

GIURI | METRICA

RIVISTA DI DIRITTO, BANCA E FINANZA

ANNO 6
NUMERO 1
GENNAIO/GIUGNO
2022

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

GILLES MOËC, BERTRAND BADRÉ La guerra in Ucraina sconvolgerà l'agenda di sostenibilità?	3
---	---

ARTICOLI

RICCARDO GENGHINI European identity wallets: Diritti civili e privacy.....	9
PIERGIANNI MEDEA, MARTINA LENTINI Banche Venete – <i>ius singulare</i> e articolo 2358 c.c.....	33
BRUNO INZITARI La sentenza del <i>Landgericht Berlin</i> di inammissibilità degli interessi negativi ed i presupposti per la produzione degli interessi sui debiti pecuniari.....	45
CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU I contratti a conformazione e esecuzione automatica.....	59

APPROFONDIMENTI

MONICA COSSU Dell'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria	77
--	----

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DI ROMA 23 novembre 2021, n. 18243 – XVII Sezione Civile Dott.ssa Maria Gabriella Zimpo.....	95
TRIBUNALE DI MILANO 14 dicembre 2021, n. 10337 – Sesta Sezione Civile Giudice unico Dott.ssa Rossella Filippi	103

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 allegate 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 (Sitka Banner, 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 Giurimetria 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 (Il)</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>Camb. 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
Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
Trattato sull'Unione Europea

TCE
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

La guerra in Ucraina sconvolgerà l'agenda di sostenibilità?

PARIGI – Le vittime della guerra del presidente russo Vladimir Putin contro l'Ucraina si estendono ben oltre gli Ucraini che le forze russe stanno prendendo di mira direttamente. L'aggressione della Russia minaccia anche l'agenda globale della sostenibilità, con conseguenze potenzialmente devastanti per l'intero pianeta.

La pandemia di COVID-19 ha già dirottato l'attenzione e le risorse globali lontano dagli obiettivi sanciti dall'accordo sul clima di Parigi del 2015, poiché i paesi si sono concentrati sui loro bisogni immediati di salute pubblica. Ora, la guerra di Putin sta intensificando le pressioni economiche, sociali e geopolitiche che i paesi devono affrontare, mentre acuisce le divisioni tra di loro. Questo non fa ben sperare per gli sforzi diretti ad affrontare le sfide condivise del cambiamento climatico.

Per migliorare le nostre possibilità di salvare l'agenda della sostenibilità, dobbiamo riconoscere le preoccupazioni e gli imperativi sollevati dall'attuale crisi e adattare il nostro approccio di conseguenza. Ciò significa rendere il nostro approccio alle questioni ambientali, sociali e di governance (environmental, social, and governance - ESG) più olistico e dettagliato.

Tanto per cominciare, qualsiasi discussione sulla politica energetica oggi deve tenere conto sia dell'obiettivo non negoziabile dell'azzeramento delle emissioni nette di anidride carbonica entro il 2050, sia della necessità di fornire sicurezza energetica e garantire la coesione sociale. Se le politiche energetiche si concentrano solo sui problemi di sicurezza, è probabile che pregiudichino l'agenda della sostenibilità.

Ne sono un esempio gli sforzi europei per sostituire il gas russo con il gas naturale liquefatto (GNL) proveniente dagli Stati Uniti¹ o dal Qatar². Si potrebbe obiettare che si tratta semplicemente di una "soluzione rapida", volta ad affrontare un problema urgente. Ma tali sistemi possono facilmente radicarsi – ad esempio se gli operatori richiedono impegni a lungo termine dai governi – il che minerebbe gli sforzi per decarbonizzare la produzione di energia.

* Gilles Moëc è capo economista di AXA.

¹ <https://www.scientificamerican.com/article/the-u-s-will-increase-natural-gas-exports-to-europe-to-replace-russian-fuel/>

² <https://www.reuters.com/world/middle-east/qatar-can-divert-up-15-its-gas-exports-2022-02-22/>

In verità, la guerra in Ucraina richiede azioni urgenti, che potrebbero comprendere soluzioni rapide. Ma tali misure devono essere attentamente integrate in una strategia più ampia, che includa sia un passaggio più rapido verso l'energia rinnovabile – il che, nell'Unione europea, potrebbe richiedere l'ampliamento della capacità di finanziamento del pacchetto Next Generation EU per la ripresa dalla pandemia – sia una riconsiderazione dell'energia nucleare.

L'UE deve ancora definire la propria posizione³ sull'energia nucleare nella sua tassonomia della finanza sostenibile⁴, che cerca di guidare aziende, investitori e responsabili politici verso attività e investimenti rispettosi del clima. Ma vale la pena notare che il percorso dello zero netto proposto dall'Agenzia Internazionale per l'Energia nel suo World Energy Outlook 2021⁵ richiede un aumento della quota del nucleare nel mix energetico.

Questa non è una questione che riguarda solo i politici; tutti gli investitori devono adottare un approccio più olistico all'energia, in grado di bilanciare l'imperativo di allontanarsi dai combustibili fossili con i vincoli geopolitici dei paesi. Allo stesso modo, gli investitori devono migliorare la loro capacità di valutare di pari passo le motivazioni ambientali e sociali.

L'idea di una "transizione climatica giusta" non è nuova. Ma assume una nuova rilevanza nel mezzo della guerra della Russia contro l'Ucraina, che ha fatto salire i prezzi globali non solo dell'energia, ma anche del cibo. In effetti, interrompendo le forniture di cibo da Russia e Ucraina, la guerra minaccia la sicurezza alimentare⁶ globale.

L'agricoltura e l'industria alimentare – settori ad alta intensità energetica che hanno effetti di vasta portata sulla biodiversità – avrebbero sempre svolto un ruolo chiave nella transizione verso lo zero netto. Ma la guerra in Ucraina ha dimostrato che qualsiasi strategia per mitigare l'impatto ambientale di questi settori deve anche riconoscere la necessità di garantire la sicurezza alimentare, ad esempio attraverso la diversificazione degli approvvigionamenti.

La necessità di combinare valutazioni ambientali e sociali vale per le imprese, ma anche – e forse soprattutto – per i governi, per i quali il settore finanziario deve ancora adottare una metodologia comune sufficientemente dettagliata. L'approccio che emerge deve tenere conto dell'efficacia con cui i governi gestiscono gli effetti distributivi delle politiche legate alla transizione net-zero.

³ <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/eu-puts-green-label-for-nuclear-and-gas-officially-on-the-table/>

⁴ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities_en

⁵ <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>

⁶ <https://www.statista.com/chart/27225/russian-and-ukrainian-share-of-global-crop-exports/#:~:text=Russia%2DUkraine%20Conflict&text=The%20head%20of%20the%20United,exports%20from%20Russia%20or%20Ukraine.>

Senza un’equa ripartizione degli oneri, il sostegno popolare all’azione per il clima si indebolirà.

Un’altra area in cui le strategie ESG dovranno diventare più dettagliate sulla scia della guerra in Ucraina sono le criptovalute. Finora, l’attenzione si è concentrata sull’impatto ambientale del “mining” crittografico, che è estremamente ad alta intensità energetica. Ma la guerra ha messo in luce le dimensioni sociali e geopolitiche delle criptovalute, che l’Ucraina ha utilizzato per finanziare tramite crowdfunding⁷ le sue forze armate, e che la Russia potrebbe utilizzare per eludere⁸ le sanzioni internazionali.

Infine, gli investitori devono avere una visione più sfumata del settore della difesa. È consuetudine che gli investitori ESG escludano tali attività dai loro portafogli. Sebbene non vi sia alcun motivo per iniziare a investire nello sviluppo e nella produzione di armi controverse, gli investitori ESG potrebbero voler riconsiderare il loro approccio alle aziende che migliorano la capacità dei paesi di difendersi dall’aggressione. Serve urgentemente una serie più solida di principi relativi all’integrazione dei diritti umani nelle politiche di investimento.

Per questi aspetti – e, molto probabilmente, per molti altri –, la guerra in Ucraina ha complicato gli investimenti ESG. Questo potrebbe rivelarsi disastroso per l’agenda della sostenibilità, soprattutto se viene utilizzato come scusa per relegare le considerazioni ambientali e sociali in secondo piano. Il silenzio⁹ del mondo sull’ultimo report¹⁰ del Gruppo Intergovernativo sui Cambiamenti Climatici dimostra quanto sia diventato acuto questo rischio.

Per evitare un simile risultato, le imprese e la società civile devono unire le forze per tracciare una via da seguire. Investitori, consumatori, lavoratori e imprese hanno la responsabilità condivisa di progettare un nuovo sistema che soddisfi la visione dell’accordo di Parigi sul clima ed includa un approccio più comprensivo alle valutazioni ESG.

⁷ <https://donate.thedigital.gov.ua/>

⁸ <https://www.nytimes.com/2022/02/23/business/russia-sanctions-cryptocurrency.html>

⁹ <https://www.project-syndicate.org/bigpicture/the-forgotten-climate-crisis>

¹⁰ <https://www.theguardian.com/environment/2022/apr/04/ipcc-report-now-or-never-if-world-stave-off-climate-disaster>

ARTICOLI

European identity wallets: Diritti civili e privacy¹

SOMMARIO: 1. Identità vs. Profilo - 2. Dall'identità come status symbol all'identità come onere sociale - 3. Il mito dell'identificazione come un atto puramente tecnocratico e "neutro" a confronto con la realtà: si tratta di un processo che ha un immediato impatto sui nostri diritti, soprattutto nel contesto digitale - 4. I Wallet come strumento di protezione dell'identità personale e di volontaria presentazione dei propri attributi - 5. Opportunità e rischi del Wallet: come disciplinarlo e implementarlo correttamente - 6. Conclusioni: l'identità (digitale) non può essere una mera finzione giuridica ed occorre che ce ne riappropriamo con la consapevolezza della sua enorme importanza

1. *Identità vs. Profilo* - La proprietà è l'istituto giuridico più antico che si conosca. Ulpiano scrive che il diritto "*tratta di come una cosa diventi di uno, e del come conservi la sua cosa, o del come uno la alieni o la perda*"².

All'interno del mondo digitale la proprietà non esiste. La cosa più simile alla proprietà è un dominio informatico chiuso all'interno di un firewall. Non sembra che esistano più domini informatici completamente chiusi in sé stessi: se esistono sono presumibilmente sistemi che debbono garantire il proprio funzionamento ad ogni costo, come piace pensare che siano i *pace makers*, o i sistemi delle centrali elettriche e nucleari. Ma laddove esistano, non si può parlare di proprietà, perché essi sono e funzionano soli ed isolati come Adamo nell'Eden o, meglio, come i primi (personal) computer in stand alone³.

Se il primo lego-block degli ordinamenti giuridici sono stati il possesso e la proprietà, che nel mondo informatico non hanno un equivalente, quale è la categoria concettuale primigenia nei sistemi informatici?

* Notaio in Milano e già Professore di Diritto Commerciale Comparato della Facoltà di Lettere e Scienze Linguistiche dell'Università Cattolica di Milano.

¹ Il presente contributo è una rielaborazione di due precedenti miei scritti: del Capitolo 8.1.4 del mio *Digital New Deal: The Quest of a Natural Law in a Digital Society*, Wolters Kluwer, New York, Amsterdam, Milano 2021 e di *Identità e profilo: il pericolo di confonderli nella società dell'informazione*, in *Rivista elettronica di diritto economia management*, 2021/1, www.clioedu.it.

² D.1.3.41, Ulpiani Institutionorum Libri II.

³ Per una disamina breve dell'evoluzione del diritto dalla società dei cacciatori nomadi al diritto di una società globalizzata e informatizzata, si rinvia al Capitolo 5 di R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest of a Natural Law in a Digital Society*.

È l'identità: ogni risorsa in un sistema informatico ha un suo *resource/object identifier* univoco, necessario ad evitare cortocircuiti informatici. I sistemi binari non tollerano ambiguità.

Ma noi, che ci riteniamo i padroni degli strumenti informatici, pur essendo ontologicamente analogici (almeno fino ad oggi), noi abbiamo un'identità univoca all'interno dei sistemi informatici (e in particolare delle reti aperte e dei *social network*)? La risposta è no: noi non abbiamo una nostra univoca identità che ci (rap)presenti nei sistemi informatici.

A mio avviso questa anomalia spiega la maggior parte delle degenerazioni delle reti aperte, che sono sotto gli occhi di tutti. Nessuno dubita che esista un problema di tenuta delle istituzioni democratiche e pluraliste, in un mondo sempre più digitale e (dunque) globalizzato.

Personalmente ritengo che la causa principale delle ben note degenerazioni sia il fatto che i supposti titolari dei sistemi informatici (quali gli iPhone, computer, reti domestiche, reti di ufficio, etc.) sono privi di una identità. Gli unici che posseggono una sorta di identità digitale sono i titolari di domini che rilasciano le credenziali di accesso a soggetti terzi: ma tale identità l'hanno solo all'interno del loro dominio; se operano al di fuori di esso divengono, come noi tutti, soggetti passivamente profilati da altri. Diciamo, in via di prima approssimazione, che una identità che è accettata solo "in casa mia" non è quello che noi immaginiamo con la categoria concettuale di "identità".

Un proprietario (di dominio informatico) senza (una vera) identità è, in un certo senso, un ossimoro. Un cavaliere inesistente: nel mondo informatico di oggi si è riproposta la dicotomia fra soggetto ed identità che è esistita per millenni nella società umana. Il diritto (per millenni, fino alla abolizione della schiavitù) ha riconosciuto la soggettività giuridica a determinate persone fisiche; ma non tutte le persone che in teoria erano soggetti di diritto, in pratica possedevano una identità per azionare tali diritti.

Per porre fine a questo stato di cose che si è replicato oggi nel mondo digitale, occorre comprendere cosa sia l'identità, in senso funzionale e giuridico.

Noi giuristi all'università impariamo che il soggetto giuridico (persona fisica o giuridica) è un centro di imputazione di diritti e doveri, munito di una capacità di agire (ossia la capacità di porre in essere condotte giuridicamente rilevanti, ovvero di concludere transazioni giuridiche) piena o limitata. Per noi giuristi l'identità è il fatto fenomenologico (fisico) sotteso al concetto di soggetto giuridico.

I minorenni, gli interdetti e gli inabilitati e le persone giuridiche sono soggetti (identità) con una capacità giuridica limitata. Le persone maggiorenni, capaci di intendere e volere, sono soggetti (identità) con capacità di agire illimitata.

Dato che, fino alla digitalizzazione dei rapporti, l'identità era un fatto esclusivamente fisico, a prima vista sembrerebbe, dunque, che sia impossibile che una persona fisica (o giuridica) sia fenomenologicamente presente all'interno di un sistema informatico, per agire all'interno di esso. Dal punto di vista informatico, siamo soggetti senza identità: nel cyberspazio siamo delle finzioni giuridiche, prive di una fenomenologia sottostante al concetto di "soggetto giuridico". All'interno delle reti telematiche, siamo meno di un fantasma. Infatti, generalmente noi siamo presenti all'interno dei sistemi informatici grazie a un profilo di noi, realizzato dal dominio che "ci ospita" e che ci fornisce le credenziali di accesso al fine di autorizzarci ad agire al suo interno. Nulla a che vedere con la nostra vera identità.

Quel profilo, che non è davvero "me stesso", ma "mi rappresenta" all'interno del dominio, è una entità interamente sotto il controllo del titolare del dominio, che può sospenderla e persino revocarla. Nel mondo fisico nessun o potrebbe revocare o negare la mia identità!

Se si accetta che oggi nel mondo digitale operano degli "avatar"¹ che non hanno con i loro rispettivi titolari una relazione univoca, né sotto il profilo giuridico, né sotto il profilo fenomenologico, forse si comprende la ragione profonda della degenerazione delle relazioni nelle reti aperte e nei cosiddetti social network. Una ragione che sul piano del nesso di causalità si colloca a monte degli algoritmi di ricerca e delle funzioni algoritmiche delle reti aperte e dei (cosiddetti) social network.

Se quello descritto sopra, in poche righe, è il problema, quali sono le possibili soluzioni?

Ritengo che nessuna soluzione possa prescindere da una definizione di identità (digitale) che sia

- a) fenomenologicamente vera e
- b) funzionalmente idonea a preservare i nostri diritti umani.

In questo contributo, pertanto, proporremo una definizione (giuridica) di identità (digitale), che si manifesti veramente all'interno dei sistemi informatici senza trasformarci tutti in prigionieri virtuali. In questo contributo, inoltre, si evidenzierà come la revisione del Regolamento (UE) 2014/910 (eIDAS), avviata dalla Commissione Europea², vorrebbe appunto realizzare tali obiettivi, anche se la proposta presenta alcuni aspetti problematici.

Il tema di chi siamo per davvero, ossia di quale sia la nostra identità, non si pone oggi per la prima volta: identificare le persone è stato un problema per dieci millenni almeno. La sua ipotetica soluzione risale alla fine del XIX secolo, quando

¹ Per la definizione di avatar, si rinvia a Wikipedia: [wikipedia.org](https://it.wikipedia.org/wiki/Avatar)

² COM (2021) 281 final 2021/0136(COD) consultabile su eur-lex.europa.eu

nei registri delle parrocchie/comunali è stato avviato un censimento di tutte le nascite.

Per comprendere il tema dell'identità e dell'identificazione in una prospettiva millenaria (antropologica), aiuta leggere la vicenda di uno dei primi furti di identità storicamente documentati, frutto di un feroce scherzo ordito da Filippo Brunelleschi (sì, lui, l'inventore della prospettiva pittorica e, in sostanza, padre dell'estetica rinascimentale) a Firenze, narrato nella Novella del Grasso legnaiuolo³.

2. *Dall'identità come status symbol all'identità come onere sociale* - Oggi nel mondo dei social network, quante volte veniamo sottilmente influenzati a vederci come gli altri ci vedono? Probabilmente più spesso di quanto non ce ne rendiamo conto... perché, mentre ai tempi di Manetto il legnaiuolo era ovvio che ciascuno era portatore della propria identità, oggi noi confondiamo facilmente identità e profilo.

Procediamo con ordine. L'identità, prima dei registri parrocchiali (1500 circa) e dello stato civile (1800 circa), non era attribuita alle persone da un documento o da un ufficio, bensì dalla propria linea di sangue, se esistente. Dal tempo dei romani il *Pater Familias* era il soggetto munito di soggettività e capacità di agire che rappresentava gli interessi di tutta la *Familia* e dei famigli ma, nel contempo, era da essa identificato e (per così dire) "certificato"⁴.

L'identità, insomma, non era cosa da tutti. L'avevano i patrizi ed altre persone influenti (*aequites*, generali, magistrati) o facoltose. Ma la maggior parte dei cittadini (i plebei), anche se liberi o liberti, alla fine erano definiti dalla gens di appartenenza, non dalla loro famiglia (linea di sangue). Solo coloro che avevano una linea di sangue tracciata e tracciabile, attraverso le primogeniture e le adozioni, ed attraverso una Domus/Villa di residenza della Familia, disponevano oltre che soggettività giuridica anche una vera e propria identità. Chi viveva in un domus/villa altrui o in una insula, se *civis romanus*, aveva soggettività, ma non una sua vera identità, come la intendiamo noi oggi: era definito dal contesto di appartenenza, non dalla propria famiglia/storia. Ciò aveva una immediata ricaduta pratica sull'esercizio dei propri diritti: nel diritto romano (fino al medio evo) gli accordi erano orali, garantiti da testimoni. I contratti scritti erano *notulae*, ossia appunti che riproducevano l'accordo originale, che comunque restava orale. La ragione di ciò, è che pochissimi sapevano leggere e scrivere, i supporti per la scrittura erano costosissimi (papiro, pergamena, ecc.). Pertanto, mentre un patrizio o un *aequites* nel diritto romano trovava all'interno

³ Per la quale si rinvia a R. GENGHINI, *Identità e profilo: il pericolo di confonderli nella società dell'informazione*, cit. oppure online wikisource.org.

⁴ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 199.

della sua familia/gens un numero sufficiente di persone che fossero disponibili a fungere da procuratori e testimoni, per un plebeo poteva essere molto difficile avere accesso a testimoni che poi effettivamente, ove richiesto, si recassero a testimoniare, si ricordassero i fatti e, soprattutto, non fossero influenzabili.

Le regole romanistiche della primogenitura e dell'adozione/investitura del *Pater Familias* vanno lette anche attraverso la lente della necessità di garantire/certificare l'identità del capofamiglia e del suo patrimonio, al di là di ogni possibile dubbio/conflitto, per garantirgli un effettivo esercizio dei propri diritti e un effettivo accesso alla giustizia.

L'identità nell'antica Roma e nel Medio Evo era, dunque, un privilegio (un vero e proprio *status symbol*) accessibile a coloro che avevano una infrastruttura idonea a identificarli: una famiglia (linea di sangue), un patrimonio e un luogo di origine/residenza. Per chi non aveva questi "asset" identificativi, l'esercizio dei propri diritti dipendeva da fattori esterni, come la gens di appartenenza o la disponibilità di testimoni affidabili.

Ancora nella costituzione rivoluzionaria francese la definizione di cittadino munito del diritto di voto era la seguente: *"Pour être «citoyen actif», il faut avoir au moins 25 ans, résider dans la ville ou le canton depuis au moins une année, être inscrit au rôle de la garde nationale dans la municipalité du domicile, avoir prêté le serment civique et acquitté le paiement d'une contribution directe égale à trois jours de travail. L'Assemblée constituante édifie un régime d'étagement des droits politiques d'après des seuils fiscaux. Elle exclut les pauvres et n'accorde aux moins pauvres que le droit de désigner une minorité d'électeurs fortunés. Ne peuvent être électeurs les «citoyens passifs»: les femmes, les personnes en état d'accusation, les faillis, les insolubles et les domestiques, particulièrement nombreux à l'époque, qui sont exclus du droit de vote comme citoyens non indépendants⁵".* I "citoyens actifs" nel 1790 erano dunque stimati in circa 4 milioni, su una popolazione maschile di 14 milioni. La lettura marxista di queste regole puntava a sottolineare che si restringeva l'accesso al diritto di voto ai poveri, che erano la maggioranza della popolazione. Una diversa lettura, meno ideologica, porta a constatare che si limitasse il diritto di voto ai soli cittadini identificabili, ossia che si erano guadagnati/costruiti una propria identità: avere prestato servizio nella guardia nazionale non era un requisito particolarmente elitario, anche se escludeva molti cittadini che erano malnutriti e malsani. Domestici e famigli, come nell'antica Roma, restano cittadini di serie B, nonostante la rivoluzione... Insomma fino alla istituzione dei registri della popolazione residente, vi erano moltissimi soggetti che non erano non avevano

⁵ www.histoire-image.org

una identità (non derivata da altri) e per questo non avevano accesso effettivo ai loro diritti teorici.

Noi che viviamo oggi nella società dei social network, viviamo in prima persona le ricadute terribili che ha sul discorso politico, il fatto che possano intervenire a pieno titolo anche soggetti non esistenti, non appartenenti al contesto politico, oppure sedicenti appartenenti (e, dunque, soggetti che per un motivo o per l'altro, "non hanno nulla da perdere").

I registri e gli uffici per la "registrazione e certificazione" della nostra identità sono istituzioni che se, da un lato, esprimevano la volontà dello stato di avere un maggior controllo sulla popolazione, dall'altra facilitavano l'aspirazione della maggioranza della popolazione esclusa dalla cittadinanza attiva, di accedervi. La generalizzazione dello stato civile e dell'anagrafe, rendono obsolete e discriminanti le regole del voto per censo, che quindi saranno abrogate all'inizio del ventesimo secolo⁶. Certamente gli sconvolgimenti della Prima Guerra Mondiale sono stati socialmente e politicamente determinanti nell'estensione del suffragio alle donne e nell'abrogazione del voto per censo. Ma non si può fare a meno di rilevare che la generalizzazione dell'obbligo di registrare le nascite e le morti allo stato civile (fra 1860 e 1880) in Europa, avevano creato (da oltre una generazione) un efficace ed esteso sistema di identificazione (profilazione) di tutti i cittadini e che l'estensione dei diritti politici a tutti, coincide con la messa in opera di una infrastruttura di gestione dell'identità di tutti i cittadini, le cui dimensioni e la cui portata erano assolutamente mai viste prima nella storia dell'umanità.

Se da una parte tale macchina aveva esteso a davvero tutti l'obbligo di leva (come si legge nei Malavoglia) rendendo quasi impossibile sfuggirvi, dall'altra tutti i cittadini beneficiavano di una loro identità di cui lo stato era garante, riducendo enormemente il divario fra chi un'identità propria ce l'aveva e chi, invece, aveva un'identità riflessa, derivata da altri da cui dipendeva (domestici, contadini fittavoli, ecc.).

La storia dimostra che due sono gli elementi indefettibili per la nascita del ceto medio: da una parte il possesso di una identità dimostrabile e dell'altra l'accesso a titoli di proprietà certi⁷. Ciò spiega i programmi di identificazione di massa che sono portati avanti dai paesi in via di sviluppo, come ad esempio l'India e l'Egitto.

È proprio il successo di questa gigantesca macchina di identificazione e profilazione dei cittadini che ha determinato una mutazione del concetto di identità personale. In origine il possesso di una identità era il segno della

⁶ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 200.

⁷ D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, J.A. ROBINSON, *Institutions as a Fundamental Cause of Long-Run Growth*. in P. AGHION, S.N. DURLAUF, eds., *Handbook of Economic Growth*, 1A ed., 2005, Elsevier B.V., pp.385-472

massima realizzazione civile e legale di una persona (essere riuscito a costruirsi una identità così tangibile e reale, da poterla passare alla propria progenie); con la messa in opera di registri dell'anagrafe e dello stato civile omnicomprensivi, in molti stati l'identità si è trasformata in un onere imposto dallo stato al cittadino per riconoscerli (o impedirgli) l'accesso ai suoi diritti⁸.

3. Il mito dell'identificazione come un atto puramente tecnocratico e "neutro" a confronto con la realtà: si tratta di un processo che ha un immediato impatto sui nostri diritti, soprattutto nel contesto digitale - Chiunque oggi sia dell'idea che l'identificazione sia un mero procedimento tecnico, neutro rispetto alla configurazione ed all'accesso ai nostri diritti, è in errore. Non solo sembra immemore agli orrori dello "Judenausweis" ed all'uso politico della carta di identità in Italia sotto Mussolini, ma evidentemente non presta attenzione all'uso strumentale dei processi di identificazione a fini politici non solo nei paesi con sistemi democratici instabili/deboli come l'Etiopia, ma persino negli Stati Uniti d'America!

Fortunatamente le istituzioni europee hanno riconosciuto che l'identità (digitale) è l'architave necessaria per la tenuta degli ordinamenti giuridici delle nostre democrazie liberali e pluraliste in un mondo digitalizzato ed hanno avviato un processo di legislazione sull'identità digitale, come infrastruttura critica gestita direttamente dagli stati dell'Unione (Capitolo II del Regolamento della Commissione e del Parlamento Europeo (UE) 2014/910 - eIDAS). Una vera identità digitale è il presupposto indefettibile non solo per la piena attuazione del GDPR (Regolamento della Commissione e del Parlamento Europeo (UE) 2016/679), ma anche dei futuri Regolamenti sui servizi informatici (COM 825/2020, del 15 dicembre 2020) e sul mercato informatico (COM 842/2020, del

⁸ Non occorre sottolineare quanto questo concetto di identità possa determinare una restrizione dei nostri diritti umani e civili. Non a caso nei sistemi di common-law si è contrari a sistemi estesi di censimento ed identificazione delle persone, per il rischio che questi pongono al libero esercizio dei nostri inviolabili diritti di libertà.

Negli Stati Uniti si sospetta che i programmi di identificazione degli elettori (ben meno stringenti di quelli in essere in Italia o Germania) possano avere la finalità di impedire alle persone socialmente marginali di esercitare il proprio diritto costituzionale al voto. THE ECONOMIST, 21 novembre 2015, *Automatic voter registration. Left Turn*, [online] <https://www.economist.com/united-states/2015/11/19/left-turn> [Consultato il 22 dicembre 2020]; THE ECONOMIST, 10 ottobre 2020, *Voter suppression. At risk of losing Texas, Republicans scheme to limit Democratic votes* [online] www.economist.com [Consultato il 20 ottobre 2020]. In Etiopia un "eccesso di identificazione" ossia la menzione dell'etnia di appartenenza sulle carte di identità ha reso possibili numerosi ripetuti eventi di razzismo al limite del genocidio: THE ECONOMIST, 6 dicembre 2018, *How to save Ethiopia's democratic revolution* www.economist.com [Consultato il 2 ottobre 2020]; BIEBER, F. GOSHU, W., 15 gennaio 2019, *Don'T Let Ethiopia Become The Next Yugoslavia*. [online] <https://foreignpolicy.com> [Consultato il 2 ottobre 2020].

15 dicembre 2020). La stessa proposta di revisione del Regolamento (UE) 2014/910 (eIDAS), contenuta nella COM (2021) 281 final 2021/0136(COD)⁹ ribadisce che l'identità digitale ed i *wallets* di cui alla proposta di nuovo articolo 6 del regolamento, debbono essere rispettosi della privacy e degli altri diritti fondamentali dei cittadini.

L'opinione dominante, è che la nostra identità "vera", sia quello che sul piano fenomenologico e tecnico si presenta come il nostro profilo amministrativo nel database del registro dello stato civile, in base al quale in Italia vengono emessi la carta di identità ed il passaporto.

In ciò si nasconde un insidioso equivoco, che in una società digitale ha conseguenze molto preoccupanti.

È l'equivoco in cui cade Manetto nella citata novella: egli accetta che la sua identità sia determinata da altri. Ciò a un fiorentino del 1400 può sembrare demenziale e ridicolo, visto che Manetto apparteneva a quel 10% della popolazione che aveva una sua propria identità, che gli derivava dalla linea di sangue della sua famiglia, dalle proprietà (prima, seconda casa, cascina, bottega) e dall'appartenenza alla Mercatura dei legnaiuoli.

Nel momento in cui accettiamo che un record di un database pubblico sia la nostra identità, e che i nostri diritti discendano da esso, abbiamo istantaneamente affievolito la gran parte dei nostri diritti costituzionali digitali, in quanto il loro unico centro di imputazione si trova ed è gestito negli archivi informatici comunali, non presso di noi. Più che titolari di diritti, ne siamo licenziatari.

Finché i nostri diritti potevano essere esercitati solo "offline", recandosi di persona in qualche luogo, è evidente che non aveva alcuna conseguenza l'errore di considerare un profilo amministrativo (per lo più registrato su carta) come la propria vera identità. Comunque, era necessaria la presenza in carne ed ossa, per potere agire ed esercitare i propri diritti, adempiere ai propri obblighi (o esservi costretti).

Ma ora, che tale presenza fisica non è più necessaria, è evidente che se il luogo di residenza della mia "vera identità" è altrove (ad esempio nel dominio del comune, per definizione inaccessibile, oppure in un diverso dominio accessibile, ma regolato da regole e finalità diverse), io opero *in absentia* senza un legale rappresentante legittimato nelle forme di legge: l'unico modo di "essere presenti" in una transazione digitale, è che essa si realizzi (e/o sia provata) grazie alla presenza ed inerenza in essa di un mio identificatore digitale univoco, come potrebbe essere una identità SPID o una smartcard di firma digitale qualificata ai sensi del regolamento eIDAS. Io "esisto" all'interno di un dominio informatico in cui effettuo delle transazioni, solo se il mio "*unique identifier*" (url, IP Address, hash, firma digitale, ecc.) che in quel dominio è il punto di avvio e di riferimento

⁹ eur-lex.europa.eu/legal-content

delle transazioni, sia sotto il profilo tecnico/fenomenologico effettivamente connesso a me e sotto il mio controllo esclusivo. La presenza non può essere un artificio concettuale o una finzione giuridica¹⁰: essa nella dimensione digitale è determinata da procedure come il log-in, la firma, la creazione di un log, ecc.; abbiamo una vera presenza informatica, fenomenologicamente verificabile, solo se i dati della presenza digitale sono riconducibili ad un sistema informatico che è davvero sotto il nostro esclusivo controllo e che ha effettivamente aperto e posto in essere determinate transazioni.

Senza dire che se lo strumento di identificazione on-line che ci viene fornito dallo schema nazionale di identificazione (in Italia lo SPID e la CIE) non è rispettoso dei nostri diritti, ad esempio perché consente il nostro tracciamento, ovvero può essere sospeso/revocato da terzi, è evidente che l'identità (digitale) cesserà del tutto di appartenerci, per divenire una concessione "tecnica" che promana dallo stato e di cui noi cittadini siamo passivi percettori. Alle varie sanzioni amministrative, civili e penali se ne aggiungerà una nuova e devastante: la cancellazione dell'identità, vale a dire la scomparsa del presupposto di qualsiasi diritto di cui un cittadino possa vantare!

Caduto il fascismo in Europa, viviamo da 70 anni in una società aperta e democratica in cui (fino ad oggi) non sono stati messi in discussione (quasi mai) i diritti fondamentali della persona. Tuttavia, l'identità digitale costituisce davvero una "opzione nucleare". Lo stato invece limitarsi ad ignorare i nostri diritti, potrebbe persino ignorare il fatto che esistiamo: o cancellando la nostra identità, o pretendendo che per esercitare certi diritti occorra che siamo identificati online.

Chiunque abbia incontrato, prima della caduta del muro di Berlino, una delegazione di un paese dell'Est europeo, sa che la consegna e la sottrazione dei documenti di identità era una parte essenziale della metodologia di controllo sulle persone. Per potere esercitare i propri diritti era necessaria la presenza in loco non solo della persona, ma anche della prova dell'esistenza del suo profilo amministrativo e della prova che un certo profilo amministrativo davvero si riferisse a quella persona. Non diversamente, oggi, negli Stati Uniti molti ritengono che dalle modalità di identificazione degli elettori dipenda (in larga parte) l'esito delle elezioni politiche¹¹. Insomma, nel momento in cui l'unica

¹⁰ Come risulta evidente osservando la condizione sociale e giuridica nella famiglia romana, delle donne, dei figli e degli altri appartenenti alla *familia* diversi dal *Pater familias*; o la condizione del servo della gleba nel Medio Evo. Ogni soggettività priva di una autonoma identità (e/o capacità di agire) si trasforma in una mera finzione giuridica.

¹¹ THE ECONOMIST, 2015, *Automatic voter registration. Left Turn*, www.economist.com/united-states; THE ECONOMIST, 2020, *Voter suppression. At risk of losing Texas, Republicans scheme to limit Democratic votes* www.economist.com.

identità “vera” ed ammissibile sia quella su cui lo stato ha il monopolio, tutti i diritti che vengono riconosciuti alla mia persona divengono puramente teorici, perché subordinati alla esistenza di quella unica “vera” identità.

Ecco perché, non solo nel mondo di internet, ma in qualsiasi ordinamento giuridico, la mia identità non può essere ridotta alla esistenza di un mio profilo amministrativo, ma si deve riconoscere che esiste una sola vera identità ed è appunto quella che si incorpora e sostanzia realmente nella mia persona. Ogni finzione di identità è una minaccia letale alla libertà ed alla certezza del diritto.

