



Diritto del
Risparmio

Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO IV

FASCICOLO N. 3/2023

Settembre – Dicembre

Diretta da Fernando GRECO

ISSN 2785-3004

www.dirittodelrisparmio.it

Rivista di Diritto del Risparmio

Rivista quadrimestrale
di dottrina e giurisprudenza commentata

Anno IV

Fascicolo N° 3 – 2023
settembre – dicembre

ISSN 2785 -3004

DIREZIONE

Prof. Fernando Greco (Direttore Scientifico), Prof. Giuseppe Recinto, Prof. Massimo Proto, Cons. Prof.ssa Marilena Gorgoni, Prof. Tommaso Vito Russo, Prof. Pietro Marchetti, Prof. Francesco Accettella, Prof. Giovanni Pellerino, Prof. Francesco Porcari.

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Claudio Colombo, Prof. Vincenzo Cesaro, Cons. Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof.ssa Paola Schwizer, Prof. Andrea Nervi, Prof. Mauro Paladini, Prof. Andrea Tina, Prof. Daniele Maffei, Prof. Claudio Scognamiglio, Prof. Carlo Pilia, Prof.ssa Lucilla Gatt, Prof.ssa Valentina Piccinini, Prof. Paolo Cucurachi, Prof. Gianfranco Liace, Prof. Andrea Barenghi, Prof.ssa Bárbara de la Vega Justríbó, Prof. José Leyva Saavedra.

COMITATO EDITORIALE

Prof. Stefano Cherti, Prof.ssa Francesca Dell'Anna Misurale, Prof.ssa Giovanna D'Alfonso, Prof.ssa Benedetta Sirgiovanni, Prof. Antonio De Mauro, Prof.ssa Carmen Perago, Prof. Salvatore De Vitis, Prof. Federico Raffaele, Prof. Vincenzo Farina, Dott. Sebastiano Costa, Dott.ssa Clara Barbiani, Dott. Mario Manna, Dott.ssa Nadia Denisi, Dott.ssa Francesca Buttazzo, Dott.ssa Laura Albanese, Dott. Marco Chironi, Dott. Antonio Zurlo, Dott. Michael Lecci, Dott. Enrico Pulieri, Dott.ssa Benedetta Coluccia

COORDINAMENTO EDITORIALE

Dott. Antonio Zurlo

GUIDELINE PER LA VALUTAZIONE E PUBBLICAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi pubblicati sulla Rivista di Diritto del Risparmio sono selezionati in ossequio alle norme del Regolamento. Tutti i contenuti sono preliminarmente valutati dalla Direzione e dal Comitato Editoriale e, quindi, sottoposti a procedimento di revisione a doppio cieco in forma anonima (c.d. *double blind peer review*). Ogni contributo anonimizzato viene trasmesso per la valutazione e revisione a un Componenti del Comitato scientifico e a un accademico esterno. La valutazione finale viene trasmessa all'Autore del contributo, previa rimozione del nome dei valutatori.

Qualora i valutatori suggeriscano delle modifiche il Comitato Editoriale si accerta che l'Autore abbia apportato le modifiche suggerite. In caso di valutazioni contrastanti la Direzione si assume la responsabilità della decisione finale. In caso di valutazioni negative il contributo viene rifiutato.

RIVISTA DI DIRITTO DEL RISPARMIO
Fascicolo N° 3 – 2023
 settembre – dicembre

INDICE

RIVISTA	
A. M. Piotto , <i>Le diverse tipologie di assegno e l'obbligo di cambio a beneficiari non clienti: discrezionalità dell'istituto di credito tra inquadramento normativo ed aporie interpretative</i>	2
G. Pellerino , <i>Sistema giuridico e rischi delle nuove tecnologie ICT</i>	
G. Bozzelli , <i>Invalidità del «bacio alla francese» in voga nel sistema bancario</i>	
APPROFONDIMENTI	
L. Cardì , <i>La procedura Check Image Truncation (CIT), ovvero la presentazione al pagamento e il protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari</i>	
M. Marianello , <i>La mediazione telematica e l'insostenibile leggerezza dell'etere: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio?</i>	
G. Aretusi , <i>Trasparenza e opacità nella formula di calcolo del TAEG</i>	
L. Cardì , <i>Piano di ammortamento alla francese: la questione approda alle Sezioni Unite. Determinatezza o indeterminatezza, è questo il dilemma</i>	
L. Cardì , <i>La responsabilità della banca nel pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato. Inquadramento normativo e giurisprudenziale.</i>	
N. Stiaffini , <i>Il grado di intensità della prova nei giudizi antitrust in tema di fideiussioni ABI. Lo stato attuale della giurisprudenza</i>	
L. Cardì , <i>Conto corrente cointestato. Disciplina e vicende successorie. Inquadramento normativo e giurisprudenziale</i>	
A. Lardaro , <i>Banca Tercas: una vicenda tra poche luci e molte ombre</i>	
F. Cacciafesta , <i>A proposito dell'articolo sulla «indifferenza al momento dell'equilibrio finanziario»: una risposta, e qualche osservazione</i>	

Rivista

Le diverse tipologie di assegno e l'obbligo di cambio a beneficiari non clienti: discrezionalità dell'istituto di credito tra inquadramento normativo ed aporie interpretative.

Di Alessandro Maria Piotto

The contribution, starting from a concise survey of the various types of cheque commonly used in commercial transactions, attempts to define the existence - for each of them - of an obligation to exchange cheques with non-customers of the bank to which the cheque is presented in order to obtain its exchange and the consequent precautions to be taken by the bank in relation to the need to correctly identify the beneficiary of the cheque.

Il contributo, prendendo le mosse da una sintetica ricognizione delle varie tipologie di assegno comunemente utilizzate nei traffici commerciali, tenta di definire l'esistenza - per ciascuna di esse - di un obbligo di cambio a soggetti non clienti della banca cui l'assegno viene presentato per ottenerne il cambio e le conseguenti cautele che la banca stessa debba adoperare in relazione alla necessità di identificare correttamente il beneficiario dell'assegno.

Le diverse tipologie di assegno e l'obbligo di cambio a beneficiari non clienti: discrezionalità dell'istituto di credito tra inquadramento normativo ed aporie interpretative.

SOMMARIO: 1. Breve premessa in merito al cambio di assegni. - 2. L'assegno bancario e l'inesistenza di un obbligo di cambio al "non cliente" in capo all'istituto di credito. - 3. L'assegno circolare e la sussistenza di un obbligo di cambio al "non cliente" in capo all'istituto di credito. - 4. L'assegno c.d. "di traenza": un ibrido di difficile individuazione? - 5. Conclusioni.

1. Breve premessa in merito al cambio di assegni.

Tra le questioni maggiormente critiche che affollano le scrivanie degli uffici legali dei vari intermediari bancari vi è certamente quella del cambio di assegni (siano essi assegni bancari, circolari o di traenza) per contanti ed a soggetti, sovente, che non dispongono di un conto di pagamento presso la banca emittente / del traente. Il tema si appalesa come particolarmente delicato e controverso, atteso che coinvolge aspetti legati sia alla natura giuridica dell'assegno, sia ai rapporti tra i vari soggetti coinvolti (banca – traente/emittente, banca – prenditore, prenditore – traente/emittente).

Vale quindi la pena di passare in rassegna le varie tipologie di assegno, ripercorrendone brevemente la natura giuridica, in uno con le precipue caratteristiche.

2. L'assegno bancario e l'inesistenza di un obbligo di cambio al "non cliente" in capo all'istituto di credito.

L'assegno bancario può essere definito come una delegazione di pagamento¹: in sostanza l'assegno bancario va considerato come un ordine incondizionato che il traente o sottoscrittore del titolo rivolge alla banca trattaria di pagare una certa somma di denaro (che il traente detiene presso la banca trattaria) in favore del terzo prenditore del titolo.

Ne deriva, quindi, che l'assegno bancario è un mezzo di pagamento e non uno strumento di credito, come la cambiale tratta; infatti, benché i due titoli

¹ In dottrina è vasta la letteratura in argomento. In questa sede ci si limita a richiamare i fondamentali lavori di W. BIGIAMI, *La delegazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982; G. GRAZIADEI, *La convenzione d'assegno*, Morano Editore, Napoli, 1970; B. RENDA, *L'assegno bancario nella giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1976.

condividano il requisito della c.d. “astrattezza” (posto che l’obbligazione cartolare tra il debitore ed il prenditore è del tutto insensibile al rapporto causale sottostante), finiscono per divergere in modo sensibile quanto alla disciplina, atteso che l’assegno bancario è rivolto esclusivamente a regolare operazioni di pagamento; così, si è giustamente considerata la specificità dell’assegno bancario quanto alle modalità di pagamento (a vista), alla ridotta durata della circolazione e, soprattutto, alla posizione della banca trattaria che, a differenza di quanto accade nel caso della cambiale tratta, non ha alcuna possibilità di accettare l’assegno bancario, con la conseguenza che non diviene mai – e questo è un punto evidentemente essenziale per la presente trattazione – obbligata cambiaria verso il prenditore del titolo.²

Nei rapporti tra i soggetti coinvolti si viene a creare una struttura triangolare: da un lato il c.d. “rapporto di provvista”, tra il traente dell’assegno bancario e la banca presso la quale è radicato il conto di pagamento e, dall’altro, il c.d. “rapporto di valuta”, tra debitore/traente e prenditore del titolo. Ne consegue, quindi, che la banca, allorché “paga” l’assegno, adempie all’obbligazione nascente dal rapporto di provvista (e regolato dalla c.d. “convenzione di assegno” accessoria al conto di pagamento), ma nello stesso tempo favorisce anche l’adempimento dell’obbligazione nascente dal rapporto di valuta, posto che il prenditore del titolo viene soddisfatto.³

Così ripercorsa, brevemente, la struttura e la funzione economica dell’assegno bancario, è necessario soffermarsi più nel dettaglio sul ruolo che la banca trattaria riveste.

Si è già chiarito come la banca sia parte esclusivamente del c.d. “rapporto di provvista” con il proprio cliente, titolare del conto di pagamento e della convenzione di assegno e si è accennato, poc’anzi, al fatto che – a differenza di quanto accade con la cambiale tratta – in materia di assegno bancario l’intermediario non può accettare il titolo e, di conseguenza, non assume alcuna obbligazione cambiaria nei confronti del prenditore.

² G. PELLIZZI – G. PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, CEDAM, Padova, 1991; G. U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, II ed., UTET, Torino, 475 ss.

³ Vedi le recenti note pubblicate da L. CARDI, *La responsabilità della banca nel pagamento dell’assegno a soggetto non legittimato. Inquadramento normativo e giurisprudenziale*, in *Diritto del Risparmio – Osservatorio del Diritto*, fasc. n. 3/2023, 4 ss.

Di tali elementi vi è traccia, in primo luogo, nell'art. 4 del R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 (per brevità, d'ora in poi, "legge assegni"), il quale stabilisce "*L'assegno bancario non può essere accettato. Ogni menzione di accettazione apposta sull'assegno bancario si ha per non scritta*".

La relativa previsione conferma quanto sopra sinteticamente si accennava e cioè il fatto che il trattario non assume alcuna obbligazione, né sul piano cartolare, né su quello extra – cartolare nei confronti del prenditore; di conseguenza, quest'ultimo ha azione cambiaria verso il traente e non verso il trattario, dal momento che non è in alcun modo parte del rapporto cartolare⁴.

Inevitabile corollario, allora, è quello per cui non può configurarsi alcuna responsabilità della banca trattaria nei confronti del beneficiario / prenditore⁵. Decisioni risalenti, anche della Suprema Corte di Cassazione, hanno rilevato come il suddetto principio si applichi anche in casi nei quali il titolo sia stato girato per l'incasso ad un terzo soggetto – diverso dal trattario – che abbia poi corrisposto il controvalore dell'assegno a persona non legittimata; in tali ultimi casi, evidentemente, la banca potrà essere chiamata a rispondere a titolo aquiliano ex art. 2043 c.c., ma mai per il semplice rifiuto di pagamento al prenditore, atteso che quest'ultimo non vanta alcun diritto alla ricezione del pagamento da parte del trattario⁶.

Tali elementi sono stati trasfusi in un noto parere che l'Associazione Bancaria Italiana (di seguito, l'ABI) ha rilasciato in data 26 gennaio 2009⁷ e che ripercorre, brevemente, le sopra esposte riflessioni: nello specifico, in relazione al quesito *sub a) (fino a che punto una banca sia obbligata a cambiare un assegno a persona che non conosce (non client), ma che presenta un documento valido al cassiere²)*, l'ABI chiarisce

⁴ Per la verità, alcune voci dottrinali isolate hanno sostenuto come l'emissione dell'assegno bancario costituisca una sorta di "vincolo" di destinazione sulla provvista e la destinazione sarebbe, appunto, quella di soddisfare una legittima aspettativa del prenditore del titolo all'incasso della somma; aspettativa in relazione alla quale, la banca, si porrebbe quale obbligata al relativo adempimento, dovendo rispondere per il caso in cui rifiuti il pagamento di un assegno che non presenti, almeno sul piano formale, anomalie e risulti regolarmente coperto. Sono le riflessioni di G. FERRI, *L'assegno bancario come atto di utilizzazione della provvista*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1960, I, 1 ss.

⁵ Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2000, n. 535 nella quale si legge "*con la convenzione di assegno, consistente nel mandato, conferito alla banca dal titolare del conto corrente, ad effettuare i pagamenti che il medesimo ordina mediante l'emissione di assegni con i quali il correntista-traente promette al prenditore e contestualmente ordina alla banca trattaria il pagamento, questa ultima non assume alcuna obbligazione verso il prenditore, ma presta per il traente un servizio di cassa, svolgendo, per ogni emissione di assegni, funzioni di delegato passivo*"

⁶ In questo senso, tra le tante, Cass. Civ., sez. II, 25 maggio 1973, n. 1540, Cass. Civ., sez. I, 17 gennaio 1977, n. 218.

⁷ Si tratta del parere ABI, n. 1031 del 26 gennaio 2009.

come "il beneficiario dell' assegno bancario che presenta il titolo alla banca trattaria non può vantare alcun diritto al pagamento nei confronti di quest'ultima, né l'ordinamento gli conferisce la legittimazione, sul presupposto del riconoscimento della relativa titolarità, all' esperimento di apposite azioni, di natura cartolare o extracambiaria, per costringere lo stesso istituto di credito trattario al pagamento della somma portata dal titolo medesimo, ancorché nei limiti dei fondi esistenti sul conto corrente del traente in base al rapporto di provvista".

Ancor più interessante il quesito sub b) (quali sono le eventuali responsabilità della banca che si rifiuti di cambiare l'assegno anche in presenza di un valido documento di riconoscimento?), al quale l'ABI risponde segnalando che poiché tra il prenditore ed il trattario non si instaura alcun tipo di rapporto (sia esso cartolare che extracartolare), non può configurarsi alcuna responsabilità della banca trattaria nei confronti del beneficiario. In ipotesi di rifiuto "ingiustificato" di pagamento la stessa banca trattaria potrebbe peraltro esporsi nei confronti del traente ad una responsabilità contrattuale di carattere risarcitorio, che trova fonte nella convenzione di assegno. Tra i motivi che legittimamente possono indurre la banca trattaria a rifiutare il pagamento la dottrina annovera il caso in cui il portatore non sia riuscito a farsi idoneamente identificare.

La sola responsabilità cui la banca può, dunque, andare incontro, per il caso di mancato pagamento dell'assegno nei confronti del prenditore, è quella relativa al rapporto di provvista ed alla correlata convenzione di assegno stipulata con il proprio cliente/traente; responsabilità di natura evidentemente contrattuale, cui la banca può sottrarsi secondo i noti parametri dell'art. 1218 c.c., dimostrando che l'inadempimento è dipeso da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile alla banca stessa.

Sul punto, è noto che la prevalente giurisprudenza si è concentrata, nel corso degli anni, sul tema della responsabilità della banca (sia negoziatrice che trattaria) per il pagamento di un assegno in favore di soggetto non legittimato⁸ ed abbia a più riprese argomentato circa il grado di diligenza richiesta in capo alla banca trattaria o negoziatrice, in fase di pagamento del titolo.

⁸ Ci si permette un rinvio al recente contributo, con la bibliografia ivi citata, di L. CARDI, *La responsabilità della banca nel pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato. Inquadramento normativo e giurisprudenziale*, in *Diritto del Risparmio – Osservatorio del Diritto*, fasc. n. 3/2023.

Più scarse le indicazioni circa l'effettiva sussistenza di una responsabilità contrattuale nei confronti del traente, per il caso in cui la banca trattaria decida di non pagare l'assegno in favore di un soggetto non cliente: ed infatti, viene da chiedersi, di fronte alla contestazione giudiziale del cliente / traente nei confronti della banca, quali elementi difensivi possa spendere, quest'ultima, per andare esente da responsabilità e tra i motivi che legittimamente possono indurre la banca trattaria a rifiutare il pagamento la dottrina annovera il caso in cui il portatore non sia riuscito a farsi idoneamente identificare.

Al riguardo, è risaputo che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione esime il debitore da responsabilità solo quando è oggettiva ed assoluta⁹. Nella dottrina si distinguono una impossibilità naturalistica della realizzazione materiale della prestazione dovuta, cioè impossibilità oggettiva di provocare il fatto o di tenere il comportamento promessi¹⁰ ed una impossibilità temperata dal criterio della diligenza; secondo tale ultima prospettazione¹¹, la prestazione sarebbe impossibile quando all'esecuzione si opponga un ostacolo non superabile con l'impiego dell'ordinaria diligenza; degna di menzione è anche la tesi¹² secondo la quale l'impossibilità sopravvenuta dovrebbe considerarsi in termini di inesigibilità della prestazione secondo buona fede, che sussiste quando si oppone una difficoltà che, in considerazione del tipo di prestazione promessa e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi.

Pur non essendo questa la sede per una ricostruzione dogmatica del concetto di impossibilità sopravvenuta ex art. 1218 c.c., vale la pena comprendere se e in quale misura la banca possa andare esente da responsabilità, laddove ad agire nei suoi confronti sia il proprio cliente che lamenti il mancato pagamento di un assegno bancario in favore di un determinato beneficiario.

Al riguardo, è noto che gli intermediari bancari sono soliti rifiutare il pagamento del titolo, laddove il relativo portatore sia soggetto non conosciuto dalla banca e,

⁹ L. PISU CABELLA, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1463-1466*, Bologna-Roma, 2002, 59; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in F. D. BUSNELLI, *Il codice civile commentato*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁰ Vedi nota precedente.

¹¹ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968, 88; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè 1984, 86.

¹² L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale c) Diritto vigente*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1088; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in F. D. BUSNELLI, *Il codice civile commentato*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003.

quindi, non immediatamente identificabile; e tuttavia, viene da chiedersi se un rifiuto aprioristico alla monetizzazione del titolo in possesso del portatore non conosciuto non possa esporre la banca a rilievi sul piano di una responsabilità contrattuale verso il traente / cliente; certamente, la non conoscenza del cliente non potrebbe essere causa di esonero da responsabilità se si considerasse la tesi più rigorosa, che valuta l'impossibilità in termini oggettivi e naturalistici: e difatti, ben la banca potrebbe effettuare i dovuti approfondimenti, a partire dalla richiesta di uno o più documenti di riconoscimento, volti ad appurare che effettivamente il soggetto che domanda il pagamento dell'assegno bancario ne sia il reale beneficiario; in un simile contesto, allora, la banca non incorrerebbe in alcuna responsabilità solo a fronte di fatti oggettivi, che rendano impossibile la prestazione (si pensi, ad esempio, ad ipotesi nelle quali il beneficiario del titolo sia sottoposto a procedure concorsuali che determinano uno spossessamento del suo patrimonio o, ancora, per quanto a conoscenza della banca, sia sottoposto a misure ablativo su disposizioni dell'Autorità giudiziaria).

E tuttavia, pare a chi scrive che una valutazione dell'impossibilità che valorizzi anche i criteri della diligenza e, soprattutto, della esigibilità della prestazione debba condurre ad esiti parzialmente diversi: ed infatti, pretendere che l'intermediario, a fronte della mancanza di un obbligo di pagamento del titolo verso il portatore, si impegni in complesse indagini (volte, in ipotesi, a riscontrare l'autenticità dei documenti di riconoscimento, ad effettuare censimenti momentanei al solo scopo di verificare l'esistenza di eventuali informazioni pregiudizievoli) legate alla necessità di identificare correttamente il beneficiario dell'assegno appare ultroneo rispetto a quanto, in situazioni simili, può essere richiesto all'operatore bancario.

Certo, una simile ricostruzione non può prescindere da una valutazione del caso concreto: laddove, ad esempio, la banca fosse ben a conoscenza dell'operazione sottostante o si fosse in presenza di una prassi consolidata (si pensi ad un cambio di assegni con periodicità fissa e medesimo soggetto beneficiario) ben nota all'operatore, per essere stata – magari – sollecitata dal cliente o traente stesso, bisognerebbe valutare se il rifiuto di cambio dell'assegno bancario non violi quei canoni di diligenza qualificata che permeano il rapporto contrattuale.

In disparte, quindi, la naturale esigenza di considerare la vicenda di volta in volta sottesa, pare potersi concludere, allora, che di per sé non si possa pretendere dalla

banca di espletare attività di indagine al fine di identificare correttamente il portatore del titolo; e, del resto, tale conclusione appare la più coerente con il regime giuridico di non responsabilità che permea il rapporto tra beneficiario e banca; del resto, parrebbe più che anomalo che da un lato la banca possa rifiutare la monetizzazione dell'assegno bancario in favore del portatore, ma, dall'altro, si esponga – in generale – ad una responsabilità nei confronti del traente per il solo fatto di non aver cambiato l'assegno stesso; più coerente, allora, sembra la conclusione per cui la responsabilità della banca trattaria, nell'ambito del rapporto di provvista, potrà essere predicata nelle sole ipotesi – da relegare su un piano di eccezionalità – nelle quali l'analisi del caso concreto palesi il fatto che il mancato pagamento del titolo sia da considerarsi del tutto ingiustificato.

Naturalmente, in tale ultima ipotesi, spetterà pur sempre al cliente / traente la prova degli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 1218 c.c., ed in particolare il nesso causale tra la condotta asseritamente negligente della banca ed il danno verificatosi ed il danno stesso.

3. L'assegno circolare e la sussistenza di un obbligo di cambio al “non cliente” in capo all'istituto di credito.

L'assegno circolare, a differenza dell'assegno bancario, è un titolo di credito emesso da parte dell'istituto di credito, la cui struttura è, nella sostanza, simile a quella di un pagherò cambiario, sebbene ne differisca sotto il profilo dello scopo cui è destinato, che è quello di incorporare, all'interno del titolo, un credito certamente esigibile, evitando spostamenti materiali di liquidità, atteso che l'assegno è incassabile presso qualunque sportello della banca emittente.¹³

Differenza essenziale rispetto all'assegno bancario è che presso l'istituto di credito emittente vi debbono essere fondi disponibili al momento dell'emissione; in tal senso, si esprime molto chiaramente l'art. 82, co. 1 della legge assegni, allorquando definisce l'assegno circolare come un “*titolo di credito all'ordine emesso da un istituto di credito, a ciò autorizzato dall'autorità competente, per somme che siano presso di esso disponibili al momento dell'emissione (...)*”

¹³ F. MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1997, 553 ss.; G. U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, II ed., UTET, Torino, 661 ss.

La dottrina¹⁴ che si è occupata del tema ha sottolineato come la “disponibilità” dei fondi possa aversi sia in ragione di un versamento in contanti nelle casse della banca, sia per la sussistenza previa di un credito del cliente verso la banca, derivante da un deposito a qualunque titolo o in forza di un’apertura di credito precedentemente concessa al cliente.

In ogni caso, quale che sia lo scenario fattuale sotteso, sta di fatto che la regolarità dell’assegno circolare è assicurata esclusivamente dalla sottostante esistenza di somme disponibili dal richiedente l’emissione.

Decisamente più problematiche risultano, invece, le ricostruzioni dogmatiche in ordine al rapporto sottostante ed in particolare sulla possibilità del richiedente l’emissione dell’assegno di agire contro la banca nel caso di pagamento a soggetto diverso dall’intestatario: da un lato, infatti, vi è una ricostruzione¹⁵ volta a limitare il perimetro di responsabilità della banca nei confronti del richiedente all’emissione dell’assegno ed alla sua consegna al richiedente, restando esclusa qualunque azione nei confronti della banca diversa da quella fondata su una irregolare emissione o una non rispondenza dell’assegno alle caratteristiche richieste; in sostanza, si afferma che il contratto di emissione di un assegno circolare viene adempiuto con la consegna da parte della banca del titolo avente i requisiti pattuiti e con il versamento da parte del richiedente della somma che corrisponde al suo importo, non sopravvivendo alcuna azione *ex causa* a favore del richiedente e nei confronti della banca emittente; ciò che accade, se mai, è che esaurita l’azione fondata sul rapporto che diede causa all’emissione dell’assegno, sorge un nuovo rapporto di natura cambiaria tra la banca ed il prenditore, del tutto autonomo ed indipendente rispetto al primo; logico corollario di questa tesi è che unico legittimato ad agire contro la banca per i danni derivanti da un errato pagamento sarebbe l’intestatario e non anche il richiedente l’assegno; dall’altro, invece, vi è chi¹⁶ ha ritenuto che il richiedente (beninteso, non intestatario del titolo) sia legittimato ad agire a titolo aquiliano contro la banca che abbia pagato l’assegno a persona diversa dall’intestatario. A fondamento di tale ricostruzione vi è il fatto che tra banca

¹⁴ G. U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, II ed., UTET, Torino, 662 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁵ G. PELLIZZI, *In tema di rapporto fondamentale nell’assegno circolare* in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1952, II, 228 ss, Risalente la giurisprudenza sul punto, e il rinvio è a G. U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, cit., 664 ss.

¹⁶ I. POLLINI, *Risarcimento del danno ed azioni causali in materia di assegni l.c.c.r.i. non trasferibili*, BBTC, 1964, II, 190; U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, cit., 666 ss. con ulteriore bibliografia ivi citata.

emittente e richiedente l'assegno si origina un rapporto di mandato, che deve essere adempiuto dalla banca mandataria secondo le istruzioni impartite.

Come noto, l'art. 83 della legge assegni si preoccupa di individuare i requisiti essenziali dell'assegno circolare; la mancanza di uno o più di tali requisiti priva il titolo della validità come assegno circolare: nello specifico, tali requisiti sono: a) la denominazione di "assegno circolare"; b) la promessa incondizionata di pagare a vista una somma determinata; c) l'indicazione del prenditore; d) data e luogo di emissione; e) sottoscrizione della banca; si ritiene, peraltro, che tutti i requisiti dell'assegno circolare debbano sussistere al momento dell'emissione del titolo.

Ora, venendo al tema che ci occupa ed oggetto della presente trattazione, è notorio che il portatore di un assegno circolare ha il diritto di ottenere il pagamento del titolo. A differenza di quanto accade con l'assegno bancario, la banca emittente assume un'obbligazione diretta nei confronti del prenditore / beneficiario al pagamento del titolo e non può rifiutarsi, se non, ovviamente, per ragioni legate ad una oggettiva impossibilità di identificare il prenditore.

Circa il tema dell'identificazione, peraltro, si è ritenuto, ancora in epoca risalente¹⁷, che l'apprezzamento del giudice quanto alla diligenza professionale impiegata dalla banca nell'identificare il portatore del titolo è un apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità, se non per ipotesi di omessa o contraddittoria motivazione.

Quanto, poi, al contenuto dell'identificazione, si è statuito in giurisprudenza che un documento di riconoscimento sia idoneo al pagamento del titolo¹⁸.

Di recente, e sia pure con riferimento ad una tipologia di assegno diversa da quella qui in commento, la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi circa il grado di diligenza richiesto alla banca allorquando si trova a dover identificare un soggetto portatore di assegno e che ne domandi il pagamento: nello specifico, si è ritenuto che l'identificazione del portatore debba avvenire con modalità che, ragione della particolare diligenza richiesta all'operatore bancario ex art. 1176, co. 2 c.c., possano comunque considerarsi esigibili e, pertanto, non si possa pretendere

¹⁷ Cass. Civ., Sez. I, 3 dicembre 1983, n. 7239. In tale pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto insindacabile il giudizio della Corte d'appello, che aveva affermato la responsabilità di una banca per aver pagato un assegno circolare non trasferibile di rilevante importo a persona non legittimata, omettendo qualsivoglia tentativo di identificazione personale del prenditore.

¹⁸ U. TEDESCHI, *Codice dei titoli di credito*, cit., 686 ss. con i riferimenti giurisprudenziali ivi indicati.

che la banca effettui complessi accertamenti volti ad accertare l'effettiva autenticità di un documento di riconoscimento che appaia, *ictu oculi*, privo di alterazioni.

Al riguardo, illuminanti appaiono le considerazioni di Cass. Civ., n. 38110 del 2022: *“Nel caso di pagamento di assegno di traenza non trasferibile in favore di soggetto non legittimato, va esclusa la responsabilità della banca negoziatrice che abbia dimostrato di aver identificato il prenditore del titolo mediante il controllo del documento di identità non scaduto e privo di segni o altri indizi di falsità, in quanto la normativa vigente, ed in particolare la normativa antiriciclaggio ex art. 19, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231 del 2007 stabilisce modalità tipiche con cui gli istituti di credito devono identificare la clientela e non prevede il ricorso ad ogni possibile mezzo, né alcuna indagine presso il Comune di nascita (Cass., n. 3649/2021; Cass., n. 6356/2022). L'identificazione dei soggetti nelle operazioni deve avvenire attraverso modalità che possono considerarsi esigibili avendo riguardo al parametro dell'accorto banchiere (considerando cioè la specificità della «natura dell'attività esercitata» dal debitore, a mente dell'art. 1176, comma 2, c.c.). In un quadro connotato dall'assenza di un sistema informatizzato che renda possibile la verifica in tempo reale dell'autenticità del documento di identità esibito dall'interessato (tale è, oggi, il sistema di prevenzione del furto di identità, previsto dall'art. 30 ter d.lgs. n. 141/2010, in uso solo da alcuni anni)”¹⁹.*

Naturalmente, sebbene le considerazioni della Suprema Corte siano dettate in materia di assegni di traenza, si ritiene possano essere del tutto sovrapponibili anche in tema di assegni circolari, atteso il già menzionato obbligo di cambio.

Certo, sebbene le ultime pronunce²⁰ siano tutte sostanzialmente orientate verso un modello di responsabilità della banca che valorizzi il grado di diligenza operata e individuino un contenuto di tale diligenza negli adempimenti, chiamiamoli, *ictu oculi* di cui sopra, vi è da dire che una valutazione prudenziale dovrebbe indurre l'istituto di credito, soprattutto in presenza di richieste di cambio assegni circolari di importo significativo, a porre in essere una serie di verifiche ulteriori rispetto al

¹⁹ Cass. Civ., Sez. I, 29 dicembre 2022, n. 38110.

²⁰ **Cass. Civ., Sez. Unite, n. 12477 del 21.05.2018, com'è noto, è intervenuta a dirimere il contrasto tra un modello di responsabilità “oggettiva” (orientamento inaugurato da Cass. Civ., Sez. I, 7 ottobre 1958, n. 3133 e “colposa” (orientamento inaugurato da Cass. Civ., Sez. I, 9 luglio 1968, n. 2360), stabilendo che “Ai sensi dell'art. 43, 2° comma, legge assegni (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), quindi, la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato – per errore nell'identificazione del legittimo portatore del titolo – dal pagamento di assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità a persona diversa dall'effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, 2° comma, c.c”.**

mero riscontro del documento di riconoscimento, tali da escludere con sufficiente ragionevolezza alcun dubbio circa l'identificazione del prenditore.

E, del resto, la tematica si presta ad essere esaminata anche alla luce del disposto di cui all'art. 1189, co. 1 c.c., che così stabilisce: «*Il debitore che esegue il pagamento a chi appare legittimato a riceverlo in base a circostanze univoche, è liberato se prova di essere stato in buona fede*».

Tale disposizione, come noto, appresta tutela ad una situazione c.d. "apparente" costituendo una chiara deroga a quanto disposto dall'art. 1188 c.c., in base al quale il pagamento deve essere fatto al creditore o da un suo rappresentante all'uopo autorizzato.

La dottrina ha per lungo tempo tentato di individuare la *ratio* fondativa dell'art. 1189 c.c, rinvenendola nell'esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole del debitore che, in buona fede, è convinto di adempiere nelle mani del vero creditore.²¹ Si ritiene, nello specifico, che l'art. 1189 c.c. consti di due requisiti: in primo luogo è necessario che la situazione apparente si origini in ragione di circostanze univoche che oggettivamente inducano in errore il *solvens*; in secondo luogo, è necessario accertare che il debitore abbia agito in buona fede, vale a dire con la soggettiva convinzione, sia pure fondata sulle circostanze di cui sopra, di adempiere al reale legittimato a ricevere il pagamento.²²

Quanto alla buona fede, in giurisprudenza²³ si è chiarito che la stessa sussiste, in primo luogo, esclusivamente nel caso in cui il debitore sia incorso in un errore scusabile, in base al criterio, ex art. 1176 c.c., dell'ordinaria diligenza nell'adempimento dell'obbligazione; in secondo luogo, deve trattarsi di un errore di fatto e non di diritto; ancora, una parte della giurisprudenza ha ritenuto di dare rilievo anche alla situazione di incertezza e di dubbio, da parte del debitore, in ordine all'effettiva legittimazione dell'*accipiens*.

²¹ Vasta in materia la letteratura. Si segnalano, tra i tanti contributi, A. FALZEA, *Apparenza*, in *ED*, II, Milano, 1958; M. GIORGIANNI, *Creditore apparente*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959; R. SACCO, *Apparenza*, in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1980; C. M. BIANCA, *Il debitore e il mutamento del destinatario del pagamento*, Milano, 1963; M. COLOMBATTO, *Creditore apparente*, in *Digesto Civ.*, V, Torino, 1989; G. STOLFI, *In tema di interpretazione restrittiva dell'art. 1189*, in *FI*, 1951, I.

²² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI, Napoli, 1996, 554; M. GIORGIANNI, *Creditore apparente*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959, 1156.

²³ Si vedano, *ex multis*, Cass. Civ., 27 ottobre 2005, n. 20906, Cass. Civ., 26 maggio 2004, n. 10133, Cass. Civ., 3 giugno 2002, n. 8041, Cass. Civ., 11 ottobre 2001, n. 12429.

L'effetto liberatorio, per il debitore, potrà allora verificarsi solo nel caso in cui congiuntamente ricorrano entrambi i requisiti strutturali dell'art. 1189 c.c.²⁴

Non vi è dubbio che la banca, nel caso di specie, assuma la natura di debitore, in quanto obbligata al pagamento del titolo in favore del creditore / beneficiario; al fine di consentire all'istituto di credito la prova della buona fede, allora, ad avviso di chi scrive ben potrebbero essere valorizzati elementi quali indagini ulteriori che siano state esperite al fine di verificare la corretta identità del portatore dell'assegno circolare (si pensi ad una ricerca nell'elenco dei documenti smarriti o rubati, o ancora a verifiche con il richiedente l'emissione dell'assegno, per non parlare dei contatti con l'ufficio anagrafe del Comune di residenza al fine di constatare l'esistenza del documento e la sua correttezza ecc...).

In sostanza, ciò che si intende qui sottolineare è che la banca non dovrebbe, prudenzialmente, accontentarsi di una verifica dei documenti di riconoscimento, magari facendosi forte di quell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, che parrebbe mandarla esente da responsabilità laddove non abbia negoziato l'assegno in presenza di un documento palesemente alterato, ma dovrebbe porre in essere verifiche ulteriori (sempre tenendo come cardine il principio di esigibilità) che la inducano a non commettere errori nel cambio del titolo; del resto, si è già avuto modo di segnalare come la valutazione in ordine alla buona fede / diligenza della banca sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice, con il che non si può escludere – ad avviso di chi scrive – che, soprattutto in presenza di richieste di cambio assegni di importo particolarmente significativo, il giudice possa ritenere che l'istituto di credito avrebbe dovuto porre in essere ulteriori accorgimenti volti ad escludere ogni ragionevole dubbio in ordine alla corretta legittimazione all'incasso da parte del portatore del titolo.

²⁴ Cass. Civ., 5 aprile 2016, n. 6563 che ha così opportunamente ricostruito: «*Il principio dell'apparenza del diritto ex art. 1189 c.c. trova applicazione quando sussistono uno stato di fatto difforme dalla situazione di diritto ed un errore scusabile del terzo circa la corrispondenza del primo alla realtà giuridica, sicché il giudice - le cui conclusioni, sul punto, sono censurabili in sede di legittimità se illogiche e contraddittorie - deve procedere all'indagine non solo sulla buona fede del terzo, ma anche sulla ragionevolezza del suo affidamento, che non può essere invocato da chi versi in una situazione di colpa, riconducibile alla negligenza, per aver trascurato l'obbligo, derivante dalla stessa legge, oltre che dall'osservanza delle norme di comune prudenza, di accertarsi della realtà delle cose, facilmente controllabile. (Nella specie, in riforma della sentenza impugnata, la S.C. ha escluso l'operatività del menzionato principio in favore del Comune, che, ignorando le risultanze catastali, aveva corrisposto il risarcimento del danno per occupazione acquisitiva ai precedenti proprietari in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, senza che nel relativo giudizio avesse eccepito il loro difetto di legittimazione attiva o integrato il contraddittorio nei confronti dell'attuale proprietario, nonostante le diffide già ricevute da quest'ultimo, munito di titolo contrattuale già trascritto, la cui validità era in corso di accertamento giudiziale).*»

Due ultimi elementi meritano considerazione:

- a) In primo luogo, nel caso in cui la banca si opponga al pagamento dell'assegno circolare, si espone alla possibile notifica di un atto di precetto da parte del creditore, trattandosi di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, co. 2, n. 2) c.p.c. La banca che ritenga di aver legittimamente rifiutato il cambio dell'assegno, allora, sarà onerata di promuovere opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., allo scopo di contestare il diritto del portatore a procedere con l'esecuzione forzata; naturalmente, il giudizio che ne seguirà sarà volto ad accertare se correttamente l'istituto di credito ha rifiutato il pagamento del titolo, alla luce della oggettiva impossibilità (sempre temperata con il criterio dell'esigibilità) di identificare il beneficiario;
- b) In secondo luogo, è opportuno segnalare che talvolta l'operatore bancario rifiuta il cambio assegni adducendo come motivazione le limitazioni alla circolazione del contante previste dalla normativa antiriciclaggio e, segnatamente, dal d.lgs. n. 231/2007. Com'è noto, l'art. 49 del predetto decreto stabilisce che *“è vietato il trasferimento di denaro contante e di titoli al portatore in euro o in valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, siano esse persone fisiche o giuridiche, quando il valore oggetto di trasferimento, è complessivamente pari o superiore a 3.000 euro”*; tale limite, peraltro, è stato innalzato ad €5.000,00 come previsto dal successivo comma 3-bis.

Ebbene, accade che la banca ritenga di non cambiare assegni circolari che siano superiori al limite di circolazione del contante, offrendo al portatore tale motivazione; e tuttavia, trattasi di interpretazione del tutto errata, dal momento che l'art. 49, co. 13 del d.lgs. n. 231/2007 prevede che *“Le disposizioni di cui al presente articolo, concernenti la circolazione del contante e le modalità di circolazione degli assegni e dei vaglia non si applicano ai trasferimenti in cui siano parte banche o Poste Italiane S.p.A., istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento, nonché ai trasferimenti tra gli stessi effettuati in proprio o per il tramite di vettori specializzati di cui all'articolo 3, comma 5, lettera e)”*.

Peraltro, al di là dell'aspetto propriamente definitorio, si ritiene che in tal caso non vi sia neppure un “trasferimento” in senso stretto, atteso che il beneficiario non fa altro che monetizzare – rendere, quindi, liquido – un

assegno circolare già in suo possesso, con il che non c'è alcun passaggio di contante tra un soggetto ed un altro.

4. L'assegno c.d. “di traenza”: un ibrido di difficile individuazione?

Da ultimo, qualche cenno sul c.d. assegno “di traenza”.

Nello specifico, tale assegno viene utilizzato per il pagamento o per il rimborso di somme di denaro in favore di soggetti le cui coordinate bancarie non sono note; di regola, si avvalgono di tale strumento gli enti pubblici e le società assicurative per abbreviare ed efficientare le procedure di riconoscimento di somme dovute in favore dei vari beneficiari.

