi figuranti tra un sigaro e una bevuta ricevono tramite cellulare gli ordini del giorno...».

Certo, al di là della descrizione suggestiva, sarebbe azzardato un paragone tra l'ambiente delle *Coffee Houses* londinesi di una volta e quel bar, quand'anche esso sia effettivamente esistito. Sono però facilmente immaginabili gli argomenti di discussione di tanti operatori che, specie durante l'epoca del mercato alle grida,

¹⁰⁶ In primissima battuta, il riferimento è al corpo normativo riveniente dalla disciplina europea sugli abusi di mercato (*Market Abuse*) e sulla trasparenza (*Transparency*), che ha regolato non solo gli adempimenti e il contenuto della comunicazione finanziaria, ma anche gli strumenti necessari a garantire una simmetrica e omogenea diffusione presso il pubblico delle informazioni da parte delle società.

¹⁰⁷ Basti pensare al *trading* algoritmico ad alta frequenza, ai *robo-advisor*, all'analisi di *big data*, ma anche all'utilizzo delle *blockchain* e alle potenzialità insite nello sviluppo dell'intelligenza artificiale.

¹⁰⁸ F. ANNUNZIATA, *Un Robinson Crusoe*, cit., 101.

¹⁰⁹ <https://groups.google.com/g/it.economia.borsa/c/QIMxJslBEIw?pli=1> (14 aprile 2021)

¹¹⁰ A quel tempo la distinzione tra mercati regolamentati e sistemi multilaterali di negoziazione di matrice europea introdotta nel 2004 con la prima direttiva sui mercati degli strumenti finanziari (Mifid) era di là da venire, mentre, da pochi anni, era stato emanato il Testo Unico della Finanza, che, oltre ai mercati regolamentati, disciplinava, all'articolo 78 allora vigente, i *sistemi di scambi organizzati*.

affollavano nelle pause i caffè nei dintorni di Palazzo Mezzanotte. Ogni operatore di borsa e investitore vi sarà entrato almeno una volta e magari, sfogliando un quotidiano finanziario davanti a una tazza di caffè, avrà scambiato consigli operativi e notizie o indiscrezioni più o meno verificate sui titoli quotati in Borsa. E ancora oggi, poi, potrà forse capitare che un esperto investitore indugi in qualche bar, magari di fronte alla sede di una importante *merchant bank* o di un *advisor*, intento a inserire ordini al mercato sullo *smartphone*, tramite una *app* per il *trading on-line*.

Qualora ciò capitasse, la tentazione degli astanti che lo avessero riconosciuto sarebbe forse quella di scrutarne e interpretarne l'espressione e le smorfie del volto – come una volta si faceva in *Exchange Alley* con *Sir Josiah Child* e i suoi intermediari – per tentare di intuire il lato del *book* verso il quale sono state indirizzate le proposte di negoziazione.

La domanda, dunque, sarebbe certo anche oggi: «*Costui compra o vende?*»

FABRIZIO CACCIAFFESTA*

**Un commento tecnico-matematico su una sentenza
(Bari 1890/2020) in tema di ammortamento francese**

SOMMARIO: La sentenza - 1 Introduzione - 2. Un TAE "non previsto in contratto" - 3. Un TAE superiore al TAN - 4. L'ammortamento francese standard senza interesse composto - 5. La categoria dei prestiti "anatocistici" - Appendice: Un prestito ad ammortamento francese in interesse semplice

R.G. n. [omissis]

Sentenza n. 1890/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

CORTE D'APPELLO DI BARI

- SECONDA SEZIONE CIVILE -

La Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, riunita in camera di consiglio e composta dai signori magistrati

dott. Egiziano di Leo presidente dott. Matteo Antonio Sansone consigliere

dott.ssa Carmela Romano consigliere relatore

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. [omissis] del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2015**

tra

[omissis], elettivamente domiciliato in [omissis], presso lo studio dell'avv. [omissis], che lo rappresenta e difende, giusta

procura in atti

appellante

* Già Ordinario di Matematica Finanziaria e Matematica Generale, Università di Roma Tor Vergata.

e

[omissis], elettivamente domiciliata in [omissis], presso lo studio degli avv.ti
[omissis], giusta procura in atti

[omissis], elettivamente domiciliata in [omissis], presso lo studio dell'avv.
[omissis], rappresentata e difesa dall'avv. [omissis], giusta procura in atti

[omissis], elettivamente domiciliata in [omissis] presso lo studio dell'avv.
[omissis], che la rappresenta e difende, giusta procura in atti

appellate

[omissis], elettivamente domiciliata in [omissis], presso lo studio degli avv.ti
[omissis], che la rappresentano e difendono, giusta procura in atti

interventrice ex art. 111 c.p.c.

Conclusioni: all'udienza del 19 giugno 2020, i difensori delle parti hanno
concluso come da relativo verbale.

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 947/15 del 22.4.15, il Tribunale di Foggia ha respinto
l'opposizione all'esecuzione intrapresa nei confronti di [omissis] dalla [omissis]
in forza - rispettivamente - di un contratto di mutuo agrario e di un decreto
ingiuntivo esecutivo (n. 163/08 emesso dal tribunale di Foggia -sezione di San
Severo e confermato con sentenza n. 153/10 del 14.4.10, passata in giudicato).

Con citazione del 26.8.15, ha proposto appello avverso la sentenza [omissis],
chiedendo l'accoglimento della proposta opposizione.

Si sono costituite [omissis], chiedendo l'inammissibilità e - nel merito - il rigetto
dell'appello, in adesione alle motivazioni poste a sostegno del *decisum*.

Con comparsa del 20.5.2020, ha spiegato intervento nel processo [omissis], quale
cessionaria di [omissis].

All'udienza del 19.6.2020, invitate le parti alla precisazione delle conclusioni, la
causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190
c.p.c.

Motivi della decisione

1. Va preliminarmente dato atto che, con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze n. 186 del 25.6.17, [omissis], del cui gruppo bancario faceva parte anche [omissis] è stata posta in liquidazione coatta amministrativa; con atto del 26.6.17, ai sensi dell'art. 3 del d.l. 99/17 (recante "*Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di [omissis]*"), [omissis] in l.c.a. ha ceduto a [omissis] le attività e passività costituenti l'azienda bancaria, ad esclusione di alcune attività, tra le quali i crediti classificati o classificabili - in base principi contabili - come crediti "deteriorati" (vale a dire come "sofferenze", "inadempienze probabili" o "esposizioni scadute"), di titolarità di [omissis] e delle sue filiali o controllate; con atto del 10.7.17, integrato il 19 e poi il 22 gennaio 2018, [omissis] ha ceduto a [omissis] in l.c.a. i propri crediti deteriorati, compreso [omissis], quindi, quello per cui è causa; con successivo atto dell'11.4.18, in attuazione di quanto disposto dal Ministro dell'economia e delle finanze con D.M. 22.2.18, ai sensi dell'art. 5 del d.l. 99/17, [omissis] in l.c.a. ha ceduto in blocco a [omissis], che ha acquistato tramite e per conto del [omissis], i crediti verso clienti [omissis] classificati o classificabili - alla data del 26 giugno 2017 - come "in sofferenza", "inadempienze probabili" o "esposizioni scadute" o comunque come "crediti deteriorati" ed altri attivi non ceduti ai sensi dell'art. 3 del citato d.l.; nel medesimo atto si è altresì previsto l'intervento nelle procedure giudiziarie pendenti della cessionaria, onerata di provvedere "*al deposito delle istanze della cedente per la propria estromissione dai giudizi [...] nonché a richiedere, ove necessario, l'estromissione di [omissis]*"; dei suddetti contratti di cessione si è data notizia ai sensi e per gli effetti di cui all' art. 5 del d.l. 99/17, che, al comma 1, espressamente prevede: "*Alla cessione non si applica quanto previsto dagli articoli 58, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7, salvo per quanto espressamente richiamato nel presente decreto, e 90, comma 2, del Testo unico bancario. Si applica l'articolo 3, comma 2*", disposizione quest'ultima ai sensi della quale "*Le disposizioni del contratto di cessione hanno efficacia verso i terzi a seguito della pubblicazione da parte della Banca d'Italia sul proprio sito della notizia della cessione, senza necessità di svolgere altri adempimenti previsti dalla legge, anche a fini costitutivi, di pubblicità notizia o dichiarativa, ivi inclusi quelli previsti dagli articoli 1264, 2022, 2355, 2470, 2525, 2556 e 2559, primo comma, del codice civile e dall'articolo 58, comma 2, del Testo unico bancario. [...] Nei confronti dei debitori ceduti la pubblicazione sul sito produce gli effetti indicati dall'articolo 1264 del codice civile*".

Dalla documentazione in atti emerge, perciò, con chiarezza, innanzitutto, che il rapporto giuridico controverso ricade nell'ambito oggettivo della cessione in favore della [omissis], avendo questa ad oggetto - giova ribadirlo - i crediti cd.

deteriorati vantati da [omissis] verso i suoi clienti, tra cui va certamente incluso quello per cui è causa, ed in secondo luogo che la cessione ha acquistato efficacia verso i terzi, compresi quindi i debitori ceduti, a seguito della pubblicazione dell'atto di cessione sul sito della Banca d'Italia, senza la necessità degli ulteriori adempimenti pubblicitari previsti dell'articolo 58 TUB, per effetto di quanto disposto dagli artt. 3, co. 2, e 5, co.1, d.l. 99/17.

Orbene, a fronte della prova dell'effettiva successione di [omissis] (ora s.p.a. nel diritto sostanziale controverso di [omissis] cui era originariamente titolare, va disposta, ex art. 111 cpc, l'estromissione dal giudizio della dante causa, stante il consenso del successore (Cass. 8052/03).

2. Venendo al merito, col primo motivo di appello, si censura la decisione del tribunale di ritenere che le eccezioni di nullità della clausola relativa agli interessi del contratto di mutuo concluso con la [omissis] (per difetto di forma scritta, superamento del tasso soglia e illegittima capitalizzazione) non fossero ostative all'esecuzione forzata, potendo farsi valere in sede di distribuzione del ricavato ex art. 512 c.p.c.

La censura è, nei termini di cui appresso, fondata.

Come correttamente rilevato dall'appellante, l'assunto sul quale si fonda la decisione è contrario al principio, ormai acquisito al diritto vivente, secondo cui, in caso di opposizione all'esecuzione forzata fondata su un titolo esecutivo di natura contrattuale, "il debitore può contrastare la pretesa esecutiva del creditore con la stessa pienezza dei mezzi di difesa consentita nei confronti di una domanda di condanna o di accertamento del debito, e il giudice dell'opposizione può rilevare d'ufficio non solo l'inesistenza, ma anche la nullità del titolo esecutivo nel suo complesso o in singole sue parti" (Cass. 21293/11).

Passando, quindi, all'esame delle contestazioni dell'opponente, ritiene questa Corte che, mentre sono fondate quelle relative all'indeterminatezza del tasso pattuito ed all'illegittima capitalizzazione degli interessi, non lo è l'eccezione di usurarietà del tasso.

Dall'esame della documentazione prodotta e dall'analisi svolta dal c.t.u. è emerso che: la banca ha applicato un tasso annuo effettivo (TAE) del 7,3814% non previsto in contratto e superiore al tasso nominale pattuito (TAN) del 7,25 %; le condizioni economiche previste in contratto non sono sufficienti a determinare il tasso effettivo di interesse, alla cui quantificazione il c.t.u. è pervenuto sviluppando le informazioni contenute nel piano di ammortamento, che per non è contestuale alla sottoscrizione del contratto di mutuo del 23.2.2000, ma allegato all'atto di erogazione a saldo del 25.7.2001; il piano di ammortamento è

sviluppato in regime di capitalizzazione composta, senza che questa sia stata pattuita nel contratto di mutuo; a parità di TAN, il monte interessi passa da €71.102,42 in regime di capitalizzazione composta (che è l'importo risultante dal piano di ammortamento) a €41.303,52 in regime di capitalizzazione semplice (v. relazione di ctu a firma della dott. ssa

[omissis]).

2.1. Orbene, primo dato rilevante ai fini dell'indagine devoluta a questa Corte è rappresentato dall'applicazione di un tasso effettivo di interesse (che rappresenta il costo effettivo annuo del finanziamento al netto di spese, commissioni ed oneri accessori, la cui incidenza rileva invece ai fini del T.A.E.G.) diverso da quello concordato e più sfavorevole al cliente, in quanto superiore a quest'ultimo per effetto dell'occulta applicazione (in sede di sviluppo del piano di ammortamento) del regime di capitalizzazione composta.

La previsione contrattuale relativa al tasso di interesse contiene, quindi, un'indicazione (quella del TAN) parziale, che nulla dice su aspetti qualificanti del rapporto di credito (relativi ai tempi di riscossione degli interessi ed al regime finanziario adottato), e che si rivela insufficiente a determinare il monte interessi (espressione del prezzo effettivo del finanziamento) in caso di adozione - non dichiarata in contratto - del regime di capitalizzazione composta.

Come efficacemente evidenziato dal c.t.u., mentre in un regime di capitalizzazione semplice, il TAN può rappresentare una corretta misura del costo del finanziamento, esso *“perde questa sua caratteristica in un regime di capitalizzazione composta (dal momento che la relazione tra tempo e interesse non è più lineare)”*, *“anzi in tali circostanze, per via della capitalizzazione, il TAN fornisce, come nel caso in esame, una misura sottodimensionata del prezzo costo dell'operazione, rischiando in questo mondo di pregiudicare la completezza di informazione al cliente e dunque quel livello di consapevolezza che controparte deve avere per garantire la corretta gestione economico-finanziaria della posizione e, dunque, la sua complessiva sostenibilità”*. Pertanto, a parità di importo finanziato, di T.A.N. contrattuale, di durata del piano di rimborso e di numero di rate, due prestiti, a seconda del regime di capitalizzazione, produrranno un costo del tutto diverso, *“che risulterà decisamente più alto in regime di capitalizzazione composta, mentre sarà indiscutibilmente più ridotto in regime di capitalizzazione semplice”*, e la differenza del monte interessi sarà costituita, per l'appunto, dalla componente anatocistica generata dall'impiego del regime composto.

Ne deriva, dunque, la nullità della clausola per indeterminatezza del tasso di interesse ex artt. 1346-1418, 2° co., c.c. e per violazione della forma scritta prevista *ad substantiam* dall' 117, co. 4, TUB per gli interessi ultralegali.