Non erano liberi gli schiavi che per il diritto romano erano oggetti parlanti (*instrumenta vocalia*) privi non solo di soggettività, ma anche di identità; non erano liberi (nella odierna accezione del termine) donne, famigli e liberti, che a Roma necessitavano del supporto di una *Familia* per potere esercitare i loro diritti; non erano liberi i servi della gleba, che erano identificati attraverso la terra cui appartenevano e il luogo in cui su di essa vivevano, con divieto di abbandonarla, a pena della loro stessa vita; non siamo liberi oggi noi nelle reti aperte e nei network sociali, nei quali l'identità ci viene attribuita ed è gestita da altri che gestiscono i domini in cui ci muoviamo, senza alcuna nostra possibilità di influire su di essa... Come se non bastasse, noi non possiamo fuggire da Internet; e neppure potremmo fuggire dallo stato che dovesse smarrire o cancellare la nostra identità digitale. Significa che nel mondo digitale cade il fondamento teorico degli stati liberali, come teorizzato da Hobbes¹², Locke¹³ e Rousseau, quale adesione ad un “contratto sociale”¹⁴ (o rifiuto di esso): chi è privo/privato della propria identità non può aderire, né rifiutare il contratto sociale e da persona viene giuridicamente degradato a fatto o cosa (come, appunto, gli schiavi).

Insomma, a ben vedere, l'identità nei secoli è stata una faticosa affermazione di chi siamo, che riusciva ad una minoranza di capaci/fortunati/privilegiati. Nel momento in cui le istituzioni hanno reso possibile a tutti l'accesso ad una identità, il concetto di identità e di profilo amministrativo si sono sovrapposti e confusi, per il fatto che fosse ontologicamente impossibile che qualcuno fosse presente e identificabile/identificato, senza essere in loco.

Tuttavia, le esperienze dei regimi totalitari della fine del diciannovesimo e della prima metà del ventesimo secolo ci hanno mostrato come imporre una sola unica identità (quella statale) come presupposto per avere accesso ai propri diritti, è suscettibile di divenire una grave forma di repressione, strumentale persino al genocidio¹⁵.

¹² T. Hobbes, *Leviathan (1651)*, 2017, Penguin Classics.

¹³ J. LOCKE, *The First & Second Treatises of Government (1689)*, 1998, Cambridge University Press.

¹⁴ J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social (1762)*, 2011, Paris Flammarion.

¹⁵ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest of a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 206.

Posto che nella dimensione digitale tutto è frutto di design ed implementazione, deve essere chiaro che se il design e l'implementazione dell'identità digitale ci vede tutti deformati, con un occhio solo e incatenati, tale sarà la nostra identità digitale; tali saranno i soggetti che popolano il cyberspazio del futuro.

Se, invece, il design e l'implementazione dell'identità digitale non solo difendesse i nostri attuali diritti civili, ma, addirittura, li ampliasse, i nostri ordinamenti liberali, pluralistici e democratici ne uscirebbero rafforzati¹⁶. Due esempi:

1) Controllo di polizia stradale: “patente e libretto per favore”. Orbene con una buona implementazione dell'identità digitale l'ufficiale di polizia stradale potrebbe essere certo che il conducente ha i documenti in regola, senza dovere conoscere l'identità del soggetto controllato. Persino nel caso di una infrazione al codice della strada (che non viene sanzionata con punti, la revoca della patente o l'arresto) potrebbe applicare le sanzioni senza sapere chi sia il soggetto sanzionato. Laddove si tratti di infrazioni gravi l'ufficiale di polizia stradale le contesta e, come conseguenza della contestazione, il gestore dello schema nazionale di identificazione gli mette a disposizione gli attributi di identificazione del conducente. Oggi ciò è impossibile e tale impossibilità riduce la reale portata dei nostri diritti civili, per cui un normale controllo di polizia stradale si trasforma in una invasione della nostra sfera personale.

2) *Wistleblowing*: oggi la segnalazione di un abuso da parte di un organo dello stato o di una organizzazione criminale o è davvero anonima (per cui potenzialmente poco credibile) o rivela l'identità del segnalante (che resta esposto a ritorsioni). Con una buona implementazione dell'identità digitale vi potrebbero essere due tipi di segnalazione anonima: una del tutto anonima, come le attuali; ed una in cui il segnalante si assume la piena responsabilità della segnalazione senza perdere l'anonimato. In questo secondo caso l'autorità cui perviene la segnalazione è certa che, in caso di calunnia o altro reato, potrà identificare e perseguire il segnalante, senza che sia necessario che il segnalante resti in balia di ulteriori ritorsioni illegittime da parte dei soggetti segnalati.

Non è importante discutere adesso se tali nuove possibilità, che deriverebbero da una “buona” implementazione dell'identità digitale, siano un “miglioramento” o un “peggioramento” delle attuali regole: ciò che conta è che si

¹⁶ Come ha rilevato la Presidente dell'Unione Europea, URSULA VON DER LEYEN, nel suo *State of the Union Address at the European Parliament Plenary 16th September 2020* ec.europa.eu

tratta di esempi che fanno capire che l'identità digitale (a seconda di come implementata) apre scenari e dimensioni di tutela/violazione dei nostri diritti che sono semplicemente inconcepibili in un mondo analogico: la semplice esistenza di un Wallet di identità digitale, in altre parole, ha come effetto inevitabile una trasformazione del modo di esercitare i propri diritti ed adempiere ai propri doveri e una metamorfosi della forma dei documenti giuridici che saranno sempre più registrazioni di operazioni telematiche (anche se in presenza fisica) e sempre meno documenti statici.

Il “minimo sindacale” che l'identità digitale dovrà garantire nella dimensione digitale, tuttavia, è che noi si possa navigare in rete, né più e né meno di come facciamo oggi quando passeggiamo per le strade della nostra città (in assenza di videocamere di sorveglianza): incontriamo altre persone, visitiamo negozi e uffici, senza lasciare una traccia indelebile di noi, eppure coloro che interagiscono con noi sanno che siamo esseri umani (non androidi o troll o altri oggetti inumani) e ricevono da noi solo le informazioni che noi decidiamo di mettere loro a disposizione.

A tal fine sarebbe auspicabile che l'identità digitale fosse garantita e protetta da un “*freedom device*”¹⁷, capace di replicare ed espandere sul piano informatico ciò che nel mondo fisico sono le libertà fondamentali che le nostre carte costituzionali riconoscono e tutelano.

4. I Wallet¹⁸ come strumento di protezione dell'identità personale e di volontaria presentazione dei propri attributi - Prima di definire cosa possa essere un Wallet in cui proteggere/gestire personalmente la propria identità digitale, occorre proporre una definizione di cosa siano le identità digitali.

Già nel 1996 da C. Ellison ha lavorato ad una definizione di identità che non dipendesse da una fonte esterna unica¹⁹. Poco meno di un decennio dopo, studi

¹⁷ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 257.

¹⁸ L'articolo 3 (42) della proposta di modifica del regolamento eIDAS definisce il Wallet come “portafoglio europeo di identità digitale”, ossia un prodotto e servizio che consente all'utente di conservare dati di identità, credenziali e attributi collegati alla sua identità, fornirli su richiesta alle parti facenti affidamento sulla certificazione e utilizzarli per l'autenticazione, online e offline, per un servizio, conformemente all'articolo 6 bis, nonché per creare firme elettroniche qualificate e sigilli elettronici qualificati”;

¹⁹ C. ELLISON, *Establishing Identity without Certification Authorities*”, 6th USENIX Security Symposium, 1996, www.usenix.org

europei²⁰ e statunitensi²¹ sono giunti a più precise conclusioni, sotto il profilo della privacy e dei diritti fondamentali della persona: l'identità digitale si distingue dal profilo digitale perché è liberamente scelta dal soggetto. Il profilo digitale, invece, è costruito da un soggetto terzo che, di solito, è il gestore di un dominio o di una piattaforma (nel linguaggio del legislatore europeo, si tratta di “*large platforms*” e di “*gatekeepers*”)²². Ne consegue che anche la nostra “identità statale/amministrativa” è un profilo di noi, gestito dallo stato, non la nostra identità personale²³. Pertanto, in funzione della nostra libertà di espressione, possiamo adottare più identità (digitali): ad esempio, quella di padre, frequent flyer, socio della bocciofila, abbonato al Corriere della Sera, eccetera.

Sul filone di queste ricerche si colloca il concetto di “*self sovereign identity*”, affermatosi sul piano tecnico, anche grazie al lavoro del W3 Consortium sull'architettura dei *Decentralized Identifiers (DIDs)*²⁴.

Insomma, nel mondo fisico il nostro corpo è, in base ai principi costituzionali, esclusivamente sotto la nostra titolarità (*habeas corpus*); l'equivalente nel mondo digitale è che noi si debba essere liberi di gestire le nostre identità digitali, fermo restando che nel momento in cui interagiamo con la pubblica amministrazione può essere necessario usare il proprio profilo attribuitoci dallo stato, mediante i documenti di identità o gli schemi nazionali di identificazione (in Italia lo SPID e la CIE).

Questa corretta definizione di identità (digitale) mostra l'enorme importanza che ha nel contesto digitale lo strumento tecnologico che deve mettere noi in condizione di proteggere e gestire online ed offline il nostro profilo amministrativo attribuitoci dallo stato e le altre identità da noi scelte ed i relativi attributi.

²⁰ M. HANSEN, H. KRAEMANN, M. ROST, R. GENGHINI: *Datenschutzaspekte von Identitätsmanagementsystemen*; in: *DuD*, 2003, 551; M. HANSEN, R. GENGHINI *Identity Management Systems (IMS): Identification and Comparison Study Independent Centre for Privacy Protection (ICPP) / Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz (ULD) Schleswig-Holstein and Studio Notarile Genghini (SNG)*, 2003-09-07, Contract N°19960-2002-10 F1ED SEV DE www.genghinieassociati.it, www.semanticscholar.org; REPKINE, ALEXANDRE HWANG, JUNSEOG, *A Network-Economic Policy Study of Identity Management Systems and Implications for Security and Privacy Policy* (2004), mpr.ub.uni-muenchen.de; M. HANSEN, P. BERLICH, J. CAMENISCH, S. CLAUß, *Privacy-Enhancing Identity Management*, March 2004 in *Information Security Technical Report* 9(1):35-44, www.researchgate.net.

²¹ S. T. KENT *Who Goes There?: Authentication Through the Lens of Privacy*, 2003, Proceedings of the US National Academy of Science.

²² Il Digital Markets Act, EU Commission COM 842/2020, del 15 dicembre 2020, ec.europa.eu e il Digital Services Act, EU Commission COM 825/2020, del 15 dicembre 2020, eur-lex.europa.eu.

²³ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 193 ss.

²⁴ www.w3.org.

La proposta (COM 281/2021) di modifica del Regolamento (UE) 2014/910 (eIDAS), propone il concetto di “*European Digital Identity Wallet*” agli articoli 3(42) e 6a e ss., come strumento che ha la finalità di consentirci di avere il controllo esclusivo sui nostri attributi identificativi in tutte le relazioni online e offline. Purtroppo, come anche rilevato da numerosi esperti, anche nelle audizioni del Parlamento Europeo, il concetto di Wallet è assai generico, potendosi riferire ad almeno tre famiglie di soluzioni tecnologiche assai diverse fra loro, che fanno principalmente uso dei profili amministrativi attribuiti dallo stato al cittadino:

- 1) un primo gruppo fa uso degli smartphone e della firma digitale, senza però che vi sia installato su di essi una App di gestione dell’identità digitale;
- 2) un secondo gruppo fa uso di canali sicuri di comunicazione fra un terminale dell’utente (computer, cellulare, ecc.) e le infrastrutture centralizzate presso le quali sono conservate e gestite le identità digitali;
- 3) un terzo gruppo utilizza delle app gestionali dell’identità digitale residenti sul terminale del cittadino, senza che vi sia un sistema centralizzato di gestione dell’identità digitale²⁵.

Lo studio di fattibilità²⁶ e lo studio di verifica di impatto²⁷ della riforma del Regolamento eIDAS, entrambi rilevano che uno strumento di gestione dell’identità digitale debba avere una serie di funzioni essenziali, ripetutamente menzionate nella bozza di revisione del Regolamento:

- 1) Proporre una interfaccia comune per i servizi di identificazione ed autenticazione (articolo 6a (4a) della proposta di revisione del Regolamento);
- 2) Essere sotto l’esclusivo controllo del titolare (consideranda (2), (7) e articolo 6a (7) della proposta di revisione);
- 3) Consentire al titolare di *richiedere e ottenere, conservare, selezionare, combinare e condividere in modo sicuro, trasparente per l’utente e tracciabile da quest’ultimo, i dati giuridici di identificazione personale e gli attestati elettronici di attributi necessari per l’autenticazione online e offline al fine di utilizzare servizi pubblici e privati online* (articolo 6a (3a) della proposta di revisione);
- 4) Non consentire il tracciamento delle attività del titolare (articolo 6a (4b) della proposta di revisione).

²⁵ Per una dettagliata descrizione dei sistemi esistenti nei diversi stati membri dell’Unione si rinvia a: 1) *Evaluation study of the Regulation no.910/2014 (eIDAS Regulation) SMART 2019/0046 Final Report*, eur-lex.europa.eu; 2) *Study to support the impact assessment for the revision of the eIDAS regulation Final Report Contract number: SMART 2019/0024 VIGIE number: 2020/666 op.europa.eu/*

²⁶ V. nota precedente.

²⁷ V. nota 28.

Tutto ciò dimostra che sono infondati i timori di alcuni che paventano che l'identità digitale che l'Unione Europea intende introdurre, sia sintomatica della volontà (politica?) di conseguire un controllo orwelliano sui cittadini europei. Ciononostante, è vero che la proposta di regolamento non fornisce una serie di garanzie legislative che sarebbero necessarie per assicurare che, neppure per sbaglio, possa accadere che il Wallet si trasformi in uno strumento che, invece di proteggere ed espandere i nostri diritti, divenga esclusivamente la *longa manus* dello stato, quando ci vuole tracciare e/o rintracciare.

Tali garanzie sono contenute nel Capitolo III del vigente regolamento eIDAS discusso ed approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 23 luglio 2014 e hanno garantito l'uniforme applicazione in Europa del Regolamento, fornendo solide basi di riferimento agli enti di standardizzazione tecnica chiamati a fornire le relative norme tecniche di attuazione²⁸.

Nel prossimo paragrafo si proporrà l'insieme delle funzionalità che uno strumento di gestione dell'identità digitale deve possedere, per potere essere un "*freedom device*". Tali funzionalità andrebbero espressamente disciplinate nella revisione del Regolamento eIDAS, per consentire la redazione di regole tecniche implementative del Regolamento, che siano sicure e tecnologicamente neutrali, come esplicitamente richiesto dal Regolamento stesso!

5. Opportunità e rischi del Wallet: come disciplinarlo e implementarlo correttamente - Uno strumento di identificazione/autenticazione elettronica, per potere assolvere alla sua funzione senza divenire un pericolo per la privacy ed i diritti civili, deve (come la moglie di Cesare) non solo essere onesto, ma anche sembrarlo²⁹. Fuor di metafora, significa che le sue proprietà tecniche, di cui si dirà appresso in questo paragrafo, non possono essere semplicemente affermate, ma debbono essere puntualmente verificate (come anche la proposta di revisione del Regolamento eIDAS prevede all'articolo 6c). L'Europa si è dotata di un sistema di vigilanza e di verifica di conformità per i servizi elettronici di fiducia, ai sensi degli articoli 19 e 24 del Regolamento eIDAS, che trova nello standard ETSI EN 319 401³⁰ le sue norme tecniche implementative. L'accreditamento dei CAB *Conformity Assessment Bodies* avviene in base alla EN 319 403 V2.2.2 (2015-

²⁸ Si tratta di ETSI e Cen-Cenlec. Per una lista completa degli standard attuativi del regolamento aggiornata al 2018, v. il rapporto di ENISA *Assessment of Standards related to eIDAS* www.enisa.europa.eu. Per l'elenco completo degli standard ETSI aggiornati ad oggi v. portal.etsi.org.

²⁹ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 207 e 237, ss. In cui si spiega l'esigenza di una "*enhanced net neutrality*" vale a dire di modelli di cybersecurity che siano trasparenti, imparziali e verificabili.

³⁰ ETSI ESI EN 319 401 V2.3.1 (2021-05) *Electronic Signatures and Infrastructures (ESI) General Policy Requirements for Trust Service Providers*: consultabile al seguente URL: www.etsi.org.

o8) che specifica ed adatta lo standard ISO/IEC 17065 alle esigenze di sicurezza informatica, organizzativa e fisica dei prestatori di servizi di fiducia qualificati³¹: tutti gli stati membri dell'Unione, in questo momento, svolgono la propria vigilanza seguendo i due standard tecnici di ETSI, senza che siano emersi problemi di sicurezza o di inadeguatezza delle relative norme tecniche³². L'attuale schema di vigilanza e di verifica di conformità eIDAS è uniforme in Europa ed è comunque inquadrato nell'ambito delle attività di verifica di conformità disciplinate dal Regolamento (UE) 2019/881 (Cybersecurity Act)³³, che richiama espressamente il Regolamento eIDAS.

Affinché uno strumento di gestione dell'identità digitale possa funzionare, senza divenire uno strumento diabolico di tracciamento e controllo della nostra vita, occorre innanzitutto distinguere l'identificazione dell'autenticazione, cosa che l'attuale proposta non fa con sufficiente chiarezza.

L'identificazione è il processo in cui:

³¹ EN 319 403 V2.2.2 (2015-08) *Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Trust Service Provider Conformity Assessment - Requirements for conformity assessment bodies assessing Trust Service Providers* www.etsi.org.

³² Il caso di Diginotar en.wikipedia.org è antecedente al Regolamento eIDAS. Fu proprio il caso Diginotar a determinare la Commissione Europea a emanare un regolamento, in luogo di una direttiva, al fine di garantire che la vigilanza e la verifica di conformità dei prestatori di servizi di fiducia fosse soggetta a regole europee e non nazionali. Da questo punto di vista il rinvio alla proposta di direttiva NIS2 rappresenta un passo indietro, non un passo avanti.

³³ Appare dunque incomprensibile perché la proposta di revisione del Regolamento eIDAS voglia trattare i prestatori di servizi di fiducia alla stregua di infrastrutture critiche, richiamando la c.d. Direttiva NIS2: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148 COM/2020/823 final* consultabile al seguente URL: eur-lex.europa.eu.

Per un verso è eccessivo, in quanto un sistema di marche temporali, di recapito elettronico certificato o di verifica delle firme certo non ha alcuno dei requisiti di una infrastruttura critica, né tali servizi presentano i rischi di impatto di una diga o di una centrale elettrica o nucleare: le metodologie intrusive ed altamente formalizzate degli audit delle infrastrutture critiche rischia di mettere fuori mercato i prestatori di servizi di fiducia che non abbiano le dimensioni di una telecom, di una utility o di un gestore di servizio postale. Il che sarebbe del tutto contrario alla finalità del regolamento eIDAS che, invece, intende aprire il mercato dei servizi di fiducia anche a società informatiche piccole e medie. Cosa che ha saputo fare con enorme successo: 20 anni fa esisteva un quasi monopolio delle firme digitali, gestito da due società RSA e Verisign; oggi i numerosi certificatori europei e gli standard europei sono leader a livello mondiale.

Per un altro verso è insufficiente, in quanto i requisiti delle infrastrutture critiche oggi esistenti non toccano gli aspetti specifici della sicurezza crittografica, organizzativa, fisica e informatica che deve avere un prestatore di servizi di fiducia qualificato che emette certificati qualificati di firma, di identità/attributi.

E per un ultimo verso del tutto inadeguato, in quanto la proposta di Direttiva NIS2 prevede tempi di almeno 3 anni per la creazione dei nuovi schemi di verifica di conformità che, quindi, oltre ad essere per un verso eccessivi, per un altro insufficienti, alla fine sarebbero anche tardivi.

Non si comprende perché la Commissione Europea voglia rischiare un blocco totale dei servizi di fiducia, che oggi sono un modello che viene imitato a livello internazionale.

- a) si definiscono una serie di attributi che, secondo una determinata policy, sono identificativi di una persona;
- b) si collegano detti attributi ad un token tecnologico, che costituisce la rappresentazione informatica della detta identità.

Il processo di identificazione può essere svolto in due modalità complementari ma fondamentalmente diverse:

A) l'identificazione è effettuata dal soggetto identificato: in tal caso si ha una vera e propria identità (*claimed identity*) che, se sotto il controllo esclusivo del titolare, diviene anche una *self sovereign identity*;

B) oppure, in alternativa, l'identificazione è effettuata da un soggetto terzo:

I. da una "*fonte autentica*" (articolo 3 (46) della proposta di revisione): in tal caso si tratta del profilo amministrativo riconosciuto dallo stato, che nella proposta di Regolamento però non è definita funzionalmente, anche se per essa si usa il termine "*identità digitale*" o "*identità elettronica*".

II. da un soggetto terzo di fiducia (*Trusted Third Party "TTP"*) che, pur non avendo fede pubblica e potestà certificatorie, dispone delle competenze tecniche e dell'infrastruttura (organizzativa e tecnica) necessaria al fine di attribuire ad un soggetto una identità digitale³⁴.

In generale la proposta di revisione del Regolamento eIDAS configura l'European Digital Identity Wallet come uno strumento tecnologico che deve abilitare i cittadini dell'Unione a mantenere sotto il proprio esclusivo controllo la propria identità digitale, per cui come uno strumento per la *self sovereign identity*. La proposta di modifica del Regolamento, tuttavia, menziona la *self sovereign identity* nella relazione di presentazione e in un considerando³⁵, ma omette di disciplinarla compiutamente, sia come principio generale, sia nel dettaglio: una mancanza grave se si considera l'enorme rilevanza sistematica della (vera) identità digitale, ossia dell'identità che noi scegliamo liberamente di adottare e che si trova tecnologicamente sotto il nostro esclusivo controllo³⁶. La proposta di regolamento non chiarisce il processo funzionale di attribuzione di una identità ad un soggetto, né se tale attribuzione è una auto-attribuzione (*claimed identity*), né se è fatta da terzi (*attributed identity*), come nel caso di una "*fonte autentica*" o come nel caso di un prestatore di servizi di fiducia qualificato, ai sensi dell'articolo 45-sexies della proposta di revisione del Regolamento.

³⁴ Modalità che non sarebbe consentita nel caso di presentazione dell'identità digitale ad un servizio pubblico: v. articolo 45b della proposta di revisione del Regolamento eIDAS.

³⁵ Considerando (34)

³⁶ Anche nei citati studi di fattibilità e di impatto, vi sono numerosi riferimenti alla *self sovereign identity*

La mancanza di tali definizioni essenziali rende di conseguenza impossibile distinguere nel Regolamento l'identificazione dall'autenticazione.

La vigente definizione tecnica di autenticazione del Regolamento eIDAS è errata/incompleta/generica, dato che essa era stata formulata in primis per descrivere la modalità tecnica di verifica tecnica di una firma elettronica avanzata/qualificata applicata ad un oggetto informatico (v. articolo 3 (5)). Essa andrebbe sostituita con una definizione che sia consistente con quelle tecniche vigenti ed universalmente accettate: ad esempio, sulla scorta della definizione ISO, si potrebbe dire che *“autenticazione é il processo elettronico nel quale una persona fisica o giuridica presentano uno o più attributi per la loro validazione nei confronti di una serie di requisiti tecnici e/o legali al fine di ottenere l'accesso (online o offline) ad un determinato dominio o sistema informatico al fine di eseguire determinate interazioni informatiche”*.³⁷

Si commenta da sola la circostanza che, pur essendo previsti nella proposta di revisione del Regolamento (diffusamente e ripetutamente!) servizi di autenticazione, essi non vengono definiti e non assurgono al rango di servizi elettronici di fiducia: ciò è davvero problematico, perché l'unico modo di rendere compatibile il Regolamento eIDAS con i dettami del GDPR, in particolare dell'articolo 32 (*privacy by design e data minimisation*), è di implementare servizi di autenticazione sulla base della tecnica cosiddetta *“zero knowledge”*³⁸ che è anche ripetutamente menzionata nei citati studi di fattibilità e di impatto della revisione del Regolamento eIDAS.

Se esistessero delle adeguate definizioni tecniche di identificazione ed autenticazione, sarebbe chiaro che il Wallet, nella sua configurazione più estesa, potrebbe essere oltre che strumento di identificazione, anche strumento di autenticazione. Invece nella proposta della Commissione Europea a volte sembra che debba necessariamente essere entrambe le cose.

La componente di identificazione sarebbe soggetta alle regole del Capitolo II del Regolamento, per cui la sua sicurezza sarebbe responsabilità diretta degli stati membri dell'Unione.

La componente di autenticazione sarebbe soggetta (almeno in parte) alle regole del Capitolo III del Regolamento, per cui sarebbe un servizio elettronico di fiducia, semplice o qualificato, la cui certificazione di sicurezza avviene secondo lo schema europeo di accreditamento dei prestatori di servizi elettronici di fiducia qualificati.

Se la terminologia della proposta di riforma del Regolamento eIDAS fosse consistente e chiara, sarebbe evidente che non è affatto pacifico che sia opportuno che un Wallet (vigilato ai sensi del Capitolo II del Regolamento eIDAS) abbia

³⁷ V. ISO/IEC 29115 che rinvia a ISO/IEC 18014-2.

³⁸ Per tutti si rinvia a abc4trust.eu.

anche funzioni di autenticazione (vigilate ai sensi del Capitolo III del Regolamento). Infatti le proposte di compromesso della Presidenza francese del Consiglio auspicano che il Wallet non abbia anche funzioni di autenticazione.

Inoltre l'assenza di una disciplina dei servizi elettronici di autenticazione (come servizi elettronici di fiducia qualificati) nella revisione del Regolamento eIDAS impedisce la soluzione di una serie di problemi che la proposta della Commissione europea ha correttamente evidenziato, senza proporre però delle soluzioni funzionali/funzionanti:

- 1) innanzitutto, come si vedrà appresso, il tema della privacy e della tutela dei diritti inviolabili dei cittadini. Le previsioni degli articoli 6c, 12 (dal quale è stato curiosamente eliminato il richiamo al GDPR) e 17 non sono davvero sufficienti, soprattutto visto che l'articolo 5 si limita, in modo assolutamente inadeguato, ad affermare che l'uso degli pseudonimi è ammesso. In realtà il GDPR li impone, in particolare all'articolo 32 che afferma i principi di minimizzazione dei dati e di *privacy by design*;
- 2) in secondo luogo, il problema delle *relying parties* (parti facenti affidamento sui Wallets e i relativi schemi di identificazione/autenticazione), che l'articolo 6b correttamente individua come componente essenziale del modello di sicurezza dell'identificazione (e autenticazione) informatica. Orbene, queste non sono prestatori di servizi di fiducia eppure, possono accedere (o attivare) il Wallet, con evidenti insormontabili problemi di sicurezza e privacy. La generica disposizione che questi soggetti debbano rispettare il diritto dell'Unione non risolve affatto il problema. Perché il modello di sicurezza sia funzionale, occorre che questi soggetti siano anch'essi sottoposti a vigilanza, ma ciò è impossibile, perché in caso di successo degli schemi nazionali di identificazione, i principali utilizzatori dei Wallet sarebbero i *gatekeepers* e le *large platforms*;
- 3) infine, i servizi di autenticazione qualificata potrebbero costituire una prima soluzione che consentirebbe ai Wallet di essere utilizzati nelle transazioni elettroniche, persino qualora i produttori di *smartphones* si rifiutassero di consentire ai Wallet europei di accedere alla componente sicura dei terminali da loro prodotti. Si pensi che persino i certificati per l'autenticazione dei siti web (QWACs) sono stati stati rigettati dalla comunità dei browser (che oggi ha il monopolio dell'identificazione e autenticazione dei siti web) con il pretesto che essi pongano un rischio di sicurezza, benché si tratti di file ascii senza codice attivo. Non è difficile figurarsi come reagiranno i produttori di *smartphones* (ciascuno dei quali è un monopolista all'interno del suo sistema informatico) ad un Wallet:

esso è un software crittograficamente protetto e costituisce una pericolosa black-box per il sistema informatico che lo ospita.

La mancanza di una adeguata definizione di autenticazione ha una ulteriore conseguenza, che manchi chiarezza sulla natura degli attributi. Infatti, gli attributi possono essere:

- 1) auto-dichiarati: ciò deve essere possibile proprio come espressione della libertà di pensiero ed espressione;
- 2) attestati da un generico service provider: ciò deve essere possibile per la medesima ragione di cui sopra. Sarebbe grave che attestati di frequenza, dichiarazioni di enti e organizzazioni sociali possano essere emesse solo su carta e non possano avere forma digitale! In tal caso si tratterebbe di meri attributi;
- 3) attestati da un prestatore di servizi elettronici di fiducia qualificato (attributi qualificati)
- 4) certificati da una fonte autentica.

Immaginando che il Regolamento eIDAS disponga di adeguate definizioni di autenticazione e identificazione (nelle sue tre varianti: auto-identificazione, identificazione da fonte autentica e identificazione da prestatore di servizi di fiducia), quali sarebbero le funzioni tecniche essenziali affinché un cittadino possa avere ragionevole fiducia che il suo Wallet non costituisca una intollerabile diminuzione dei suoi diritti fondamentali?

Ecco le funzioni tecniche che si ritiene necessario che la legge fissi in modo inderogabile, anche al fine di consentire la realizzazione di standard tecnici di implementazione che siano, allo stesso contempo, sicuri e tecnologicamente trasparenti e neutrali. Si noti che, per ragioni tecniche (ed al fine di garantire la necessaria neutralità tecnologica), come nel caso della firma digitale, occorre che gli strumenti di autenticazione possano essere sia avanzati, sia qualificati. La differenza consiste nel fatto che uno strumento di autenticazione avanzato è auto-dichiarato tale. Lo strumento di autenticazione qualificato, invece, è certificato come qualificato da uno schema europeo (si auspica, non da 27 schemi nazionali, come attualmente previsto dalla proposta di revisione del Regolamento eIDAS) di certificazione della sicurezza informatica.

Lo strumento di autenticazione elettronica avanzata deve assicurare mediante procedure e mezzi tecnologici adeguati come minimo che:

- a) è ragionevolmente assicurata la riservatezza dei dati per l'autenticazione elettronica utilizzati;
- b) i dati per la gestione di una autenticazione elettronica possono comparire in pratica una sola volta;
- c) i dati gestione di una autenticazione elettronica non possono, con un grado ragionevole di sicurezza, essere derivati e l'autenticazione

- elettronica è attendibilmente protetta da contraffazioni compiute con l'impiego di tecnologie attualmente disponibili;
- d) i dati per l'autenticazione elettronica utilizzati possono essere attendibilmente protetti dal firmatario legittimo contro l'uso da parte di terzi.
 - e) i dati contenuti nello strumento di identificazione/autenticazione elettronica non possono essere creati, modificati o cancellati senza il consenso esplicito del titolare;
 - f) lo strumento di identificazione/autenticazione elettronica possa essere solo installato e disinstallato dal suo legittimo titolare;
 - g) lo strumento di identificazione/autenticazione elettronica accetti tutti i formati di attributi qualificati e avanzati riconosciuti in standard europei o internazionali
 - h) lo strumento di identificazione/autenticazione elettronica fornisca solo al suo legittimo titolare il tracciamento di tutte le operazioni di identificazione o autenticazione realizzate a suo mezzo
 - i) lo strumento di identificazione/autenticazione elettronica presenti, ove richiesto, i dati di identificazione personale così come determinati dallo stato membro competente.

Per chi è familiare con la attuale struttura del Regolamento eIDAS, si tratta di una replica, dell'Allegato II (relativo agli strumenti di generazione della firma elettronica qualificata), con i necessari adattamenti, alle esigenze di uno strumento di identificazione e autenticazione.

La mancanza della determinazione di questi requisiti funzionali e di sicurezza nella attuale proposta di revisione del Regolamento ha due conseguenze che andrebbero assolutamente evitate:

- 1) Non esclude, come visto, il rischio che, nonostante le migliori intenzioni della Commissione Europea, gli strumenti di autenticazione elettronica si trasformino in macchine liberticide, come è accaduto per le carte di identità in Eritrea o per i cellulari in Cina
- 2) Rende impossibile la standardizzazione tecnica degli strumenti di autenticazione.

Il Consiglio e il Parlamento europei stanno affrontando il tema con estrema attenzione e hanno a tal fine esteso di almeno due mesi il calendario dei lavori approvazione della proposta di revisione del Regolamento eIDAS, che si concluderà, salvo ulteriori rinvii, sotto la presidenza Ceca o quella Svedese.

6. Conclusioni: *l'identità (digitale) non può essere una mera finzione giuridica ed occorre che ce ne riappropriamo con la consapevolezza della sua enorme importanza - L'identità per assolvere alla sua funzione non può essere*

semplicemente un profilo, né una finzione giuridica. Essa deve esistere fenomenologicamente per davvero e deve pertanto essere connessa alla nostra persona in modo univoco e sicuro, grazie alle funzionalità brevemente schematizzate nel paragrafo precedente.