Sul punto, interessanti i contenuti definatori fissati dalla Decisione del Collegio ABF di Milano, n. 17598 del 12 ottobre 2020; al riguardo, con riferimento all'assegno di traenza, si legge che *“rappresenta, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, una singolare species dell'assegno bancario consistente in un “modulo appositamente predisposto”, da parte di una banca, con la previsione di pagamento in favore del traente o di altro eventuale soggetto indicato come beneficiario”: la banca – che agisce in forza di una preesistente convenzione con il soggetto che ha ordinato l'emissione del titolo mettendo a disposizione la provvista necessaria - invia lo stesso al soggetto specificamente designato quale destinatario dell'emissione, autorizzando quest'ultimo ad apporvi la sua firma, appunto, per traenza (cfr. Cass., S.U. n. 14712/2007). Si afferma, inoltre, che tali caratteristiche, le quali rendono la tipologia di assegni in parola idonea a soddisfare le medesime finalità di un bonifico bancario, non incidono sulla disciplina applicabile al titolo che è quella di un normale assegno bancario tanto sotto il profilo del regime circolatorio, quanto per la possibilità di limitarne la circolazione apponendovi la clausola di intrasferibilità (come nel caso di specie). Alla fattispecie in esame deve essere pertanto applicato il disposto dettato dall'art. 43 L. ass. in materia di assegno bancario non trasferibile, il quale al secondo comma stabilisce che “colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento”.*

Tali considerazioni replicano, con poche aggiunte, quelle individuate dalla pronuncia della Corte di Cassazione, SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, laddove si legge: *“Le peculiarità di tali titoli ed il fatto che essi possono di fatto assolvere ad una funzione corrispondente a quella del bonifico a mezzo banca, non toglie che essi siano*

ric conducibili al genus dell'assegno bancario, avendone tutte le caratteristiche, ivi compresa sia la naturale attitudine ad esser trasferito mediante girata, sia la possibilità di limitare siffatta attitudine mediante l'apposizione sul titolo della clausola d'intrasferibilità. Il fatto poi che, a differenza dell'assegno di conto corrente, l'assegno di traenza non presupponga l'esistenza di una pregressa convenzione d'assegno, intercorrente tra la banca ed il proprio correntista, in forza della quale la banca è tenuta ad onorare gli assegni emessi dal correntista entro i limiti della provvista, poco rileva ai fini che qui interessano. Anche l'emissione dell'assegno di traenza, infatti, necessariamente deve avere quale presupposto un rapporto contrattuale, ancorché privo delle caratteristiche di durata proprie del conto corrente bancario: rapporto che intercorre tra la banca e colui che ha fornito (o in favore del quale è stata fornita) la provvista, onde quest'ultimo è autorizzato dalla banca a darle disposizione di pagamento e quella accetta d'inviare l'assegno al soggetto che lo sottoscriverà per traenza”.

Le statuizioni che precedono rendono già chiaro quale possa e debba essere l'approccio dell'interprete: trattasi di assegni assimilabili alla tipologia di assegno bancario, dal quale mutuano le principali caratteristiche sotto il profilo strutturale e circolatorio e neppure può individuarsi una differenziazione sotto il profilo della mancanza di una precedente convenzione di assegno con il correntista: di fatti, il rapporto negoziale intercorre con il soggetto che ha preconstituito la provvista.

Come nel caso di assegno bancario, dunque, pare potersi concludere per l'insussistenza di un obbligo di cambio in capo all'istituto bancario.

Tuttavia, vi sono alcuni elementi che inducono a qualche riflessione aggiuntiva: intanto, il fatto che l'assegno di traenza – a differenza dell'assegno bancario in senso stretto – preveda una preconstituzione della provvista; in secondo luogo, il fatto che sovente il beneficiario riceva, allegato all'assegno, una lettera accompagnatoria che menziona la possibilità per il portatore di recarsi presso un qualunque sportello bancario ove il beneficiario possa essere identificato (evidentemente un riferimento che va inteso allo sportello trattario); ne consegue che, pur restando fermo che la banca non ha un obbligo di pagamento in favore del beneficiario, le particolari caratteristiche dell'assegno di traenza – in uno, non va dimenticato, con la frequente rilevanza della controparte che ordina il pagamento – rende opportuna una corretta valutazione da parte dell'istituto di credito circa le iniziative da intraprendere.

Non va trascurato, infatti, che sovente le entità che preconstituiscono la provvista presso l'istituto di credito trattario allo scopo di far emettere gli assegni traenza, procedono a rimborsi c.d. massivi in favore di un numero indeterminato di beneficiari, con il che un aprioristico rifiuto al portatore di cambiare l'assegno di traenza potrebbe esporre la banca ad una responsabilità di natura contrattuale verso il delegante; v'è da chiedersi, al riguardo, quale contegno terrebbe il giudice nell'ambito di una controversia – instaurata dal delegante – nella quale si discuta proprio in ordine al rifiuto della banca di pagare l'assegno, laddove quest'ultimo si inserisca in un flusso di rimborsi ordinati da un'entità terza e delegati alla banca, proprio per il tramite dell'assegno di traenza; l'impressione è che la particolare modalità di pagamento (surrogato, come ampiamente rimarcato, di operazioni di bonifico) e la (quasi sempre) rilevanza dell'entità delegante possano condurre a decisioni sfavorevoli per l'istituto di credito, in particolare nei casi in cui la banca non abbia assolto neppure a quel contenuto minimo di verifica circa l'identificazione del portatore, adducendo l'insussistenza di un obbligo di cambio in virtù della assimilazione dell'assegno di traenza all'assegno bancario.

Si ritiene, in definitiva, che l'istituto di credito debba, pur in un quadro giuridico di confermata insussistenza di un obbligo di cambio (e, naturalmente, di un'azione cambiaria diretta del portatore), prestare particolare attenzione, soprattutto quando si avveda che in un determinato lasso di tempo si moltiplicano le richieste di monetizzazione di assegni di traenza riferiti al medesimo ordinante e, quindi, si palesi l'emissione di un numero cospicuo di titoli legati alla necessità – da parte dell'entità coinvolta – di procedere a rimborsi massivi; in tali ultime circostanze, infatti, non è da escludere che la prova dell'impossibilità ex art. 1218 c.c. possa essere valutata in modo rigoroso da parte del giudice, esonerando da responsabilità la banca nei soli casi in cui questa alleghi elementi che naturalisticamente ed oggettivamente hanno impedito la corretta identificazione del beneficiario del titolo.

5. Conclusioni.

In conclusione, allora, non può fare altro che ribadirsi come la materia sia particolarmente mutevole: in particolare, in disparte le natura delle varie tipologie di assegno, resta (quasi) tutto demandato ad un accertamento di natura fattuale,

rimesso al prudente apprezzamento del giudice e legato alla singola vicenda sottesa il giudizio eventualmente instaurato; spetta all'istituto di credito, allora, valutare caso per caso se e quando cambiare un assegno, non limitandosi a constatare se la disciplina normativa e le applicazioni giurisprudenziali impongano o meno un obbligo di procedere, ma – pur essendo questo l'inevitabile punto di partenza – cercando di contestualizzare la richiesta di cambio, tenendo in considerazione tutti gli elementi utili: l'identità del traente / emittente, l'importo dell'assegno, il beneficiario, l'operazione sottostante (se a conoscenza della banca) ecc...; elementi che, poi, debbono suggerire all'operatore bancario la decisione finale circa il cambio o meno del titolo; cambio che, naturalmente, deve avvenire con tutte le cautele del caso circa l'identificazione del portatore, secondo le indicazioni che si è tentato, nei capitoli precedenti, e senza pretesa di esaustività, di indicare.

Sistema giuridico e rischi delle nuove tecnologie ICT.

Di Giovanni Pellerino

This paper analyzes the concept of cyber risk and the role of the legal system in governing the Internet and combating cyber threats. Some assumptions of Illuministic conception of the state of law are redefined and it is proposed to consider the issues relating to the legal treatment of the Web as a stage of the legal system's evolution.

Il presente contributo analizza il concetto di rischio cibernetico e il ruolo del sistema giuridico nel governare la Rete contrastare le minacce cyber. Vengono ridefiniti alcuni presupposti della concezione illuministica dello stato di diritto e si propone di considerare le questioni relative al trattamento giuridico del Web come una tappa del processo evolutivo del diritto.

Sistema giuridico e rischi delle nuove tecnologie ICT.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rischio e nuove tecnologie. – 3. Sistema giuridico e certezza delle nuove aspettative. – 4. Rischio cibernetico e diritto. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'evoluzione della società ha portato un sensibile incremento del livello di conoscenza. Tuttavia, l'incertezza nei confronti del futuro anziché ridursi si è incrementata.

La valutazione delle conseguenze prodotte dalle nuove tecnologie ha consolidato la consapevolezza che il futuro si caratterizza ancora per la sua inafferrabilità, tanto che, negli ultimi tre decenni, si è assistito a diversi tentativi di descrizione della tarda modernità come *società del rischio*¹. Il problema principale della società non consiste più nella produzione di beni e allocazione della scarsità, come accadeva nella prima modernità, ma nella necessità di prevenire e ridurre al minimo i rischi. La produzione economica di ricchezza si accompagna ad un incremento della produzione sociale di rischi² dovuti principalmente al progresso della scienza e della tecnica³. Al pari della proprietà dei beni, i rischi sono oggetto di distribuzione e sia l'una che gli altri creano situazioni: situazioni di *classe* (*Klassenlagen*), o situazioni di *rischio* (*Risikolagen*). Al contrario dei beni, però, i rischi rappresentano “un prodotto secondario della modernizzazione in *indesiderabile abbondanza*, che va eliminata, o negata, o reinterpretata. Alla *logica*

¹ La letteratura appare, ormai, sterminata. Le trattazioni più note e autorevoli rimangono quelle di: U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1986 (trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci editore, Roma 2000); nonché A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge 1990 (trad. it. *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna 1994).

² V. U. Beck, op. cit.

³ Ivi, p. 25 della traduzione italiana: “Questo passaggio dalla logica di distribuzione della ricchezza nella società della penuria alla logica di distribuzione del rischio nella tarda modernità è legato storicamente a (almeno) due condizioni. Prima: ha luogo, come oggi possiamo vedere, solo dove e quando situazioni di vero bisogno materiale possono essere obiettivamente limitate e marginalizzate socialmente grazie al livello raggiunto di produttività umana e tecnologica e di sicurezza e regolazione giuridica e sociale. Seconda condizione: questo passaggio categoriale allo stesso tempo dipende dal fatto che, nel processo di modernizzazione con la crescita esponenziale delle forze produttive, si liberano rischi e potenziali autodistruttivi in dimensioni fino ad oggi sconosciute”.

positiva dell'appropriazione si contrappone, quindi, *una logica negativa dello smaltimento, dell'evitare, del negare, del reinterpretare*"⁴.

L'attenzione nei confronti del rischio viene resa più credibile dal costante riferimento alla profonda insicurezza in cui versa il mondo contemporaneo e dalle previsioni apocalittiche che si accompagnano ai pericoli che derivano dalle armi di distruzione di massa, dalle questioni ecologiche, dal terrorismo internazionale e, in ultimo, dai rischi connessi alla diffusione delle nuove tecnologie e, in particolare, dal rischio cibernetico.

Quest'ultimo, in particolare, solo recentemente comparso nel novero delle minacce che occorre contenere, si è imposto in cima alle preoccupazioni dei governi e delle *intelligence* di tutto il mondo per le ricadute che può avere in termini di nocività e ampiezza dei danni che può provocare.

Per descrivere il concetto di *rischio cibernetico* occorre, innanzitutto, chiarire la nozione di *spazio cibernetico*. Si tratta di uno spazio virtuale che può essere definito, in linea generale, come "*l'insieme delle infrastrutture informatiche interconnesse, comprensivo di hardware, software, dati ed utenti, nonché delle relazioni logiche, comunque stabilite, tra di essi*"⁵.

Ebbene, lo spazio cibernetico da un lato consente di consolidare le fondamentali libertà di informazione, di espressione e di associazione nonché di scambiare dati e conoscenza a livello globale in tempo reale, dall'altro, per le sue caratteristiche intrinseche, può essere luogo e occasione di realizzazione delle cosiddette *minacce cibernetiche*.

Si tratta di minacce di tipologia differente che hanno in comune il fatto di determinarsi nello spazio cibernetico. Esse, sulla base degli attori e delle finalità perseguite, possono classificarsi in quattro categorie:

- I. criminalità cibernetica**, che indica le condotte connotate da finalità criminali;
- II. spionaggio cibernetico**, che indica l'indebita acquisizione di dati e/o informazioni sensibili di natura proprietaria o classificata;
- III. terrorismo cibernetico**, che indica le condotte volte a colpire uno stato o una organizzazione internazionale;

⁴ Ivi, p. 35.

⁵ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Quadro strategico nazionale per la sicurezza dello spazio cibernetico*, adottato con DPCM del 27.1.2014, pag. 10.

IV. guerra cibernetica, che indica attività e operazioni di natura militare finalizzate a conseguire effetti in ambiente cibernetico.

Sono minacce particolarmente insidiose perché si caratterizzano per la loro asimmetria, cioè per il fatto che l'agente: non ha limiti di distanza per colpire; può attaccare anche sistemi altamente sofisticati e protetti sfruttando una singola vulnerabilità; può agire con tempi che vanifichino una reazione difensiva; può rimanere anonimo o risultare difficilmente individuabile; può operare impiegando mezzi e strumenti di portata enormemente inferiore rispetto all'impatto potenzialmente realizzabile.

D'altra parte, la crescente dipendenza della moderna società dell'informazione dall'utilizzo dello spazio cibernetico amplifica il rischio che può derivare dalla compromissione delle reti o da attacchi mirati nei confronti delle stesse.

I crimini informatici, abbiano o meno finalità terroristiche o belliche, possono minacciare privati cittadini, aziende, organizzazioni governative e non, ma anche le infrastrutture strategiche degli stati (ad esempio: sistemi di trasporto, reti energetiche, ospedali, sistemi di comando militari).

In questa sede approfondiremo quali strumenti ha predisposto il diritto per contrastare le minacce cibernetiche, evidenziando le possibilità ma anche i limiti del sistema giuridico nel conseguimento degli obiettivi che gli sono stati assegnati, anche tenendo conto del fatto che, fin dalla sua creazione, Internet è stata intesa come un *ungoverned space* ovvero un luogo non regolamentato dalle autorità politiche nazionali e internazionali.

2. Rischio e nuove tecnologie.

Rischio è un concetto che si rivolge al futuro; in particolare, esso può essere considerato come la conseguenza aleatoria di una decisione.

Il rischio andrebbe osservato nella distinzione rispetto al concetto di pericolo⁶. Tale distinzione presuppone che sussista incertezza in riferimento a possibili danni futuri: qualora l'eventuale danno prodottosi sia osservabile come conseguenza di una decisione, allora, ci troviamo di fronte a un rischio; nel caso in cui il danno sia attribuibile a fattori esterni e incontrollabili, ci si trova di fronte a un pericolo.

⁶ Cfr. N. Luhmann, *Sociologie des Risikos*, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1991, trad. it., *Sociologia del rischio*, B. Mondadori, 1996, pp. 31 ss.

Ebbene, solo con il rischio entra in gioco il decidere, mentre rispetto ai pericoli si è irrimediabilmente esposti⁷ in quanto non esiste alcun comportamento immune da questi.

La distinzione rischio/pericolo appare importante in quanto, a differenza di altre, come quella rischio/sicurezza, consente di riflettere sull'idea di *attribuzione*.

Si tratta di un concetto che consente ad un osservatore, nel generale contesto di insicurezza rispetto al futuro, di operare l'imputazione causale di un danno ad una decisione. Inoltre, in una prospettiva di osservazione di secondo ordine, la teoria attributiva consente di osservare come un altro osservatore compie le sue attribuzioni (se le imputa a se stesso o ad altri, a sistemi o a situazioni, a fattori costanti o a fattori variabili, ecc...).

Con la modernità, si incrementa la dipendenza dalle decisioni e, conseguentemente, l'attenzione nei confronti del futuro.

Nell'antichità, il concetto di rischio non era stato ancora elaborato, tanto meno esisteva un termine per indicarlo⁸. I pericoli venivano attribuiti al fato, al capriccio degli dèi, alla sorte o al caso; giammai essi erano considerati conseguenza delle decisioni degli individui.

Ciò che nel passato si considerava come inevitabile disegno del destino, oggi viene elaborato come conseguenza di decisioni e le decisioni vengono assunte su un ventaglio di possibilità di scelta enormemente più ampio e con valori informativi più elevati.

Mentre nelle società pre-moderne il punto di vista dal quale il tempo globale poteva essere osservato contemporaneamente era l'eternità, e l'osservatore era Dio, ora è il presente che riflette il tempo globale, distinguendo tra passato e futuro, e l'osservatore è l'uomo.

Il problema della modernità è: come è possibile sapere quello che accadrà in futuro?

Ovvero, in altri termini: in quali forme il futuro si presenta nel presente?

Nel passaggio alla modernità, la dipendenza dalle decisioni si incrementa e, con essa, il valore dell'attenzione al futuro.

⁷ Ivi, p. 33.

⁸ Non vi è accordo, tra gli studiosi, sull'origine della parola *rischio*. Secondo alcuni deriverebbe dal greco *tò rizikó*, secondo altri dall'arabo *rizq*. Quel che è certo è che il termine, nella sua accezione moderna, compare per la prima volta in Italia all'inizio del Trecento. Si veda in proposito W. Bonss, *Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewissheit in der Moderne*, Hamburger Edition, Hamburg 1995, p. 45.

Purtroppo, però, il futuro non può essere anticipato; i tentativi di specificare le causalità comportano difficoltà insuperabili, poiché ciò che accade non dipende mai da un singolo evento. Nell'orizzonte del passato è possibile conoscere cosa è accaduto, pur se i rapporti causali non possono essere chiariti; mentre nell'orizzonte del futuro manca qualsiasi conoscenza, tanto da rendere inutile un'analisi causale.

E' per questo che la società moderna rappresenta il futuro come rischio. Di fronte alla maggiore complessità e al più ampio spazio di possibilità dell'agire, operare delle selezioni diventa più difficile di quanto non fosse in passato. La soluzione al problema può essere soltanto l'estensione delle potenzialità decisionali, una loro ramificazione più accentuata, all'interno della maggiore ricchezza di alternative. Ciò comporta una trasformazione dei pericoli in rischi: sempre più situazioni e stati di fatto vengono considerati conseguenze di scelte, vengono imputati a decisioni.

La società moderna vive il suo futuro sotto forma di rischio implicito nelle decisioni.

Rischio è un aspetto delle decisioni e le decisioni possono essere prese solo nel presente. Rischio è, pertanto, una forma delle descrizioni presenti nel futuro.

Stati di fatto e processi che nell'antichità erano imputati a causalità naturali, oggi vengono considerati come conseguenze di scelte.

Ciò ha indotto a ritenere che si potrebbero evitare i rischi ed incrementare la sicurezza, semplicemente assumendo decisioni corrette. Tuttavia, si tratta di un errore. Ogni decisione può determinare conseguenze indesiderate. Solo la ripartizione di vantaggi e svantaggi si realizza in maniera diversa a seconda di come si decide⁹. Ciò non è assolutamente correlato con una maggiore sicurezza in ordine al raggiungimento degli scopi.

La conversione di pericoli in rischi rappresenta la funzione latente di molte istituzioni della società moderna che, apparentemente, perseguono scopi tutt'affatto diversi.

L'assicurazione può essere considerata un esempio in questo senso. Essa trasforma il pericolo di incidente in rischio: quello di non essere assicurati. Le

⁹ N. Luhmann, *Beobachtungen der moderne*, Opladen, 1992 (tr. it. *Osservazioni su moderno*, Roma, 2006, p. 94).

assicurazioni non offrono alcuna sicurezza che i sinistri non avvengano; esse garantiscono solo che la situazione finanziaria della persona colpita non cambi.

Il sistema sanitario elabora il pericolo di malattia e lo trasforma nel rischio del trattamento. Prima dell'invenzione della penicillina non c'era il rischio di morire di polmonite; dopo la scoperta dell'antibiotico c'è il rischio di avere uno shock anafilattico se si è allergici a quella sostanza.

La stessa politica, che viene considerata come un sistema di allocazione di risorse, in realtà, distribuisce soltanto rischi. L'impressionante ampliamento delle competenze dello stato sociale si accompagna ad una imponente macchina amministrativa che elabora e riproduce rischi; si tratti del livello di emissioni inquinanti, dell'eccessiva velocità del traffico automobilistico, dei ritmi di lavoro troppo faticosi dei piloti, il sistema politico viene spinto a politicizzare i rischi da qualunque parte essi provengano.

Questi esempi dimostrano che i dispositivi che consentono di vincolare il futuro attraverso il rischio tentano di dare soluzione a problemi antichi, nella certezza che da queste soluzioni scaturiranno nuovi problemi e nuove insicurezze.

Anche il diritto, in quanto forma di vincolo temporale, non è immune da questo paradosso.

Di fronte al rischio il diritto manifesta i suoi limiti e deve ricorrere a strategie che riducano il rischio del trattamento giuridico del rischio¹⁰.

Il diritto non può eliminare e nemmeno ridurre i rischi, esso può solo conferire alle aspettative rivolte al futuro il carattere della normatività, nel senso che le stesse potranno essere mantenute ferme anche nel caso di delusione. Si pensi alla violazione di una pattuizione contrattuale. L'inadempimento di uno dei contraenti non induce l'altra parte a ritenere che sia ammissibile non adempiere un'obbligazione, essa manterrà comunque ferma la convinzione che i contratti devono essere onorati. Nel caso specifico, il diritto si attiverà per sanzionare il contraente inadempiente. Tuttavia, il rischio della delusione si è concretizzato. L'attivazione del diritto *a posteriori*, con il suo potere coercitivo, non avrà evitato l'inadempimento. Neppure la tecnica giuridica contrattuale, una delle massime trovate civilizzatrici del mondo antico, offre la certezza di tramutare l'incertezza nel futuro in una certezza già oggi totalmente garantita.

¹⁰ Cfr. R. De Giorgi, *Temi di filosofia del diritto*, Lecce, 2006, p. 78.

Il diritto inventerà finzioni giuridiche come la responsabilità oggettiva per distribuire i rischi ma non riuscirà ad eludere il fatto che lo stesso accesso al diritto è un accesso rischioso.

Risulta chiaro, a questo punto, come il diritto, la politica, l'economia, e, più in generale, tutti i sistemi funzionali in cui si differenzia la società moderna¹¹ non siano in grado di prevenire i rischi. L'atteggiamento nei confronti del futuro, allora, non può essere che quello di codificare le decisioni secondo la distinzione probabile/improbabile.

Mentre le società antiche tentavano di ridurre l'insicurezza nei confronti del futuro attraverso il ricorso a specifiche tecniche che consentissero di incrementare la capacità di scelta (divinazione, meccanismi di attribuzione della colpa, idea della predestinazione) la società moderna ha elaborato il concetto di rischio per consentire, attraverso un calcolo razionale, fondato sull'esperienza, di assumere la decisione che appare più opportuna.

Nella dimensione temporale del senso, la forma del futuro è la probabilità. Attraverso l'invenzione del calcolo delle probabilità il presente può calcolare un futuro che può sempre avvenire in modo diverso, mantenendo la possibilità di sostenere di aver calcolato in maniera corretta, anche se gli eventi deludono le aspettative.

La forma moderna del futuro, allora, è la probabilità. Ciò presuppone che si possa distinguere tra futuro del presente che è codificato dal codice probabile/improbabile e presenti futuri che saranno sempre come saranno e mai diversamente.

All'interno di questa frattura tra futuro presente e presenti futuri si inseriscono le previsioni, che potranno essere più o meno probabili.

A ciò si aggiungono gli effetti della tecnicizzazione che determina un nuovo fondamento rispetto a quei processi che in passato erano concepiti come realizzazione della "natura".

La tradizione antica distingue la tecnica dalla natura.

¹¹ Nella prospettiva di osservazione della *Teoria della società* elaborata da Niklas Luhmann, consideriamo la società moderna come sistema di comunicazioni; la forma di differenziazione prevalente della modernità e quella funzionale, per cui ciascun sottosistema in cui si differenzia la società al proprio interno svolge una specifica funzione per conto della società medesima (es.: il diritto ha la funzione di stabilizzare le aspettative normative del comportamento; funzione della politica è quella di assumere decisioni collettivamente vincolanti; l'economia si occupa del soddisfacimento dei bisogni a fronte del problema della scarsità).

“*Physis kryptesthai philei*”, la natura ama nascondersi, affermava Eraclito in un celebre aforisma, nel V secolo a.C. Nell’antichità, quando non si era ancora differenziato un sistema scientifico specificato funzionalmente¹², l’atteggiamento nei confronti della natura era certamente di aperta diffidenza. In un mondo in cui le minacce e i pericoli più gravi erano rappresentati dalle carestie, dal freddo, dalle epidemie, l’insicurezza era diffusa e costante.

Nonostante l’innegabile diffidenza, è difficile immaginare un’epoca in cui l’uomo non abbia tentato di osservare la natura; già gli uomini primitivi si sforzavano di conoscere la volontà degli dèi del mare, dei vulcani e dei fiumi. Essi, nella costruzione della propria idea di natura, si limitavano ad elaborare la conoscenza sensibile e confinavano l’ultrasensibile al più ristretto ambito religioso.

Ciascuna religione, nell’osservazione della natura, costruisce la sua cosmogonia che, generalmente, ha inizio con l’atto divino della creazione. Attraverso queste costruzioni mitologiche si tenta di riportare l’ignoto, quello che la natura nasconde, nell’ambito del razionale e del conoscibile.

La riflessione sull’origine e sulla natura dell’universo consente di corrispondere ad una delle prime ragioni di incertezza: quella sulla collocazione dell’uomo all’interno dell’ordine (o disordine) universale.

L’antica mitologia greca immaginava che tutto avesse avuto origine da una voragine chiamata *Chaos*¹³. Esso era un vuoto dove nulla poteva essere distinto ed in cui tutto poteva essere ingoiato e compreso in un’unica notte indistinta. Poi, dal *Chaos* nacque la Terra. I Greci la chiamavano *Gaia*. La Terra non è più uno spazio oscuro, senza limiti, indefinito. Alla confusione di *Chaos*, *Gaia* oppone ordine, compattezza e stabilità. Nato dall’immensa vastità di Voragine, il mondo ha, d’ora in poi, una superficie. *Gaia* è la madre universale. Foreste, montagne, il mare, il vento traggono origine sempre da *Gaia*, dalla Terra madre.

¹² Nella prospettiva della teoria dei sistemi, la scienza è un sistema funzionalmente differenziato all’interno della società moderna che opera sulla base del mezzo di comunicazione verità. La scienza svolge la funzione specifica di costruire e ottenere conoscenza. Le strutture del sistema della scienza sono formate da aspettative di tipo cognitivo, che sono disponibili all’apprendimento in caso di delusione. Ciò comporta che quando la ricerca produce risultati nuovi, e fino a quel momento sconosciuti, il sapere scientifico si modifica in maniera corrispondente: sorgono nuove teorie o vengono elaborati nuovi concetti, e da quel momento le strutture della scienza portano ad aspettarsi qualcosa di diverso rispetto alla situazione precedente.

¹³ Cfr. J.P. Vernant, *L’univers, les Dieux, les Hommes. Récits grecs des origines*, Paris, 1999 (tr. it. *L’universo, gli dei, gli uomini. Il racconto di un mito*, Torino, 2000).

I Pitagorici, per primi, definirono l'universo come un *Kosmos*, che vuol dire ordine, ed in quel senso il termine sarà definitivamente acquisito al pensiero occidentale.

I Fisiologi, che si occupavano di svelare la causa prima della *physis*, ovvero del principio in virtù del quale la natura si presenta come “ciò che comprende in sé tutte le cose”, immaginavano il *Kosmos* come una sfera, un organismo vivo il cui movimento avvolgente rappresenta il cielo e il destino di tutte le cose.

La consapevole rappresentazione del mondo è presupposto indispensabile per contribuire a ridurre l'insicurezza, ed in tal senso si impegnò Platone. Nel Fedone, fa confessare a Socrate di aver nutrito una passione straordinaria per quella forma di sapere che viene designata come “indagine della natura” e che ha per oggetto la conoscenza delle cause di ogni cosa e l'indagine sul perché ciascuna cosa venga ad esistenza e poi perisca. Per Platone la *physis* è un'arte divina che si contrappone all'arte umana¹⁴.

Aristotele individua nella natura un principio di ordine. All'interno dell'ordine naturale le cose assumono un'esistenza indipendente. Ogni individualità, sia essa un essere vivente o un elemento, ha in sé una natura concreta che è propria della sua specie ed è il principio dei suoi movimenti naturali. Negli esseri viventi questo principio di movimento immanente si manifesta come un processo di crescita. Il carattere di ciascuna cosa naturale consiste nell'essere oggetto di sensazione, nel possedere un'esistenza indipendente, nell'avere in se stessa il principio del movimento e del riposo¹⁵. Come in Platone anche per Aristotele vi sarebbero analogie tra arte e natura; ma, mentre nella realizzazione di un'opera d'arte è un agente estraneo a imprimere dall'esterno una forma alla materia, nel processo naturale è dall'interno che la forma modella una materia che gli è propria. L'arte umana ha una finalità esterna, al contrario della natura che ha una finalità interna; il processo della natura non ha altro fine al di fuori di se stesso.

Nella filosofia antica è possibile distinguere due atteggiamenti nei confronti della natura: da un lato il rifiuto di riflettere su questioni che sono inaccessibili all'uomo e che, d'altra parte, hanno per lui scarsa importanza dal punto di vista

14 Platone, *Sofista*, 265e 3.

15 V. R. Lenoble, *Esquisse d'une histoire de l'idée de Nature*, Paris, 1969 (tr. it. *Storia dell'idea di natura*, Napoli, 1974, pp. 82 ss.).

speculativo¹⁶; dall'altro la convinzione che l'uomo sia capace di svelare i segreti della natura e che la fisica sia parte integrante della filosofia.

Sarà questo secondo orientamento a prevalere nel corso dei secoli e ciò farà sì che il problema della conoscenza della natura sarà sempre più una questione di rilevanza filosofica e scientifica, e sempre meno un tema riservato alla comunicazione religiosa. Dopo la comparsa dell'idea filosofica di natura, non si parlerà più solo di segreti divini ma anche di segreti della natura. Si comincerà a riflettere sulla possibilità che i fenomeni sensibili non siano frutto dei capricci divini ma rispondano a logiche precise. Trattando dei terremoti, Seneca, in maniera significativa, afferma: “*Gli dèi non c'entrano con questi accidenti, le convulsioni del cielo e della terra non sono effetti della loro collera. Questi fenomeni hanno cause proprie [...] L'ignoranza è causa del nostro terrore. Non vale dunque la pena sapere per non avere più paura? Ah, quant'è meglio mettersi a cercare le cause!*”¹⁷.

È l'ignoranza a procurare insicurezza. Secondo Seneca, la ricerca delle cause dei fenomeni naturali, invece, ha lo scopo di cancellare la paura dell'ignoto, di smentire le credenze secondo cui gli accidenti del mondo deriverebbero da istanze soprannaturali.

Il contributo di Seneca alla costruzione dell'idea di progresso scientifico è stato fondamentale¹⁸. Egli è ben consapevole del carattere congetturale della fisica, ma intravede la possibilità di uno svelamento progressivo di ciò che l'uomo ignora e di una lenta e difficile scoperta dei segreti della natura. Lo studio attento di uno specifico fenomeno, invero, può portare a scoprire un altro fenomeno che lo determina¹⁹. Tuttavia, le capacità di acquisire il conoscibile sono scarse e occorre rassegnarsi al fatto che saranno le generazioni future a svelare i segreti che la natura mantiene ancora nascosti²⁰.

16 Vi sarebbero cose che sono per definizione inaccessibili alle possibilità di investigazione dell'uomo, mentre sarebbe più opportuno, come sostiene Cicerone, dedicarsi allo studio della natura umana. Cfr. Cicerone, *Tusculanae*, V, 4, 10: “*Socrate fu il primo a distogliere la filosofia dalle cose che sono nascoste e avviluppate dalla natura, di cui si occupavano i filosofi anteriori, per ricondurla al piano della vita umana*”.

17 Seneca, *Questioni naturali*, VII, 30, 4.

18 In realtà, il fatto che la civiltà umana progredisca grazie a invenzioni e scoperte era già noto ai sofisti ed agli autori tragici greci del V secolo a.C.

19 Aristotele rimase sempre fedele al metodo causale, che consiste, appunto, nel passare da effetti visibili ad una causa invisibile.

20 Seneca, *Questioni naturali*, VII, 30, 5: “*Quanti animali il nostro tempo è stato il primo a conoscere, e di quanti oggetti il nostro tempo non è venuto ancora a conoscenza! Molte cose totalmente sconosciute saranno conosciute solo dalle generazioni a venire. Molte scoperte sono riservate ai tempi futuri, quando ogni ricordo di noi sarà ormai svanito*”.

Seneca si dimostra ostile ad un'idea di progresso inteso in senso strettamente tecnico: il vero progresso è quello che si ottiene attraverso l'elaborazione della percezione della natura e in armonia con essa, non contro la sua volontà²¹.

Questo atteggiamento appare in contrasto con la tesi di coloro che hanno sostenuto la necessità di ricorrere ad espedienti tecnici per “strappare” alla natura i suoi segreti, allo scopo di dominarla e sfruttarla. Secondo questa tesi, in molti casi, la natura produrrebbe effetti in contrasto con l'interesse degli uomini; pertanto, poiché l'uomo deve realizzare ciò che è meglio per sé, occorre, spesso, che si producano effetti contrari alla natura; l'uomo deve ricorrere all'astuzia (*mechane*), utilizzando macchine in grado di generare tali effetti.

Far violenza alla natura con mezzi artificiali, utilizzare l'audacia (*hybris*) per violare i segreti divini, può rappresentare, tuttavia, un pericolo.

Significative, in proposito, le storie di Prometeo e di Icaro che furono puniti per aver voluto, rispettivamente: violare il segreto del fuoco per donarlo agli uomini; forzare gli elementi, prendendo il volo artificialmente.

Nonostante il pericolo della punizione divina e indipendentemente dalla posizione assunta nei confronti delle nuove scoperte (sia che esse avvengano in armonia sia che si ottengano in conflitto con la natura), prevarrà, comunque, un atteggiamento cognitivo nei confronti dei fenomeni naturali. L'uomo si dimostra disponibile ad apprendere i “segreti della natura”. Tale disponibilità all'apprendimento, questa predisposizione cognitiva, consente di ridurre il carico di insicurezza che grava sulla comunicazione sociale.

Solo nel XVII secolo la religione perderà il suo monopolio sul concetto di verità a vantaggio di un sistema scientifico funzionalmente differenziato. Tuttavia, è possibile osservare come, fin dall'antichità, l'insieme delle conoscenze acquisite come plausibili, si sedimenta in quell'ambito comunicativo che va sotto il nome di filosofia.

Attraverso la filosofia e la scienza, sarà possibile elaborare e produrre conoscenza, ma non costruire sicurezza. Il progresso nelle conoscenze, anzi, genera nuove insicurezze, poiché, allargando l'orizzonte delle alternative, amplia le possibilità di scelta e, contemporaneamente, i rischi di delusione delle aspettative.

21 Cfr. Seneca, *Lettere a Lucilio*, 110, 10-11.

In altri termini, la tesi secondo cui il rischio possa essere contenuto o addirittura eliminato introducendo la tecnica è solo un'illusione.

D'altra parte, se è vero che i nuovi problemi che pone la tecnica possono essere risolti solo con nuova tecnica, è vero altresì che spesso la tecnologia necessaria a risolvere i problemi che la tecnica ha creato risulta più complessa di quella che era stata originariamente elaborata per realizzare gli effetti desiderati inizialmente.

Le nuove tecnologie schiudono enormi spazi alle opportunità ma, contemporaneamente, amplificano anche i rischi.

Per riferirci alla questione oggetto del presente lavoro, pensiamo ai rischi di malfunzionamento delle tecnologie informatiche ovvero ai rischi connessi ad un utilizzo distorto o peggio criminale delle tecnologie stesse.

Ebbene, non sempre la tecnologia, da sola, è in grado di fronteggiare i nuovi rischi che essa stessa produce.

Come ha correttamente osservato Ulrich Beck: *“prima o poi, i rischi della modernizzazione colpiscono anche chi li produce o trae profitto da essi. Contengono un effetto boomerang che fa saltare lo schema di classe e la dimensione nazionale. I disastri ecologici e le radiazioni atomiche ignorano i confini delle nazioni. Neanche i ricchi e i potenti possono mettersi al sicuro da essi. E ciò non riguarda soltanto i pericoli per la salute; ci sono anche pericoli per la legittimazione, la proprietà ed il profitto”*²².

Negli ultimi anni, è emersa una inquieta consapevolezza circa la fragilità dei dispositivi tecnologici. Anche in conseguenza di una moltitudine di eventi avversi che hanno minato la tradizionale fiducia nella scienza e nel progresso tecnologico: cambiamenti climatici, inquinamento, pandemie, ecc...).

Il diffuso sentimento di elevata vulnerabilità, di una fiducia ormai compromessa nei confronti delle nuove tecnologie, si accompagna ad una sorta di ossessione volta a cercare di conseguire maggiore sicurezza.

Queste considerazioni, come vedremo in prosieguo, valgono anche con riferimento ai nuovi rischi di natura cibernetica.

3. Sistema giuridico e certezza delle aspettative.

Il diritto iniziò a differenziarsi come specifico ambito di senso, a partire dal momento in cui è osservabile la distinzione tra norma e comportamento.

²² Cfr. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986 (tr. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2021, p. 30).

Come accennato nel precedente paragrafo, il diritto, così come il rischio, può essere osservato come un vincolo temporale. Il diritto è una forma di trattamento del tempo nel senso che condiziona il futuro; esso condiziona il futuro stabilizzando le aspettative del comportamento attraverso la normazione.

Il diritto consente di ridurre l'incertezza rispetto alla condotta futura dei partner dell'interazione attraverso due strategie: da un lato orientando il comportamento²³; dall'altro stabilizzando in maniera controfattuale le aspettative. Sotto il primo aspetto, il diritto impone di conformarsi a determinate regole: si promulgano leggi o si concludono contratti al fine di influenzare il comportamento di determinate persone e di dare ad esso una determinata direzione. Con riferimento al futuro, verranno mutate probabilità di comportamento²⁴. La trasgressione sarà, ovviamente, possibile ma sarà trattata come forma di devianza; a livello comunicativo un atteggiamento deviante verrà stigmatizzato e non potrà contare sul consenso sociale.

Prendendo in considerazione la seconda strategia, la stabilizzazione delle aspettative in maniera controfattuale, essa consente di mantenere ferme le aspettative anche in caso di delusione, anche contro i fatti: in presenza di una norma giuridica che vieta l'omicidio, continuo a mantenere ferma la mia aspettativa che non bisogna uccidere anche se assisto ad un assassinio.

La stabilizzazione delle aspettative di comportamento accresce immensamente il numero delle azioni fra loro conciliabili e, conseguentemente, il numero di quelle attualizzabili. Ciò consente di scegliere tra un più vasto repertorio di possibilità e incrementa le capacità di adattamento della società.

Attraverso il diritto, delimitando ciò che ci si può aspettare nel tempo, la società tenta di rendere gestibile un futuro che è in sé insicuro. L'affidabilità del diritto nel garantire le prestazioni che gli sono richieste dipenderà dal livello di generalizzazione, istituzionalizzazione e positivizzazione che esso avrà conseguito nel corso dell'evoluzione.

Sotto il profilo evolutivo, un elemento fondamentale nel processo di specificazione funzionale del sistema giuridico è rappresentato dalla

²³ Nelle *Leggi* Platone attribuisce alle norme una funzione educativa; esse devono non solo minacciare ma anche persuadere. Dello stesso avviso è Aristotele che, nell'*Etica Nicomachea*, sostiene che per educare gli uomini al vivere bene occorrono regole che minaccino punizioni ai disobbedienti.

²⁴ Cfr. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, 1981 (tr. it. *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990).

differenziazione tra diritto e religione, che si realizzerà pienamente soltanto con la modernità, anche se alcuni segnali di questo fenomeno sono osservabili già nelle società antiche che raggiunsero un certo livello di complessità²⁵.

La separazione tra diritto e religione, quali ambiti funzionali distinti, rappresenta una acquisizione evolutiva che non è determinabile temporalmente ma che ha un significato importantissimo nell'evoluzione della società.