La divergenza tra T.A.N. e T.A.E., in difetto di previsione pattizia del TAE e del regime finanziario applicato, rende, infatti, indeterminata la clausola relativa al tasso di interesse, dal momento che l'individuazione del tasso effettivo di interesse viene affidata ad un artificioso ed occulto incremento del tasso pattuito conseguente all'applicazione della formula dell'interesse composto nella fase di elaborazione del piano di ammortamento, cioè in un momento successivo alla conclusione del mutuo e sulla base di un regime finanziario (quello dell'interesse composto) non previsto in contratto (cfr., sul punto, T. Massa, 3 agosto 2020; T. Lucca, 10 giugno 2020; App. Campobasso, 5 dicembre 2019; T. Cremona, 28 marzo 2019; T. Bari 29 ottobre 2008¹).

Opinare diversamente equivale ad accettare che il T.A.N. possa perdere la funzione sua propria, che è quella di misurare il prezzo del finanziamento, per l'effetto esponenziale (anatocistico) connaturato al regime composto adottato.

Del resto, il principio per cui la determinatezza del tasso di interesse impone che il contratto preveda espressamente il regime finanziario adottato e, con esso, il criterio di calcolo degli interessi trova autorevole espressione nella giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui, *“la mera indicazione di un <<riferimento numerico>> per il tasso di interessi può non risultare sufficiente ai fini del riscontro di determinatezza del relativo patto ex art. 1346 c.c., laddove valga ad indicare unicamente il tasso che viene applicato (non al rapporto in*

¹“Il tasso nominale di interesse pattuito letteralmente nel contratto di mutuo non si può volutamente maggiorare nel piano di ammortamento, né si può mascherare un artificioso incremento nel piano di ammortamento, poiché il calcolo d'interesse nel piano di ammortamento deve essere trasparente ed eseguito secondo le regole matematiche dell'interesse semplice. I contratti di mutuo per cui è causa sono mutui con rimborso frazionato, in cui alla banca, durante il rapporto, si restituisce ratealmente il capitale, originariamente prestato, prima della scadenza finale del mutuo stesso: i mutui de quibus vengono estinti con una serie di pagamenti effettuati dal debitore. La rata del mutuo con rimborso frazionato si è calcolata però nel caso in esame con la formula dell'interesse composto, non prevista nella parte letterale del medesimo contratto, che comporta la crescita progressiva del costo, comprendendo di certo degli interessi anatocistici [...]. La banca, che utilizza nel contratto di mutuo questo particolare tipo di capitalizzazione viola non solo il dettato dell'art. 1283 c.c. ma anche quello dell'art. 1284 c.c., che in ipotesi di mancata determinazione e specificazione, ovvero di incertezza (tra tasso nominale contrattuale e tasso effettivo del piano di ammortamento allegato al medesimo contratto), impone l'applicazione del tasso legale semplice e non quello ultralegale indeterminato o incerto. La sanzione dell'interesse legale è prevista e disposta dalla norma imperativa dell'art. 1284 c.c.”.

quanto tale, ma) solo in relazione a <<un dato momento storico>> dello stesso” (cfr. Cass. n. 3855/2018), ma - al contrario - il criterio in base al quale va stabilito un tasso deve essere oggettivo, predeterminato e verificabile (cfr. Cass. 2317/2007; 12276/2010): “ciò che importa, onde ritenere sussistente il requisito della determinabilità dell’oggetto del contratto di cui all’art. 1346 c.c. (rispetto al quale l’art. 1284 c.c., contiene l’ulteriore previsione dell’onere di forma per la convenzione di interessi superiori alla misura legale), è che il tasso d’interesse sia desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all’istituto mutuante, anche quando individuato per relationem”, in quest’ultimo caso, mediante rinvio a dati che siano conoscibili a priori e siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza dallo stesso contratto (cfr. già Cass. n. 2765/92 e n. 7547/92, nonché Cass. n. 22898/05, n. 2317/07, n. 17679/09).

In definitiva, “i dati ed il criterio di calcolo devono essere facilmente individuabili in base a quanto previsto dalla clausola contrattuale, mentre non rilevano le difficoltà del calcolo che va fatto per pervenire al risultato finale” (cfr. Cass. n. 25205/2014, conf. id. n. 8028/2018).

Ed ancora, in un recente arresto a sezioni unite (n. 8770 del 12.05.2020), si è ribadita l’esigenza, ai fini di “una precisa misurabilità/determinazione dell’oggetto contrattuale”, di tener conto anche dei “cd. costi occulti”, qual è, in difetto di pattuizione scritta del regime finanziario adottato per il calcolo degli interessi, il “differenziale di costo” implicato dall’impiego della capitalizzazione composta in luogo di quella semplice.

Né vale di certo ad integrare il requisito in parola la predisposizione, in un momento successivo alla conclusione del contratto di mutuo, del piano di ammortamento, il quale costituisce solo l’esito numerico finale dell’applicazione di “criteri” e “parametri” di calcolo del tasso di interesse (quali, in particolare, il regime finanziario ed il metodo di computo degli interessi utilizzati) mai esplicitati in contratto né conoscibili all’atto di assunzione dell’obbligo negoziale.

2.1.1. Peraltro, l’indeterminatezza del tasso si traduce nella violazione del requisito della forma scritta prescritto *ad substantiam* – ex artt. 1284, co. 3, c.c. e 117 TUB - per la pattuizione degli interessi ultralegali.

Anche sotto questo profilo, pur ammettendosi che tale requisito possa essere soddisfatto *per relationem*, si sostiene da parte della S.C. che il richiamo debba riguardare “criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obbiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse”.

Ciò che, come già evidenziato, manca nel caso in esame, in cui i criteri in base ai quali viene determinato il tasso di interesse effettivo (regime finanziario adottato e modello di produzione degli interessi) non sono affatto estrinsecati né nel contratto né nella documentazione ad esso allegata, né sono “obiettivamente individuabili” attraverso il loro esame.

Alla nullità della clausola relativa al tasso di interesse consegue, per effetto del meccanismo di eterointegrazione normativa previsto dal comma 7 dell’art. 117 TUB, la sostituzione del tasso ultralegale applicato con il cd. tasso BOT indicato dalla predetta norma.

2.2. Il secondo dato rilevante, cui invero si è già ampiamente accennato, riguarda l’applicazione, peraltro in assenza di previsione contrattuale, del regime finanziario della capitalizzazione composta, da cui è scaturito un “costo occulto” (per usare l’espressione di cui alla menzionata sentenza a s. u. n. 8770/2020) di €29.798,9, pari alla differenza tra €71.102,42, cioè l’importo degli interessi risultante dal piano di ammortamento, e €41.303,52, pari all’importo degli interessi in un piano di ammortamento con capitalizzazione semplice.

Precisa al riguardo, il ctu: *“È un dato incontrovertibile sul piano matematico finanziario che l’adozione di un regime di capitalizzazione composta produca interessi sugli interessi, ed è un dato altrettanto incontrovertibile che il regime adottato dall’istituto di credito, nella fattispecie in esame, sia proprio quello della capitalizzazione composta e che tale regime sia intimamente connaturato [...] nella formula che ha determinato l’importo della rata costante nel piano di ammortamento, da cui è dipesa la quota interessi, per singola scadenza e complessiva, che il cliente avrebbe dovuto sopportare”*. E prosegue: *“L’ammortamento a rata costante [...] ha determinato, nel regime di capitalizzazione composta adottato, ma non dichiarato, dall’istituto di credito, un’accelerazione nella crescita degli interessi rispetto ad una loro crescita proporzionale, realizzando, per questa via, nella successione di scadenze predeterminate nei piani di ammortamento, la loro capitalizzazione e dunque una spirale ascendente del monte interessi”*.

È evidente la violazione dell’art. 1283 c.c., senza che possa in senso contrario invocarsi l’applicazione della delibera CICR del 9.2.2000, sia perché entrata in vigore in data (22.4.00, cioè) successiva alla conclusione del contratto di mutuo (23.2.00) sia perché prevede, ai fini della legittima applicazione della capitalizzazione, che questa sia prevista da un’apposita convenzione scritta, che nel caso di specie manca.

Il debito va, pertanto, rideterminato applicando il tasso ex art. 117 co. 7 TUB ed in regime di capitalizzazione semplice, che costituisce il modello legale tipico di produzione di interessi, in conformità al disposto di cui all'art. 821, 3° co., c.c.

Ne scaturisce - in base ai calcoli del c.t.u. (sul punto incontestati) - un saldo a credito della [omissis] pari a €53.486,39 (di cui €48.304,26 per credito in linea capitale e €4.182,13 per interessi), in luogo di quello preteso, pari a €100.060,08 alla data del 18.6.12.

2.3. Non è, invece, fondato il rilievo inerente all'usurarietà del tasso di interesse, avendo il c.t.u. escluso che il TEG, calcolato - nell'ipotesi più estrema - nella misura del 7,605%, tenuto conto di tutte le componenti di costo collegate al mutuo², superi il tasso- soglia, pacificamente misurabile nell'8,01% alla data di stipula del contratto, che costituisce l'unico momento determinante per la valutazione del superamento della soglia consentita, non essendo ammessa la cd. usura sopravvenuta (sez. un. 24675/17).

Va, di contro, respinta la prospettazione dell'appellante, il quale perviene ad affermare il superamento del tasso soglia dell'8,01% muovendo dall'errato presupposto che si debbano, a tal fine, sommare il tasso corrispettivo (7,25%) con quello di mora (5%).

Ciò in applicazione di un principio di diritto di recente ripetutamente affermato dalla Cassazione, secondo cui "in prospettiva del confronto con il tasso soglia antiusura non è corretto sommare interessi corrispettivi ed interessi moratori", in quanto, al momento della stipula del contratto, la sommatoria è da escludere, essendo i due tassi alternativi tra loro: se il debitore è in regola con i pagamenti, deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori (Cass. 8470/2020, in motivazione; 17447/19).

Ragion per cui si afferma, sempre da parte della S.C., che "la nullità della convenzione riguardante gli interessi di mora, stabiliti in misura superiore al tasso soglia di cui all'art. 2 l. n. 108 del 1996, non si estende alla pattuizione concernente gli interessi corrispettivi in quanto, pur avendo entrambi l'analoga funzione di remunerare chi ha prestato il denaro, i due interessi non coesistono nell'attuazione del rapporto, ma si succedono, sostituendosi gli uni agli altri dopo la scadenza del termine di restituzione della somma, e vanno considerati, anche in caso di inadempimento, come autonomi e non cumulabili ai fini del calcolo del loro ammontare" (Cass. 9237/2020).

²In particolare, cfr. pg. 34-36 relazione ctu, e all. 11; pgg. 8-9 "sintetica valutazione delle osservazioni delle parti".

Dato, perciò, per assodato, sulla base dei richiamati precedenti giurisprudenziali, che la verifica del carattere usurario degli interessi moratori non possa essere effettuata, come vorrebbe l'appellante, sommando ad essi quelli corrispettivi, deve escludersi la sussistenza dell'usura.

3. Col secondo motivo di appello, si censura l'omessa pronuncia sulle ulteriori contestazioni svolte dall'opponente in merito all'illegittimità dell'azione esecutiva fondata sul mutuo, costituite dall'assenza della condizione legale necessaria alla risoluzione del contratto (art. 40, co. 2, TUB, ossia il mancato pagamento di sette rate di mutuo) e dal mancato scomputo (dal credito precettato) dell'importo della polizza assicurativa stipulata con [omissis].

La censura è infondata.

Nel giudizio di opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c.p.c., l'opponente ha veste sostanziale e processuale di attore, sicché le eventuali «eccezioni» da lui sollevate per contrastare il diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata costituiscono *causa petendi* della domanda proposta con il ricorso in opposizione e sono soggette al regime sostanziale e processuale della domanda.

Ne consegue, pertanto, che l'opponente non può mutare la domanda modificando le eccezioni che ne costituiscono il fondamento, né il giudice può accogliere l'opposizione per motivi che costituiscono un mutamento di quelli espressi nel ricorso introduttivo, ancorché si tratti di eccezioni rilevabili d'ufficio (Cass. 17441/19: nella specie, la suprema corte ha rigettato il ricorso avverso sentenza che aveva ritenuto tardiva la deduzione dell'opponente, rassegnata solo in sede di memorie di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c., relativa alla non assoggettabilità ad espropriazione forzata dell'immobile staggito in quanto oggetto di provvedimento di assegnazione della casa coniugale, emesso in sede di giudizio di separazione ed asseritamente opponibile al creditore procedente ed a quelli intervenuti nell'esecuzione; id., 1328/11).

Venendo alla fattispecie in esame, l'opponente ha introdotto le contestazioni relative alla violazione dell'art. 40 TUB ed al mancato scomputo della polizza assicurativa, per la prima volta, nella memoria ex art. 183 cpc dell'8.1.13, sicché bene ha fatto il tribunale a circoscrivere l'indagine alle sole eccezioni sollevate nell'atto di opposizione, restandogli precluso l'esame di motivi di opposizione diversi da quelli formulati nell'atto introduttivo, stante il divieto di mutamento della domanda.

4. Col terzo motivo di appello, si censura la decisione di dichiarare inammissibili le contestazioni relative all'illegittimità di un titolo giudiziale (il decreto ingiuntivo n. 163/08 chiesto e ottenuto da [omissis] sulla base dell'assegno bancario di

€65.300,00 emesso il 28.1.08), omettendo di esaminare fatti sopravvenuti al decreto ed idonei a travolgerlo, quali la risoluzione dell'appalto alla base dell'emissione dell'assegno e l'accertamento in sede penale della provenienza delittuosa del predetto titolo di credito.

La censura è infondata.

È pacifica, prima che documentata, la definitività del decreto ingiuntivo alla base dell'azione esecutiva promossa da [omissis], essendo passata in giudicato la sentenza dichiarativa dell'inammissibilità dell'opposizione proposta dal [omissis].

Pertanto, correttamente il tribunale ha ritenuto inammissibili le contestazioni relative al credito oggetto del titolo di formazione giudiziale, in quanto precluse dal giudicato.