L'attuale situazione (in assenza di uno strumento di identificazione/autenticazione elettronica sicuro, trasparente e tecnologicamente neutrale), in cui le nostre cosiddette identità digitali sono a noi imposte e gestite dai proprietari di *large platforms* e *gatekeepers* ha una serie di importanti implicazioni:

a) nel mondo delle transazioni digitali attualmente si opera sulla base di una serie di finzioni e di presunzioni che ci espongono a tutti i rischi e le conseguenze giuridiche che derivano dall'aver effettivamente partecipato a tali transazioni, anche se molte delle tutele fondamentali alle quali potremmo e dovremmo aspirare (riservatezza, divieto di profilazione), ci sono negate in quanto siamo "*sans papier*", rappresentati da una identità "non vera" puramente presuntiva ed effimera (valida solo all'interno del dominio della transazione, ossia generata ed autocertificata dalla nostra controparte transazionale). Occorre rivedere tali finzioni e presunzioni, alla luce della giurisprudenza romana sui negozi fra *Pater Familias* e famigli, ed alla luce dei diritti fondamentali della persona, che non possono affievolire a causa delle prassi che sono invalse nel commercio elettronico. È falso dire che abbiamo spontaneamente rinunciato ai nostri diritti: ci siamo stati costretti, a pena di rimanere esclusi da gran parte del commercio giuridico e delle interazioni sociali. Il ricatto funziona come tutti sappiamo: "*se vuoi fare parte di Instagram, Facebook, Amazon, Apple, ecc. devi consentirci di raccogliere dati su quello che fai, in modo che noi possiamo generare un Tuo profilo per poterci fidare che sei Tu. Ma se non sei d'accordo, resti fuori*". A questo punto è diventato necessario che rivendichiamo il diritto ad essere identificati dalla nostra vera identità (e non da un surrogato gestito da altri) e soprattutto il nostro diritto di non dire nulla su di noi (così come faremmo in un qualsiasi negozio, rifiutandoci di essere profilati). La proposta di revisione del Regolamento eIDAS si muove esattamente in questa direzione, sia pure con i limiti che si è cercato di evidenziare e che è auspicabile siano superati.

b) Occorrerebbe riconoscere lo stato di persona giuridica da noi controllata a taluni identificatori (SEID, IMEI, Serial Number, ecc.) ed ai sistemi informatici attraverso i quali operiamo nelle reti (smartphone, tablet, PC)³⁹, per le stesse ragioni per cui si è riconosciuta la personalità giuridica alle associazioni, fondazioni e società, ossia per fare emergere meccanismi di

³⁹ R. GENGHINI, *Digital New Deal: The Quest for a Natural Law in a Digital Society*, cit., p. 207 ss.

traslazione degli effetti giuridici trasparenti e capaci di ingenerare legittimo affidamento e certezza delle relazioni giuridiche. Solo se gli strumenti informatici che generano il nostro UID sono sotto il nostro esclusivo controllo, l'identità (digitale) nel mondo informatico cesserà di essere una finzione giuridica, priva di ogni sostrato fenomenologico. Gli ordinamenti giuridici degli stati membri dell'Unione Europea conoscono (oltre alle anagrafi comunali) due istituzioni secolari che sarebbero in grado di fornire ai cittadini una vera identità digitale: sono i notai e le banche. Dal punto di vista della storia dell'identificazione, lo stato è l'ultimo arrivato e, nei 150 anni in cui si è immischiato nel "mestiere" di identificare le persone, non di rado lo ha fatto con finalità e risultati che non sono proprio commendevoli.

c) Il vigente Regolamento eIDAS ha fatto un primo passo nel senso di sottrarre l'identità spendibile on-line al preteso monopolio dello stato e nel senso di farla divenire un dato fenomenologicamente vero della transazione digitale. Purtroppo, nella sua attuale formulazione la proposta di revisione del Regolamento eIDAS, arretra in modo preoccupante, trasformando tutti i servizi elettronici di fiducia in servizi ancillari accessibili solo tramite il Wallet, di cui nel testo della legge manca, come visto, una adeguata definizione. Inoltre, l'applicazione pratica del Regolamento eIDAS (e la relativa proposta di revisione) sono influenzate dall'idea (superficiale ed errata) che l'unica "vera" identità sia il nostro profilo generato e gestito dall'anagrafe e dallo stato civile: tale errore di prospettiva determina il rischio grave che i Wallets diventino degli strumenti di controllo di massa, anche se questa non è certo la loro finalità, almeno nelle intenzioni della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europei.

d) Occorre che gli *identity provider* eIDAS si facciano promotori di strumenti di autogenerazione ed autogestione dell'identità (come la blockchain, o gli smartphone) che si potrebbero definire "*freedom devices*" perché presentano alla rete l'immagine e l'idea di noi che noi ci scegliamo liberamente, e non il profilo che il gestore del dominio ci ha imposto per potere operare al suo interno, esponendoci ad una profilazione generalizzata e totale. La giurisprudenza comincia a muoversi in questa direzione: la Corte Suprema USA in due casi ha già deciso che gli smartphone sono protetti dall'*habeas corpus*⁴⁰ come se fossero parte di noi stessi.

e) I diritti inalienabili della persona nello spazio digitale vanno garantiti sempre ma solo ed esclusivamente a coloro che usano delle vere identità digitali. Significa che vanno riconosciuti solo ed esclusivamente alle persone fisiche identificate mediante l'identità da loro scelta (e non tramite un profilo

⁴⁰ Riley vs. California 573 U.S. 2014. e Carpenter v. United States, No. 16-402 585 US 2018.

imposto da un dominio), mentre non possono essere riconosciuti ad agenti informatici che non sono espressione di una identità liberamente scelta. Per comprendere ciò, occorre ricordare che gli attuali principi in materia di diritti inalienabili della persona non consentono la loro estensione automatica ad animali o robot. Soprattutto non consentono la loro applicazione a un soggetto che potrebbe essere umano, ma non è certo che sia così. Pertanto, se esistessero degli automi che sono la perfetta replica di un essere umano, non si applicherebbero ad essi come non si applicherebbero ad una scimmia particolarmente intelligente.

Nell'era dei social media è divenuto evidente che senza una vera identità (digitale), tutte le conquiste sociali, politiche ed economiche degli ultimi due secoli sono gravemente minacciate, perché quando il popolo cessa di essere una somma di individui responsabili, e torna ad essere una massa indistinta senza identità, inevitabilmente la politica torna ad essere repressiva e populistica, perché non si rivolge più ad una somma di individui (reali) ma ad una massa amorfa che non ha niente da perdere e neppure nulla da guadagnare perché composta da soggetti senza identità.

Purtroppo, di questo afflato di libertà nella proposta di revisione del Regolamento eIDAS non vi sono indicatori sufficienti. Essa non si coordina come dovrebbe il GDPR e neppure con le proposte di Digital Services Act e Digital Markets Act. Probabilmente alla base di ciò, vi è l'assunto che il Wallet di identità digitali sia uno strumento neutro: ma non è così, come visto. Il Wallet o migliora (anche solo marginalmente) lo status-quo, sotto il profilo dei diritti civili e della privacy, oppure diverrà funzionale ad una significativa loro compressione.

Seguendo i lavori del Parlamento Europeo e, per quanto possibile, del Consiglio, si può essere ragionevolmente ottimisti che le alte finalità della riforma, enunciate dalla Presidente dell'Unione Europea nel 2020, saranno rispecchiate nel testo finale del Regolamento: il lavoro delle Commissioni parlamentari ITRE, LIBE e ICOM sui punti evidenziati in questo contributo, è assai scrupoloso ed attento, per cui si può essere fiduciosi che ciò troverà adeguato riscontro nel testo che sarà licenziato dal Parlamento.

Banche Venete – *ius singulare* e articolo 2358 c.c.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il quadro Legislativo (e contrattuale) della vicenda ‘Banche Venete’ - 3. L’“Insieme Aggregato” ceduto a Intesa Sanpaolo S.p.A. - 4. La *vexata quaestio* dell’applicabilità dell’art. 2358 c.c. alle banche popolari - 5. Brevi note conclusive

1. *Premessa* – La Sentenza della Corte d’Appello di Bologna, qui in commento, offre molteplici spunti circa la nota vicenda delle “Banche Venete” che, quasi quotidianamente, occupa la Sezione Specializzata in Materia di Impresa del Tribunale di Venezia.

Al fine di poter cogliere compiutamente gli aspetti salienti della pronuncia della Corte Bolognese appare opportuno, brevemente, ripercorrere i fatti di causa.

La società (e i soci, nella qualità di garanti) avevano originariamente adito il Tribunale di Ferrara sostenendo di avere ottenuto dall’Istituto un aumento delle linee di credito a condizione che una parte degli importi messi a disposizione venisse utilizzata per l’acquisto di azioni di Veneto Banca.

Per tali motivi, gli attori hanno convenuto Intesa Sanpaolo, quale cessionaria dell’azienda di Veneto Banca (e dei rapporti di affidamento per cui è causa), al fine di sentir accertare la nullità delle operazioni di acquisto *finanziato* di azioni per violazione dell’art. 2358 c.c. (e per assenza del contratto quadro); in via subordinata, l’annullabilità degli acquisti azionari per errore, dolo o, comunque, per violazione delle norme in tema di conflitto di interessi di cui al D. Lgs. n. 58/1998¹ (e regolamentari). Per entrambe le ipotesi, parte attrice ha pure chiesto l’accertamento del proprio credito restitutorio afferente al prezzo delle azioni, con condanna di Intesa Sanpaolo al versamento dei relativi importi (in via ulteriormente gradata, anche a titolo di risarcimento del danno) e compensazione con quanto dovuto dalla società attrice per gli affidamenti ricevuti. I garanti, infine, hanno chiesto anche la liberazione da ogni impegno fideiussorio.

Nel giudizio di prime cure si è costituita Intesa Sanpaolo S.p.A. che ha preliminarmente eccepito il proprio difetto di titolarità passiva, ai sensi del D.L. n. 99/2017 e degli accordi negoziali intersocietari; nel merito, ha contestato

* Avvocati presso lo Studio Legale Giuliano Pavan e Associati, con sede a Treviso.

¹ D’ora in poi, anche solo il T.u.f..

l'infondatezza degli assunti attorei. Nel procedimento è pure intervenuta la Liquidazione Coatta Amministrativa di Veneto Banca S.p.A.² – quale esclusiva titolare passiva delle pretese di parte attrice – che, tra l'altro, ha eccepito l'improcedibilità di ogni domanda, ai sensi dell'art. 83 D. Lgs. n. 385/1993³.

Il Tribunale di Ferrara, all'esito del giudizio, ha accertato il difetto di legittimazione passiva di Intesa Sanpaolo, rigettando le domande di parte attrice. La pronuncia di primo grado, per contro, non ha accolto la spiegata eccezione di improcedibilità formulata dalla LCA di Veneto Banca, in assenza di alcuna domanda nei confronti della terza intervenuta.

Gli attori hanno gravato la pronuncia del Tribunale Estense, facendo valere plurimi motivi di erroneità della stessa, anche ritenendo la cornice legislativa della cessione dell'Insieme Aggregato a Intesa Sanpaolo S.p.A. non conforme a talune disposizioni della Costituzione e ai principi del diritto comunitario. Si sono costituite, in sede di gravame, tanto Intesa Sanpaolo S.p.A. quanto la Liquidazione Coatta Amministrativa di Veneto Banca S.p.A. chiedendo il rigetto dell'appello avverso. La LCA, infine, ha inoltre proposto gravame incidentale alla pronuncia del Tribunale di Ferrara, con riguardo al mancato accoglimento dell'eccezione di improcedibilità ex art. 83 T.u.b..

La Corte Bolognese in sintesi, con l'articolata pronuncia in commento, ha compiutamente affrontato diverse questioni sostanziali (*id est*, la cessione di talune attività a Intesa Sanpaolo S.p.A. e la compatibilità della disciplina *ad hoc* con i precetti costituzionali e quelli derivanti dal diritto comunitario; la responsabilità della cessionaria per passività afferenti alla commercializzazione di azioni Veneto Banca a fronte di un contenzioso avviato a seguito della nota cessione; la disciplina dell'art. 2358 c.c. e la sua compatibilità con le società cooperative etc.) e talune pure processuali⁴.

Il presente commento, all'evidenza, non ha alcuna pretesa di esaustività – laddove ciascuno degli argomenti trattati dalla Corte Bolognese meriterebbe un articolo a sé – ma si prefigge unicamente lo scopo di permettere al Lettore un primo orientamento in una vicenda che, nell'ultimo periodo, coinvolge molto spesso le aule di Tribunali.

² D'ora in poi, anche solo la LCA.

³ Nel prosieguo, anche solo il T.u.b..

⁴ La Corte Bolognese, dal punto di vista processuale, ha, a esempio, correttamente ritenuto, sulla scorta di consolidata giurisprudenza, la discrezionalità della concessione dei termini ex art. 183 c.p.c. a fronte di eccezioni preliminari idonee a essere dirimenti per la definizione del giudizio. La stessa poi, accogliendo il gravame incidentale proposto dalla Liquidazione Coatta Amministrativa di Veneto Banca, ha pure affermato (sulla scorta, tra l'altro, della pronuncia della Corte Suprema di Cassazione n. 743/2012) l'automatico effetto estensivo delle domande nei confronti del terzo interveniente, in assenza di opposizione da parte dell'attore.

2. *Il quadro Legislativo (e contrattuale) della vicenda ‘Banche Venete’* – Il primo argomento che il Collegio Bolognese ha dovuto affrontare è quello afferente alla (possibile) titolarità passiva di Intesa Sanpaolo S.p.A. con riguardo ai *claim* di un azionista Veneto Banca, a fronte di un contenzioso avviato successivamente alla cessione all’Istituto Torinese.

Il Collegio, al fine di dirimere la relativa questione, ha dapprima dovuto ricostruire (e analizzare) le cornici legislativa e negoziale che hanno condotto alla cessione dell’Insieme Aggregato dalle ‘Banche Venete’ a Intesa Sanpaolo S.p.A..

Come è noto, con decisione della BCE del 23 giugno 2017, è stato accertato che Veneto Banca S.p.A. e Banca Popolare di Vicenza S.p.A. erano *‘in dissesto o a rischio di dissesto’*, ai sensi dell’art. 18, paragrafo 1, lettera a, del Regolamento (UE) 2014/806. Anche a seguito delle decisioni del Comitato di Risoluzione Unico (che, tra l’altro, aveva ritenuto insussistente la necessità di un’azione di risoluzione nell’interesse pubblico ai sensi dell’art. 18, primo comma, lettera c del suddetto Regolamento (UE) 2014/806) sono stati accertati i presupposti per l’avvio della procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa dei due Istituti, ai sensi degli artt. 80 e seguenti del T.u.b..

Di conseguenza, il Governo Italiano, il 25 giugno 2017, ha approvato il Decreto Legge n. 99⁵ recante *«disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.»* per il tramite del quale, in estrema sintesi, tra l’altro: è stato disciplinato l’avvio e lo svolgimento della LCA dei due Istituti⁶ (artt. 1-2 D.L. n. 99/2017); è stata disposta la Cessione di un Insieme Aggregato ben preciso a Intesa Sanpaolo, individuato espressamente sulla scorta dell’offerta vincolante presentata dall’Istituto Torinese⁷ (artt. 2-3 del D.L. n. 99/2017); sono stati previsti taluni interventi di finanza Pubblica necessari per la cessione dell’Insieme Aggregato a Intesa Sanpaolo (art. 4 D.L. n. 99/2017) nonché la cessione dei crediti deteriorati⁸ delle due Banche in LCA a una società a partecipazione totalitaria del MEF, Società per

⁵ Il Decreto Legge n. 99/2017 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 146 del 25 giugno 2017, è entrato in vigore il giorno stesso ed è stato, poi, convertito, senza modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della Legge 31 luglio 2017, n. 121.

⁶ In questo contesto, Banca Popolare di Vicenza S.p.A. è stata posta in Liquidazione Coatta Amministrativa, su proposta della Banca d’Italia, con il Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze n. 185 di data 25 giugno 2017. Veneto Banca S.p.A. invece, è stata posta in Liquidazione Coatta Amministrativa con il successivo Decreto del M.E.F. n. 186. Entrambi i Decreti, che tra l’altro prevedevano l’autorizzazione alla temporanea prosecuzione all’esercizio dell’impresa bancaria per il tempo tecnico all’attuazione delle cessioni previste dal Decreto Legge n. 99/2017, sono stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale n. 177 del 31 luglio 2017.

⁷ Ai sensi dell’art. 3, primo comma, del D.L. n. 99/2017.

⁸ Nei limiti di cui al D.M. 22 febbraio 2018, a S.G.A. S.p.A. sono stati ceduti i crediti deteriorati cosiddetti *‘past due’*, *‘unlikely to pay’* (UTP) nonché quelli classificati a sofferenza.

la Gestione di Attività - S.G.A. S.p.A., ora AMCO S.p.A. (art. 5 D.L. n. 99/2017); sono state, infine, adottate alcune misure di ristoro per talune categorie di risparmiatori (art. 6 D.L. n. 99/2017).

Per quanto qui interessa, sulla scorta di tale quadro Legislativo, con contratto 26 giugno 2017 (avente efficacia nei confronti dei terzi, ai sensi dell'art. 3, secondo comma, D.L. n. 99/2017, dalla data di pubblicazione della notizia sul sito della Banca d'Italia⁹), Intesa Sanpaolo, come per l'innanzi detto, si è resa acquirente di un Insieme Aggregato, comprendente solo specifiche Attività e Passività. La cornice di riferimento della predetta cessione, infine, è completato dal «secondo atto ricognitivo del contratto di cessione in data 26 giugno 2017», con relativo Allegato 1.1., sottoscritto tra Intesa Sanpaolo e le LCA delle Banche Venete il 17 gennaio 2018 e volto, per espressa dizione dello stesso, a «disciplinare alcuni ulteriori aspetti del Contratto di Cessione che sono emersi dopo la Data di Esecuzione e che sono stati ritenuti meritevoli di approfondimento e/o chiarimento e ciò anche al fine di prevenire l'insorgenza di possibili ulteriori dubbi interpretativi e/o per rendere più fluida ed efficiente l'esecuzione del Contratto di Cessione¹⁰».

3. L'«Insieme Aggregato» ceduto a Intesa Sanpaolo S.p.A. – Sulla scorta di tali premesse normative (e negoziali), il Collegio Bolognese, dopo aver correttamente qualificato la domanda di parte attrice (e la *causa petendi* a essa sottesa), ha escluso la titolarità passiva di Intesa Sanpaolo, a nostro avviso, con un *iter* logico argomentativo corretto, aderente alla normativa e alla *ratio legis* sottesa.

Il ragionamento della Corte Bolognese, in questo contesto, muove dal condivisibile presupposto per cui la disciplina *ad hoc* elaborata dal Legislatore «*si pone come ius singulare che regola una determinata fattispecie, talvolta in continuità, talvolta in deroga rispetto alla legislazione ordinaria*» e che è «*innanzitutto chiaro che non ci si trova di fronte ad una normale cessione d'azienda o di un suo ramo, ma solo di determinate “attività e passività” presenti nel patrimonio della banca in LCA*».

⁹ L'art. 3, secondo comma, del D.L. n. 99/2017 sul punto così recita: «*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'art. 58, comma 2, del Testo unico bancario*».

¹⁰ Solo per completezza del presente quadro di riferimento – anche se qui non interessa ai fini del presente caso – va osservato come S.G.A. S.p.A., invece, si è resa acquirente dei crediti deteriorati con contratto 11 aprile 2018, anch'esso pubblicato per estratto – ai fini di ogni pubblicità – sul sito della Banca d'Italia.

Il Collegio, poi, ha proseguito chiarendo come lo *ius singulare* previsto dal Legislatore - compatibile con i principi del *burden sharing* e del *bail in* (per i quali, in sintesi, le conseguenze della crisi vanno sopportate, *in primis*, dagli azionisti e non dal sistema pubblico) e con la coeva Decisione della Commissione UE che concedeva, nel caso di specie, gli Aiuti di Stato - ricalchi le discipline concorsuali (*in primis*, quella di cui all'art. 105, quarto comma, R.D. n. 267/1942 richiamata dall'art. 80, ultimo comma, T.u.b.), in deroga all'ordinario criterio di cui all'art. 2560 c.c.¹¹.

Ciò premesso, la Corte Bolognese ha analizzato la disciplina per cui è causa, escludendo il possibile subentro di Intesa con riferimento a responsabilità (afferenti a un contenzioso successivo alla cessione dell'Insieme Aggregato¹² e) per la commercializzazione di azioni della Banca *in bonis*.

In effetti, tanto il D.L. n. 99/2017, all'art. 3, primo comma, lettera b)¹³ quanto il dettato contrattuale sono inequivocabili nell'escludere dall'Insieme Aggregato le possibili pretese afferenti ai *claim* di un azionista, anche ricomprendendole espressamente tra le Passività Escluse (si veda, in tal senso, l'articolo 3.1.4 del noto contratto 26 giugno 2017¹⁴), qui precisato che la cessionaria - per espressa definizione di (Decreto) Legge - «*risponde solo dei debiti ricompresi nel perimetro della cessione ai sensi del comma 1*».

Se il passaggio di cui sopra riflette la giurisprudenza consolidata tanto della Specializzata di Venezia quanto della Corte Lagunare (ovvero le Autorità Giudiziarie maggiormente investite del relativo contenzioso) in tema, a esempio, di violazioni T.u.f., di pregio (e assolutamente condivisibile) appare l'*obiter*

¹¹ In questa considerazione (*id est*, l'inapplicabilità al caso di specie della previsione di cui all'art. 2560 c.c., disposizione dettata per la cessione *ordinaria* di azienda), la pronuncia si allinea a plurime statuizioni della Sezione Specializzata in materia di Impresa di Venezia e della Corte d'Appello Lagunare.

¹² Si veda la disciplina di cui all'art. 3, primo comma, lettera c) del D.L. n. 99/2017 per il quale «*Restano in ogni caso esclusi dalla cessione anche in deroga all'art. 2741 c.c.: [...] c) le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività*».

¹³ L'art. 3, primo comma, lettera b) del D.L. n. 99/2017, in tal senso, così recita: «*Restano in ogni caso esclusi dalla cessione anche in deroga all'art. 2741 del codice civile: [...] b) i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse*».

¹⁴ Il disposto negoziale include espressamente tra le Passività Escluse: «*i debiti, le responsabilità (e relativi effetti negativi) e le passività derivanti da, o comunque connessi con, le operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate o convertibili delle Banche in LCA (ivi inclusi quelli oggetto di offerte di transazione presentate dalle Banche in LCA stesse nel 2017), nonché i relativi fondi*».

dictum del Collegio Bolognese che ricomprende l'esimente alla violazione di cui all'art. 2358 c.c..

Ebbene, come è noto (e come verrà pure *infra* meglio chiarito), la dedotta violazione in tema di assistenza finanziaria postula necessariamente un collegamento negoziale tra finanziamento finalizzato e la compravendita di titoli.

Un siffatto accertamento, giocoforza, comporterebbe – in contrasto con la normativa per cui è causa ma anche con la disciplina in tema di compensazione – l'elisione di un credito incluso nell'Insieme Aggregato con il prezzo delle azioni (di cui dovrebbe sopportare le conseguenze unicamente ed eventualmente la LCA nella sede del passivo): appare, in questo contesto, corretto il passaggio motivazionale della pronuncia Bolognese.

Parimenti condivisibile è la conclusione cui perviene la Corte (anche) con riguardo all'esclusione di cui all'art. 3, primo comma, lettera c) del D.L. n. 99/2017 afferente al 'Contenzioso Successivo', essendo incontestato l'avvio della controversia dopo la cessione dell'Insieme Aggregato (talché, neppure per definizione, vi potrebbe essere stata alcuna evidenza contabile).

Un commento a parte (e un articolo a sé, attesa la rilevanza delle relative questioni e l'articolata motivazione data dalla pronuncia qui annotata) meriterebbe l'accertata *compatibilità* della normativa *ad hoc* dettata dal Legislatore con riguardo alla disciplina comunitaria e ai precetti Costituzionali.

Con riguardo a quest'ultima questione, peraltro, va annotato che il Collegio Bolognese, a dispetto di talune pronunce della Sezione Specializzata in Materia di Impresa del Tribunale di Venezia e della Corte di Appello Lagunare che avevano ritenuto la questione irrilevante¹⁵, ha, per contro, compiutamente motivato anche circa l'infondatezza delle doglianze costituzionali *ex adverso* contestate.

Sulla questione, in realtà, pur condividendo gli assunti della Corte Bolognese, non possiamo che attendere la determinazione che verrà assunta dalla Consulta, già investita del relativo incidente di costituzionalità, da parte del Tribunale di Firenze, con ordinanza n. 179 del 20 luglio 2021.

4. La *vexata quaestio* dell'applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle banche popolari. - Altra questione in ordine alla quale il Collegio si è soffermato, seppur incidentalmente (a seguito dell'accertamento del difetto titolarità passiva di

¹⁵ In più occasioni, tanto la Sezione Specializzata in Materia di Impresa del Tribunale di Venezia quanto la Corte d'Appello Lagunare (in ultima con la recentissima pronuncia n. 196 del 31 gennaio 2022) hanno osservato come la questione, sollevata da azionisti che pretendevano una responsabilità pecuniaria di Intesa Sanpaolo, sarebbe irrilevante, laddove dalla *caducazione* della cornice legislativa conseguirebbe il venir meno pure dell'avvenuta cessione a Intesa Sanpaolo (che quindi, neppure per accademica ipotesi, potrebbe essere attinta dalle pretese economiche degli azionisti delle Banche Venete).

Intesa Sanpaolo e quindi senza entrare nel merito), riguarda l'applicabilità, al caso di specie, della disciplina di cui all'art. 2358 c.c. alle banche popolari.

È noto che l'art. 2358, commi da 1 a 6, c.c. disciplina, per le società per azioni, il divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie, fenomeno che, nel contenzioso delle Banche Venete, viene comunemente (e tecnicamente) definito "operazioni bacciate", per tali dovendosi intendere finanziamenti erogati dalla banca a un cliente, all'esclusivo fine di consentire l'acquisto di azioni dell'Istituto medesimo, mediante negozi collegati.

Fino al 2008, l'art. 2358 c.c. prevedeva un divieto assoluto (con la sola eccezione, a certe condizioni, dell'assistenza finanziaria rivolta a favorire l'azionariato dei dipendenti). A seguito della riforma attuata con il D. Lgs. n. 142 del 4 agosto 2008 (attuativo della direttiva 2006/68/CE), l'assistenza finanziaria non è più né vietata, bensì ammessa nel rispetto di taluni limiti meglio individuati dalla disposizione di Legge (*in primis*, la delibera autorizzativa previa redazione di una relazione dell'Organo gestorio).

La normativa propria delle società cooperative detta un'autonoma e specifica disciplina dell'acquisto di azioni proprie, in virtù della quale, in estrema sintesi, lo statuto può attribuire alla competenza decisionale dell'Organo amministrativo (senza necessità di una autorizzazione dell'assemblea) la facoltà della cooperativa di acquistare o rimborsare azioni proprie nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato (art. 2529 c.c.), ferma l'applicabilità, per quanto non previsto, delle disposizioni sulle società per azioni «*in quanto compatibili*» (art. 2519 c.c.).

Sicché, fermo il limite quantitativo all'acquisto di azioni proprie dettato dall'art. 2529 c.c., l'art. 2519 c.c. pone a sua volta un doppio limite all'applicabilità della normativa in tema di S.p.A. alle società cooperative: da un lato è necessario che l'ambito non sia già disciplinato nel Titolo VI, capo I del quinto libro del codice civile; dall'altro che la normativa che si vorrebbe mutuare dalle S.p.A. sia compatibile alle cooperative.

Quanto al primo limite, nessun testuale richiamo all'art. 2358 c.c. viene effettuato dall'art. 2525 c.c. (che, ricordiamo a noi stessi, afferma «*alle azioni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli art. 2346, 2347, 2348, 2349, 2354 e 2355*»).

Quanto, invece, al tema della compatibilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative, esso, in effetti, ha lasciato ampi margini di incertezza circa la possibilità di estendere una norma finalizzata a tutelare l'integrità (e l'effettività) del capitale sociale di una S.p.A. a una società con scopo mutualistico, nella quale sovente è previsto l'impiego del patrimonio per agevolare l'ingresso nella compagine sociale da parte di chi accumulava in sé la qualità di socio e quella di cliente.

La tecnica del rinvio alle «norme applicabili», come si avrà modo di illustrare *infra*, non risulta dirimente, sia in quanto il giudizio di compatibilità – che sostanzialmente governa il criterio di rinvio – è stato variamente interpretato da dottrina e giurisprudenza, sia in quanto è di indubbio rilievo che le banche popolari non siano società cooperative ordinarie, ma a loro volta siano caratterizzate da una disciplina derogatoria.

In tal senso, nonostante il richiamo alla disciplina generale da parte dell'art. 29 T.u.b., lo stesso art. 150 *bis* T.u.b. individua singolarmente le disposizioni del codice civile che *non* si applicano alle banche popolari, e tra quelle non richiamate (e quindi, in tesi, ritenute applicabili alle banche popolari dal Legislatore) vi sono l'art. 2529 c.c. e gli artt. 2357 e ss. c.c. in materia, appunto, di operazioni su azioni proprie nella società per azioni¹⁶.

La questione ha suscitato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, numerosi interrogativi.

Se da un lato, pur permanendo contrasti, parte della dottrina più recente pare accreditare l'esclusione dell'applicabilità di tale norma alle società cooperative¹⁷, d'altro canto la giurisprudenza dei tribunali e delle sezioni specializzate in materia di Impresa (*in primis*, quella di Venezia) paiono, per contro, essere inclini a riconoscerne l'applicabilità.

Le pronunce della Suprema Corte sul punto, in questo contesto, non abbondano.

Un orientamento interpretativo è stato offerto dalla pronuncia n. 9404/2015, con cui la Corte di Cassazione, proprio in base a criteri di compatibilità e peculiarità, ha escluso – previamente dando atto che lo statuto della banca popolare in questione prevedeva «*la facoltà della società di acquistare o rimborsare le azioni proprie; e tale facoltà non è interdetta da alcuna norma*» –

¹⁶ Nondimeno, le esigenze proprie del settore bancario di perseguire obiettivi di una sana e prudente gestione sono affidate alla specifica disciplina di 'vigilanza prudenziale', di matrice comunitaria (si tratta degli artt. 28 comma 1 lett. b, Reg. UE 575/2013 e art. 8 e ss del Reg. UE n. 241/2014), volta a regolare i «*finanziamenti che sono utilizzati per l'acquisto di strumenti di capitale*».

¹⁷ Cfr. sul punto: per la non applicabilità dell'art. 2358 c.c., tra gli altri, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2. Diritto delle società*, Utet, Torino, 2012, 603; CALLEGARI, sub art. 2529 c.c., in *Comm. Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti*, Bologna, 2004; E. CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Giuffrè, Milano, 2016, pag. 153 nt. 27; per l'applicabilità dell'art. 2358 c.c. solo nei limiti quantitativi dettati dall'art. 2529 c.c., vedasi S. CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*, Egea, Milano, 2012, pag. 114 e ss; a favore dell'applicabilità dell'art. 2358 c.c., vedasi G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative, sub art. 2522 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1999*; A.A. DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie "partecipazioni": le novità della disciplina*, in Aa.V. *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 297 e ss.; A. CHIEFFI, sub art. 2529 c.c., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Società cooperative*, a cura di G. Presti, Milano, 2006, pag. 259.

che alle banche popolari possa trovare applicazione il divieto di accettare azioni proprie in garanzia (di cui al settimo comma dell'art. 2358 c.c.).

Pur decidendo su una diversa fattispecie non riconducibile all'assistenza finanziaria in senso stretto, detta Sentenza non manca di fornire taluni principi generali, affermando chiaramente che «*la natura cooperativa delle banche popolari ne giustificava una disciplina peculiare, diversificata rispetto a quella delle società per azioni*», dando così preminente valore alla valutazione di compatibilità tra le norme dettate per le società per azioni e la disciplina (e relativa *ratio*) delle società cooperative.

La giurisprudenza di merito, tuttavia, in numerose pronunce ha ritenuto applicabile alle banche popolari il divieto dell'art. 2358 c.c. affermando, in estrema sintesi: (i) che la tutela del capitale sociale è centrale anche nelle società cooperative, dovendo lo scopo mutualistico essere perseguito secondo criteri di economicità e razionalità; (ii) che la finalità lucrativa caratterizza la mutualità delle banche popolari, ciò che rende compatibile la disciplina della S.p.A. a tali istituti di credito; (iii) che (in talune ipotesi) le stesse banche venute hanno ritenuto a sé applicabile la normativa oggi censurata, conformandosi a quanto ivi previsto per altre operazioni di finanziamento; (iv) che la disciplina di Legge delle società cooperative deve ritenersi integrata, in quanto compatibile, da quella delle S.p.A., stante il richiamo di cui all'art. 2519 c.c. ; (v) la mancata esclusione dell'art. 2358 c.c. dal novero delle norme del codice civile inapplicabili ex art. 150 bis T.u.b.¹⁸.

Il Collegio Bolognese, discostandosi dal succitato orientamento, ha per contro ritenuto di dare a tale quesito risposta negativa, facendo a sua volta proprio il ragionamento già espresso dalla suddetta pronuncia n. 9404/2015 della suprema Corte, espressamente affermando che «*tale conclusione (l'inapplicabilità alle banche popolari di accettare azioni proprie in garanzia ex art. 2358 c.c.: n.d.r.) ben può ritenersi estendibile anche all'art. 2358 c.c. 1° co. inerente il divieto di prestiti per l'acquisto di azioni proprie*».

Detta esclusione viene condivisibilmente motivata dalla Corte d'Appello sulla scorta di espressi richiami normativi (l'art. 2519 c.c., che prevede che la disciplina della società per azioni debba essere applicata alle cooperative secondo «*un giudizio di compatibilità*»; l'art. 2520 c.c., che analogamente rimanda al

¹⁸ Per una più approfondita disamina delle motivazioni poste a base della ritenuta applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative si vedano, a esempio: la sentenza del Tribunale di Padova del 16 luglio 2020, in www.dejure.it; le sentenze del Tribunale di Venezia, Sezione specializzata in materia di Impresa, del 15 giugno 2016; del 23 luglio 2019; del 4 giugno 2021; del 2 luglio 2021 (n. 1351 e n. 1359), tutte in www.dejure.it; la sentenza del Tribunale di Treviso del 4 maggio 2020, in www.dejure.it.

criterio di compatibilità; l'art. 2525, ultimo comma, c.c. che non menziona, tra le norme dettate in tema di S.p.A. e applicabili alle cooperative, l'art. 2358 c.c.).

La pronuncia della Corte d'Appello di Bologna qui commentata, poi, non nasconde che «*l'art. 150 bis, 2° co. TUB non include l'art. 2358 c.c. tra le norme inapplicabili alle banche popolari*», ma bilancia tale previsione (di applicabilità, appunto, dell'art. 2358 c.c.) con quelle del codice civile dettate espressamente per le cooperative, attribuendo alle seconde, secondo un giudizio di prevalenza, maggior rilevanza «*dal punto di vista letterale e della normativa ordinaria*».

Non manca nella motivazione del Collegio Bolognese, infine, un espresso richiamo a una ragione di carattere sistematico («*dal punto di vista sostanziale e della ratio legis*»), data dalla peculiarità delle società cooperative e, aggiunge la Sentenza, «*a fortiori nelle banche cooperative*» (finalità mutualistica, capitale variabile), che escluderebbe la possibilità di applicare analogicamente la disciplina delle S.p.A. a quella delle società cooperative.

La Sentenza della Corte d'Appello di Bologna si inserisce, come detto, in un vivo dibattito e contrasto sull'applicabilità, alle società cooperative, della disciplina dell'art. 2358 c.c., recentemente divenuto d'attualità, anche atteso il nutrito contenzioso che coinvolge le banche venete.

Potrebbe ritenersi, confrontando le motivazioni che sorreggono i due opposti filoni interpretativi di cui s'è dato conto, come da un lato (Corte di Cassazione e Corte d'Appello di Bologna) venga maggiormente valorizzato il criterio normativo di compatibilità, anche facendo leva sulla peculiarità delle società cooperative rispetto alle società per azioni; dall'altro (Tribunale di Venezia, Treviso e Padova) venga, per contro, posto l'accento sui principi di tutela del risparmio e di sana e prudente gestione del settore bancario, che inevitabilmente risultano essere stati compromessi nella vicenda del crac delle banche venete, con gravosi risvolti per il tessuto sociale.

È tuttavia indiscutibile che in assenza di univoci indici normativi, considerata la variegata interpretazione giurisprudenziale del concetto di 'compatibilità' utilizzato dall'art. 2519 c.c. e, infine, attesa la peculiarità dello statuto delle banche popolari, la Corte Bolognese ha avuto il merito di ancorare la decisione alla disciplina positiva, anche in un'ottica di certezza del diritto.

5. *Brevi note conclusive.* - La Sentenza della Corte d'Appello di Bologna ha fornito molteplici spunti sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, anche offrendo un quadro complessivo (ed esaustivo) della normativa *ad hoc* prevista dal Legislatore.

La questione "Banche Venete", in questo contesto, è, tutt'oggi, *in itinere* e tutt'altro che risolta, anche laddove coinvolge molteplici e discussi temi di diritto sostanziale e procedurale. Basti pensare, a esempio, all'ordinanza di rimessione

in Corte Costituzionale proposta dal Tribunale di Firenze (con provvedimento 20 luglio 2021) con riguardo alla legittimità del Decreto Legge n. 99/2017.

Analogamente, come pure chiarito, anche la questione dell'art. 2358 c.c. e della sua possibile applicabilità alle società cooperative è tutt'ora dibattuta.

Nel panorama giurisprudenziale, la pronuncia in commento non ha, per adesso, avuto seguito nei Tribunali e nelle Corti di merito e molto probabilmente, il tema troverà un punto fermo solo con una decisione definitiva da parte della Corte Suprema di Cassazione.

Frattanto, la vicenda afferente alle “Banche Venete” e all'aggregato ceduto a Intesa Sanpaolo continuerà a tener banco nelle aule dei vari Tribunali.