Poche comunità hanno identificato per millenni questi due ambiti di senso come quella ebraica. Tra Dio e il popolo di Israele è intercorso un patto, un vero e proprio impegno giuridico, in base al quale il popolo eletto si è obbligato all'obbedienza della Legge divina in cambio della prosperità e della salvezza. L'osservanza della Legge rivelata da Dio (*Toràh*), pertanto, rappresenta l'essenza della religiosità ebraica e l'esplicazione della virtù morale. Non è immaginabile un fondamento razionale della legge; a fondamento di essa sta un atto di volontà, la volontà divina, non la ragione. A queste condizioni, il diritto è totalmente indifferenziato rispetto alla religione ed anzi, potremmo azzardare, ad essa sottomesso. Non ha senso discutere della sua autonomia.

Ma, in altre realtà osserviamo degli sviluppi differenti.

In Grecia mancò una elaborazione teorico-giuridica del dato normativo. Eppure, si ritenne che non fu un dio ma Solone a scrivere le leggi: *“io scrissi le leggi per i nobili e per gli umili”*. Ad Atene, come in altre città del mondo greco, il diritto fu opera umana, un diritto scritto dagli uomini, anche se con forti componenti sacre e religiose. Nel IV secolo a.C. per Platone fu del tutto ovvio muovere dall'assunto che il diritto è istituito dagli uomini e non dagli dèi. Diritto e religione appaiono due ambiti sufficientemente differenziati.

Nella Roma delle origini la giustizia era amministrata dai pontefici. Si trattava di una casta chiusa che si tramandava oralmente un condensato di prescrizioni legato al divino, ma da esso già in certa misura distinguibile, e riferito alla regolazione dei comportamenti dei cittadini e delle relazioni paritarie tra i capifamiglia all'interno della comunità. Questo antico sapere giuridico veniva

²⁵ Luhmann sostiene che le norme sono delle forme abbastanza complesse di vincolo temporale; perciò non si può supporre che esse esistano in tutte le società primitive. Nelle prime forme di evoluzione della società, risulta impossibile distinguere tra la qualità delle azioni e le regole che valgono indipendentemente dai comportamenti. “Questo non vuol dire (come talvolta si crede) che non ci sia un diritto. Ma il diritto può essere riconosciuto soltanto nelle qualità dell'agire e perciò non può essere né differenziato né sviluppato nella sua forma specifica”. Da N. Luhmann, *Sociologie des Risikos*, op. cit., p. 66.

identificato con il termine *ius*, che oggi i moderni traducono con diritto ma che allora assumeva un significato affatto diverso. La sua legittimazione non derivava dai poteri regali ma si fondava, piuttosto, sulla reciprocità paritaria dei capifamiglia, consolidata in vincoli di tipo religioso.

Lo *ius* arcaico fissava gesti e formule destinati a regolare i comportamenti dei capifamiglia in occasione dei momenti più importanti della vita di un cittadino: celebrare un matrimonio, stipulare un testamento, effettuare una compravendita, regolare i confini di una proprietà. Contravvenire alle regole significava inficiare l'ordine della comunità e la rete dei suoi comportamenti simbolici, mettersi fuori dalla protezione degli dèi e quindi del *ius*.

Al contrario, l'osservanza della ritualità prescritta dai pontefici conferiva equilibrio e fiducia ad una comunità che ne avvertiva particolarmente il bisogno.

Occorre tenere presente, infatti, che la Roma delle origini nasceva minacciata dall'ostilità dei popoli vicini (Latini, Sabini ed Etruschi), ed era comprensibilmente preoccupata dai pericoli che potevano giungere dall'esterno e che attentavano alla sua sopravvivenza.

L'ordine rituale cui sovrintendevano i pontefici rappresentava, pertanto, una risposta stabilizzatrice alla necessità, indotta dall'ambiente, di minimizzare il rischio di disgregazione.

Essi erano i depositari del calendario, con le previsioni dei pleniluni, dei noviluni e dei *dies fasti*. Questa funzione consentiva loro di sovrintendere al controllo del tempo a fini sociali²⁶. Inoltre, i pontefici registravano la storia della città, tramandando gli avvenimenti più importanti: le carestie, le epidemie, le battaglie, le eclissi, i nomi dei re.

Ma il sapere di questi antichi sacerdoti si fondava, soprattutto, sulla custodia del *mos*, il costume religioso e sociale degli antenati²⁷.

L'esperienza simbolica che si condensava nel *mos*, veniva trasfusa nella regola rituale – *ius* – consentendo di normalizzare il presente e, di conseguenza, ridurre le sue incertezze. Ciò avveniva attraverso il tentativo di trasformare gli eventi in archetipi ripetibili e dare risposta alle questioni mediante il ricorso a soluzioni predeterminate.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ V. A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2005, p. 64.

I pontefici rispondevano alle domande dei *patres* con i *responsa* che costituivano la regola della città nella sua concreta applicazione. La cognizione del *ius* non aveva altro senso se non risolvere problemi concreti e, difatti, i *responsa* non stabilivano norme di carattere generale ma valevano soltanto per dirimere la questione che era stata sollevata.

Essi, tuttavia, non venivano dimenticati; era cura del collegio pontificale conservarli e tramandarli all'interno di una tradizione giuridica di tipo esoterico.

Intorno alla metà del V secolo (presumibilmente tra il 451 e il 450 a.C.) furono emanate, ad opera di un collegio decemvirale che governava la repubblica, le XII Tavole.

Si trattava di una *lex*, solennemente promulgata con un atto di imperio del potere politico, che si collocava su un piano distinto rispetto alla regolazione della vita sociale della città, fino ad allora amministrata in via esclusiva dai religiosi.

Questa *lex*, a differenza dei *responsa* pontificali, era dotata di una sanzione coercitiva, in caso di violazione, e aveva lo scopo di stabilizzare, una volta per tutte, le regole di convivenza, rendendole conoscibili a ogni cittadino per mezzo della scrittura.

Il passaggio da uno *ius* segreto a una *lex* solennemente positivizzata, ad una legge che regolava fattispecie di carattere generale²⁸, nel disegno dei decemviri doveva ridurre i dubbi circa il contenuto stesso del diritto, orientando il comportamento dei cittadini e, allo stesso tempo, stabilizzando quelle aspettative di tipo normativo che erano state selezionate per essere incise nel bronzo delle XII Tavole.

Questo passaggio delimitava un primo confine tra religione e diritto. Un confine, ad onor del vero, ancora molto labile.

Le leggi, infatti, dovevano essere interpretate ed applicate ma non esisteva ancora, almeno fino al IV secolo a.C., una magistratura laica in grado di farlo. I pontefici, nel corso dei secoli, avevano consolidato un bagaglio di conoscenza e di esperienza difficilmente sostituibile. Essi, pertanto, divennero gli unici custodi di un testo, quello delle XII tavole, che non avevano contribuito a creare. Con una differenza, tuttavia, non di poco conto: la loro attività ermeneutica e decisoria

²⁸ A differenza dei *responsa* che si applicavano esclusivamente al caso concreto.

veniva ora svolta in qualità di esperti e l'attività di *ius dicere* non appariva più sottomessa alla religione.

Si affermava, così, uno dei tratti caratterizzanti del diritto romano: il primato del sapere degli esperti rispetto alle norme emanate dalle istituzioni politiche della città. Si trattava di un diritto di natura giurisprudenziale, costruito sulla base dell'erudizione di un ceto di individui cui la comunità aveva conferito il compito di interpretare ed applicare le regole di convivenza dei consociati. In breve, fra il IV e il III secolo, l'immagine del sacerdote custode del *ius* iniziò a sbiadirsi a vantaggio di una classe di aristocratici *prudentes*, una magistratura che fu considerata come vera e propria "milizia civile".

Anche in Roma, come in Grecia, l'amministrazione della giustizia divenne interamente profana, così come il contenuto del diritto razionalizzato e formalizzato²⁹. Il legislatore non si rappresentava come l'intermediario tra la divinità e i sudditi. A partire dal III secolo a.C., la netta distinzione tra *fas* e *ius* sottolineava la separazione tra ordinamento religioso e ordinamento giuridico: il *ius sacrum* o *divinum*, che riguardava l'organizzazione della religione di stato e i rapporti con la divinità, si contrapponeva al *ius humanum* che si riferiva all'ordinamento della città e ai rapporti tra privati e al diritto penale.

L'emancipazione del diritto dai dogmi religiosi consentiva una maggiore variabilità, una più spiccata capacità di selezione tra aspettative normative confliggenti e, di conseguenza, un migliore adattamento ai mutamenti dell'ambiente sociale.

Tuttavia, sarà solo a partire dal secolo XVII che il sistema giuridico si differenzia quale sottosistema della società moderna, che svolge le funzioni di generalizzazione e stabilizzazione di aspettative di comportamento³⁰. I suoi elementi sono tutte le comunicazioni sociali formulate in relazione al diritto: sia che esse siano svolte nell'ambito di procedimenti giuridici, sia che vengano espresse nella vita quotidiana.

Nel corso di questo processo il diritto da un lato si autonomizza rispetto agli altri ambiti della società e dall'altro si autolegittima attraverso la piena

²⁹ Sull'idea di razionalizzazione formale del diritto, cfr. le tesi classiche di Max Weber esposte nella sua *Sociologia del diritto*, in *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 (tr. it. *Economia e società*, Milano, 1961).

³⁰ Cfr. di N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981 (trad. it. a cura di R. De Giorgi, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990); nonché *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am M., 1993.

positivizzazione. Non occorre più, come era avvenuto fino al giusnaturalismo, rinvenire la fonte di legittimazione del diritto nella verità o comunque in istanze esterne al sistema. Il diritto è valido semplicemente perché è posto, vale in quanto è il prodotto di una decisione. In altri termini il diritto si fonda sul paradosso della sua contingenza: è valido oggi un diritto che domani non sarà più. È proprio il carattere della contingenza, l'istituzionalizzazione della possibilità di mutamento attraverso la legislazione, che consente al diritto moderno di incrementare la propria capacità di selettività ed elaborare un livello crescente di complessità.

Questo non significa che tutto il diritto possa essere mutato a piacimento da diritto diverso: nell'ambito della comunicazione giuridica solo uno spazio limitato è riservato alla legislazione. Una variabilità troppo elevata delle informazioni renderebbe impossibile la comprensione e creerebbe un'impasse comunicativo all'interno del sistema. È a questo scopo che viene mantenuta una semantica fondata sulla tradizione che si sedimenta nel corso del tempo in quelle astrazioni giuridiche conosciute come istituti.

Per il sistema del diritto, l'evoluzione semantica è stata meno appariscente rispetto ad altri ambiti di funzioni, in quanto, all'inizio dell'età moderna, esso poteva già contare su un alto grado di differenziazione sia della concettualità, sia degli apparati istituzionali. Tuttavia, è possibile osservare come concetti fondamentali come quelli di diritto naturale, diritto positivo, proprietà, abbiano assunto un significato completamente nuovo, così come sono sorti neologismi per indicare rimandi di senso che in precedenza non esistevano (diritto amministrativo, diritto fondamentale, informatica giuridica e così via ...) ³¹. È proprio questo carattere del diritto a rendere più lento il suo processo di adattamento alle "irritazioni" che provengono dall'ambiente.

All'interno del sistema giuridico, il diritto che si occupa di questioni informatiche rappresenta uno di quelli che vengono definiti "nuovi diritti", diritti di generazione successiva rispetto agli altri che si sono consolidati nel corso dei secoli.

Si tratta di un diritto nato nella modernità per venire incontro alle esigenze di regolazione di situazioni e soluzione di problemi che, prima dell'avvento delle nuove tecnologie, non erano neppure immaginabili. Non si deve credere, tuttavia, che regolare e normativizzare un nuovo ambito dell'agire sociale possa significare

³¹ G. Pellerino, *L'idea di proprietà. Storia come evoluzione*, Lecce, PensaMultimedia, 2004.

minimizzare i rischi di commissione di illeciti. Quello che si verifica è, semplicemente, una dislocazione del problema.

Questa circolarità, che scaturisce essenzialmente dal fatto che le situazioni di rischio non si lasciano raffigurare come situazioni problematiche di tipo normativo, costringe il diritto a pratiche di applicazione pattuita del diritto stesso, conferisce al giudice, da una parte, al soggetto del diritto, dall'altra, un potere di contrattazione che estende continuamente i margini di tolleranza dell'illecito.

Il diritto fornisce sempre meno garanzia contro le delusioni, mentre lo stesso accesso al diritto diventa un accesso rischioso.

Il codice che orienta il diritto è costituito dalla differenza binaria ragione/torto: si ha comunicazione giuridica ogni volta che, in caso di controversie, qualcuno rivendichi dei diritti e, in ragione della normativa vigente, si deve giungere a decidere chi ha ragione e chi ha torto. Il diritto, dunque, è un sistema che risolve i conflitti ma, allo stesso tempo, ne genera anche, poiché sulla base del diritto si può resistere a delle pressioni o si possono generare nuovi contenziosi.

Le norme giuridiche garantiscono una delimitazione di ciò che ci si può aspettare in futuro e, in questo senso, limitano la libertà e discriminano tra ciò che è accettabile e ciò che non lo è: con la normazione la società cerca di rendere gestibile un futuro che è in sé insicuro.

Questo vincolo temporale ha però dei costi sociali, che consistono soprattutto in una restrizione delle possibilità future di comportamento degli individui; il rischio al quale si sottopone il diritto è quello di rendere devianti, se non criminali, determinati individui o organizzazioni, senza conoscere in anticipo le intenzioni o le motivazioni dei loro eventuali comportamenti devianti.

Il diritto discrimina e decide per gli uni contro gli altri e lo fa per un futuro che non si può ancora prevedere.

I programmi che consentono al codice del diritto di diventare operativo sono costituiti dall'insieme delle norme e delle procedure. Questi programmi sono sempre condizionali e non di scopo. Le norme consentono di allocare i valori del codice ragione/torto a seconda dei casi che si presentano; in quanto programmi esse hanno la forma "se...allora..." e non solo stabilite in vista del raggiungimento di qualche scopo.

I programmi del sistema giuridico anticipano le condizioni che devono essere soddisfatte nel caso che subentri una certa situazione controversa e in questa loro

apertura al futuro garantiscono al diritto una certa capacità cognitiva: la programmazione di tipo condizionale consente al sistema del diritto di distinguere chiaramente tra autoreferenza (concezione delle condizioni formali di rilevanza giuridica) ed eteroreferenza (argomentazioni sostanziali in caso di interessi lesi) e quindi anche tra ciò che è rilevante giuridicamente e ciò che non lo è. I programmi di scopo non consentono una discriminazione del genere poiché sono troppo legati ai casi specifici: una volta raggiunto lo scopo quale altra norma dovrebbe valere? Il diritto combina dunque formazione e cognizione in modo tale da garantire tanto la propria stabilità (le norme continuano a valere anche quando vengono deluse), quanto la propria capacità di apprendere (in caso di controversie di tipo nuovo si possono elaborare nuove normative).

Il diritto svolge una funzione di sistema immunitario per la società, poiché consente di reagire a delle situazioni imprevedute senza una completa conoscenza dei fattori che hanno portato al disturbo (cioè alla contraddizione e al conflitto). Del resto, alle controversie giuridiche si giunge di solito a partire da fattispecie non chiare e su questa produzione di controversie il diritto non ha nessun controllo: esso trasforma la sicurezza data dall'aspettarsi qualcosa come probabile nell'insicurezza prodotta dalla possibile delusione della norma.

Di fronte a questa rivoluzione tecnologica, che ha segnato il passaggio dal vecchio al nuovo Millennio, il diritto ha tentato, in una prima fase, di adattarsi utilizzando i presupposti teorici e i luoghi argomentativi di cui disponeva. La comunicazione giuridica ha inizialmente ignorato il fenomeno e, solo successivamente, ha riaccorso le innovazioni che si producevano nel *ciberspazio*, tentando di "addomesticarle" all'interno di istituti già esistenti, spesso senza coglierne in pieno le specifiche peculiarità.

È così accaduto che, in alcuni casi, il diritto abbia utilizzato norme per certi aspetti obsolete, come la legge italiana sul diritto d'autore, per tutelare la proprietà intellettuale in Internet; ovvero, in altri casi, abbia abdicato alla regolazione di aspetti fondamentali quali, ad esempio, quelli legati alla *governance* della Rete.

Il corto circuito che ha investito il diritto di fronte a queste problematiche deriva innanzitutto dalla natura che esso ha assunto fin dagli albori della modernità; con la nascita degli Stati nazionali, il diritto ha perso il suo carattere universalistico e si è abituato ad operare nell'ambito ristretto dei singoli ordinamenti. Se si eccettuano le norme del diritto internazionale (pubblico e

privato), che occupano uno spazio limitato rispetto alla mole dei diritti nazionali, occorre riflettere sul fatto che il diritto moderno si è riprodotto nel segno della pluralità e non dell'unità. All'antico particolarismo giuridico che si caratterizzava per le differenze di ceti e di *status*, è succeduto un nuovo particolarismo di natura politico-territoriale³².

In questo contesto, si ritiene che l'avvento della Rete abbia dato inizio ad un lento ma inesorabile processo di disgregazione delle fondamenta stesse del sistema giuridico contemporaneo.

Nella prospettiva del diritto pubblico, con la diffusione dell'utilizzo di Internet, il livello dei rapporti tra governanti e governati viene modificato grazie ad uno strumento che permette una circolazione notevolmente più accentuata delle informazioni e della conoscenza, consentendo un significativo incremento dei meccanismi di controllo sui governanti; a tali condizioni, il grado di libertà dei cittadini tende ad aumentare in maniera inversamente proporzionale rispetto alla pressione del potere politico. Internet rappresenta uno strumento di accrescimento delle conoscenze e della libertà, portando con sé un ampliamento degli strumenti di governo non autoritativi e consensuali cui corrisponde una riduzione di quelli di tipo autoritativo. Inoltre, lo stesso sistema delle fonti viene modificato. Nel costituzionalismo moderno, le fonti sono tradizionalmente di origine statale, a partire dalla legge; ebbene, la Rete favorisce fenomeni di destatalizzazione delle fonti in due direzioni opposte: da un lato, accrescendo il ruolo delle fonti di livello internazionale; dall'altro, incentivando le fonti che derivano dall'autoregolamentazione. Infine, la diffusione dell'accesso a Internet incide profondamente sui contenuti dei diritti fondamentali. Dei diritti di partecipazione politica abbiamo appena detto; quanto alle libertà economiche, è possibile osservare l'accentuazione di quel processo che porta a ridimensionare gli spazi del diritto di proprietà, inteso in senso tradizionale, nonché ad incrementare la libertà di iniziativa economica e la concorrenza; in relazione alla libertà di comunicazione, occorre notare che si assiste ad una profonda rimodulazione dello statuto di questa libertà, con riferimento da un lato alle nuove problematiche che investono la privacy (le tecnologie elettroniche hanno introdotto un nuovo modo di costruzione della sfera privata, con la possibilità di organizzare, unificare e far permanere

³² F. Galgano, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia del diritto*, Vol. I, 2003, p. 10.

informazioni disperse o destinate a scomparire) e dall'altro al sostanziale accorpamento di diritti che nella tradizione europea erano stati tenuti separati (libertà di manifestazione del pensiero, libertà di espressione, libertà di corrispondenza, libertà di ricevere e trasmettere informazioni).

Nella prospettiva del diritto privato, la dottrina ha iniziato a domandarsi quale futuro possa esso avere all'interno del "villaggio globale" di una società che ha dimensioni planetarie. L'ambito di applicazione del diritto civile, apparentemente, si dilata a dismisura in rapporto all'espansione dei rapporti giuridici nel mercato globale, sia che essi intercorrano tra imprese sia tra imprese e consumatori. Si pensi al contratto *on line*, un negozio concluso fuori dallo spazio; il problema è che nessun ordinamento nazionale risulta applicabile sulla base delle tradizionali regole del diritto internazionale privato. Qualcuno ha addirittura concluso che si tratterebbe di un contratto collocabile fuori dal diritto³³.

La realtà è che gli ordinamenti nazionali risultano insufficienti a cogliere la dimensione della questione. Il problema investe i fondamenti stessi del sistema giuridico.

Alla luce di quanto innanzi, alcuni presupposti della concezione illuministica dello Stato di diritto devono essere ripensati. Non è più consentito illudersi che il diritto possa soddisfare tutte le pretese e le istanze che l'incremento della complessità sociale gli pone sotto forma di aspettative. Appare obsoleta, altresì, l'immagine giusnaturalistica di una società costituita da individui liberi che delega allo Stato il potere di regolarla tramite il diritto. Piuttosto, occorre eliminare le ipersemplificazioni del senso comune e tentare di descrivere le possibilità e i limiti del moderno diritto nell'età tecnologica.

È ricorrente l'affermazione secondo cui nella società contemporanea sarebbe necessario un livello più elevato di legalità. Il problema sorge nel momento in cui si debba interpretare il significato di "maggiore legalità". Nella vulgata del senso comune, fatta propria da larghi strati della politica, l'incremento della legalità si otterrebbe attraverso un sovraccarico di produzione normativa, secondo l'equazione: più diritto uguale più sicurezza delle aspettative. In senso diametralmente opposto, si sostiene che più regole comportano maggiore condizionamento dei cittadini, senza che a ciò corrisponda un incremento della sicurezza. Secondo questa tesi, la ipergiuridificazione, anziché risolverli,

³³ Ivi, p. 13.

causerebbe un'amplificazione dei conflitti; la funzione del diritto, infatti, non è quella di eliminare i conflitti ma di trasformarli in contenziosi di natura giuridica e giudicarli secondo le proprie regole. L'equazione, in questa ipotesi, sarebbe: più diritto uguale più conflitti.

Muovendo da questi presupposti, una parte della dogmatica giuridica reinterpretata il bisogno di legalità come maggior possibilità di far valere pretese di diritto soggettivo, innanzitutto attraverso una autolimitazione dell'intervento dello Stato. In questa direzione, gli spazi che il diritto delle nuove tecnologie è riuscito a sottrarre alla regolamentazione degli ordinamenti statuali possono contribuire alla costruzione dei diritti di libertà³⁴ secondo principi e modalità assolutamente nuovi.

Libertà che non deve essere confusa con anarchia, con la negazione del diritto. Limitare l'intervento degli stati nella regolamentazione di ambiti come la Rete globale non può significare, come pure è stato sostenuto³⁵, escludere la possibilità di applicare la categoria del giuridico, sollevare il ciberspazio dalla soggezione al principio di responsabilità.

Occorre, piuttosto, arricchire di nuovi contenuti la semantica di concetti classici della Teoria dello Stato quali "sovranità" e "democrazia"³⁶. Fermo restando il potere dei singoli stati nazionali di esercitare il diritto di sovranità sui propri territori, si deve prendere atto che il riferimento a frontiere fisiche è privo di senso rispetto a Internet, che è strutturata sulla base di locazioni logiche e non geografiche. Di conseguenza, la forma stessa della sovranità e la sua capacità di esercizio devono essere rimodulate contemplando nuovi confini oltre a quello tradizionalmente riconosciuto del dominio riservato (*domestic jurisdiction*). Con riferimento al concetto di democrazia, la Rete può favorire un ampliamento degli spazi di esercizio di forme di partecipazione diretta dei cittadini alla gestione della cosa pubblica. L'idea di una democrazia digitale (*E-democracy*) non è più un'utopia e molti Paesi si stanno attrezzando per favorire, attraverso le nuove tecnologie, la

³⁴ È il caso di ricordare come, storicamente, i primi diritti fondamentali si siano affermati come istituzioni che hanno il compito di difendere il cittadino nei confronti degli abusi dello Stato assolutista. Cfr. N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002.

³⁵ J. P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in http://en.wikipedia.org/wiki/A_Declaration_of_the_Independence_of_Cyberspace.

³⁶ Cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Informatica, filosofia, diritto. Un'introduzione*, in *Filosofia e Diritto nell'era di Internet*, Roma, Aracne, p. 27.

partecipazione dei cittadini al processo democratico e facilitare l'esercizio dei diritti civili e politici sia in forma individuale che collettiva³⁷.

Il sistema giuridico non tollera lacune, insegnavano i giuspositivisti. Di fronte a questa massima e osservando le difficoltà degli ordinamenti nazionali a regolamentare il fenomeno della Rete, una parte della dogmatica è entrata in crisi, quasi che le fondamenta stesse del sistema giuridico stessero per cedere sotto la spinta di schiere di cibernauti.

In realtà, il problema rilevante non è se nell'ordinamento statale si rinvenga o meno una lacuna rispetto alla regolamentazione della Rete; piuttosto la questione fondamentale appare la seguente: è possibile che dalle problematiche sorte con riferimento alla regolamentazione di Internet, quale fenomeno sociale, siano scaturite soluzioni di natura tecnico-giuridica in qualche modo innovative rispetto alla tradizione?

In altri termini, occorre domandarsi se non stiamo assistendo ad un processo di adattamento del sistema giuridico alle istanze che provengono dall'ambiente e se il risultato di questo processo non rappresenti una acquisizione evolutiva, una condizione per trattare in maniera diversa casi differenti. L'attuale contingenza, letta in questo senso, può rappresentare un'opportunità, anziché un limite per il diritto.

Il sistema delle fonti, come si è cristallizzato nel corso dei secoli, fondato sulla statualità del diritto, sul primato della legge, sulla centralità costituzionale del principio di legalità, appare, per certi aspetti, inadeguato a misurarsi con le questioni legate alla globalizzazione e all'introduzione delle nuove tecnologie. Come in ambito economico si realizza l'integrazione dei mercati, in ambito politico si compie la transizione verso la tecnodemocrazia, nel sistema giuridico la *lex mercatoria* si impone rispetto ai principi di statualità e nazionalità del diritto. Ciò che si prospetta, all'inizio del terzo millennio, è una società senza Stato, di dimensioni planetarie, retta da un diritto transnazionale di formazione spontanea definito, appunto, *Nuova lex mercatoria*³⁸.

Si tratta di un diritto elaborato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli stati, formato da regole destinate a disciplinare in modo

³⁷ Questi principi sono stati affermati nell'art. 9 del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale).

³⁸ F. Galgano, *Prefazione* al Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. XXVII, Il contratto telematico, Padova, 2002, p. XIV.

uniforme i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati³⁹. Questo diritto di origine privata si colloca al di fuori del sistema delle fonti, ma viene riconosciuto quale diritto valido ed efficace. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 722 del 8 febbraio 1982, ne ha confermato il carattere di ordinamento giuridico originario, regolante il commercio internazionale.

Se il diritto degli ordinamenti nazionali è entrato in crisi, il sistema giuridico, nel suo processo evolutivo, sta tentando di elaborare nuove forme attraverso cui continuare a riprodursi. Il percorso che pare aver intrapreso è quello dell'affermazione di una legge senza frontiere che consenta di disciplinare i rapporti giuridici in modo indipendente sia dai singoli diritti nazionali che dal diritto internazionale pubblico. Un sistema normativo particolarmente adatto a regolare i rapporti tra privati, consumatori e aziende all'interno della Rete.

Diverso problema è quello della *governance* di Internet, una questione che pare difficilmente risolvibile solo con il ricorso a norme di carattere pattizio quali la *lex mercatoria*. Si tratta di un tema che merita ulteriori approfondimenti e rappresenta, per il diritto, un *casus irreducibilis* tuttora in attesa di soluzione.

4. Rischio cibernetico e diritto.

Nel 1948, il termine "cibernetica" fu utilizzato, per la prima volta dal matematico americano Norbert Wiener⁴⁰, per indicare un ramo di indagine interdisciplinare, dalle scienze umane, all'ingegneria, fino alla biologia e all'economia, orientato allo studio unitario di sistemi, viventi e non-viventi, attraverso l'utilizzo degli strumenti del calcolo matematico.

Wiener aveva mutuato il termine dal greco antico *kybernetes* (*κυβερνήτης* indicava il timoniere di una nave), intendendo focalizzare l'attenzione sulla guida e sul controllo di uno o più insiemi di elementi che interagiscono tra loro.

Negli anni '80, la parola "cibernetica", al di fuori degli ambiti accademici e militari, fu utilizzata dagli scrittori di fantascienza e diffusa, così, presso il grande pubblico. In particolare, William Gibson, nel 1984, esplorò le interazioni tra uomo e macchina, all'interno di un network globale e conio, per la prima volta, il termine

³⁹ La definizione è di Galgano ed è tratta da *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999, p. 89 ss.

⁴⁰ Cfr. N. Wiener, *Cybernetics: Or, Control and Communication in the Animal and Machine*, Cambridge (Massachusetts), 1948.

*cyberspace*⁴¹, definendolo come una “allucinazione collettiva”, per indicare un ambiente virtuale in cui gli uomini interagiscono con le macchine.

Oggi, con il termine spazio cibernetico si designa un campo semantico più ampio di quello coperto inizialmente. Il cyberspazio è diventato un elemento cruciale per le dinamiche politiche, sociali, finanziarie e umane del nuovo millennio.

Lo stesso prefisso “cyber” ha assunto una portata universale e descrive una varietà di fenomeni che spaziano dal cybercrime, al cyberbullismo, fino al cyberterrorismo.

La natura antropica e artificiale dello spazio cibernetico ha contribuito a modellare le dinamiche delle interazioni umane e a modificare concetti classici quali la partecipazione politica, il dibattito politico, il processo decisionale, la pace e la guerra⁴².

La nozione di rischio cibernetico indica quei rischi che possono osservarsi nell’ambito dello spazio cibernetico (o *cyberspace*) e le ricadute che possono determinarsi nello spazio fisico. E’ innegabile che lo spazio cibernetico, pur essendo uno spazio solo virtuale, rappresenti un elemento essenziale per la riproduzione della comunicazione e la stessa sopravvivenza della società moderna: dai sistemi di elaborazione e trasmissione delle informazioni dipendono, infatti, tutti i servizi essenziali per la vita quotidiana dei cittadini e delle imprese, per la sostenibilità dei sistemi economici e finanziari, per il funzionamento della cosa pubblica e, in ultima analisi, per l’esercizio stesso della democrazia.

Da ciò conseguono le sempre crescenti preoccupazioni relative agli impatti che eventuali interruzioni e malfunzionamenti all’interno del dominio cibernetico possono determinare. Oltretutto, il dominio cibernetico è caratterizzato da fragilità di natura tecnica e strutturale che lo rendono particolarmente vulnerabile rispetto ad azioni malevole.

I rischi cibernetici si sono moltiplicati in parallelo alla c.d. rivoluzione IoT (*Internet of Things*), a seguito della quale l’utilizzo della Rete Internet è stato esteso al mondo degli oggetti; in sostanza, gli oggetti si rendono riconoscibili e acquisiscono intelligenza grazie al fatto di poter comunicare dati su se stessi e accedere ad informazioni aggregate.

⁴¹ V. W. Gibson, *Neuromancer*, New York, 1984.

⁴² Cfr. L. Martino, *La quinta dimensione della conflittualità. L’ascesa del cyberspazio e i suoi effetti sulla politica internazionale*, in *Politica & società*, Bologna, Fascicolo I, gennaio-aprile 2018, p. 62.

Nel contesto dell'IoT “un oggetto”, si può osservare come un elemento reale o fisico, digitale o virtuale, che esiste e si muove nello spazio e nel tempo ed è in grado di essere univocamente identificato all'interno della rete mondiale, dotato di capacità computazionale propria, oltre che, spesso, specializzato per svolgere specifiche funzioni secondo logiche predefinite. L'Internet degli oggetti collega il mondo reale con il mondo virtuale, consentendo in tal modo, ovunque sia disponibile una connessione, di interagire con chiunque e con qualunque sistema informatico. Questi oggetti sono in grado di acquisire e scambiare informazioni, generando complessivamente una grandissima quantità di dati. I c.d. *Big Data* trovano nell'IoT la più importante fonte di informazioni, informazioni che, a loro volta, verranno elaborate da applicazioni di *Data Mining* e *Data Analytics* per estrarre significati e, in ultima analisi, valore dall'insieme dei dati aggregati.

Ebbene, qualsiasi oggetto collegato alla Rete è potenzialmente soggetto ad attacchi informatici ed i dispositivi IoT non fanno, ovviamente, eccezione; anzi, essi sono sempre più esposti al rischio non solo di sottrazione di dati ma anche che ne sia impedito o manipolato il funzionamento con potenziali danni a cascata spesso incalcolabili (si pensi ai danni che possono essere causati nel contesto di una *smart city*).

Negli ultimi anni si è assistito al consolidamento di una discontinuità rispetto al passato nella natura dei soggetti che realizzano gli attacchi. Gli attaccanti non sono più solo i c.d. “*hackers*” ovvero gruppi estemporanei di “artigiani” del cybercrime: sono centinaia di gruppi criminali organizzati che operano a livello internazionale e sono spesso dotate di mezzi illimitati, stati nazionali con i relativi apparati militari e di intelligence, i loro fornitori e contractors ed unità di mercenari, che hanno come obiettivo infrastrutture critiche, multinazionali e aziende, reti, server, device mobili, gli oggetti IoT, le piattaforme social e di instant messaging.

Come emerge dal Rapporto Clusit⁴³ 2020 sulla sicurezza ICT in Italia, nel solo 2019 si sono verificati, a livello globale, 1.670 attacchi di rilevante gravità, che hanno avuto un impatto significativo per le vittime in termini di perdite economiche, di danni alla reputazione, di diffusione di dati sensibili (personali e

⁴³ Il Clusit, nato nel 2000 presso il Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Milano, è, probabilmente, la più autorevole associazione italiana nel campo della sicurezza informatica. Essa rappresenta oltre 600 organizzazioni, appartenenti a tutti i settori del Sistema-Paese.

non). Complessivamente, rispetto al 2018, il numero di attacchi gravi è cresciuto del 7,6%.

È possibile distinguere differenti tipologie di attacco: attacchi comuni che sfruttano le vulnerabilità note, attacchi avanzati che sfruttano invece vulnerabilità complesse e talvolta sconosciute, attacchi emergenti che vengono eseguiti da aggressori che elaborano nuovi modelli di attacco con tecnologie sempre più sofisticate.

L'attacco informatico consente di ottenere risultati proporzionalmente molto maggiori rispetto alle risorse impiegate: le risorse da impiegare sono limitate, in quanto è sufficiente possedere il know-how e la dotazione minima di strumenti informatici per operare; il risultato, d'altra parte, può conseguire una rilevanza elevatissima, anche dal punto di vista strategico.

Mentre in passato le aggressioni si realizzavano sulla base di modelli simmetrici, oggi *“l'attacco informatico è stato paragonato a quello asimmetrico, nel quale i rapporti di forza risultano bilanciati, in seguito allo scontro tra due soggetti di natura diversa. Un esempio di scontro asimmetrico è il conflitto tra l'esercito di uno stato ed un'organizzazione terroristica o di guerriglieri. L'attacco asimmetrico è caratterizzato da una serie di elementi: vantaggio dell'attaccante, non discriminazione tra obiettivi militari e civili, difficoltà nel risalire all'origine dell'attacco ed attribuirne la responsabilità ai colpevoli, crollo delle logiche di deterrenza e rappresaglia”*⁴⁴.

Un obiettivo target particolarmente a rischio è quello delle c.d. Infrastrutture critiche⁴⁵, ovvero quelle infrastrutture il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini

⁴⁴ V. C. Cencetti, *Cybersecurity: Unione europea e Italia: prospettive a confronto*, Roma, 2014, p. 19.

⁴⁵ Probabilmente, la prima definizione ufficiale di Infrastruttura critica la si rinviene nell'ambito di un'inchiesta destinata al Presidente degli Stati Uniti d'America che, nell'ottobre del 1997, la definiva: *“A network of independent, mostly private owned, man-made systems and process that function collaboratively and synergistically to produce and distribute a continuous flow of essential goods and services”*. Successivamente, lo stesso governo americano, su un sito riconducibile al dipartimento interno di sicurezza nazionale, definì così il concetto di infrastruttura critica: *“Critical infrastructure (CI) are the assets, systems and networks, whether physical or virtual, so vital to the United States that their incapacitation or destruction would have a debilitating effect on security, national economic security, public health or safety, or any combination thereof”* (Cfr. A. Lazari, *European Critical Infrastructure Protection*, Switzerland, 2014, p. 2).

La prima definizione della nozione di Infrastrutture critiche, a livello europeo, è contenuta nella Comunicazione n.702/2004 del Consiglio Europeo, in materia di prevenzione di possibili attacchi terroristici, e comprende: *“Quelle risorse fisiche, servizi e installazioni, reti e risorse informatiche la cui degradazione avrebbe un serio impatto sulla sicurezza o il benessere economico degli Europei o sul funzionamento efficace dell'Unione Europea o dei Governi degli Stati Membri”*.

in uno Stato⁴⁶. Esse rappresentano la spina dorsale delle economie dei Paesi sviluppati. Ciascuna Infrastruttura critica rappresenta un sistema complesso, distribuito geograficamente in maniera non lineare, che interagisce sia con le altre infrastrutture critiche che con diversi operatori: gestori, utenti ecc. Il fatto che le Infrastrutture critiche utilizzino in maniera massiva le tecnologie ICT accentua la loro interdipendenza e fa sì che il malfunzionamento o la disfunzione di un'infrastruttura può ripercuotersi sulle altre propagando e amplificando i danni.

A fronte delle incombenti minacce di natura cyber, le organizzazioni pubbliche e private devono riuscire ad essere resilienti ed avere una chiara percezione del rischio che caratterizza gli attacchi informatici ai quali far fronte.

È possibile tracciare una prima fondamentale distinzione tra minacce cibernetiche di tipo naturale e minacce cibernetiche di matrice umana.

Il primo *genus* corrisponde, essenzialmente, alle minacce cibernetiche che trovano la loro causa scatenante in calamità naturali e fenomeni naturali (ci si riferisce, nello specifico, a tempeste, inondazioni, a terremoti o a incendi. Si tratta di pericoli che possono minare il funzionamento e la disponibilità di un dato sistema informatico in un dato luogo e momento.

Con riferimento alle minacce cibernetiche di matrice umana, si osserva che, in origine, l'unica minaccia era rappresentata dagli *hacker*, che agivano per lo più a livello individuale e quasi sempre orientavano la propria condotta secondo principi etici da essi stessi elaborati⁴⁷. Negli ultimi decenni, le minacce cibernetiche di matrice umana hanno conosciuto un continuo processo di evoluzione, possono provenire da diverse categorie di soggetti possono realizzarsi con diverse modalità di azione ostile e possono avere differenti obiettivi, tanto da rendere difficile una loro riduzione ad unità concettuale.

Caratteristica comune è quella di assicurare, quasi sempre, l'anonimato e, conseguentemente, l'impunità all'attaccante, che, proprio per tale motivo, può

⁴⁶ Cfr. la Direttiva Europea 2008/114/CE, relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione, che, al punto a) dell'art. 2, definisce infrastruttura critica: "un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini ed il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni".

⁴⁷ L'etica, la cultura e la filosofia hacker affondano le radici negli anni cinquanta e sessanta, muovendo i primi passi al Massachusetts Institute of Technology (MIT) di Boston. Il termine "etica hacker" è attribuito allo scrittore Steven Levy, che lo descrive nel testo *Hackers. Gli eroi della rivoluzione informatica*, pubblicato nel 1984.

agire con maggiore disinvoltura e su larga scala, senza temere ritorsioni e contrattacchi.

Numerose sono le iniziative, a livello internazionale, volte a rafforzare la capacità difensiva a migliorare la cooperazione e accrescere la fiducia tra gli Stati nel cyberspazio. Risulta, ormai, ineludibile, a fronte di rischi che eludono i confini statuali, elaborare regole di carattere sovranazionale per contrastare le minacce che incombono nello spazio cibernetico.

Il primo documento, approvato dall'Assemblea generale dell'ONU, risale al 1998 ed è la Risoluzione n. 53/70. Obiettivo essenziale di questa Risoluzione fu quello di predisporre meccanismi volti a ridurre i rischi causati da un uso criminale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e, soprattutto, i rischi di *escalation* politica e militare.

Anche l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) ha inteso attivarsi per ridurre il rischio di conflitti che possano scaturire dall'uso malevolo delle tecnologie informatiche. A tal fine, nel 2012, ha istituito un *Informal working group* (IWG) con lo scopo di ridurre i rischi di conflitto innescati nel cyberspace.

Nello specifico, sono state elaborate delle misure di rafforzamento della fiducia (Confidence-Building Measures - CBM), che mirano a rendere più prevedibile lo spazio cibernetico ed offrono strumenti e meccanismi utili per evitare possibili malintesi, quali:

- un meccanismo di consultazione tra gli Stati in caso di potenziali incidenti alla sicurezza informatica e cibernetica al fine di attenuare l'insorgenza di tensioni;
- una piattaforma per lo scambio di opinioni e di politiche ed approcci nazionali alla sicurezza cibernetica ed informatica al fine di permettere di "leggere" meglio le intenzioni gli uni degli altri nel cyberspazio;
- iniziative concrete per proteggere ad esempio infrastrutture informatiche sensibili al fine di permettere a tutti gli Stati partecipanti di rafforzare collegialmente la resilienza cibernetica nella regione dell'OSCE a vantaggio di tutti.