Costituisce, infatti, diritto vivente il principio, ritenuto conforme al diritto comunitario (Cass. civ., sez. I, 27-06-2018, n. 16983³), secondo cui, nel caso di titolo esecutivo giudiziale, con l'opposizione non si possono addurre contestazioni su fatti anteriori alla sua formazione o alla sua definitività, deducibili esclusivamente coi mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento contro di quello (Cass. 3716/20; id., sez. un., 19889/19; 22465/18; 29786/17; 21954/17; 3712/16; sez. un., 1238/15; 3850/11). Il giudicato sostanziale conseguente alla definitività del decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione (Cass. 19113/18; 11572/16).

Ebbene, di questo principio ha fatto esatta applicazione il tribunale, escludendo la sindacabilità - in sede di opposizione ex art. 615 cpc - di un fatto deducibile nel giudizio di opposizione avverso il decreto ingiuntivo posto alla base dell'esecuzione, quale la provenienza delittuosa dell'assegno bancario in forza del quale fu chiesto ed emesso il decreto ingiuntivo, a prescindere dal fatto (irrilevante) che l'accertamento del reato sia stato posteriore alla formazione del titolo.

³Nella specie, la suprema corte ha confermato la decisione del giudice dell'esecuzione che, a fronte dell'irrevocabilità del decreto ingiuntivo che aveva riconosciuto la spettanza di una speciale indennità prevista da una legge regionale in favore di un allevatore, aveva escluso che il contrasto tra detta provvidenza e il divieto eurounitario di aiuti di stato legittimasse la disapplicazione delle norme processuali interne sull'intangibilità del giudicato.

4.1. Quanto, invece, all'eccezione di risoluzione del contratto alla base del titolo di credito, il giudice correttamente non ne ha tenuto conto, trattandosi di eccezione proposta non con l'atto di opposizione, ma con la richiamata memoria ex art. 183 cpc.

5. Col quarto motivo di appello, si censura la dichiarazione di inammissibilità delle contestazioni aventi ad oggetto la stima del bene staggito da parte dell'esperto nominato dal giudice dell'esecuzione, per aver il tribunale erroneamente ommesso di esaminare nel merito tali contestazioni senza prima disporre una c.t.u.

La censura è inammissibile.

Il tribunale è pervenuto ad una declaratoria di inammissibilità delle contestazioni, sul presupposto che queste fossero tardive, in mancanza di tempestiva opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di vendita.

Orbene, dalla suddetta motivazione l'appellante ha completamente precisato, omettendo di indicare pertinenti ragioni di dissenso rispetto ad essa, e limitandosi, invece, a reiterare la propria contestazione in merito all'erroneità della perizia tecnica d'ufficio.

Ciò in aperta violazione dell'onere di specificità dei motivi di appello di cui all'art. 342 c.p.c., che richiede la delimitazione del giudizio di gravame, con riferimento non solo agli specifici capi della sentenza impugnata, ma anche ai passaggi argomentativi che la sorreggono, e la formulazione di puntuali ragioni di dissenso atte a determinare le modifiche della decisione censurata, a pena di inammissibilità del gravame (Cass. 2028/18; sez. un. 27199/17; 21336/17; 2143/15).

Inammissibilità che non può essere sanata dopo la consumazione del diritto di impugnazione né integrata utilizzando l'attività difensiva dell'appellato, ma può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio, non attenendo i requisiti di forma della impugnazione e le relative decadenze a materia disponibile delle parti (Cass. 25218/11; 25588/10; 20261/06; 12984/06; 5445/06; 22906/05; 23742/04; 14251/04: "L'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi, imposto dall'art. 342 c.p.c., integra una nullità che determina l'inammissibilità dell'impugnazione, con conseguente effetto del passaggio in giudicato della sentenza impugnata").

Il fondamento di tale onere si basa sul fatto che le statuizioni di una sentenza non sono scindibili dalle argomentazioni che la sorreggono, sicché è necessario che l'atto di appello esponga compiute argomentazioni che, contrapponendosi alla motivazione della sentenza impugnata, mirino ad incrinarne il fondamento

logico-giuridico (Cass. 3194/19; 12280/16; 18704/15; Sez. Un. 23299/11; 6396/04).

L'atto di appello deve, perciò, investire la motivazione posta a base della sentenza, restando altrimenti inammissibile per carenza degli elementi essenziali e, segnatamente, della specificità dei motivi sotto il profilo della loro pertinenza alle *rationes decidendi* (Cass. 19989/17; 6978/13; 238/10; 4829/09; 12700/01).

Ed invece l'appellante a tale onere non ha assolto, non avendo formulato una censura pertinente rispetto all'argomentazione alla base della decisione impugnata.

Tale motivo di gravame va, quindi, dichiarato inammissibile per violazione dell'onere di specificità imposto dall'art. 342 c.p.c.

6. Resta assorbito il quinto motivo di appello, relativo alla liquidazione delle spese, trattandosi di capo della decisione che viene automaticamente caducato per effetto della riforma, ancorché parziale, della sentenza.

Il parziale accoglimento dell'opposizione, con conseguente accertamento del minor credito di [omissis] nei confronti del [omissis], giustifica la parziale compensazione delle spese giudiziali, nella misura di ½, unicamente nei rapporti con detto istituto di credito; per la restante parte e nei confronti di [omissis] le spese, da liquidarsi in dispositivo (in misura pari ai valori minimi previsti dal dm 55/14 e succ. mod., tenuto conto della collocazione del credito all'interno dello scaglione di riferimento), vanno poste a carico dell'appellante.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [omissis], con citazione del 26.8.15, avverso la sentenza n. 947/15 del 22.4.15 emessa dal Tribunale di Foggia, così provvede:

1. estromette dal giudizio [omissis];
2. accoglie per quanto di ragione l'appello e, in parziale accoglimento dell'opposizione all'esecuzione proposta da [omissis], accertata la nullità della clausola del contratto di mutuo agrario del 23.2.00 relativa al tasso di interesse e l'illegittimità della capitalizzazione degli interessi, dichiara che il credito per cui [omissis] ha diritto di agire in via esecutiva nei confronti di [omissis] è pari a [omissis];
3. dichiara inammissibili gli altri motivi di opposizione;
4. condanna l'appellante a rifondere a [omissis] le spese giudiziali nella misura di ½, che liquida in [omissis] per il primo grado ed in [omissis]

F. Cacciafesta. Un commento tecnico – matematico su una sentenza in tema di ammortamento francese

per il secondo, oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge, compensata la restante metà;

5. condanna l'appellante a rifondere alla [omissis] le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in [omissis] per il primo grado ed in [omissis] per l'appello, oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge;
6. condanna l'appellante a rifondere alla [omissis] le spese del giudizio di appello, liquidate in [omissis] oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge;
7. compensa per $\frac{1}{2}$ le spese di c.t.u. (liquidate come in atti) tra l'appellante e [omissis] e pone la restante parte definitivamente a carico dell'appellante.

Così deciso, nella camera di consiglio in videoconferenza del 27 ottobre 2020.

Il Consigliere estensore

Carmela Romano

Il presidente

Egiziano di Leo

1. *Introduzione* – La lettura della sentenza 1890/2020 della Corte d'Appello di Bari, o meglio: di parti di essa e della consulenza tecnica d'ufficio che vi si cita, induce a scrivere qualche precisazione di carattere strettamente matematico-finanziario.

L'argomento è quello, ormai molto discusso, di un mutuo ad ammortamento francese. L'asserzione di una sua "anaticisticità" non è certo nuova; nuove sono però, ed alquanto singolari, alcune delle affermazioni che l'accompagnano e dovrebbero giustificarla. In sintesi, il finanziatore (un istituto di credito) è ritenuto colpevole di aver applicato un tasso effettivo superiore a quello nominale pattuito, attraverso il ricorso a quel regime dell'interesse composto che sarebbe in sé, geneticamente, anaticistico. Intendiamo mostrare come l'osservato scostamento tra i due tassi sia del tutto fisiologico, e certo non possa essere imputato al fatto che la rata del piano di rimborso sia stata probabilmente calcolata col metodo dell'interesse composto. Quest'ultimo gioca un ruolo del tutto marginale: se ne può prescindere senza che nulla cambi sul piano pratico. Se dunque l'ammortamento francese standard va ritenuto illegittimo (questione sulla quale non crediamo l'ultima parola spetti ad un matematico), ciò va addebitato ad una sua caratteristica di lettura più riposta, che segnaleremo nel

par. 5 e che lo accomuna – peraltro – a quasi tutte le forme di ammortamento in uso.

2. *Un TAE "non previsto in contratto"* – Dalla sentenza si evince che la banca avrebbe applicato un tasso annuo effettivo (che poi si specifica "netto": TAE) del 7,3814% non previsto in contratto, stante che in questo veniva pattuito un TAN del 7,25%. Intendiamo mostrare come quella affermazione non risponda a verità.

Una prima precisazione, pedante ma necessaria: un tasso annuo effettivo, netto (TAE) o lordo (TAEG) che sia, piuttosto che "applicato", viene calcolato a partire dal piano d'ammortamento; il quale si stila applicando (adesso, sì) il tasso corrispettivo e le altre modalità concordate, e comprendendovi (per il TAEG) o no (per il TAE) le spese accessorie⁴.

La considerazione del TAE è quanto mai opportuna, ma del tutto inusitata, obbligatoria essendo invece l'indicazione del TAEG; dobbiamo supporre che esso sia stato calcolato dal c.t.u. Il TAEG è essenziale per giudicare di un'eventuale usurarietà, ma irrilevante se il problema riguarda una presunta anatocisticità. La questione non è infatti, in questo caso, di costo complessivo, ma di modalità di determinazione dell'onere netto: misurato, appunto, dal TAE.

Conosciamo del contratto solo il poco che si evince dalla lettura della sentenza; possiamo però affermare che rilevare un TAE del 7,3814% significa che è stato adottato un tasso corrispettivo semestrale del 3,625%, corrispondente al TAN del 7,25%. Contrariamente a quanto la sentenza asserisce, dunque, se la cadenza prevista per i pagamenti era semestrale, il TAE osservato è proprio quello previsto dal contratto.

Qualche parola di commento.

La maniera più naturale e trasparente di fissare il tasso corrispettivo è riferirlo al periodo che intercorre tra due pagamenti successivi; impiegare cioè un tasso annuo, o mensile, o che altro, a seconda dei casi. È però d'uso, anche per permettere un'immediata confrontabilità tra eventuali alternative diverse, riportare questo tasso "periodale" a misura d'anno. Il TAN di un prestito non è altro che il suo tasso corrispettivo, riportato ad anno secondo la regola dell'interesse semplice.

Il passaggio è elementare (il 5% semestrale diventa il 10%), ma fa sparire una parte essenziale dell'informazione⁵. Infatti, limitarsi a "pattuire un TAN del

⁴ La formula da impiegare è dettata da Banca d'Italia e Commissione Europea (che la hanno copiata dai manuali di Matematica Finanziaria), e consiste nell'imporre la "condizione di equità" in interesse composto: il valor attuale, in questo regime, degli impegni del mutuatario deve coincidere con quello di quanto egli riceve in prestito.

⁵ L'indicazione del solo TAN, non accompagnata dalla specificazione della frequenza con cui sono dovuti i pagamenti, rappresenta un chiaro caso di incompletezza informativa; non sappiamo se il

7,25%" vuol dire solo accordarsi nel senso che gl'interessi verranno pagati annualmente in ragione del 7,25%, oppure che lo saranno semestralmente al tasso semestrale del 3,625%, o ogni quattro mesi al tasso quadrimestrale del 2,417%, o altro ancora. Si comprende come si tratti di alternative "nominalmente" simili, ma "realmente", "sostanzialmente" diverse⁶: come diverso è pagare, ad esempio, 725 euro alla fine dell'anno, o 362,5 ogni semestre, o 241,7 ogni quadrimestre (al di là dell'ingenua osservazione che, in ogni caso, si pagano pur sempre 725 euro all'anno).

È standard in Matematica Finanziaria, per ovviare a questo inconveniente e fare un po' di luce nell'oscurità provocata dal passaggio dal tasso corrispettivo periodale al TAN, riportare il primo a misura d'anno utilizzando, invece dell'interesse semplice, quello composto: impostazione che permette di dare il giusto peso alla cadenza temporale dei pagamenti. Si ottiene per questa via quello che in dottrina si chiama "tasso effettivo⁷ annuo equivalente a quel TAN" e che, nel caso in esame (chiariremo meglio nel seguito) coincide col TAE del prestito.

È forse bene sottolineare, per evitare fraintendimenti, che ragionare in termini di TAN o di tasso effettivo equivalente non sposta la sostanza del rapporto, comunque regolato dal tasso periodale.

Un'ultima osservazione. Anche l'indicazione del tasso corrispettivo periodale lascia in realtà, come vedremo nel prossimo paragrafo, un margine di indeterminatezza. Stabilire che gl'interessi sono dovuti, ad es., nella misura del 3,625% semestrale non chiarisce, a rigore, su quale capitale essi vadano calcolati.

3. *Un TAE superiore al TAN* – Sempre nella sentenza si afferma che la banca avrebbe "*applicato*"⁸ un TAE ... non solo non previsto (questione della quale ci siamo già occupati, ma anche) *superiore al TAN pattuito*.

Abbiamo difficoltà a comprendere la portata di questa obiezione.

Che il TAE possa essere, anzi in genere sia, superiore al TAN è fatto che, almeno in linea di principio, è ben noto anche a livello giurisprudenziale. Ricordiamo la sentenza del Tribunale di Pescara 557/2019 (che a sua volta ne cita due, rispettivamente di Milano [9154/2018] e di Torino [1303/2017]): *Per definizione il TAE differisce dal TAN... I due indici esprimono due valori diversi e correttamente non coincidono*.

contratto di cui qui trattasi sia in regola da questo punto di vista.

⁶ Non a caso al Tasso Annuo Nominale (TAN) si contrappongono quelli detti Effettivi (TAE, TAEG e un altro che stiamo per incontrare): questi ultimi hanno un significato reale, quello ne ha solo uno formale, o quasi "fittizio".

⁷ Per l'uso, qui, di questo aggettivo, si veda la nota precedente.

⁸ Le virgolette sono nostre, e giustificate all'inizio del paragrafo precedente.

La sentenza di Pescara menziona però solo la principale delle ragioni che possono causare quella differenza: essa infatti si limita a rilevare che il TAN ignora l'effetto "anticipazione" di eventuali pagamenti infraannuali, e dunque sottostima il vero costo del credito. Se i pagamenti sono dovuti con periodicità ad esempio semestrale, il debitore anziché pagare (esemplifichiamo con i dati del caso in esame) il 7,25% a fine anno, paga il 3,625% alla fine di ogni semestre: anticipa dunque, parzialmente, il pagamento. Il TAE ed il tasso effettivo equivalente, che in genere coincidono (ma si veda tra poco), danno conto di ciò e, se vi sono pagamenti infraannuali, risultano superiori al TAN.