La sentenza del *Landgericht Berlin* di inammissibilità degli interessi negativi ed i presupposti per la produzione degli interessi sui debiti pecuniari

1. Il tema dei presupposti e dei limiti per la produzione degli interessi è stato di recente riproposto in relazione alla pretesa manifestatasi da parte di diverse banche dell'Unione Europea di traslare sulla clientela gli oneri conseguenti alla politica di contenimento del tasso degli interessi adottata dalla BCE.

Il carattere del tutto nuovo ed insolito della questione potrebbe indurre a richiamare ironicamente la celebre frase *ein Gespenst geht um in Europa* e lo spettro in questo caso si è annunciato con la tentazione di applicare interessi negativi sui depositi della clientela bancaria.

La produzione degli interessi sulle somme depositate sui conti dalla clientela è stata, infatti, di recente rivendicata a proprio vantaggio da alcune banche che hanno ritenuto di addebitare interessi negativi calcolati in misura proporzionale alle somme giacenti sul conto sulle somme depositate dalla clientela sui conti bancari aperti presso la banca.

L'obbligazione assunta dalla banca di detenere o custodire le somme raccolte dalla clientela comporterebbe per quest'ultima una onerosità che consisterebbe nella produzione di interessi negativi per la clientela stessa e positivi per la banca stessa¹.

Tale onerosità verrebbe giustificata con riferimento alla tendenza delle banche centrali e della BCE a contenere i tassi di interesse a livelli anche negativi secondo una prassi volta a stimolare l'economia minacciata dalle tendenze recessive diffusamente manifestatesi in molti paesi.

La BCE nelle operazioni di deposito delle eccedenze di liquidità effettuate dalle banche commerciali presso la banca centrale (*deposit facility*) ha fissato per la prima volta nel giugno del 2014 un *deposit rate* negativo dello 0,1 % successivamente confermato e leggermente aumentato.

Di qui il manifestarsi della tentazione secondo cui un analogo *deposit rate* negativo possa essere applicato anche a carico della clientela sulla liquidità raccolta e giacente sui conti e sui depositi.

* Ordinario di Diritto Civile, Università degli Studi Milano - Bicocca

¹ Cfr. Quaderni giuridici della CONSOB n. 14, 2017, *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile Un'analisi dei profili giuridici e finanziari*, a cura di S. Alvaro, A. Gentili, C. Mottura; Campagna, *Il credito strutturato rischio e autonomia nei contratti di credito*, Giuffrè, 2020 pag. 273 e segg.

A tal fine talune banche hanno apportato modifiche alle condizioni contrattuali che regolano i rapporti di conto corrente. Sono state così inserite clausole che prevedono a carico del cliente l'applicazione sulla parte di giacenza attiva eccedente un certo ammontare, la maturazione di un interesse positivo per la banca e negativo per il cliente. Questi si trova quindi onerato in proporzione dell'ammontare della liquidità di cui quale depositante è creditore verso la banca.

La prima significativa risposta viene dalla Germania e precisamente dal *Landgericht Berlin (LG Berlin, Urteil vom 2.09.2021 - 16 O 43/21)* con una recentissima pronuncia emessa a seguito di una specifica azione di classe promossa da una organizzata associazione di consumatori

La decisione è significativa non solo per la tematica che è stata oggetto della decisione ma anche per l'efficienza, linearità e rapidità del percorso attraverso il quale sono stati esaminati e decisi interessi diffusi, quali quelli che fanno capo all'amplessissima platea della clientela bancaria in relazione ad una fattispecie del tutto nuova e per molti versi problematica, come è quella degli interessi negativi.

A seguito della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali effettuata nel settembre 2020 dalla banca berlinese Sparda-Bank attraverso l'inserimento di clausole di addebito degli interessi negativi sui conti che presentino giacenze superiori ad un determinato limite, l'associazione dei consumatori *Bundesverband der Verbraucherzentralen (VZBV)* ha nel novembre dello stesso anno intimato e quindi citato in giudizio la banca attraverso un'azione di classe nell'interesse indistintamente di tutta la clientela interessata avanti al Tribunale di Berlino per l'eliminazione delle clausole che la banca aveva appena allora introdotte.

A pochissimi mesi di distanza con la sentenza in parola, la decisione del Tribunale di Berlino.

Prima ancora di ogni altra considerazione sui termini e sul contenuto della decisione dei giudici della capitale tedesca, va rilevato che le modalità ed i tempi che hanno contrassegnato il sorgere, la trattazione e quindi la soluzione dell'intera vicenda che ha visto contrapposte le iniziative della banca con gli interessi della clientela risultano particolarmente significativi.

Il merito di questi risultato risiede sicuramente nell'adeguato sistema di *class action* che ha consentito l'immediata rilevazione da parte della associazione dei consumatori della modifica delle condizioni contrattuali potenzialmente lesiva di interessi della clientela bancaria. Di qui l'immediata valutazione della loro rilevanza e quindi, se del caso, la pronta applicazione dei rimedi, quali come in questo caso la dichiarazione di inefficacia delle clausole ritenute illegittime nell'interesse di tutta la clientela della banca.

Con le modifiche dei contratti apportate dalla banca ai contratti con la clientela, veniva previsto a carico del cliente l'addebito a titolo di compenso per

la custodia dello 0,5% sulle giacenze attive superiori a euro 25.000 nei conti correnti e nei conti di deposito su giacenze superiori a euro 50.000.

Tali iniziative venivano giustificate adducendo la circostanza che i tassi di interesse negli ultimi anni risultano molto bassi, e che, per effetto della politica monetaria, la stessa Banca Centrale Europea applica un tasso di interesse negativo sulla liquidità ricevuta in deposito dalle banche nazionali.

L'applicazione dell'addebito a titolo di compenso per la custodia della liquidità giacente sul conto veniva quindi giustificata quale conseguenza, sostanzialmente speculare, dell'assunzione da parte delle banche dell'onere richiesto per le somme depositate presso la BCE.

Questo argomento viene contrastato dalle associazioni di consumatori sulla base della considerazione che solo una frazione della raccolta ricevuta viene dalle banche depositata presso la BCE e solo su una parte di esse viene poi concretamente applicato l'addebito da parte della BCE. Secondo le associazioni dei consumatori, infatti dai bilanci delle stesse banche risulterebbe che il volume dei prelievi effettuati a tale titolo sui conti della clientela sono nettamente superiori agli oneri che le banche hanno dovuto riconoscere alla BCE.

Il Tribunale di Berlino ha dichiarato l'illegittimità degli addebiti degli interessi negativi, genericamente denominati spese di custodia (*Verwahrtgelte*) dalle banche, condannando queste ultime alla restituzione di quanto addebitato a tutta la clientela della banca convenuta. Va segnalato che contemporaneamente la associazione dei consumatori VZBV, al fine di ottenere un orientamento uniforme in tutta la nazione, ha proposto la medesima azione presso diversi Tribunali della Germania, convenendo in giudizio le banche che nelle diverse regioni hanno modificato le condizioni contrattuali e addebitato alla clientela interessi negativi.

2. Le argomentazioni delle parti, come pure le motivazioni della sentenza muovono dall'inquadramento del contratto di conto corrente bancario (*Girovertrag*) con il quale la banca assume la funzione di realizzare i servizi di pagamento e svolge tutte le connesse prestazioni di incasso e di trasferimento del danaro per conto del cliente.

Conformemente al modello del codice tedesco che non contiene una specifica disciplina dei contratti bancari, a differenza del successivo e più analitico codice italiano del 1942, la sentenza richiama le norme, talora modificate ed aggiornate che nel BGB stabiliscono i principi cardine della prestazione di servizi.

L'invalidità delle clausole inserite nei contratti dalla banca deriva secondo l'associazione dei consumatori dai principi relativi al controllo di contenuto (*Inhaltskontrolle*) di cui al § 307 BGB sulle AGB, condizioni generali di contratto

(AGB, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*)². I giudici berlinesi ritengono che tali clausole non trovino valida giustificazione in quanto non possono essere ricomprese in alcuna effettiva prestazione causalmente tipica del contratto (*nicht überprüfbare Hauptleistungspflicht*). Allo stesso modo, secondo la sentenza, la pretesa pecuniaria introdotta dalla banca a carico della clientela non trova giustificazione in alcuna effettiva e reale controprestazione da parte della banca.

Questi argomenti sono sorretti nella motivazione della sentenza da altre rilevanti considerazioni sui caratteri tipici del contratto e sulle connesse funzioni causali.

Il riferimento è rivolto al contratto di servizi, di cui al § 675 BGB (*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*), ed in particolare al collegato e successivamente introdotto § 675 f Abs. 5 BGB³ che ha specificato la disciplina nel contratto dei servizi di

² § 307 Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

³ § 675 Zahlungsdienstevertrag

(1) Durch einen Einzelzahlungsvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für die Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler, Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt (Zahlungsdienstnutzer), einen Zahlungsvorgang auszuführen.

(2) Durch einen Zahlungsdienstrahmenvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für den Zahlungsdienstnutzer einzelne und aufeinander folgende Zahlungsvorgänge auszuführen sowie gegebenenfalls für den Zahlungsdienstnutzer ein auf dessen Namen oder die Namen mehrerer Zahlungsdienstnutzer lautendes Zahlungskonto zu führen. Ein Zahlungsdienstrahmenvertrag kann auch Bestandteil eines sonstigen Vertrags sein oder mit einem anderen Vertrag zusammenhängen.

(3) Der Zahlungsdienstnutzer ist berechtigt, einen Zahlungsauslösedienst oder einen Kontoinformationsdienst zu nutzen, es sei denn, das Zahlungskonto des Zahlungsdienstnutzers ist für diesen nicht online zugänglich. Der kontoführende Zahlungsdienstleister darf die Nutzung dieser Dienste durch den Zahlungsdienstnutzer nicht davon abhängig machen, dass der Zahlungsauslösedienstleister oder der Kontoinformationsdienstleister zu diesem Zweck einen Vertrag mit dem kontoführenden Zahlungsdienstleister abschließt.

(4) Zahlungsvorgang ist jede Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von der zugrunde liegenden Rechtsbeziehung zwischen Zahler und Zahlungsempfänger. Zahlungsauftrag ist jeder Auftrag, den ein Zahler seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs entweder unmittelbar oder

pagamento (*Zahlungsdienstevertrag*), stabilendo peraltro il principio della proporzionalità e della corrispondenza del corrispettivo ai reali costi del servizio stesso.

Il *Landgericht* rileva che l'introduzione dell'addebito dello 0,5 % sui conti della clientela, la cui giacenza superi per i *Girokonten* la somma di euro 25.000 e per i conti di deposito la somma di euro 50.000, confligge con i fondamentali principi del controllo di contenuto delle condizioni generali di contratto AGB, § 307 BGB⁴, realizzati principalmente attraverso i principi della buona fede (*Treu und Glauben*) secondo le diverse proiezioni contenute nella disciplina delle AGB.

Ne conseguono l'invalidità ed inefficacia delle clausole che comportano oneri per l'aderente come pure delle clausole che non siano facilmente comprensibili o la cui portata risulta non adeguatamente avvertita dall'aderente stesso.

Questa conclusione è confermata dalla stessa disciplina del contratto di deposito irregolare, con particolare riguardo al deposito di cose generiche da restituire nella stessa specie e quantità. Vengono richiamati i principi del deposito irregolare di cose generiche o di danaro di cui al § 700 BGB (*Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*)⁵, nel nostro sistema corrispondente all'art. 1782 c.c, che, nel caso di deposito di cose generiche con facoltà del depositario di utilizzarle e di servirsene, prevede, se l'oggetto del deposito è il danaro, l'applicazione della

mittelbar über einen Zahlungsauslösedienstleister oder den Zahlungsempfänger erteilt.

(5) Der Zahlungsdienstnutzer ist verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes vereinbarte Entgelt zu entrichten. Für die Erfüllung von Nebenpflichten nach diesem Untertitel hat der Zahlungsdienstleister nur dann einen Anspruch auf ein Entgelt, sofern dies zugelassen und zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart worden ist; dieses Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.

(6) In einem Zahlungsdienstrahmenvertrag zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister darf das Recht des Zahlungsempfängers, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung oder einen anderweitigen Anreiz anzubieten, nicht ausgeschlossen werden

⁴ V. *supra* nota 2.

⁵ § 700 Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag

(1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

(2) Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Absatz 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird.

disciplina del mutuo, ossia il § 488 BGB (*Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag*)⁶.

È sulla base di questi principi che la sentenza opportunamente amplia l'analisi alla funzione che svolge della liquidità raccolta dalla banca e giacente sui diversi conti della clientela. Questa, rileva la sentenza, è utilizzata e costituisce lo strumento per lo svolgimento della stessa attività caratteristica della banca consistente nella erogazione del credito. Il deposito da parte della clientela di somme di danaro sui conti bancari dà luogo, secondo i giudici berlinesi, a rapporti tra banca e clientela depositante, che debbono essere necessariamente ricondotti alla disciplina del mutuo.

Di qui la conferma della inefficacia ed invalidità di clausole che comportino l'addebito di oneri proporzionati all'entità della giacenza nel deposito bancario. Queste, infatti, risultano contrarie ai doveri che tipicamente e causalmente regolano e contraddistinguono le prestazioni delle parti del contratto di mutuo (*vertragstypische Pflichten*). Tali doveri prevedono infatti l'obbligo del pagamento degli interessi a carico del mutuatario, e la banca si trova a rivestire nel rapporto con la clientela questo ruolo e questa posizione. Al contrario risulta impossibile ricondurre al ruolo di mutuatario il cliente della banca che presso di questa ha depositato somme di danaro a questi spettando piuttosto il ruolo di mutuante di somme di danaro in favore della banca che effettua la raccolta di liquidità pecuniaria.

Secondo la sentenza berlinese, le clausole di addebito di oneri percentuali alla giacenza sul conto introdotte unilateralmente non possono essere ricondotte, come sostenuto dalla banca, ad una prestazione di custodia della stessa liquidità che la banca raccoglie dalla clientela. Nel contratto di conto corrente, infatti, la prestazione di custodia costituisce il principale tratto tipico e funzionale del contratto: *die Verwahrfunktion ist dem Girovertrag immanent*.

La prestazione di custodia non può essere in nessun modo considerata quale possibile prestazione ulteriore rispetto a quelle tipicamente e causalmente previste nel contratto, né al cliente potrebbe mai essere riconosciuta la facoltà di

⁶ § 488 Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag

(1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

(2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen ist, bei der Rückzahlung zu entrichten.

(3) Ist für die Rückzahlung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Sind Zinsen nicht geschuldet, so ist der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückzahlung berechtigt.

rinunciare o meno ad una tale prestazione da parte della banca, in quanto così facendo verrebbe meno una delle componenti causali necessarie alla funzionalità dell'intero contratto.

Di qui la dichiarazione di inefficacia delle clausole introdotte dalla banca, la condanna della medesima alla restituzione alla clientela delle somme ingiustificatamente incassate, prevedendo a tal fine la connessa condanna della banca a comunicare i nominativi dei clienti interessati alla restituzione al fine di consentire l'esecuzione della sentenza.

3. La decisione del *Landgericht Berlin* è particolarmente significativa e va oltre i confini del contenzioso sorto in Germania anche in considerazione della circostanza che il fenomeno dell'inserimento nei contratti bancari di clausole volte a consentire alla banca l'addebito di interessi negativi si è contemporaneamente affacciato nei diversi contesti europei.

Si tratta inoltre di una delle tematiche che si possono definire d'elezione per la comparazione, considerato il carattere pressoché universale in ogni sistema giuridico ed economico sia della obbligazione degli interessi, sia degli istituti che ne regolano la fonte, come pure dei soggetti investiti dalla questione, tutti riconducibili ad una platea uniforme e ricorrente consistente nella clientela bancaria.

Posizioni non lontane da quelle della sentenza sono state espresse dalla dottrina tedesca che maggiormente ha approfondito il tema del progressivo contenimento del tasso di interessi, sino all'annullamento ed alla negativizzazione del tasso stesso. Anche di recente è stato rilevato che nell'intero diritto civile il sorgere di un obbligo al pagamento degli interessi può essere previsto soltanto a carico del soggetto *accipiens* della somma di danaro e non certo a carico di colui che tale somma fornisce. Questo si collega del resto con la definizione degli interessi come frutti civili e come controprestazione dovuta da colui che si avvantaggia della disponibilità del danaro altrui per un certo lasso di tempo⁷.

In conclusione, i c.d. interessi negativi non sono interessi, né sono riconducibili agli interessi. Le banche (come nel caso della banca tedesca di cui alla sentenza), probabilmente nella consapevolezza della non riconducibilità degli oneri addebitati alla clientela per giacenze oltre un certo limite agli interessi in senso giuridico, hanno tentato di costruire una definizione meno impegnativa, quale il diritto di custodia o simili. Ma anche questa via non risulta invero percorribile. Infatti una tale attività di custodia è già ricompresa nella prestazione cui è tenuta la banca in ogni tipo di contratto che preveda il deposito di somme di danaro presso di essa. La custodia costituisce una prestazione tipica necessariamente dovuta dalla banca in ogni momento del contratto di deposito,

⁷ OMLOR, *Negativzinsen*, Bankrechtstag 2017, 45 ss.

considerato che, come ha osservato la sentenza del Tribunale di Berlino, la prestazione della custodia è immanente, deve essere svolta dalla banca in ogni caso ed anche se tale rapporto avesse una durata limitatissima di giorni o di ore⁸.

4. Le modificazioni anche rilevanti che si possono verificare nel mercato dei capitali influiscono sulla misura del vantaggio che può essere tratto dalla disponibilità di un capitale monetario sino ad arrivare in determinati casi ad escludere la stessa possibilità di un vantaggio, rendendo al limite possibile anche l'ipotesi che il tasso degli interessi non superi lo 0 %⁹.

La raccolta effettuata dalla banca potrebbe in determinate situazioni incontrare forti limiti nel livello della remunerazione ma in ogni caso resterebbe del tutto priva di giustificazione la pretesa della banca di pretendere un corrispettivo, a prescindere dal fatto che sia definito quale interesse negativo o quale commissione di custodia della liquidità.

Deve essere inoltre considerato che l'insieme dei depositi effettuati dalla clientela costituisce la raccolta che, nella misura consentita dalla disciplina di settore, costituisce lo strumento con il quale la banca svolge l'attività di erogazione del credito. Questa è la principale e caratteristica attività riservata alla banca ed appare contraddittorio e ingiustificato gravare di ulteriori oneri la clientela che tale raccolta ha fornito. L'erogazione del credito consente inoltre alla banca di realizzare a proprio vantaggio un flusso di interessi positivi corrisposti da parte dei soggetti finanziati. Pertanto la pretesa di onerare la clientela di interessi negativi appare contraddittoria e priva di giustificazione. La circostanza che i depositi effettuati dalla banca presso la BCE possano in taluni casi risultare onerosi per la banca non costituisce una ragione per "trasferire" impropriamente una siffatta onerosità alla clientela. Essa è piuttosto parte del complessivo coacervo di costi ed oneri che di volta in volta possono accompagnarsi all'attività di gestione dell'attività bancaria ed in particolare possono caratterizzare l'accesso ai diversi strumenti di sostegno alla liquidità offerti dalla BCE.

L'introduzione nei contratti di deposito e conto corrente di clausole di addebito degli interessi negativi sulla raccolta darebbe luogo inoltre ad un inammissibile sistema di onerosità incompatibile con la natura e la funzione dei contratti di deposito bancario venendo in modo del tutto arbitrario a contraddire la necessaria correlazione che il regime degli interessi deve necessariamente avere con l'andamento del tasso di inflazione ed il rendimento dei titoli pubblici.

Basta considerare le recenti modificazioni del tasso legale degli interessi in Italia. Il decreto 13 dicembre 20 del Ministero dell'economia dal 1° gennaio 2021

⁸ OMLOR, *Lückenfüllung bei unwirksamen Zinsanpassungsklauseln*, ZBB 2020, 355; OMLOR, LIMBACH, DE STASIO, *Lückenschließung bei unwirksamen Zinsanpassungsklauseln im anglo-amerikanischen, romanischen und deutschen Rechtskreis*, ZBB- Report, Zbb/JBB 4/21.

ha portato il tasso degli interessi legali dal 0,01 % al 1,25 % con un aumento del precedente tasso di ben 125 volte.

La misura del tasso degli interessi legali dopo essere stata fissata nel testo originario del Codice civile al 5% e poi portata dal 1990 al 10 % e poi dal 1997 di nuovo al 5% sino al 1997, dalla fine del secolo scorso viene fissata annualmente tenendo conto del rendimento medio dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e del tasso di inflazione registrato nell'anno.

Considerata la funzione generale di determinazione del costo del danaro secondo il tasso di interesse legale che viene determinato di anno in anno, risulterebbe del tutto contraddittorio ed ingiustificato che la liquidità monetaria raccolta dalla banca oltre a consentire alla banca di realizzare sulle somme della raccolta destinate ai finanziamenti interessi corrispettivi per le erogazioni di credito effettuate, potesse nello stesso tempo fornire ulteriori proventi nella forma di interessi negativi addebitati alla clientela.

5. L'obbligazione degli interessi dunque continua a richiamare l'attenzione degli interpreti non soltanto in relazione agli innumerevoli profili applicativi, quale da ultimo quello degli interessi negativi, ma anche in relazione della individuazione dei presupposti del sorgere della stessa obbligazione degli interessi¹⁰. Da questo l'emergere di una variegata serie di fattispecie di cui gli interessi negativi sono l'ultimo esempio, che richiedono una valutazione di ammissibilità della pretesa degli interessi in diversi e anche inaspettati ambiti.

L'art. 820 c.c., collegando gli interessi alla teoria dei beni, stabilisce che il denaro può essere "fruttuoso" (così come con "linguaggio datato" afferma il Codice civile nel Libro terzo della proprietà) solo ed in quanto sia detenuto da altri - *corrispettivo del godimento che altri abbia*-, così recita il terzo comma dell'art. 820 c.c., e quindi giustifica la produzione degli interessi quale corrispettivo per il vantaggio tratto dal godimento di un capitale dovuto dal debitore pecuniario.

La mera esistenza dell'obbligazione pecuniaria non è sufficiente per il sorgere dell'obbligazione accessoria per interessi (legali o corrispettivi) calcolati sulla somma capitale dovuta.

Perché sorga l'obbligazione degli interessi, debbono ricorrere specifici presupposti, quali principalmente l'esigibilità del credito pecuniario. Questa può sussistere solamente se il debitore pecuniario si trova nella posizione di poter legittimamente eseguire la prestazione pecuniaria o comunque se è effettivamente attuale l'obbligo di eseguire il pagamento, in quanto fintanto

¹⁰ Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, sub -art. 1282 c.c., in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 2011, 265 e segg.

questo non sia esigibile ed attuale, l'obbligazione accessoria degli interessi non può sorgere.

L'ordinamento prevede infatti significativi esempi di crediti pecuniari in cui è esclusa la produzione degli interessi legali o corrispettivi per motivi direttamente o indirettamente collegati alla mancanza di esigibilità del credito.

Sono questi i casi degli artt. 2033 e 2036, nonché degli artt. 1207, comma 1°, e 1714 c.c. oltre ad altre analoghe fattispecie.

Nell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c., maturano interessi sul debito restitutorio solo se, nel ricevere la prestazione non dovuta, l'*accipiens* risultava in mala fede. Per l'*accipiens* infatti, solo da quel momento l'obbligo di pagamento restitutorio sarà attuale ed essendo l'*accipiens* stesso consapevole del carattere indebito di quanto ricevuto, il credito pecuniario sarà esigibile e, quindi, produttivo di interessi ex art. 1282 c.c.

Al contrario, la maturazione di interessi sul debito pecuniario restitutorio è esclusa allorquando l'*accipiens* era in buona fede nel ricevere e ritenere l'indebita prestazione. L'onere degli interessi può gravare sul debitore pecuniario, infatti, solo se questi è in grado di potersi liberare pagando il debito pecuniario, ma se, al contrario, l'ignoranza dell'esistenza del debito di restituzione gli impedisce di fare questa scelta liberatoria, il debito pecuniario restitutorio non può essere considerato esigibile nei confronti del debitore pecuniario *accipiens* e, conseguentemente, non può essere produttivo di interessi ai sensi dell'art. 1282 c.c.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni, in caso di indebito soggettivo, ex art. 2036 c.c., non decorrono interessi sul debito pecuniario restitutorio sull'*accipiens* in buona fede.

Ed ancora, la mora del creditore pecuniario ex art. 1207 c.c. comporta la cessazione della maturazione degli interessi a carico del debitore pecuniario, in quanto lo stesso verificarsi della mora del creditore fa venir meno l'esigibilità del credito e, dunque, fa venir anche l'idoneità richiesta dall'art. 1282 c.c. perché il debito pecuniario possa produrre interessi.

Infine, significativo è quanto previsto nel mandato dall'art. 1714 c.c. Il debito pecuniario del mandatario connesso al pagamento delle somme riscosse per conto del mandante produce interessi dal giorno in cui il mandatario avrebbe dovuto fargliene la consegna. Questo perché il denaro riscosso e detenuto comporta certamente un obbligo di restituzione del danaro ma tale debito pecuniario non produce interessi e li può produrre solo dal giorno in cui è stata prevista la consegna delle somme, ossia è scattata, per accordi negoziali o per la natura dell'affare, l'esigibilità delle somme, con conseguente produzione solo da quel momento degli interessi in conformità all'art. 1282 c.c.

Quelle esemplificativamente descritte sono tutte fattispecie nelle quali, pur essendo sorto un debito pecuniario liquido e perfetto, se per un qualsivoglia

motivo si verifica l'esclusione dell'esigibilità, nello stesso tempo e necessariamente non si verifica o cessa la maturazione degli interessi, siano essi legali o convenzionali.

L'art. 1499 c.c. conferma, inoltre, che non decorrono interessi sul debito pecuniario relativo al prezzo, quando questo non è ancora esigibile, ma lo stesso articolo aggiunge che, in quel caso, per giustificare la decorrenza degli interessi è necessaria una ulteriore circostanza, vale a dire il godimento da parte dell'acquirente della cosa compravenduta prima che abbia effettuato il pagamento del prezzo.

Quanto invece al mutuo di cui all'art. 1815, comma 1°, c.c. ma anche l'art. 1825 c.c. in materia di conto corrente, la decorrenza degli interessi compensa il vantaggio conseguito dal mutuatario dall'avvenuta detenzione della somma di denaro mutuata e conferma, anche in questo caso, che il presupposto per la decorrenza degli interessi risiede in un vantaggio conseguente al godimento di un capitale.

Risulta quindi confermato che il credito pecuniario produce interessi soltanto se è effettivamente esigibile. Mancando l'esigibilità il credito pecuniario non è affatto idoneo a produrre interessi corrispettivi o legali o di qualsiasi altro tipo¹¹.

5. Una recente, peraltro del tutto isolata, pronuncia della Cassazione¹² ha a mio parere erroneamente riconosciuto la decorrenza degli interessi a carico del fallito esigibili dopo il ritorno in *bonis* dello stesso fallito. In senso contrario va rilevato che la maturazione degli interessi nel corso del fallimento è esclusa da quanto disposto dall'art. 55 l. fall. e dall'art. 120 l. fall., che rispettivamente prevedono la sospensione degli interessi nel corso della procedura e l'esigibilità del credito per gli interessi *pre-fallimentari* ammessi al passivo ma rimasti insoddisfatti nel fallimento¹³.

Alla maturazione degli interessi a carico del fallito nel corso delle procedure concorsuali si oppongono inoltre ulteriori ragioni connesse alla natura ed alla causa giustificatrice del sorgere della obbligazione per interessi. Sono ragioni di

¹¹ Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit 2011, 268.

¹² Cass. 19 giugno 2020, n. 11983; Cass. 9 luglio 2020, n. 14527 in *Rivista della banca e mercati finanziari*, 2020, II, 689, con nota critica di ANELLINO, *Il decorso e la prescrizione degli interessi in pendenza di procedure concorsuali*.

¹³ Cfr. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori* in *Commentario Scialoja-Branca*, sub art. 55, 135. Una domanda di insinuazione tardiva volta alla liquidazione degli interessi che si assumeva si fossero prodotti a carico della società debitrice nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, che presentava in questo caso un attivo prospetticamente superiore al fabbisogno concorsuale, è stata rigettata da Trib. Milano, 10 maggio 2012 in *Il fallimentarista*, con nota di Inzitari, *Interessi endofallimentari: inammissibilità della domanda di insinuazione, vanno azionati dopo la chiusura della procedura*.

natura civilistica, le quali si confrontano con la disciplina fallimentare in relazione alla situazione in cui versa il debitore fallito nella procedura concorsuale.

Va considerato a questo riguardo il profilo della esigibilità del credito, richiesto dall'art. 1282 c.c., quale presupposto per il sorgere dell'obbligazione degli interessi e, nello stesso tempo, la circostanza della non esigibilità del credito nei confronti del debitore fallito durante la procedura concorsuale. Da questo discende l'esclusione della stessa configurabilità della fattispecie degli interessi *post-fallimentari* a carico del debitore fallito.

Gli interessi di cui si ipotizza la maturazione nel corso del fallimento costituirebbero un'obbligazione accessoria verso il debitore fallito del credito *pre-fallimentare* sorto nei suoi confronti prima del fallimento. Ma tale credito per capitale sorto prima della dichiarazione di fallimento non è in alcun modo esigibile nel corso del fallimento nei confronti del debitore fallito. Esso è del tutto privo della qualità di *esigibilità*, in quanto una volta aperta la procedura di fallimento, né il creditore può richiedere al debitore il pagamento, né il debitore, quand'anche volesse, potrebbe eseguire il pagamento.

Al debitore, una volta aperta la procedura concorsuale, è tassativamente preclusa la possibilità di adempiere alle obbligazioni sorte prima della dichiarazione di fallimento, alla cui soddisfazione provvede, nelle forme del concorso tra i creditori, la procedura. Con l'apertura del fallimento il credito diviene tassativamente inesigibile nei confronti del debitore e le condizioni di esigibilità mai si verificano nel corso della procedura. Al debitore fallito è precluso, anzi è fatto divieto, di pagare crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, al punto che il compimento di un tale atto configurerebbe il reato di cui all'art. 216, comma terzo, l. fall. e, in ogni caso, il pagamento eseguito dopo la dichiarazione di fallimento sarebbe comunque inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Non appare quindi possibile configurare l'esistenza di un credito esigibile da parte di tutti i creditori che partecipano al fallimento, in quanto nessuno di essi potrebbe pretendere dal debitore il pagamento, né tantomeno agire esecutivamente verso il debitore, considerato l'intervenuto divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall.

La possibilità della maturazione degli interessi durante il fallimento a carico del debitore fallito è esclusa perché la fattispecie produttiva degli interessi richiede che il soggetto che si assume essere obbligato al pagamento degli interessi si trovi nella condizione giuridica di poter effettuare il pagamento del debito per capitale, in quanto è dal mancato colpevole adempimento di questa obbligazione per capitale che sorge l'obbligazione accessoria agli interessi¹⁴.

¹⁴ V. per una completa trattazione Inzitari, *Presupposti e limiti della maturazione degli interessi nell'obbligazione pecuniaria: inammissibilità fallimentare e civilistica dei cc.dd. interessi post-fallimentare*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 202, I, pag.1

In conclusione, perché sia possibile la produzione degli interessi è necessario che sussista una effettiva esigibilità del credito da parte del creditore, presupposti che non ricorrono per i depositi effettuati dalla clientela presso la banca, per il debito fallimentare cui è tenuto il fallito come pure nelle accennate diverse ipotesi.

I contratti a conformazione e esecuzione automatica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione e la conclusione del contratto. – 3. L'esecuzione del contratto. – 4. *Blockchain* e *smart contract*. – 5. I contratti intelligenti: applicazioni nel diritto bancario nel diritto assicurativo. – 6. I limiti dei contratti intelligenti. – 7. I c.dd. *criminal smart contracts*. – 8. Smart contracts e vigilanza regolamentare.

1. *Premessa*. – Da qualche anno ogni giorno innumerevoli operazioni economiche vengono concluse e/o eseguite autonomamente da *software* (dunque, da algoritmi) per via telematica, e cioè direttamente da computer tra loro collegati essenzialmente attraverso il *cyberspace*¹, senza l'intervento umano².

Come affermato da autorevole dottrina, “sia in ambito tecnologico che giuridico e sociologico, tali operazioni vengono ormai qualificate in termini di “*trading algoritmico*”, identificate con l'espressione a-tecnica di “*smart contracts*”, infine ricondotte all'interno della relativa categoria che, tuttavia, non ricomprende solo contratti, ma riguarda anche una o più fasi esecutive di un precedente contratto, spesso strutturato come contratto quadro o come contratto per adesione”³.

Uno “*smart contract*”, secondo quanto teorizzato da Nick Szabo nel 1996¹, è costituito da un *software* che incorpora delle clausole contrattuali con la caratteristica che tale contratto sarebbe *self-executing*, nel senso sia di non richiedere il successivo intervento di una delle parti o di un terzo per provvedere

*Ricercatrice di diritto dell'economia, Università di Messina.

¹ Una rilevante riflessione sul punto è offerta da ALLEGRI M.R., *Una premessa, qualche considerazione introduttiva e qualche riflessione sul ciberspazio come ambiente di rilevanza giuridica*, in *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, Allegri M. R. - D'Ippolito G. (a cura di) Atti del Convegno del 31 marzo 2017 - Università Sapienza, p. 7 e ss.

² Per un approfondimento della tematica, si veda MONTI A., *Internet e Ordine Pubblico*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, Cassano G. - Previti s. (a cura di) Giuffrè, 2021, p. 51 e ss; PERRONE A., *La nuova vigilanza. RegTech e capitale umano*, in *Diritto del Fintech*, Cian M. - Sandei C. (a cura di), CEDAM, 2020, p. 27 e ss.

³ DI CIOMMO F., *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, in *Banche Internedari e Fintech, Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Cassano - Di Ciommo - Rubino De Ritis, Giuffrè, 2021, pag. 79 e ss.

¹ SZABO N., *Formalizing and securing relationships on public networks*, *First Monday*, 1997.

all'esecuzione delle pattuizioni, sia della non modificabilità del *software*, così che una volta posto in esecuzione non sarebbe più modificabile.

Nello specifico, gli *smart contracts*² (o contratti a “conformazione ed esecuzione automatica”) sono contratti scritti in un linguaggio informatico intellegibile da *appositi software*³, in grado di entrare in esecuzione e fare rispettare le proprie clausole in automatico e senza l'intervento dell'uomo⁴.

In altre parole, “può qualificarsi *smart contract* qualsiasi operazione economica, o pezzo di operazione economica, coinvolgente due parti, che possa operare e produrre i suoi effetti indipendentemente dall'intervento umano, sulla base delle regole stabilite e delle informazioni esterne acquisite in corso d'opera dal congegno automatizzato mediante il quale l'operazione si svolge”⁵.