Oltre alle CBM, elaborate per garantire la sicurezza cibernetica ed informatica, l'OSCE e le sue istituzioni si occupano anche delle minacce alla sicurezza cibernetica ed informatica provenienti da attori non statali, quali criminalità

organizzata e gruppi terroristici. A tal proposito, l'Organizzazione afferma che sia di capitale importanza sollecitare le autorità nazionali a reagire tempestivamente ed in maniera adeguata a queste minacce, attraverso migliori tecniche forensi ed approcci innovativi per impedire che le TIC diventino un'arma tattica nelle mani dei terroristi.

Si tratta di iniziative senz'altro importanti, ma, purtroppo, ancora insufficienti a contrastare un fenomeno in continua espansione.

È per questo che un soggetto privato, Microsoft Corporation, in persona del suo Presidente Brad Smith, nel 2017, si è fatto latore di una proposta innovativa: elaborare ed approvare una Convenzione digitale di Ginevra (Digital Geneva Convention) in materia di cybersecurity.

Secondo la multinazionale statunitense, i governi dovrebbero impegnarsi per assicurare agli individui la protezione in Rete, istituendo un'organizzazione internazionale con il compito di monitorare e contrastare gli attacchi informatici eventualmente ispirati da singoli stati.

Muovendo da questa considerazione e sulla base di un senso di responsabilità condivisa, numerose aziende tecnologiche, tra cui la stessa Microsoft, hanno firmato il *Cybersecurity Tech Accord*, un impegno pubblico fondato su quattro principi:

- La protezione dei propri utenti e clienti ovunque essi si trovino – siano essi individui, organizzazioni o governi – e indipendentemente dalle loro conoscenze tecniche, dalla loro cultura oppure dalle motivazioni dell'aggressore, siano queste a scopo criminale o di matrice geopolitica. Le aziende firmatarie si impegnano a progettare, sviluppare e fornire prodotti e servizi che privilegino la sicurezza, la privacy, l'integrità e l'affidabilità, riducendo così la probabilità, la frequenza e la gravità delle vulnerabilità.
- Il contrasto agli attacchi informatici contro cittadini innocenti e imprese, impegnandosi a proteggere i prodotti e i servizi tecnologici dalla manomissione e dallo sfruttamento durante le fasi di sviluppo, progettazione, distribuzione e uso. Le aziende si sono altresì impegnate a non aiutare i governi a lanciare attacchi informatici contro cittadini e imprese.
- Il rafforzamento di capacità cibernetiche che permettano agli utenti, ai clienti e agli sviluppatori di incrementare la protezione

della *cybersecurity* attraverso una maggiore condivisione di informazioni e strumenti che consentano loro di comprendere le minacce attuali, prevedere quelle future e proteggersi da esse. Inoltre, i firmatari sosterranno la società civile, i governi e le organizzazioni internazionali nei loro sforzi per far aumentare la sicurezza nel cyberspazio e per sviluppare ulteriori capacità in questo senso, tanto nelle economie sviluppate quanto in quelle emergenti.

- La collaborazione fra aziende e gruppi che condividono la stessa visione per migliorare la sicurezza informatica. Questo include partnership formali e informali con l'industria, la società civile e l'accademia, attraverso tecnologie proprietarie e *open-source* al fine di migliorare la collaborazione tecnica, la divulgazione coordinata delle vulnerabilità e la condivisione delle minacce, nonché per ridurre al minimo i rischi e i possibili danni nel cyberspazio. Inoltre, si incoraggeranno la condivisione di informazioni a livello globale e gli sforzi di attori civili per identificare, prevenire, rilevare e rispondere agli attacchi informatici, recuperare dai danni causati e garantire risposte flessibili per la sicurezza del più ampio ecosistema tecnologico globale.

L'importanza del *Cybersecurity Tech Accord* è duplice: da un lato, esso costituisce un *unicum* nel campo tecnologico e nella gestione del cyberspazio, segno di un impegno condiviso e della necessità di dare sostanza ai principi di responsabilità e fiducia nelle tecnologie. Dall'altro, la sua visione è accompagnata da azioni concrete che le aziende si impegnano ad implementare, impegnandosi direttamente per realizzare un cyberspazio stabile e sicuro⁴⁸.

Orbene, l'elaborazione e la sottoscrizione, da parte di soggetti di privati, del *Cybersecurity Tech Accord* rappresenta una conferma delle tesi sostenute nel precedente paragrafo del presente lavoro:

1. parallelamente al fenomeno della globalizzazione e alla diffusione delle nuove tecnologie, stiamo assistendo ad un processo di adattamento del sistema giuridico;

⁴⁸ Cfr. P.L. Dal Pino, *Dal Cybersecurity Tech Accord a una Digital Geneva Convention: responsabilità, fiducia e impegno condiviso*, disponibile su: <https://www.ojs.unito.it/index.php/human-security/article/view/3580>.

2. il sistema delle fonti, come si è cristallizzato nel corso dei secoli, fondato sulla statualità del diritto, sul primato della legge, sulla centralità costituzionale del principio di legalità, appare inadeguato a misurarsi con le questioni legate alla globalizzazione e all'introduzione delle nuove tecnologie;
3. nell'ambito della sicurezza cyber, così come, in altri ambiti del diritto dell'informatica (es. il commercio elettronico) si sta affermando una forma di diritto proveniente dal basso, elaborata dal ceto imprenditoriale, con lo scopo di contribuire a regolamentare un fenomeno senza frontiere che tende ad eludere il perimetro ordinamentale dei singoli stati nazionali.

Una ulteriore conferma dell'importanza sempre crescente che stanno assumendo le regole di carattere extrastatuale nel settore della cybersicurezza è data dal fatto che le uniche norme tecniche riconosciute al livello planetario provengono da una organizzazione indipendente non governativa: la International Organization for Standardization (ISO)⁴⁹.

Nello specifico, lo standard ISO/IEC 27001:2017 (Tecnologie delle informazioni - Tecniche di sicurezza - Sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni - Requisiti) riguarda la protezione delle risorse informative; in particolare, esso è il documento normativo di certificazione al quale l'organizzazione deve fare riferimento per costruire un Sistema di Gestione della Sicurezza delle Informazioni che possa essere certificato da un ente indipendente. Lo standard ISO/IEC 27002:2013 (Tecnologie Informatiche - Tecniche di sicurezza - Codice di buone prassi per la gestione della sicurezza delle informazioni) è una raccolta di "best practices" che possono essere adottate per soddisfare i requisiti della norma ISO 27001. Lo standard ISO/IEC 27003:2017 (Tecnologie Informatiche - Tecniche di sicurezza Sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni - Linee guida) detta una serie di linee guida in materia di sicurezza delle informazioni. Lo standard ISO/IEC 27004:2016 (Tecnologie Informatiche - Tecniche sicurezza – Gestione della sicurezza delle informazioni – Monitoraggio, misurazione, analisi e valutazione) si occupa di assistere le

⁴⁹ Si tratta della più importante organizzazione mondiale per la definizione di norme tecniche, al cui interno si contano 164 membri di altrettante organizzazioni nazionali. L'ISO fu fondata il 23 febbraio 1947, in seguito ad un incontro all'interno dell'Institute of Civil Engineers a Londra, avvenuto nel 1946, al quale parteciparono delegati provenienti da 25 stati diversi. Inizialmente la ISO operava esclusivamente sul territorio europeo e nacque con l'intento di uniformare le unità di misure. Dalle origini fino ad oggi, la ISO ha pubblicato oltre 22.000 standard.

organizzazioni nella valutazione delle *performance* in materia di sicurezza informatica e dell'efficienza del sistema di gestione nell'applicazione dello standard 27001. Lo standard ISO/IEC 27005:2018 (Tecnologia dell'informazione - Tecniche di sicurezza - Gestione dei rischi relativi alla sicurezza delle informazioni) mira a garantire che le organizzazioni progettino, implementino, gestiscano, monitorino e mantengano i propri controlli relativi alla sicurezza delle informazioni in modo corretto e razionale in rapporto ai rischi.

Inoltre, lo standard ISO 22301:2019 (Societal security - Business continuity management systems - Requirements) è una norma internazionale relativa alla gestione della continuità operativa, che definisce i requisiti necessari a pianificare, stabilire, attuare, rendere funzionante un sistema di gestione documentato, e per monitorare, mantenere attivo e migliorare in continuo il sistema di gestione finalizzato a proteggere, ridurre le possibilità di accadimento, preparare, dare risposte ed a ripristinare eventi destabilizzanti per un'organizzazione, quando questi abbiano a manifestarsi. La c.d. *Business Continuity* è una pratica imprescindibile per garantire la resilienza. Lo standard in questione definisce la *Business Continuity* come “*la capacità di un'azienda di continuare ad erogare prodotti e servizi ad un livello accettabile, a fronte di eventi avversi di ogni genere che potrebbero verificarsi*”. Si tratta, in sostanza, di un modello di gestione che si rivolge a tutte le aziende, enti o organizzazioni, indipendentemente dalla loro natura (pubblica o privata), dal settore in cui operano e dalla loro dimensione.

Per comprendere l'importanza di una corretta gestione della continuità operativa, bisogna immaginare le conseguenze che deriverebbero se, ad esempio, un impianto di energia elettrica avesse un grave malfunzionamento o venisse distrutto, lasciando i cittadini per giorni senza la fruizione di corrente elettrica, e quindi di internet ed acqua corrente. Se il fermo dovesse protrarsi per settimane, ci troveremmo, certamente, di fronte ad uno scenario apocalittico.

Tutto quanto innanzi sostenuto, non significa che nell'ambito della *cybersecurity* la normazione abbia completamente abdicato al suo ruolo. In particolare in ambito europeo, anzi, gli sforzi per regolamentare la sicurezza in ambito informatico e legata alle nuove hanno prodotto risultati incoraggianti; tuttavia, permane la difficoltà del sistema giuridico di affrontare, a livello globale, le principali sfide del nuovo millennio.

Alcuni presupposti della concezione illuministica dello Stato di diritto devono essere ripensati. Non è più consentito illudersi che il diritto possa soddisfare tutte le pretese e le istanze che l'incremento della complessità sociale gli pone sotto forma di aspettative. Appare obsoleta, altresì, l'immagine giusnaturalistica di una società costituita da individui liberi che delega allo Stato il potere di regolarla tramite il diritto. Piuttosto, occorre eliminare le ipersemplicizzazioni del senso comune e tentare di descrivere le possibilità e i limiti del moderno diritto nell'età tecnologica.

5. Conclusioni.

Il sistema giuridico non tollera lacune, insegnavano i giuspositivisti. Di fronte a questa massima e osservando le difficoltà degli ordinamenti nazionali a regolamentare il fenomeno della Rete, una parte della dogmatica è entrata in crisi, quasi che le fondamenta stesse del sistema giuridico stessero per cedere sotto la spinta delle schiere di neovolgari cibernauti.

In realtà, il problema rilevante non è se nell'ordinamento statale si rinvenga o meno una lacuna rispetto alla regolamentazione della Rete; piuttosto la questione fondamentale appare la seguente: è possibile che dalle problematiche sorte con riferimento alla regolamentazione di Internet, quale fenomeno sociale, siano scaturite soluzioni di natura tecnico-giuridica in qualche modo innovative rispetto alla tradizione?

In altri termini, occorre domandarsi se non stiamo assistendo ad un processo di adattamento del sistema giuridico alle istanze che provengono dall'ambiente e se il risultato di questo processo non rappresenti una acquisizione evolutiva, una condizione per trattare in maniera diversa casi differenti. L'attuale contingenza, letta in questo senso, può rappresentare un'opportunità, anziché un limite per il diritto.

Il sistema delle fonti, come si è cristallizzato nel corso dei secoli, fondato sulla statualità del diritto, sul primato della legge, sulla centralità costituzionale del principio di legalità, appare, per certi aspetti, inadeguato a misurarsi con le questioni legate alla globalizzazione e all'introduzione delle nuove tecnologie. Come in ambito economico si realizza l'integrazione dei mercati, in ambito politico si compie la transizione verso la tecnodemocrazia, nel sistema giuridico si prospetta la sempre maggiore diffusione di un diritto elaborato dal ceto

imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli stati, formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati⁵⁰. Questo diritto di origine privata si colloca al di fuori del sistema delle fonti, ma viene riconosciuto quale diritto valido ed efficace.

Se il diritto degli ordinamenti nazionali è entrato in crisi, il sistema giuridico, nel suo processo evolutivo, sta tentando di elaborare nuove forme attraverso cui continuare a riprodursi. Il percorso che pare aver intrapreso è quello dell'affermazione di una legge senza frontiere che consenta di disciplinare i rapporti giuridici in modo indipendente sia dai singoli diritti nazionali che dal diritto internazionale pubblico. Un sistema normativo particolarmente adatto a regolare i rapporti tra privati, consumatori e aziende all'interno della Rete.

Si tratta di un percorso appena tracciato e la sua evoluzione si osserverà nei prossimi anni.

⁵⁰ La definizione è di Galgano ed è tratta da *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, Cedam, 1999, p. 89 ss.

Invalidità del velenoso «bacio alla francese» in voga nel sistema bancario.

Di Gianluca Bozzelli.

Inspired by a recent ruling by the Court of Terni, which is in line with the jurisprudential orientation that denies the existence of anatocistic mechanisms and profiles of indeterminacy of the “francese” amortization mechanism, the author proposes an interpretation of this method of calculation, as a practice, a use in the banking system, therefore not normative. The “francese” method results in a deviation from the legal mechanism of calculating interest, and a higher cost for the bank customer that must be highlighted and validly agreed. Consequently, if the contractual clauses relating to the economic conditions (or the amortization plan, which is a negotiation clause) do not specify the essential rules for the amortization of capital and the financial regime or are not clear and unambiguous in the presentation of these elements, the contract is not valid and vitiated by indeterminacy, resulting in the application of the mechanisms of legal integration.

Prendendo spunto da una recente pronuncia del tribunale di Terni, che si accoda all'orientamento giurisprudenziale che nega l'esistenza di meccanismi anatocistici e profili di indeterminatezza del meccanismo di ammortamento alla francese, l'autore propone una interpretazione di tale metodo di calcolo, come una prassi, un uso invalso nel sistema bancario, quindi non normativo. Il metodo alla francese determina una deviazione dal meccanismo legale di computazione degli interessi, e un costo maggiore per il cliente bancario che dev'essere evidenziato e validamente pattuito. Di conseguenza se le clausole contrattuali relative alle condizioni economiche (o il piano di ammortamento, che è clausola negoziale) non specificano le regole essenziali di ammortamento del capitale e il regime finanziario oppure non sono chiare e univoche nella esposizione di questi elementi, il contratto ne risulta viziato per indeterminatezza, con conseguente applicazione dei meccanismi di eterointegrazione legale.

Invalidità del velenoso «bacio alla francese» in voga nel sistema bancario.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. 2. La prassi dell'ammortamento alla francese è un uso bancario non normativo. 3. Il metodo francese a rata costante determina nel complesso ad un costo per più alto del finanziamento di quello che, a parità di capitale, numero di rate e durata, sarebbe dovuto con il metodo di ammortamento con capitalizzazione semplice. 4. Indeterminatezza del contratto di credito privo di specifica regolamentazione ed esplicazione del metodo di ammortamento del capitale e di capitalizzazione degli interessi: essenzialità del piano di ammortamento. 5. Conclusioni.

1. Premessa metodologica.

La pronuncia in esame si inquadra largamente nell'ambito della teoria negazionista delle contestazioni sul fenomeno eventualmente anatocistico nei piani di ammortamento cosiddetti *alla francese*, con rata costante e quote crescenti di capitale, e sull'indeterminatezza del contratto di mutuo per mancata esplicazione del regime finanziario previsto e applicato.

Tali sono gli aspetti che in questa breve disamina si coglie l'opportunità di rilevare, in disparte le ulteriori questioni, pure rilevanti, sollevate nel giudizio ternano dal cliente bancario: carenza di titolarità del credito ceduto e legittimazione della società di cartolarizzazione dei crediti¹, invalidità del mutuo come titolo esecutivo per mancata *traditio* della somma di denaro, costituzione di deposito cauzionale e restituzione all banca dell'importo erogato con mera disponibilità giuridica delle somme², violazione della tutela consumeristica, usura contrattuale per

¹ Questione che sarà oggetto di separato futuro approfondimento dell'autore, e sui cui tanto si è scritto, anche in questa *Rivista: ex multis*, recentemente cfr. F. M. D'AVINO, *Nota a Trib. Napoli Nord*, 27 luglio 2023, n. 3453, www.dirittodelrisparmio.it, 27.09.2023.

² Questione per la quale sia consentito rinviare ad altra sede per i profili di invalidità del contratto bancario di deposito cauzionale o di pegno irregolare, per carenza dei requisiti minimi di forma, sostanza e trasparenza, stabiliti dalla normativa speciale bancaria, consumeristica e regolamentare: G. BOZZELLI, *La documentazione nelle controversie bancarie*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, pp. 416-430. Questione solo apparentemente risolta con il criterio della *disponibilità giuridica* dalla Cassazione (5654/2023, 6174/2020, 25632/2017, 18325/2014, 25569/2011), ma che

superamento della soglia, invalidità della pattuizione del tasso di interesse con riferimento al parametro Euribor.

Deve effettivamente prendersi atto che il dibattito sull'ammortamento *alla francese* è montato³, forse anche eccessivamente negli ultimi anni e che le opinioni sul punto appaiono contrastanti, per alcuni versi inconciliabili. La distanza tra le due principali tesi (anatocistica e non anatocistica) è invero più matematica che giuridica, creata da palesi invasioni di campo: troppo spesso si legge di giuristi che disquisiscono di matematica finanziaria e di esperti (contabili, più sovente che matematici) che si fanno giuristi⁴. Appare opportuna a chi scrive una presa di distanza dagli sconfinamenti in campi del sapere inesplorati dal giurista, con l'augurio che il buon esempio sia di ispirazione.

Qui si intende limitare il ragionamento ad aspetti di fatto e di diritto, sui quali pare tutti si possa convergere — tenendosi in disparte le opinioni — sui quali raramente ci si confronta. Le riflessioni che seguono sono frutto della personale intuizione ed esperienza professionale di chi scrive, per cui, nelle elucubrazioni consentite dalla fervente attesa della pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte, potrebbe essere interessante porre all'attenzione degli specialisti della materia del diritto anche altre ipotesi, oltre a quelle già dibattute, che potrebbero rilevarsi sorprendenti (nella loro semplicità), nel caso in cui la Cassazione dovesse esprimersi con argomenti simili o richiamare i propri precedenti su questioni assimilabili sotto vari profili. Si confida infatti, che gli ermellini tengano presente la lezione del famoso filosofo napoletano Giovan Battista Vico, al quale la teoria dei “*corsi e ricorsi*” fornì la chiave per comprendere l'uomo primitivo: “*Natura di cose*

andrebbe ridiscussa, specie mettendo a confronto la gratuità del deposito cauzionale — o pegno irregolare — con il costo di preammortamento. Per i fondamenti normativi dei due contratti, deposito e pegno irregolare, cfr. G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano 1966, XXXV, t.1, pp. 275-281 (*pegno irregolare*) e pp.574-586 (*deposito di titoli e valori a semplice custodia*) e, più recentemente: M. LOBUONO, *Il pegno bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari in Trattato dei contratti di Rescigno e Gabrielli*, Milano, 2016, cap. XXXII, pp.1781-1849 e G. VILLANACCI, *Le garanzie reali e personali*, Milano, 2024, pp.149-155; F. CRISCUOLO-S. MAZZOTTA, *Il deposito bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari in Trattato dei contratti di Rescigno e Gabrielli*, Milano, 2016, Cap.XIII, pp. 761-790.

³ G. MUCCIARONE, *Ammortamento alla francese: meritevolezza e trasparenza*, in *BBTC*, 3, 2023, p.599 e anche in E. GINEVRA, R. LATTANZI, U. MALVAGNA, U. MINNECI, G. MUCCIARONE, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta*, Pisa, 2023, p.279.

⁴ In tal senso, se ben si è compreso, anche R. NATOLI, *L'ammortamento "alla francese": una questione di trasparenza*, in *BBTC*, 2, 2023, p. 202.

*altro non è che nascimento di esse in certi tempi e con certe guise, le quali sempre che sono tali, indi tali e non altre nascon le cose*⁵. Il filosofo napoletano ha insegnato al mondo la mente umana ha una “*indiffinita natura*”, nel senso che essa, se ben diretta, può arrivare alla comprensione dei fatti, ma “*ove si rovesci nell’ignoranza, essa fa sé regola dell’universo d’intorno a tutto quello che ignora*”, e crea quindi una “*fisica degli ignorantì*” o una “*volgar metafisica*”. La storia si riconduce al succedersi di tre età, corrispondenti alle tre fasi dello sviluppo mentale degli uomini che “*dapprima sentono senza avvertire, dipoi avvertono con animo perturbato e commosso, finalmente riflettono con mente pura*”: all’età del senso o degli “*dei*” succede l’età della fantasia o degli “*eroi*” e infine l’età della ragione o degli “*uomini*”. Giunta al culmine dell’ultimo stadio, l’umanità ricade nella barbarie, aprendo così un nuovo ciclo⁶.

2. La prassi dell’ammortamento alla francese è un uso bancario non normativo.

I difensori del sistema bancario (e delle cessionarie del credito), che agiscono o resistono in giudizio contro la clientela (e quella che lo fu: le cessionarie nella cartolarizzazione dei crediti e i loro *servicer*), si spingono addirittura ad affermare l’irrelevanza della questione dell’ammortamento *francese*, che è invece imprescindibile dirimere con il massimo approfondimento giuridico.

In realtà, le posizioni radicalmente negazioniste della rilevanza dell’applicazione d’un metodo italiano oppure di quello *d’oltralpe* risultano seccamente smentite in ambito giuridico: quanto massimamente e diffusamente rilevanti siano considerate entrambe le questioni prospettate in apertura — sia quella concernente le conseguenze della mancata indicazione della metodologia di ammortamento del capitale applicata al contratto, sia l’altra relativa all’illegittimità dell’applicazione di una metodologia non rivelata in contratto, “*in uso in Francia*” — emerge agevolmente dalla lettura dell’ordinanza di rimessione della questione alla

⁵ G. B. VICO, *La scienza nuova*, Bari, 1978, vol. I, p. 97.

⁶ Ivi, p. 106.

Suprema Corte da parte del Tribunale di Salerno⁷. L'assoluta rilevanza della questione si impone al lettore del provvedimento della Prima Presidente (dott.ssa Margherita Cassano, ord. del 6/9/2023), di rimessione della decisione alle Sezioni Unite della S.C.: il giudice rimettente nel motivare il rinvio pregiudiziale alla S.C. ex art. 363-bis c.p.c. afferma che “1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi”; la Presidente della S.C. dichiara che “L'interrogativo presenta gravi difficoltà interpretative, essendo possibili diverse letture delle norme di riferimento”.

Eppure, a fronte di tanta *alta* attenzione sulla questione, si insiste — da più parti, con saccente pervicacia — ad affermare che addirittura l'argomento non possa meritare approfondimento: si tratta di un atteggiamento non certo di cartesiana umiltà, né di scientifico rigore. Tanto si tenga in conto, in disparte ogni altra considerazione giuridica (come ad es. sulla copiosa giurisprudenza di merito, pronunciatasi in senso opposto e sulla normativa consumeristica)⁸, già ampiamente esposta negli atti giudiziari di tanti difensori della clientela bancaria.

Siamo forse giunti oggi al culmine dell'ultimo stadio del progresso storico vichiano.

La pronuncia in esame, del Tribunale di Terni, che si prende a spunto di riflessione (più che a commento, nel senso tradizionale), motiva il rigetto delle contestazioni del cliente bancario, affermando che “*costituisce fatto notorio che il regime finanziario composto viene utilizzato in maniera assolutamente prevalente nella prassi bancaria e, per tale ragione, appare di prevedibile applicazione da parte del cliente, anche avuto riguardo agli importi evincibili dal piano di ammortamento che portano ad escludere qualsivoglia violazione della buona fede da parte della banca*”.

⁷ G.U. dott. Mattia Caputo ord. del 19/7/2023, nel testo consultato dallo scrivente, in A. NIGRO, *Ammortamento alla francese e problemi di determinatezza dell'oggetto: rinvio pregiudiziale alle Sezioni Unite*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 3, 2023, pp. 117-128.

⁸ Sul punto, va laconicamente evidenziato che il Tribunale di Terni non si è pronunciato, in quanto il cliente bancario è una Società commerciale a r.l.

La premessa è vera, ma l'assunto consequenziale appare fallace, sotto diversi profili giuridici.

Si parta da una considerazione, difficilmente contestabile: nessuna norma giuridica, civile, penale, amministrativa, tanto meno la prassi (circolari o provvedimenti di Banca d'Italia o decreti ministeriali) definiscono giuridicamente il metodo di ammortamento che si applica in Francia. La locuzione “*francese*” o “*alla francese*”, da sé nulla dice, in assenza di una pattuizione chiara e univoca o di esplicito rinvio a criteri contrattuali determinati tra le parti; l'espressione non integra i requisiti di validità delle clausole negoziali nei contratti bancari prescritta dall'art. 117 TUB e dalle regole ermeneutiche dell'interpretazione della volontà contrattuale delle parti (artt. 1362 e seguenti c.c.: il contratto si deve interpretare in modo da individuare la comune intenzione delle parti). Viene in rilievo anche il disposto dell'art. 1283 c.c., secondo il quale “*In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi*”: il riferimento è — ovviamente — agli usi normativi, come intesi ai sensi dell'art.8 delle preleggi⁹.

La mancanza di una definizione normativa del regime finanziario *alla francese*, mentre dovrebbe determinare l'obbligo di applicazione del meccanismo sostitutivo previsto dalla legge — in caso di mancata determinazione specifica dell'accordo contrattuale — secondo l'orientamento, al quale il Tribunale di Terni aderisce, giustifica invece l'arbitrario riempimento del vuoto contrattuale, con applicazione della prassi fatta regola, unilateralmente predisposta da una parte e non fatta oggetto di trattativa, né rivelata all'altra, con buona pace degli obblighi di trasparenza e delle nullità di protezione del contraente debole bancario: “*Va aggiunto che la normativa, primaria e secondaria, non individua alcuno specifico riferimento alla necessità che il contratto o il piano di ammortamento esplicitino il regime finanziario applicabile (v., sul punto, decisione ABF, n. 14376/2022; ABF Torino, 8630/2022; ABF Milano, n. 6906/2022)*”.

⁹ Preleggi Capo I - *Delle fonti del diritto*, art. 8: “*Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati*”.

Deve trovarsi il coraggio non solo di affermare che il metodo di ammortamento alla francese null'altro è se non una semplice *prassi*¹⁰, un **uso**, un **metodo invalso nel sistema bancario**¹¹, ma soprattutto di trarre le conseguenze da tale approdo¹². Invero, l'espressione fa chiaramente riferimento ad un **uso bancario non normativo**, mancando il riferimento a una norma di legge che specifichi cosa si intenda regolare tra privati o se vi sia l'obbligo di intendere o, per il contraente di calcolare l'ammontare del proprio debito, in modo diverso da quello che possa intendere l'uomo medio secondo l'ordinaria diligenza (art. 1176 c.c., in disparte le protezioni per il consumatore, sulle quali *infra* si farà breve cenno), diverso dalle regole di calcolo previste dal codice civile per la capitalizzazione dei *frutti civili* sul capitale effettivamente erogato, che “*si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto*”, certamente non in ragione del capitale ancora da scadere (art. 821 c.c.)¹³.

Il già citato art. 116 TUB (raramente invocato quando si disquisisce di ammortamento *che si usa fare in Francia*), rubricato “*Pubblicità*”, al comma 1, fa espressamente divieto di rinvio agli usi, allorquando prescrive che “*Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Non può essere fatto rinvio agli usi [...]*”. La ragione di tale divieto è che gli usi potrebbero rappresentare fonti non facilmente conoscibili ed in contrasto con la funzione di trasparenza, alla quale il rinvio agli usi non consentirebbe di assolvere. Deve

¹⁰ Sulla circostanza, ben più spesso che sulle conseguenze, pare che la dottrina concordi: cfr. ad es. N. DE LUCA, *Interessi composti, preammortamento e costi occulti. Note sul mutuo alla francese e all'italiana*, in *BBTC*, 3, 2019, p.371. R. NATOLI, *op. cit.*, p.204: “**metodo** che in matematica finanziaria **si usa** per costruire rate di importo costante con capitale crescente ed è il **metodo di prassi** utilizzato dagli intermediari finanziari per costruire i piani di rimborso dei prestiti alla clientela”.

¹¹ A. A. DOLMETTA, *A margine dell'ammortamento «alla francese»: gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza*, in *BBTC*, 5, 2022, p.642: “*Assai diffusa nell'operatività italiana dei mutui a restituzione rateale (dei piccoli mutui e pure di quelli non piccoli), negli ultimi tempi la prassi dell'«ammortamento alla francese» sta con insistenza facendo emergere un cantiere di problemi importante, per qualità e per quantità*”.

¹² Va ricordato il superamento della tesi protettiva di alcune delle Regole bancarie uniformi in quanto usi normativi, come ad es. quella della “*clausola di richiamo*”, che “*per la sua costante ripetizione e per l'inserzione nella raccolta degli usi ha indubbiamente acquistato carattere normativo*”: G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano 1966, XXXV, t.1, p.442 e pp.657-663.

¹³ Per la critica a questa impostazione, cfr. R. NATOLI, *L'ammortamento "alla francese": istruzioni per l'uso*, in E. GINEVRA, R. LATTANZI, U. MALVAGNA, U. MINNECI, G. MUCCIARONE, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta*, cit., p.288.

invece di tenersi ammesso il rinvio agli usi qualora gli stessi siano più favorevoli al cliente, nonostante il carattere tassativo della preclusione, secondo l'impostazione che vuole la norma tesa a tutelare al meglio gli interessi del cliente e in considerazione anche che l'art. 127 TUB prevede che le disposizioni dettate in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali sono derogabili in senso più favorevole al cliente¹⁴.

Anche la Banca d'Italia della tecnica *alla francese* fornisce una sintetica e generica definizione (non giuridica, né matematico finanziaria) nel portale divulgativo di informazione creditizia e finanziaria e definisce il metodo di ammortamento *alla francese* una prassi bancaria assai diffusa: «*Esistono diversi meccanismi di restituzione del finanziamento. In Italia, il piano di ammortamento più diffuso è il metodo cosiddetto "francese": la rata di importo fisso è composta da una quota capitale crescente e da una quota interessi decrescente. A parità di importo del finanziamento e di tasso di interesse, quanto più breve è la durata, tanto più alte sono le rate, ma più basso è l'importo dovuto per gli interessi; quanto più lunga è la durata, tanto maggiore è l'importo dovuto per gli interessi ma più basse le rate*»¹⁵. Anche nelle informazioni generali sul credito immobiliare ai consumatori (comunicazione di carattere non normativo) l'Autorità di vigilanza: «*Il piano di ammortamento più diffuso in Italia. La rata prevede una quota capitale crescente e una quota interessi decrescente. All'inizio si pagano soprattutto interessi; a mano a mano che il capitale viene restituito, l'ammontare degli interessi diminuisce e la quota di capitale aumenta*»¹⁶.

L'uso, in voga nelle costruzioni dei piani di ammortamento dei finanziamenti — che chi scrive vorrebbe definire “**bacio alla francese**” — ben potrebbe integrare il regolamento dei contratti di diritto comune (art. 1374 c.c.) ma non quello speciale dei contratti bancari: in relazione ai tassi d'interesse e ad ogni altro prezzo o condizione praticati, vige infatti il divieto di ricorso agli usi, prescritto dalla prima

¹⁴ G. LIACE, *Sub art. 116*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario Costi-Vella*, Corsico (MI), 2019, p.715 e in tal senso anche S. BONFATTI, *Sub art. 116*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, Pisa, 2021, p.761.

¹⁵ Piano di ammortamento “francese”: <https://economiepertutti.bancaditalia.it/calcolatori/calcolatore-della-rata-del-mutuo/>.

¹⁶ Supplemento ordinario n. 46 alla Gazzetta Ufficiale, Serie generale - n. 247 del 21-10-2016 e rinvenibile in https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Allegato_3.pdf

parte del comma 6 dell'art. 117 TUB): “Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati [...]”.

Com'è stato opportunamente rilevato da attenta dottrina, “*Per progettare (elaborare, predisporre, ...) un prestito occorre che le due parti si accordino sulle diverse condizioni, e sappiano usare le quattro operazioni. I margini di manovra lasciati alla libertà negoziale sono molto limitati: fissati l'ammontare, i tempi della restituzione, il tasso di remunerazione e la cadenza di pagamento degli interessi, usi millenari e recenti sentenze della Corte di Cassazione, [...], stabiliscono senza possibilità di dubbio che quando, a termini di contratto, degli interessi “scadono” (ossia: devono essere pagati), il dovuto va calcolato in regime semplice su tutto il debito residuo dal pagamento precedente. L'operazione di prestito si svolge dunque (non sappiamo se dire “per legge” e/o “per sentenze della Suprema Corte”) secondo il regime finanziario dell'interesse semplice, con eventuale pagamento inframmezzato (quasi sempre, periodico) degli interessi e, anch'esso eventuale, rimborso progressivo. È naturale, ancorché non precisissimo, chiamare questo regime “dell'interesse semplice con pagamento periodico degli interessi”¹⁷.*”

Appare di tutta evidenza come la fattispecie del riferimento contrattuale agli usi bancari — invero già risolta da tempo, sulla nullità delle norme bancarie uniformi, siccome usi non normativi — sia sotto diversi profili analoga a quella relativa alla modalità “*alla francese*”, di applicazione della metodologia di calcolo degli interessi composti, **di prassi nel sistema bancario**, basata sulla formula nota nella tecnica finanziaria come *sistema francese*. È da verificare se il regime finanziario che ne risulta si ponga in deroga alla disposizione del codice civile e dell'ordinamento giuridico, per cui appare legittimo attendersi che la pronuncia delle Sezioni Unite prenda ampi spunti dai propri precedenti e anzi vada a esprimersi opportunamente in tal senso, ispirandosi ad altrettanto millenari metodi di indagine.

¹⁷ F. CACCIAFESTA, *Valutare un prestito è altro da progettarlo (a proposito di un articolo di Aretusi, Mari e Provenzano)*, in *Dir. Banca e Merc. Fin.*, 3, 2023, p. 429. Sul punto, cfr., recentemente anche ID., *A proposito dell'articolo sulla «indifferenza al momento dell'equilibrio finanziario»: una risposta, e qualche osservazione*, in questa *Rivista*, www.dirittodelrisparmio.it, 29.11.2023.

Quand'anche si volesse ritenere che la proiezione usata dalla banca per la ripartizione tra capitale ed interessi e inserita nel piano di ammortamento, rappresenti una clausola accettata e conosciuta, la stessa troverebbe l'insormontabile limite previsto dal comma 6 dell'art. 117 TUB, che taccia di radicale “nullità ogni clausola contrattuale di rinvio ad uso per la determinazione [...] di ogni condizione [...] praticata, nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”.

Non appare superfluo rimarcare l'analogia tra la fattispecie in esame e quella in relazione alla quale ebbe modo di pronunciarsi la Suprema Corte a Sezioni Unite¹⁸, ovvero in tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi di conto corrente bancario passivi per il cliente. Il Giudice di nomofilachia affermò che sono da considerare nulle le clausole contrattuali stipulate in violazione dell'art. 1283, c.c., basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico (*opinio juris ac necessitatis*). Infatti, va escluso che detto requisito soggettivo sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di cassazione che, a partire dal 1999, modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, perché non fondate su di un uso normativo: “La clausola di un contratto bancario, che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, deve reputarsi nulla, in quanto si basa su un **uso negoziale** (ex art. 1340 cod. civ.) e non su un uso normativo (ex artt. 1 ed 8 delle preleggi al cod. civ.), come esige l'art. 1283 cod. civ., laddove prevede che l'anatocismo (salve le ipotesi della domanda giudiziale e della convenzione successiva alla scadenza degli interessi) non possa ammettersi, «in mancanza di usi contrari». L'inserimento della clausola nel contratto, in conformità alle cosiddette **norme bancarie uniformi, predisposte dall'A.B.I.**, non

¹⁸ Cass. Ss. Uu. n. 21095/2004.

*esclude la suddetta nullità, poiché a tali norme deve riconoscersi soltanto il carattere di **usi negoziali** non quello di usi normativi”¹⁹.*

La mancata specificazione rende il contratto indeterminato, appunto sotto il profilo del metodo di capitalizzazione degli interessi, che è condizione economica determinata e praticata. L'indeterminatezza del tasso si traduce nella violazione dei requisiti di forma e sostanza, civilistici e speciali, per la pattuizione degli interessi ultralegali (art. 1284 c.c. e 116-117-125-*bis* TUB), con le note conseguenze, seppur contrastate, ampiamente conosciute. Sotto diverso profilo, l'art. 33 del Codice del Consumo (D.lgs. 206/2005) comma 2 lett. *l*) presume come vessatorie le clausole che prevedano l'estensione dell'adesione del consumatore a condizioni che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. È anche vessatorio, secondo la medesima norma (art 33 comma 2 lett. *n*) l'accordo che preveda che il banchiere professionista possa determinare il prezzo del prestito al momento della prestazione, cioè solo al momento del pagamento, laddove il cliente (consumatore in questo caso) non è al corrente dell'effettiva modalità di calcolo del proprio debito finché non gli viene quantificata la richiesta (ad es. della rata): andrebbero forse ripensati tutti i piani di ammortamento alla francese in mutui a tasso variabile, in cui il costo globale dell'operazione finanziari non sembra essere preventivamente determinabile.

Poiché il metodo di contabilizzazione degli interessi non viene pattuito, tanto meno rivelato al cliente il regime finanziario applicato al finanziamento dal predisponente con il piano di ammortamento (oppure con rinvio all'**uso bancario**, che dovrebbe conoscersi siccome notorio e "*prevedibile*") e poiché esso determina in maniera consistente il costo dell'operazione, come è algebricamente dimostrabile, da un lato non sarà possibile determinare in maniera univoca i termini della pattuizione, dall'altro il regime finanziario non potrà che essere quello di contabilizzazione semplice. Non può convenirsi con le motivazioni adottate dal giudice ternano (anche di una larga parte della giurisprudenza di merito): in mancanza dell'esplicita accettazione del metodo di contabilizzazione del tasso di

¹⁹ Cass. n. 12507/1999 e ancor prima Cass. n. 2374/1999. In dottrina, per una panoramica del problema, C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari in Trattato dei contratti di Rescigno e Gabrielli*, Milano, 2016, cap. VIII, pp.433-571.

interesse, si può affermare che debba applicarsi quello previsto dall'art. 821 c.c., in ogni caso senza alcuna possibilità di contabilizzare in maniera composta gli interessi. L'alternativa di eterointegrazione legale determina non poco risparmio per il cliente bancario, che vedrà quasi dimezzarsi il debito: ne consegue che con una contabilizzazione semplice, non composta, risulterà un dato economico del tutto diverso da quello trascritto nel piano di ammortamento, potendosi prescindere dall'accettazione degli importi, determinati in forza di calcoli inesplorati — o peggio — errati, in quanto diversi, a scapito del cliente, da quelli esposti in contratto.

Alla nullità della clausola relativa al tasso di interesse consegue, per effetto del meccanismo di eterointegrazione normativa previsto dal comma 7 dell'art. 117 TUB (e per il consumatore dall'analoga previsione dell'art. 125-bis TUB), la sostituzione del tasso ultralegale applicato con il c.d. tasso BOT indicato nella predetta norma. Nella ricostruzione del piano di ammortamento allo speciale tasso legale, andrà poi considerato che l'art. 821, comma 3, c.c. prescrive che “*i frutti civili*” (tra cui anche gli “*interessi dei capitali*”) “*si acquisiscono giorno per giorno*”, stabilendo così una maturazione lineare degli interessi e proporzionale al capitale prestato: diversamente, ove le parti avessero inteso (anzi, la banca avesse inteso, predisponendo i contratti con il metodo dell'art. 1342 c.c.), il diverso regime di capitalizzazione avrebbe dovuto necessariamente essere pattuito per iscritto.

Pertanto, il piano di rimborso del mutuo a rata costante, ***con uso alla francese***, dovrà essere rielaborato utilizzando il metodo di contabilizzazione semplice – da un lato — e l'applicazione del tasso BOT annuale minimo dei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto — dall'altro.