In realtà, il TAE può però differire dal TAN anche per un altro motivo, accennato alla fine del par. 2.

In una procedura di ammortamento si dà, forse erroneamente, per scontato, che ad ogni scadenza il debitore paghi tutti gli interessi generati nel periodo dal debito ancora non rimborsato, indipendentemente da quanto, in quello stesso momento, egli paga in conto capitale. È ciò che accade usualmente, ed ha come conseguenza che il TAE venga a coincidere col tasso effettivo equivalente al TAN e, se la frequenza è infraannuale, sia superiore a questo.

Si può però, più o meno artificiosamente, convenire che il debitore paghi invece, alle scadenze, solo gli interessi relativi alla parte del prestito che sta di volta in volta rimborsando. In questo caso, il TAE perde ogni rapporto diretto col tasso effettivo equivalente, e può risultare inferiore al TAN. Nell'appendice, presentiamo un esempio di ammortamento francese ad interesse semplice che realizza questa modalità; contraddicendo, tra l'altro, l'incauta affermazione nella sentenza (peraltro, di scarsissimo rilievo) secondo cui, *in un regime di capitalizzazione semplice, il TAN può rappresentare una corretta misura del costo del finanziamento*.

È bene, a questo punto, rilevare esplicitamente che in tutte le forme di ammortamento comunemente usate ("francese standard", "italiano", prestiti *bullet*⁹, ...; restano esclusi i soli prestiti ZCB¹⁰), ogni qual volta la cadenza dei pagamenti non sia annuale, il TAE del prestito risulta superiore al suo TAN¹¹. Ci chiediamo se la Corte di Bari intenda dichiararle tutte inammissibili.

Questa domanda non va considerata retorica. Nel prossimo par. 4 mostreremo come la Corte sbaglia se ritiene che l'ammortamento francese standard sia qualitativamente diverso dalle altre tipologie usuali; nel successivo

⁹ Si tratta dei prestiti con rimborso alla scadenza e pagamento periodico degli interessi.

¹⁰ Con questa denominazione, che significa "Zero Coupon Bond", ossia "a cedola nulla", si designano oggi i prestiti detti una volta "col pagamento del montante alla scadenza": il debitore rimborsa il capitale e paga tutti gli interessi in un'unica soluzione, alla scadenza finale del contratto.

¹¹ Ad esempio: per un prestito (*bullet*) di 1.000 euro da rimborsare dopo un anno, e da remunerare semestralmente al tasso semestrale del 5%, il TAN è il 10% ed il TAE è il 10,25%.

par. 5 argomenteremo che essa avrebbe invece qualche ragione per sostenere la presenza di anatocisticità in tutte tali tipologie.

4. *L'ammortamento francese standard senza interesse composto* – Si può pensare che la Corte di Bari abbia voluto sanzionare non il fatto di un TAE superiore al TAN, ma quello che ciò risulterebbe *per effetto dell'occulta applicazione (in sede di sviluppo del piano di ammortamento) del regime di capitalizzazione composta*. Poco più oltre si parla addirittura di una *differenza del monte interessi... costituita... dalla componente anatocistica generata dall'impiego del regime composto*. Vi sarebbe, pare di capire, il peccato originale di una rata da considerare illecita, in quanto calcolata utilizzando l'interesse composto: il ricorso al quale implica automaticamente il formarsi di una componente anatocistica.

Molte precisazioni sono d'obbligo.

La prima e più ovvia è che, nel caso in esame, il TAE risulta superiore al TAN per la semplice ragione che era convenuto (non crediamo "occultamente") gl'interessi fossero pagati con periodicità semestrale: ne segue l'effetto anticipazione di cui al par. 3, del tutto estraneo ad ogni considerazione relativa ai regimi finanziari. I quali, cogliamo l'occasione per notarlo, sono spesso citati a sproposito in questi contesti. Contrariamente a quanto sembra credersi, non vi è alcuna necessità di fissare un regime di capitalizzazione per stilare un piano di ammortamento. Domande, ora, retoriche: quale legge si segue in un ammortamento a quote capitale costanti? O per un prestito *bullet*?

La Corte allude forse alla circostanza che la rata è stata calcolata, senza esplicito accordo al riguardo, con una formula in cui figura l'interesse composto. Troviamo quanto meno singolare che si parli di *occulta applicazione* in relazione ad una formula di uso aperto e comune da molti decenni; ma soprattutto, teniamo a far notare che la presenza dell'interesse composto è qui del tutto accidentale.

Abbiamo dimostrato altrove¹² che se si programma di ammortizzare un prestito con una rata costante, la condizione "naturale" presentata al par. 3 (che il debitore paghi periodicamente tutto l'interesse generato dal debito ancora non rimborsato) fornisce per la rata lo stesso valore che si ottiene con la formula in interesse composto. Quest'ultima è di uso comune per la sua semplicità; ma non è in alcun modo necessaria. A rigore, che la banca l'abbia usata è indimostrato; e

¹² Una proposta per superare il dialogo tra sordi in corso sull'ammortamento francese, con alcune osservazioni sul TAEG e sul TAN; Riv. del Dir. Comm. e del Dir. Gen. delle Obbligaz., CXVII, 2019, pp. 373-386. Una dimostrazione più completa è stata presentata in occasione della "Giornata di studio sull'anatocismo" organizzata dall'Amases in data 26/2/2021.

parlare di utilizzo dell'interesse composto è, dal punto di vista tecnico e logico, una mera forzatura.

Non si può non essere d'accordo sul fatto che una rata diversa (più bassa) avrebbe determinato un diverso TAE (più basso) e, per il pochissimo che vale, un diverso (più basso) monte interessi. Ma che se si fosse usata un'altra formula (in luogo di quella usuale) si sarebbe trovato un TAE uguale al TAN è davvero impensabile.

5. *La categoria dei prestiti "anatocistici"* – Abbiamo altre volte argomentato come l'ammortamento francese standard possa considerarsi "anatocistico"; condividendo però questa caratteristica con la quasi totalità delle tipologie in uso¹³. Possiamo qui presentare la nostra tesi dicendo che si può parlare di una forma di anatocisticità ogni qual volta il contratto di prestito preveda il pagamento periodico d'interessi calcolati su tutto il debito non ancora rimborsato.

Abbiamo visto al par. 3 come ciò implichi che il TAE del prestito coincida con il tasso effettivo equivalente al suo TAN. È semplicissimo dimostrare (ma crediamo fuor di luogo farlo qui) che in questo caso quel prestito corrisponde ad un portafoglio di ZCB in interesse composto. La questione riguarda quindi la legittimità di questi ultimi.

Un tipico ZCB in interesse composto prevede che, a fronte di 100 euro ricevuti in prestito per due anni al tasso annuo del 10%, il debitore restituisca alla scadenza 121 euro: dei quali, in conto interessi, 10 di competenza del primo anno, 10 di competenza del secondo, 1 generato nel secondo anno dagli interessi generati nel primo. Non vi è, come si vede, traccia di interessi generati da interessi scaduti; ma sì, ed evidenti, di interessi generati da altri interessi.

L'ultima precisazione è dettata da quello che sembra ora delinearsi come orientamento maggioritario delle pronunce giurisprudenziali: si sarebbe in presenza di "anatocismo" giuridicamente rilevante non ogni qual volta si faccia ricorso all'interesse composto, ma quando si sia in presenza di interessi generati da interessi "scaduti ed esigibili". La formulazione, sulla cui legittimità ci guardiamo dal pronunciarci, è quasi risolutiva: in base ad essa, quei ZCB non sono "anatocistici"¹⁴, e tutta la categoria dei prestiti per i quali parlavamo di una

¹³ V. ad es. *Ammortamento francese e bullet: simul stabunt, simul cadent*; Assocetu, 15.12.2020

¹⁴ Dobbiamo però segnalare (negativamente per la sua ambiguità) la sentenza 544/2020 della Corte d'Appello di Torino: *si ha anatocismo ... soltanto se gli interessi maturati sul debito nel periodo X si aggiungono al capitale, andando così a costituire la base di calcolo produttiva di interessi del periodo X+1 e così via ricorsivamente*. Il participio "maturati" ha qui il significato di "generati" o di "scaduti"? I prestiti ZCB in interesse composto vanno considerati anatocistici o no, a seconda che la lettura corretta sia la prima o la seconda.

"forma di anatocisticità" (tra i quali, quelli ad ammortamento francese standard) va considerata legittima.

Sia intanto, però, consentito commentare che, d'altra parte, è difficile immaginare situazioni nelle quali interessi "scaduti ed esigibili" diventino automaticamente produttori di nuovi interessi, se non sotto la forma di interessi di mora o quando, nei rapporti di conto corrente, la banca provvedeva all'addebito periodico. Entrambe le fattispecie risultano ora regolate a parte: onde il divieto generale sembra aver conservato la natura di un cannone puntato in una direzione dalla quale non ci si aspettano più nemici.

Vi è tuttavia una seconda considerazione da fare. Un'altra conseguenza del fatto che gl'interessi siano ogni volta commisurati a tutto il debito residuo, è che in questo modo si dà evidentemente luogo a pagamenti d'interessi anticipati rispetto al rimborso del capitale cui essi si riferiscono.

Non si confonderà questa anticipazione con quella, di cui al par. 3, legata all'utilizzo di un TAN a cadenza infraannuale. Alludiamo qui al fatto, molto più elementare, di pagamenti d'interessi su un debito che sarà rimborsato (o finito di rimborsare) solo in futuro. Ebbene: resta, per noi, questione ancora aperta se questa anticipazione configuri o no "anatocismo" anche ai sensi della lettura restrittiva del concetto.

Si consideri, come tipico caso per il quale è previsto pagamento d'interessi anticipato rispetto al rimborso, quello di un *bullet* biennale, da remunerare al tasso annuo del 10%. Il debitore è tenuto a pagare 10 euro d'interessi alla fine del primo anno, e 10 (d'interessi) più 100 (a titolo di rimborso) alla fine del secondo.

È ovvio osservare che non si vedono interessi generati da interessi "scaduti ed esigibili": quelli generati nel corso del primo anno sono per intero pagati alla fine di questo, e dunque non partecipano alla formazione degli'interessi di competenza del secondo.

Abbiamo però altrove proposto il seguente argomento, che rovescia la conclusione. Il fatto di dichiarare "scaduti ed esigibili" alla fine dell'anno 1 gl'interessi fino ad allora generati, fa nascere una nuova situazione di debito che, in quanto tale, va a sua volta remunerato. Se il debitore tarda nell'eseguire il pagamento dei primi 10 euro, al di là dei vincoli previsti dall'art. 1283 del codice civile, il creditore non ha (riteniamo) difficoltà ad eccepire che sta subendo un danno pari alla perdita degli'interessi che lucrerebbe tornando ad investire quella somma. Se, invece, il debitore paga, rinuncia alla possibilità d'investire quei 10 euro nel corso dell'anno 2, e registra un lucro cessante quantificabile (visto che il denaro rende, in questa situazione, il 10% annuo) in un euro. Secondo entrambe

le letture, gl'interessi scaduti ed esigibili alla fine del primo anno generano una nuova spesa a carico del debitore.

Appendice: *Un prestito ad ammortamento francese in interesse semplice* – Siano 1.000 euro da rimborsare in due anni al TAN del 10%, con rate annue costanti calcolate in interesse semplice. Esistono in realtà più modi di procedere; il più ovvio consiste nell'imporre che sia soddisfatta la condizione di equità di cui nella n. 1, ma secondo l'interesse semplice e con riferimento al tempo iniziale dell'operazione (la precisazione del tempo non è necessaria se si usa l'interesse composto: a riprova, sia consentito dirlo, della superiorità tecnica di questo secondo strumento). Si trova una rata di 573,91 euro, ed un TAE del 9,70%: come promesso nel par. 3, inferiore al TAN.

La logica di questa impostazione consiste nel decomporre il prestito in un portafoglio di (qui, due) sottoprestiti del tipo ZCB, ognuno remunerato secondo l'interesse semplice. Con la prima rata il debitore rimborsa il primo sottoprestito (di ammontare 521,74) e paga i relativi interessi (52,17 euro); con la seconda, rimborsa il secondo (di ammontare $1.000 - 521,74 = 478,26$) e paga i due anni di interesse semplice generati (95,65 euro).

A titolo di confronto: la procedura standard, quella detta "ad interesse composto", prevede una rata di 576,19 euro, ed un TAE del 10%, uguale al TAN (che coincide a sua volta, le rate essendo annue, col tasso effettivo equivalente). Con la prima rata il debitore paga tutti gl'interessi generati nell'anno dalla somma ricevuta (100 euro) e destina i rimanenti $576,19 - 100 = 476,19$ a rimborso parziale. Dei 100 euro pagati a titolo d'interessi, 47,62 sono relativi alla parte di debito che sta rimborsando; i residui 52,38 sono invece quelli generati nel primo anno dalla parte di prestito che si rimborserà alla fine del secondo, e dunque pagati anticipatamente rispetto alla scadenza.

APPROFONDIMENTI

MONICA COSSU*

L'educazione finanziaria della “generazione Z”. Riflessioni in tempo di pandemia**.

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema di indagine: l'alfabetizzazione finanziaria al tempo dei post-*Millennials*, o generazione Z. – 2. Una premessa su cultura finanziaria del cliente investitore *retail* e analfabetismo finanziario funzionale. – 3. L'educazione finanziaria delle giovani generazioni come *asset* strategico. – 4. Conclusioni. Per una cultura (sia) digitale che finanziaria della *Gen-Z*.

1. *Delimitazione del tema di indagine: l'alfabetizzazione finanziaria al tempo dei post-Millennials, o generazione Z.* – Si constatano da tempo il generale incremento e il crescente tasso di obsolescenza delle norme che compongono il così detto diritto dei mercati finanziari. Direttive e regolamenti dell'Unione europea, leggi dello Stato, regolamenti ministeriali e regolamenti delle autorità indipendenti, si susseguono a ritmo sempre più incalzante, e in alcuni specifici ambiti sono affiancati da regole di *soft law*.

La stabilità nel tempo, requisito caratteristico della legge tradizionale, è ormai radicalmente compromessa: la legge, nei mercati finanziari, dispone per il presente, e non per l'avvenire.