Tale caratteristica fa sì che, in un ambiente tecnologico sano e “neutro”, cioè al riparo da pericolosi condizionamenti esterni, il rischio che il percorso predeterminato entro il quale l'operazione deve realizzarsi venga deviato (ad esempio, il rischio di un eventuale inadempimento) è estremamente ridotto poiché gli automi si atterranno agli ordini ricevuti, pertanto in presenza delle condizioni prestabilite eseguiranno la prestazione, o comunque realizzeranno gli effetti voluti dalle regole in base alle quali sono impostati i propri algoritmi⁶. Inoltre, l'algoritmo è programmato per gestire ogni sopravvenienza (per tale ragione si parla di “contratti intelligenti”)⁷ per eliminare la possibilità che, a

² Per la definizione di *smart contract* si veda Banca d'Italia, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, 2017, www.bancaditalia.it, Si veda anche, DI SABATO D., *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 386 e ss., secondo il quale si tratta di contratti “al cui perfezionamento si può giungere anche secondo gli schemi tradizionali di conclusione dell'accordo, che vengono tradotti in programmi informatici e che, attraverso questi, si auto-eseguono: il programma provvede ad applicare le clausole pattuite, ad eseguire la prestazione, a modellare l'esecuzione della prestazione in base a diverse esigenze e a gestire adeguatamente i diversi eventi che si verificano. Le clausole contrattuali pattuite sono incluse in un codice crittografico e possono essere lette direttamente da un *hardware*”. Si veda anche, NICOTRA M., *Gli smart contracts nell'ambito della teoria dei contratti*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, p. 605 e ss.

³ Per una interessante riflessione su cosa sono e quanto siano rilevanti gli algoritmi nella c.d. società digitale, si veda: ITALIANO G.F., *Dixit Algorithmi. Breve storia del nostro futur*, disponibile on line su <http://open.luiss.it/2019/01/23/dixit-algorithmi/>; DE FELICE F. – PETRILLO A., *Effetto Digitale. Visioni d'impresa e Industria 5.0*, Mc GrawHill, 2021.

⁴ Per questa definizione si veda, Banca d'Italia, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, 2017, www.bancaditalia.it. Ex multis ASHARAF S. – ADARSH S. (a cura di), *Decentralized Computing Using Blockchain Technologies and Smart Contracts, Emerging research and opportunities*, IGI Global, Hershey, PA (USA), 2017.

⁵ DI CIOMMO F., *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, cit.

⁶ Sul punto, ex multis, ED FINN, *What Algorithms Want. Imaginagion in the Age of Computing*, Mit. Ed. Boston, 2017.

⁷ PIATTI L., *Dal codice civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, in *Cyberspazio e diritto*,

seguito di nuove circostanze le parti possano entrare in disaccordo o si possa alterare in modo del tutto imprevisto l'equilibrio del rapporto.

Gli *smart contract* vengono eseguiti da una moltitudine di nodi, che riescono a raggiungere una visione unitaria sul risultato ottenuto. Se lo *smart contract* venisse eseguito da un solo nodo e quel nodo non fosse fidato, esso potrebbe eseguire una logica differente da quella stabilita dalle parti. Gli *smart contract* vengono avviati da un utente ed eseguono un algoritmo descritto sotto forma di codice sorgente. Il linguaggio di programmazione con cui è scritto tale codice sorgente dipende dalla piattaforma utilizzata. Ad esempio, nel caso di Ethereum, gli *smart contracts* sono scritti in un linguaggio denominato Solidity.

Ancora, va segnalato che lo svolgimento dell'operazione economica tramite l'algoritmo consente di ridurre notevolmente tempi e costi di ogni transazione.

Per tutti questi motivi gli *smart contracts* stanno riscontrando un enorme successo nel mercato e vengono utilizzati sempre più spesso da parte delle imprese, sia nell'ambito del commercio *business to business* che nell'ambito dei rapporti *business to consumer*.

Una tale descrizione del fenomeno consente subito di ribadire che all'interno della categoria degli *smart contracts* vengono ricompresi tanto veri e propri contratti, che vengono perfezionati ed eseguiti dai sistemi automatizzati, quanto singole fasi di un'operazione contrattuale, o anche solo di un'operazione economica⁸. Questa seconda ipotesi si verifica, ad esempio, quando è solamente l'esecuzione di tutte o di alcune prestazioni ad essere rimessa alla verifica, da parte del sistema automatizzato, del realizzarsi dei presupposti concreti a cui l'esecuzione è subordinata, o ancora, come avviene quando è solo la conclusione del contratto ad essere rimessa all'accertamento automatico delle condizioni in presenza delle quali le parti vogliono che quel contratto si perfezioni.

I brevi cenni appena svolti, che costituiscono la premessa dell'analisi che verrà sviluppata nei paragrafi seguenti, rappresentano il prodotto di uno sforzo descrittivo che in apertura della presente riflessione appare necessario per inquadrare la tematica in esame, anche se in via generica e approssimativamente.

Da tale primo inquadramento emerge come lo sviluppo della tecnologia e le continue innovazioni schiudono adesso anche per il mercato possibilità fino a poco tempo fa inimmaginabili. Si parla infatti sempre più insistentemente di

2016, p. 334, il quale evidenzia che i contratti intelligenti possono essere conservati e gestiti su *blockchain*: “gli smart contracts legali sono *script* che contengono tanto l'accordo in senso stretto quanto le istruzioni per l'esecuzione del contratto e [possono essere] registrati e conservati su *blockchain*.”

⁸ DI CIOMMO F., *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, in *Banche, Intermediari e Fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Cassano G. – Di Ciommo F. – Rubino De Ritis M. (a cura di), Giuffrè, 2021, p. 79 e ss.

Internet of things, e ciò per indicare un fenomeno di estremo rilievo che fa emergere il ruolo svolto dalla rete Internet, come veicolo attraverso il quale comunicano tra loro cose piuttosto che persone⁹.

In definitiva e a conclusione di tale premessa, gli *smart contracts* sono contratti “a conformazione e esecuzione automatica”, scritti in un linguaggio informatico intellegibile da appositi *software*, in grado di entrare in esecuzione e fare rispettare le proprie clausole in automatico e senza l'intervento umano.

Essi sono stati studiati a partire da fine anni '90 da esperti informatici e giuristi statunitensi, che li hanno definiti “*smart contracts*” (“contratti intelligenti”)¹⁰.

Successivamente sono stati oggetto di ampia analisi¹¹ e, da ultimo, sono stati recepiti dalla disciplina di diritto positivo, nel nostro ordinamento con il d. l. 135/2018 (convertito con la legge 12/2019).

Ai sensi dell'art. 8-ter di tale decreto (rubricato “*tecnologie basate su registri distribuiti e smart contracts*”) “si definisce “*smart contracts*” un programma per elaborare che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contracts* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informata delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”¹²

⁹ Si ritiene che l'espressione “*Internet of things*” sia stata coniata nel 1999 da Kevin Ashton. Tra i vari scritti sul tema, ZANELLA A. – BUI N. – CASTELLANI A. – VANGELISTA L. – ZORZI M., *Internet of Things for Smart Cities*, in *IEEE Internet Computing*, Vol. 1, Issue 1, 2014.

¹⁰ Nello specifico, SZABO N., *Smart contracts*, 1994, reperibile su www.fon.hum.uva.nl: “a smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Riferimenti ai lavori di Szabo si trovano in PERUGINI M. L. – DAL CHECCO P., *Introduzione agli smart contract*, 2016, www.ssrn.com e in BOMPRESZI C., *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 7-7-2017, 18.

¹¹ DI MAIO D. – RINALDI G., *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart contract*, 2016, www.dirittobancario.it, PAROLA L. – MERATI P. – GAVOTTI G., *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, pag. 681 e ss., GIULIANO M., *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del terzo millennio*, in *Dir. informazione e informatica*, 2018, pag. 989 e ss., LEMME G., *Gli smart contracts e le tre leggi della robotica*, in *AGE*, 2019, P. 129 e ss.; CASCINELLI F. – BERNASCONI C., *Distributed Ledger Technology e Smart Contract: finalmente è legge. Prime riflessioni su una rivoluzione tecnologico – giuridica*, www.dirittobancario.it, 2019. AMMANNATI L. – GRECO G.L., *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del credit scoring*, in *Riv. Trim di diritto dell'economia*, n. 272021, p. 290 e ss.

¹² Con determinazione n. 116/2029 del 10-5-2019, l'Agenzia ha istituito il gruppo di lavoro per definire le linee guida e gli standard tecnici relativi alle tecnologie basate su registri distribuiti e

Pertanto, lo “*smart contracts*” può anche essere definito come un “programma per computer”, un protocollo, che permette di gestire un accordo contrattuale, eseguendo in autonomia le operazioni programmate dalle parti al verificarsi di determinate condizioni predefinite (secondo lo schema “*if this – then that*”).

Come vedremo, proprio questa tipologia di contratto, governato secondo schemi automatizzati e depersonalizzati, solleva varie questioni giuridiche e di natura finanziaria.

2. La formazione e la conclusione del contratto. – Lo schema dello *smart contract* comporta la gestione programmata dell’accordo che le parti hanno concluso: di conseguenza, si pone innanzitutto la questione della modalità di stipulazione di tale contratto.

Attese le caratteristiche “informatiche” di questa tipologia di contratto, la modalità più naturale di conclusione è quella che si realizza attraverso l’apposizione della firma elettronica basata su un sistema di chiavi crittografiche: si può trattare di firma grafometrica alla presenza delle parti, di sottoscrizione mediante “*one time password*”, in presenza o da remoto, oppure di sottoscrizione da remoto con firma crittografata. In tutti questi casi, ai sensi dell’art. 21, d. lgs. 82/2005, “il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all’art. 20, comma 3¹³, che garantiscano l’identificabilità dell’autore, l’integrità e l’immodificabilità del documento, ha l’efficacia prevista dall’art. 2702 del codice civile. L’utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”.

Pertanto, l’impiego di tecniche crittografiche e di firme elettroniche garantisce l’attribuzione della paternità, o ancora meglio delle espressioni di volontà, contenute nei contratti intelligenti a coloro che ne hanno deciso l’adozione. L’esecuzione automatica si verifica grazie ad un meccanismo analogo a quello dei circuiti realizzati mediante reti combinatorie o sequenziali, sfruttando l’applicazione dell’algebra booleana alla stessa stregua di quanto accade nella teoria degli automi¹⁴.

smart contract, ai sensi dell’art. 8-ter del citato decreto.

¹³ Questa norma dispone che “le regole tecniche per la formazione, per la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione e la validazione dei documenti informatici, nonché quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica, sono stabilite con le Linee guida” dell’Agenzia per l’Italia digitale.

¹⁴ SARZANA DI S. IPPOLITO F. – NICOTRA M., *Diritto della blockchain, Intelligenza Artificiale e Iot*, IPSOA, 2018.

Con la stipula del contratto tramite modalità elettroniche, il cliente manifesta la volontà di concluderlo e ne accetta il contenuto, compresa l'esecuzione in modo "intelligente". Possono anche essere previste modalità di pagamento avanzate, mediante metodi alternativi rispetto all'utilizzo della moneta tradizionale. Ad esempio, nella prassi assicurativa si registrano casi di *smart contracts* stipulabili attraverso telefono cellulare, con corrispettivo pagabile in moneta virtuale¹⁵.

Nello specifico, per quanto riguarda le modalità di stipula dell'accordo, secondo l'art. 8-ter, d. l. 135/2018, è necessario che sia intervenuta "l'identificazione informatica delle parti interessate", secondo i criteri che dovranno essere definiti dalle Linee Guida dell'Agenzia per l'Italia digitale¹⁶.

In secondo luogo, è imprescindibile che le clausole contrattuali siano riportate in modo comprensibile per le parti, senza che sia possibile limitarsi ad una rappresentazione informatica per le linee di codice, e che ciò avvenga nel completo rispetto degli obblighi di trasparenza precontrattuale previsti dalla disciplina finanziaria e assicurativa.

L'accordo, debitamente sottoscritto, deve poi poter essere scaricato dalle parti su supporto informatico, conformemente alla normativa dei contratti conclusi *on line* a distanza tra le parti¹⁷ e, in ogni caso, tenendo conto del disposto di cui all'art. 8-ter, d. l. 135/2018 (che fa espresso riferimento al requisito della forma scritta).

Con riferimento, invece, alla struttura del contenuto contrattuale, il più delle volte si tratterà di un contratto con condizioni disposte solo dal proponente, essendo esclusa la possibilità di una concreta negoziazione tra le parti. Infatti, il testo del contratto è di fatto predisposto da un programmatore informatico; di conseguenza, le parti si troveranno a sottoscrivere un testo già predefinito, contenente termini contrattuali variabili tra quelli comunque già definiti.

Infine, per quanto riguarda la possibilità che il contratto si concluda direttamente in *blockchain*, e cioè che l'inserimento nei blocchi dei dati delle parti valga come scambio delle volontà contrattuali, la dottrina che si è occupata del problema resta, allo stato, tendenzialmente scettica: infatti, si afferma che mancherebbe "un fatto dal quale una parte possa intravedere la volontà dell'altra

¹⁵ BOMPRESZI C., *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, Mercato, tecnologia*, 7-7-2017, 18.

¹⁶ CASCINELLI F. - BERNASCONI C. - *Distributed Ledger Technology*, cit.

¹⁷ Ciò anche in considerazione del d. lgs. 70/2003 in tema di contratti conclusi a mezzo internet, del c. cons., del TUF, del TUB e del d. lgs. 209/2005, che richiedono tutti che i contratti siano redatti in forma scritta e che il testo contrattuale sia fornito al cliente cartaceamente o su supporto durevole. Per una ricostruzione sintetica, si veda BLANDINI A., *Servizi finanziari per via telematica e le prospettive del diritto societario online*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 46 ss.

di concludere lo scambio”, essendo assente non solo il dialogo, ma “più radicalmente [...] l’esito dialogico che connette le parti”¹⁸.

Inoltre, allo stato attuale della disciplina positiva, non sembra possibile qualificare le macchine come soggetti idonei a raccogliere dichiarazioni negoziali umane e viene richiamata la Risoluzione del Parlamento europeo del 16-2-2017 (recante raccomandazioni alla Commissione concernenti le norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 INL)), in cui, al punto 59, lett. f, si invita la Commissione a “esplorare, esaminare e valutare, nell’ambito della valutazione d’impatto del suo futuro strumento legislativo, le implicazioni di tutte le soluzioni giuridiche possibili, tra cui [...] il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi”¹⁹.

In linea con ciò appare la previsione di cui all’art. 8-ter, l. 12/2019 che definisce lo *smart contract* come un programma per elaboratore la cui esecuzione vincola automaticamente le parti “sulla base di effetti predefiniti dalle stesse”, dando così per scontato che l’accordo tra le parti debba comunque preesistere²⁰.

3. L’esecuzione del contratto – La portata innovativa dello *smart contract* si avverte osservando le modalità (c.d. “*self enforcing*”) di esecuzione dell’accordo: “una volta lanciato nella *blockchain* lo *smart contract* è in qualche modo indipendente dal susseguente volere delle parti, segue unicamente le istruzioni impartitegli e si auto-esegue al compimento delle condizioni programmate”, con vantaggi individuati in termini di maggiore certezza e sicurezza”²¹.

In particolare, atteso il suo carattere c.d. “*if – then*”, l’esecuzione dello *smart contract* può essere facilmente collegata al verificarsi di una serie di eventi esterni che si realizzano indipendentemente dalla volontà delle parti e che possono essere efficacemente monitorati e registrati da terzi indipendenti (i c.d. “oracoli”): ad esempio, può essere stabilito che il diritto all’indennizzo assicurativo scatti al verificarsi di una circostanza facilmente accertabile, oppure che il diritto al recesso da un contratto finanziario maturi al verificarsi di dati che un programma informatico può ricostruire con semplicità e trasmettere puntualmente al cliente²².

¹⁸ Tale questione è stata affrontata da CAMPAGNA M.F., *Gli scambi attraverso algoritmi e il problema del linguaggio. Appunti minimi*, in AGE, 2019, PAG. 153 e ss.; MANENTE M., L. 12/2019 – *Smart Contract e tecnologie basate su registri distribuiti – Prime note*, studio 1/2019 del Consiglio Nazionale del Notariato, 4-4-2019, www.notariato.it.

¹⁹ CAMPAGNA M. F., *Gli scambi*, cit.

²⁰ MANENTE M., L. 12/2019, cit.

²¹ CUCCURRU P., *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in Nuova giur. Civ., 2017, p. 107 e ss.

²² Il ruolo degli oracoli varia, anche in termini di responsabilità, in base al fatto che essi abbiano

“Un aspetto che può essere considerato positivamente è quello relativo alla “visibilità” degli eventi cui i contratti sono collegati: questi, infatti, dovrebbero essere accessibili a tutte le parti interessate, con scarsa possibilità di contestarli una volta che il contratto sia stato stipulato”²³. Ciò che invece può rappresentare un problema è l’interpretazione di tali accordi, soprattutto nelle ipotesi in cui le clausole risultino di fatto troppo generiche; per tale ragione appare opportuno che gli accordi contengano definizioni chiare e dettagliate, al fine di evitare ogni tipo di incertezza interpretativa.

Infine, in caso di divergenze tra la volontà dichiarata dalle parti e volontà recepita dalla *blockchain*, dovrebbe prevalere la prima, considerato che il programma deve limitarsi a recepire “effetti predefiniti” dalle parti, con netta prevalenza di questa predefinitone rispetto a quanto registrato a livello crittografico.

4. Blockchain e smart contract - Un ulteriore tema che va adesso affrontato è quello relativo al rapporto tra *blockchain* e *smart contracts*, al fine di comprendere come la tecnologia *blockchain* basata sui registri distribuiti abbia in questi anni effettivamente contribuito alla diffusione degli *smart contracts*, senza tuttavia diventarne un elemento imprescindibile.

Innanzitutto, “giova evidenziare come alcuni studiosi ritengano possibile nel prossimo futuro un uso ancora crescente dei c.d. contratti intelligenti in ragione dell’enorme sviluppo e della diffusione che la *blockchain* ha avuto negli ultimi anni, e che ci si aspetta abbia ancora di più di qui in avanti”²⁴.

Inoltre, bisogna ricordare che la *blockchain* è una tecnologia basata sulla condivisione, da parte degli utenti di una rete telematica, di un *data base* distribuito tra gli stessi²⁵, con l’obiettivo di garantire la gestione di transazioni

preso o meno parte al contratto: un conto è, infatti, che le parti facciano affidamento su un sito istituzionale (come quello di una borsa valori) che resta estraneo al rapporto contrattuale, un altro è che le stesse si rivolgano, in relazione a precisi accordi, a soggetti deputati a svolgere l’attività di oracolo su basi imprenditoriali. Si veda GALLO P., *DLT, blockchain e smart contract*, in *Diritto del Fintech*, M. Cian - C. Sandei (a cura di), 2020, p. 137 e ss.

²³ VICARI A. “*I contratti finanziari e assicurativi a conformazione e esecuzione automatica*”, *Diritto del Fintech*, Cian M.- Sandei C. (a cura di), CEDAM, 2020, p.386.

²⁴ DI CIOMMO F., *La conclusione e l’esecuzione automatizzata dei contratti*, cit., pag. 91; In argomento anche: GIANCASPRO M., *Is a ‘smart contract’ really a smart idea? Insights from a legal perspective*, 33 *Computer Law & Security Rev.* 825,2017; HOLDEN R. - MALANI A., *Can Blockchain Solve the Holdup Problem in Contracts?*, *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Research Paper n. 846*, 2017; FILIPPI P.D. - WRIGHT A., *Blockchain and Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.

²⁵ In pratica, la *blockchain* rappresenta l’applicazione più conosciuta della c.d. *distributed ledgers technology* (DLT), cioè della tecnologia che si basa sulla distribuzione e sulla condivisione, tra gli utenti di una rete, di informazioni di uso e di utilità comune. La filosofia che sta alla base della DLT si contrappone alla tradizionale logica della gestione accentrata e centralizzata delle informazioni.

mediante il succedersi di una catena di operazioni che avvengono tra diversi nodi della rete. In altri termini, mediante l'uso di un registro pubblico al quale gli utenti possono accedere e che viene aggiornato automaticamente in base al funzionamento dei *client* che partecipano alla catena (c.d. nodi), si attribuisce certezza, verificabilità e conoscibilità a determinate circostanze.

Nello specifico, il registro pubblico condiviso è “strutturato in blocchi, ognuno dei quali rappresenta un numero di transazioni la cui provenienza e ora di esecuzione sono attribuite in modo indelebile e immutabile, rispettivamente, attraverso un meccanismo di crittografia a chiave simmetrica e una marcatura temporale (il c.d. *timestamping*). Ciascun blocco è collegato irreversibilmente a quello precedente tramite una particolare operazione algoritmica (la c.d. funzione di *hash*) e forma, in tal modo, la catena dei blocchi (*blockchain* appunto) accessibile e consultabile da tutti i nodi della rete. Prima di essere aggiunto alla catena, ogni blocco è controllato, validato e crittografato da alcuni nodi (cc.dd. *miner*) tramite la soluzione di un'operazione matematica e risulta così a prova di manomissione”²⁶.

Pertanto, si afferma che la *blockchain*²⁷ è in grado di attribuire certezza e immodificabilità a dati e documenti senza necessità di ricorrere ad autorità, a istituzioni o a soggetti terzi e, quindi, senza bisogno di alcuna intermediazione. In considerazione di quanto appena esposto, è evidente che la *blockchain* garantisce le condizioni ideali sul piano tecnico (informatico e giuridico) per favorire l'utilizzo degli *smart contracts*, e ciò poiché consente di attribuire certezza in ordine ai contenuti e alla data di una certa attività o documento, e di assicurarne l'immodificabilità²⁸.

Tuttavia, ad oggi non esiste ancora una regolamentazione che disciplini in modo completo il fenomeno in questione²⁹. Dunque, al momento non vi è

²⁶ Così, PAROLA L. – MERATI P. – GAVOTTI G., *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 681 e ss.

²⁷ FIORELLI A. – CASSANO A. R., *La rivoluzione tecnologica della blockchain*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, p. 253 e ss.

²⁸ F. SARZANA DI S. IPPOLITO – NICOTRA M., *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milano, 2018. Con riferimento al tema trattato in relazione alle criptovalute, si veda PELLEGRINI M. – DI PERNA F., *Cryptocurrency (and Bitcoin): a new challenge for the regulator*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2018, p. 318.

²⁹ In realtà, qualcosa si muove: il primo febbraio 2018 la Commissione Europea, sostenuta dal Parlamento, ha dato vita all'Osservatorio e Forum sulla *blockchain*. Il 10 aprile 2018, su iniziativa di 22 Paesi europei, tra cui non c'è l'Italia (che però vi aderisce subito dopo) è stata creata la *European Blockchain Partnership* con l'obiettivo di armonizzare l'approccio al tema tra i diversi Stati. Inoltre, il 3 ottobre 2018 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione dal titolo “*Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, in cui il Parlamento evidenzia la necessità di una valutazione approfondita delle potenzialità e delle implicazioni giuridiche degli *smart contract*.”

nessuna certezza circa le applicazioni concrete che di questa tecnologia si potranno fare in futuro. Il che non sembra però rappresentare un problema per gli *smart contracts*, atteso che questi ultimi possono operare del tutto indipendentemente dalla *blockchain*, considerato che ogni sistema informatico può dotarsi di tecnologie capaci di attribuire certezza e verificabilità ai contenuti di una data operazione negoziale.

Come autorevolmente sostenuto, “ciò significa che non è corretto considerare gli *smart contracts* figli della *blockchain* o comunque necessariamente collegati ad essa, così come appare errato affermare che «la tecnologia *blockchain* permette la *self e-enforceability* del contratto³⁰». Infatti, l'automatismo di esecuzione delle pattuizioni contrattuali, al verificarsi degli eventi predeterminati dalle parti e iscritti nel codice, non dipende dall'uso della *blockchain*, ma è conseguenza della condivisione che le parti fanno di un sistema informatico automatizzato al quale entrambe rimettono l'esecuzione del rapporto in base all'accordo quadro che hanno negoziato e concluso precedentemente³¹.

Questo dato consente di prevedere che gli *smart contracts* sopravviveranno anche al possibile declino che prima o poi investirà inevitabilmente la *blockchain*.

La dimostrazione pratica di quanto appena detto circa l'indipendenza degli *smart contract* rispetto alla *blockchain* può essere rintracciata nell'ambito dell'esperienza maturata negli scorsi anni nel settore delle transizioni finanziarie. Infatti, in tale settore, fin dalla seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso, ci si avvale degli automi (quindi, degli algoritmi) e delle reti telematiche per raccogliere informazioni, pianificare strategie ed eseguire operazioni sui mercati; tutto ciò in via del tutto indipendente dalla *blockchain*.

5. I contratti intelligenti: applicazioni nel diritto bancario e nel diritto assicurativo – Sul piano empirico, i contratti intelligenti sono impiegati e studiati soprattutto negli ambiti in cui prevale l'uso di sistemi informatici e modelli matematici³². A livello bancario³³, un interessante studio ha verificato che il

³⁰ Con queste parole si esprimono PAROLA – MERATI – GAROTTI, *op. cit.*

³¹ In questo senso, DI CIOMMO F., *op. cit.* Si potrebbe dire che la *blockchain* facilita, ma non determina, la *self-enforceability* dell'accordo contrattuale, nel senso che più le parti confidano nell'attendibilità del sistema automatico, più le stesse saranno portate ad affidare a tale sistema la realizzazione dei propri interessi economici.

³² CUCCURRU P., *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, p. 119: “svolgendo principalmente attività standardizzate e matematicamente rappresentabili, banche ed istituti finanziari sembrano adattarsi con facilità alle dinamiche di digitalizzazione e automazione delle piattaforme *blockchain*”.

³³ PELLEGRINI M., *L'intelligenza artificiale nell'organizzazione bancaria: quali sfide per il regolatore?* In *Riv. Trim. di diritto dell'economia*, n. 3/2021, p. 490 e ss.; SCAFURI F., *L'Intelligenza Artificiale in ambito bancario e i rischi del “gioco dell'imitazione”*, in *Riv. Trim. di diritto dell'economia*, supplemento n.2 al n.3/2021, p. 410.

tempo necessario per la concessione delle linee di credito per i clienti *corporate* potrebbe ridursi, mediante il ricorso agli *smart contracts*, da 20 a 8-10 giorni, con una conseguente riduzione dei costi operativi e uno stimolo alla domanda nell'ordine del 5-6%; per le banche tradizionali i benefici si registrerebbero soprattutto nel mercato dei mutui fondiari, dove è previsto un risparmio per ogni mutuo al consumatore di circa la metà dei costi di istruttoria³⁴.

Altre e più specifiche ipotesi di impiego di contratti intelligenti sono state evidenziate con riferimento alle fattispecie di alcuni pagamenti, ad esempio, quelli regolati da contratti di garanzia: le somme oggetto del contratto potrebbero essere rilasciate in modo automatico nel momento in cui si verifica l'evento dedotto nel contratto³⁵.

Anche nel settore assicurativo la tendenza alla standardizzazione e la capacità delle imprese di incrociare a livello informatico una grande quantità di dati fanno sì che la disciplina degli *smart contracts* venga considerata favorevolmente³⁶. Le caratteristiche di tali contratti agevolano indubbiamente l'attività assicurativa e sono ritenute in grado di far risparmiare i clienti: infatti, a fronte di una migliore e più personalizzata gestione dei rischi e dei sinistri si ritiene possibile una tendenziale riduzione dei premi.

Nel caso di polizze viaggio per danni da bagaglio smarrito i sistemi informatici sono in grado di leggere e incrociare i dati dei bagagli con i dati di annullamenti o ritardi degli aerei e dei treni e di pagare automaticamente gli indennizzi stabiliti nel contratto senza necessità di denuncia da parte del viaggiatore all'apposito *desk*.

Un ulteriore esempio di applicazione pratica degli *smart contracts* è dato dai contratti R.C. auto di ultima generazione (c.d. *usage based auto insurance contract*), i quali prevedono che, in caso di installazione sull'auto di un apparecchio di rilevazione automatica del comportamento del conducente,

³⁴ Per questi dati si veda il documento del Financial Stability Forum, *Financial Stability implications from fintech supervisory and regulatory issues that merit authorities' attention*, 27-6-2017, www.fsf.org; sempre con riferimento al settore bancario, ANIA, *Smart contract e blockchain: drastica riduzione delle spese nei servizi finanziari (Capgemini)*, *Panorama Assicurativo*, dicembre 2016, CLVIII.

³⁵ Nell'ambito dei contratti derivati, le decisioni del "credit derivatives determinations committee" potrebbero essere prese in considerazione quali circostanze oggettive idonee ad attivare in modo automatico le procedure disciplinate dal contratto, riducendo così gli adempimenti contrattuali a carico delle parti. Per quanto riguarda la ricostruzione di un contratto derivato come uno *smart contract*, si veda FRIES C e altri, *Implementing a financial derivative as smart contract*, www.ssrn.com, 2019.

³⁶ Interessanti sono alcuni documenti informativi predisposti da società che operano nel settore della c.d. "blockchain insurance", ad esempio quelli di MCKINSEY, *Blockchain in insurance – opportunity or threat?*, 2016, www.mckinsey.com, e di ERNST & YOUNG, *Blockchain in insurance: application and pursuing a path to adoption*, 2017, www.ey.com.

possono essere inserite nel contratto delle clausole intelligenti che automaticamente attivino o disattivino determinati termini contrattuali in base alle circostanze; le eventuali condotte virtuose dell'automobilista, registrate dal programma, possono tradursi in risparmi per l'impresa e in contenimento del costo dei premi per l'assicurato³⁷.

Simili formule assicurative basate sulla rilevanza da parte di sensori del comportamento degli assicurati o degli eventi sono in fase di studio in molti altri settori. Si pensi, ad esempio, alle polizze CAR che prevedono l'automazione degli indennizzi derivanti da danni alla produzione: infatti, nell'ipotesi di un arresto improvviso di un macchinario, un sistema di sensori rileva il danno, trasmette i dati, calcola la perdita in valore di produzione, con possibilità di ottenere l'indennizzo in modo più semplice e preciso³⁸.

Anche nello specifico settore "vita" sono state immaginate interessanti evoluzioni: le informazioni riguardanti lo stato fisico di una persona potrebbero essere ottenute dalle imprese assicurative più facilmente grazie agli *smart contracts*, con una conseguente modifica dei premi (in aumento o in diminuzione) in base alle eventuali variazioni della salute, tempestivamente trasmesse alle imprese stesse³⁹.

Infine, l'estensione dell'impiego delle tecniche di automazione potrebbe comportare un sensibile sviluppo delle assicurazioni c.d. "*pay per use*": in base a queste polizze l'obbligo di pagamento del premio scatta solo in caso di effettiva presenza del rischio, come precisamente registrata dagli *hardware* delle imprese assicurative⁴⁰.

L'aspetto positivo di questo fenomeno è che la standardizzazione e i controlli automatici dovrebbero generare effetti positivi anche in termini di riduzione delle frodi e del contenzioso, soprattutto se legati a meccanismi di registrazione dei contratti tramite *blockchain*.

³⁷ NAZZARO A.C., *Macchine intelligenti (Smart car): Assicurazione e tutela della privacy*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 1 e ss. LEMMA V., *Intelligenza Artificiale e sistemi di controllo*, in *Riv. Trim di diritto dell'economia*, supplement n. 2 al n.3/2021, 319 e ss.

³⁸ GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts for insurance: is the technology mature enough?*, in *Future internet*, 2018, 10, pag. 7 e ss.

³⁹ GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts*, *op. cit.*; BORSELLI A., *Smart contracts in insurance. A low and futurology perspective*, 2019, www.ssrn.com, il quale riporta il caso di alcune imprese assicurative statunitensi: "*some dental insurance contracts might adjust premiums automatically depending on the brushing habits of the insured. This is the case of the smart toothbrush developed by the dental insurer Beam, that tracks all the oral hygiene of a person and uses that information to charge rates for dental insurance plans*".

⁴⁰ GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts*, *cit.*

6. *I limiti dei contratti intelligenti* – Nonostante l'evoluzione che si registra nei settori più evoluti, vanno tuttavia messi in luce i limiti che caratterizzano tale tipologia di contratti⁴¹.

Un primo ordine di problemi si rinviene nella difficoltà di modificare i contratti, nel caso in cui se ne presenti la necessità⁴²; infatti, per intervenire sugli stessi non basta il semplice accordo delle parti, ma è necessario il concreto coinvolgimento del programmatore informatico che si è occupato di predisporre inizialmente il “codice” dello *smart contract*.

Un secondo profilo riguarda le difficoltà che le diverse e concrete situazioni di fatto possono generare, le quali sollevano questioni di interpretazione che un programma, al contrario di un essere umano, non è in grado di gestire⁴³.

Ancora, il contratto può risultare eseguito solo in termini parziali rispetto a quanto concordato, senza che si verifichi un vero inadempimento e senza che vi sia una concreta possibilità per le parti di confrontarsi su tale parziale inadempimento, al fine di superarlo; si possono anche verificare casi di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore. Per tutte queste ragioni, i contratti intelligenti devono necessariamente termini contrattuali molto più dettagliati e precisi⁴⁴.

Dunque, di fronte all'esigenza di aumentare il grado di dettaglio dei contratti, è possibile che i costi di negoziazione iniziale aumentino in misura tale da vanificare i risparmi ottenuti in sede di esecuzione dello *smart contract*.

Si giunge così alla conclusione che i contratti intelligenti potranno affermarsi e trovare diffusione solo con riferimento a tipologie di accordi meno complessi per i quali, ad esempio, l'intervento delle parti nel modificarli, o delle corti nell'imporre la loro modifica, non risulti particolarmente costoso (di qui la distinzione tra “*weak*” e “*strong*” *smart contracts*⁴⁵).

Strettamente correlati ai limiti appena evidenziati sono poi i problemi sollevati dai casi di inadempimento e di vizi del contratto, che possono verificarsi

⁴¹ Nello specifico si veda SKLAROFF J. M., *Smart contracts and the cost of inflexibility*, in *U. Pa. law. Rev.*, 166 (2017), 296 ss.

⁴² MIK E., *Smart contracts: terminology, technical limitations and real-world complexity*, in *Law, innovation & technology*, 2017, pag. 269 e ss., il quale segnala che i contratti intelligenti hanno carattere, da un lato, “self-enforcing” e, dall'altro, tendenzialmente “tamper proof”.

⁴³ GIANCASPRO M., *Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer law & security report*, 33(6), giugno 2017, il quale riferisce di un caso in cui, nonostante il contratto si basi sui risultati certificate oggettivamente da un ‘oracle’, quest'ultimo non funzioni come dovrebbe.

⁴⁴ TJONG TJIN TAI E., *Force majeure and excuses in smart contracts*, 2018, www.ssrn.it.

⁴⁵ RASKIN M., *The law and legality of smart contracts*, in *Geo l. tech. rev.*, 1, 2017, p. 310: “strong smart contracts have prohibitive costs of revocation and modification, while weak smart contracts do not”.

come per qualsiasi altro tipo di accordo. A questo proposito, si ritiene necessario facilitare per quanto possibile i meccanismi di risoluzione delle dispute che possono sorgere⁴⁶, a tal fine pare opportuno inserire nel contratto delle clausole che rimettano a figure di mediatori un primo tentativo di soluzione dell'eventuale controversia o permettano alla parte più debole di recedere dal contratto quando il mediatore ritenga fondata la richiesta della stessa parte più debole.

Questi sistemi sono stati però criticati in dottrina, poiché comporterebbero il rischio di decisioni assunte da gruppi di decisori imprevedibili e deresponsabilizzati⁴⁷, spesso di parte e non in grado di condurre alla giusta soluzione della lite.

Per superare il problema del mediatore percepito dal cliente come particolarmente vicino all'impresa finanziaria o assicurativa, e quindi non indipendente, un'alternativa è quella di predefinire un *panel* di mediatori, dal quale estrarre il singolo decisore del caso concreto⁴⁸.

Un'ulteriore evoluzione si potrebbe individuare nello sviluppo delle c.d. "*online dispute resolution*" (ODR), di cui sempre più spesso si parla ed oggetto di interessante discussione proprio con riferimento ai contratti intelligenti⁴⁹.