3. Il metodo francese a rata costante determina nel complesso ad un costo per più alto del finanziamento di quello che, a parità di capitale, numero di rate e durata, sarebbe dovuto con il metodo di ammortamento con capitalizzazione semplice.

Per capitalizzazione degli interessi deve intendersi il meccanismo comune a ogni operazione finanziaria, che consente che gli interessi accreditati o addebitati

vengano conteggiati nel saldo, in maniera tale che gli stessi producono ulteriori interessi: *“tutte quelle operazioni, sia puramente finanziarie sia attuariali, le quali sian tali che, per esse, un capitale, disponibile in un dato istante, ingeneri un reddito che vada ad incremento algebrico del capitale stesso, si diranno operazioni di capitalizzazione [...]”. Tutte le operazioni, sia puramente finanziarie, sia attuariali, o sono, senz'altro, o hanno a loro base elementare le operazioni di capitalizzazione in senso lato, come sopra definite*”²⁰.

Dovendosi esplicitare ogni condizione economica relativa alle operazioni e servizi offerti (art. 116 TUB) e diversamente incorrendosi nella nullità della clausola per violazione di legge (seconda parte comma 6 dell'art. 117 TUB, per cui *“Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali ... che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”*), si ritiene che anche il metodo²¹ con cui sono costruite le rate del finanziamento dev'essere esplicitato, rivelato e pubblicizzato nel contratto,

Se con il contratto di mutuo, il finanziatore consegna al finanziato una somma di denaro e questi — che ne è divenuto proprietario (art. 1814 c.c.) — si obbliga a restituirla (art. 1813 c.c.) in un certo tempo, corrispondente a un certo numero di rate, con gli interessi (art. 1815 c.c.), allora si deve ritenere che il debito non è integralmente scaduto al momento della dazione, bensì che esso scadrà periodicamente, in corrispondenza del termine restitutorio (²²): questo *“si presume stipulato a favore di entrambe le parti”* ai sensi dell'art. 1816 c.c. Pertanto, non può convenirsi con quella parte della dottrina che ritiene²³ — per il sol fatto che un capitale sia stato erogato, e il finanziatore se ne sia privato (questo è innegabile) — che il finanziato sia tenuto a restituire l'intero ammontare da subito e il capitale sia già esigibile (con la conseguenza che ne scaturirebbe che gli interessi maturerebbero sull'intero importo già dalla prima rata). Infatti, se è stata convenuta la restituzione rateale delle cose mutate, solo qualora il mutuatario non adempia l'obbligo del pagamento (anche di una sola rata), il mutuante può

²⁰ F. INSOLERA, *op.cit.*, p.19.

²¹ In punto di matematica, pare che si possa essere concordi (pur senza scendere nel dettaglio tecnico), come lascia intendere N. DE LUCA, *op. cit.*, p.372. Per i calcoli, cfr. *infra*, nota n. 33.

²² Come opportunamente osservato da A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, 653 e DE LUCA, *op. cit.*, p.389.

²³ R. NATOLI, *op. cit.*, p. 205.

chiedere, secondo le circostanze, l'immediata restituzione dell'intero (art. 1819 c.c.).

Pertanto, delle due, una: o si ritiene (invero contra l'art. 1819 c.c.) che l'obbligazione di restituzione del capitale erogato sia già scaduta all'erogazione (per cui gli interessi sono già esigibili sull'intero capitale), oppure l'obbligazione di restituzione del capitale erogato non è ancora integralmente scaduta, per cui è esigibile solo la quota di capitale corrispondente al periodo (rata) accordato di restituzione e andrà pagata la quota di interessi calcolata sull'intero capitale e suddiviso per i periodi di restituzione.

Nella prima ipotesi, l'operazione risulta priva di causa giuridica. Perché il mutuatario dovrebbe voler prendere a prestito un capitale per essere costretto a restituirlo istantaneamente al mutuante, senza obbligo di pagare interessi, se non dal giorno successivo (ed eventualmente moratori, perché da ritardo nella restituzione)²⁴? Considerando invece come scaduto solo l'obbligo di restituzione della quota periodale di capitale, il mutuo trova una convenienza oltre che una funzione giuridica. Invece, proprio l'ipotesi dell'estinzione anticipata del prestito è stata argutamente ritenuta l'apriva regina dell'esistenza di capitalizzazione composta nel metodo di ammortamento che si usa *oltralpe*. Esercitando la facoltà di estinguere anticipatamente il finanziamento, il mutuatario paga alla banca solo il capitale residuo, dato che ha già rimborsato la restante parte e gli interessi contrattuali. Soprattutto nella prima parte del mutuo rateale alla francese, gli interessi che vengono a scadenza sono calcolati in relazione al debito residuo, e invero non si limitano a remunerare il capitale goduto nel tempo del mutuo. Appare di tutta evidenza che — in tal caso — una parte degli interessi viene pagata in anticipo sul “*futuro*” godimento del capitale residuo e se il contratto si interrompe anticipatamente, si determina un evidente arricchimento ingiustificato della banca mutuataria, ben più marcato che nell'*interusurium*²⁵, trattandosi non del

²⁴ In tal caso, non si avrebbe capitalizzazione e l'operazione sarebbe definita *a contanti*, come insegna F. INSOLERA, *Teorica della capitalizzazione*, Torino, 1949, p.21.

²⁵ A norma dell'art. 1185, comma 2°, c.c., in materia di obbligazioni a termine, il debitore non può ripetere ciò che ha pagato anticipatamente, anche se ignorava l'esistenza del termine, ma può ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato. Sul punto, cfr. N. DE LUCA, *Interessi composti, preammortamento e costi occulti. note sul mutuo alla francese e all'italiana*, in *BBTC*, 3, 2019, p.388, secondo cui “*Come per il preammortamento, deve*

pagamento anzitempo del capitale, bensì di interessi che mai potranno maturare. La consapevolezza di avere pagato interessi in eccesso rispetto al godimento effettivo del capitale — secondo la dottrina che si evoca — scoraggia non poco l'esercizio della facoltà di estinzione anticipata — spesso funzionale alla possibilità di surroga del finanziamento presso altra banca — “*atteggiandosi a illegittima penale, vietata dall'art. 120-ter t.u.b.*”²⁶.

Proprio l'argomento dell'estinzione anticipata dimostra — secondo tale ragionamento — che il piano di ammortamento *alla francese*, non pubblicizzato dalla banca secondo la regola dell'art. 116 TUB e considerato, dai sostenitori della teoria negazionista dell'anatocismo, come formula pensata nell'interesse del mutuatario a poter pagare rate costanti, “*si rivela invece null'altro che un espediente per gravare il mutuo rateale di maggiori interessi rispetto a quanti ne genererebbe un equivalente mutuo all'italiana, anche se concepito con un riparto a rata costante*”²⁷. Esso induce capziosamente anche il mutuatario a non estinguere anticipatamente il mutuo, fino al momento in cui gli interessi pagati in eccesso (anche per preammortamento) non producano rimborso del capitale.

Come si debbano computare gli interessi, lo chiarisce al giurista molto bene il codice civile: le disposizioni degli artt. 821 e 1283 c.c. non pare presentino particolari difficoltà interpretative. L'intero ammontare degli interessi spettanti sul capitale — da predeterminarsi nella misura pattuita in contratto, non necessariamente espressa in percentuale sul capitale — andrà suddiviso per giorni e per il numero di giorni, inclusi nel periodo della rata (ad es. giorni/mese o giorni/semestre o giorni/anno); tale importo di interessi deve essere addizionato alla quota di capitale da restituirsi nel periodo (rata), accordato dal finanziatore (1819 c.c.). Dalla nozione civilistica di interesse non si può prescindere, neppure in questa sede. L'interesse rappresenta la prestazione pecuniaria a percentuale

perciò ritenersi che il pagamento corrispondente ad interessi non scaduti o addirittura non maturati vada imputato a maggiore riduzione del capitale, con effetto a catena sul computo degli interessi successivi; o, come osservato, debba essere ripetuto come indebito (dunque con i frutti e gli interessi maturati) o, quanto meno, a titolo di ingiustificato arricchimento come nell'interusurium”.

²⁶ DE LUCA, *op. cit.*, p.238.

²⁷ DE LUCA., *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c'è qualcosa che non va*, in *BBTC*, 2, 2021, p.248.

periodica dovuta da chi utilizza un capitale altrui o ne ritarda il pagamento²⁸: “L’interesse è, appunto, il prezzo che si corrisponde per il temporaneo uso del denaro”²⁹. Dal punto di vista del giurista, caratteristiche dell’interesse sono la pecuniarietà, la percentualità, la periodicità e l’accessorietà³⁰. Piace ricordare ricordare, a tal proposito, che circa quasi trecento anni fa (intorno al 1750) l’abate napoletano Antonio Genovesi insegnava alla prima cattedra di economia della più antica università pubblica del mondo in Napoli: «Niun prezzo di niuna cosa nasce dal mero capriccio altrui: è la natura delle cose e de’ bisogni che fissa il valore d’ogni cosa. Così questa medesima natura, la ragion dei contratti, le circostanze dei tempi, de’ luoghi e delle persone debbono essere le cagioni che determinano l’interesse del denaro»³¹.

Certamente, le parti contrattuali possono concordare che l’ammontare degli interessi sul capitale mutuato — sempre predeterminandone a priori la misura e il metodo — venga restituito in quote di importo decrescente nel corso del periodo, anche invocando le leggi di matematica finanziaria, ma si tratterà pur sempre di suddividere plasticamente importi predeterminati, distribuendoli nelle varie rate, giammai di attribuire la facoltà di modifica del totale *ex post*³² e sempre badando che l’interesse periodale successivo non si computi su un valore già contenente interessi (montante), dovendosi diversamente approvare una clausola apposita, di capitalizzazione anatocistica degli interessi (art. 1284 c.c.)³³. Cionondimeno non appare ragionevole spingersi fino ad affermare — come si vorrebbe, nel sistema *alla francese* — che, periodicamente, sul debitore gravi un obbligo di pagare un

²⁸ Il discorso andrebbe approfondito nuovamente anche in termini di interpretazione del comma 2 dell’art. 1815 c.c., ma non vi è spazio in questa sede per tale ragionamento: non deve dubitarsi, infatti, che anche quelli stabiliti per il caso di ritardato o mancato pagamento rappresentino “interessi” in senso civilistico (a prescindere dal *nomen juris* attribuito dalle parti: penale, indennità, ecc.) e che, in caso di superamento del tasso soglia da parte di tali forme di remunerazione — percentuale, periodica ed accessoria al capitale — il contratto debba intendersi usurario, con applicazione dei meccanismi di legge suddetti. D’altronde, l’art.1 del d.l. 394/2000 “*Interpretazione autentica della L.108/96 contenente disposizioni in materia di usura*”, convertito in l. n. 24/2001 riconduce alla nozione di interessi usurari quelli convenuti “*a qualsiasi titolo*”.

²⁹ F. INSOLERA, *op. cit.*, p.14.

³⁰ C. M. BIANCA, *Diritto Civile, IV L’Obbligazione*, Milano, 1993, pp.174-175.

³¹ A. GENOVESI, *Lezioni di commercio o sia di Economia civile*, G. Silvestri, Milano, 1820, vol. II, pp. 227-228.

³² Come si è costretti ad affermare, in relazione ai finanziamenti a tasso variabile.

³³ Tra gli svariati metodi di restituzione, si potrebbe ipotizzare anche quello di computo degli interessi sul capitale scaduto, potrebbe consistere nel calcolarne l’ammontare solo sulla quota di capitale scaduto e da pagarsi nel periodo (ad es. tasso infrannuale equivalente a quello annuo sulla quota mensile di capitale): ma in tal modo, il computo risulterebbe poco remunerativo per il finanziatore e presupporebbe un frazionamento dell’obbligo restitutorio, che invece viene considerato pacificamente (anche ai fini prescrizionali) unitario.

debito non ancora scaduto e che non può ancora produrre interessi: ovvero il capitale inesigibile, proprio perché il banchiere ha accordato il rateizzo e ha rinunciato a far valere il proprio diritto a pretenderne anzitempo l'intero ammontare dei frutti e del capitale.

In mancanza di usi (normativi) contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi (art. 1284 c.c.). Per i consumatori, la clausola contrattuale deve essere valutata anche ai sensi degli artt. 123 e 125-bis TUB e degli 33-35 del Cod. Consumo: (d.lvo 206/2005 e oggetto di specifica trattativa (non essendo sufficiente la sola doppia sottoscrizione ex art. 1341 c.c.); in relazione a ogni cliente bancario, anche non consumatore, invece, la clausola deve rispettare le prescrizioni degli artt. 116 comma 1, 117 comma 3 e 120 TUB, dell'art. 6 della *Delibera* del 09.02.2000 del Comitato Interministeriale Credito Risparmio (CICR), che stabilisce che le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto.

Nell'ambito dell'indagine difensiva, l'interpretazione delle clausole contrattuali non può limitarsi soltanto nel verificare se il contratto riporti esplicita indicazione della misura del tasso di interesse convenuto, ma ha dovuto necessariamente estendersi alla verifica se il complesso delle condizioni pattuite consenta o meno di individuare una metodologia di calcolo dell'interesse, che sia coerente ed univoca secondo il precetto del comb. disp. degli artt. 1346-1418 c.c. In base a tale interpretazione è evidente che la mancata indicazione in contratto della tecnica mediante la quale il piano di restituzione viene sviluppato (o anche soltanto l'omessa indicazione di taluni accorgimenti di calcolo in mancanza dei quali si può addivenire ad una pluralità di tassi di interesse) configura la sussistenza di profili di indeterminatezza delle condizioni.

Ad integrazione del quadro civilistico — ma con riferimento ai soli contratti in cui il finanziatore sia una banca od altro intermediario finanziario sottoposto a vigilanza — intervengono le previsioni contenute nel TUB ed oggetto di successive modifiche ed integrazioni, nonché i principi riportati in talune delibere

CICR in ordine ai requisiti di trasparenza dei contratti. In definitiva, la questione pare riguardare gli obblighi di trasparenza dei contratti bancari e di correttezza e buona fede nell'impostazione delle regole³⁴ e nell'interpretazione degli obblighi pattuiti di rispetto delle regole contrattuali: la validità del patto, prima che l'adempimento. Eppure, non capita spesso di leggere clausole contrattuali che abbiano indicato e determinato a priori l'ammontare totale del debito per interessi, maturati per il decorso del periodo di ammortamento (giorno per giorno) e distribuiti nelle rate periodiche di restituzione del capitale erogato: forse perché, chiamato alla somma algebrica dei fattori, l'uomo con diligenza media non troverebbe corrispondenza con il tasso di interesse corrispettivo pattuito?

4. Indeterminatezza del contratto di credito privo di specifica regolamentazione ed esplicazione del metodo di ammortamento del capitale e di capitalizzazione degli interessi: essenzialità del piano di ammortamento.

Valorizzando la necessità di una chiara indicazione del metodo di ammortamento (art. 116, comma 1, TUB vuole che si renda noto in modo chiaro ogni condizione economica), si deve ritenere che, anche se fosse presente in contratto, la sua sola semplice enunciazione (ad esempio *alla francese*, all'italiana, alla tedesca, all'americana, ecc.), non potrebbe comunque esaurire gli obblighi di determinazione del piano. In un contratto bancario, infatti, al fine della determinatezza del tasso di interesse pattuito, devono essere necessariamente specificati, distintamente, sia il regime finanziario adottato (semplice o composto), sia, ulteriormente per il regime composto, il criterio di calcolo degli interessi: nel regime composto si rende infatti necessario indicare il criterio di imputazione degli interessi maturati nella rata, che può essere individuato nel calcolo cumulativo degli interessi composti sulla quota di capitale che viene a scadere o, alternativamente, periodo per periodo, quindi in ragione del debito residuo, o

³⁴ F. CACCIAFFESTA, *Valutare un prestito è altro da progettarlo (a proposito di un articolo di Aretusi, Mari e Provenzano)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 3, 2023, pp. 423-436; R. NATOLI, *L'ammortamento "alla francese": istruzioni per l'uso*, in E. GINEVRA, R. LATTANZI, U. MALVAGNA, U. MINNECI, G. MUCCIARONE, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta*, cit., p.291. In tema di trasparenza, non può non ricordarsi A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013 e G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

ancora attraverso criteri intermedi o diversamente articolati, nel rispetto dei vincoli di chiusura del piano.

Nei contratti di finanziamento a rimborso graduale, invece — secondo l'esperienza professionale di chi scrive — non risulta alcuna univoca indicazione su questi due aspetti che qualificano il metodo di ammortamento: il regime finanziario applicato (la rata calcolata in regime finanziario composto risulta maggiore di quella calcolata in regime finanziario semplice) e le modalità di calcolo degli interessi (sul debito in scadenza ossia sulla sola quota capitale della rata oppure su tutto il debito residuo), anche laddove è stabilito l'importo costante della rata. L'indicazione del regime di capitalizzazione adottato pertanto è assolutamente rilevante: esso non può essere rinviato all'uso, alla prassi bancaria, che il cliente (anche non consumatore) dovrebbe conoscere.

Circa la ritenuta essenzialità di previsione di ogni tasso di interesse, prezzo e condizione praticati (art. 117, c. 4, TUB), il Giudice di Terni (aderendo all'orientamento di parte della giurisprudenza di merito)³⁵, ritiene che *“raggiunto l'accordo sulla somma mutuata, sul tasso, sulla durata del mutuo e sul rimborso mediante un numero predefinito di rate non può porsi un profilo di indeterminatezza del tasso di interesse espressamente pattuito”*. Non pare si possa condividere l'assunto, in quanto non basta che il contratto preveda l'obbligo di rimborso mediante il pagamento di un certo numero di rate periodiche, nonché che ogni rata comprenderà una quota capitale e una quota interessi, calcolate a un certo tasso variabile (parametrato, nei due casi di specie all'Euribor).

Neppure appare sufficiente ad integrare il requisito di certezza e determinabilità la circostanza che i piani di ammortamento allegati ai contratti espressamente prevedano la somma complessiva da restituire, distinguendo l'importo dovuto a titolo di capitale da quello dovuto a titolo di interessi: non è univoco il metodo di calcolo degli importi per interesse indicati se in contratto si prevedono esclusivamente (i) il pagamento di un numero definito di rate con (ii) periodicità mensile (iii) ad un tasso di interesse determinabile sulla base del criterio enunciato in contratto. Il rimborso di un mutuo stipulato per una determinata somma, ad un determinato tasso e con un numero predeterminato di rate può avvenire a

³⁵ Trib. Torino, 10/01/2019; Trib. Roma, 3/04/2019; Trib. Vicenza, 17/04/2020; App. Campobasso, 17/04/2023, citate dalla pronuncia in esame.

condizioni del tutto diverse, a seconda che si applichi un regime finanziario o un altro³⁶. A parità di importo finanziato, di tasso d'interesse contrattuale, di durata del piano di rimborso e di numero di rate, almeno due prestiti, a seconda del regime di capitalizzazione, produrranno un costo del tutto diverso, che risulterà decisamente più alto in regime di capitalizzazione composta, mentre sarà indiscutibilmente più ridotto in regime di capitalizzazione semplice.

Il metodo *francese* a rata costante determina nel complesso un costo più alto del finanziamento di quello che, a parità di capitale, numero di rate e durata, sarebbe dovuto con il metodo di ammortamento lineare, come ci si avvede anche dalle semplificate di ipotesi di calcolo dei matematici³⁷. La differenza — pur prescindendo dalle diverse soluzioni matematiche adottate — deve essere posta all'attenzione del cliente, al momento della sottoscrizione, della specifica trattativa con il consumatore e poi del giudice mediante consulenza tecnica, o magari — perché no — anche prima, nel corso della mediazione pregiudiziale, obbligatoria nella materia bancaria.

La previsione contrattuale relativa al solo tasso di interesse in ragione d'anno è invece un'indicazione del tutto parziale ed insufficiente a determinare il monte interessi, in quanto concorrono a determinare il tasso effettivo annuo praticato in concreto (c.d. TAE) anche i tempi della riscossione e il regime finanziario adottato. La mancata esplicitazione nel contratto del regime degli interessi adottato incide sul monte interessi finale e sulla determinatezza dello stesso tasso. Conseguentemente viene a determinarsi un tasso ultralegale maggiore di quello indicato in contratto e, cosa più importante, non pattuito per iscritto in violazione

³⁶ Eppure, *contra* tale affermazione, è parte della giurisprudenza di merito, citate dalla pronuncia in esame: Trib. Roma 2/07/2020, Trib. Benevento n. 1984/2021, Trib. Trani 3/06/2020, Trib. Monza Brianza, 22/11/2022, Trib. Pordenone, sent. 6/02/2023, Trib. Rimini, 12/03/2022.

³⁷ Che, anche a voler tenere rata costante, è possibile sviluppare almeno due piani di ammortamento diversi, con diversi valori di capitale e interesse per ciascuna rata, lo ha anche dimostrato recentemente in diverse sedi, R. MARCELLI, *L'anatocismo nei finanziamenti con ammortamento graduale. matematica e diritto: due linguaggi che stentano ad incontrarsi*, in *BBTC*, 5, 2021, p.707 e p. 720, ma già ID, *L'ammortamento alla francese: nella rata si annida l'anatocismo*, in *ilcaso.it*, 30 aprile 2019, 11, pp. 35 ss.; ancora, ne danno atto G. MUCCIARONE, *Ammortamento alla francese: meritevolezza e trasparenza*, in *Liber amicorum cit.*, p.280; N. DE LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c'è qualcosa che non va*, in *BBTC*, 2, 2021, p. 243; A. QUINTARELLI, *Leibniz e il mutuo feneratizio con ammortamento "alla francese" a rata fisa*, in *ilcaso.it*, 30 aprile 2020, p. 21. *Contra*, però, AMASES, *Anatocismo nei piani di ammortamento standardizzati tradizionali*, *Rapporto Scientifico dell'AMASES*, 2022/01, rinvenibile in *amases.org*.

dell'art. 1284 c.c. e dell'art.117, comma 4, TUB. L'indeterminatezza del piano di rimborso del capitale prestato si riflette in un'indeterminatezza del tasso di interesse indicato in contratto, al più integra l'ipotesi di altra condizione economica relativa alle operazioni e servizi offerti di cui all'art. 116 TUB. Tasso di interesse e condizione economica accessoria rappresentano elementi essenziali del contratto di finanziamento, che devono essere chiaramente e agevolmente *determinati o determinabili*, nel rispetto delle regole — civilistica e bancaria — e devono esprimere congiuntamente un dato reale, vero e corrispondente a quello pubblicizzato, riducendo al massimo l'asimmetria informativa tra cliente e banchiere. Sul punto, pare opportuno ricordare che anche la S. C. ha espresso un principio chiaro: *«E' giusto il richiamo che si fa al principio di diritto, affermato da questa Corte secondo cui "in tema di contratti di mutuo, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., che è norma imperativa, la stessa deve avere un contenuto assolutamente univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione (Cass. 2317/2017; Cass. 12276/2010)»*³⁸.

I due principali regimi finanziari alternativi, applicabili a qualunque tipo di ammortamento prescelto (che sia a rata costante o meno), implicano la capitalizzazione *composta* o la capitalizzazione *semplice*. Nel primo caso, si prevede una maturazione degli interessi ad un ritmo *esponenziale* (e quindi più oneroso): *«alla fine di ogni periodo di capitalizzazione, il reddito prodottosi aggiunge al capitale*

³⁸ Cass. n. 96/2022. Nel medesimo senso Cass. n.20555/2020: *«La clausola di determinazione degli interessi corrispettivi dovuti dal mutuatario è validamente stipulata ai sensi dell'articolo 1346 del codice civile anche se la stessa si limita al mero richiamo di criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, a condizione, però, che gli stessi, in quanto funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse, siano obiettivamente individuabili. Il requisito della forma scritta per la determinazione degli interessi extralegali (articolo 1284, ultimo comma, del codice civile), in effetti, non postula necessariamente che la convenzione medesima contenga una puntuale indicazione in cifre del tasso così stabilito, ben potendo essere soddisfatto, secondo i principi generali sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, contenuto nell'articolo 1349 del codice civile, anche per relationem, attraverso cioè il richiamo - operato per iscritto - a criteri prestabiliti ovvero ad elementi estrinseci al documento negoziale, purché obiettivamente e sicuramente individuabili, che consentano la concreta determinazione del relativo saggio di interesse, la quale, pur nella previsione di variazioni nel tempo e lungo la durata del rapporto, risulti capace di venire assicurata con certezza al di fuori di ogni margine di discrezionalità»*.

e[...] produrrà, assieme a questo, nuovo reddito in ogni periodo successivo”³⁹. Il secondo metodo limita la maturazione degli interessi ad un ritmo *lineare* e proporzionale al tempo, rinviandone il computo alla fine dell'operazione: “*per quella determinata operazione viene a mancare ogni capitalizzazione del reddito prodotto, il quale solo alla fine dell'operazione si aggiungerà al capitale investito nell'operazione: caso che corrisponde a quella che nella pratica finanziaria si suol chiamare capitalizzazione semplice*”⁴⁰. Ne consegue che a parità di importo finanziato, di tasso d'interesse corrispettivo contrattuale, di durata del piano di rimborso, di numero di rate e finanche a parità di importo rata costante, due prestiti, a seconda del regime di capitalizzazione adottato, produrranno una condizione economica (se non si vuole definire il costo complessivo dell'operazione finanziaria) del tutto diversa, che risulterà ovviamente più gravosa in regime di capitalizzazione composta.

Mentre in un regime di capitalizzazione semplice, la sola espressione del tasso di interesse nominale può rappresentare una corretta misura del costo del finanziamento, il TAN perde questa caratteristica di esaustività in un regime di capitalizzazione composta, dal momento che la relazione tra tempo e interesse non è lineare; anzi in tali circostanze esso fornisce una misura sottodimensionata del prezzo del costo dell'operazione. Ne consegue che la mancata esplicitazione nel contratto del regime di capitalizzazione adottato incide sul monte interessi e quindi sulla determinatezza del tasso.

L'importanza della determinazione esatta del criterio di calcolo degli interessi trova autorevole conferma anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui “*la mera indicazione di un “riferimento numerico” per il tasso di interessi può non risultare sufficiente ai fini del riscontro di determinatezza del relativo patto ex art. 1346 c.c., laddove valga ad indicare unicamente il tasso che viene applicato (non al rapporto in quanto tale, ma) solo in relazione a “un dato momento storico” dello stesso*”⁴¹.

³⁹ F. INSOLERA, op. cit., p.21; l'autore sulla onerosità si esprime successivamente, a p. 48 ss. Sul punto, cfr. anche A. ANNIBALI - A. ANNIBALI - C. BARRACCHINI, *Anatocismo e ammortamento di mutui “alla francese” in capitalizzazione semplice*, Roma, 2016, pp. 44 segg. e in *attuariale.eu*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Cass. n. 3855/2019.

Pertanto, il criterio in base al quale va stabilito un tasso d'interesse deve essere oggettivo, predeterminato e verificabile: ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., (che è norma imperativa), “*deve avere forma scritta ed un contenuto assolutamente univoco in ordine alla puntuale specificazione del tasso di interesse*”⁴²; l'ipotesi che il tasso possa essere anche individuato *per relationem*, mediante rinvio al contratto, è limitata ai soli casi in cui i dati — che siano conoscibili a priori — siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza indicato nello stesso contratto⁴³. Sul punto, il Supremo Collegio ha enunciato un principio — che è stato definito perentorio⁴⁴ — sulla determinatezza delle clausole inserite nei contratti bancari che disciplinano le condizioni economiche: “*sono nulle, se non contengono l'indicazione di un criterio che consenta di determinare ex ante in maniera univoca ad entrambi i contraenti l'oggetto della prestazione, irrilevante essendo che gli scostamenti dei risultati dei calcoli consentiti da una clausola che non contiene un criterio univoco siano minimi*”⁴⁵. Non pare dovrebbe essere revocabile in dubbio (e invece lo è) che si verifichi opacità (quando non occultamento) dei costi del finanziamento nei casi in cui vi sia difetto di esplicitazione in forma scritta del regime finanziario adottato per il calcolo degli interessi nei rapporti di finanziamento: il c.d. *differenziale di costo* derivante dall'impiego della capitalizzazione composta in luogo di quella semplice⁴⁶.

Se non regolamentato dal contratto, il regime finanziario del finanziamento deve essere indicato — con specificità — nel piano di ammortamento, che è «*clausola negoziale*»⁴⁷ attraverso cui si predispose l'assetto inerente la restituzione del capitale con coeva determinazione dell'entità dei frutti percentualizzati per ogni singola scansione del pagamento e rappresenta, per costante giurisprudenza di legittimità, una clausola negoziale i cui effetti, per tale sua natura, sono vincolanti fra le parti⁴⁸. Esso pertanto, fin quando è operante, si rivela essere l'elemento

⁴² Cass. n. 12276/2010; conformi le successive: Cass. nn. 2072/2013, 25205/2014, 22179/2015, 96/2022.

⁴³ Cass. n. 22898/2005, n. 2317/2007, n. 17679/2009.

⁴⁴ Trib. Vicenza, sent. n.170 del 3 febbraio 2022, est. Lamagna.

⁴⁵ Cass. n. 16907/2019.

⁴⁶ Cass. Ss. Uu. n. 8770/2020, che — sebbene emessa in materia di contratti derivati finanziari — espone una *ratio decidendi* estensibile alle convenzioni in materia di credito, affermando l'esigenza di “*una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto del contratto*”, tenendo conto anche di eventuali costi non dichiarati (*occulti*).

⁴⁷ Cass. n. 23972/2010.

⁴⁸ Cass. n. 5703/2002; Cass. n. 2352/1981.

contrattuale al quale bisogna fare riferimento in via esclusiva ai fini del calcolo delle somme che il mutuante ha il diritto di riscuotere alla restituzione del capitale ovvero al pagamento degli interessi⁴⁹.

L'essenzialità della indicazione del regime di ammortamento nel contratto di prestito — qualsiasi esso sia — e le conseguenze in termini di indeterminatezza ex art. 1346 c.c. e di nullità delle condizioni giuridiche ed economiche (per violazione della norma bancaria speciale di cui all'art. 117, comma 4, TUB) in caso di mancata indicazione di detto criterio nel testo del contratto, è stata anche affermata apertamente in giurisprudenza, finanche di legittimità⁵⁰ oltre che di merito⁵¹. Nello specifico, la Suprema Corte ha affermato che è essenziale l'indicazione, nel contratto di prestito, di tutti i criteri che consentano ad entrambe le parti di individuare in maniera univoca l'esatto contenuto dell'ammortamento e che il metodo costituisce elemento che incide sull'oggetto della prestazione (la restituzione del finanziamento), pena la violazione dell'art. 1346 c.c., in combinato disposto con l'art. 1284 c.c. e art. 1325 c.c. Ne consegue che va rilevata la nullità parziale del contratto di mutuo ai sensi dell'art. 117, comma 4, TUB, che tale essenziale indicazione non contenga.

Che infine, per tornare al caso in esame, il calcolo del consulente tecnico incaricato dal Giudice ternano abbia addirittura rilevato “*che, nel complesso, l'istituto di credito ha applicato interessi inferiori rispetto a quelli contrattualmente previsti*”, appare circostanza davvero incredibile sul piano logico, se si ragiona con senso pratico e con il medesimo metro che porta a ritenere che l'interesse rappresenti il giusto profitto del denaro dell'impresa bancaria⁵². Ma tant'è: a fronte delle risultanze peritali, il Tribunale avrebbe dovuto dettagliatamente argomentare il

⁴⁹ Cass. n. 33474/2021.

⁵⁰ Si vedano: Cass. n. 16907/2019 e in linea generale Cass. n. 23972/2010 cit.: “*In ordine al piano di ammortamento di un contratto di mutuo si rileva che esso, secondo l'insegnamento di questa corte, ha natura di clausola negoziale, con la conseguenza che, in caso di estinzione del contratto anteriormente alla sua naturale scadenza, rappresenta l'elemento contrattuale al quale occorre far riferimento in via esclusiva ai fini del calcolo delle somme riscosse dal mutuante imputabili alla restituzione del capitale ovvero al pagamento degli interessi (Cass. 19 aprile 2002 n. 5703)*”.

⁵¹ In tal senso, anche Trib. Napoli, sent. n. 5530 del 01.06.2022, inedita, Trib. Campobasso, sent. n. 528 del 6.11.2020; App. Bari, sent. n. 1890 del 3.11.2020; Trib. Massa sent. n. 384 del 5.08.2020; Trib. Napoli sent. n. 4102 del 16.06.2020; Trib. Campobasso sent. n. 158 del 26.03.2020

⁵² Tesi estremizzata fino al punto da ipotizzare che il banchiere possa pretendere tutti i frutti sin dal primo giorno successivo alla dazione da R. NATOLI, in *L'ammortamento "alla francese": istruzioni per l'uso*, cit., p.289.

discostamento dalle conclusioni del C.t.u. o disporre integrazione o nuova consulenza. Un dato invece appare insormontabilmente critico (a forse la terza delle soluzioni prospettate, la sostituzione del consulente, avrebbe meritato applicazione): l'ausiliario del Giudice di Terni afferma addirittura che *“il TAEG applicato “risulta uguale a quello previsto dal contratto”*. Questo rilievo tecnico avrebbe meritato forse diversa critica da parte del Giudice, facendosi applicazione delle disposizioni dell'art. 6 della *Delibera* CICR del 9.2.00 e dei recenti orientamenti della Cassazione⁵³.

Viene talvolta sottovalutato l'aspetto di norma cogente delle disposizioni del CICR, che è organo ministeriale emanante provvedimenti in base alla delega contenuta nell'art. 116, comma 3, TUB, che — in particolare alla lett. c), ai fini del discorso — prescrive che il Comitato *“stabilisce criteri uniformi per l'indicazione dei tassi di interesse e per il calcolo degli interessi e degli altri elementi che incidono sul contenuto economico dei rapporti”*. L'art. 6 della *Delibera* CICR del 9 febbraio 2000 — rubricata *Trasparenza contrattuale* — com'è noto stabilisce che *“I contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito [...] indicano la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infrannuale viene inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto”*.

Si può affermare che la previsione dell'obbligo di espressione del tasso equivalente derivante dal frazionamento infrannuale del debito significa che applicare un tasso annuale in un periodo più breve (infrannuale) determina un'obbligazione più gravosa rispetto a quella scaturente dal pagamento annuale: *“a seconda del periodo di validità che gli si può attribuire, si ha un tasso piuttosto che un altro”*⁵⁴. La mancata espressione di tale differenza di gravame (equivalenza) configura violazione dell'art. 116, commi 1 e 3, TUB e della *Delibera* CICR 2000, siccome delegata dalla

⁵³ In dottrina, cfr. ad es. anche A. TINA, *La mancata indicazione del tasso annuo nominale (TAN) nei contratti di finanziamento muniti di ISC/TAEG e piano di ammortamento*, in E. GINEVRA, R. LATTANZI, U. MALVAGNA, U. MINNECI, G. MUCCIARONE, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Liber Amicorum per Aldo A. Dolmetta*, cit., p.437.

⁵⁴ F. INSOLERA, *op.cit.*, p.15.

legge. Pertanto, la mancata espressione del valore effettivo equivalente del tasso periodale, derivante dall'anticipazione periodica degli interessi annuali dovrebbe essere rilevata dal giurista come vizio di per sé di invalidità della pattuizione per mancata espressione chiara de “*le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti*” (art. 116 comma 1, TUB).

Infine — com'è stato anche accertato recentemente dalla Suprema Corte — la corrispondenza tra tasso annuale corrispettivo e tasso infrannuale effettivo è di per sé sintomo di indeterminatezza: “*l'indicazione, in contratto, di un tasso annuo effettivo dell'interesse creditore corrispondente a quello nominale (e cioè di un tasso annuo dell'interesse capitalizzato coincidente con quello non capitalizzato) rende per un verso priva di contenuto la clausola anatocistica riferita agli interessi attivi — giacché sconfessa, nei fatti, che detti interessi siano soggetti a capitalizzazione — e non soddisfa, per altro verso, quanto esige il cit. art. 6. A tale ultimo proposito occorre infatti considerare che la previsione di un tasso di interesse effettivo corrispondente a quello nominale equivale alla mancata indicazione del tasso annuo calcolato per effetto della capitalizzazione: anche ad ammettere che le parti abbiano realmente voluto quest'ultima (in una qualche misura numericamente apprezzabile), il contratto mancante della detta indicazione non soddisferebbe una delle condizioni cui è subordinata, secondo quanto si è detto, la pattuizione dell'anatocismo [...]. “Una volta chiarito che l'indicazione di un tasso creditore (un tasso annuo effettivo) che non evidenzia l'incremento determinato dalla capitalizzazione non soddisfa quest'ultima condizione, è agevole comprendere che in una siffatta evenienza non risulta integrato uno dei presupposti cui l'art. 1 delib. CICR, in attuazione dell'art. 120, comma 2, t.u.b., subordina la pratica dell'anatocismo (...) il tasso annuo effettivo risultante dalla capitalizzazione degli interessi invece rappresenta, sia per gli interessi a debito del cliente che per quelli a credito, un elemento di cui è necessaria l'indicazione, pena la non attuabilità dell'anatocismo⁵⁵”.*

⁵⁵ In materia di conto corrente, ma l'argomento è estensibile al mutuo e — secondo interpretazione letterale del deliberato CICR — a ogni operazione di raccolta del risparmio e di esercizio del credito: Cass. n. 18664/2023, in questa rivista. G. DI LAURO, *Nota a Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 2023, n. 18664, www.dirittodelrisparmio.it, 6.7.2023.*

5. Conclusioni.

Affermata l'invalidità per indeterminatezza della clausola di determinazione delle condizioni economiche pattuite e praticate nel rapporto di finanziamento e della clausola negoziale costituita dal piano di ammortamento, per mancata esplicitazione del regime finanziario di ammortamento del capitale e del metodo di capitalizzazione degli interessi, ne consegue la sostituzione delle condizioni pattuite con quelle di cui ai meccanismi di eterointegrazione previsti dalla legge: (a) da un lato si impone che il saggio di interesse sia calcolato con linearità, di giorno in giorno sul capitale erogato (art. 821 c.c.) e suddiviso in periodi; (b) dall'altro che l'interesse sia corrisposto con la periodicità pattuita senza possibilità di diversa applicazione con criteri esponenziali o su quote di capitale diverse da quelle rappresentate dalla matematica suddivisione del capitale in periodi; (c) infine, che l'entità degli interessi sia determinata — secondo quanto disposto dall'art. 117, comma 7, TUB — al tasso minimo e massimo dei BOT nei dodici

Approfondimenti

La procedura Check Image Truncation (CIT), ovvero la presentazione al pagamento e il protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari.

Di Luca Cardi

I titoli di credito sono materia di alta precisione concettuale; sollecitano l'impiego di una tecnica giuridica quanto mai affinata; evocano, se ci si vuole avvalere di una metafora, l'immagine della meccanica di precisione. [...] È facile comprendere come una così ardua materia - «enigmistica del diritto» l'aveva definita Carnelutti - possa aver dato luogo a forti divergenze di opinioni e come la teoria del titolo di credito abbia potuto raggiungere un grado di complessità che non ha pari in altri settori della letteratura giuridica.
(Francesco Galgano, Titoli di credito)

Nel porre mano a queste righe, ci tornano alla mente le parole – sopra riportate in epigrafe – che compaiono nella seconda di copertina dell'opera dedicata ai titoli di credito dal grande e compianto giusprivatista Francesco Galgano: i titoli di credito sono materia di alta precisione concettuale. Enigmistica del diritto, per citare un altro Maestro: il Carnelutti.

La procedura Check Image Truncation, cui tale scritto è dedicato, incide sulle modalità di presentazione al pagamento (e dell'eventuale protesto) di quella particolare *species* di titoli di credito che sono gli assegni bancari e circolari. Ci faremo accompagnare in queste nostre riflessioni da talune pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia. Ed è, per l'appunto, da una di siffatte pronunce che trarremo le mosse del nostro ragionamento.