È radicalmente compromessa anche la territorialità, altro requisito caratteristico della legge tradizionale: si sente l'esigenza di regole “armonizzate” oltre il livello europeo, ed è sempre più difficile identificare sia *dove* le operazioni finanziarie si svolgano, e sia, conseguentemente, a *quali regole* soggiacciono.

* Monica Cossu è professore ordinario di diritto commerciale nell'Università di Sassari, Dipartimento di Scienze economiche e aziendali-DiSEA. Insegna anche diritto dei mercati finanziari, diritto bancario e diritto industriale. È avvocato in Sassari, iscritta nell'elenco speciale ex art. 11 d.p.r. 380/1982. I suoi interessi di ricerca riguardano il diritto dell'impresa, il diritto societario, la *corporate governance* e i mercati finanziari, il diritto delle crisi di impresa.

** Lo scritto costituisce una rielaborazione della relazione *Post-Millennials and Financial Markets: Rethinking Financial Literacy in the post-pandemic era*, svolta al convegno internazionale di Benevento, *Tecnologia e innovazione: nuovi modi per fare cose note?* il 15 dicembre 2020. Esso è destinato al Volume degli *Scritti in onore di Vincenzo di Cataldo*.

Quel che si staglia sullo sfondo è un diritto sempre più liquido, disancorato dalle coordinate base del tempo e dello spazio e dalla sua tradizionale territorialità. Il problema è noto e sempre più evidente, ed è già da tempo un tema di discussione parlamentare¹.

Con specifico riferimento ai mercati di prodotti e servizi finanziari, la complessa articolazione del quadro normativo ha generato quel fenomeno di *information overload(ing)* per cui per il cliente consumatore, e più in generale per il cliente investitore *retail* - quand'anche mediamente accorto ed informato - è sempre più arduo conoscere *tutte* le regole, seguirne l'evoluzione, acquisire, elaborare, metabolizzare tutte le informazioni *rilevanti*, o comunque *sensibili*, necessarie per attribuire il valore più adeguato ad ogni prodotto finanziario e compiere scelte economiche e di investimento consapevoli.

Il mito dell'*uomo della strada informato* si appanna sempre di più².

Così anche si appanna il mito dell'*investitore perfettamente informato e razionale*³: l'investitore non sempre ha contezza delle proprie reali conoscenze e capacità, spesso si sopravvaluta ed è vittima di una ben nota propensione all'*overconfidence*⁴.

In materia di informazione finanziaria la regolazione, intesa in senso ampio come l'insieme delle clausole generali (prima fra tutte la trasparenza), delle regole applicabili ai contratti di investimento, e delle regole di comportamento imposte agli intermediari, pur nella sua complessità e completezza (e, anzi, anche per questo) ha fallito l'obiettivo di fornire agli investitori una tutela adeguata, e di preservarne la fiducia.

È vero che il modello di *product governance* che il sistema della *MiFID II* ha inaugurato⁵ pretende di selezionare *ex ante* i prodotti e servizi finanziari

¹ Si veda CAMERA DEI DEPUTATI, *Rapporto 2001 sullo stato della legislazione*, XIV Legisl., p. 40 ss.

² Si v. L. ZINGALES, *Does Finance Benefit Society*, in NBER Working paper n. 20894, <http://www.nber.org/papers/w20894>.

³ A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, in *Janus*, 3/2003, p. 36.

⁴ Si definisce *overconfidence* un meccanismo di distorsione comportamentale (rientrante nella criticità che si dirà fra un attimo) che porta all'incapacità di distinguere fra capacità percepita ed effettiva, con sopravvalutazione delle proprie capacità. "La ricorrenza di questa distorsione segue un andamento "a gobba" a seconda della fascia di età: così, è indicativo come all'abbassamento della conoscenza in età avanzata faccia spesso riscontro un «eccesso di sicurezza» (*overconfidence*), il che espone maggiormente gli anziani al rischio di scelte imprudenti o di frodi": E. BRANDIMARTI - F. CODA MOSCAROLA - E. FORNERO, *La conoscenza finanziaria di base: un nuovo strumento di progresso individuale e sociale*, in CENTRO STUDI EINAUDI, *Indagine sul risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2017*, a cura di G. Russo, 2017, p. 92.

⁵ L'art. 24, par. 2, della Direttiva 2014/65/UE, c.d. *MiFID II*, stabilisce che "le imprese di investimento che realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali

destinati ai clienti investitori *retail*⁶, e impone agli intermediari di proporre loro (solo) prodotti semplici, liquidi e a bassa rischiosità, tali da consentire scelte finanziarie consapevoli⁷. L'obiettivo dichiarato di questo modello è evitare che il cliente *retail* scelga prodotti e strumenti finanziari inadatti alla propria capacità patrimoniale e al proprio profilo di rischio (quindi anche alla capacità di sopportare perdite), arrivando sino a vietare il collocamento presso il pubblico di prodotti, strumenti e servizi considerati troppo rischiosi (*product intervention*)⁸. Tuttavia, questo modello dirigistico e fortemente paternalistico, se non proprio intrusivo⁹, è in piena crisi.

D'altra parte, sul versante della consulenza finanziaria indipendente - tanto fortemente valorizzata dalla *MiFID II* e incoraggiata dalle autorità di vigilanza, in quanto accresce il livello di *informazione imparziale* - i costi da sostenere sono, mediamente, piuttosto elevati, e non sempre il meccanismo di remunerazione del consulente è facilmente intellegibile¹⁰; non è, quindi, realistico considerarle alla portata di tutti, e tanto meno alla portata della clientela più giovane che si affaccia al mondo del lavoro.

individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con il target. L'impresa d'investimento adotta inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target".

⁶ È noto che la *MiFID II* si contraddistingue per l'enfasi estrema che ripone sul *prodotto* e sulle *tecniche di transazione* più che sulle regole di comportamento degli operatori.

⁷ M. BERTANI, *Trading algoritmico ad alta frequenza e tutela dello slow trader*, in *AGE*, 2019, p. 286 ss.

⁸ Nell'approccio di *product intervention* preventivo e proattivo, complementare alla *product governance*, che connota il *MiFIR*, si pre-individuano i prodotti (troppo) complessi o inaffidabili in maniera aprioristica, e si arriva a sovrastare l'autonomia privata e a limitarne o anche impedirne *ex ante* negoziazione, distribuzione e vendita. M. DE MARI, *Product governance e product intervention nella MiFID2: dalle regole di comportamento al controllo sui prodotti finanziari?* in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 691; M. COSSU, *Gestione di portafogli e consulenza in materia di investimenti nella MiFid II e nella BRRD. Stato dell'arte e aspetti problematici*, in questa *Rivista*, 2017, p. 26 ss.

⁹ Come osserva N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets regulation*³, Oxford, Oxford Univ. press, 2014, spec. p. 820 ss.; v. anche Id., *The Investor Model Underlying the EU's Investor Protection Regime: Consumers or Investors?*, in *EBOR*, 2012, p. 191: "[p]roduct intervention is also associated with a more intrusive approach to retail investor risk-taking, consistent with its association with consumerisation and closer intervention in the investor decision"; A.P. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 40; M. DE MARI, *Product governance e product intervention nella MiFID2: dalle regole di comportamento al controllo sui prodotti finanziari?* cit., p. 691.

¹⁰ Si v., recentemente, i risultati dell'indagine pubblicati da *Il Sole 24 ore*: L. INCORVATI, *Le fee della consulenza? non facili da decifrare*, *Plus Il Sole 24 ore*, 13 giugno 2020.

2. *Una premessa su cultura finanziaria del cliente investitore retail e analfabetismo finanziario funzionale.* – Certamente in questo insuccesso apparente della regolazione ha un ruolo importante la mancanza di cultura finanziaria del cliente investitore *retail*: le regole di comportamento imposte agli operatori e la ricca informativa contrattuale non possono, in effetti, compensare l'analfabetismo finanziario del cliente, né colmare asimmetrie culturali, prima che informative, che sono abissali.

Il problema di fondo che resta irrisolto non è quindi (sol)tanto la carenza di informazione ma l'*analfabetismo finanziario funzionale* che rende quell'informazione inintelligibile. Il patrimonio informativo infatti è quantitativamente molto ampio, e diversificato a seconda che il cliente sia professionale, *retail* o consumatore, e così anche la frequenza del flusso informativo¹¹, anche perché le clausole generali di *appropriatezza* e *adeguatezza* poste dalla normativa europea per valutare la diligenza professionale degli intermediari nell'offerta dei servizi di investimento principali si applicano, ovviamente, anche ai *flussi informativi*¹². Il problema è, però, che il cliente *retail* non è in grado di decifrare e ordinare le informazioni che riceve¹³.

Guardando alla generazione dei c.d. post-*Millennials*, o generazione Z¹⁴, si constata che il problema è altrettanto diffuso e generalizzato, anche se non dappertutto con la stessa intensità: i risultati delle indagini statistiche "OCSE PISA 2012" e "OCSE PISA 2015"¹⁵ rivelano che i quindicenni italiani, rispetto alla media

¹¹ Per quanto riguarda i clienti *retail*, l'art. 37 del regolamento intermediari contenuto nella delibera Consob 15 febbraio 2018, n. 20307, successivamente modificato con delibera Consob 29 luglio 2020, n. 21466, impone che siano indicati il periodo di efficacia del contratto (inclusi i rinnovi), le modalità di una sua eventuale modifica e quelle per impartire ordini ed istruzioni, nonché la frequenza, il tipo ed i contenuti della documentazione da trasmettere al cliente; nel caso, poi, degli *high-frequency trader*, soggiacciono a specifici obblighi circa la tipologia di informazioni che devono mettere a disposizione della clientela *retail*: per gli obblighi informativi degli *HFT* si v. M. BERTANI, *Trading algoritmico ad alta frequenza e tutela dello slow trader*, cit., p. 286 ss.

¹² Su questo modello di correttezza sia procedimentale che sostanziale dei flussi informativi v. N. MICHELI, *Il risparmio tradito, tra discipline generali e regole speciali*, in AGE, 2018, p. 558 s.; G. SANTONI, *I costi organizzativi ed economici delle discipline di trasparenza*, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, II, p. 707 ss.

¹³ Sulle note difficoltà dell'investitore-consumatore, e dell'investitore *retail* in genere, a selezionare le informazioni disponibili cfr. U. MORERA - E. MARCHISIO, *Finanza, mercati e regole...ma soprattutto persone*, in AGE, 2012, p. 22; U. MORERA, *Psicologia dell'investitore retail e disciplina di protezione*, in AA.VV., *Il Testo Unico della Finanza. Un Bilancio dopo 15 anni*, a cura di F. Annunziata, Milano, 2015, p. 239; R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in Banca, borsa, tit. cred., 2016, I, p. 298.

¹⁴ Sulla definizione di "generazione Z" v. anche *infra*, § 3 e nt. 32.

¹⁵ Sia il Rapporto nazionale "OCSE PISA 2012" che l'indagine "OCSE PISA 2015" hanno rilevato le competenze degli studenti italiani in ambito di matematica, lettura e scienze, poiché risulta esservi una relazione diretta piuttosto forte tra le competenze studentesche in tali ambiti e il livello di

degli studenti dei dieci paesi OCSE che hanno partecipato all'indagine, in materia di alfabetizzazione finanziaria detengono un primato negativo, collocandosi al penultimo posto.

Da questi dati si evince, in particolare, che “circa il 20% degli studenti in Italia (rispetto al 22% in media nei paesi e nelle economie OCSE partecipanti all'indagine) non riesce a raggiungere il livello di riferimento per le competenze finanziarie (Livello 2)”¹⁶, e non è in grado di distinguere un prodotto finanziario dall'altro¹⁷. Ciò proprio nel momento in cui essi si trovano a potere (e quindi dovere) scegliere entro una varietà sempre crescente e mutevole di prodotti finanziari e di strumenti di impiego e valorizzazione del risparmio; il che richiede un livello di conoscenze ben più elevato di quello che bastava alle generazioni precedenti per assumere una decisione finanziaria *consapevole* e *appropriata*. Si pensi ad esempio alla diffusione presso la clientela al dettaglio di prodotti finanziari complessi e illiquidi¹⁸, spesso di difficile comprensione anche per gli investitori esperti¹⁹.

Di contro, guardando al polo alto del campione, “some 12% of students across OECD countries and economies are top performers in financial literacy... These students can analyse complex financial products and solve non-routine financial problems. They show an understanding of the wider financial landscape, such as the implications of income-tax brackets, and can explain the financial advantages of different types of investments”²⁰.

Vi è, inoltre, una relazione diretta tra livello generale di istruzione - e di riconoscimento dell'importanza di investire nell'istruzione - e livello di

alfabetizzazione finanziaria, sebbene tale correlazione sia meno forte nel caso degli studenti italiani (BANCA D'ITALIA, *Rilevazione sulle iniziative di educazione finanziaria in Italia nel triennio 2012-14*, 2017, p. 12). Entrambe le indagini hanno anche rilevato il dato relativo al livello di *literacy* finanziaria, che non era, invece, incluso nella rilevazione periodica precedente (*PISA 2006*).

¹⁶ OECD, *Results from PISA 2015 Financial literacy. Country note Italia*, Oecd, 2016, p. 1.

¹⁷ “Nel migliore dei casi, questi studenti sono in grado di identificare prodotti e termini finanziari di uso comune, riconoscono la differenza tra bisogni e desideri, sono in grado di prendere decisioni semplici sulle spese quotidiane in contesti che hanno probabilmente già vissuto in prima persona. Ad esempio, gli studenti che non raggiungono il Livello 2 nelle competenze finanziarie sono in grado di rispondere nella migliore delle ipotesi a una domanda come FATTURA (INVOICE)”: OECD, *Results from PISA 2015 Financial literacy. Country note Italia*, cit., p. 1.

¹⁸ Muovono da questa prospettiva di indagine A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, cit., p. 38; sulla falsariga, M. RABITTI, *Disorientamento e opportunismo del consumatore nei contratti del mercato finanziario*, in *Janus*, n. 3, 2019, p. 42 ss.; M.E. SALERNO, *L'enforcement della disciplina in materia di tutela del contraente debole nei mercati finanziari*, ivi, p. 60.

¹⁹ L. ZINGALES, *Does Finance Benefit Society*, cit., loc. cit.