7. *I c.dd. criminal smart contracts.* – Per avere un quadro più completo dell'argomento trattato, è opportuno evidenziare l'esistenza di peculiari modalità di commissione dei reati mediante l'utilizzo della rete. In particolare, un fenomeno che tende a manifestarsi e a diffondersi con sempre maggiore frequenza è quello dei c.d. "*criminal smart contracts*". Infatti, come tutte le nuove tecnologie⁵⁰, anche gli *smart contracts* si prestano ad essere utilizzati per scopi illeciti: nello specifico, i fatti illeciti che possono essere compiuti attraverso uno *smart contract* sono la rivelazione e la vendita di documenti secretati, il furto delle chiavi private e i c.d. "*Calling card crime*" (crimini con biglietto da visita), caratterizzati dal fatto che la loro esecuzione avviene *offline*.

Gli *smart contracts* consentono lo scambio automatico di valute virtuali, annullando in tal modo il pericolo che una delle parti del contratto decida di tirarsi indietro e di annullare il pagamento. Inoltre, questi realizzano una

⁴⁶ Questo profilo viene segnalato nel documento del FINANCIAL STABILITY FORUM, *Financial*, cit., p. 47-

⁴⁷ In tal senso, ABRAMOWICZ M., *Blockchain based insurance*, in *Blockchain and the Constitution of a New Financial Order: Legal and Political Challenges*, 2019, www.ssrn.com.

⁴⁸ ABRAMOWICZ M., *Blockchain*, cit.

⁴⁹ Sul punto, SCHMITZ A.J. – RULE C., *Online dispute resolutions for smart contracts*, in *J. disp. res.*, 2019.

⁵⁰ RUGGIERO F., *Momento consumativo del reato e conflitti di giurisdizione nel cyberspazio*, in *Giurisprudenza di merito*, n.1/2002, pag. 255.

interazione minima tra i contraenti evitando così il rischio di tracciamento e monitoraggio da parte di terzi.

Tali caratteristiche facilitano però la commissione di reati; ad esempio, lo scarso contatto tra le parti rende particolarmente complicati per le autorità competenti il monitoraggio e la verifica di eventuali comportamenti sospetti.

Volendo velocemente esaminare le tipologie di *smart contracts* che possono essere utilizzati per il compimento di fini illeciti, è possibile richiamare i *criminal smart contracts* relativi alla rivelazione di informazioni segrete, danno vita a veri e propri mercati di informazioni riservate che riguardano, ad esempio, disegni industriali o segreti governativi. In questo caso, lo *smart contract* è programmato in modo tale che una volta corrisposto il prezzo, viene decriptata in modo automatico l'informazione riservata. Altri tipi di simili *smart contracts* sono invece programmati per decriptare solo una parte delle informazioni dietro previo pagamento di una modesta somma, solo se il contenuto è interessante per gli utenti viene decriptato tutto il messaggio; altrimenti, si provvederà a rimborsare il contributo iniziale.

Un'altra tipologia di *criminal smart contracts* è il c.d. "*key compromise criminal smart contract*"⁵¹, programmato per trasferire automaticamente all'autore del furto una certa quantità di criptovaluta a seguito della consegna della chiave privata sottratta ad un determinato soggetto. Infine, i c.d. *calling card crimes* mediante *smart contracts* sono tra i più pericolosi in quanto possono essere utilizzati per commettere reati particolarmente gravi, come gli omicidi su commissione.

Infine, da quanto appena esposto, appare evidente che anche strumenti come gli *smart contracts*, che contribuiscono notevolmente allo sviluppo del sistema economico e dei mercati in generale, possono essere utilizzati per il compimento di attività illecite e di reati anche di elevata gravità.

Per queste ragioni, si è ipotizzata la possibilità di creare apposite *communities* volte a vigilare sulla natura degli *smart contracts* pubblicati oppure di affidare ai *miners* il compito di omettere le transazioni se derivano da contratti illeciti.

8. *Smart contracts e vigilanza regolamentare.* – Un ultimo aspetto sul quale occorre brevemente soffermarsi riguarda l'impatto derivante dall'utilizzo dei contratti intelligenti sulle modalità di regolamentazione e monitoraggio dell'attività delle imprese che ne fanno uso da parte delle autorità di vigilanza.

⁵¹ JUELS A. – KOSBA A. – SHI E., *The ring of gyges: investigating the future of criminal smart contracts*, <http://www.arjuels.com>.

Come è stato evidenziato dalla stessa associazione dei *regulators* del settore assicurativo (IAIS), la diffusione di tale tipologia di protocolli richiede la modifica della regolamentazione preesistente, degli standards di pratica e la creazione di un nuovo sistema di norme⁵².

Con riferimento ai profili più strettamente regolamentari, la diffusione dei contratti intelligenti comporterà rilevanti modifiche nei settori della *cyber security*, della *corporate governance* e della *product governance*⁵³.

A livello di requisiti di vigilanza prudenziale, l'evoluzione di questa tipologia di contratti potrebbe determinare nuovi e importanti rischi operativi, con conseguente necessità di incremento dei requisiti patrimoniali, soprattutto ai fini del contenimento del pericolo di liquidità.

Infine, per quanto riguarda l'attività dei *regulators*, l'impatto degli *smart contracts* richiederà ampie forme di collaborazione tra i soggetti coinvolti; per le autorità di vigilanza ciò si tradurrà in un deciso cambio culturale, che potrà richiedere eventuali modifiche delle tradizionali modalità di regolamentazione e degli *standard of practice*⁵⁴.

In questo senso pare degno di nota il fatto che l'EIOPA abbia avviato nel 2019 una *task force* interdisciplinare (la c.d. "*InsurTech Task Force*") attribuendole il compito di "explore the benefits and risks arising from the use of blockchain and smart contracts for (re)insurance undertakings and consumers, including assessing regulatory barriers preventing the deployment of this innovation"⁵⁵.

In definitiva, appare evidente che l'implementazione degli *smart contracts* all'interno del sistema bancario e finanziario comporta inevitabilmente un più rapido sviluppo dello stesso ed una maggiore facilità nella conclusione delle varie transazioni economiche, ma è altrettanto vero che tali nuove tipologie contrattuali richiedono una regolamentazione specifica che sia capace di bilanciare adeguatamente tutti gli interessi in gioco, quelli del mercato *latu sensu* inteso e quelli privati facenti capo alle parti coinvolte.

⁵² IAIS, *Fintech developments in the insurance industry*, 21-2-2017, www.iaisweb.org.

⁵³ Sui temi della sicurezza informatica, si veda il documento dell'OECD, *Technology and innovation in the insurance sector*, 2017, www.oecd.org: "Insurtech will have to meet insurance regulations as well as wider data protection and cyber security requirements".

⁵⁴ IAIS, *Fintech*, cit., 36: l'evoluzione portata dai contratti intelligenti "will require deep collaboration between incumbents, innovators and regulators adding complexity and delaying implementation"; SPARANO R., *Smart contract e risoluzione delle controversie*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffrè, 2020, p. 649 e ss.

⁵⁵ Cfr. eiopa.europa.eu/Pages/Working%20Groups/InsurTech-Task-Force.aspx; si veda anche il documento dell'EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY & FORUM, *Blockchain for government and public services an initiative of the thematic report prepared by the European Union blockchain observatory and forum legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts*, del 27-9-2019, <https://www.eublockchainforum.eu/reports>.

APPROFONDIMENTI

MONICA COSSU *

Dell'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria **

SOMMARIO: 1. Premessa. Dell'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria. - 2. I dati sull'alfabetizzazione finanziaria nel dibattito internazionale. - 2.1. (*segue*) e i dati sull'alfabetizzazione finanziaria dei post-*Millennials* italiani. - 3. Educazione finanziaria e crisi economico-finanziaria da *Covid 19*. - 4. *Alfabetizzazione finanziaria e alfabetizzazione digitale*.

1. *Premessa. Dell'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria.* - Si sostiene da tempo che l'educazione finanziaria deve diventare materia di insegnamento obbligatorio nelle scuole, ed essere inserita nei percorsi curriculari ¹.

Le ragioni che presiedono al riconoscimento della centralità didattica dell'educazione finanziaria - e della costruzione di percorsi educativi speciali sui temi dell'educazione finanziaria - sono facilmente intuibili, e si collegano alla crescente complessità e alle peculiari difficoltà che assumono, con il passare del tempo, i mercati finanziari, luoghi di transazione ove si vendono beni invisibili, ricchezza assente nel mondo reale.

Nei mercati finanziari l'oggetto dello scambio è un *valore monetario*, che conferisce il diritto a comprare beni, *asset*, non tangibili nel *qui ed ora*. Rispetto

(*) Professore ordinario di Diritto commerciale, titolare degli insegnamenti di diritto commerciale, diritto bancario, diritto dei mercati finanziari presso il Dipartimento di scienze economiche e aziendali - DiSEA, Dipartimento di eccellenza 2018-2022, Università di Sassari.

(**) Lo scritto, aggiornato e corredato delle note, riproduce la relazione *Generazione Z ed educazione finanziaria*, tenuta al seminario *Il futuro finanziario della generazione Z. L'approccio agli investimenti nel dopo pandemia*, che si inserisce a sua volta all'interno della *Global Money Week 2022* promossa dall'OCSE; il seminario è visibile nel canale youtube della Consob all'indirizzo <https://www.youtube.com/channel/UCR4KLLs3k1Ebo9nUQN443YA>, 2, consultato da ultimo il 2 marzo 2022.

¹ OECD, *Financial Education for Youth: The Role of Schools*, OECD Publ., Parigi, 2014, in <https://dx.doi.org/10.1787/9789264174825-en>. L'Italia è l'unico Paese dell'area OCSE nel quale si riscontrano forti differenze di genere nelle giovani generazioni. Per questo "è necessario introdurre l'educazione finanziaria nelle scuole in forma obbligatoria, il che le permette di svolgere il proprio compito di equilibratore sociale tra classi sociali, generi e provenienze geografiche»: A.M. LUSARDI, *Perché conviene avere l'obbligo dell'educazione finanziaria a scuola*, in il Sole 24 ore, 4 ottobre 2021.

alla ricchezza reale, che per sua natura è *compresente agli scambi*¹, la ricchezza finanziaria deve essere ancora realizzata, quindi è *ricchezza assente* nel momento dello scambio. È questo elemento di distinzione a decretare quindi, come è noto, una strutturale distanza tra *mercati reali* e *mercati finanziari*.

È altrettanto noto che lo stesso mercato quale *luogo* - (ormai da tempo) dematerializzato - ha visto evolvere la propria funzione storica entro un percorso innovativo che lo ha portato in un primo stadio a «consentire lo scambio massificato di diritti che danno accesso a ricchezza assente», e successivamente ad «accogliere una *contrattazione massificata sui rischi artificialmente creati e "derivati"* da eventi pattiziamente prescelti»². Questa ricchezza talvolta è «solo attualmente assente perché destinata a materializzarsi sull'asse del tempo e dello spazio quale variazione, in aumento o in diminuzione, di un valore sottostante direttamente collegato al derivato»³; ma in altri casi «è ricchezza che è arduo dire se assente o inesistente, ché questa dipende dalla variazione nel valore di un asset il cui nesso col derivato è labile, o perché il derivato è il risultato di diverse intermediazioni [...] o perché sfrutta l'effetto leva o altri moltiplicatori di parametri finanziari e spesso, in tutti questi casi, perché il suo valore dipende anche dal rating»⁴.

Qualora, poi, alla base della transazione vi sia un'operazione speculativa in virtù della quale la *rischiosità*, o *varianza*, complessiva dell'investimento è elevata, e l'investitore accetta il rischio di perdere in tutto o in parte l'investimento iniziale, la *ricchezza assente* può tramutarsi in *ricchezza inesistente*: sino a che punto possa giungere questo *scollamento* tra mercati reali e mercati finanziari lo descrive bene il confronto tra l'ipotesi del *deprezzamento* che un bene può conoscere sul mercato reale e l'ipotesi di perdita integrale del capitale su un mercato finanziario. In quest'ultimo caso l'oggetto della transazione è inesistente, e dunque l'operazione economica *diviene*, in apparenza, *pura scommessa*.

Che *natura* di scommessa abbiano certe transazioni sui mercati finanziari lo prova, con riferimento all'ordinamento italiano, il fatto che il legislatore *deve* intervenire a precisare - anzi, a decretare - nell'art. 23, comma 5, del testo unico della finanza (d'ora in avanti t.u.f.) che nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento agli strumenti finanziari derivati, ivi compresi quelli individuati dal ministro dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 18, comma 5, lett. a), t.u.f.

¹ P. SPADA - M. COSSU, *Dalla ricchezza "assente" alla ricchezza "inesistente"*. *Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca borsa tit. credito*, 2010, I, 401.

² P. SPADA - M. COSSU, *Dalla ricchezza "assente" alla ricchezza "inesistente"*. *Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, (nt. 2), 406.

³ P. SPADA - M. COSSU, *Dalla ricchezza "assente" alla ricchezza "inesistente"*. *Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, (nt. 2), 411.

⁴ P. SPADA - M. COSSU, *Dalla ricchezza "assente" alla ricchezza "inesistente"*. *Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, (nt. 2), 411.

al fine di tenere conto dell'evoluzione dei mercati finanziari, non si applica l'eccezione di gioco di cui all'art. 1933 c.c.

La ricchezza finanziaria presenta, infine, problematiche di stima: a certi strumenti finanziari è impossibile attribuire un valore veritiero e corretto (*fair value*), rappresentato dal prezzo che dovrebbe essere percepito in una transazione regolare sul mercato ad una certa data; il che accade in ragione dell'inattendibilità del risultato. In tutti questi casi, al rischio connesso all'investimento, che è comunque stimabile e misurabile, si aggiunge l'incertezza dell'investimento, che invece per sua natura non è stimabile né misurabile.

2. *I dati sull'alfabetizzazione finanziaria nel dibattito internazionale.* - In sede internazionale la riflessione prende le mosse da una definizione di educazione finanziaria che guarda, essenzialmente, al risultato di fare perseguire agli interessati un grado adeguato di conoscenze, e quindi di *cultura finanziaria*, o anche meglio un grado apprezzabile di *consapevolezza finanziaria* ⁵.

Le peculiarità dei mercati finanziari non avrebbero però, probabilmente, suscitato un dibattito così acceso sull'importanza dell'educazione finanziaria se non fosse per il fatto che all'indomani dello scoppio della crisi finanziaria 2007-2009 le autorità europee osservarono che i bassi livelli di alfabetizzazione finanziaria potevano avere contribuito ad aggravare l'impatto della crisi stessa in Europa, nell'autunno del 2008 ⁶.

Fu all'indomani di questa crisi, non a caso, che, nella cornice normativa rappresentata da un *Libro bianco* della Commissione europea ⁷, da un *Libro verde* della medesima Commissione ⁸, da una prima Risoluzione del Parlamento

⁵ Si definisce "educazione finanziaria" "il processo attraverso il quale i consumatori/investitori finanziari migliorano la propria comprensione di prodotti e nozioni finanziarie e, attraverso l'informazione, l'istruzione e un supporto oggettivo, sviluppano le capacità e la fiducia necessarie per diventare maggiormente consapevoli dei rischi e delle opportunità finanziarie, per effettuare scelte informate, comprendere a chi chiedere supporto e mettere in atto altre azioni efficaci per migliorare il loro benessere finanziario": OECD, *Improving financial literacy - Analysis of issues and policies*, disponibile in www.oecd.org; G. TAGLIAVINI - B. RONCHINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia*, in *Banca impresa soc.*, 2011, 50.

⁶ Tra gli altri v. M. DE POLI, *Crisi finanziaria globale e fattori comportamentali*, in *AGE*, 2011, 50 s., ivi con particolare riferimento a fattori scatenanti come un contesto di tassi di interesse molto bassi - con conseguente eccesso di liquidità sui mercati - e una massiccia offerta di credito a breve termine e di credito finalizzato prevalentemente all'acquisto della casa di abitazione.

⁷ Si v. COM (2005) 629 def., 1.12.2005, *Libro bianco. La politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010*. {SEC (2005) 1574}.

⁸ Si v. COM (2007) 226 def., 30.4.2007, *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, /* COM/2007/0226 def. */

europeo sulla politica dei servizi finanziari⁹, poi da una seconda Risoluzione in materia di protezione del consumatore¹⁰, e infine da una Decisione della Commissione¹¹ (senza che però, poi, si giungesse ad una regolamentazione vera e propria della materia sul versante del diritto nazionale)¹², iniziarono a moltiplicarsi iniziative di educazione finanziaria volte secondo alcuni a migliorare la *financial literacy* della popolazione, secondo altri a implementarne la *financial capability*¹³, obiettivo quest'ultimo evidentemente più complesso¹⁴, e forse fin troppo ambizioso¹⁵.

Il tutto nella convinzione che la regolamentazione non basta a creare cultura finanziaria se non è accompagnata da specifici *percorsi cognitivi*, e nella consapevolezza dell'essere l'educazione finanziaria anche un «elemento integrante della *exit strategy* dalla crisi a livello microeconomico»¹⁶.

Quanto al destinatario dei percorsi educativi, sebbene non descritto con precisione dalla normativa, e non esattamente identificato tra le molteplici categorie soggettive di potenziali destinatari, non può che coincidere con l'investitore non professionale, o *retail*, in quanto tale¹⁷. Non si identifica e non

⁹ Si v. la Risoluzione del Parlamento europeo, 11 luglio 2007, sulla politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010 – Libro bianco (2006/2270(INI)).

¹⁰ Si v. la Risoluzione del Parlamento europeo 18 novembre 2008, sulla protezione del consumatore: *migliorare l'educazione e la sensibilizzazione del consumatore in materia di credito e finanza* [P6_TA (2008)0539].

¹¹ Si v. la Decisione della Commissione, 30 aprile 2008, 2008/365/CE, che istituisce un gruppo di esperti in materia di educazione finanziaria.

¹² Rimase sulla carta, in particolare, la Proposta di legge n. 3647, recante *Disposizioni per la promozione dell'educazione finanziaria*. In generale sui diversi interventi succedutisi in quegli anni senza che si giungesse a un vero approdo normativo, v. M.T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, in AGE, 2010, 545 ss.

¹³ Una sintesi del dibattito sugli obiettivi che hanno presieduto alla nascita dell'educazione finanziaria in G. TAGLIAVINI - B. RONCHINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia*, (nt. 6), 50 ss.

¹⁴ Osservano G. TAGLIAVINI - B. RONCHINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia*, (nt. 6), 50 s., che “un soggetto finanziariamente capace non si caratterizza solo per l'adeguatezza delle competenze e delle conoscenze finanziarie possedute. Egli sa anche comportarsi in modo adeguato; in particolare sa pianificare i propri impegni finanziari”.

¹⁵ M.T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, (nt. 13), 541.

¹⁶ M.T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, (nt. 13), 535.

¹⁷ M.T. PARACAMPO, *Educazione finanziaria e protezione dei risparmiatori: miti e realtà*, (nt. 13), 550 ss., ivi evidenziando che è il cliente non professionale in quanto tale il destinatario dei programmi di educazione finanziaria, e che non si devono, quindi, cercare parametri di riferimento soggettivi più “selettivi”, come ad esempio quello rilevabile nell'art. 28, comma 2, del regolamento Consob 15 febbraio 2018, n. 20307, come successivamente modificato e integrato, contenente la disciplina degli intermediari, ove è detto che le informazioni indirizzate a clienti e potenziali clienti, ivi comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, «hanno un contenuto e sono presentate in modo che siano comprensibili per l'investitore medio del gruppo al quale sono dirette o dal quale saranno probabilmente ricevute»; oppure quello che era contenuto nell'(abrogato) art. 181 t.u.f.,

coincide soltanto, quindi, con il consumatore, ossia con la persona fisica che là dove agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta dovrebbe, secondo l'art. 4, comma 1, del codice del consumo, essere destinatario di specifici percorsi educativi.

Guardando alla generazione dei *post-Millennials*, o Generazione Z, i cui componenti sono noti anche come *iGen*, *Centennials*, *Zoomers*, *Plurals*, che comprende le coorti demografiche dei nati tra il 1995 e il 2010, si constata l'esistenza di un problema diffuso e generalizzato, come svelano le indagini statistiche condotte dall'OCSE (OECD), ossia "OCSE PISA 2012" e "OCSE PISA 2015"¹⁸, partendo dall'importanza dell'educazione finanziaria e dalla sua qualificazione come *life skill* ¹⁹.

2.1. (segue) e i dati sull'alfabetizzazione finanziaria dei post-Millennials italiani. - Nello stesso tempo, però, "OCSE PISA 2012" e "OCSE PISA 2015" hanno evidenziato che il problema è sì comune, ma non si presenta dappertutto con la stessa intensità. Risulta, infatti, che i quindicenni italiani, rispetto alla media degli studenti dei dieci paesi OCSE che hanno partecipato all'indagine, in materia di alfabetizzazione finanziaria detengono un duplice primato negativo: quasi un quinto degli intervistati non consegue il "livello 2", ossia il livello minimo di competenza, o *livello di riferimento*, per le competenze di alfabetizzazione finanziaria stabilito dall'OCSE, e solo il 6,5% degli intervistati riesce a conseguire il punteggio massimo nei test (livello 5).

Di conseguenza l'Italia occupa, tra i paesi OCSE, le ultime posizioni nella classifica: nell'indagine "OCSE PISA 2012", in particolare, tra i diciotto paesi partecipanti all'indagine risulta penultima ²⁰ (collocandosi in graduatoria in

relativo alla definizione di *informazione privilegiata*, ove il comma 4 utilizza(va) il parametro soggettivo dell'"investitore ragionevole".

¹⁸ Cfr. OECD, *PISA 2012 Results: Students and Money Financial Literacy Skills for the 21st Century*, vol. VI, OECD, 2014, 32 ss; OCSE PISA 2012, *Results in Focus: what 15-year-olds know and what they can do with what they know*; OECD, *Results from PISA 2015 Financial literacy. Country note Italia*, OECD, 2016, 1 ss.; OECD, *Key Issues for Digital Transformation in the G20*, Oecd, 2017, 31 ss. L'acronimo "PISA" sta per *Programme for International Student Assessment*.

¹⁹ Più esattamente, "[f]inancial literacy is knowledge and understanding of financial concepts and risks, and the skills, motivation and confidence to apply such knowledge and understanding in order to make effective decisions across a range of financial contexts, to improve the financial well-being of individuals and society, and to enable participation in economic life": *PISA 2012 Results: Students and Money Financial Literacy Skills for the 21st Century*, (nt. 19), 33.

²⁰ Hanno partecipato all'indagine "OCSE PISA 2012" diciotto Paesi, e precisamente tredici Paesi OECD (Australia, Belgio-comunità fiamminga, Repubblica ceca, Estonia, Francia, Israele, Italia, Nuova Zelanda, Polonia, Repubblica slovacca, Slovenia, Spagna, Stati Uniti) e cinque Paesi partner: Colombia, Croazia, Lettonia, Federazione russa e Shanghai-China.

diciassettesima posizione, appena prima della Colombia) in termini di *risultati medi* nelle prove di alfabetizzazione finanziaria. Dall'indagine emergono anche, peraltro, fortissime disparità territoriali e di genere tra l'Italia e gli altri paesi OCSE ²¹.

Le differenze risultano diminuite, ma ancora ben visibili, nell'indagine "OCSE PISA 2015", ove alla prova sui *domini cognitivi* principali (matematica, lettura, scienze) si aggiungeva la prova relativa alla *financial literacy*, che diversamente da quelle era, tuttavia, opzionale. Tra i quindici Paesi partecipanti ²² l'Italia risultò decima in classifica, con un punteggio (483) inferiore al punteggio medio (489) dei Paesi partecipanti.

Da entrambe le indagini, in particolare da "OCSE PISA 2012" ma anche da "OCSE PISA 2015" - sebbene in misura minore in quest'ultima, dal momento che, stando ai dati, nel passaggio tra il 2012 e il 2015 l'Italia avrebbe migliorato i risultati medi rispetto all'indagine precedente ²³ - emerge, dunque, che i risultati scolastici dei quindicenni italiani sono inferiori rispetto alla media dei dieci paesi europei aderenti all'OCSE che hanno partecipato all'indagine ²⁴.

Si colloca nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione dei risultati di "OCSE PISA 2015", non a caso, l'istituzione in Italia del *Comitato per l'educazione finanziaria*- Edufin ²⁵, sulla scia del *Global Financial Literacy*

²¹ OECD, *PISA 2012 Results: Students and Money Financial Literacy Skills for the 21st Century*, (nt. 19), 78 ss., e spec. 81; v. anche la Scheda Paese-Italia, *Risultati di PISA 2012 Alfabetizzazione Finanziaria*, in <https://www.oecd.org/italy/PISA-2012-results-finlit-italy-ita.pdf>, 3, ove si rileva che "[l]a differenza tra le regioni che ottengono i risultati migliori (Friuli Venezia Giulia e Veneto) e quelle che ottengono i risultati peggiori (Calabria) è di 86 punti, superiore a un livello di competenze nella scala PISA". Sul *gender cap* nel caso italiano v., tra gli altri, E. CAVEZZALI - G. GARDENAL - U. RIGONI, *Alfabetizzazione finanziaria e asset allocation dei non esperti: uno studio sperimentale*, in *AGE*, 2012, 110 ss.; E. BOCCHIALINI - I. RONCHINI, *Financial literacy e gender gap: il caso degli studenti universitari*, in *Banca impresa soc.*, 2015, 134 ss.

²² Hanno partecipato a "OCSE PISA 2015" quindici Paesi, e precisamente Australia, Belgio (Fiandre), Brasile, Cile, Cina (province di *Pechino, Shanghai, Jiangsu e Guangdong*), Federazione russa, Italia, Lituania, Paesi Bassi, Perù, Polonia, Canada (province di *Columbia Britannica, Manitoba, Nuovo Brunswick, Terranova e Labrador, Nuova Scozia, Ontario e Isola del Principe Edoardo*), Repubblica slovacca, Spagna, Stati Uniti.

²³ Scheda Paese-Italia, *Risultati di PISA 2012 Alfabetizzazione Finanziaria*, in <https://www.oecd.org/pisa/pisa-2105-Financial-Literacy-Italy-Italian.pdf>, 2.

²⁴ OECD, *PISA 2015 Results in Focus*, 2018, 19 ss., ove risulta che l'Italia, in termini di *financial literacy performance* degli studenti quindicenni, mostra un valore (60) che è molto inferiore rispetto al valore medio (89) dei paesi di area OCSE inclusi nell'indagine.

²⁵ Il Comitato per la programmazione e il coordinamento delle attività di educazione finanziaria-Edufin è stato istituito nel 2017 con Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e con quello dello sviluppo economico, in attuazione del d.l. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito in Legge 17 febbraio 2017, n. 15, recante "disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio". Il Comitato ha lo scopo di promuovere e coordinare iniziative utili a innalzare tra la popolazione la conoscenza e le

Excellence Center-GFLEC, che è *leading center* nella ricerca in materia di alfabetizzazione finanziaria.

Tra le evidenze più interessanti che emergono da queste indagini vi è l'apparente relazione diretta tra i risultati conseguiti dal campione intervistato, rispettivamente, in educazione finanziaria e in matematica e lettura ²⁶, e più precisamente la relazione diretta tra l'educazione finanziaria e alcune importanti *skill* formative, e in particolare le abilità matematiche ed espressive (lettura).

Oltre a ciò, l'educazione finanziaria sembra andare di pari passo con l'importanza di investire in capitale umano ²⁷. In alcuni paesi tra i quali l'Italia, vi è una relazione diretta tra il livello di alfabetizzazione finanziaria e il riconoscimento dell'importanza di investire nell'istruzione: gli studenti che ottengono buoni risultati in termini di educazione finanziaria hanno maggiore probabilità di volere intraprendere una formazione universitaria, e manifestano una visibile propensione in tale direzione ²⁸; quegli stessi studenti hanno una probabilità maggiore di svolgere un'attività professionale altamente qualificata intorno ai 30 anni ²⁹.

Pur nella difficoltà di ricavare dalle indagini statistiche risultati significativi, essenzialmente per via del fatto che non esiste una metodologia unitaria né di rilevazione dei dati (e di selezione dei dati rilevanti) ³⁰, né di quantificazione dei benefici dei programmi di educazione finanziaria, è data comunque per certa l'esistenza di una relazione immediata e diretta tra il *livello di educazione finanziaria* e la *propensione al risparmio*, emblematicamente rappresentata dalla decisione di aprire un conto corrente o un deposito bancario ³¹. Questi ultimi rappresentano tuttora, peraltro, il baluardo dell'inclusione finanziaria e, in quanto strumenti che consentono l'accesso al credito da parte dei clienti non qualificati e dei consumatori, adempiono ad un'autentica *funzione sociale*, tanto

competenze finanziarie, assicurative e previdenziali e migliorare per tutti la capacità di fare scelte coerenti con i propri obiettivi e le proprie condizioni.

²⁶ OECD, *PISA_2015_Results_in_Focus*, (nt. 25), 19 ss.

²⁷ Cfr. OECD, *Oecd skills strategy Diagnostic Report Italy*, Oecd, 2017.

²⁸ Si v. OECD, *PISA_2015_Results_in_Focus*, (nt. 25), 15: “[o]n average across OECD countries, 44% of 15-years-old students expect that they will complete university. In Colombia, Korea, Qatar and the United States, more than three out of four students expect so. On average, disadvantaged students were 40 percentage points (or 2.5 times) less likely to expect to complete a university degree than advantaged students”.

²⁹ N. OGGERO, *L'educazione finanziaria dei Millennials*, in <https://www.ingener.it>, 24 aprile 2018, 1 s. La fonte di tali dati e risultanze è il sondaggio *Global FinLit* di S&P.

³⁰ G. TAGLIAVINI - B. RONCHINI, *Uno studio empirico circa il livello di educazione finanziaria in Italia*, (nt. 6), 51 s.

³¹ Cfr. A. LUSARDI - N. OGGERO, *Millennials and Financial Literacy: a global Perspective*, *GFLEC*, 2017, 11 ss., a proposito dei dati che attestano l'esistenza di una forte correlazione tra conoscenza finanziaria dei giovani e percentuale di adulti titolari di un conto corrente nei paesi del G20.

più in ragione della crescente contrazione della possibilità di pagamenti in contanti decretata dapprima dalla normativa antiriciclaggio, poi dalla normativa emergenziale³².

Di contro, non c'è una relazione immediata e diretta tra livello di educazione scolastica (istruzione) e livello di educazione finanziaria³³, né tra livello di istruzione universitaria ed educazione finanziaria³⁴.

La scelta di prendere in considerazione a titolo esemplificativo due tipologie di scelta finanziaria molto basiche, quali sono l'apertura di un deposito o di un conto corrente bancario, è appropriata, in quanto da un lato tiene conto della notoria, spiccata propensione dei risparmiatori italiani verso le forme di investimento più tradizionali, e, dall'altro, considera il singolare ritardo con cui si sono diffuse presso le famiglie italiane altre forme di risparmio gestito che caratterizzano i mercati finanziari evoluti³⁵. Tuttora le attività finanziarie più diffuse sono i certificati di deposito e i buoni fruttiferi postali (posseduti dal 43% delle famiglie), seguiti dai titoli di Stato italiani (25%) e dai fondi comuni di investimento (24%)³⁶.

D'altra parte, le forme elementari di *risparmio amministrato* sono piuttosto significative, in quanto sono, tra tutte, quelle che risentono meno di quelle variabili esogene negative che sono in grado di fare arretrare la fiducia degli investitori nel sistema finanziario³⁷.

Ciò significa - è, poi, questo il dato di realtà più preoccupante - che la popolazione italiana, che già in passato si era contraddistinta per un livello

³² Per queste considerazioni v. A. BLANDINI - C. FIENGO, *Sulla funzione sociale del conto corrente bancario*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020, 370 ss.

³³ In questo senso, «education is not a good proxy for financial literacy», nonostante esista comunque una relazione tra livello di scolarizzazione e cultura finanziaria: A.M. LUSARDI - O.S. MITCHELL, *Financial literacy around the world: an overview*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2011, seguiti da E. BOCCHIALINI - I. RONCHINI, *Financial literacy e gender gap: il caso degli studenti universitari*, (nt. 22), 131.

³⁴ Evidenze di una scarsa preparazione finanziaria diffusa (anche) tra gli studenti dei più alti gradi di istruzione sono emerse con buona regolarità in diversi contesti geografici, tra cui l'Europa: E. BOCCHIALINI - I. RONCHINI, *Financial literacy e gender gap: il caso degli studenti universitari*, (nt. 22), 133 s.

³⁵ Sul punto si v. l'analisi di M. GENTILE - N. LINCIANO - G. SICILIANO, *Le scelte di portafoglio delle famiglie italiane e la diffusione del risparmio gestito*, in *Banca impresa soc.*, 2006, 425 ss.

³⁶ CONSOB, *Rapporto sulle scelte di investimento delle famiglie italiane. Attitudini e profili comportamentali*, 2021, 10.

³⁷ È chiaro, però, che episodi come quelli legati ai grandi scandali finanziari (come Enron, Parmalat, Cirio) possono avere un impatto generalizzato sul livello di fiducia nel «sistema» finanziario indipendentemente dalla diversità del *background* culturale e dal livello di educazione finanziaria di ogni individuo (anzi, si potrebbe ipotizzare che questi *shock* incidano negativamente proprio sul tasso di partecipazione degli individui con una maggiore educazione finanziaria): M. GENTILE - N. LINCIANO - G. SICILIANO, *Le scelte di portafoglio delle famiglie italiane e la diffusione del risparmio gestito*, (nt. 35), 432.

particolarmente scarso di alfabetizzazione finanziaria ad onta delle molteplici iniziative sviluppate in ambito UE, detiene tuttora un primato negativo³⁸, come si evince da dati abbastanza recenti di *Standard and Poor's*, dalla *OECD Survey 2020* e dai dati della Consob che stimano il livello di *financial literacy* della popolazione adulta³⁹.

All'interno della *OECD Survey 2020*, è in particolare l'indagine sul comportamento finanziario della popolazione adulta dei paesi partecipanti ad evidenziare il primato negativo dell'Italia⁴⁰.

Questa scarsa alfabetizzazione finanziaria *condiziona le scelte di investimento*, che infatti restano legate a prodotti finanziari molto tradizionali⁴¹ e sono

³⁸ Cfr. A. LUSARDI - N. OGGERO, *Millennials and Financial Literacy: a global Perspective*, (nt. 32), 13, ove da dati aggiornati al 2017 emerge il primato negativo per cui "[a]mong the major advanced economies, Italy is the country with the lowest percentage of financially literate people. Only 37 percent of Italians are able to correctly answer at least three out of four basic financial concepts". I c.d. quattro concetti finanziari base sono *inflation, risk diversification, interest (numeracy), compound interest* (e sul punto v. anche *infra*, nt. 40).