Il Collegio di Palermo dell'ABF con Decisione n. 5851 del 9 giugno 2023¹ si è pronunciato sul caso della negoziazione di un assegno bancario reso insoluto per irregolarità di girata per cui il beneficiario aveva a lamentare la negligenza della

¹ V. ABF, Collegio di Palermo, Decisione n. 5851 del 9 giugno 2023.

banca negoziatrice nel non aver, per l'appunto, rilevato siffatta irregolarità all'atto della presentazione del titolo presso i propri sportelli. La circostanza che il traente del titolo fosse nel frattempo deceduto, aveva difatti reso difficoltoso il recupero del credito nei confronti degli eredi dell'originario debitore. Il Collegio, riconosciuta la negligenza dell'intermediario negoziatore ai sensi all'art. 11 del r.d. 21.12.1933, n. 1736 (c.d. "Legge assegni") e dell'art. 1176 c.c. (*"in quanto l'operatore di cassa non avrebbe rilevato l'anomalia della firma di girata al primo tentativo di negoziazione in procedura"*, così testualmente nel dispositivo e sia pure parrebbe riprendendo le argomentazioni di parte ricorrente), ulteriormente rileva che, essendo stato negoziato il titolo tramite la procedura CIT (Check Image Truncation) e tale procedura consentendo *"agli intermediari di presentare al pagamento gli assegni nella loro sola forma elettronica, va prestata ancora maggiore attenzione alla regolarità degli assegni medesimi, come affermato nella Circolare ABI del 04.07.2018, che parla di una «massima attenzione [da parte delle banche negoziatrici] affinché il processo di digitalizzazione e di presentazione al pagamento di un assegno venga avviato solo dopo aver verificato la regolarità del titolo (presenza della data di emissione, della firma di emissione/traenza, mancanza o irregolarità di girata, ...)"*.

Pur nella complessiva condivisione delle conclusioni del Collegio (rispetto alle cui argomentazioni, ben non si comprende però il riferimento all'art. 11 L.A. che attiene all'emissione del titolo e non anche al suo trasferimento per girata e/o pagamento... e sempre che non si tratti di un mero refuso di stampa), resta solo da chiedersi quanto l'assoluta deresponsabilizzazione della clientela (di cui implicitamente si esclude ogni concorso di colpa in merito all'irregolarità di girata) collimi con quanto disposto dalla circolare ABI che il Collegio stesso richiama, tra l'altro, ad argomentare il proprio *decisum*. In tale circolare, difatti, esplicitamente si prevede che gli intermediari sensibilizzino la clientela circa le casistiche di mancato pagamento del titolo (e la conseguente impossibilità di regolarizzarlo e ripresentarlo al pagamento) affinché anch'essi – nel ruolo di traenti o di beneficiari – prestino la dovuta attenzione alla regolarità dello stesso (facendosi, dunque e in proprio, parte diligente e attiva nel processo di negoziazione. Perplessità desta, poi nel dispositivo, il riferimento al "primo tentativo di negoziazione in procedura" (cfr. *supra* e sia pure con la precisazione ivi riportata). Perché, e qui il nostro discorso nuovamente ci conduce alla CIT, se per "primo tentativo" dobbiamo

intendere (ma male potremmo aver inteso l'espressione, facendola oggetto di un'interpretazione letterale), che ne sarebbe potuto seguire un secondo (di tentativo di negoziazione, intendiamo), ebbene dobbiamo dire che un tale approccio contrasterebbe con il dato normativo. Un assegno negoziato per il tramite della procedura CIT e reso insoluto per irregolarità di girata, comunque e a prescindere dalle particolarità del caso, non avrebbe potuto essere fatto oggetto di un secondo tentativo di negoziazione. Quantomeno per le vie ordinarie. Ma procediamo per ordine.

L'assetto legislativo e regolamentare che conduce alla definizione delle modalità di presentazione al pagamento e del protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari, che è quanto dire all'applicazione della procedura Check Image Truncation (CIT), trova la propria origine nel cosiddetto Decreto Sviluppo 2011 dove – al comma 7 dell'art. 8 rubricato "Impresa e Credito" – sono introdotte novelle e integrazioni agli articoli 31, 45, 61, 66 e 86 del Regio Decreto 21 dicembre 1933, n.1736 (Legge Assegni). Per la parte di solo interesse ai fini della presente trattazione, «l'art. 8, comma 7, lettera b), del Decreto Legge n. 70 del 13 maggio 2011 (convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della Legge 12 luglio 2011 n. 106)² ha introdotto alcune rilevanti modifiche alla Legge Assegni che vanno ad incidere su aspetti qualificanti del processo di presentazione al pagamento degli assegni e su quello di constatazione del mancato pagamento da parte dei pubblici ufficiali (tramite il protesto e la dichiarazione equivalente), prevedendo in particolare che:

1. l'assegno bancario e l'assegno circolare possono essere presentati al pagamento in forma sia cartacea sia elettronica (combinato disposto del comma 3, dell'art. 31, della Legge Assegni e del comma 1, dell'art. 86, della medesima legge);
2. il portatore può esercitare il regresso contro i giranti, il traente e gli altri obbligati se l'assegno bancario, presentato in tempo utile, non è pagato, purché il rifiuto del pagamento sia constatato: 1) con atto autentico (protesto), oppure; 2) con dichiarazione del trattario scritta sull'assegno

² V. D.L. 13 maggio 2011, n. 70, Semestre Europeo – Prime Disposizioni Urgenti per l'Economia (in G.U. n. 110 del 13/05/2011), convertito dalla legge 12 luglio 2011 n. 106 (in G.U. n. 160 del 12/07/2011).

bancario con l'indicazione del luogo e del giorno della presentazione o 3) con dichiarazione della Banca d'Italia, quale gestore delle Stanze di Compensazione o delle attività di compensazione e di regolamento delle operazioni relative agli assegni, attestante che l'assegno bancario, presentato in forma elettronica, non è stato pagato (art. 45, comma 1, della Legge Assegni);

3. il protesto o la constatazione equivalente possono essere effettuati in forma elettronica sull'assegno presentato al pagamento in forma elettronica (art. 61, comma 3, della Legge Assegni).

A tali novità si aggiunge la previsione della lettera c) del medesimo art. 8, comma 7, secondo cui le copie informatiche di assegni cartacei sostituiscono ad ogni effetto di legge gli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale è assicurata dal negoziatore mediante l'utilizzo della propria firma digitale e nel rispetto delle disposizioni attuative e delle regole tecniche all'uopo previste (art. 66, comma 2, della Legge Assegni)».

Pertanto, il legislatore del 2011 ha preferito – pur innovando radicalmente sotto i cennati profili la disciplina primaria di settore – mantenere fermo il testo legislativo di riferimento (Legge Assegni) innestando in esso – con la tecnica della novella – i necessari incisi normativi, con ciò sortendo l'esito di integrare e modificare l'articolato originario per quanto ritenuto necessario ai fini dell'introduzione della riforma in parola.

Il Decreto-legge n. 70 del 13 maggio 2011, dopo aver introdotto le già richiamate modifiche alla normazione primaria di riferimento (artt. 31, 45, 61, 66 e 86 Legge Assegni e art. 8 Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari), rinvia a due successivi regolamenti per la relativa normativa attuativa e di dettaglio. Nello specifico:

1. ad un regolamento da emanarsi, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del D.L. 70/2011, da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze,

- sentita la Banca d'Italia, recante la disciplina delle modalità attuative delle disposizioni di cui alle modifiche apportate alla Legge Assegni³;
2. ad un regolamento da emanarsi a cura della Banca d'Italia, entro 12 mesi dall'emanazione del precedente regolamento, recante la disciplina delle regole tecniche per l'applicazione delle novellate disposizioni della Legge Assegni e del regolamento ministeriale⁴.

Necessario presupposto della presentazione del titolo al pagamento in forma elettronica, è che lo stesso venga “digitalizzato” ovvero che dallo stesso si tragga un’immagine rispondente a determinati requisiti tecnico/procedurali. La relativa soluzione viene individuata dall’anzidetto regolamento ministeriale nella generazione di un’immagine rispondente ai requisiti individuati dal CAD (Decreto Legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e successive modifiche e integrazioni recante il cosiddetto Codice dell’Amministrazione Digitale), ove – all’articolo 1, comma 1, lettera *i-ter*) – è precisato che per copia per immagine su supporto informatico di documento analogico deve intendersi «il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto». Si ha presentazione al pagamento in forma elettronica del titolo, digitalizzato con le anzidette modalità, «quando il trattario o l’emittente ricevono dal negoziatore l’immagine dell’assegno unitamente alle informazioni previste dal regolamento della Banca d’Italia» (art. 2, comma 2). Nei casi previsti dal medesimo regolamento, si ha presentazione al pagamento all’atto della ricezione, da parte del trattario o dell’emittente, delle sole informazioni previste dalla normativa (e in assenza, dunque, dell’immagine del titolo) (art. 2, comma 2). Gli assegni cartacei, una volta digitalizzati, sono di norma conservati per un periodo di 6 mesi dallo spirare del termine di presentazione (art. 5 comma 5).

Fin qui, e per quanto concerne la presentazione al pagamento, quanto statuito dal regolamento ministeriale cui fa seguito, come previsto e al fine di stabilire le relative regole tecniche, il regolamento di Banca d’Italia il quale prevede- tra l’altro – che l’intermediario cui il titolo viene girato per l’incasso, e pertanto ne effettua

³ V. Ministero dell’Economia e delle Finanze, Decreto 3 ottobre 2014 n. 205, Regolamento recante presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni bancari e circolari (in G.U. n. 54 del 06/03/2015).

⁴ V. Regolamento della Banca d’Italia ex art. 8, comma 7, lett. e), Decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011 n. 106, recante “regole tecniche in materia di presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni bancari e circolari e di protesto o constatazione equivalente in forma elettronica” (in G.U. Serie Generale n. 100 del 30/04/2016).

la dematerializzazione onde presentarlo al pagamento in forma elettronica, deve garantire – mediante apposizione di firma digitale – che l’immagine generata sia conforme all’originale cartaceo e che rispetti gli standard tecnici e di sicurezza definiti nell’allegato tecnico. Al contempo, il processo informatico di generazione dell’immagine deve garantire che da, ciascun assegno, possa essere generata una sola immagine e che questa sia conforme all’originale cartaceo (art. 3, comma 2).

Quanto alla conservazione, nello specifico, degli assegni cartacei successivamente alla digitalizzazione degli stessi, la norma prevede che:

- «L’assegno cartaceo è conservato dal negoziatore per sei mesi dallo spirare del termine di presentazione. Durante tale periodo l’assegno cartaceo viene esibito solo su richiesta dell’Autorità giudiziaria. Ogni altra richiesta di esibizione o di copia viene evasa sulla base dell’immagine dell’assegno» (art. 6, comma 1);
- «Decorso il periodo di conservazione di cui al comma precedente l’assegno cartaceo è distrutto, fatto salvo il caso in cui siano pendenti sul titolo richieste di sequestro o ordini di esibizione dell’Autorità giudiziaria ovvero sia stata disconosciuta la firma dell’assegno o il negoziatore abbia evidenza di altre esigenze di difesa» (art. 6, comma 2).

Il negoziatore – come peraltro già previsto dal regolamento ministeriale sul punto – provvede alla presentazione al pagamento del titolo con due distinte modalità. Il discrimine tra l’una e l’altra sta nell’importo recato dall’assegno. Più precisamente (art. 7, comma 1):

- per importi fino a € 8.000,00, la presentazione al pagamento avviene con la trasmissione in via telematica al trattario o all’emittente almeno dei seguenti dati (art. 8): a) identificativo del negoziatore (codice ABI e CAB); b) identificativo del trattario o dell’emittente (codice ABI e CAB); c) importo; d) data di emissione; e) numero identificativo dell’assegno; f) nome del beneficiario per i soli assegni circolari, di traenza, vidimati, vaglia postali e titoli speciali della Banca d’Italia;
- per importi superiori a € 8.000,00, oltre ai dati sopra specificati, occorre trasmettere al trattario/emittente anche l’immagine del titolo.

Si ha presentazione al pagamento – da effettuarsi a cura del negoziatore non oltre il giorno lavorativo successivo a quello in cui l’assegno gli è stato girato per l’incasso (art. 10, comma 1) – solo a ricezione avvenuta da parte

dell'emittente/trattario delle informazioni sopra dettagliate: i soli dati del titolo fino a € 8.000,00, i dati del titolo e l'immagine oltre € 8.000,00 (art. 7, comma 5).

Nei casi in cui la presentazione al pagamento avviene con la trasmissione dei soli dati specificati nell'art. 8, il trattario o l'emittente possono comunque richiedere al negoziatore l'invio dell'immagine (art. 7, comma 2) con modalità tali, comunque, che il negoziatore possa evadere l'anzidetta richiesta non oltre il giorno lavorativo successivo a quello di avvenuta presentazione (art. 10, comma 3). Sugli intermediari coinvolti nella negoziazione del titolo incombe l'obbligo di adottare «ogni necessario presidio organizzativo e procedurale atto a garantire che l'assegno sia presentato al pagamento una sola volta» (art. 7, comma 6).

Come già sottolineato, il percorso che conduce all'introduzione della procedura CIT ha inizio nel 2011 – a livello di normazione primaria – con le novelle apportate alla Legge Assegni per proseguire, poi, con i necessari interventi attuativi adottati – a livello di normazione secondaria – con i già richiamati regolamenti, l'uno del Ministero dell'Economia e delle Finanze (2014) e l'altro della Banca d'Italia (2015). A questa prima fase di introduzione delle novità normative, fa seguito una seconda fase di realizzazione del complesso e articolato sistema che, prese le mosse dal rinnovato quadro normativo, ne traduce principi e regole nella concreta attività del mondo bancario. In tale seconda fase risulta di fondamentale rilievo la pubblicazione della circolare ABI Serie Tecnica n. 5 del 22 marzo 2016⁵.

Stabilisce tale ultimo documento che per tutte le tipologie di assegni e con qualsivoglia modalità presentati al pagamento, la motivazione dell'esito di impagato sarà indicata dal trattario/emittente valorizzando uno dei codici causale previsti dalla circolare n. 3512/C del 30 aprile 2001 del Ministero dell'Industria⁶ o dal nuovo Accordo interbancario.

Le causali di impagato, di cui alla richiamata circolare ministeriale, si articolano in cinque macrocategorie e una causale residuale (contrassegnata dal codice 40). Le 5 macrocategorie comprendono:

⁵ V. Circolare ABI - Serie Tecnica N. 5 – 22 marzo 2016, Bancaria Editrice, Digitalizzazione degli assegni. Regole interbancarie per la presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni mediante scambio delle immagini. Caratteristiche e piano di avvio della nuova procedura Check Image Truncation (CIT).

⁶ V. Circolare Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato 30 aprile 2001, n. 3512. Registro informatico dei protesti. Elenco causali rifiuto pagamento assegni bancari (allegato 1) ed elenco motivi rifiuto pagamento vaglia cambiari e tratte accettate (allegato 2) (in G.U. n. 110 del 14/05/2001).

1. causali (da 10 a 17) relative alla mancaanza di autorizzazione di cui all'art. 1 Legge 386/1990⁷;
2. causali (da 20 a 22) relative ai casi di difetto di provvista di cui all'art. 2 Legge 386/1990;
3. causali (30 e 31) relative a irregolarità dell'assegno per importo contraffatto;
4. causali (32 e 33) inerenti a irregolarità dell'assegno (non denunciato smarrito o rubato) recante firma non riferibile al correntista;
5. causali (da 34 a 37) inerenti a irregolarità dell'assegno denunciato smarrito o rubato.

Le causali definite mediante il nuovo Accordo interbancario possono, invece, essere distinte in tre macrocategorie:

1. causali di impagato per irregolarità per ragioni tecniche (52, 53, 78 e 84) che individuando casi in cui il mancato pagamento discende da ragioni esclusivamente tecniche (a titolo esemplificativo, un disallineamento del flusso contabile e dell'immagine dell'assegno) consentono, in via eccezionale, la ripresentazione dell'assegno, in deroga alla norma che vuole che ciascun titolo venga digitalizzato una sola volta e una sola volta presentato al pagamento;
2. causali di impagato per mancata ricezione della materialità degli assegni presentati tramite back-up (79 e 80) da utilizzarsi per esitare gli assegni non digitalizzati e presentati, dunque, in modalità cartacea;
3. causali (50, 54, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 77, 82 e 99) individuanti altre irregolarità del titolo che non ne consentono il pagamento/estinzione (immagine richiesta e non pervenuta, assegno falso/contraffatto/clonato, incompleto nei requisiti essenziali, mancante di luogo o di data di emissione ovvero di firma di traenza, irregolare di girata, pervenuto oltre i termini per il protesto, richiamato, estinto, ammortato, recante data di emissione errata/irregolare, prescritto, sottoposto a provvedimento di sequestro, recante dati non presenti su archivio banca).

⁷ V. Legge 15 dicembre 1990, n.386. Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari (in G.U. n. 296 del 20/12/1990).

Da quanto fin qui evidenziato, si evince che il titolo, presentato presso lo sportello della Banca negoziatrice non possa essere digitalizzato che una sola volta (fatto salvo il caso eccezionale delle cosiddette irregolarità tecniche; ma esse sono tassativamente indicate). Sul punto la Circolare ABI Serie Tecnica n. 12 del 4 luglio 2018⁸ stabilisce in apposito paragrafo rubricato “regolarizzazione degli assegni” che:

“Ai sensi di quanto previsto dal Regolamento del 22 marzo 2016 della Banca d’Italia, “Il processo di generazione dell’immagine dell’assegno deve assicurare che il titolo cartaceo venga utilizzato una sola volta per generare una sola immagine avente valore ai fini della presente disciplina; il processo garantisce altresì la conformità dell’immagine dell’assegno all’originale cartaceo” (art. 3, comma 2) e che “Gli intermediari adottano ogni necessario presidio organizzativo e procedurale atto a garantire che l’assegno sia presentato al pagamento una sola volta” (art.7, comma 6). Deve intendersi, quindi, che non può essere regolarizzato un assegno già presentato al pagamento in forma elettronica e reso impagato dal trattario/emittente. Si invitano pertanto gli intermediari: - nel ruolo di emittenti, a raccomandare alle proprie dipendenze di porre la massima cura in fase di emissione degli assegni circolari, in particolare nella corretta apposizione della firma di traenza; - nel ruolo di negoziatore, a prestare la massima attenzione affinché il processo di digitalizzazione e di presentazione al pagamento di un assegno venga avviato solo dopo aver verificato la regolarità del titolo (presenza della data di emissione, della firma di emissione/traenza, mancanza o irregolarità di girata, ...). Al contempo, si raccomanda agli intermediari di informare la propria clientela in merito ai rischi conseguenti alla emissione/versamento di un assegno irregolare (mancato pagamento del titolo e impossibilità di regolarizzarlo e ripresentarlo al pagamento) affinché anch’essi (nel ruolo di traenti o di beneficiari) prestino la dovuta attenzione alla regolarità del titolo. Più in generale, andrebbe colta l’occasione per invitare i clienti a prestare cura nella compilazione degli assegni (scrittura chiara e facilmente leggibile) e nell’apposizione delle firme/timbri di traenza o girata (evitando che possano andare a sovrapporsi ad altre informazioni presenti sul titolo). Si richiama peraltro

⁸ V. Circolare ABI - Serie Tecnica N. 12 – 4 luglio 2018, Bancaria Editrice, Digitalizzazione degli assegni. Piano di adozione della nuova procedura interbancaria Check Image Truncation. Chiarimenti tecnici a valle dei collaudi e della prima fase di operatività della CIT. Altri aggiornamenti.

l'attenzione sul fatto che nel caso di assegni circolari risultati impagati per irregolarità, l'intermediario emittente dovrà procedere al rimborso del titolo a fronte della restituzione della copia analogica conforme rilasciata dal negoziatore al legittimo portatore del titolo non potendo pretendere che venga restituito il titolo cartaceo originale”.

All'esito di questa trattazione che delinea il perimetro normativo di riferimento, possiamo iniziare a trarre talune prime conclusioni. Non senza, però, aver prima speso un rapido cenno ai titoli di credito e alla loro natura (*genus* cui, come detto, gli assegni bancari e circolari appartengo quale *species*). E affidiamoci, ancora una volta alle riflessioni di Francesco Galgano.

Il referente economico del concetto giuridico di titolo di credito, sottolinea il Galgano⁹, è da rinvenirsi nella circolazione della ricchezza mobiliare: questa può circolare in modo diretto ovvero indiretto, rappresentata – in tale ultimo caso – da quei particolari documenti denominati titoli di credito. Come evidenzia l'illustre Studioso, una cambiale o un assegno – nella loro materialità – sono “pezzi di carta” e, dunque, beni mobili. E da questa loro specificità (l'essere beni mobili, per l'appunto) trae le mosse la rigorosa riflessione giuridica che ha condotto all'elaborazione concettuale conclusasi con la definizione dei titoli di credito e della relativa disciplina¹⁰.

L'invenzione o la trovata dei titoli di credito (così testualmente Galgano) risiede, a volerne riassumere l'essenza, nell'aver portato alle estreme conseguenze la natura del documento quale bene mobile. Il diritto menzionato sul documento è incorporato, come si suol dire, nel documento e questo funziona come “veicolo” del diritto in esso menzionato che finisce, dunque, per essere trasferito tra i vari aventi diritto secondo le regole proprie – non del diritto in sé – ma del documento che lo incorpora. Il diritto di credito incorporato nel titolo circola, dunque, secondo le

⁹ Cfr. F. Galgano, *Diritto Privato*, Wolters Kluwer – Cedam, Diciassettesima Edizione (a cura di Zorzi Galgano N.), 2018.

¹⁰ È ancora il Galgano a sottolineare (“Dei titoli di credito – Art. 1992-2027”, Zanichelli Editore, Terza Edizione, 2010, seconda di copertina) – e già abbiamo avuto ad evidenziarlo in apertura – che «I titoli di credito sono materia di alta precisione concettuale; sollecitano l'impiego di una tecnica giuridica quanto mai affinata; evocano, se ci si vuole avvalere di una metafora, l'immagine di una meccanica di precisione. Vi si sono cimentati grandi maestri del passato: da Cesare Vinante a Francesco Carnelutti; da Tullio Ascarelli a Walter Bigiavi; e sono tuttora illuminanti le lezioni consegnate alle stampe da Alberto Asquini. È facile comprendere come una così ardua materia – “enigmistica del diritto” l'aveva definita Carnelutti – possa aver dato luogo a forti divergenze di opinioni e come la teoria del titolo di credito abbia potuto raggiungere un grado di complessità che non ha pari in altri settori della letteratura giurifica».

regole proprie della circolazione dei beni mobili. Con tutto ciò che ne discende in termini di semplificazione dei traffici e del commercio.

Gli assegni bancari e circolari sono, dunque, titoli di credito che assolvono la funzione di mezzi di pagamento. Il documento cartaceo (il “pezzo di carta” per citare il Galgano) menziona un diritto di credito e, in particolare, il diritto al pagamento della somma di denaro in esso indicata. Ebbene se, come detto, un assegno è un “pezzo di carta” e, in tanto assolve la funzione che gli è giuridicamente ed economicamente propria in quanto – nel documento cartaceo – viene ad essere incorporato il credito, si comprende agevolmente quanto sia profonda la novità introdotta dalla procedura cosiddetta “Check Image Truncation” (in sigla CIT) in merito alla presentazione al pagamento e al protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari. E la profondità di una tale novità, a ben vedere, è concettuale ancor prima che operativa. Prevedere che l’assegno bancario possa essere presentato al pagamento in forma sia cartacea sia elettronica (così l’art. 31 del R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 per come integrato dalla riforma del 2011 di cui si tratta) equivale a riprodurre, nell’ambito della circolazione degli assegni (e sia pure con riguardo al momento della presentazione al pagamento), una sorta di passaggio – per ricorrere a termini che individuano, al tempo d’oggi, una ricorrente contrapposizione – dall’analogico al digitale.

L’assegno che è, quale titolo di credito, innanzitutto un documento cartaceo, viene per l’appunto dematerializzato attraverso un processo di digitalizzazione, che sortisce l’effetto di trasferire il credito – nello stesso incorporato – nell’immagine generata all’atto della negoziazione presso lo sportello bancario. All’esito di questo processo di dematerializzazione, il diritto di credito non è più immanente al documento cartaceo ma è trasfuso nell’immagine digitale che, dal documento, è stata tratta e generata. Il legislatore del 2011, dunque, non ha inteso apportare modifiche all’inquadramento normativo dell’assegno bancario e circolare quale titolo di credito, ma ha più specificatamente inciso su quella particolare fase che è la presentazione al pagamento ovvero la disciplina normativa che regola le modalità e le tempistiche con cui il creditore richiede l’adempimento dell’obbligazione pecuniaria (il pagamento della somma di denaro menzionata nel titolo) alla banca trattaria (nel caso dell’assegno bancario) o alla banca emittente

(nel caso dell'assegno circolare). Dall'originario assunto teorico/normativo posto a fondamento della Check Image Truncation (il consentire la presentazione al pagamento dell'assegno in modalità elettronica, dematerializzando il titolo con conseguente incorporazione del diritto di credito da esso recato in un documento digitale), il legislatore dapprima e, quindi, i diversi soggetti regolatori intervenuti nella materia (Ministero dell'Economia e delle Finanze, Banca d'Italia, Associazione Bancaria Italiana) hanno rigorosamente tratto le dovute conseguenze pratico/operative. E tra esse, indubitabilmente, v'è che da un assegno possa essere tratta un'immagine e un'immagine sola in quanto, una volta digitalizzato il titolo, il credito, per così dire, "trasmigra" nell'immagine che se ne fa definitivo veicolo. L'assegno cartaceo ne resta come svuotato d'efficacia e di valore tant'è che, coerentemente, il legislatore prevede che – decorsi sei mesi e fatte salve esigenze probatorie ovvero di giustizia – l'intermediario negoziatore possa legittimamente distruggerlo. Come pure, e altrettanto coerentemente, è previsto che eventuali azioni di recupero dell'importo recato da titoli digitalizzati e resi insoluti per irregolarità debbano avvenire (cfr. *supra*) per il tramite della riconsegna di copia analogica conforme all'originale e non certo dell'assegno cartaceo che verrebbe fatto di dire, in maniera radicale, più non ha alcun valore.

Le pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario in tema di negoziazione degli assegni bancari e/o circolari per il tramite della procedura CIT sono ormai numerose. Ricordiamo, a titolo meramente esemplificativo: Collegio di Napoli Decisione N. 22891 del 16 dicembre 2020¹¹, Collegio di Napoli Decisione n. 3380 del 7 aprile 2023¹², Collegio di Napoli Decisione n. 4445 del 10 maggio 2023.

Soffermandoci su tale ultima decisione, rileviamo come essa si soffermi in particolar modo sull'immagine del titolo e sul controllo che i soggetti coinvolti nella negoziazione del titolo sono chiamati ad operare per andare esenti da responsabilità. Con ciò ribadendosi l'assunto fin qui sostenuto in ordine

¹¹ Per cui, cfr. nota a cura di A. Zurlo, "Assegno contraffatto. La diligenza richiesta nel caso di check truncation", pubblicata in questo Portale il 1° febbraio 2021 (ove, sia pure con la specificità del riferimento nel testo del dispositivo ABF alle specifiche tecniche della CIT, la negoziazione del titolo risulta effettuata nella vigenza dell'antecedente regolamentazione in materia di check truncation la quale discendeva da un mero accordo interbancario).

¹² Per cui, cfr. nota a cura di S. Rescigno, "La diligenza della banca in ordine alla verifica della validità di un assegno circolare", pubblicata in questo Portale il 15 luglio 2023 (e sia pure sotto il particolare profilo della richiesta cosiddetta di benemissione").

all'assoluto rilievo che, nell'ambito della procedura CIT, viene ad assumere la digitalizzazione del titolo e le specifiche tecniche in base alle quali essa viene ad essere condotta.

La questione sottoposta all'Arbitro ha ad oggetto l'accertamento della responsabilità degli intermediari convenuti, A (apparente emittente) e B (banca negoziatrice), per il danno derivante dalla negoziazione di un assegno circolare contraffatto (per l'appunto, negoziato presso gli sportelli dell'intermediario B e apparentemente emesso dall'intermediario A, ma al dunque risultato clonato).

“Con riferimento – argomenta il Collegio – alla responsabilità della banca negoziatrice (intermediario B), questo Arbitro ha in più occasioni avuto modo di chiarire che la diligenza della banca nel controllare la genuinità dell'assegno va valutata ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., e deve essere commisurata a quella c.d. dell'«accorto banchiere» (Collegio di Coordinamento, decisione n. 7283 del 2018; Collegio di Torino, decisione n. 10545 del 2019; Collegio di Roma, decisione n. 20544 del 2018; Collegio di Napoli, decisione n. 16542 del 2022). Pacifico è poi che, a proposito di negoziazione di titoli contraffatti, la diligenza professionale del banchiere comprenda anche un esame del titolo a vista, non superficiale. Vuol dire che la responsabilità della banca può essere dichiarata soltanto laddove questa non abbia rilevato alterazioni visibili ictu oculi”.

Nel caso di specie, l'ABF ha riscontrato la responsabilità dell'intermediario B in quanto non avrebbe rilevato le evidenti incongruenze desumibili dalla *facies* del titolo (tali da renderlo difforme dai requisiti tecnici divulgati dall'ABI). Peraltro, la banca negoziatrice non avrebbe acquisito e trasferito alla banca emittente i dati desumibili dal data matrix¹³. Nessuna responsabilità viene invece ravvisata nella condotta dell'intermediario emittente, in quanto pur essendo quest'ultimo tenuto a tenere idonei assetti organizzativi e adeguati controlli a presidio della regolare gestione dello strumento di pagamento, nel caso esaminato deve ravvisarsi che *“in generale, resta esclusa la responsabilità della banca emittente nei casi in cui «terzi abbiano creato un documento del tutto falso con le fattezze [...] di un assegno riferibile a quell'apparente emittente, [perché] viene in evidenza un comportamento che sfugge del tutto alla sua possibilità di controllo o di interdizione» (Collegio di Coordinamento,*

¹³ Trattasi di un QR code apposto sul fronte del titolo: un codice bidimensionale contenente, oltre ai dati rilevanti dell'assegno, un codice di sicurezza generato dalla banca trattaria/emittente; comunicazione dei dati del Beneficiario presente in chiaro sugli assegni alla banca emittente/trattaria (misura valida per i soli assegni circolari, di traenza, vidimati e i vaglia postali)

decisione n. 20978 del 2020)". Un concorso di colpa viene invece ravvisato nella condotta del soggetto negoziatore del titolo che, senza in alcun modo essersi sincerato dell'avvenuto accredito dell'importo dell'assegno ovvero aver versato in atti documentazione da cui risultasse una certificazione di bene emissione e quindi senza che nello stesso fosse stato ingenerato un legittimo affidamento in merito al pagamento del titolo, aveva cionondimeno provveduto alla consegna di merce di ingente valore.

Conclusioni¹⁴

Chi volesse oggi, a distanza di circa cinque anni dall'avvio effettivo della Check Image Truncation, tracciare un primo bilancio sugli aspetti normativi e sugli impatti operativi di tale procedura, dovrebbe – ad avviso di chi scrive – fare un passo indietro di oltre dieci anni tornando al principio di questa vicenda quando, ed era il 2011, il Decreto-legge n. 70¹⁵ disponeva che all'articolo 31 della Legge Assegni si aggiungesse, in fine, il seguente comma: «L'assegno bancario può essere presentato al pagamento in forma sia cartacea sia elettronica»¹⁶.

Il legislatore del 2011 compie, dunque, una ben precisa scelta di tecnica legislativa ricorrendo alla cosiddetta novella. La Legge Assegni, che oggi è ormai quasi al traguardo del secolo di vita, conserva principi e struttura. Alcuni suoi articoli, però (e per l'esattezza: 31, 45, 61, 66 e 86), vengono modificati e integrati in modo tale da introdurre normativamente la modalità elettronica di presentazione al pagamento degli assegni bancari e circolari.

Viene alla mente, seguendo una suggestione letteraria il giovane e ambizioso Tancredi che ricorda al Principe di Salina che “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”. Certo, il legislatore non perseguiva intenti gattopardeschi (nell'accezione di un conservatorismo trasformistico e reazionario

¹⁴ Le presenti conclusioni (come pure le riflessioni sopra riprodotte nel testo alle pagg.5 e 6) sono tratte dall'elaborato di tesi di laurea dello scrivente: “La procedura Check Image Truncation (CIT) ovvero la presentazione al pagamento e il protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari”, Università Telematica Pegaso, Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, Anno Accademico 2020/2021, Relatore Prof. Paolo Guida.

¹⁵ Cfr. l'art. 8, comma 7, lettera b), del D.L. n. 70 del 13 maggio 2011, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della Legge 12 luglio 2011 n. 106.

¹⁶ Articolo che, a seguito della novella, recita nel testo attuale: “L'assegno bancario è pagabile a vista. Ogni contraria disposizione si ha per non scritta. L'assegno bancario presentato al pagamento prima del giorno indicato come data d'emissione è pagabile nel giorno di presentazione. *L'assegno bancario può essere presentato al pagamento, anche nel caso previsto dall'articolo 34, in forma sia cartacea sia elettronica*”.

che tale termine è venuto assumendo) né si può ragionevolmente concludere che tutto sia rimasto com'era e stiamo parlando, s'intende ormai fuori dal richiamo letterario, della procedura CIT e di ciò che essa ha comportato per la disciplina normativa degli assegni. È un fatto, però, che la soluzione normativa adottata (la novella, per l'appunto) ha consentito di conservare la Legge Assegni modificandola nelle sole parti funzionali all'ottenimento del risultato perseguito: la digitalizzazione degli assegni nella fase della presentazione al pagamento.

Ed è in questo ambito che, dettate le norme primarie dal legislatore del 2011, si assiste ad una rigorosa e coerente opera di attuazione a livello regolamentare ad opera – ciascuno per quanto di propria competenza – degli ulteriori soggetti regolatori: il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Banca d'Italia e l'Associazione Bancaria Italiana. La procedura CIT è un limpido esempio di come principi e norme possano essere rigorosamente tradotti nella concreta realtà.

Affermare che l'assegno possa essere presentato al pagamento in modalità elettronica oltre che cartacea equivale a prevedere che il diritto incorporato nella materialità del titolo debba essere “trasferito” nel documento digitale che ne viene ottenuto all'atto della dematerializzazione presso lo sportello bancario e che, una volta effettuato tale “trasferimento”, la materialità cartacea del titolo ne resti, per così dire, “svuotata” e ridotta ad un *pezzo di carta* (per ricorrere ancora una volta alla plastica espressione del Galgano).

Se questo è il principio, va riconosciuto che ne sono state tratte in sede attuativa lineari conseguenze. Si consideri, tra queste, l'aver previsto che la materialità dell'assegno, una volta digitalizzato il titolo, possa essere legittimamente distrutta dall'intermediario negoziatore, fatti salvi taluni specifici casi, decorsi sei mesi. E ciò, a ben vedere, proprio perché il diritto recato dall'assegno è ormai trasfuso nel documento digitale e non più nel titolo cartaceo. Come pure, analoghe conseguenze discendono dalla previsione iniziale nel caso di assegno insoluto. Il diritto di credito, pur in tale circostanza, continua a risiedere nel documento digitale. Resta, però, da assicurare al cliente, che ha negoziato il titolo, la tutela delle proprie ragioni. E tale obiettivo si ottiene, per l'appunto, con la consegna della cosiddetta “copia analogica conforme” che si limita ad attestare che l'assegno

riprodotto in fotocopia sul documento corrisponde a quello digitalizzato e conservato negli archivi elettronici della banca¹⁷.

Ulteriore profilo che merita anch'esso di essere evidenziato, rispetto alla soluzione attuativa adottata in sede regolamentare, risiede nella constatazione che la normativa primaria, a ben vedere, avrebbe anche consentito soluzioni, se non si vuol dire meno coraggiose, certo intermedie. La Legge Assegni, per come novellata, non obbliga alla presentazione degli assegni in modalità digitale "limitandosi" a stabilire, come già rammentato, che gli assegni possano essere presentati al pagamento, ed eventualmente protestati, sia in forma cartacea sia in forma elettronica. È in sede di normazione secondaria (ad opera rispettivamente dei regolamenti del Ministero dell'Economia¹⁸ e delle Finanze e della Banca d'Italia¹⁹) e, ancor più, in sede di istruzioni divulgate dall'ABI²⁰ agli intermediari con le già richiamate circolari, che si decide di "radicalizzare" l'assunto originario portandolo, per così dire, alle sue estreme conseguenze. Gli assegni – si stabilisce – vanno presentati al pagamento in forma elettronica e, ricorrendo tale fattispecie, con la medesima modalità ne va constatato il mancato pagamento (alla presentazione digitale deve corrispondere il protesto digitale). La presentazione al pagamento in modalità cartacea resta, dunque, un'ipotesi residuale cui ricorrere esclusivamente nel caso in cui dalla materialità del titolo non sia possibile trarre (per segni, abrasioni, danneggiamenti) un'immagine digitale conforme alle specifiche tecniche stabilite dalla normativa CIT. La concreta realizzazione della procedura CIT è, dunque, anche un chiaro esempio di come i soggetti regolatori non abbiano perseguito soluzioni "al ribasso" che, dietro l'apparente e formalistico rispetto del dettato normativo, si limitassero alla conservazione dello *status quo ante*. Al contrario, proprio tali soggetti hanno saputo trarre dall'enunciato normativo ogni possibile spunto di proficuo efficientamento della materia. Hanno saputo, potrebbe dirsi, "bruciarsi i ponti alle spalle" per impedirsi (e impedire) facili

¹⁷ Cfr. l'art. 15 del regolamento Banca d'Italia rubricato "Consegna di documentazione": «Il negoziatore rilascia al portatore del titolo una sola volta: a) una copia analogica dell'immagine dell'assegno con le informazioni relative al mancato pagamento registrate ai sensi dell'articolo 5, comma 1 del regolamento, su cui è apposta una dichiarazione del negoziatore attestante la sua conformità all'originale informatico conservato nei propri archivi; b) una copia analogica del protesto o della constatazione equivalente ovvero del documento attestante la non protestabilità del titolo, su cui è apposta una dichiarazione del negoziatore attestante la sua conformità all'originale informatico conservato nei propri archivi».

¹⁸ Cfr. art. 2 del già richiamato decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

¹⁹ Cfr. art. 3 del già richiamato regolamento Banca d'Italia.

²⁰ Cfr. cap. 2 (pag. 4) della Circolare ABI - Serie Tecnica n. 5 - 22 marzo 2016.

e comode vie di fuga. Un caso emblematico è quello delle stanze di compensazione presso le cui sedi di Roma e Milano avveniva lo scambio fisico dei titoli negoziati. Come già sopra ricordato è la medesima circolare ABI del 2016 a precisare che la soluzione prevista per gli assegni di back-up²¹ (l'inoltro al trattario/emittente con lettera di vettura escludendone la tramitazione attraverso le dismesse stanze di compensazione) «vuole da un lato fungere da deterrente rispetto all'ipotesi di ricorso alla procedura di back-up da parte di intermediari che non siano in grado di rispettare il piano di attuazione della procedura CIT e, dall'altro, limitare il ricorso alle Stanze come modalità alternativa alla presentazione al pagamento mediante CIT»²². Come pure significativa è la previsione che il protesto o la constatazione equivalente, da rendersi in caso di insoluto del titolo, debbano essere richiesti in via esclusivamente telematica laddove la presentazione al pagamento sia avvenuta in forma elettronica (cfr. art. 4 comma 1 del regolamento del Ministero dell'economia e delle Finanze). In tali casi, il pubblico ufficiale o la Banca d'Italia, richiesti del servizio, levano il protesto o rendono la dichiarazione equivalente esclusivamente sulla base dell'immagine dell'assegno e delle informazioni ricevute in via telematica (cfr. art. 4 comma 2 del citato regolamento). Mentre, dunque, in sede di regolamentazione attuativa, Banca d'Italia potrebbe prevedere modalità elettroniche di levata del protesto a fronte di titoli presentati in modalità cartacea (art. 4 comma 5), il regolamento ministeriale esclude espressamente l'ipotesi inversa: fatti salvi i casi di forza maggiore (da definirsi con regolamento), l'assegno presentato al pagamento in modalità elettronica va protestato con la medesima modalità. Questo, per certo, per evitare che soluzioni intermedie (quali il protesto cartaceo su assegni digitalizzati), se consentite, potessero tradursi nella vanificazione della ratio della normativa primaria. In altri termini, e semplificando, la scelta compiuta è definitiva e non ammette (di più, non vuole ammettere) ripensamenti.

Si potrebbe, certo, discutere la soluzione “dirigistica” adottata. Rispetto alla medesima questione, l'approccio statunitense – tanto per fare un esempio tratto da altra legislazione – è stato senza dubbio connotato da profili maggiormente libertari. L'adozione delle nuove modalità di digitalizzazione dei titoli non era

²¹ Trattasi dei titoli per i quali non riuscendo la digitalizzazione per impedimenti tecnici, la presentazione al pagamento può essere ancora effettuata, e sia pure in via residuale, con modalità cartacea.