²⁰ OECD, *PISA 2015. Results in Focus*, Oecd, 2018, p. 19.

alfabetizzazione finanziaria²¹: gli studenti che ottengono buoni risultati in termini di "educazione finanziaria"²² hanno maggiore probabilità di intraprendere una formazione universitaria; quegli stessi studenti hanno maggiore probabilità di svolgere un'attività professionale altamente qualificata intorno ai trent'anni.

L'importanza di investire in capitale umano e l'educazione finanziaria vanno, dunque, di pari passo.

È compito del legislatore, allora, perseguire programmaticamente l'obiettivo di accrescere il livello di educazione finanziaria della popolazione²³, in quanto fattore di benessere individuale, crescita economica e stabilità dei mercati, analogamente a come nel codice del consumo aveva già a suo tempo programmaticamente individuato quel duplice obiettivo di educare i consumatori e di renderli *consapevoli* dei propri interessi²⁴ dal quale sono scaturite diverse iniziative mirate a una educazione finanziaria collettiva e inclusiva.

Ciò è tanto più vero oggi che la crisi sanitaria decretata dalla pandemia da *Covid-19* ha condotto dapprima a una severa e strutturale crisi economica (a

²¹ J. CAMPBELL, *Household Finance*, in *Journ. of Finance*, 61, 2006, p. 1553 ss.

²² Una definizione di "educazione finanziaria" è presente nell'art. 24-bis, comma 2, d.l. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito, con modificazioni, in l. 17 febbraio 2017, n. 15, recante disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio, anche noto come "decreto salva-banche", ove è detto che "per educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale, ai fini del presente articolo, si intende il processo attraverso il quale le persone migliorano la loro comprensione degli strumenti e dei prodotti finanziari e sviluppano le competenze necessarie ad acquisire una maggiore consapevolezza dei rischi e delle opportunità finanziarie".

²³ Si v. l'art. 24-bis del già menzionato d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 (v. nt. prec.). Ivi, in particolare, al comma 1, è detto che "Le disposizioni del presente articolo prevedono misure ed interventi intesi a sviluppare l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale. Tali disposizioni assicurano l'efficacia, l'efficienza e la sistematicità delle azioni dei soggetti pubblici e privati in tema di educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale e riconoscono l'importanza dell'educazione finanziaria quale strumento per la tutela del consumatore e per un utilizzo più consapevole degli strumenti e dei servizi finanziari offerti dal mercato". Si v. poi il d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito in l. 17 febbraio 2017, n. 29, c.d. decreto milleproroghe 2017, che ha introdotto la *Strategia Nazionale per l'Educazione Finanziaria, assicurativa e previdenziale* (SNEF). Si inseriscono in questo scenario le iniziative promosse dal Comitato per la programmazione e il coordinamento delle attività di educazione finanziaria istituito nel 2017 con d.m. del MEF, di concerto con il MIUR e con il MISE, in attuazione del già ricordato d.l. 23 dicembre 2016, n. 237 (v. *supra*, nt. 21). Il Comitato ha lo scopo di promuovere iniziative utili a innalzare tra la popolazione la conoscenza e le competenze finanziarie, assicurative e previdenziali e migliorare per tutti la capacità di fare scelte coerenti con i propri obiettivi e le proprie condizioni: tra queste, il portale dell'educazione finanziaria, la settimana dell'educazione finanziaria, le varie iniziative promosse dal Comitato in collaborazione con il MISE e con l'IVASS.

²⁴ Si v. l'art. 4, comma 1, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, o codice del consumo, ove è detto che "l'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali".

causa dei numerosi, prolungati e reiterati blocchi alle attività produttive si è verificato un crollo dapprima della *domanda*, e poi inevitabilmente anche dell'*offerta* di determinati beni e servizi), e successivamente a una crisi finanziaria globale.

Sebbene il fenomeno della scarsa *financial literacy* sia in parte spiegabile con gli esiti di una precedente fase di stagnazione economica i cui effetti ancora si risentivano al momento dello scoppio della pandemia da *Covid-19*, è certo in ogni caso che il livello di alfabetizzazione finanziaria della popolazione italiana è tra i più bassi delle economie avanzate²⁵, e, elemento ancor più rilevante, appare tanto più basso nei non laureati rispetto ai laureati, così confermando l'esistenza di una relazione lineare e diretta tra livello generale di istruzione e livello di alfabetizzazione finanziaria²⁶.

In questo scenario appare altrettanto ineludibile l'obiettivo programmatico di formare le nuove generazioni di giovani adulti a comprendere l'importanza delle scelte finanziarie: "as globalisation and digital technologies have made financial services more widely accessible and challenging, and as financial decisions are increasingly common in the lives of young people, everyone needs to be financially literate"²⁷.

3. L'educazione finanziaria delle giovani generazioni come asset strategico. – L'analisi dei dati mostra, peraltro, che presso i clienti investitori *consumer e retail* in genere le tipologie di prodotti maggiormente e più largamente diffusi sono gli strumenti di pagamento, non anche gli strumenti e i servizi finanziari in senso stretto²⁸, per cui non può dirsi conseguito quel livello adeguato e soddisfacente di inclusione finanziaria che passa - ovviamente - attraverso il pieno accesso ad un'ampia gamma di strumenti finanziari, non solo di strumenti di pagamento²⁹.

²⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2008 - Supplementi al Bollettino Statistico*, 2010; STANDARD & POOR'S, *Ratings Services Global Financial Literacy Survey*, 2014; CONSOB, *Report on financial investments of Italian households - Behavioural attitudes and approaches*, 2016; BANCA D'ITALIA, *Rilevazione sulle iniziative di educazione finanziaria in Italia nel triennio 2012-14*, cit., p. 7.

²⁶ Si v. BANCA D'ITALIA, *I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2008 - Supplementi al Bollettino Statistico*, cit., loc. cit.; G. D'ALESSIO - R. DE BONIS - A. NERI - C. RAMPAZZI, *L'alfabetizzazione finanziaria degli italiani: i risultati dell'indagine della Banca d'Italia del 2020*, in Banca d'Italia, Occasional Paper n. 588, dicembre 2020, p. 20.

²⁷ OECD, *PISA 2015. Results in Focus*, cit., p. 22.

²⁸ OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, OECD, 2020, p. 29.

²⁹ A. ATKINSON - F. MESSY, *Promoting Financial Inclusion through Financial Education: OECD/INFE Evidence, Policies and Practice*, OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions, no. 34, OECD Publishing, 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/5k3xz6m88smp-en>; OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 29, testo e nt. 10.

Visto l'elevato livello di analfabetismo finanziario funzionale che connota ampie fasce della popolazione attiva³⁰, si rende allora necessario ricercare, per il futuro, metodi che siano più efficaci ed efficienti nel formare le giovani generazioni. Il cliente investitore *retail* del futuro deve essere artefice della propria educazione finanziaria, e "corresponsabilizzato nel processo produttivo, dovendo concorrere con il proprio lavoro (non remunerato) di acquisizione di conoscenze specialistiche a partecipare al processo produttivo dell'informazione e a garantire la qualità della distribuzione di prodotti finanziari"³¹.

Va da sé, allora, che se l'investire in educazione finanziaria con l'obiettivo di formare adulti *consapevoli* sotto il profilo economico-finanziario è un *asset* strategico, l'attenzione si deve concentrare sulla "Generazione Z", quella dei *Post Millennials*, o nativi digitali nati tra il 1995 e il 2010, che hanno attualmente un'età compresa tra i 10 e i 25 anni³².

È necessario che questa nuova generazione, che le statistiche dicono avere un approccio finanziario piuttosto orientato (o forse rassegnato) al debito³³, maturi consapevolezza della propria *reale* propensione al rischio e della propria capacità finanziaria; consapevolezza che il più delle volte è mancata nelle generazioni precedenti, anche presso i ceti più elevati, per i quali le scelte finanziarie e di investimento erano spesso frutto del mero buon senso, se non della più totale improvvisazione.

³⁰ A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, cit., p. 36.

³¹ A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, cit., p. 36, ove l'A. ricorda che l'analisi empirica riscontra i tratti distintivi più comuni dell'analfabetismo funzionale nella "tendenza a credere all'opinione di chiunque senza informarsi, nell'incapacità di utilizzare informazioni e idee matematiche nelle diverse situazioni di vita. Si tratta, all'evidenza, di precondizione che esclude, in Italia, ogni efficienza del metodo per quasi la metà - *low skilled* - della popolazione attiva". L'analisi si radica sui dati raccolti ed elaborati dall'OCSE nel *Programme for the International Assessment of Adult Competencies (PIAAC)*, che promuove periodici *Survey of Adult Skills*.

³² La "Z Generation" - o "Gen Z" (i cui componenti sono noti anche come "iGen", "Post-Millennials", "Centennials", "Zoomers", "Plurals") è la coorte demografica che segue i "Millennials" e precede la "Generazione Alpha".

³³ "Gen Z may be better prepared (or resigned) to handle many of the same challenges. For example, both generations have experienced a substantial increase in the costs of education, housing and personal expenses, making debt almost unavoidable": M. NATHANSON - L. STELLJES, *Opinion: Gen Z is starting to make their own money – so pay attention to how they're spending and investing it*, in <https://www.marketwatch.com/story/gen-z>, 24 agosto 2020.

Eppure i c.d. *nativi digitali*³⁴ risultano, invece, privi di qualunque nozione in materia di risparmio, e fortemente esposti a truffe finanziarie *on line*³⁵.

La situazione non migliora in maniera sufficientemente significativa nel tempo, come si evince dall'indagine *OCSE 2020*, le cui risultanze evidenziano che i giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni non sono molto evoluti in termini di *educazione finanziaria*³⁶, e quindi nemmeno in termini di *comportamento finanziario*, variabile dipendente dall'educazione finanziaria³⁷.

L'indagine rivela anche che se da un lato ad un elevato livello di educazione finanziaria corrisponde un uso appropriato di strumentazioni digitali³⁸, non è vero l'inverso, per cui la dimestichezza con i *digital device* non è necessariamente correlata ad un elevato livello di educazione finanziaria³⁹.

³⁴ La prima generazione interamente digitale è quella dei *Millennials*, o generazione Y, dei nati tra il 1981 e il 1996, che hanno attualmente un'età compresa tra i 24 e i 39 anni: A. LUSARDI - N. OGGERO, *Millennials and Financial Literacy: A Global Perspective*, in *GFLEC*, 2017, p. 2.

³⁵ Si consideri che gli indici normalmente utilizzati per stimare il livello di alfabetizzazione finanziaria della popolazione adulta sono *numeracy (interest)*, *compound interest*, *inflation*, e *risk diversification*: cfr. L. KLAPPER - A. LUSARDI - P. VAN OUDHEUSDEN, *Financial Literacy Around the World: Insights from the Standard & Poor's Ratings Services Global Financial Literacy Survey*, in http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/Finlit_paper_16_F2_singles.pdf, 2015. Nel caso italiano, sul versante delle giovani generazioni, oltre sei studenti su dieci non sanno calcolare un ipotetico rendimento di denaro depositato in banca; circa quattro su dieci non riescono a valutare il peso specifico del tasso di interesse su un finanziamento; oltre sette su dieci non sanno tradurre il tasso d'interesse in una somma reale: Fonte: *Redazione scuola. Il sole 24 ore*, 25 novembre 2020.

³⁶ "Young people (aged 18-29) appear to have lower financial literacy and financial attitude scores than the rest of the sample consistently and significantly. They also tend to have lower financial knowledge and less prudent financial behaviour": OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 9.

³⁷ A. LUSARDI - O. S. MITCHELL, *The Economic Importance of Financial Literacy: Theory and Evidence*, in *Journal of Economic Literature* 52 (1), 2014, spec. p. 6 s.

³⁸ OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 9: "Respondents who used digital devices or services have consistently and significantly, higher financial literacy, knowledge, behaviour and well - being scores. [...] This suggest that digital use may be consistent with higher financial knowledge and more prudent financial behaviour patterns, however with more short - term attitudes".

³⁹ "Attitude scores, however, are either not significantly different or where they are, appear lower. This suggests that digital use may be consistent with higher financial knowledge and more prudent financial behaviour patterns, however with more short-term attitudes": OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 9.

Queste criticità sono il segnale più evidente dell'insuccesso delle politiche di educazione ed *inclusione finanziaria*⁴⁰; e il *trend* negativo riguarda specificamente anche il caso italiano⁴¹.

Ovviamente il primo, efficace, strumento di contrasto alla scarsa alfabetizzazione finanziaria è rappresentato dall'*educazione familiare* ricevuta dal singolo, o dal ruolo suppletivo di un componente del nucleo che abbia elevate competenze finanziarie e si occupi della gestione dell'economia familiare, così compensando l'analfabetismo di altri componenti: alcuni studi mostrano come le famiglie tendano spesso, in effetti, a specializzare al proprio interno queste competenze⁴².

L'*inclusione finanziaria* non può, tuttavia, essere sempre e interamente demandata al nucleo familiare. D'altra parte, non può essere affidata per intero nemmeno a eventi divulgativi esterni alla famiglia la partecipazione ai quali avviene su base esclusivamente volontaria, come dimostra lo scarso impatto complessivo prodotto dalle pur numerosissime iniziative organizzate da attori istituzionali come OCSE, Banca d'Italia, Consob⁴³.

L'oggettiva crescente complessità del risparmio gestito esige, dunque, una educazione finanziaria strutturale e continuativa, che può essere offerta soltanto implementando la cultura finanziaria nelle scuole, sia nelle forme didattiche tradizionali che anche con l'ausilio delle più recenti tecnologie di didattica a distanza⁴⁴, il cui uso è ormai massivo e che occupano, quindi, un ruolo centrale

⁴⁰ È ancora di OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 60, il rilievo relativo alla complessiva carenza di educazione finanziaria, alla diffusa attitudine allo *short-termism* e a un comportamento finanziario scarsamente prudente delle giovani generazioni.

⁴¹ OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 60, ove si evidenzia che Cina, Corea, Italia, Hong Kong, Repubblica Ceca rappresentano il polo più basso in termini di educazione finanziaria. Negli stessi termini già G. GUGGIOLA, *Gli investimenti nel tempo della scomparsa dei rendimenti senza rischio*, in CENTRO STUDI EINAUDI, *Indagine sul Risparmio e sulle scelte finanziarie degli italiani 2017*, cit., p. 68.