³⁹ Cfr. i dati pubblicati annualmente da *Standard & Poor's* nel *Global Financial Literacy Survey*: da ultimo v. OECD /INFE 2020 *International Survey of Adult Financial Literacy*, OECD, 2020, in www.oecd.org/financial/education/launchoftheoecdinfeglobalfinancialliteracysurveyreport.htm, 15, ove risulta che l'Italia, tra i ventitre paesi di area OCSE i cui dati sono stati raccolti per intero (esclusi, cioè, i dati forniti da Francia, Malta e Thailandia in quanto incompleti) ha ottenuto la valutazione più bassa in termini di *financial literacy score*; cfr. E. CAVEZZALI - G. GARDENAL - U. RIGONI, *Alfabetizzazione finanziaria e asset allocation dei non esperti: uno studio sperimentale*, in *AGE*, 2012, 114 ss.; L. KLAPPER - A.M. LUSARDI - P. VAN OUDHEUSDEN, *Financial literacy around the world: Insights from the Standard & Poor's Rating Services*, GLEC_Report_FINAL_5.11.2016, 8, che documenta come solo il 37% della popolazione adulta italiana possiede competenze adeguate in materia di inflazione, diversificazione e rendimenti composti, con un dato medio che la colloca, quindi, vistosamente al di sotto del dato medio non solo del Canada, che con il 68% della popolazione adulta *financially literate* rappresenta il polo più elevato in termini assoluti, ma anche dei paesi UE, che si attestano al 52% (con Danimarca, Germania, Olanda, Svezia al 62%). Il dato medio italiano è più vicino a quello dei paesi emergenti, il c.d. BRICS (Brasile, Federazione russa, India, Cina e Sud Africa), che si attesta al 28%.

⁴⁰ OECD /INFE 2020 *International Survey of Adult Financial Literacy*, (nt. 40), 24 s.: «[t]he lowest scores, all under 5 (or about 56% of the total) were in Russia (4.9), Colombia (4.8), Montenegro (4.7), Hungary (4.5) and Italy (4.2) ». Le questioni esaminate per stimare il comportamento finanziario, che intendevano - evidentemente - ricostruire le attitudini degli intervistati in materia di investimenti, riguardavano in particolare le scelte di investimento di lungo periodo; le informazioni delle quali l'investitore si avvale prima di acquistare prodotti finanziari (anche per l'aspetto dell'eventuale decisione di avvalersi di un consulente finanziario); il fatto di monitorare o meno le scadenze dei pagamenti e i flussi finanziari in genere.

⁴¹ N. LINCIANO, *Le distorsioni comportamentali e la consulenza finanziaria*, in *AGE*, 2012, 5, ove l'A. osserva che «[l]e scelte di portafoglio delle famiglie italiane sembrano confermare la rilevanza concreta dei bias cognitivi e comportamentali che la ricerca teorica ed empirica ha diffusamente illustrato. Gli investitori italiani, infatti, si connotano per un basso livello di partecipazione ai

caratterizzate in misura predominante dalla componente obbligazionaria⁴². E ciò in quanto (solo) «coloro che hanno le competenze fondamentali per capire e valutare i prodotti e servizi offerti dagli intermediari bancari, finanziari e assicurativi, sono in grado di effettuare scelte efficienti e consapevoli»⁴³, oltre che razionali e non influenzate da *bias* comportamentali⁴⁴.

L'esigenza di implementare l'educazione finanziaria diviene, poi, tanto più evidente oggi che il comparto principale e predominante delle scelte di portafoglio, ossia quello obbligazionario, conosce il suo minimo storico in termini di rendimento⁴⁵.

L'educazione finanziaria, oltre ad accrescere il grado di *consapevolezza finanziaria* consente di eliminare o correggere *errori cognitivi* e comportamentali, ed «errori di valutazione derivanti dalla scarsa conoscenza della materia finanziaria (oltre che dei suoi presupposti concettuali, quali la statistica)»⁴⁶.

mercati azionari e detengono portafogli poco diversificati, a prevalente componente obbligazionaria». Del resto, anche gli studi di finanza comportamentale hanno dimostrato, con ampio corredo di dati, che il comportamento degli investitori viola la teoria di portafoglio, e che le scelte di portafoglio non rispecchiano modelli evoluti di *asset allocation* e di diversificazione del rischio: E. CAVEZZALI - G. GARDENAL - U. RIGONI, *Alfabetizzazione finanziaria e asset allocation dei non esperti: uno studio sperimentale*, (nt. 40), 110 ss.

⁴² M. GENTILE - N. LINCiano - G. SICILIANO, *Le scelte di portafoglio delle famiglie italiane e la diffusione del risparmio gestito*, (nt. 36), 426, ove l'osservazione secondo la quale «i dati di confronto internazionale (sempre basati sui conti finanziari) indicano che l'incidenza del possesso diretto di obbligazioni sulla ricchezza finanziaria delle famiglie italiane è largamente superiore rispetto a quanto si rileva negli USA e nei principali paesi europei».

⁴³ R. NANULA - M. TRIFILIDIS, *L'educazione finanziaria: problemi e prospettive*, in *Banca impresa soc.*, 2009, 210.

⁴⁴ È noto che secondo le risultanze degli studi di *behavioral finance* «gli individui sono influenzati dalle loro esperienze passate, dalle loro credenze, dal contesto, dal formato di presentazione delle informazioni e dall'incompletezza informativa frequente nei contesti reali [...]»: R. NANULA - M. TRIFILIDIS, *L'educazione finanziaria: problemi e prospettive*, (nt. 44), 212. Il tema non può essere approfondito in questa sede, per cui si rinvia, tra i moltissimi e per tutti, a D.E. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *Prospect theory: An analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, 263 ss. Tra i *bias* cognitivi, a parte i ben noti fenomeni dell'*overconfidence* e del *better than average effect*, vi è anche il fenomeno per cui l'investitore è spesso frenato dal timore di commettere errori, timore che condiziona negativamente l'attitudine alla diversificazione del portafogli, perchè il «rimpianto da commissione» è più temuto del «rimpianto da omissione», generando così l'*herding behavior* e quindi, col comportamento imitativo, scelte puramente conservative riguardo alla composizione del proprio portafogli finanziario, che scongiurano il rimpianto e l'*attribution bias*: cfr., di recente, G. LIACE, *L'investitore irrazionale*, in *Banca borsa tit. credito*, 2020, I, 972.

⁴⁵ A partire da gennaio 2022 «gli indici Bloomberg Barclays mostrano un calo del 7% per il paniere aggregato di obbligazioni globali, del 7% per quelle ad alto rendimento (e ad alto rischio), del 10,4% per le emissioni societarie Investment Grade»: M. REDAELLI, *Come costruire un portafogli nell'annus horribilis delle obbligazioni*, in *Il sole 24 ore*, 3 aprile 2022.

⁴⁶ U. MORERA - E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *AGE*, 2012, 43.

Educazione finanziaria e tutela del consumatore sui mercati finanziari non sono, dunque, sinonimi, dal momento che obiettivo primario dell'educazione finanziaria è formare operatori economici razionali e autosufficienti (e quindi anche capaci di discernere quando sia il caso, eventualmente, di affidarsi ad un consulente finanziario)⁴⁷, laddove la tutela del consumatore (di servizi finanziari) deve restare circoscritta a chi non ha la possibilità - o non vuole - essere informato e formato⁴⁸.

3. Educazione finanziaria e finanza sostenibile. - È auspicabile che la crisi economico-finanziaria seguita alla pandemia da *Covid-19* riporti prepotentemente al centro del dibattito istituzionale il tema dell'educazione finanziaria. La stessa transizione verso un'economia sostenibile, imposta dagli impegni assunti in sede internazionale all'interno dell'"Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile" e dell'"Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici", sarebbe impossibile senza il supporto di un'adeguata educazione finanziaria delle giovani generazioni⁴⁹.

L'*impact investing*, che affianca la finanza tradizionale e accoglie un modello di **investimento responsabile ed etico**, finalizzato sia al **rendimento finanziario** che anche al perseguimento di un forte **impatto sociale**⁵⁰, può rappresentare,

⁴⁷ Per questo aspetto v. A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca borsa tit. credito*, 2019, I, 2 ss. Sulla criticità rappresentata però, in questa prospettiva, dai costi elevati della consulenza indipendente cfr. M. COSSU, *Consulenza finanziaria e gestione di portafogli. Le regole del trading nella prospettiva della Mifid III*, in questa Rivista, 2017, spec. 8 ss.

⁴⁸ M. NOVARESE, *Educazione finanziaria e regolamentazione: riflessioni di economia cognitiva*, in *AGE*, 2012, 102.

⁴⁹ La propensione verso forme di investimento sostenibile è maggiore presso gli investitori con un livello maggiore di alfabetizzazione finanziaria: CONSOB, *Rapporto sulle scelte di investimento delle famiglie italiane. Attitudini e profili comportamentali*, (nt. 37), 12.

⁵⁰ 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 forme più interessanti, i cosiddetti *investimenti sostenibili e responsabili*, identificati dalla sigla *SRI* e legati a doppio filo a criteri extrafinanziari, 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 macrotematica *ESG*, che è al centro di un dibattito non solo giuridico-finanziario ma anche sociale ed economico estremamente diffuso e popolare, 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*.

proprio nella fase successiva alla crisi da *Covid-19*, una grande opportunità finanziaria per ripartire da una società più equa, sostenibile e inclusiva ⁵¹.

È chiaro, però, che tutto questo richiede un livello adeguato di cultura finanziaria. Ed è di massima evidenza, in questo contesto storico, l'urgenza che maturi la consapevolezza da un lato dell'importanza dell'educazione finanziaria e della cultura del risparmio, dall'altro del fatto che l'educazione finanziaria è una *skill* essenziale, e la gestione del risparmio una *dimensione ineliminabile dell'esistenza* ⁵², strumento di *libertà economica* e *parità di genere* ⁵³.

Analogamente, è necessario implementare programmi di educazione alla *finanza sostenibile* e all'uso di *strumenti di investimento sostenibili* quali investimenti che contribuiscono a un obiettivo ambientale in termini di uso corretto delle risorse, o a un obiettivo sociale in termini di contrasto alla povertà e alle disuguaglianze ⁵⁴.

Anche l'obiettivo della finanza sostenibile riporta, però, al centro ancora una volta i temi dell'educazione finanziaria: «ad ostacolare la preferenza dei *post-Millennials* per la *green, social* e *sustainable finance* contribuisce in primo luogo il basso livello di alfabetizzazione finanziaria: *financial unliteracy* e *sustainable finance* non vanno, in effetti, per niente d'accordo» ⁵⁵.

È di massima evidenza, dunque, l'importanza di assicurare ai *post-Millennials*, o *Generazione Z*, che hanno al momento tra i 12 e i 25 anni, e in prospettiva anche alla generazione successiva - c.d. generazione *Alpha* - la coorte dei nati tra il 2010 e il 2020 che in termini sociologici sono i veri nativi digitali ⁵⁶, un livello adeguato di *educazione finanziaria* ⁵⁷, posto che il passaggio generazionale consegnerà loro un sistema finanziario improntato a servizi di pagamento e di investimento interamente *dematerializzati* e *disintermediati*.

⁵¹ 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.

⁵² M. COSSU, *L'educazione finanziaria della generazione Z: riflessioni in tempo di pandemia*, in questa *Rivista*, 2021, 14 ss., da cui si cita, e anche in *Scritti in onore di Vincenzo di Cataldo*, a cura di C. COSTA - A. MIRONI - R. PENNISI, I, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2021, 231 ss.

⁵³ GLOBAL THINKING FOUNDATION, *Parole di economia e finanza: glossario di educazione finanziaria*, 2022, 3 ss.

⁵⁴ M. COSSU, *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, in *Riv. Soc.*, 2021, 1272 ss.

⁵⁵ M. COSSU, *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1285.

⁵⁶ Si v. ACCENTURE, *Gen Z Rising*, U.S. Edition, 2017, 3, ove si osserva che «2017 graduates are true digital natives—growing up with a device in hand from a very young age».

⁵⁷ Per le classificazioni generazionali e delle differenti coorti demografiche si rinvia a W. STRAUSS - N. HOWE, *Generations: The history of America's Future, 1584 to 2069*, New York, William Morrow and Company, 1991.

4. *Alfabetizzazione finanziaria e alfabetizzazione digitale*. – È fondamentale sgombrare il campo, peraltro, dall’equivoco che tende a identificare il *grado di alfabetizzazione digitale* con il *grado di alfabetizzazione finanziaria*, perché se da un lato è vero che ad un elevato livello di educazione finanziaria corrisponde un uso appropriato di strumentazioni digitali⁵⁸, non è vero l’inverso, per cui la dimestichezza con i *digital device*, che è anche il portato della crisi pandemica e, per quanto riguarda la *Generazione Z*, del ricorso generalizzato alla *DAD*, non è (necessariamente e direttamente) correlata ad un elevato livello di educazione finanziaria⁵⁹. Lo sviluppo dei servizi finanziari *fintech* richiede, dunque, un forte cambio di passo dei percorsi educativi sia in termini di cultura digitale che *anche* di cultura finanziaria⁶⁰.

È necessario, dunque, sfatare l’equivoco che tende a supporre che chi vanta un’elevata cultura digitale vanta (sempre) un’altrettanto elevata cultura finanziaria, laddove «la tecnologia ha fallito, finora, la promessa di agevolare e velocizzare il livello di alfabetizzazione in genere, e di alfabetizzazione finanziaria in particolare, delle giovani generazioni»⁶¹.

È cruciale, allora, evitare che queste giovani coorti di investitori, le più gravemente colpite da una sequela quasi ininterrotta - a partire dal 2007 - di crisi economico-finanziarie, diventino una *lost generation*⁶², proprio nel momento in cui si approssima un importante *ricambio finanziario generazionale* che determinerà il passaggio nelle loro mani di una parte significativa della ricchezza finanziaria globale⁶³.

È più che mai necessario allora, in questa prospettiva, rifocalizzarsi sull’educazione finanziaria come strumento di *inclusione finanziaria*⁶⁴ intesa in

⁵⁸ OECD/INFE 2020, *International Survey of Adult Financial Literacy*, (nt. 40), 9.

⁵⁹ «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*, (nt. 40), 9.

⁶⁰ M. COSSU, *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1284.

⁶¹ M. COSSU, *L’educazione finanziaria della generazione Z: riflessioni in tempo di pandemia*, (nt. 53), 13 ss.; EAD., *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1285.

⁶² «Indeed, despite being the best-educated generation ever» [...] «today’s young are paying a high price for the crisis. To avoid creating a “lost generation” we need to act quickly»: M. DRAGHI, *Introductory remarks*, President of the ECB, at the Portuguese Council of State, Lisbon, 7 April 2016 in https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160407_2.en.html

⁶³ *Accenture* stima che nei prossimi decenni solo negli Stati Uniti circa trenta miliardi di dollari (tra attività finanziarie e non finanziarie) transiteranno dai *baby boomers* verso i *millennials*, ed è, quindi, facile comprendere la portata del fenomeno: <https://fundspeople.com>, 27 febbraio 2019.

⁶⁴ M. COSSU, *L’educazione finanziaria della generazione Z: riflessioni in tempo di pandemia*, (nt. 53),

senso ampio, quale obiettivo strategico⁶⁵, che a sua volta è strumento di crescita, ripristino della fiducia nei sistemi bancari e finanziari così provati da una crisi economico-finanziaria globale, riduzione delle disuguaglianze⁶⁶. A ciò si aggiunge che «la pandemia da *Covid-19* avrà un impatto concreto e forte sulla futura capacità reddituale delle coorti della Gen Z, ed è pertanto naturale che nei suoi componenti diminuisca, rispetto alle generazioni precedenti, la fiducia nella possibilità di accumulare un'adeguata ricchezza nei mercati finanziari»⁶⁷.

In un contesto così problematico l'incapacità di orientarsi in ambito di scelte economiche e finanziarie personali può diventare un ulteriore fattore di disuguaglianza, nel senso che può inasprire disuguaglianze già esistenti, ed accentuare la vulnerabilità e la fragilità finanziaria.

Si constata, in particolare, un aumento significativo della volatilità del mercato e dei rischi di mercato, credito e liquidità, dovuti alle turbolenze dei mercati finanziari cagionate dalla pandemia, e in queste condizioni il *trading* può diventare un serio pericolo per gli investitori⁶⁸.

Oltre tutto vi sono evidenze nella letteratura economica circa il fatto che l'incremento delle competenze finanziarie individuali sostiene anche la stabilità finanziaria del sistema nel suo complesso⁶⁹, e che vi è un nesso preciso tra alfabetizzazione finanziaria e migliore partecipazione alla vita economica⁷⁰.

E non è tutto: la più recente indagine OCSE in materia di competenze finanziarie e digitali dei microimprenditori, svolta durante la pandemia, mostra che in media

12 ss.

⁶⁵ Si v., tra gli altri, G. GOMEL - F. BERNASCONI - M.L. CARTECHINI, *Inclusione finanziaria. Le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, Banca d'Italia. *Occasional Paper*, 29 luglio 2011, 1 ss.; più recentemente, GLOBAL THINKING FOUNDATION, *Parole di economia e finanza: glossario di educazione finanziaria*, (nt. 54), 3 ss.

⁶⁶ G. GOMEL - F. BERNASCONI - M.L. CARTECHINI, *Inclusione finanziaria. Le iniziative del G20 e il ruolo della Banca d'Italia*, (nt. 66), 11 ss. Le considerazioni svolte a valle della crisi finanziaria occorsa nel 2007-2009 sono tuttora valide a valle della crisi economico-finanziaria scaturita dalla pandemia da *Covid-19*.

⁶⁷ *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1286.

⁶⁸ M.E. SALERNO, *Prospettive di regolamentazione a protezione dell'investitore finanziario alla luce dell'emergenza da Covid-19*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, a cura di U. MALVAGNA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2021, 290.

⁶⁹ Si vedano ora i Disegni di legge nn. 2307, 50 e 1154, in tema di *Insegnamento dell'educazione economica e finanziaria*, e l'Audizione della Capo del Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria della Banca d'Italia.

⁷⁰ Cfr. E. FORNERO - C. MONTICONE, *Financial literacy and pension plan participation in Italy*, in *Journ. of Pension Economics and Finance*, 10(4), 2011, 547 ss.; E. FORNERO - A. LO PRETE, *Voting in the Aftermath of a pension reform: the role of financial literacy*, in *Journ. of Pension Economics and Finance*, 18 (1), 2019, 1 ss.; A. LO PRETE, *Inequality and the finance you know: does economic literacy matter?*, in *Economia Politica: Journal of Analytical and Institutional Economics*, 35(1), 2018, 183 ss.

nei paesi G20 che hanno partecipato all'indagine (Arabia Saudita, Brasile, Cina, Francia, Germania, Italia, Messico, Russia, Turchia) solo il 27% dei proprietari di micro imprese e PMI con un massimo di 9 addetti e il 41% dei proprietari di micro imprese e PMI con 10-49 addetti hanno mostrato livelli elevati di alfabetizzazione finanziaria ⁷¹.

L'indagine suggerisce che le micro imprese e le PMI, comparti imprenditoriali cui corrispondono le attività produttive più gravemente colpite dalla crisi economico-finanziaria scaturita dalla pandemia da Covid-19, per superare lo *shock* pandemico ed evitare il diffondersi del contagio hanno dovuto incrementare il tasso di digitalizzazione, e in particolare il ricorso a modalità di pagamento innovative, digitali, *non cash* e *contactless* anche per *transazioni di prossimità*, così come del resto hanno dovuto fare anche consumatori e privati cittadini in genere ⁷².

A questa accelerazione del ricorso a strumenti digitali di pagamento non corrisponde, però, un'altrettanto diffusa consapevolezza dei rischi connessi all'uso di tali strumenti ⁷³.

Ciò significa che le nuove generazioni di imprenditori *post-millennials*, ossia la *Gen Z* delle micro e piccolo-medie imprese, dovranno necessariamente possedere apprezzabili conoscenze e capacità non solo digitali ma anche finanziarie per competere sui mercati. La lezione della pandemia insegna, in proposito, che è necessario implementare le competenze finanziarie e digitali dei giovani imprenditori, e in particolare di quei micro e piccoli imprenditori che rappresentano la gran parte del tessuto produttivo ⁷⁴, che sembrano destinati a crescere di numero, anche in ragione della crisi occupazionale che connota attualmente il mondo del lavoro ⁷⁵.

Elevate competenze digitali disgiunte da adeguate competenze finanziarie potrebbero rivelarsi, infatti, molto pericolose: la facilità di accesso ai servizi finanziari, tipica in particolare del *fintech*, potrebbe rivelarsi, per il cliente giovane

⁷¹ C. MONTICONE, *Competenze finanziarie e digitali dei microimprenditori in tempo di pandemia: una nuova indagine OECD/INFE*, in http://www.quellocheconta.gov.it/it/news/eventi/mese_educazione_finanziaria/2021/event_20210920173729.html, consultato il 17 aprile 2022, 3.

⁷² F. CIRAULO, *Pagamenti digitali in tempi di Covid-19. Una lettura in chiave di inclusione finanziaria*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità*, a cura di U. MALVAGNA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, (nt. 69), 328.

⁷³ F. CIRAULO, *Pagamenti digitali in tempi di Covid-19. Una lettura in chiave di inclusione finanziaria*, (nt. 73), 327 ss.

⁷⁴ C. MONTICONE, *Competenze finanziarie e digitali dei microimprenditori in tempo di pandemia: una nuova indagine OECD/INFE*, (nt. 72), 3 ss.

⁷⁵ M. COSSU, *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1286.

alfabetizzato dal punto di vista dell'educazione digitale ma non anche dell'educazione finanziaria, fonte di un elevato *rischio finanziario* ⁷⁶. Da questo punto di vista, è vero dunque che l'*inclusione finanziaria* passa anche attraverso azioni di contrasto alla *disuguaglianza digitale* ⁷⁷.

È vero anche, però, che solo l'alfabetizzazione finanziaria può vincere la paura dei clienti consumatori e *retail* più giovani e dei giovani imprenditori in fase di *start up*, in quanto consente il controllo del proprio investimento e, con esso, l'uso consapevole di strumenti finanziari e di pagamento digitali ⁷⁸.

⁷⁶ M. COSSU, *Delle scelte di investimento dei post-millennials, e del difficile rapporto tra analfabetismo finanziario e finanza sostenibile*, (nt. 55), 1261.

⁷⁷ F. CIRAIOLO, *Pagamenti digitali in tempi di Covid-19. Una lettura in chiave di inclusione finanziaria*, (nt. 73), 327 ss.

⁷⁸ F. CIRAIOLO, *Pagamenti digitali in tempi di Covid-19. Una lettura in chiave di inclusione finanziaria*, (nt. 73), 332.

GIURISPRUDENZA

23 novembre 2021, n. 18243 – XVII Sezione Civile

Dott.ssa Maria Gabriella Zimpo

Clausola di salvaguardia – usura – interessi usurari – divieto - ISC – TAEG – trasparenza – erronea o difforme indicazione – credito non al consumo - art. 96 c.p.c - lite temeraria

(Art. 2, l. 108/1996; art. 1815 c.c.; art. 644 c.p.; art. 116 T.U.B.; art. 117 T.U.B.; art. 125-bis T.U.B.)

La clausola c.d. "di salvaguardia" giova a garantire che, pur in presenza di un saggio d'interesse variabile o modificabile unilateralmente dalla banca, la sua fluttuazione non oltrepassi mai il limite stabilito dall'art. 2, comma 4, della legge n. 108 del 1996, oltre che ad assicurare l'effettiva applicazione del precetto d'ordine pubblico che fa divieto di pattuire interessi usurari.

Sebbene la "clausola di salvaguardia" ponga le banche al riparo dall'applicazione della "sanzione" prevista dall'art. 1815, secondo comma, cod. civ. per il caso di pattuizione d'interessi usurari (nessun interesse è dovuto), la stessa non ha carattere elusivo, poiché il principio d'ordine pubblico che governa la materia è costituito dal divieto di praticare interessi usurari, non dalla sanzione che consegue alla violazione di tale divieto.

L'ISC o TAEG non rappresenta una specifica condizione economica da applicare al contratto di finanziamento, svolgendo esso unicamente una funzione informativa finalizzata a porre il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi. Dunque, l'eventuale erronea quantificazione dell'ISC non potrebbe comportare una maggiore onerosità del finanziamento (non mettendo in discussione la determinazione delle singole clausole contrattuali che fissano i tassi di interesse e gli altri oneri a carico del mutuatario) e, conseguentemente, non renderebbe applicabile alla fattispecie quanto disposto dall'art. 117, comma 6 TUB.

L'asserita erronea indicazione del TAEG nel corpo del contratto dedotto, anche ove fosse indicato in misura difforme da quella effettiva, non determinerebbe di per sé nessuna incertezza sul contenuto effettivo del contratto stipulato e del tasso di interesse effettivamente pattuito, né produrrebbe di per sé alcuna invalidità del contratto dedotto, né della clausola determinativa degli interessi.

Alla luce di tali considerazioni in diritto il Tribunale, ritenendo la pretesa attorea generica e non supportata da elementi probatori, ha condannato gli attori al

pagamento delle spese di lite e al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. per lite temeraria, calcolati equitativamente in euro 3.000,00.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Roma, Sezione XVII, in persona della Dott.ssa Maria Gabriella Zimpo, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al n. [omissis], Ruolo Generale dell'anno 2017, vertente

TRA

[omissis], elettivamente domiciliati in [omissis], presso lo studio dell'avv.to [omissis], che lo rappresenta e difende in forza di procura alle liti ex art. 83 c.p.c. redatta su foglio separato;

RICORRENTI-ATTORI

E

**BHW BAUSPARKASSE AG (SOCIETÀ PER AZIONI DI DIRITTO
TEDESCO)**

Gruppo Deutsche Postbank AG, in persona del legale rapp.te pro tempore Martin Muller, elettivamente domiciliata in è [omissis] presso lo Studio degli avv.ti Francesco De Benedetti e Carmen Tiziana De Angelis, che congiuntamente e disgiuntamente la rappresentano e difendono, giusta procura rilasciata a margine del presente atto

RESISTENTE-OPPOSTA

OGGETTO: Contratto di mutuo

CONCLUSIONI: Come in atti.

MOTIVAZIONE

Preliminarmente, va rilevato che si omette di sviluppare lo svolgimento del processo, atteso che, a norma dell'art. 132 c.p.c. come novellato a seguito della L. 18\6\09, n. 69, la sentenza deve contenere unicamente la *“concisa esposizione delle ragioni difatto e di diritto della decisione”*.

Ai fini della concreta determinazione della portata dell'espressione contenuta in detta norma, appare del tutto corretto tenere conto dell'art. 16, comma 5, D. L.vo 5\03, che, seppur abrogato dalla L. 69\09, costituisce un significativo elemento interpretativo della volontà del legislatore in materia, costituendo l'unica concreta applicazione legislativa dell'affermato criterio generale della *“concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”*. Tale disposizione prevede che la sentenza possa essere sempre motivata in forma abbreviata *“mediante rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa”* e la *“esposizione delle ragioni in diritto”* anche con riferimento a *“precedenti conformi”*, e chiarisce, quindi, che la concisa esposizione in fatto può certamente tradursi nel rinvio agli elementi di fatto riportati negli atti di causa, come la concisa esposizione in diritto può consistere nel riferimento ai precedenti giurisprudenziali.

Tanto premesso, quanto agli elementi di fatto nella prospettazione delle parti e alle domande, si rinvia all'atto di citazione alle comparse di costituzione e a tutte le memorie depositate nel corso del giudizio.

Gli attori, con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. adivano il Tribunale civile di Roma per sentire accogliere le seguenti conclusioni: *“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza e ritenuta la sommarietà della cognizione di causa, in accoglimento del ricorso che precede, accertare e dichiarare la illegittimità/nullità delle pattuizioni contrattuali intercorse tra le parti in relazione al contratto di mutuo contraddistinto dal numero 32527798-0151 ed al connesso rapporto di “Risparmio Edilizio”, nonché dal rogito notarile rogato dal Notaio [omissis] di Roma, denominato “Consenso a iscrizione di ipoteca a garanzia di prestito”, stipulato in data 20/04/2009, [omissis], [omissis], per tutte le motivazioni ed i vizi analiticamente individuati nella esposizione fattuale e giuridica del presente atto; in conseguenza, accertare e dichiarare che la banca convenuta è tenuta alla restituzione di tutti i pagamenti illegittimamente ricevuti per somme non dovute dagli odierni ricorrenti; per l'effetto, condannare la BHW BAUSPARKASSE AG., società per azioni di diritto tedesco, alla restituzione e pagamento, in favore degli odierni ricorrenti, della complessiva somma di € 65.659,94, oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge, ovvero quell'altra maggiore o minore che risulterà di giustizia, ove necessario anche a seguito di idonea CTU..”*

A sostegno della propria domanda i ricorrenti depositavano la perizia econometrica di parte e deducevano: l'avvenuta stipulazione di un contratto di mutuo recante n. 3252779801-51 connesso ad un contratto di deposito a risparmio; l'avvenuta estinzione anticipata nel mese di novembre 2015 mediante surroga dell'intero negozio; l'asserita mancata comprensione da parte degli istanti della natura giuridica dei contratti sottoscritti non in linea con

le ragioni che li avevano indotti a richiedere il finanziamento; profili di illegittimità del negozio per tassi usurari, incertezza sulla qualificazione giuridica dei contratti, indeterminatezza sulla durata delle singole fasi e del tasso di interesse applicato, comunicazione di un TAEG, asserito difforme da quello effettivamente applicato; la nullità delle spese applicate per carenza di causa, applicazione anatocistica degli interessi nel piano di ammortamento (cfr. doc.11 allegato da parte attrice).

Si costituiva in causa la BHW BAUSPARKASSE AG, chiedendo preliminarmente al Giudice di disporre la conversione del rito ai sensi e per gli effetti dell'art. 702 ter cpc; nel merito contestava le domande attoree e ne chiedeva il rigetto; avanzava domanda di parte avversa ex art. 96 c.p.c.

Con provvedimento reso all'udienza del 21.02.2018, il Giudice procedente disponeva il mutamento del rito.

All'udienza del 13.11.2019, le parti, ritenuta la causa istruita documentalmente, chiedevano il rinvio per la precisazione e all'udienza del 28.04.2021 la causa veniva trattenuta in decisione con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Le domande formulate dall'attore nei confronti della banca convenuta sono infondate e, pertanto, devono essere rigettate.

Deve preliminarmente darsi atto della assoluta genericità delle domande avanzate, nonché della natura esplorativa delle stesse, basate su deduzioni non supportate da idonei elementi probatori e, pertanto, non meritevoli di accoglimento.

Dall'esame della documentazione versati in atti si evince che i contratti dedotti e sottoscritti tra le parti sono collegati tra loro e, come rilevato da parte convenuta, possono essere classificati nel seguente modo: con il contratto di deposito a "risparmio edilizio" il cliente si impegna ad effettuare versamenti mensili per un periodo di tempo stabilito tra le parti, con l'obiettivo di accumulare risparmi per l'acquisto della propria unità abitativa, produttivi di interessi attivi (pari 1% annuo) e confluenti in un conto aperto presso l'istituto di credito BHW ed intestato al cliente, che lo stesso cliente si obbliga a non utilizzare, se non al termine della fase di accumulo, per accedere alla fase di assegnazione di mutuo oppure, in caso di risoluzione contrattuale o di rinuncia al mutuo edilizio di assegnazione. In particolare il cliente si rivolge alla BHW e sottoscrive il contratto di mutuo edilizio con il quale pattuisce il tasso d'interesse con il quale otterrà il mutuo al termine dell'accumulo, cioè si assicura anzitempo un tasso fisso per il mutuo che andrà ad utilizzare per l'acquisto della propria abitazione al verificarsi della condizione, ovvero, dell'accumulo necessario per ottenere il mutuo, come esattamente indicato ai punti 5.1, 5.2 e 5.3 del contratto (cfr. doc. 4); con il contratto di mutuo immediato al cliente

intenzionato ad ottenere immediatamente la somma necessaria all'acquisto dell'abitazione viene concesso un finanziamento, senza ammortamento, (che, come tale, rientra nella categoria omogenea dei crediti personali ed altri finanziamenti alle famiglie effettuati dalle banche) che andrà ad estinguersi in un'unica soluzione con il raggiungimento dell'assegnazione del promesso contratto di mutuo di assegnazione; con il contratto di mutuo di assegnazione, ottenuto solo all'esito del piano di accumulo verrà erogata la somma sottoscritta che andrà ad estinguere il mutuo immediato e andrà in ammortamento in parte con l'abbattimento anticipato del capitale dato dalle somme risultanti dal deposito a risparmio e per la residua parte con ammortamento a scalare, quota interessi e quota capitale, come da piano che all'uopo sarà redatto e consegnato al Cliente. (cfr. doc. da 2 a 9 atti allegati da parte convenuta).

Orbene la banca convenuta ha documentalmente provato che: con il contratto recante numero 32527798.01 relativo al deposito a risparmio i sig.ri [omissis] ottenevano sulle somme depositate il tasso di interesse attivo pari all'1% lordo capitalizzato annualmente che si impegnavano a non utilizzare se non per abbattere il capitale all'esito dell'erogazione del mutuo di assegnazione; con il contratto recante numero 32527798.51 relativo al prefinanziamento senza ammortamento c.d. mutuo immediato (finanziamento) accordato ai signori [omissis] alla data del 10/04/2009 al tasso fisso del TAN 4,95% [TAEG 5,34%], allorquando i tassi di interesse effettivi globali medi rilevati e pubblicati dalla Banca d'Italia ammontavano al tempo della stipulazione del contratto al 9,03%, mentre il tasso soglia usura ammontava al 13,55% (tasso medio aumentato del 50% confr. rilevazione tassi Banca d'Italia trimestre 1 aprile - 30 giugno 2008 - doc. 11); e con il contratto di mutuo edilizio, c.d. mutuo di assegnazione (sottoposto a condizione) con ammortamento scalare alla francese recante numero n. 32527798 51 all'esito del preventivo abbattimento del capitale con il piano di accumulo promesso al tasso fisso del TAN 3,75% [TAEG 4,51%], allorquando i tassi di interesse effettivi globali medi rilevati e pubblicati dalla Banca d'Italia riguardanti la categoria omogenea dei mutui al tasso fisso ammontavano al tempo della stipulazione del contratto al 4,42% e il tasso soglia ammontava al 6,63 % (tasso medio aumentato del 50%).

In vero, si osserva che nei contratti non vi è stato superamento del tasso soglia, né per quanto attiene ai tassi corrispettivi, né ai tassi di mora. Altresì, va osservato che nei contratti e nei documenti di sintesi allegati fosse prevista per il tasso di mora la clausola di salvaguardia per la quale *“il tasso non potrà essere superiore ai tassi previsti dalle vigenti disposizioni in materia”* (Cfr. doc. ti 4 art. 3-4, e 5 art. 4).

Al riguardo va ricordato che la clausola c.d. "di salvaguardia" giova a garantire che, pur in presenza di un saggio di interesse variabile o modificabile unilateralmente dalla banca, la sua fluttuazione non oltrepassi mai il limite stabilito dall'art. 2, comma 4, della legge n. 108 del 1996, oltre che ad assicurare l'effettiva applicazione del precetto d'ordine pubblico che fa divieto di pattuire interessi usurari. Sebbene la "clausola di salvaguardia" ponga le banche al riparo dall'applicazione della "sanzione" prevista dall'art. 1815, secondo comma, cod. civ. per il caso di pattuizione di interessi usurari (nessun interesse è dovuto), la stessa non ha carattere elusivo, poiché il principio d'ordine pubblico che governa la materia è costituito dal divieto di praticare interessi usurari, non dalla sanzione che consegue alla violazione di tale divieto (cfr. Cass. civ. n. 26286 del 17/10/2019).

In tal modo i contraenti, evidentemente, hanno inteso escludere in radice l'applicazione di tassi di interessi superiore al tasso soglia d'usura, che, peraltro, va evidenziato, non è stato comprovato che, nelle more del rapporto, la banca abbia applicato.