²² Cfr. par. 7.2 (pag. 16) della Circolare ABI - Serie Tecnica n. 5 - 22 marzo 2016.

obbligatoria, ma lasciata alla libera adesione degli intermediari. Il disfavore commerciale, che derivava dalla mancata adesione, ha però finito per determinare un'adesione sostanzialmente totalitaria. Al netto, però, di tali considerazioni di politica legislativa, resta indubitabilmente da constatare che la “via italiana” alla CIT è contrassegnata da una profonda collaborazione e dal proficuo apporto di tutti gli attori chiamati in causa. Ciascuno dei quali ha saputo, per la propria parte, svolgere la necessaria funzione di innovazione normativa e tecnica in sinergia con le altre parti in causa e in rigorosa coerenza con l'originario assunto normativo.

Solo il trascorrere del tempo potrà dirci se l'assegno, quale strumento di pagamento, è destinato ad un futuro degno del suo “glorioso” passato. Talora, i pur lodevoli sforzi del legislatore nulla possono in un ambito, qual è per l'appunto quello dei pagamenti e dei traffici commerciali, regolato innanzitutto dalle leggi dell'economia. In altri termini, in tanto possiamo assumere che uno strumento di pagamento continui ad essere utilizzato in quanto nei concreti scambi quotidiani tra gli operatori economici quello strumento continui a dimostrarsi sicuro, efficace ed efficiente. Sicuro nella misura in cui non possa (o possa difficilmente) essere fatto oggetto di frodi e contraffazioni, efficace perché in grado di assolvere la propria funzione giuridico-economica, efficiente in quanto rispondente a criteri di economicità.

La procedura CIT è, senza dubbio, un tentativo compiuto su questa strada. Se tale tentativo sia riuscito e, se in futuro e in coerenza con l'evolvere della tecnologia, ve ne saranno altri, sarà il tempo a dirlo. Certo, pur nell'indiscutibile presupposto della perfettibilità di ogni opera umana, ci pare si possa concludere che vi sia stato un notevole sforzo di definizione di norme e principi e una rigorosa e coerente opera di “inveramento” degli stessi nel concreto dell'agire giuridico ed economico.

Potremmo dire – parafrasando il Prezzolini del “Manifesto dei Conservatori” – che siamo di fronte ad un caso di Vera Conservazione. Il Vero Conservatore – come definito dall'Autore – «sa che a problemi nuovi occorrono risposte nuove, ispirate a principii permanenti». E, in fondo, è quello che si è tentato di fare con la CIT. Adeguare uno straordinario portato di secolare elaborazione tecnico-giuridica qual è quello contenuto nella Legge Assegni, nei principi e nei concetti che vi sono trasfusi, alle novità e alle esigenze dei giorni d'oggi.

*La mediazione telematica e l'insostenibile leggerezza dell'etere:
ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio?*

Di Marco Marianello.

1. La mediazione e la negoziazione assistita in via telematica *ante* riforma.

La progressiva entrata in vigore della c.d. “Riforma Cartabia” sta mostrando diversi profili di criticità agli operatori ed agli utenti dei molteplici strumenti ADR presenti all'interno del nostro sistema giuspositivistico.

Uno di questi è sicuramente rappresentato dallo svolgimento dei procedimenti in modalità telematica, il quale ha registrato dapprima un vorticoso sviluppo durante la fase pandemica e poi ha continuato ad essere utilizzato per ragioni legate soprattutto alla comodità degli incontri da remoto nonché all'informalità del procedimento di verbalizzazione²³.

D'altronde appare evidente sotto il profilo empirico come la negoziazione assistita e la mediazione non solo abbiano rappresentato dei modelli di auto-composizione delle controversie in ambito privatistico, ma siano stati anche utilizzati quali strumenti di adeguamento e di “manutenzione” di contratti divenuti *medio tempore* eccessivamente onerosi e/o iniqui per circostanze non imputabili alle parti²⁴.

L'art. 83, co. 20-*bis*, del D.L. n. 18/2020, convertito con modificazioni nella L. n. 27/2020, aveva previsto che: “*Anche successivamente a tale periodo, gli incontri potranno essere svolti, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento,*

²³Per A.M. TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Quest. Giustizia*, 1/2023, 222, «Siamo nel campo degli strumenti di soluzione delle controversie tra privati su diritti disponibili, in cui tutto dipende *naturaliter* dalla volontà degli stessi, in ossequio al *principium libertatis* che dovrebbe informare *generaliter* lo Stato di diritto e le democrazie liberali. Anche per il processo civile *coram iudice* sarebbe bene che legislatore e operatori del diritto custodissero questo valore, senza assilli efficientisti né impulsi autoritari: la giustizia civile è servizio pubblico reso nell'interesse dei singoli e della collettività da *civil servants*, privata o pubblica che sia la scaturigine del *munus* demandato loro».

²⁴Secondo J.P. BONNAFÉ-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Paris, 1992, 256, la novità sostanziale consiste nella individuazione di una diversa modalità del rendere giustizia, intesa sia come vicinanza - si parla di giustizia di prossimità - che come avvicinamento delle contrapposte posizioni delle parti. Il mediatore è un terzo che non impone alle parti una soluzione ma favorisce la ripresa del dialogo e la facilitazione del conflitto.

*in via telematica, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza. In caso di procedura telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica è sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo prevista dall'articolo 12 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*²⁵.

Tale modalità, una volta superata la c.d. fase “emergenziale”, è rimasta in vigore sino al 28 febbraio 2023 e poteva essere applicata in via analogica, stante l'*eadem ratio*, anche ai procedimenti di negoziazione assistita²⁶.

La possibilità di esperire la mediazione per via telematica, infatti, era già contenuta nell'art. 3, co. 4, del D.lg. n. 28/2010 (che effettuava un rinvio al regolamento dei singoli organismi di mediazione) e si riteneva estensibile, in assenza di un'espressa previsione normativa ed in forza dell'autonomia privata, anche agli incontri di negoziazione assistita effettuati a distanza.

Le videoconferenze si tenevano tramite l'accesso a stanze virtuali, riservate in via esclusiva ai soggetti coinvolti nei singoli procedimenti, attraverso la trasmissione di un *link* dedicato e relativa *password* oppure con la chiamata diretta in via telematica da parte dell'organismo o del mediatore.

La disciplina previgente sulle ADR in modalità telematica, in conclusione, aveva realizzato una sintesi equilibrata tra le esigenze di garantire l'effettiva partecipazione dei soggetti coinvolti, la riservatezza degli incontri e la sottoscrizione dei relativi verbali, prendendo atto del c.d. *digital divide* tuttora sussistente in una larga fascia della popolazione residente²⁷.

²⁵F. VALERINI, *La mediazione telematica dopo la riforma Cartabia*, in <https://www.judicium.it/la-mediazione-telematica-dopo-la-riforma-cartabia>, *Judicium*, 2023, 5, «Da un punto di vista operativo poteva, quindi, accadere che “il mediatore, apposta la propria sottoscrizione digitale, trasmette[*sse*] tramite posta elettronica certificata agli avvocati delle parti l'accordo così formato” in modo tale che la parte potesse sottoscriverlo per poi inviarlo al proprio avvocato che avrebbe certificato (in luogo del mediatore, dunque) la sottoscrizione della parte assistita (ancorché quest'ultima potesse non essere nello stesso luogo fisico dell'avvocato)».

²⁶Sulle potenzialità dell'uso della videoconferenza nella mediazione si rinvia a F. VALASTRO, *La mediazione in videoconferenza. Dalla situazione emergenziale agli orizzonti futuri. Dati e note a margine di un'indagine empirica*, in *Giustizia consensuale*, 2022, I, 221 ss.

²⁷M. MARINARO, *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/05/M.-Marinano.pdf>, *Judicium*, 2020, 3, «Con le due successive norme contenute nel comma 20-bis dell'articolo 83, il legislatore interviene poi con disposizioni aventi natura strutturale e che, quindi, prescindono dalla fase emergenziale tali da incidere integrando e modificando parzialmente quanto già previsto dal D.lgs. 28/2010. E così con la seconda previsione normativa si prevede che anche dopo il 31 luglio 2020 gli incontri di

2. La criticità emersa in conseguenza della novella legislativa: la firma digitale è obbligatoria soltanto per i procedimenti di mediazione effettuati in modalità telematica.

Secondo la formulazione del novellato art. 8-*bis* del D.lg. n. 28/2010, per poter svolgere una procedura di mediazione in modalità telematica occorrono i seguenti requisiti:

- a) la procedura deve essere prevista dal regolamento dell'organismo;
- b) la richiesta di una o più parti di svolgere la mediazione in modalità telematica;
- c) il possesso di sistemi di collegamento audiovisivo che assicurino la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate;
- d) il possesso di un pc mediante il quale creare il verbale informatico in formato nativo digitale;
- e) la sottoscrizione del verbale mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata;
- f) il possesso di una pec oppure di un altro servizio di recapito certificato qualificato.

L'art. 3, co. 4, del D.lg. n. 28/2010 impone ai regolamenti dei singoli organismi il rispetto degli *standards* essenziali previsti dall'art. 8-*bis* del D.lg. n. 28/2010, il

mediazione potranno essere svolti in via telematica «con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento...mediante sistemi di videoconferenza». Ciò significa che, almeno per quanto riguarda gli incontri di mediazione, gli organismi potranno avvalersi dei comuni sistemi di videoconferenza (che ovviamente consentano il riconoscimento dei partecipanti) purché vi sia l'espresso consenso delle parti, che alla luce della nuova norma, diviene stabilmente l'unico presupposto necessario per l'attivazione della modalità di incontro "a distanza". Infine, con la terza norma si mira ad offrire ulteriori strumenti per semplificare ed agevolare l'utilizzo della modalità "a distanza" consentendo di superare taluni problemi relativi alla sottoscrizione del verbale di mediazione e dell'accordo conciliativo. In primo luogo, infatti, viene disposto che nel caso di procedura che si svolge in videoconferenza *«l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione»*. Per E. DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il Covid-19*, in blog.ilcaso.it/news_980/29/07/20/L-arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_%20durante_il_COVID-19,_il_caso.it, 2020, 9, «Si permette così di concludere l'accordo da remoto non solo quando tutti i partecipanti alla procedura siano titolari di una firma digitale, ma anche quando, come in genere accade, una o entrambe le parti non l'abbiano e quindi appongano la sottoscrizione su un supporto analogico, che, essendo trasmesso telematicamente, non potrebbe, per definizione, considerarsi autografo. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica, continua la disposizione, è inoltre sottoscritto con firma digitale dal mediatore, di cui deve quindi dotarsi qualora ne sia privo».

quale effettua anche un espresso rinvio alle disposizioni contenute nel D.lg. n. 82/2005 (c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale - C.A.D.).

L'eccessivo formalismo e la rigidità del predetto art. 8-*bis* sembra confliggere apertamente con i requisiti di informalità e l'assenza di barriere procedurali che hanno storicamente caratterizzato i modelli di ADR, soprattutto nella parte in cui impone, al terzo comma, a tutti i partecipanti (ivi comprese le persone fisiche) al procedimento di mediazione il possesso di una firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata²⁸.

Quest'ultimo requisito non è richiesto, tuttavia, per gli analoghi procedimenti telematici di negoziazione assistita, atteso che l'art. 2-*bis*, co. 4, della L. n. 162/2014 recita che: *“Quando l'accordo di negoziazione è contenuto in un documento sottoscritto dalle parti con modalità analogica, tale sottoscrizione è certificata dagli avvocati con firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata o avanzata, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 82 del 2005”*²⁹.

Tale apparente aporia legislativa rivela un evidente privilegio nei confronti di quest'ultimo modello di ADR, il quale viene sottoposto in concreto - per quanto concerne la modalità di firma del verbale dell'incontro tenutosi a distanza - alla regola contenuta nell'abrogato art. 83, co. 20-*bis*, della L. n. 27/2020.

²⁸In senso conforme A.M. TEDOLDI, *op. cit.*, 222, «L'art. 8-bis d.lgs. n. 28/2010, con formalismo eccessivo, stabilisce che, quando la mediazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale (Cad, d.lgs. n. 82/2005) e può essere trasmesso a mezzo pec o con altro servizio di recapito certificato qualificato. Gli incontri si possono svolgere con collegamento audiovisivo da remoto. I sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri del procedimento di mediazione assicurano la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate. Ciascuna parte può chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare da remoto o in presenza. A conclusione della mediazione, il mediatore forma un unico documento informatico, in formato nativo digitale, contenente il verbale e l'eventuale accordo e lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata. Nei casi di mediazione obbligatoria e quando la mediazione è demandata dal giudice, il documento elettronico è inviato anche agli avvocati che lo sottoscrivono con le stesse modalità. Il documento informatico, sottoscritto ai sensi del comma 3 dell'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, è inviato al mediatore, che lo firma digitalmente e lo trasmette alle parti, agli avvocati, ove nominati, e alla segreteria dell'organismo. La conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono, a cura dell'organismo di mediazione, in conformità all'art. 43 Cad (d.lgs. n. 82/2005)».

²⁹F. VALERINI, *op. cit.*, 10, «Qui la soluzione appare “di compromesso” consentendo di mantenere un verbale in parte analogico (recante l'apposizione della firma autografa) e in parte digitale (poi finalmente digitale per scansione). Resta, infine, la perplessità di come possa una questione sostanzialmente analoga (id est l'accordo risolutivo della controversia) essere disciplinato (...) in (...) modi differenti quanto alle “formalità” della sottoscrizione».

Ne consegue che due procedimenti simili, aventi medesime finalità ed essendo obbligatoriamente previsti per alcune materie prima dell'esperimento della relativa azione giudiziale, vengono regolamentati in maniera diversa nel caso in cui gli incontri si tengano in modalità telematica³⁰.

3. L'*eadem ratio* (purtroppo) non si riverbera sulla relativa disciplina.

Tale diversità di trattamento appare fortemente lesiva degli artt. 3 e 77 della Carta Costituzionale, dal momento che introduce un'irragionevole disparità di trattamento tra due istituti ontologicamente ed eziologicamente simili nonché eccede dai principi contenuti nella legge-delega.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, l'art. 1, co. 4, lett. p) della L. n. 206/2021 si limitava a: *“prevedere che le procedure di mediazione e di negoziazione assistita possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto”*, parificando sotto il profilo giuridico i due modelli di ADR e prendendo atto del fatto che sino ad allora il legislatore non aveva previsto tale modalità di svolgimento per gli incontri di negoziazione assistita³¹.

La presenza agli incontri di mediazione di persone fisiche che agiscono al di fuori della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale (*id est* di consumatori), inoltre, impone il rispetto della normativa comunitaria di settore e,

³⁰ M.A. STOPPA, *La nuova mediazione telematica: firma elettronica dei verbali e prospettive future con l'intervento del notaio*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2023/03/06/nuova-mediazione-telematica-firma-elettronica-verbali-intervento-notaio>, *Altalex*, 2023, 2, «Di tutti i requisiti elencati è interessante focalizzarsi sul più controverso: l'obbligo della firma elettronica qualificata imposta alle parti. Le maggiori critiche operative si concentrano su due aspetti: il fatto che non tutti i cittadini (ad esclusione dei professionisti, imprese e dirigenti della P.A. che intervengono in mediazione) sono in possesso di firma qualificata e i relativi costi. Le pur ragionevoli considerazioni critiche, tuttavia, non giustificano un ritorno alla mediazione telematica secondo le regole emanate durante la pandemia».

³¹P. FRANCONI, *L'istituto della negoziazione assistita alla luce della legge delega n. 206/2021*, in *Dir. Risparmio*, 3/2022, 16, «La riforma, inoltre, facendo tesoro degli insegnamenti della legislazione emergenziale e al fine di garantire la speditezza della definizione dell'accordo, prevede la modalità di svolgimento della negoziazione assistita in forma telematica. Introduce, così, l'art. 2-bis nel d.l. n. 132/201433, con cui sono state potenziate sia le attività che gli avvocati possono compiere in sede di acquisizione delle fonti probatorie sia la possibilità di ricorrere a modalità telematiche con collegamento da remoto, anche parziale. È esclusa l'acquisizione per via telematica delle dichiarazioni dei terzi da farsi necessariamente in modalità analogica e in presenza delle parti e degli informatori, per evidenti motivi di verifica della genuinità delle dichiarazioni e di assicurare al terzo la piena verificabilità delle modalità con cui le sue dichiarazioni vengono acquisite. Tale divieto non opera, invece, per le dichiarazioni confessorie, che possono essere acquisite sia in modalità analogica che su documento informatico».

in particolare, della Direttiva n. 2013/11/UE in materia di ADR e del coevo Regolamento UE n. 524/2013 in tema di ODR³².

L'art. 5, co. 2., della citata Direttiva, infatti, prevede testualmente che: “*Gli Stati membri garantiscono che gli organismi ADR: a) mantengano un sito web aggiornato che fornisca alle parti un facile accesso alle informazioni concernenti la procedura ADR e che consenta ai consumatori di presentare un reclamo e la documentazione di supporto necessaria online; b) mettano a disposizione delle parti, su richiesta delle stesse, le informazioni di cui alla lettera a) su un supporto durevole; c) ove applicabile, offrano al consumatore la possibilità di presentare un reclamo offline; d) consentano lo scambio di informazioni tra le parti per via elettronica o, se applicabile, attraverso i servizi postali; e) accettino sia le controversie nazionali sia quelle transfrontaliere, comprese le controversie oggetto del regolamento (UE) n. 524/2013; e f) quando trattano le controversie oggetto della presente direttiva, adottino i provvedimenti necessari a garantire che il trattamento dei dati personali avvenga nel rispetto delle regole sulla protezione dei dati personali di cui alla legislazione nazionale di attuazione della direttiva 95/46/CE nello Stato membro in cui l'organismo ADR è stabilito*”.

Ne deriva, per logica conseguenza, l'irrinunciabile diritto dei consumatori di avvalersi della modalità analogica (c.d. doppio binario) qualora ne facciano espressa richiesta, ivi compresa la sottoscrizione del verbale di definizione del procedimento di mediazione³³.

D'altronde tale impostazione appare coerente non solo con la primazia del diritto comunitario e del fondamentale principio di ragionevolezza, ma risulta anche confermata dalla normativa regolamentare di settore e, in particolare, dalla

³²M. MARIANELLO, *Le ODR nel settore dell'energia*, in *Pers. merc.*, 4/2015, 79, «Per quanto concerne le caratteristiche, i requisiti degli organismi di risoluzione ed altre modalità operative, invece, il predetto Regolamento effettua un espresso rinvio alla coeva Direttiva 2013/11/UE, che rappresenta la *lex generalis* in materia di ADR».

³³L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1409, «Tale direttiva ed il regolamento in commento costituiscono due strumenti legislativi interconnessi e complementari, la cui contemporanea emanazione testimonia la sempre maggiore attenzione che il legislatore europeo presta ai meccanismi alternativi di risoluzione extragiudiziale delle controversie: è infatti evidente che il presupposto essenziale per il corretto funzionamento della piattaforma ODR risiede nella disponibilità, all'interno dell'Unione, di organismi ADR di qualità. Le caratteristiche di tali organismi sono appunto individuate dalla direttiva appena citata, la quale aspira quindi a porsi come una sorta di *lex generalis* in tema di ADR nelle controversie dei consumatori, dotata quindi di portata generale, in quanto applicabile “orizzontalmente” a tutti i tipi di procedure ADR, comprese quelle già contemplate nella Direttiva 2008/52, dedicata, com'è noto, a quello specifico meccanismo di risoluzione alternativa rappresentato dalla mediazione, la cui operatività è però comunque fatta salva, come risulta dall'art. 3, comma 2, della direttiva (e, analogamente, dall'art. 3 del Regolamento in esame)».

disposizione contenuta nell'art. 7, co. 4, del D.M. n. 180/2010, secondo cui: *“Il regolamento non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolge esclusivamente attraverso modalità telematiche”*.

Costituisce un dato di evidenza empirica, infatti, la circostanza che una gran parte della popolazione non può e/o non vuole avere accesso ai canali telematici e - legittimamente - pretende di avere un accesso diretto a modalità cc.dd. “analogiche e/o miste” che garantiscano comunque il concreto raggiungimento dello scopo prefissato, ovvero l'auto-composizione delle controversie.

Tutto ciò rappresenta anche un logico precipitato dei fondamentali principi dell'autonomia privata e della libertà delle forme vertendosi, sia nei procedimenti di mediazione che di negoziazione assistita, in materia di diritti disponibili³⁴.

La più rilevante differenza strutturale tra i due istituti, infatti, attiene alla presenza di un terzo imparziale (il mediatore) che svolge una funzione prevalentemente facilitativa, ma ciò non giustifica l'imposizione di un neo-formalismo negoziale addirittura superiore alla conciliazione conclusa telematicamente in sede processuale, per la quale non viene richiesta alcuna sottoscrizione delle parti³⁵.

L'art. 88, co. 2, disp. att. c.p.c., infatti, sancisce espressamente che: *“Quando il verbale di udienza, contenente gli accordi di cui al primo comma ovvero un verbale di conciliazione ai sensi degli articoli 185 e 420 del codice, è redatto con strumenti informatici, della sottoscrizione delle parti, del cancelliere e dei difensori tiene luogo apposita dichiarazione del giudice che tali soggetti, resi pienamente edotti del contenuto degli accordi, li hanno accettati. Il verbale di conciliazione recante tale dichiarazione ha valore di titolo esecutivo e gli stessi effetti della conciliazione sottoscritta in udienza”*.

Il legislatore, in conclusione, non soltanto ha previsto tre modalità differenti di sottoscrizione dei verbali telematici redatti per la conciliazione giudiziale, la negoziazione assistita e la mediazione, ma ha onerato quest'ultima (che dovrebbe

³⁴M. MARIANELLO, *Autonomia privata ed auto-composizione dei conflitti*, in *Vita not.*, 4/2013, 1166, «Le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili (caratterizzati dall'inalienabilità *inter vivos*, intrasmissibilità *mortis causa*, irrinunciabilità, impignorabilità, inusucapibilità, imprescrittibilità), restano libere di conservare il pieno controllo sugli atti posti in essere mediante l'esercizio della propria autonomia e, pertanto, possono decidere di addivenire a forme di auto-composizione o etero-composizione dei propri interessi che, pur situandosi al di fuori del fenomeno giurisdizionale, trovano eguale riconoscimento sotto il profilo costituzionale».

³⁵Per F. VALERINI, *op. cit.*, 10, «Da ultimo, resta da mettere in evidenza come la scelta del legislatore di prevedere un verbale nativo digitale sia per la mediazione “a distanza” che per quella c.d. “mista” non abbia eguali né nel processo civile né nella negoziazione assistita».

caratterizzarsi per la propria informalità) anche dei maggiori formalismi procedurali e redazionali!

Si auspica, *de jure condendo*, un intervento normativo che possa ricondurre tale istituto nell'alveo della legalità, parificando due modelli di ADR che presentano una *ratio* analoga sotto il profilo assiologico ed ontologico o, in via alternativa, si confida in un intervento di "ortopedia costituzionale" da parte della Consulta.

Trasparenza e opacità nella formula di calcolo del TAEG alla luce della sentenza Lexitor

Di Graziano Aretusi

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** Proporzionalità degli interessi tra diritto europeo e nazionale: la “regola *Lexitor*”. – **3.** Prestiti in regime composto e in regime semplice: sulla proporzionalità degli interessi. – **4.** Trasparenza e opacità nella formula di calcolo del TAEG. – **5.** Una proposta per superare le evidenti contraddizioni. – **6.** Considerazioni finali.

1. Introduzione.

Un’interessantissima riflessione apparsa sulle colonne de “Il Foro Italiano”,¹ invitava ad approfondire alcuni aspetti sanciti dalla sentenza *Lexitor* intorno al principio di proporzionalità degli interessi rispetto alla durata del contratto. La riflessione ha delle implicazioni tecniche notevolissime, per cui appare doveroso tentare di contribuire allo sviluppo di tale riflessione.

Per comprendere bene di cosa si sta parlando, è necessario fare un veloce (per così dire) *excursus* della vicenda. Partendo dalle origini, la direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986 prevedeva, all’art.8, che **“Il consumatore deve avere la facoltà di adempiere in via anticipata gli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, in conformità alle disposizioni degli Stati membri, egli deve avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito”**.

La direttiva 90/88/CEE del 22 febbraio 1990 modifica l’art.1 della direttiva 87/102/CEE, alla lettera d) “costo totale del credito al consumatore” e alla lettera e) “tasso annuo effettivo globale” e introduce l’art.1bis: “il tasso annuo effettivo globale che rende uguali, su base annua, i valori attuali di tutti gli impegni (prestiti, rimborsi e oneri) esistenti o futuri presi dal creditore e dal consumatore, è calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell’allegato II”.

Successivamente, la direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, abrogava la direttiva 87/102/CEE, prevedendo, all’art.19, la definizione di tasso annuo effettivo globale con la relativa formula matematica in allegato I, rinnovando, all’art.16, il diritto al rimborso anticipato:

¹ G. Colangelo, «*Lexitor*» e Corte costituzionale: esplose il contrasto tra il principio di proporzionalità e la formula del Taeg, *Foro it.*, 2023, II, 382.

“Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, **egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto**”. In linea con tale principio, la direttiva 2014/17/CE del 4 febbraio 2014 recava modifiche alla direttiva 2008/48/CE e definiva un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri sui contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da un’ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali. In particolare, la direttiva *de quo* confermava, all’art.25, il diritto all’estinzione anticipata: “1. Gli Stati membri assicurano che il consumatore abbia il diritto di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto. In tal caso, **il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito al consumatore, che riguarda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto**”. Inoltre, la direttiva prevedeva, all’art.41, un vincolo di tutela forte in termini di protezione dei consumatori: “Gli Stati membri assicurano che **le disposizioni adottate per il recepimento della presente direttiva non possano essere eluse in un modo che possa determinare la perdita della protezione concessa ai consumatori dalla presente direttiva attraverso particolari formulazioni dei contratti**, in particolare includendo contratti di credito che rientrano nell’ambito di applicazione della presente direttiva in contratti di credito la cui natura o finalità consenta di evitare l’applicazione di tali disposizioni”.

Con la sentenza *Lexitor* del 11 settembre 2019 (caso 383/18), la Corte di giustizia dell’Unione europea si pronunciava sull’art.16 della direttiva 2008/48/CE, dichiarando che esso “va interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore”. La sentenza, inoltre, al punto 24, offre un’importante interpretazione della modalità di calcolo degli interessi in caso di estinzione anticipata: “la menzione della «restante durata del contratto», che compare all’articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, potrebbe essere interpretata tanto nel senso che essa significa che i costi interessati dalla riduzione del costo totale del credito sono limitati a quelli che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto oppure a quelli che sono presentati dal soggetto

concedente il credito come riferiti ad una fase particolare della conclusione o dell'esecuzione del contratto, quanto nel senso che essa indica che **il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurre poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto**". Concentrandosi, allora, sui soli costi che dipendono dalla durata del contratto, tra cui si annoverano certamente gli interessi, non v'è dubbio che la Corte di giustizia interpreti la direttiva nel senso che, in caso di estinzione anticipata, questi costi debbano essere calcolati in misura proporzionale alla durata residua del contratto.

Sul tale aspetto, recependo il principio, interviene il DL n.73 del 25 maggio 2021 che modifica il comma 1 dell'art.125-sexies del TUB specificando tale principio di proporzionalità degli interessi: "1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, **ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi** e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte".

È interessante segnalare che nelle pieghe del DL n.73 del 25 maggio 2021, non è mancato un tentativo di azzoppare la portata dell'intervento, prevedendo, con l'art.11-octies un sostanziale limite di retroattività dei principi sanciti dalla sentenza *Lexitor*, ai soli contratti sottoscritti prima dell'entrata in vigore del decreto (25 luglio 2021); tale limite verrà poi dichiarato incostituzionale dalla Consulta con sentenza n.263 del 8 novembre 2022.

Concentrandosi, ancora, sui soli costi che dipendono dalla durata del contratto e, in particolare, sugli interessi, la Corte di giustizia europea, con sentenza del 9 febbraio 2023 (caso 555/21), ha confermato la validità dei principi stabiliti dalla *Lexitor* nel contesto della direttiva 2008/48/CE, anche al caso dei crediti ai consumatori garantiti da un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali di cui alla direttiva 2014/17/CE.

Questo il quadro d'insieme della vicenda.

In sintesi, la *Lexitor* ha acceso una riflessione sul diritto del consumatore alla riduzione dei costi in caso di estinzione anticipata e, da lì in poi, la discussione si è concentrata essenzialmente sullo stabilire "quali" costi debbano essere riconosciuti

in caso di estinzione anticipata²: oltre ai costi *recurring* (dipendenti dalla durata dell'operazione), la riduzione deve essere riconosciuta anche per i costi *upfront* (indipendenti dalla durata dell'operazione)?

La *quaestio*, però, tralascia un interrogativo che, con molta probabilità, è ben più importante: “come” deve essere applicata la riduzione?

Come visto, secondo la normativa e la giurisprudenza europea, nonché secondo le norme e la giurisprudenza nazionali da queste derivate, è fuor di dubbio che, in caso di estinzione anticipata, la riduzione dei costi *recurring*, dipendenti dalla durata dell'operazione (tra cui si annoverano gli interessi), si ottiene calcolandone la totalità e riducendone poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto.

Come vedremo, questa regola, ha delle implicazioni notevolissime.

2. Proporzionalità degli interessi tra diritto europeo e nazionale: la “regola *Lexitor*”.

Nel caso di estinzione anticipata, per quanto riguarda gli interessi (e, in generale, per i costi dipendenti dalla durata dell'operazione), la Corte europea, con la sentenza C-383/18 (*Lexitor*), prima, e con la sentenza C-555/21, poi, dà indicazioni sulle modalità di calcolo sia nell'ambito della direttiva 2008/48/CE che della direttiva 2014/17/CE: i costi dipendenti dalla durata dell'operazione (c.d. *recurring*) vanno ricalcolati in proporzione alla durata residua. Le sentenze della Corte, inoltre, evidenziano come gli stati membri abbiano recepito tale principio, affrontando, nella trattazione, non solo il caso del diritto polacco e austriaco, che avevano promosso la questione, ma anche un'analisi comparativa delle varie versioni linguistiche delle direttive³.

Non si tratta, quindi, di una questione solo italiana!

La *Lexitor*, pertanto, offre una “regola” secondo la quale interpretare le relative norme che recepiscono le direttive comunitarie negli Stati membri. Per i costi *recurring*, allora, l'art.125-sexies del TUB, “1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, **ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale**

² Un'ottima analisi dei termini della discussione è contenuta in M. Natale – R. Pardolesi, «*Lexitor*» o no? *Dubbi, crucci e malefatte della Corte di giustizia*, *Foro it.*, 2023, III, 115.

³ Cfr. sentenza Corte di Giustizia europea C-383/18 (*Lexitor*), punto 25.

alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”, va interpretato nel senso che la riduzione deve essere calcolata secondo la regola *Lexitor*: “il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l’importo in proporzione alla durata residua del contratto”.

Concentriamoci sugli interessi. Due interrogativi vanno immediatamente affrontati:

- la regola *Lexitor* vale, in generale, per un’operazione che ammetta, contrattualmente, l’estinzione anticipata?
- La regola *Lexitor* vale solo nell’ambito del diritto del consumatore?

Andiamo subito al primo interrogativo. Ci chiediamo, allora, se tale preciso principio di proporzionalità sancito dal diritto europeo in caso di estinzione anticipata e recepito dagli Stati membri nei propri ordinamenti, possa valere in generale per un’operazione che ammetta, contrattualmente, l’estinzione anticipata. Sulla base dei principi evocati dalla Corte europea, al fine di garantire una “tutela elevata del consumatore”, parrebbe proprio di sì!

Infatti, da parte loro, gli Stati membri debbono assicurare che le disposizioni adottate per il recepimento delle direttive europee **“non possano essere eluse in un modo che possa determinare la perdita della protezione concessa ai consumatori [...] attraverso particolari formulazioni dei contratti”**.

Quindi, nel caso di un contratto che preveda la possibilità di estinzione anticipata, si deve ritenere che la protezione del consumatore vada certamente garantita in ogni istante in cui egli abbia diritto ad estinguere anticipatamente l’operazione.

In merito al secondo interrogativo, ci chiediamo se per un contratto che preveda l’estinzione anticipata, il principio di proporzionalità sancito dalla regola *Lexitor* debba valere in generale anche al di fuori del diritto del consumatore. A tale riguardo, bisogna rilevare che la stessa Corte di Giustizia europea, con sentenza del 19/07/2012 nel caso C-591/10, ha stabilito che *«In assenza di disciplina dell’Unione, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i requisiti in presenza dei quali gli interessi devono essere corrisposti, segnatamente per quanto riguarda l’aliquota degli interessi medesimi e le loro modalità di calcolo (interessi semplici o interessi composti)»*.

In Italia, la giurisprudenza ha spesso affrontato la tematica della modalità di calcolo degli interessi e ha spiegato secondo quali caratteristiche debbano formarsi gli interessi.

La Cassazione, infatti, ha stabilito con precisione che le modalità di calcolo degli interessi sono indicate nell'art.821 del codice civile, secondo cui l'obbligazione che assume ad oggetto gli interessi su somme di denaro matura giorno per giorno in maniera direttamente proporzionale al tempo e al capitale: *«In tema di maturazione degli interessi il periodo normale preso a base per il calcolo di essi è il giorno. A norma dell'art. 821 cod. civ., i frutti civili (tra i quali sono compresi gli interessi dei capitali) si acquistano giorno per giorno. Pertanto, poiché l'art.1284 cod. civ. stabilisce che il saggio degli interessi legali è il cinque per cento in ragione di anno, ove occorra determinare l'importo degli interessi per un periodo inferiore all'anno bisogna dividere l'importo degli interessi annuali per il numero dei giorni che compongono l'anno e moltiplicare il quoziente per il numero dei giorni da considerare»*⁴. *«Il saggio di interesse costituisce, infatti, la misura della fecondità del denaro (predeterminata ex lege o stabilita dalla autonomia negoziale) ed è normalmente determinato con espressione numerica percentuale in funzione della durata della disponibilità e dell'ammontare della somma dovuta o del capitale (cfr. art. 1284 c.c., comma 1), ed opera, pertanto, su un piano distinto dalla disciplina giuridica della modalità di acquisto del diritto, fornendo il criterio di liquidazione monetaria dello stesso indipendentemente dal periodo - corrispondente od inferiore all'anno - da assumere a base del conteggio (nel caso in cui occorra determinare, sulla base di un saggio di interesse stabilito in ragione di anno, l'importo degli interessi per un periodo inferiore, bisogna dividere l'importo degli interessi annuali per il numero dei giorni che compongono l'anno e moltiplicare il quoziente per il numero dei giorni da considerare)»*⁵; *«trova applicazione il principio generale in base al quale, ove occorra determinare, sulla base di un saggio di interesse stabilito in ragione di anno, l'importo degli interessi per un periodo inferiore, bisogna dividere l'ammontare degli interessi annuali per il numero di giorni che compongono l'anno e moltiplicare il quoziente per il numero dei giorni da considerare (art 821 terzo comma cod civ)»*⁶.

⁴ Cfr. Cass., 27 gennaio 1964, n.191, in www.openstat.it.

⁵ Cfr. Cass., 7 ottobre 2011, n.20600, in www.openstat.it.

⁶ Cfr. Cass., 25 ottobre 1972, n.3224, in www.openstat.it; Cass., 23 novembre 1974, n.3797, in www.openstat.it.

È importante osservare che in tutte queste pronunce si stabilisce che l'importo degli interessi si ottiene dividendo l'importo degli interessi annuali per il numero dei giorni che compongono l'anno per poi moltiplicare il quoziente per il numero dei giorni da considerare. Nuovamente, quindi, si ritrova lo stesso principio contenuto nella regola *Lexitor*: gli interessi devono rispettare il principio di proporzionalità.

Ebbene, l'applicazione matematica di questo principio di diretta proporzionalità dell'importo degli interessi al tempo e al capitale, conduce, senza alcun dubbio, al regime semplice degli interessi.

Pertanto, nell'ambito delle direttive europee rivolte alla protezione del consumatore, per i contratti che prevedono l'estinzione anticipata si deve ritenere che il principio di proporzionalità stabilito dalla sentenza *Lexitor* debba valere, sempre, in ogni istante in cui il consumatore ha diritto a estinguere anticipatamente l'operazione. Inoltre, il diritto nazionale italiano recepisce tale principio all'interno del proprio ordinamento che, in accordo alle norme imperative generali previste dal nostro Codice Civile (art.821 co.3), vede valere il principio per la generalità dei contratti. Non a caso, l'art.117 del TUB, "Contratti", non si rivolge in particolare alla figura del consumatore, ma a quella più generale di cliente.

È del tutto evidente, allora, che il problema ricade tutto sulla modalità di calcolo degli interessi e sul principio di proporzionalità per il calcolo degli interessi nel tempo. Come si vedrà nella prossima sezione, il regime semplice rispetta sempre tale principio di proporzionalità stabilito dal diritto europeo e nazionale, a differenza del regime composto, che viola sempre tale principio⁷.

3. Prestiti in regime composto e in regime semplice: sulla proporzionalità degli interessi.

Un prestito è un'operazione di scambio che avviene, generalmente, tra due soggetti. Una qualsiasi operazione di scambio di denaro tra due soggetti potrà

⁷ Questi stessi elementi di discussione sono emersi nel dibattito multidisciplinare che si osserva intorno al contenzioso che si sta formando sul tema dell'applicazione del regime composto degli interessi nei prestiti gradualmente. In questo senso, particolare rilevanza viene prestata all'applicazione dell'art.821 co.3 c.c. Si cerca di comprendere, cioè, come la diretta proporzionalità al tempo e al capitale che gli interessi devono presentare in relazione al dettato dell'art.821 co.3 c.c., si applichi a un prestito graduale. Una raccolta di sentenze è disponibile in www.openstat.it

avere corso solo se i due operatori si scambiano istantaneamente (contestualmente) la stessa somma. Solo in tal caso i due soggetti accetteranno di concludere lo scambio poiché, altrimenti, uno dei due rilevarebbe il proprio svantaggio (e il vantaggio altrui). La letteratura ha ampiamente descritto le caratteristiche di tale principio, anche noto come “*principio di equità*” o “*di equivalenza*” che determina il “*punto di equilibrio*” dello scambio⁸.

Formalmente, in linea con la teoria matematica delle operazioni finanziarie eque, rinviando al costrutto teorico definito negli articoli di Mari e Aretusi⁹, qualsiasi sia il valore del capitale S oggetto dello scambio, allora uno scambio istantaneo potrà avere corso in un dato istante, se il valore totale delle m quote S_k poste in cambio di S , costituisce complessivamente il valore oggetto dello scambio, cioè se

$$S = \sum_{k=1}^m S_k . \quad (1)$$

Le quote S_k sono dette quote di costituzione del capitale S .

L'equazione (1) rappresenta il principio fondamentale di equilibrio dello scambio e garantisce che l'operazione possa avere corso in un dato istante; in violazione del principio di equità (1), l'operazione potrà avere corso solo se uno dei due operatori non rilevasse il vantaggio altrui nello scambiare una somma di denaro, con un'altra somma più bassa.

Per comprendere come agisce lo scambio, facciamo un esempio. Immaginiamo che Tizio e Caio si scambino 1.000 euro. Tizio dà 1.000 euro a Caio in cambio di 4 ($m=4$) quote di costituzione del capitale pari (ad esempio) a 250 euro l'una. Se lo scambio avviene istantaneamente, i 1.000 euro di Tizio saranno costituiti esattamente dalle quattro quote di capitale scambiate da Caio e lo scambio tra i due soggetti potrà avere corso. Se lo scambio non avviene istantaneamente, ma si propone che Caio riceva subito da Tizio i 1.000 euro, per restituire le quattro quote

⁸ Diversi Autori tra cui Demaria, Bonferroni, Polidori, Levi ed altri, hanno definito tale concetto. Per un approfondimento si rimanda all'articolo di Aretusi G., *Costituzione del capitale e ammortamento: questioni relative al dibattito in atto in tema di anatocismo nei prestiti gradualmente*, in *www.openstat.it*, p.9, 2022.