⁴² J.W. HSU, *Aging and Strategic Learning: The Impact of Spousal Incentives on Financial Literacy*, in *Journ. of Human Resources*, Vol. 51, no. 4, 2016, p. 1036 ss.; G. D'ALESSIO - R. DE BONIS - A. NERI - C. RAMPAZZI, *L'alfabetizzazione finanziaria degli italiani: i risultati dell'indagine della Banca d'Italia del 2020*, cit., p. 18, ove gli AA. si soffermano sui modelli compensativi che si realizzano nel contesto familiare, ove "il fatto di avere membri della famiglia che, per scelta o per mancanza di necessità, non hanno le dovute competenze finanziarie può avere conseguenze meno negative se le decisioni vengono prese a livello familiare, coinvolgendo la persona con maggiori conoscenze".

⁴³ Hanno contribuito e contribuiscono, negli anni, a iniziative di educazione finanziaria varie categorie di attori istituzionali quali banche, assicurazioni, fondi pensione, associazioni di categoria, autorità di vigilanza (Banca d'Italia, IVASS, COVIP, Consob), spesso passando attraverso il coinvolgimento delle scuole: BANCA D'ITALIA, *Rilevazione sulle iniziative di educazione finanziaria in Italia nel triennio 2012-14*, cit., p. 19.

⁴⁴ Si pensi ai percorsi di *gamification* già da tempo utilizzati da *Microsoft Inc.* per promuovere le conoscenze dei propri dipendenti in materia di sicurezza informatica.

nel migliorare il grado di alfabetizzazione ed educazione finanziaria delle nuove generazioni di investitori, e nel combattere l'analfabetismo finanziario funzionale che connota la gran parte della clientela *retail* e oltre la metà della popolazione attiva⁴⁵.

La sfida che attende il giurista è complessa, dunque, tanto più in un momento come quello attuale, nel quale un processo generale di *transizione digitale* della formazione attraversa tutti i campi della conoscenza, i sistemi educativi stanno sempre più incorporando contenuti digitali nei loro programmi⁴⁶, e lo specifico dei mercati conosce un'era di autentica *financial revolution*⁴⁷.

4. Conclusioni. Per una cultura (sia) digitale che finanziaria della Gen-Z. – L'urgenza di promuovere una cultura dell'educazione finanziaria e digitale (da non confondersi l'una con l'altra)⁴⁸ è particolarmente evidente se si considera quale sviluppo abbia avuto il processo di disintermediazione dei servizi finanziari a partire dal 2009, anno di nascita del *bitcoin* e nel quale, entro una fase di sviluppo delle *virtual currency* e delle *cryptocurrency* inedita fino a quel momento, si colloca convenzionalmente l'origine del *fintech*.

Questo processo evolutivo ha accresciuto in misura esponenziale le possibilità di accesso a una *finanza disintermediata*, come tale non soggetta alla vigilanza di autorità pubbliche di controllo e al rispetto di regole prudenziali, di organizzazione interna, di gestione del rischio⁴⁹. Tale rinnovato scenario, entro il

⁴⁵ A. ANTONUCCI, *Le regole del mercato finanziario: la tutela del risparmiatore tra passato, presente e futuro*, cit., p. 37.

⁴⁶ OECD, *PISA 2018 Results*, Oecd 2019, p. 3.

⁴⁷ H.Y. CHIU, *The disruptive implications of FinTech - Policy Themes for Financial Regulators*, in *Journ. of Technology Law & Policy*, 21, 2017, p. 55; V. FALCE - G. FINOCCHIARO, *La digital revolution nel settore finanziario. Una nota di metodo*, in *AGE*, 2019, p. 313 ss.

⁴⁸ La facilità di accesso ai servizi finanziari tipica della *fintech* può rivelarsi facile per il cliente giovane e alfabetizzato dal punto di vista dell'educazione digitale; il che non implica una corrispondente cultura e consapevolezza finanziaria: cfr. M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata, in FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di M.T. Paracampo, Torino, 2017, 141; G. FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. "fintech"*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 351 ss., correttamente osservando la neutralità della *fintech* in termini di protezione dell'investitore, dal momento che se da un lato rende effettivamente l'utente finale più capace di "entrare nel mondo" dei servizi finanziari, dall'altro non lo rende necessariamente tutelato, o più tutelato.

⁴⁹ Tra l'altro, come evidenzia una recente indagine condotta dall'ESMA presso tutte le autorità di vigilanza europee (cfr. ESMA, *Advice on Initial Coin Offering and Crypto-Assets*, 9 gennaio 2019, in https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf) la soglia di tutela degli investitori assicurata dall'ordinamento italiano appare, comparativamente, ben più elevata rispetto a quella degli altri ordinamenti europei, grazie ad un concetto - da noi anche

quale si assiste a una metamorfosi strutturale delle modalità di negoziazione, certamente costringe, ora anche in ambito europeo, a un ripensamento della regolamentazione, che al momento, specie per quanto concerne fenomeni quali la negoziazione algoritmica, nelle sue forme di *automated trading*, *high frequency trading* e negoziazione automatizzata per conto proprio, resta in gran parte affidata ai *regulatory technical standards* dell'ESMA⁵⁰.

Sebbene, dunque la *fintech*, la *blockchain* e le altre *distributed ledger technology* potrebbero nel futuro offrire soluzioni capaci di rendere più efficiente "o, secondo i più ottimisti, di trasformare radicalmente l'attuale sistema economico"⁵¹, è anche vero che questo processo evolutivo deve essere accompagnato da un'educazione finanziaria adeguata. In caso contrario, il fenomeno da un lato decreterebbe una pericolosa e incontrollata spinta al debito piuttosto che all'accumulo di valore, e dall'altro metterebbe in serio pericolo il risparmio pubblico: basti pensare al processo di accelerazione dell'uso improprio, spesso inconsapevole, delle criptovalute che l'era *Covid-19* sta recando con sé, al fatto che non possa applicarsi alle criptovalute la disciplina dettata per gli strumenti finanziari - non essendo, quantomeno allo stato, classificabili quali strumenti finanziari ai sensi della *MiFID II*⁵² - e all'a-territorialità della commercializzazione di *token* attraverso protocolli *blockchain*⁵³.

normativamente recepito - di "prodotto finanziario" più ampio di quello di "strumento finanziario" presente nella normativa di settore europea.

⁵⁰ Si v., tra i contributi più recenti, S. ALVARO - M. VENTORUZZO: "High-Frequency Trading": *note per una discussione*, in *Banca, impresa, società*, 2016, p. 434 s.; P. LUCANTONI, *L'high frequency trading nel prisma della vigilanza algoritmica del mercato*, in *AGE*, 2019, p. 297 s.; V. FALCE - G. FINOCCHIARO, *La digital revolution nel settore finanziario. Una nota di metodo*, cit., p. 315; sul punto, con riferimento al contesto nordamericano, v. già T.C.W. LIN, *The new investor*, in *UCLA Law Rev.*, 60, (2013), 678. I temi della negoziazione algoritmica in genere, e dell'*high frequency trading* in particolare, vengono, ovviamente, affrontati in questa sede solo incidentalmente, non costituendo l'obiettivo di indagine del presente lavoro. Sul tema si rinvia, tra gli altri, oltre alla letteratura qui citata, a M. COSSU, *Gestione di portafogli e consulenza in materia di investimenti nella MiFid II e nella BRRD. Stato dell'arte e aspetti problematici*, cit., p. 26 ss.

⁵¹ Cfr., in particolare, BANCA D'ITALIA, *Avvertenza sull'utilizzo delle cosiddette "valute virtuali"*, 30 gennaio 2015; BANCA D'ITALIA, *Avvertenza per i consumatori sui rischi delle valute virtuali da parte delle Autorità europee*, 19 marzo 2018; CONSOB, *Rischi per i consumatori, valute virtuali e criptovalute*, 14 febbraio 2019, p. 2. Critico P. CARRIERE, *Le criptovalute sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche*, in *Riv. diritto bancario*, 2019, p. 1 s., il quale ritiene che questo exploit delle criptovalute andrà, con il tempo, a ridimensionarsi.

⁵² A. INCORVAIA, *L'iscrizione in bilancio dei cryptoassets secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS. Un'analisi sulle corrette metodologie da applicare in sede di initial recognition e successive valutazioni*, in *Riv. dott. comm.*, 2020, p. 24.

⁵³ Sul tema, recentemente, G. GITTI, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 23.

Questo processo di dematerializzazione e disintermediazione della finanza che è in atto, esige una più elevata cultura finanziaria del cliente investitore *retail*, nella misura in cui questi può accedere ai servizi finanziari (anche) a prescindere da un intermediario operatore, e al di fuori del canale bancario tradizionale cui si affidavano le generazioni precedenti.

A fronte di questa fortissima accelerazione delle tecnologie di intermediazione, tuttavia, il livello di cultura finanziaria - riferito alle famiglie in generale, alle giovani generazioni in particolare - non si è accresciuto nel tempo in misura sufficientemente significativa⁵⁴. La maggioranza della popolazione non conosce alcun servizio di investimento, non intende il significato di parametri quali appropriatezza e adeguatezza del servizio, non conosce il valore dei servizi ad elevato valore aggiunto quali consulenza e gestione di portafogli; e il dato non migliora se si guarda ai prodotti della previdenza complementare⁵⁵.

È persino superfluo evidenziare, quindi, la centralità, nell'era post-*Covid-19*, dell'*educazione finanziaria*, intesa nel suo ampio significato di conoscenza degli strumenti e delle possibili scelte di investimento e di indebitamento⁵⁶, e di una specifica *educazione digitale*⁵⁷, a sua volta necessaria per elevare il livello di

⁵⁴ Si v. G. D'ALESSIO - R. DE BONIS - A. NERI - C. RAMPAZZI, *L'alfabetizzazione finanziaria degli italiani: i risultati dell'indagine della Banca d'Italia del 2020*, cit., p. 6, ove si rileva che "il livello medio di alfabetizzazione finanziaria degli italiani nel 2020 è 11,2, in una scala che va da 1 a 21, sostanzialmente in linea con il valore rilevato nel 2017".

⁵⁵ Cfr. l'indagine COVIP-CENSIS, *Promuovere la previdenza complementare come strumento efficace per una longevità serena*, 2013.

⁵⁶ Proprio con riferimento alla rilevanza di quest'ultimo elemento si è osservato che "debt literacy refers to the ability to make simple decisions regarding debt contracts, applying basic knowledge about interest compounding to everyday financial choices. We seek to understand the relationship between debt literacy and financial decision-making as well as how both relate to overindebtedness": A. LUSARDI - P. TUFANO, *Debt Literacy, Financial Experiences, and Overindebtedness*, in *NBER WP n. 14808*, 2009, p. 1.

⁵⁷ Elementi di educazione digitale, pur nella prospettiva, in parte diversa, di formare una cittadinanza attiva, e quindi quali elementi del percorso didattico di educazione civica, sono stati inseriti nei programmi scolastici curriculari per effetto dell'art. 5 l. 20 agosto 2019, n. 92, che ha (re)introdotta nei percorsi scolastici della scuola dell'obbligo l'insegnamento obbligatorio dell'educazione civica. Non ha, invece, trovato accoglimento la proposta di modificare l'articolo al fine di inserire, all'interno dell'insegnamento di educazione civica, anche l'educazione finanziaria ed economica, come proponeva la bozza finale del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, c.d. decreto milleproroghe 2019. Tale riferimento venne, infatti, stralciato dal testo approvato in via definitiva. Esiste tuttavia, e viene tuttora implementato, un *Memorandum d'intesa* tra MIUR e Banca d'Italia, sottoscritto il 6 novembre 2007, "per l'avvio di un progetto sperimentale di formazione in materia economica e finanziaria in alcune scuole campione". Si veda, inoltre, la *Carta d'Intenti* per l'Educazione alla Legalità Economica sottoscritta il 10 giugno 2015 al MIUR, e frutto di un accordo tra MIUR, MEF, Corte dei Conti, Banca d'Italia, Associazione Bancaria Italiana, Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, Guardia di Finanza, Agenzia delle Entrate, Equitalia S.p.A., Unioncamere, Associazione Nazionale per lo Studio dei Problemi del Credito, Organismo per la

educazione finanziaria e fare sì che rappresenti uno strumento di equità, e non il contrario⁵⁸.

D'altra parte, che una specifica educazione digitale non accompagnata da un'adeguata educazione finanziaria presenti rischi specifici molto elevati è altrettanto noto⁵⁹. Entrambe sono essenziali al fine di generare e diffondere un modello culturale generalizzato di *inclusione finanziaria* intesa in senso ampio⁶⁰ e di *resilienza finanziaria*, che saranno a loro volta cruciali per preservare il benessere finanziario degli individui e delle famiglie⁶¹, per prevenire *comportamenti finanziari impropri*⁶², e, ancor prima, per evitare i più elevati costi (delle transazioni creditizie e finanziarie) che derivano dalle scelte operate in stato di *ignoranza finanziaria*⁶³.

Tenuta dell'Albo dei Promotori Finanziari (APF), Fondazione per l'Educazione Finanziaria e al Risparmio, Fondazione Rosselli.

⁵⁸ Che la fintech in genere non sia neutrale, potendo quindi avere effetti socialmente inclusivi oppure invece esclusivi, è appurato. Si v., tra gli altri, M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, cit., p. 141 ss.; G. FALCONE, *Tre idee sul c.d. "fin tech"*, cit., p. 356 ss.

⁵⁹ Cfr. M.T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, cit., loc. ult. cit.; G. FALCONE, *Tre idee sul c.d. "fin tech"*, cit., p. 357.

⁶⁰ L'inclusione finanziaria è un obiettivo strategico di tutti i programmi europei, a partire dalla Raccomandazione OCSE 2005 sull'alfabetizzazione finanziaria, i cui principi vennero, poi, ripresi dal G20 nel OECD-INFE, *High-level Principles on National Strategies for Financial Education*, 2012: cfr. OECD, *Improving Financial Literacy: Analysis of Issues and Policies*, OECD Publishing, 2005. Osserva, opportunamente, G. FALCONE, *Tre idee sul c.d. "fin tech"*, cit., p. 358, che "dovrebbe forse essere rimeditata anche la stessa nozione di riferimento di inclusione finanziaria: di guisa che questa possa tenere conto non soltanto della capacità "tecnica" di accesso, ma anche della necessaria capacità di interagire consapevolmente nel mondo cui si è avuto accesso".