Dunque, emerge che la domanda di accertamento dell'usurarietà dei tassi di interessi applicati al contratto di mutuo *de quo*, è basata su deduzioni, oltre che estremamente generiche, anche infondate; riguardo ad esse è sufficiente ribadire che, la parte attrice non ha prodotto alcuna prova, oltre la ctp, che, come è noto, per sua natura non può essere considerata documento probante. Le allegazioni degli attori risultano, pertanto, generiche e sprovviste di qualsivoglia elemento a supporto.

In particolare, alcuna prova è stata fornita riguardo ad elementi da cui ricavare la concreta violazione al superamento dei tassi soglia, ne sono state documentate contestazioni nel corso del rapporto da parte dell'opponente. (cfr. documenti prodotti da parte attrice).

Esaminata la contestazione degli istanti sui profili di indeterminatezza del contratto per l'asserita violazione della legge sulla trasparenza nei contratti bancari, a causa della presunta difformità tra il TAEG dichiarato dalla Banca e comunicato al Cliente con quello asseritamente effettivo, va preliminarmente osservato che la disciplina di riferimento è prevista dagli artt. 116 e 117 D.P.R. n. 385/1993, che impongono alle Banche di pubblicizzare in modo chiaro le condizioni economiche applicate nei rapporti con i clienti e l'art. 116, comma 3 T.U.B. demanda il compito di individuare più specificamente gli obblighi informativi in capo agli istituti di credito al CICR, che, con delibera del 4/3/2003, ha demandato alla Banca d'Italia l'individuazione dei contratti per i quali gli istituti di credito devono riportare espressamente l'indicatore sintetico di costo ed indicarne il contenuto ed i parametri di calcolo.

Ebbene la Banca d'Italia, provvedendo a dare esecuzione alla citata

normativa, ha disciplinato l'ISC nel Titolo X delle proprie Istruzioni di vigilanza ed ha emanato le disposizioni sulla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» il 29 luglio 2009, successivamente integrate il 9 febbraio 2011), secondo cui i finanziamenti (intesi come operazioni di mutuo, anticipazioni bancarie, aperture di credito in conto corrente, nonché i prestiti personali e i prestiti c.d. "finalizzati") devono riportare nel foglio illustrativo e nel documento disintesi l'ISC, calcolato secondo la formula prevista dalla Banca d'Italia per il TAEG.

Ciò considerato, va rilevato che il più recente e condivisibile indirizzo ermeneutico rileva che l'ISC o TAEG non rappresenta una specifica condizione economica da applicare al contratto di finanziamento, svolgendo esso unicamente una funzione informativa finalizzata a porre il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi. Dunque, l'eventuale erronea quantificazione dell'ISC non potrebbe comportare una maggiore onerosità del finanziamento (non mettendo in discussione la determinazione delle singole clausole contrattuali che fissano i tassi di interesse e gli altri oneri a carico del mutuatario) e, conseguentemente, non renderebbe applicabile alla fattispecie quanto disposto dall'art. 117, comma 6 TUB.

Va considerato, altresì, che nella normativa di riferimento non è prevista la dedotta sanzione di nullità per difformità dell'ISC, come richiesta dagli istanti.

Si osserva, inoltre, che una simile sanzione può essere rinvenuta solo nel settore del credito al consumo, laddove la disciplina di cui all'art. 125-bis, comma VI, del TUB dispone che, nel caso in cui il TAEG indicato nel contratto non sia stato determinato correttamente, le clausole che impongono al consumatore costi aggiuntivi (rispetto a quelli effettivamente computati nell'ISC) sono da considerarsi nulle. Tuttavia tale ipotesi non è riconducibile a quella in esame.

Dunque, l'asserita erronea indicazione del TAEG nel corpo del contratto dedotto, anche ove fosse indicato in misura difforme da quella effettiva, non determinerebbe di per sé nessuna incertezza sul contenuto effettivo del contratto stipulato e del tasso di interesse effettivamente pattuito, né produrrebbe di per sé alcuna invalidità del contratto dedotto, né della clausola determinativa degli interessi.

In ogni caso l'afferente deduzione risulta priva di ogni prova.

Si osserva da ultimo come la documentazione tutta relativa al rapporto contrattuale in esame sia completa ed esaustiva, in rispetto dei canoni generali di chiarezza e trasparenza, chiaramente intellegibile nei suoi contenuti, per cui appare infondata l'ulteriore doglianza degli istanti, secondo cui vi sarebbe stata violazione del principio di trasparenza e sulla determinabilità dell'oggetto del contratto, della durata e degli interessi, in ordine alla quale, peraltro, non vi era stata alcuna contestazione in pendenza del rapporto.

Le domande di parte attrice risultano tutte infondate e prive di prova, per cui devono essere interamente rigettate.

Tali motivazioni sono da intendersi assorbente di ogni ulteriore questione posta dalle parti, che allo stato della decisione sono da ritenersi irrilevanti.

Da ultimo va osservato che il comportamento degli attori nell'avanzare la presente azione giudiziaria, non supportata da alcun elemento probatorio, anzi vacuo nelle sue deduzioni, appare connotato da mala fede. Pertanto, gli stessi devono essere condannati al pagamento delle spese di lite, come liquidate in dispositivo e al risarcimento de danno ex art. 96 c.p.c., che viene calcolato equitativamente in euro 3.000,00.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- rigetta le domande degli attori;
- condanna gli attori ex art. 96 c.p.c. al pagamento in favore della parte convenuta della somma di euro 3.000,00;
- condanna gli attori al pagamento delle spese di lite a favore della parte convenuta, che liquida in complessivi euro 6.783,00, oltre rimborso forfettario per spese generali, Cpa ed Iva come per legge

Così deciso in Roma, il 19.11.2021.

Dott.ssa Maria Gabriella Zimpo

TRIBUNALE DI MILANO

14 dicembre 2021, n. 10337 – Sesta Sezione Civile

Giudice unico Dott.ssa Rossella Filippi

Diritto di stipula – irripetibilità - mutuo edilizio - casse di risparmio - diritto di opzione - risparmio edilizio – penale

(art. 125 quater T.U.B.; art. 120 bis T.U.B.; art. 120 ter T.U.B.; art. 1382 c.c.; art. 1373 c.c.; art. 1386 c.c.; art. 33 dlgs. 205/2006; Reg. 2008/593/CE; art. 1834 c.c.; art. 1331 c.c.)

Il Giudice del Tribunale Ordinario di Milano, nella persona della dr.ssa Rossella Filippi, ha rilevato con la sentenza n. 10337/2021 del 11 dicembre 2021 che il diritto di stipula trova giustificazione causale nel complesso delle prestazioni garantite dalla Banca al cliente, quali l'accesso al sistema mutualistico gestito da BHW e "l'aspettativa/diritto di opzione" circa la stipula del mutuo edilizio di assegnazione.

A riprova di tale statuizione, il Giudice di Milano ha colto in pieno la correttezza della tesi difensiva di BHW, riconoscendo in via preliminare l'applicazione al contratto di risparmio edilizio della legge tedesca sulle Casse di risparmio edilizio del 16.11.1972, evidenziando come, per espressa volontà delle parti, sia questa la disciplina che regge il contratto stipulato e che, pertanto, deve essere interpretato e analizzato secondo le regole dettate dal diritto tedesco quale legge applicabile ai sensi dell'articolo tre, paragrafo uno reg 2008/593/CE (Roma 1).

L'organo giudicante, si è altresì pronunciato dichiarando la piena legittimità della clausola che prevede la non ripetibilità della somma versata a titolo di diritto di stipula, sostenendo come la stessa non possa essere assimilata ad una penale trovando la sua giustificazione causale nel carattere mutualistico del negozio giuridico di cui è causa e ben motivando, a tal riguardo, come una valutazione del merito creditizio da parte della banca non possa essere esclusa, anzi appare necessaria, tenuto conto dell'interesse degli stessi risparmiatori.

N. R.G. [omissis]

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO
SESTA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale [in grado di appello, n.d.r.], nella persona del Giudice dott.ssa
Rossella Filippi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella **causa civile di II Grado** iscritta al n. r.g. [omissis] promossa da:
BHW BAUSPARKASSE AG con il patrocinio degli avv.ti MARCO RIZZO e
FRANCESCA ANDREA CANTONE; CARMEN TIZIANA DE ANGELIS;
FRANCESCO DE BENEDETTI; NORMAN PEPE.

Parte appellante

contro

[omissis parte appellata], con il patrocinio dell'Avv. [omissis parte appellata].
Parte appellata

Conclusioni

Le parti hanno concluso come da atti telematici

Conclusioni per parte appellante

Piaccia all'Ecc.mo Tribunale di Milano adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, in accoglimento di quanto esposto nell'atto di appello ed in riforma integrale dell'impugnata sentenza n. 4750/2018, resa inter partes dal Giudice di pace di Milano, emessa in data 10/05/2018, depositata in cancelleria in data 25 maggio 2018, nel procedimento recante n. R.G. 42957/2017, notificata a mezzo pec in data 04 luglio 2018:

1. Accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto applicabile l'art. 125 quater

testo unico bancario al caso di specie e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, pag. 3 riga 5, con ogni conseguenza di legge, e, conseguentemente accertare e dichiarare che l'onere connesso al diritto di stipula non è richiesto in violazione della suddetta disciplina;

2. accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto che il contratto di risparmio edilizio non possa contemplare un diritto di opzione alla concessione di un mutuo in quanto vi osterebbe la presenza di una condizione sospensiva consistente nella verifica della capacità reddituale del mutuatario e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, pag. 3 riga 12, con ogni conseguenza di legge, e per l'effetto, accertare e dichiarare che, con la sottoscrizione del contratto di stipula il risparmiatore acquisisce una vera e propria opzione alla concessione di un mutuo, ancorché condizionata alla verifica della solvibilità del debitore e al raggiungimento della data di assegnazione;

3. accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace ha ingiustamente ritenuto che il diritto di stipula concreta una vera e propria penalità e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, pag. 3 riga 22, con ogni conseguenza di legge, e per l'effetto accertare e dichiarare che, nel caso di specie, non sussiste alcuno degli elementi essenziali di cui all'art. 1382, 1373 e 1386 c.c. per poter inquadrare l'onere versato a titolo di diritto di stipula nella fattispecie della penale;

4. Accertare e dichiarare l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Giudice di Pace non ha assolutamente motivato circa l'autonoma causa debendi che il diritto di stipula possiede quale corrispettivo dei servizi e dei vantaggi concessi al risparmiatore e pattuiti con il contratto di risparmio edilizio e per l'effetto riformare la sentenza impugnata sul punto, con ogni conseguenza di legge, accertando e dichiarando che il diritto di stipula possiede un'autonoma causa debendi individuabile nel corrispettivo dei servizi e dei vantaggi offerti al risparmiatore con la sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio;

5. In ogni caso pronunciare il rigetto della domanda avversaria perché infondate tutte le domande formulate da [omissis parte appellata] con il proprio atto di citazione innanzi al Giudice di Pace di Milano con vittoria di spese, onorari e CPA ed IVA, come per legge del doppio grado di giudizio.

Conclusioni per parte appellata

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, in funzione di Giudice dell'Appello, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, così giudicare:

In via principale e nel merito:

Rigettare l'appello proposto dall'odierna appellante per le ragioni di cui alla comparsa di costituzione e risposta e, per l'effetto, confermare in ogni sua parte

la Sentenza resa dal Giudice di Pace di Milano, Dott. Diego Perucchini, recante n. 4750/2018 e depositata il 25/05/2018; in ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente procedimento, da quantificarsi tenendo conto anche della procedura di mediazione esperita, conclusasi con esito negativo per la mancata adesione di parte convenuta.

Fatto e diritto

Con atto di citazione ritualmente notificato [omissis parte appellata] conveniva in giudizio BHW Bausparkasse AG esponendo che: in data 27 marzo 2008 aveva sottoscritto con BHW Bausparkasse AG il contratto di risparmio edilizio numero 324 88 98 300 corrispondendo €1000 a titolo di diritto di stipula; nel mese di settembre 2012 parte attrice risolveva il contratto chiedendo la restituzione delle somme versate per la sua esecuzione; BHW Bausparkasse AG provvedeva ad accreditare la parziale somma di €7123,04 pari al risparmio accumulato negli anni omettendo tuttavia di corrispondere l'importo di €1000 versato a titolo di diritto di stipula. Rilevava che il contratto di risparmio edilizio costituisce una forma di mutuo immobiliare sorta in Germania disciplinato dalla legge tedesca; che il regolamento contrattuale si articola in due fasi, una prima fase detta di accumulo ed una seconda volta all'erogazione del mutuo che consente ai clienti di accumulare, in un determinato lasso di tempo, risparmi finalizzati all'ottenimento di un finanziamento per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile ad un tasso contenuto e non soggetto alla fluttuazione del mercato; che la stipula del contratto non attribuisce al risparmiatore *ipso iure* un diritto alla concessione del mutuo essendo questa subordinata alla successiva verifica del presupposto relativo alla valutazione del merito creditizio ovvero alle garanzie di solvibilità del cliente; che tale negozio impone a risparmiatore, ai fini del perfezionamento del contratto, l'obbligo di versamento del cosiddetto diritto di stipula in misura percentuale alla somma mutuata; che tale importo deve essere restituito al cliente allo scioglimento del contratto; che l'Arbitro Bancario Finanziario ha più volte ritenuto che la clausola che prevede la mancata restituzione si pone in contrasto con le norme di diritto interno specificamente dettate a tutela del consumatore essendo il diritto di stipula assimilabile ad una penale ed essendo la corresponsione dell'importo privo di giustificazione causale non trovando la propria contropartita in alcuna prestazione o servizio reso nei confronti del cliente; che è principio generale inderogabile nel nostro ordinamento riconosciuto dall'art. 120 bis e in relazione ai mutui dall'art. 120 ter del TUB che il cliente ha diritto di recedere da tutti i rapporti di durata senza penalità e spese; che il codice di consumo qualifica come vessatorie le clausole che consentono al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore qualora questi receda dal contratto, senza prevedere il correlativo

diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta nel caso in cui sia quest'ultimo a esercitare il diritto di recesso, articolo 33 lett. e) d.lgs n. 205/2006. Chiedeva, pertanto, che BHW Bausparkasse AG venisse condannata alla restituzione della somma corrisposta a titolo di diritto di stipula previo accertamento della nullità del contratto di risparmio edilizio nella parte in cui prevede che “il diritto di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, né in caso di riduzione della somma di risparmio, né in caso di rinuncia totale o parziale del mutuo di assegnazione” art. 1 punto n.3 Condizioni generali, e conseguentemente venisse ordinato a BHW Bausparkasse AG la restituzione in favore di [omissis parte appellata] della somma versata a titolo di diritto di stipula pari a €1000 oltre interessi e spese.

Si costituiva BHW Bausparkasse AG rilevando: che con il contratto di risparmio edilizio il cliente si impegna a effettuare i versamenti mensili per un periodo di tempo stabilito nel contratto, nel caso di specie 10 anni e due mesi con l'obiettivo di accumulare risparmi al fine di ottenere un mutuo a tasso fisso e basso per l'acquisto della propria unità abitativa. Tali importi producono interessi attivi e confluiscono in un conto aperto presso BHW Bausparkasse AG intestato al cliente che lo stesso cliente si obbliga a non utilizzare se non al termine della fase di accumulo per accedere alla fase di assegnazione di mutuo oppure in caso di risoluzione contrattuale o di rinuncia al mutuo edilizio di assegnazione. Caratteristica principale del negozio è l'ottenimento dell'assegnazione del mutuo della somma sottoscritta con un piano di ammortamento c.d. alla francese ad un tasso opzionato fisso e basso; condizioni per l'erogazione del mutuo sono, oltre al raggiungimento della quota di accumulo sopraindicata, la valutazione del merito creditizio del cliente, la fornitura di idonee garanzie ipotecarie a condizioni che non dipendono dalla banca la quale, soddisfatti i requisiti anzidetti, è obbligata a erogare il finanziamento laddove il risparmiatore eserciti il proprio diritto di opzione.

Il prodotto finanziario offerto attribuisce altresì il vantaggio della flessibilità ed infatti il contraente, qualora nel corso del tempo incontrasse necessità diverse, tali da richiedere un'anticipazione o posticipazione della data di assegnazione del mutuo, sarà libero di esercitare tale diritto, diversamente la data di assegnazione sarà quella indicata nel contratto che tiene conto del piano di accumulo dell'opzione prescelta.

La natura del contratto di risparmio è indicata nelle premesse delle condizioni generali dalle quali emerge che il cliente diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla cassa di risparmio, nel quale i versamenti effettuati da tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l'erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione. Rilevava altresì che il rinvio alle norme di

diritto tedesco costituiscono, tra l'altro, una maggiore garanzia per il consumatore atteso che, oltre a prevedere le norme regolatrici del particolare tipo di contratto, stabiliscono la nomina di un membro del Parlamento al fine di verificare il rispetto della procedura mutualistica per l'assegnazione dei mutui; che tale negozio atipico può essere inquadrato nell'ambito della disciplina dei contratti tipici disciplinati dal diritto italiano come il contratto di deposito a risparmio di cui all'art. 1834 con il quale il cliente versa le somme nel conto aperto presso la Cassa di Risparmio a tempo e per vedersi riconosciuti gli interessi attivi; Il contratto di mandato di cui all'art. 1703 c.c. collegato al primo attraverso l'adesione al sistema mutualistico o cooperativistico della cassa di risparmio, e il contratto di opzione di cui all'art. 1331 c.c. con il quale il cliente si garantisce l'aspettativa giuridica, l'opzione di vedersi assegnato il mutuo, o, in caso di rinuncia di tale diritto, ma non prima di sette anni di regolare deposito, a vedersi riconosciuto il tasso di interesse attivo maggiorato retroattivamente. Rilevava, quindi, che la risoluzione anticipata ovvero la rinuncia unilaterale del cliente al diritto di opzione non può di per sé far venir meno quanto pagato a tale titolo, ovvero per l'adesione al contratto di risparmio, a tutti i vantaggi contemplati e disciplinati; né potrà effettuarsi una valutazione *ex post* del corrispettivo pagato con quanto effettivamente usufruito tanto più che, trattandosi di contratto di adesione, la sorte del singolo si riverbera sulla pluralità dei consociati e non potrà essere esercitato a svantaggio degli altri.

Ciò premesso rilevava l'infondatezza dell'assunto secondo cui il diritto di stipula è sostanzialmente assimilabile ad una penale priva di giustificazione causale ed in contrasto con gli articoli 120 bis e ter del tub nonché con l'art. 33 del dlgs. 205/2006 nonché che la stessa possa ritenersi priva di *causa debendi* e come tale ripetibile ai sensi dell'articolo 2033 c.c. Rilevava altresì che non poteva ritenersi sussistente alcuna violazione degli obblighi di informazione ai sensi dell'art. 116 comma primo TUB; chiedeva, pertanto, il rigetto della domanda.

Il giudice di pace con sentenza n.4750/2018 accoglieva la domanda proposta da parte attrice dichiarando l'invalidità della clausola e condannando per l'effetto la convenuta alla restituzione all'attrice della somma di € 1000 oltre interessi e spese. Rilevava il giudice di pace che al contratto in esame doveva ritenersi applicabile la normativa bancaria di cui all'art. 125 quater TUB in relazione alla direttiva comunitaria che prevede espressamente la facoltà di recesso in ogni momento senza penalità e spese; che il contratto in esame non prevede la costituzione di un vero e proprio diritto di opzione in favore del risparmiatore atteso che BHW Bausparkasse AG non rimane vincolato con una vera e propria proposta contrattuale di mutuo irrevocabile poiché si riserva di stipulare il mutuo solo se il consumatore, al momento dell'assegnazione del mutuo, dovesse superare la valutazione operata dal mutuante in ordine al merito creditizio del

consumatore. Rilevava, quindi, che, non essendo ravvisabile un contratto di opzione, la somma prevista quale diritto di stipula non può considerarsi un corrispettivo dello stesso ma costituisce una penalità illegittima in caso di esercizio *dello ius poenitendi*.

Avverso tale decisione proponeva appello BHW Bausparkasse AG rilevando: che la sentenza è erronea e contraddittoria laddove: ritiene applicabile al caso di specie l'art.125 quarter dlgs n. 385/93 testo unico bancario; esclude che la promessa di mutuo cosiddetto di assegnazione, al termine del periodo di accumulo delle somme al risparmio, possa configurarsi come un diritto di opzione giusta la presenza della condizione sospensiva della verifica del merito creditizio dell'opzionante; laddove inquadra giuridicamente la commissione del diritto di stipula come una penale e, per l'effetto, illegittima; non valuta correttamente l'autonoma giustificazione causale del diritto di stipula. Chiedeva, pertanto, che in riforma della sentenza impugnata la domanda di parte attrice venisse rigettata.

Si costituiva [omissis parte appellata] chiedendo il rigetto dell'appello.

Precisate le conclusioni come in epigrafe trascritte all'udienza del 25.5.2021, la causa veniva trattenuta in decisione alla medesima udienza con l'assegnazione dei termini di cui all'articolo 190 c.p.c per il deposito delle conclusionali e delle repliche.

Preliminarmente si rileva che la disciplina del contratto di risparmio è dettata dalla legge tedesca sulle Casse di risparmio edilizio del 16.11. 1972 (*Bausparkassengesetz*, doc D appellante), e per espressa volontà delle parti è questa la disciplina che regge il contratto stipulato che, pertanto, deve essere interpretato e analizzato secondo le regole dettate dal diritto tedesco quale legge applicabile ai sensi dell'articolo tre, paragrafo uno reg 2008/593/ CE (Roma 1).

Tale contratto si sviluppa in due successivi fasi: nella prima fase, cosiddetta fase di accumulo, che inizia al momento della sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio, il cliente si impegna a effettuare in favore della banca versamenti periodici per un tempo convenzionalmente stabilito, al fine di accumulare risparmi per ottenere, successivamente ed eventualmente se lo riterrà conveniente, la concessione da parte della stessa banca di un mutuo ipotecario da destinare all'acquisto dell'immobile di abitazione. Le somme così accantonate vengono fatte confluire in un apposito conto deposito acceso presso la banca ed intestato al cliente che viene gravato convenzionalmente da un vincolo di indisponibilità da parte del cliente sino al completamento della fase di accumulo la cui durata è stabilita dallo stesso contratto di risparmio edilizio. Viene inoltre previsto che, sugli importi accantonati venga corrisposto al cliente una remunerazione a titolo di interessi attivi ad un tasso prefissato. Al contempo,

già al momento della sottoscrizione del contratto di risparmio edilizio, le parti si accordano altresì sul saggio, agevolato rispetto alle condizioni di mercato mediamente praticate dagli operatori nel settore in quel dato momento, degli interessi passivi da applicarsi al contratto di finanziamento edilizio nell'eventualità in cui l'operazione finanziaria prosegue con la stipulazione del contratto di mutuo.

La seconda fase del contratto di risparmio edilizio cosiddetto di finanziamento si apre una volta verificatasi la condizione dell'avvenuto accumulo di una data somma pattuita, ossia il positivo completamento della fase di accumulo. In quel momento il risparmio accumulato viene posto a disposizione del cliente e la banca è obbligata a concedere allo stesso cliente, ove quest'ultimo ne faccia richiesta, un mutuo ipotecario volto a completare l'acquisto immobiliare per una somma pari alla differenza tra il *quantum* stabilito nel contratto di risparmio edilizio (pari di norma al prezzo dell'immobiliare da acquistare) e il risparmio accumulato.

Tale fase è meramente eventuale essendo fatta salva la possibilità per il cliente, terminata la fase di accumulo, di non proseguire nel contratto di finanziamento e, in questa ipotesi, il cliente stesso ha diritto di ottenere la restituzione del risparmio cumulato maggiorato degli interessi attivi maturati nel corso della fase di accumulo al tasso stabilito dal contratto. Il cliente si garantisce così oltre ai vantaggi derivanti dal piano d'accumulo un tasso di interesse fisso ed agevolato rispetto alle condizioni di mercato la cui percentuale è predeterminata sin dal momento della stipula del contratto di risparmio edilizio.

Nel caso di specie [omissis parte appellata] in data 27.3.2008 ha sottoscritto un contratto di risparmio edilizio finalizzato all'ottenimento di un mutuo della somma di euro 100.000 ad un tasso fisso del 3,75%, con la facoltà, fino alla data di assegnazione, di posticipare la data medesima ottenendo un tasso più favorevole del 2,90% o dell'1,90%, doc.3 art. 11.; il contratto prevedeva, altresì, la remunerazione del risparmio nella misura fissa dell'1% e, qualora la contraente decida di rinunciare alla concessione del mutuo di assegnazione, decorsi almeno 7 anni di regolare accumulo, il diritto ad un interesse maggiorato e retroattivo calcolato secondo i parametri di cui alla tabella contenuta all'art. 3 comma due delle condizioni generali di contratto di risparmio come riportate anche nei documenti di sintesi. Il contratto prevedeva la gratuità della tenuta della gestione del conto.

Con specifico riferimento al diritto di stipula il contratto di risparmio prevede all'art. 1 punto 2 che: "al momento della stipulazione del contratto di risparmio edilizio matura il diritto di stipula a carico del risparmiatore che ammonta all'1% della somma sottoscritta. I primi versamenti effettuati dal risparmiatore saranno compensati con il diritto di stipula ancora dovuto. Al punto 3: il diritto

di stipula non verrà restituito, neppure parzialmente, né ridotto, né in caso di disdetta del contratto di risparmio edilizio, nel caso di riduzione della somma di risparmio, nel caso di rinuncia totale o parziale al mutuo di assegnazione.

Dalle premesse delle condizioni generali emerge la natura del contratto di risparmio edilizio volto a realizzare lo scopo mutualistico indicato nelle premesse. In particolare si legge “il risparmio edilizio è una forma di risparmio finalizzata alla concessione di un mutuo edilizio con il tasso di interesse basso e fisso... con la stipulazione del contratto di risparmio edilizio si diventa membro di una comunità che ha come scopo l’attività del risparmio. Al termine di questa, il risparmiatore ha diritto ad una controprestazione in forma di mutuo edilizio ad un tasso estremamente basso la cui provvista è alimentata dai risparmi, in particolare dalle quote di risparmio, nonché dagli importi di ammortamento corrisposti dai risparmiatori.” “Il risparmiatore stipula il contratto di risparmio per una determinata somma, la cosiddetta somma di risparmio. Quando la resa del risparmio (ammontare del risparmio accumulato e periodo di risparmio) si trova in congruo rapporto con una resa del mutuo, il contratto viene assegnato”, “la somma di risparmio è quindi l’importo di cui il risparmiatore potrà disporre in caso di erogazione del mutuo di assegnazione.” Alla fine della premessa viene indicato che “dal risparmiatore sono dovuti compensi/diritti nonché interessi come di seguito riportati: diritto di stipula nella misura dell’1% della somma sottoscritta (art. 1.2); interessi sul mutuo da assegnazione nella misura del 3,75%, 2,90% ovvero del 1,90% p.a. (art. 11 primo comma); in casi particolari si applicano determinati compensi (art. 6 secondo comma art. 8 e 17). Gli interessi applicati sui risparmi accumulati dal risparmiatore sono regolati all’art.3”.

Tale premessa evidenzia che il cliente con la sottoscrizione del contratto diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla Cassa di Risparmio nel quale i versamenti effettuati da tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l’erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione.

Ciò in applicazione della legge tedesca sulle Casse di Risparmio del 16 novembre 1972 e successive modifiche, doc. D) appellante, che prevede la costituzione delle casse di risparmio edilizio quali istituti di credito la cui attività commerciale è orientata a ricevere depositi dai risparmiatori, a mezzo dei contratti di risparmio edilizio al fine di concedere ai medesimi dagli importi accumulati mutui finanziari per misure economiche abitative. Il comma due dell’art. 1 delle definizioni della legge individua il risparmiatore edilizio come colui che stipula con una Cassa di Risparmio edilizio un “contratto mediante il quale egli, dopo aver effettuato depositi di risparmio edilizio, acquisisce il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio (contratto di risparmio edilizio)”.

La normativa prevede per le Casse di risparmio edilizio dei vincoli precisi a tutela dell’interesse dei clienti quale ad esempio, oltre ai citati limiti dell’oggetto

sociale diretto a preservare i capitali accumulati, uno specifico ufficio di vigilanza federale del sistema creditizio paragrafo 3.1, vincolo di destinazione dei fondi raccolti paragrafo 6, l'istituto della revoca del permesso di esercizio dell'attività qualora gli interessi dei risparmiatori non appaiano adeguatamente tutelati paragrafo 7 e 8 e l'istituzione di un fiduciario dell'ufficio di vigilanza federale con funzione di sorveglianza presso ogni cassa paragrafo 12.

Tale normativa evidenzia che il cliente diventa parte di un sistema mutualistico gestito dalla Cassa di Risparmio nelle quali i versamenti effettuati da tutti i consociati concorrono a generare la provvista per l'erogazione dei mutui che via via vanno ad assegnazione, sì che il cliente trae vantaggio dalla stessa appartenenza a tale comunità, un vantaggio economicamente valutabile e idoneo a bilanciare il pagamento del diritto di stipula ossia la commissione da riconoscersi alla banca che gestisce la struttura complessiva e ne sostiene i costi. La Suprema Corte tedesca nella pronuncia del 7 dicembre 2010 sopra richiamata, doc. E appellante ha rilevato che "con la stipula del contratto di risparmio edilizio anche i nuovi clienti entrano a far parte della comunità di risparmiatori onde usufruire dei vantaggi del risparmio collettivo vincolato. In tal modo si assoggettano, già in quel momento, al vincolo della comunità. Allo scopo collettivo sistematico di risparmio edilizio corrisponde una regolamentazione che - come quella oggetto del contenzioso - copre i costi di acquisizione di nuovi clienti attraverso una commissione separata applicata al momento della stipula del contratto".

Nell'ambito dei servizi offerti spettanti al sottoscrittore del contratto di risparmio edilizio rientra anche l'aspettativa/diritto di opzione che concreta la promessa del mutuo di assegnazione al termine del periodo di accumulo secondo le condizioni e i tassi predefiniti nel contratto.

In tali termini risulta definito dal comma due dell'art. 1 della legge che disciplina le casse di risparmio secondo cui è risparmiatore edilizio colui che a mezzo dei depositi di risparmio effettuati in esecuzione del contratto acquisisce "il diritto di ottenere un mutuo di risparmio edilizio" e in tali termini risulta esplicitato nella premessa delle condizioni generali di contratto.

La sussistenza della valutazione della banca in ordine alla sussistenza del merito creditizio, art. 7, non osta alla qualificazione della sussistenza della posizione soggettiva di cui sopra e può essere qualificata agevolazione dell'accesso al risparmio e la proprietà dell'abitazione. Il sistema, infatti, sarebbe messo in crisi laddove l'erogazione dei mutui avvenisse in favore di soggetti che non sono in grado di rimborsarli. Ciò tenuto conto soprattutto che l'erogazione vera e propria del mutuo avviene dopo anni dall'inizio del rapporto, sicché, una valutazione del merito creditizio appare giustificata, anzi appare necessaria tenuto conto dell'interesse degli stessi risparmiatori.

Inoltre si armonizza con le disposizioni della legge 16 novembre 72 che, a tutela dell'integrità massa dei risparmi gestiti prevede che la Cassa la quale è tenuta ad evitare rischi di cambio paragrafo 6, nonché a richiedere idonee garanzie sui crediti derivanti dall'erogazione dei mutui paragrafo 7.

Ne consegue che la necessità di valutare la solvibilità del cliente prima della stipulazione del contratto di mutuo, oltre a non essere abusiva nei confronti del risparmiatore non costituisce elemento che fa venir meno la vincolatività dell'impegno della banca all'erogazione del mutuo.

Ipotesi che appare in linea anche con il diritto italiano ove si consideri che l'art. 1822 c.c. prevede che "chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione e non gli sono offerte idonee garanzie".

Deve, pertanto, ritenersi che la valutazione della solvibilità non sia in contrasto con il riconoscimento del diritto/aspettativa giuridicamente tutelata del cliente alla stipulazione del contratto di mutuo secondo le regole predeterminate al momento della sottoscrizione del contratto.

Ciò premesso risulta infondato l'assunto secondo cui il diritto di stipula non troverebbe giustificazione causale nel complesso delle prestazioni garantite dalla banca al cliente con la sottoscrizione del contratto e, a maggior ragione, la circostanza che lo stesso debba essere considerato una penale od un corrispettivo del recesso.

Con riferimento alla qualifica di penale appare sufficiente rilevare che esso costituisce un corrispettivo dei servizi offerti dalla banca con il contratto di risparmio e non viene addebitato in conseguenza di un inadempimento, né in conseguenza di un'altra condizione bensì per la sola sottoscrizione del contratto e all'atto della stessa e non è previsto in nessun caso la restituzione con clausola chiara nella sua formulazione.

Difetta, pertanto, ai fini della qualificazione del diritto di stipula quale penale l'inadempimento nonché l'obbligo di una controprestazione da parte dell'inadempiente. Le condizioni contrattuali sopra evidenziate evidenziano come indicato che l'importo è dovuto al momento della conclusione del contratto, non è collegato all'inadempimento e/o al ritardo all'adempimento, il versamento è condizione essenziale per l'adesione e non viene restituito nemmeno al termine del periodo di accumulo ovvero in caso di completa e regolare esecuzione del contratto.

In forza di quanto esposto il diritto di stipula deve ritenersi remunerativo sia dell'adesione al contratto, sia delle aspettative/diritto che il contratto assicura.

Né tale pattuizione può ritenersi posta in violazione dell'art. 33 consumo lett e) codice consumo atteso che ai sensi della suddetta norma possono ritenersi

vessatorie solo le clausole che prevedono il trattenimento di una somma a seguito di recesso, diversamente il diritto di stipula è dovuto al momento della sottoscrizione ed è condizione essenziale della sua stipulazione e appare dovuto quale remunerazione dell'adesione al sistema mutualistico con i vantaggi che ne derivano.

Dirimente appare la considerazione che alla banca non spetta nella fase di accumulo alcun diritto di recesso proprio perché è vincolata dall'opzione concessa al cliente all'atto di conclusione del contratto.

Il diritto di recesso inteso quale atto potestativo è riconosciuto solamente al cliente che lo esercita rinunciando all'opzione sottoscritta; l'ottenimento dello svincolo anticipato da parte del contraente dei versamenti effettuati corrisponde per la comunità dei risparmiatori di cui è parte la necessità di stornare il contratto e privarsi della liquidità necessaria all'erogazione dei mutui ai risparmiatori adempienti prossimi all'assegnazione.

Il Sistema mutualistico infatti costituisce un vantaggio per tutti gli aderenti e non solo del singolo sicché la non ripetibilità del diritto di stipula, appare diretta anche a garantire i costi di gestione posti in essere per l'intero apparato cooperativo.

Ne consegue che, in accoglienza dell'appello e integrale riforma della sentenza emessa dal Giudice di Pace n. 4750/2018 depositata il 25.5.2018 deve essere rigettata la domanda proposta da [omissis parte appellata] nei confronti di BHW Bausparkasse AG.

Stante la novità della questione trattata si ritiene di compensare integralmente le spese dei due gradi di giudizio

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando, in accoglimento dell'appello e integrale riforma della sentenza emessa dal Giudice di Pace n. 4750/2018 depositata il 25.5.2018: rigetta la domanda proposta da [omissis parte appellata] nei confronti di BHW Bausparkasse AG. compensa integralmente le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Milano, 11 dicembre 2021
Il Giudice Rossella Filippi