⁶¹ "Large groups of citizens are lacking the necessary financial literacy and financial resilience to deal effectively with everyday financial management. This is particularly concerning at the time of the unfolding crisis as a result of the COVID-19 pandemic, which is likely to put considerable economic and financial pressures on individuals and test their ability to preserve their financial well-being": OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 10 s., ove risulta, peraltro, che la resilienza finanziaria degli adulti è bassa: un terzo degli adulti intervistati riferisce di avere un sostegno finanziario di circa una settimana, in caso di perdita del proprio reddito principale.

⁶² "Individuals with little or no savings appear vulnerable not only because they have no financial cushion in crisis times, but also because they appear to have consistently lower financial knowledge and exhibit imprudent financial behaviours and short-term financial attitudes": OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 63.

⁶³ A. LUSARDI - N. OGGERO, *Millennials and Financial Literacy: A Global Perspective*, cit., p. 3: "financial ignorance carries significant costs. Consumers who fail to understand the concept of interest compounding incur more transactions fees, run up bigger debts, and engage in loans with higher interest rates [...]". Sulla correlazione diretta, ad esempio, tra scarsa dimestichezza con il concetto di interesse e aumento dei costi di transazione finanziaria, c.d. *debt-related information*, cfr. A. LUSARDI - P. TUFANO, *Debt Literacy, financial Experiences, and Overindebtedness*, cit., p. 3, anche con specifico riferimento alla correlazione diretta tra ignoranza finanziaria e costo del mutuo; lo scritto è stato oggetto di successiva elaborazione e ripubblicato come A. LUSARDI - P. TUFANO, *Debt Literacy*,

Proprio la generazione Z, quella dei *Post-Millennials*⁶⁴, può dare un apporto decisivo alla ripresa dell'economia post pandemia da *Covid-19*⁶⁵ - in un momento che tra l'altro è estremamente importante anche in termini di ricambio finanziario generazionale⁶⁶- attraverso un *accrescimento della resilienza finanziaria individuale*⁶⁷ e *scelte di portafoglio* che proteggano e accrescano il *benessere finanziario*⁶⁸.

La cultura finanziaria e l'educazione al risparmio finanziario devono, pertanto, divenire un patrimonio conoscitivo comune, cui solo il sistema scolastico può garantire parità di accesso, e deve maturare l'idea dell'educazione alla gestione del risparmio quale dimensione ineliminabile dell'esistenza, da vivere con un grande e forte senso di responsabilità, verso sé stessi e gli altri: strumento di accumulazione di valore da un lato, strumento di equità distributiva, di coesione sociale, di contrasto alle disuguaglianze dall'altro. Lo testimonia la rapida crescita - e il rapido successo presso la *gen-Z* - dell'*impact investing*, che affianca la finanza tradizionale e accoglie un modello di investimento responsabile ed etico, finalizzato nel contempo sia al rendimento finanziario che anche al perseguimento di un impatto sociale⁶⁹, e che potrebbe rappresentare, proprio nella fase successiva alla crisi da *Covid-19*, una grande

Financial Experiences, and Over Indebtedness, in *Journ. of Pension Economics and Finance* 14 (4), 2015, p. 332 ss.; v. anche A. LUSARDI - C. DE BASSA SCHERESBERG, *Financial Literacy and High - Cost Borrowing in the United States*, in *NBER Working Paper 18969*, 2013, p. 10 ss.; T.-Y. PAK, *Financial Literacy and High-Cost Borrowing: Exploring the Mechanism*, in *Journ. of Consumer Studies*, 2018, p. 11 ss.

⁶⁴ V. *supra*, nt. 32.

⁶⁵ A. LUSARDI - N. OGGERO, *Millennials and Financial Literacy: A Global Perspective*, cit., p. 2.

⁶⁶ Accenture stima che nei prossimi decenni circa trenta miliardi di dollari (tra attività finanziarie e non finanziarie) transiteranno dai *baby boomers* verso i *millennials* solo negli Stati Uniti, ed è, quindi, facile comprendere la portata esponenziale del fenomeno: <https://fundspeople.com>, 27 febbraio 2019.

⁶⁷ Evidenza, infatti, OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, cit., p. 11, che la crisi da *COVID-19* è sì un test per la resilienza finanziaria individuale, ma è anche un'opportunità per concentrarsi sull'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria.

⁶⁸ A. LUSARDI - P. TUFANO, *Debt Literacy, financial Experiences, and Overindebtedness*, cit., p. 3.

⁶⁹ È noto che l'attenzione della "Generation Z", quella dei *Post-Millennials*, verso forme di investimento sostenibile, c.d. *impact investing*, è elevatissima. Tra le più interessanti, i cosiddetti investimenti sostenibili e responsabili, identificati dalla sigla *SRI* e legati a doppio filo a criteri extra finanziari, detti *ESG*, che favoriscono un orizzonte di investimento di medio-lungo periodo e contemplano anche la tutela dell'impatto ambientale, sociale e di governo, come tipicamente accade nelle società che adottano un bilancio di sostenibilità. Il successo della tematica *ESG*, al centro di un dibattito non solo giuridico-finanziario ma anche sociale ed economico diffuso, è tale che ormai tutti i gestori di fondi di investimento, compresi i *Private Equity Funds* e gli *Hedge Funds*, detengono in gestione almeno il 30% di capitali *SRI*.

*M. Cossu. L'educazione finanziaria della "generazione Z".
Riflessioni in tempo di pandemia*

opportunità finanziaria per ripartire da una società più equa, sostenibile e inclusiva⁷⁰.

⁷⁰ Secondo l'ultimo report del *Global Impact Investing Network*, l'ammontare di risorse gestite nel settore a livello mondiale è superiore a cento miliardi di dollari: si v. MILLENNIALS SURVEY DELOITTE GLOBAL 2020.

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DI LUCCA

07 maggio 2021 – Giudice unico dott. Giovanni Piccioli

Fideiussioni – violazione normativa antitrust – nullità – collegamento negoziale tra intese “a monte” e contratti “a valle” – prova dell’effetto pregiudizievole dell’intesa

(art. 2, lett. a), l. 287/1990 – art. 1957 c.c.)

La circostanza della pretesa nullità delle clausole nn. 2, 6, 7 e 8 dei contratti di garanzia stipulati dalle parti, per violazione della normativa antitrust, non ricorre nella fattispecie ora in esame, mancando in concreto la dimostrazione dell’incidenza dei pretesi vizi sulla scelta delle attrici tra una pluralità di prodotti bancari concorrenti, nonché la prova dell’effetto pregiudizievole dell’intesa concordata con la banca (cfr. Cass. SS.UU. n. 2207/2005), non sussistendo neppure la rigorosa prova del collegamento negoziale tra intesa “a monte” e contratto “a valle”, necessaria ai fini della pronuncia di nullità richiesta.

Riguardo alla pretesa applicabilità dell’art. 1957 c.c. si rileva che tale articolo non può ritenersi operante nella fattispecie ora in esame, in ragione dell’art. 6 citato, ove prevede che i contratti di garanzia siano correlati non tanto alla scadenza dell’obbligazione principale, quanto al suo integrale adempimento, costituendo ciò una deroga espressa alla disciplina del suddetto articolo, il quale non è pertanto applicabile alla fattispecie ora in esame.

R.G. n. [omissis]

TRIBUNALE ORDINARIO DI LUCCA

Udienza cartolare del 7/5/2021.

Il Giudice

Letti gli atti depositati, visto l’art. 281-sexies c.p.c., pronuncia la seguente sentenza:

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Svolgimento del processo e concisi motivi della decisione:

Con atto di citazione notificato il 30/7/2018 [omissis] proponeva opposizione al Decreto Ingiuntivo n. [omissis] emesso da questo Tribunale ed immediatamente esecutivo, con il quale [omissis] le aveva ingiunto, in solido con [omissis] di pagare la complessiva somma di € 11.390,94 oltre a interessi come da domanda e spese del procedimento monitorio, in ragione di due contratti di finanziamento intercorsi tra il creditore [omissis] e il debitore [omissis] le cui obbligazioni erano state garantite dalla [omissis] e dall'odierna opponente. I crediti erano stati quindi ceduti *pro soluto* alla odierna opposta, [omissis] e tale cessione era stata comunicata alle garanti con raccomandate, assieme alle intimazioni di pagamento, rimaste inevase.

[omissis] motivava la propria opposizione adducendo: 1) la pretesa nullità delle fideiussioni dalla stessa sottoscritte per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera "a" della L. 287/1990, e 2) la pretesa inesistenza del credito di cui al Decreto opposto per l'illegittimità degli addebiti in violazione del divieto di anatocismo e per commissioni e crediti non dovuti. Domandava quindi la revoca del Decreto opposto e la declaratoria di nulla dovere a parte opposta. In subordine domandava il ricalcolo della minor somma eventualmente dovuta.

Si costituiva in giudizio l'opposta [omissis] contestando l'opposizione e affermando in primo luogo l'improcedibilità ovvero l'inammissibilità della stessa per la sua natura generica, riportante considerazioni vevoli per qualsiasi credito in materia bancaria. Eccepiva in ogni caso la nullità dell'opposizione, non sanabile in ragione del decorso del termine. Rilevava, inoltre, la confessione giudiziale *ex art. 2733 c.c.* della sussistenza del credito e la mancata contestazione *ex art. 115 c.p.c.* di taluni fatti e documenti, tra i quali l'estratto conto con i debiti ivi riportati. Contestava quindi la pretesa nullità delle fideiussioni in quanto, tra l'altro, non era provato il collegamento tra intesa a monte e contratto a valle sussistendo, in ipotesi, soltanto una nullità parziale di talune clausole *ex art. 1419 c.c.* Negava inoltre il carattere fideiussorio della garanzia negando, di conseguenza, l'applicabilità dell'art. 1957 c.c. invocato da controparte. Negava, infine, il preteso anatocismo, la pretesa usurarietà dei tassi applicati e concludeva domandando la conferma del Decreto opposto ovvero l'accertamento del credito nella misura ritenuta dal Giudice.

Il processo si svolgeva previa riunione con la successiva causa n. [omissis], avente ad oggetto la stessa opposizione al medesimo Decreto, promossa stavolta dall'altra garante, [omissis].

Effettuata la riunione e depositate le autorizzate memorie *ex art. 183/VI comma c.p.c.*, il precedente Giudice riteneva matura la causa per la decisione e fissava

udienza per precisazione delle conclusioni, che si svolgeva il 10/2/2020. Assegnata quindi la controversia al sottoscritto, che confermava le precedenti determinazioni, la causa era rinviata ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c. all'udienza cartolare odierna, e le parti depositavano tempestivamente i richiesti preverballi.

Nel merito si osserva come la domanda delle attrici opponenti appaia infondata. Risulta infatti che l'esistenza del credito, così come la natura di garanti delle attrici, a prescindere dalla sua validità totale o parziale, risulta incontestata da parte delle stesse attrici, come emerge dai rispettivi atti introduttivi delle cause riunite.

In sintesi si osserva, inoltre, che la circostanza della pretesa nullità delle clausole nn. 2, 6, 7 e 8 dei contratti di garanzia stipulati dalle parti, per violazione della normativa *antitrust*, non ricorre nella fattispecie ora in esame, mancando in concreto la dimostrazione dell'incidenza dei pretesi vizi sulla scelta delle attrici tra una pluralità di prodotti bancari concorrenti, nonché la prova dell'effetto pregiudizievole dell'intesa concordata con la banca (cfr. Cass. SS.UU. n. 2207/2005), non sussistendo neppure la rigorosa prova del collegamento negoziale tra intesa "a monte" e contratto "a valle", necessaria ai fini della pronuncia di nullità richiesta.

Riguardo alla pretesa applicabilità dell'art. 1957 c.c. si rileva che tale articolo non può ritenersi operante nella fattispecie ora in esame, in ragione dell'art. 6 citato, ove prevede che i contratti di garanzia siano correlati non tanto alla scadenza dell'obbligazione principale, quanto al suo integrale adempimento, costituendo ciò una deroga espressa alla disciplina del suddetto articolo, il quale non è pertanto applicabile alla fattispecie ora in esame.

Le attrici hanno poi preteso, in subordine, la declaratoria di nullità del credito in quanto determinato in base a interessi asseritamente anatocistici, lamentando inoltre la usurarietà dei tassi applicati, della commissione di massimo scoperto e delle spese addebitate, non adempiendo tuttavia al preciso onere di contestazione specifica così come previsto da Cass. n. 7501/2012, senza produrre in giudizio l'esatto calcolo secondo il quale la banca avrebbe dovuto computare gli interessi e senza allegare nel termine consentito i Decreti Ministeriali di riferimento per la determinazione del TEGM del periodo di riferimento, rendendo in tal modo impossibile la rilevazione dell'eventuale superamento del tasso soglia, e lasciando sostanzialmente al Tribunale il computo delle altre lamentate violazioni, essendo invece specifico onere delle attrici fornire il dettaglio delle asserite illegittimità e delle loro esatte risultanze numeriche. Per tali motivi anche tale domanda andrà rigettata.

Poiché parte convenuta, nel presente giudizio a cognizione piena, ha fornito la

prova del suo credito, mediante i documenti già prodotti in sede monitoria e, in questa sede, gli estratti conto completi del contratto del conto corrente n. [omissis], nonché il piano di ammortamento di cui al doc. 6 di parte convenuta, si ritiene che la stessa parte abbia assolto all'onere probatorio del proprio credito, laddove le attrici non hanno dimostrato la fondatezza delle proprie domande, e di conseguenza le opposizioni qui riunite andranno rigettate come in dispositivo.

Le spese del presente procedimento seguiranno, infine, la soccombenza, liquidate equitativamente come in dispositivo, in ragione del mancato tempestivo deposito della nota spese di parte convenuta opposta, valutato il valore della controversia e l'attività processuale effettivamente svolta.

P. Q. M.

Il Tribunale di Lucca, in persona del sottoscritto Dott. Giovanni Piccioli in funzione di Giudice Unico, definitivamente pronunciando sulle domande per cui è causa, così provvede:

1. Rigetta le opposizioni riunite, confermando i Decreti Ingiuntivi opposti;
2. Condanna entrambe le oppponenti, [omissis], in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali di parte opposta, [omissis] che liquida equitativamente in complessivi € 5.000,00, oltre a rimborso spese generali, I.V.A. - se dovuta - e C.P.A. come per legge.

Lucca, 07/05/2021

Il Giudice
Dott. Giovanni Piccioli