⁹ V. C. Mari – G. Aretusi, “*Sull'esistenza e unicità dell'ammortamento dei prestiti in regime lineare*”, in Rivista IL RISPARMIO, 1-2018; C. Mari – G. Aretusi, “*Sull'ammortamento dei prestiti in regime composto e in regime semplice: alcune considerazioni concettuali e metodologiche*”, in Rivista IL RISPARMIO, pp. 115-151, 1-2019; Mari C., Aretusi G., “*Sulla modellizzazione dei prestiti: errori, nonsense e mistificazioni nello scritto di F. Cacciafesta*”, in Rivista IL RISPARMIO, 1-2023; C. Mari – G. Aretusi, “*La valutazione e l'ammortamento dei prestiti: una trattazione unitaria (anche nel regime semplice)*”, in Rivista IL RISPARMIO, 2-2023.

di costituzione del capitale di 250 euro l'una in tempi futuri, allora Tizio non sarà più propenso a dare corso allo scambio dovendo mettere a disposizione subito i 1.000 euro per non averli subito indietro. Affinché lo scambio possa avere corso, Tizio dovrà avere “interesse” nel mettere subito a disposizione di Caio l'importo di 1.000 euro e attendere la restituzione in un tempo futuro; contestualmente, Caio dovrà accettare di “remunerare l'interesse” di Tizio nel mettere a disposizione anticipatamente una somma di denaro. Ma come quantificare questo interesse? In quale regime? Secondo quale legge?

Un aspetto molto trascurato, in particolar modo dai recenti Trattatisti, consiste nella differenza tra regime e legge di interesse. Mentre il regime di interesse attiene al modello di calcolo degli interessi nel tempo (generalmente semplice e composto), la legge di interesse riguarda le condizioni sotto le quali il regime trova applicazione. Per questo motivo, per definire una legge di interesse, si dovrà, anzitutto, stabilire il regime da applicare e, poi, si dovranno stabilire le condizioni, ossia: la convenzione che si utilizza per misurare il tempo (convenzione temporale o *day-count convention*)¹⁰, il tasso di interesse e l'epoca di impostazione dell'equilibrio finanziario¹¹. È evidente, allora, che ciò che regola veramente lo scambio tra le parti, è la legge di interesse (cioè il regime e tutte le condizioni sotto le quali il regime trova applicazione) stabilita all'interno della convenzione contrattuale¹².

È chiaro, quindi, che se Tizio presta a Caio 1.000 euro convenendo la restituzione del capitale prestato nel tempo, non sarà sufficiente (come, invece, spesso si osserva) indicare il tasso di interesse, ma si dovrà stabilire anche il regime (semplice o composto), la convenzione temporale per il calcolo dei giorni (ad

¹⁰ Ad esempio, tra le varie tipologie di convenzioni temporali vi sono quelle denominate 30/360, *actual/360* e *actual/actual*, dove con il termine *actual* si intende il numero effettivo di giorni tra due date di calendario. Cfr. <https://openstat.it/matematica-finanziaria-econometria-anatocismo/convenzioni-temporali-per-la-definizione-degli-intervalli-temporali-nelle-operazioni-in-euro/>. Si segnala che la trattazione qui riportata prescinde dall'unità di misura scelta per misurare i tempi dal momento che l'impostazione è generale e consente di trattare l'ammortamento dei prestiti indipendentemente dalla periodicità delle rate di rimborso. Naturalmente, l'unità di misura del tasso di interesse deve essere coerente con l'unità di misura scelta per misurare i tempi secondo la convenzione temporale stabilita.

¹¹ Una illustrazione delle caratteristiche delle leggi di interesse rispetto all'epoca di impostazione dell'equilibrio si può trovare nell'articolo “*A proposito dell'indifferenza al momento dell'equilibrio finanziario: alcune considerazioni intorno alle caratteristiche delle leggi di interesse in regime composto e in regime semplice nelle operazioni di scambio*”, in Openstat.it, 2/2023.

¹² Cfr. art.117 co.4 del TUB: “I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”. Si veda anche Trib. Salerno, Decreto di rinvio pregiudiziale alla Cassazione del 19-07-2023 n. 9585. In www.openstat.it.

esempio 30/360, *actual/360*, *actual/actual*) e l'epoca di impostazione dell'equilibrio finanziario.

In questo senso, è interessante cogliere le diverse caratteristiche delle leggi di interesse, sotto le varie condizioni.

Soffermiamoci, allora, sulla condizione relativa al regime di interesse e prendiamo in considerazione quelle operazioni di scambio (come ad esempio i mutui), su cui si concentra l'attuale dibattito multidisciplinare, che prevedono la possibilità di chiudere anticipatamente l'operazione.

Se lo scambio (1) non avviene istantaneamente, ma le m quote S_k di costituzione del capitale S vengono restituite in tempi futuri, allora per ognuna di queste quote si dovrà calcolare il valore futuro (montante) nel regime di interesse pure prefissato. Se il regime di interesse prescelto per lo scambio è quello composto, allora la (1) diviene

$$S = \sum_{k=1}^m \frac{R_k}{(1+i)^k} \quad (2)$$

che stabilisce l'uguaglianza tra il valore attuale in regime composto delle rate di rimborso e il capitale erogato inizialmente.

Se il regime di interesse prescelto per lo scambio è quello semplice allora la (1) diviene

$$S = \sum_{k=1}^m \frac{R_k}{(1+ki)} \quad (3)$$

che stabilisce l'uguaglianza, al tempo 0, tra il valore attuale in regime semplice delle rate di rimborso e il capitale erogato inizialmente.

In regime composto, le equazioni (1) e (2) indicano che il capitale iniziale S può essere rimborsato in m quote S_k il cui valore, ai rispettivi tempi di esigibilità, sarà tale che

$$R_k = S_k(1+i)^k, \quad k = 1, 2, \dots, m. \quad (4)$$

In regime semplice, invece, le equazioni (1) e (3) mostrano che il capitale iniziale S può essere rimborsato in m quote S_k il cui valore, ai rispettivi tempi di esigibilità, sarà tale che

$$R_k = S_k(1+ki), \quad k = 1, 2, \dots, m. \quad (5)$$

Con tutta evidenza, mentre l'equazione (4), per qualsiasi valore di k , produce interessi che non sono direttamente proporzionali al tempo e al capitale,

l'equazione (5) produce interessi che sono sempre direttamente proporzionali al tempo e al capitale. Giusto a titolo esemplificativo, la seguente *Tabella 1* riporta, nei due regimi, le controprestazioni di un prestito elementare di 1.000 euro al tasso del 10%. Si osserva facilmente che, a differenza del regime composto, il regime semplice produce interessi che sono sempre direttamente proporzionali al tempo e al capitale, proprio come richiede l'art.821 co.3 del Cod. civ.

Tabella 1 Debiti residui in regime composto e semplice per un prestito di 1.000 euro a rimborso in unica soluzione dopo 4 anni, calcolato al tasso annuale del 10%.

Debiti residui		Debiti residui
k	Regime composto	Regime semplice art.821 co.3 cc
0	1.000,00	1.000,00
1	1.100,00	1.100,00
2	1.210,00	1.200,00
3	1.331,00	1.300,00
4	1.464,10	1.400,00

Per capire meglio la differenza, è possibile fare degli esempi. Utilizzeremo i prestiti elementari: perché sono facili e di immediata comprensione; perché dato il regime, qualsiasi prestito graduale può essere decomposto in una somma di prestiti elementari¹³.

Consideriamo, allora, il prestito elementare in regime composto di *Tabella 1*. Tizio presta a Caio 1.000 euro al tempo 0 e chiede in cambio 1.464,10 euro in un'unica soluzione dopo 4 anni, calcolati ad un tasso del 10% annuale in regime composto. Caio può chiudere l'operazione al tempo 4 oltre ad avere la facoltà di chiudere anticipatamente l'operazione e di decidere se farlo in $k = 1,2,3$.

Si tratta, cioè, di un comune prestito elementare in regime composto; l'equazione (4) consente di calcolarne i debiti residui, tempo per tempo (Cfr. *Tabella 1*).

¹³ Le equazioni (4) e (5) mostrano, chiaramente, come un prestito graduale, può essere decomposto nella somma di m prestiti elementari, rispettivamente in regime composto e semplice. Esempi di decomposizione per gli ammortamenti *francese, italiano e bullet* sono riportati in G. Aretusi, *Brevi note sulla presunta assenza di anatocismo nei prestiti gradualmente in regime composto, con esempi per l'ammortamento francese, italiano e bullet*, 1/2021, in Openstat.it.

La dinamica dei debiti residui in regime composto in *Tabella 1* è significativa: se volessi chiudere ad un qualsiasi tempo intermedio l'operazione, dovrei corrispondere interessi in regime composto al tasso del 10% annuale (100;110;121;133,10). A termine, l'operazione chiuderà con il pagamento della rata di rimborso di euro 1.464,10 al tempo 4, che azzerà il debito residuo. È evidente, pertanto, che il regime composto è incompatibile con il principio di proporzionalità stabilito dall'art.821 co.3.

Ci chiediamo ora come si rapporta l'utilizzo del regime composto con i principi espressi dalle direttive europee e sanciti dalla giurisprudenza comunitaria.

Per un contratto che preveda l'estinzione anticipata, nel momento in cui il consumatore eserciterà il diritto ad estinguere anticipatamente l'operazione, si dovrà applicare la regola di proporzionalità ben definita dalla sentenza *Lexitor*: la **“riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto”**.

Ed ecco che, in regime composto, si palesa l'inghippo!

Infatti, se volessi chiudere l'operazione dopo 1 anno, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero in regime composto a 364,10 euro (464,10-100), mentre quelli riconosciuti secondo la regola *Lexitor* sarebbero pari a 348,075 euro (cioè $464,10 \times \frac{3}{4}$): dovrei chiudere corrispondendo 1.116,025 euro (1.464,10-348,075). Estinguendo dopo 2 anni, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero in regime composto a 254,10 euro (464,10-210), ma quelli riconosciuti secondo la regola *Lexitor* sarebbero 232,05 euro (cioè $464,10/2$): dovrei chiudere corrispondendo 1.232,05 euro (1.464,10-232,05). Allo stesso modo se volessi chiudere l'operazione dopo 3 anni, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero in regime composto a 133,10 euro (464,10-331), mentre quelli riconosciuti in base alla regola *Lexitor* sarebbero pari a 116,025 euro (cioè $464,10/4$): dovrei chiudere corrispondendo 1.348,075 euro (1.464,10-116,025). La seguente *Tabella 2.a* confronta gli importi dovuti dal creditore in caso di rimborso anticipato, in applicazione del regime composto e della regola *Lexitor*.

Tabella 2.a Prestito di 1.000 euro a rimborso in unica soluzione dopo 4 anni di euro 1.464,10 al tasso del 10% annuale in regime composto. Calcolo del rimborso anticipato in applicazione della regola *Lexitor*.

	Rimborso anticipato k Regime composto	Rimborso anticipato Regola Lexitor
0	1.000,00	1.000,00
1	1.100,00	1.116,025
2	1.210,00	1.232,05
3	1.331,00	1.348,075
4	1.464,10	1.464,10

L'esempio è particolarmente interessante e fa emergere un paradosso: in applicazione della regola *Lexitor*, l'utilizzo del regime composto spingerebbe il consumatore a non chiudere mai anticipatamente l'operazione, anche quando ne avrebbe la possibilità, dal momento che gli sarebbe riconosciuta una riduzione dei costi svantaggiosa: non sembra un buon modo di garantire una "tutela elevata del consumatore". Neanche si può pensare che si possa accettare un modo di eludere tale regola in modo da **"determinare la perdita della protezione concessa ai consumatori [...] attraverso particolari formulazioni dei contratti"** che ammettano il ricorso al regime composto.

Con il regime composto, quindi, si viola sempre il principio di proporzionalità stabilito dalla regola *Lexitor*. E questo è vero in generale, qualsiasi sia la tipologia di prestito in regime composto, stante la possibilità di decomporre un qualsiasi prestito graduale come somma di prestiti elementari¹⁴.

Per tutte queste ragioni, il regime composto, vista la sua caratteristica di non proporzionalità al tempo, risulta non compatibile con la regola *Lexitor*, oltre a essere non compatibile con l'art.821 co.3 del Codice Civile italiano.

Come si comporta, invece, il regime semplice?

Utilizziamo, al solito, un prestito elementare. Tizio presta a Caio 1.000 euro al tempo 0 e chiede in cambio 1.400,00 euro in un'unica soluzione dopo 4 anni, calcolati ad un tasso del 10% annuale in regime semplice. Caio può chiudere

¹⁴ Ibidem.

l'operazione al tempo 4 oltre ad avere la facoltà di chiudere anticipatamente l'operazione e di decidere se farlo in $k = 1,2,3$.

Si tratta, cioè, di un comune prestito elementare in regime semplice; l'equazione (5), allora, consente di calcolarne i debiti residui, tempo per tempo (Cfr. *Tabella 1*). La dinamica dei debiti residui in regime semplice in *Tabella 1* è eloquente: se volessi chiudere l'operazione ad un qualsiasi tempo intermedio, dovrei corrispondere sempre 100 euro di interessi l'anno, calcolati in regime semplice al tasso del 10%. A termine, l'operazione chiuderà con il pagamento della rata di rimborso di euro 1.400,00 al tempo 4, che azzerà il debito residuo. Pertanto, l'importo totale degli interessi è di 400 euro per 4 anni e ogni anno si producono sempre 100 euro di interessi: gli interessi, cioè, si producono in maniera direttamente proporzionale al tempo e al capitale.

Pertanto, se volessi chiudere l'operazione dopo 1 anno, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero effettivamente a 300,00 euro (400-100) esattamente come quelli riconosciuti secondo la regola *Lexitor* (cioè $400 \times \frac{3}{4}$). Estinguendo dopo 2 anni, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero effettivamente a 200,00 euro (400-200), come quelli riconosciuti dalla regola *Lexitor* (cioè $400 \times \frac{2}{4}$). Allo stesso modo se volessi chiudere l'operazione dopo 3 anni, gli interessi per la durata residua dell'operazione ammonterebbero effettivamente a 100,00 euro, al pari di quelli riconosciuti sulla base della regola *Lexitor* (cioè $400 \times \frac{1}{4}$).

In regime semplice la regola *Lexitor* è sempre rispettata!

La seguente *Tabella 2.b* confronta gli importi dovuti dal creditore in caso di rimborso anticipato, in applicazione del regime semplice ex art.821 co.3 cc e della regola *Lexitor*.

Tabella 2.b Prestito di 1.000 euro a rimborso in unica soluzione dopo 4 anni di euro 1.400,00 al tasso del 10% in regime semplice. Calcolo del rimborso anticipato in applicazione della regola *Lexitor*.

	Rimborso anticipato	Rimborso anticipato
k	Regime semplice	Regola Lexitor
	Art.821 co.3 cc	

0	1.000,00	1.000,00
1	1.100,00	1.100,00
2	1.200,00	1.200,00
3	1.300,00	1.300,00
4	1.400,00	1.400,00

In definitiva, al fine di garantire l'applicabilità della regola contenuta nella sentenza *Lexitor*, l'operazione dovrà essere necessariamente calcolata in regime semplice; diversamente il consumatore non avrebbe la possibilità di chiudere anticipatamente l'operazione in maniera tale da vedersi garantita la "tutela elevata" che il diritto europeo gli riconosce.

Per questo motivo, tale principio di proporzionalità, dovrà valere in generale e questo è possibile solo se il prestito è progettato in regime semplice degli interessi.

4. Trasparenza e opacità nella formula di calcolo del TAEG.

Nella sentenza *Lexitor* la Corte europea ha dichiarato la necessità di ricorrere al principio di proporzionalità per il calcolo della riduzione dei costi collegati all'operazione in caso di estinzione anticipata e con la sentenza C-555/21 si è stabilito che, per i costi dipendenti dalla durata dell'operazione (c.d. *recurring*), tale principio vale sia nell'ambito della direttiva 2008/48/CE che della direttiva 2014/17/CE.

La regola di calcolo della riduzione è la seguente: la **“riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurne poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto”**. Come visto, per i prestiti che ammettono l'estinzione anticipata, la regola dovrà valere in generale per garantire una **“tutela elevata del consumatore”** e nell'ambito del diritto nazionale italiano questa regola di proporzionalità dovrà valere anche al di fuori del diritto del consumatore ai sensi dell'art.821 co.3. Al fine di impedire **“la perdita della protezione concessa ai consumatori [...] attraverso particolari formulazioni dei contratti”** non potrà essere ammissibile il ricorso a regimi di interesse che contravvengano a tale principio di proporzionalità. In questo senso, mentre il regime semplice garantisce il rispetto della regola di proporzionalità, il regime composto viola sempre tale principio.

Bisogna segnalare, però, che nel quadro delle direttive europee, dove vige un principio di “tutela elevata del consumatore”, in cui sono delineate regole che prevedono il principio di proporzionalità dei costi collegati all’operazione, è singolare che le stesse direttive definiscano degli strumenti di misurazione del costo complessivo dell’operazione che non garantiscono il rispetto di tali principi. In particolare, le direttive prevedono l’utilizzo del TAEG (tasso annuo effettivo globale), un indicatore formulato in regime dell’interesse composto¹⁵. La formula che consente di ricavare tale indicatore, in sostanza, corrisponde all’equazione (2) e quindi, per quanto evidenziato sino ad ora, non risulta adatta a garantire né il principio di proporzionalità richiesto dalla Corte europea, né quello richiesto dall’ordinamento nazionale ex art.821 co.3 Cod.civ.

È facile mostrare questa affermazione. Basterà ricorrere, al solito, ad un prestito elementare. Allora, per studiare le caratteristiche del TAEG anche nel caso di estinzione anticipata, applicheremo il calcolo dapprima ad un prestito in regime composto e poi ad un prestito in regime semplice.

Si consideri, allora, il seguente esempio: Tizio presta a Caio 1.000 euro al tempo 0 e chiede in cambio 1.464,10 euro in un’unica soluzione dopo 4 anni, calcolati ad un tasso del 10% annuale in regime composto. Caio può chiudere l’operazione al tempo 4 oltre ad avere la facoltà di chiudere anticipatamente l’operazione e di decidere se farlo in $k = 1,2,3$. Non sono previste altre spese, per cui gli interessi costituiscono i soli costi dell’operazione.

Nel caso l’operazione fosse portata a termine, il calcolo del TAEG, secondo la formula riportata nelle direttive, sarebbe il seguente (cfr. *Tabella 3.a*).

¹⁵ Le formule riportate nelle varie direttive sono le seguenti. Si rimanda al contenuto delle direttive per i dettagli.

direttiva 90/88/CEE, allegato II	$\sum_{K=1}^{K=m} \frac{A_K}{(1+i)^{t_K}} = \sum_{K'=1}^{K'=m'} \frac{A_{K'}}{(1+i)^{t_{K'}}$
direttiva 2008/48/CE, allegato I	$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-t_k}$
direttiva 2014/17/CE, allegato I	$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-t_k}$

Tabella 3.a. Calcolo del TAEG (X). Prestito di 1.000 euro a rimborso in unica soluzione dopo 4 anni, con facoltà di chiusura anticipata dell'operazione, calcolato al tasso annuale del 10%, in regime composto.

k	A_k	S=A_k/(1+X)^k
0		
1		
2		
3		
4	1.464,10	1.000,00

S	1.000,00
X	10,0000%

I	464,10
X₄=[(1+X)⁴]-1	46,4100%
i=I/S	

Il tasso X , che esprime il TAEG, indica il 10%: esso dovrebbe esprimere il costo complessivo dell'operazione su base annuale. All'osservatore attento, però, non sfuggirà che il rapporto tra gli interessi complessivi (i costi complessivi dell'operazione) I e il capitale iniziale S è pari al 46,4100%. Ovviamente, anche tale tasso, che indichiamo con X_4 (perché espresso su base quadriennale), misura il costo complessivo dell'operazione. Tale tasso X_4 è nient'altro che il tasso equivalente al TAEG, espresso su base quadriennale, ottenuto secondo la formula di equivalenza intertemporale in regime composto

$$X_4 = [(1 + X)^4] - 1.$$

Ovviamente, il fatto che il tasso espresso su base annuale sia il 10% e il tasso (ad esso equivalente) su base quadriennale sia maggiore di 4 volte il 10%, sta a significare: che il TAEG non tiene conto dell'effetto degli interessi sugli interessi su base ultrannuale; che il TAEG non esprime un indicatore che garantisce la proporzionalità rispetto alla durata dell'operazione.

Ulteriori interessanti osservazioni si possono fare se si decidesse di chiudere la stessa operazione anticipatamente, dopo 2 anni. Se il TAEG rispettasse la regola *Lexitor*, ci si attende che il tasso X_2 (cioè il TAEG espresso su base biennale) sia esattamente la metà di quello espresso su base quadriennale (X_4). In tal caso, il calcolo del TAEG presenta il seguente prospetto (cfr. *Tabella 3.b*).

Tabella 3.b. Calcolo del TAEG (X). Rimborso anticipato, in unica soluzione dopo 2 anni, del prestito di *Tabella 3.a*, calcolato al tasso annuale del 10%, in regime composto.

k	A_k	S=A_k/(1+X)^k
0		
1		
2	1.210,00	1.000,00

S	1.000,00
X	10,0000%

I	210,00
X₂=[(1+X)²]-1	21,0000%
i=I/S	

Il TAEG è pari al 10%, ma, anche in tal caso, all'osservatore attento non sfuggirà che il rapporto tra gli interessi complessivi (i costi complessivi dell'operazione) I e il capitale iniziale S è pari al 21%. Difatti, esprimendo il TAEG su base biennale, secondo la sua formula di equivalenza intertemporale, si ottiene proprio il 21%:

$$X_2 = [(1 + X)^2] - 1.$$

Di nuovo: il TAEG non è in grado di cogliere il costo degli interessi sugli interessi su base ultrannuale; il TAEG non esprime un indicatore che garantisce la proporzionalità rispetto alla durata dell'operazione.

Si osserva, inoltre, che a parità di TAEG (10%), il valore di X_4 non è proporzionale a quello di X_2 (46,41% è più del doppio del 21%) e la riduzione degli interessi complessivi non è proporzionale alla durata residua dell'operazione (464,10 euro di interessi per 4 anni, contro 210 euro di interessi per 2 anni). Nonostante gli interessi nel prestito di 4 anni siano più del doppio degli interessi nel prestito di 2 anni, a parità di condizioni, il TAEG, così come calcolato secondo la formula riportata nelle direttive, non è in grado di cogliere il maggiore costo che si registra nell'arco temporale di 4 anni per via dell'applicazione del regime composto. Questi aspetti fanno avanzare seri dubbi sulla capacità del TAEG di esprimere correttamente il costo complessivo dell'operazione.

Se poi, decidendo di chiudere l'operazione anticipatamente dopo 2 anni, si fosse applicata letteralmente la regola *Lexitor*, allora il consumatore avrebbe dovuto corrispondere la metà degli interessi complessivi, cioè 232,05 (pari a euro 464,10/2) chiudendo l'operazione al tempo 2 con il rimborso di euro 1.232,05. Il TAEG avrebbe avuto il seguente sviluppo riportato in *Tabella 3.c*.

Tabella 3.c. Calcolo del TAEG (X). Rimborso anticipato, in unica soluzione dopo 2 anni, del prestito di *Tabella 3.a*, calcolato secondo la regola *Lexitor*.

k	A_k	S=A_k/(1+X)^k
0		
1		
2	1.232,05	1.000,00

S	1.000,00
X	10,9977%

I	232,05
X²=[(1+X)²]-1	23,2050%
i=I/S	

Non può sfuggire che, in tal caso, nonostante l'applicazione letterale della regola *Lexitor*, il TAEG è addirittura diverso da quello ottenuto in *Tabella 3.a* e *3.b*.

Vediamo ora come si comporta il TAEG nel caso di un prestito in regime semplice. Si consideri il seguente esempio: Tizio presta a Caio 1.000 euro al tempo 0 e chiede in cambio 1.400,00 euro in un'unica soluzione dopo 4 anni, calcolati ad un tasso del 10% annuale in regime semplice. Caio può chiudere l'operazione al tempo 4 oltre ad avere la facoltà di chiudere anticipatamente l'operazione e di decidere se farlo in $k = 1,2,3$. Non sono previste altre spese, per cui gli interessi costituiscono i soli costi dell'operazione.

Nel caso l'operazione fosse portata a termine, il calcolo del TAEG, secondo la formula riportata nelle direttive, sarebbe il seguente (cfr. *Tabella 4.a*).

Tabella 4.a. Calcolo del TAEG (X). Prestito di 1.000 euro a rimborso in unica soluzione dopo 4 anni, con facoltà di chiusura anticipata dell'operazione, calcolato al tasso annuale del 10%, in regime semplice.

k	A_k	S=A_k/(1+X)^k
0		
1		
2		
3		
4	1.400,00	1.000,00

S	1.000,00
X	8,7757%

I	400,00
X⁴=[(1+X)⁴]-1	40,0000%
i=I/S	

Il tasso X , che esprime il TAEG, indica 8,7757%: esso dovrebbe esprimere il costo complessivo dell'operazione su base annuale. All'osservatore attento, però, non

sfuggirà che il rapporto tra gli interessi complessivi (i costi complessivi dell'operazione) I e il capitale iniziale S restituisce un tasso X_4 pari al 40,0000%. Il fatto che il TAEG, espresso su base annuale, sia minore di 4 volte il tasso X_4 , sta a significare che, in ogni caso, il TAEG espresso secondo la formula in regime composto, proposta nelle direttive comunitarie, non è in grado di cogliere la proporzionalità degli interessi generati dal regime semplice rispetto alla durata dell'operazione.

Difatti, se si decidesse di chiudere la stessa operazione anticipatamente, dopo 2 anni (cioè la metà del tempo dell'operazione a 4 anni), ci si attende di ottenere lo stesso valore del TAEG in quanto gli interessi generati dall'operazione a 2 anni (euro 200), sono esattamente la metà di quelli generati a 4 anni (euro 400). In tal caso, il calcolo del TAEG presenta il seguente prospetto (cfr. *Tabella 4.b*).

Nonostante il regime semplice produca a 2 anni esattamente la metà di interessi rispetto alla durata di 4 anni, il TAEG calcolato in regime composto secondo la formula delle direttive comunitarie presenta, irragionevolmente, valori diversi (8,7757% contro 9,5445%).

Tabella 4.b. Calcolo del TAEG (X). Rimborso anticipato, in unica soluzione dopo 2 anni, del prestito di *Tabella 4.a*, calcolato al tasso annuale del 10%, in regime semplice.

k	A_k	S=A_k/(1+X)^k
0		
1		
2	1.200,00	1.000,00

S	1.000,00
X	9,5445%

I	200,00
X₂=[(1+X)²]-1	20,0000%
i=I/S	

È evidente, allora, che il TAEG, per come espresso nelle direttive comunitarie, secondo la formula in regime composto, non è in grado di garantire né il rispetto della regola *Lexitor*, né tantomeno il rispetto dell'art.821 co.3 del nostro Codice civile e questo vale sia nella valutazione di prestiti in regime composto che di prestiti in regime semplice.

5. Una proposta per superare le evidenti contraddizioni.

Nel definire con precisione la modalità con la quale calcolare la riduzione dei costi in caso di estinzione anticipata di un prestito, la sentenza *Lexitor* ha stabilito una regola di proporzionalità degli interessi rispetto alla durata dell'operazione. E nel quadro europeo, in cui la sentenza si forma, gli Stati membri devono recepire, rispettare e applicare tali regole al fine di garantire una “tutela elevata del consumatore”: non è ammissibile che le regole europee siano eluse “in un modo che possa determinare la perdita della protezione concessa ai consumatori [...] attraverso particolari formulazioni dei contratti”.

In questo senso, l'art.125-sexies del TUB, “1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”, va interpretato nel senso che la riduzione deve essere calcolata secondo la regola *Lexitor*: “il metodo di calcolo che deve essere utilizzato al fine di procedere a tale riduzione consiste nel prendere in considerazione la totalità dei costi sopportati dal consumatore e nel ridurre poi l'importo in proporzione alla durata residua del contratto”.

Questo aspetto ha delle implicazioni notevolissime: come si è mostrato in questo lavoro, l'utilizzo del regime composto non rispetta il principio di proporzionalità previsto dall'ordinamento italiano (art.821 co.3 c.c.) e il suo utilizzo, applicato a una generica operazione che ammetta l'estinzione anticipata, non garantisce il rispetto della regola *Lexitor*.

In questo senso, si è ormai compreso che tutte le leggi di interesse in regime composto producono interessi che non sono direttamente proporzionali al tempo e al capitale e che, invece, esistono leggi di interesse in regime semplice, che consentono di progettare prestiti in cui gli interessi sono direttamente proporzionali al tempo e al capitale¹⁶.

¹⁶ Cfr. C. Mari – G. Aretusi, “Sull'esistenza e unicità dell'ammortamento dei prestiti in regime lineare”, in Rivista IL RISPARMIO, 1-2018; C. Mari – G. Aretusi, “Sull'ammortamento dei prestiti in regime composto e in regime semplice: alcune considerazioni concettuali e metodologiche”, in Rivista IL RISPARMIO, pp. 115-151, 1-2019; C. Mari – G. Aretusi, “Sulla modellizzazione dei prestiti: errori, nonsense e mistificazioni nello scritto di F. Cacciafesta”, in Rivista IL RISPARMIO, 1-2023; Mari C., Aretusi G., “La valutazione e l'ammortamento dei prestiti: una trattazione unitaria (anche nel regime semplice)”, in Rivista IL RISPARMIO, 2-2023.

Difatti, se il prestito fosse stato progettato in regime semplice, allora Caio avrebbe corrisposto a Tizio, a fronte del prestito di 1.000 euro al tempo 0, proprio 100 euro di interessi all'anno, calcolati al 10% in regime semplice. Pertanto, se avesse voluto chiudere l'operazione anticipatamente ad un qualsiasi istante intermedio, avrebbe visto riconoscersi un importo di interessi esattamente proporzionale alla durata residua dell'operazione, come richiede la regola *Lexitor*.

Un'ulteriore riflessione emerge da questo quadro. Proprio perché il TAEG è espresso in regime composto, esso non è in grado di cogliere il costo degli interessi sugli interessi su base ultrannuale, non esprime un indicatore che garantisce la proporzionalità rispetto alla durata dell'operazione e, quindi, non è in grado di garantire né il rispetto della regola *Lexitor* né dell'art.821 co.3 del Codice Civile italiano¹⁷.

Al contrario, se al posto della formulazione del TAEG in regime composto riportata in allegato II alla direttiva 90/88/CEE, avessero applicato la definizione letterale riportata nella direttiva¹⁸ in regime semplice, si sarebbe avuta una formula matematica equivalente all'equazione (3) e nell'allegato I delle direttive 2008/48/CE e 2014/17/CE sarebbe comparsa la seguente formula del TAEG:

$$S = \sum_{k=1}^n \frac{A_k}{(1 + t_k X)} , \quad (6)$$

dove, in tal caso, il tasso X , esprime il TAEG in regime semplice.

Con tale formula sarebbe possibile una corretta valutazione del costo complessivo dell'operazione¹⁹. Come al solito, per mostrare questa affermazione ricorriamo ai prestiti elementari, in regime composto (Cfr. Tabelle 5.a, 5.b e 5.c) e in regime semplice (Cfr. Tabelle 6.a, 6.b).

Tabella 5.a. Calcolo del TAEG (X) secondo la formula (6). Prestito di 1.000 euro, con rimborso in unica soluzione dopo 4 anni di euro 1.464,10.

¹⁷ Sul tema, un approccio multidisciplinare circa l'impatto del regime composto sul tasso reale dell'operazione, sia ai fini della trasparenza che del vaglio antiusura, è presente in "Anatocismo ed usura nei mutui – profili civilistici: alla ricerca di un linguaggio comune tra matematica e diritto", Documento finale del Convegno ASSUBA, a cura di (in ordine alfabetico) G. Aretusi, C.M. Germinara, L. Germinara, C. Mari, M. Nerbi, D. Provenzano, M. Sirgiovanni, B. Spagna Musso, 11 giugno 2020, in www.openstat.it.

¹⁸ "Il tasso annuo effettivo globale che rende uguali, su base annua, i valori attuali di tutti gli impegni (prestiti, rimborsi e oneri) esistenti o futuri presi dal creditore e dal consumatore". Cfr. direttiva 90/88/CEE, art.1bis, co.1, lett.a.

¹⁹ Questi rilievi vengono mossi già da diversi anni. Ad esempio, si veda G. Colangelo, *Trasparenza, concorrenza e soglie usuarie*. Edizioni Giuridiche Simone, p. 229, 2004.

k	A_k	S=A_k/(1+k*X)
0		
1		
2		
3		
4	1.464,10	1.000,00

S	1.000,00
X	11,6025%

I	464,10
X₄=I/S=X*4	46,4100%

Il tasso X di Tabella 5.a indica 11,6025%: come si può osservare, esso esprime il reale costo complessivo dell'operazione su base annuale, tenendo conto anche degli interessi ultrannuali prodotti nell'orizzonte temporale dei 4 anni. Infatti, il tasso X così ottenuto, rispetta il principio di proporzionalità stante il fatto che il tasso complessivo dell'operazione, su base quadriennale, dato dal rapporto tra l'importo complessivo degli interessi e il capitale iniziale ($464,10/1000=46,41\%$), è proprio 4 volte il tasso X ($11,6025\%*4=46,4100\%$).

Ancora, applicando letteralmente la regola *Lexitor*, in caso di estinzione anticipata a metà della durata del prestito elementare, sarebbe richiesto al mutuatario di corrispondere la metà degli interessi complessivi, cioè euro 232,05 (pari a euro $464,10/2$), chiudendo l'operazione al tempo 2 con il rimborso di euro 1.232,05. Il TAEG avrebbe avuto il seguente sviluppo riportato in Tabella 5.b.

Tabella 5.b. Calcolo del TAEG (X) secondo la formula (6). Rimborso anticipato, in unica soluzione dopo 2 anni, del prestito di Tabella 5.a, calcolato secondo la regola *Lexitor*.

k	A_k	S=A_k/(1+k*X)
0		
1		
2	1.232,05	1.000,00

S	1.000,00
X	11,6025%

I	232,05
X₂=I/S=X*2	23,2050%

Si può facilmente osservare che il tasso X valutato nei due casi di Tabella 5.a e 5.b restituisce esattamente lo stesso risultato e, contemporaneamente, il tasso X_2 è esattamente la metà del tasso X_4 rispecchiando perfettamente il rapporto di proporzionalità degli interessi (232,05 contro 464,10).

Infine, volendo chiudere anticipatamente l'operazione dopo 2 anni, con un rimborso di euro 1.210,00 calcolato in regime composto al tasso annuale del 10%, il TAEG avrebbe avuto il seguente sviluppo riportato in *Tabella 5.c*.

Tabella 5.c. Calcolo del TAEG (X) secondo la formula (6). Rimborso anticipato, in unica soluzione dopo 2 anni, del prestito di *Tabella 5.a*, calcolato al tasso annuale del 10%, in regime composto

k	A_k	$S=A_k/(1+k*X)$
0		
1		
2	1.210,00	1.000,00

S	1.000,00
X	10,5000%

I	210,00
$X_2=I/S=X*2$	21,0000%

Non può sfuggire che la formula (6), anche in questo caso, garantisce una corretta valutazione del costo globale dell'operazione. Difatti, il rapporto tra gli interessi generati in *Tabella 5.b* e in *Tabella 5.c* è di 232,05 a 210 (cioè 1,105 a 1) al pari di quello misurato dai valori del tasso X , cioè 11,6025% a 10,5% (sempre 1,105 a 1), significando che il tasso X formulato dalla (6) è in grado di cogliere il contributo dei maggiori interessi, garantendo sia il principio di proporzionalità stabilito dalla regola *Lexitor*, che dall'art.821 co.3 del Codice civile.

Se il prestito, invece, fosse stato progettato in regime semplice al tasso del 10%, a fronte di 1.000 euro al tempo 0 sarebbe stato richiesto un rimborso in unica soluzione di euro 1.400,00 dopo 4 anni, con la facoltà di chiudere anticipatamente l'operazione e di decidere se farlo in $k = 1,2,3$.

Ad esempio, l'operatore avrebbe potuto chiudere l'operazione anticipatamente al tempo 2, rimborsando 1.200,00 euro. Le Tabelle 6.a e 6.b riassumono il calcolo del TAEG secondo la formula (6) in questi due casi. I risultati sono eloquenti.

Tabella 6.a. Calcolo del TAEG (X) secondo la formula (6). Prestito di 1.000 euro, con rimborso in unica soluzione dopo 4 anni di euro 1.400,00.

k	A_k	$S=A_k/(1+k*X)$
0		
1		

S	1.000,00
X	10,0000%

2		
3		
4	1.400,00	1.000,00

I	400,00
$X_4=I/S=X*4$	40,0000%

Tabella 6.b. Calcolo del TAEG (X) secondo la formula (6). Prestito di 1.000 euro, con rimborso in unica soluzione dopo 2 anni di euro 1.200,00.

k	A_k	$S=A_k/(1+k*X)$
0		
1		
2	1.200,00	1.000,00

S	1.000,00
X	10,0000%

I	200,00
$X_2=I/S=X*2$	20,0000%

L'utilizzo del regime semplice, allora, risolve tutte le contraddizioni: 1) si ottiene un indicatore del TAEG che è in grado di cogliere tutti i costi degli interessi, anche degli interessi sugli interessi su base ultrannuale; 2) si è in grado di esprimere un indicatore che garantisce la proporzionalità rispetto alla durata dell'operazione; 3) si è in grado di garantire il rispetto della regola *Lexitor*; 4) si è in grado di garantire il rispetto dell'art.821 co.3 Cod. civ.

Invero, la letteratura scientifica di settore, almeno da un secolo, ha evidenziato le diverse caratteristiche dei regimi di interesse e offre la possibilità di sviluppare prestiti e ammortamenti sia nel regime composto che in quello semplice: si è compreso, cioè, che l'unico modo di evitare il fenomeno degli interessi sugli interessi e garantire la proporzionalità degli interessi rispetto al tempo, è quello di abbandonare il regime composto in favore di quello semplice²⁰.

²⁰ Cfr. C. E. Bonferroni, *Fondamenti di Matematica attuariale*, Litografia Felice Gili, Torino, 1938, pp.273, 317; G. Aretusi, *Mutui e Anatocismo: Aspetti matematici e tecnici - Nuova edizione rivista e integrata con applicativi di calcolo*. Lulu Press Inc., Raleigh (USA), 2018; C. Mari – G. Aretusi, *Sull'esistenza e unicità dell'ammortamento dei prestiti in regime lineare*, in Rivista IL RISPARMIO, 1-2018; C. Mari – G. Aretusi, *Sull'ammortamento dei prestiti in regime composto e in regime semplice: alcune considerazioni concettuali e metodologiche*, in Rivista IL RISPARMIO, pp. 115- 151, 1-2019; C. Mari – G. Aretusi, "Sulla modellizzazione dei prestiti: errori, nonsense e mistificazioni nello scritto di F. Cacciafesta", in Rivista IL RISPARMIO, 1-2023; C. Mari – G. Aretusi, "La valutazione e l'ammortamento dei prestiti: una trattazione unitaria (anche nel regime semplice)", in Rivista di Diritto del Risparmio, fasc. n. 2-2023.

6. Considerazioni finali.

Il recente approfondimento sul principio di proporzionalità degli interessi che si è aperto alla luce della sentenza *Lexitor*, ci ha spinto ad avviare un lavoro di ricerca grazie al quale siamo entrati in possesso di documenti inediti della Commissione europea. Tali documenti confermano i rilievi presentati in questo lavoro e dimostrano che la Commissione europea è a conoscenza non solo dell'esistenza del fenomeno anatocistico generato nel regime composto, ma anche dell'impatto dell'anatocismo sul TAEG. I documenti confermano, altresì, che esiste la possibilità di calcolare il TAEG anche in regime semplice e che a parità di condizioni il valore del TAEG in regime composto è più basso di quello in regime semplice. Il differenziale che si genera tra i due tassi misura il maggior costo dovuto agli interessi composti su base ultrannuale. Gli esempi riportati nelle precedenti pagine mostrano in maniera indiscutibile questi aspetti: a prescindere dalla legittimità del meccanismo anatocistico, il TAEG espresso in regime composto non è in grado di cogliere il costo degli interessi composti su base ultrannuale e, quindi, non misura tutti i costi dell'operazione. Non si capisce, allora, per quale motivo sia stato scelto il regime composto per la formula di calcolo del TAEG: utilizzare un indicatore di costo che sottostima il costo complessivo dell'operazione non sembra un buon modo di garantire una "tutela elevata del consumatore". Di questi documenti inediti si tratterà in un prossimo articolo.

In chiusura vogliamo segnalare che, nonostante le evidenti contraddizioni generate dalla formula del TAEG in regime composto, ben note alla Commissione europea, il 30 giugno 2021 è stata pubblicata una "Proposta di Direttiva al Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo", che ripropone ancora, in allegato IV, una formula del TAEG in regime composto degli interessi²¹. La proposta è attualmente in fase di negoziazione. In questo senso, si spera che questo lavoro, in qualche modo, possa contribuire positivamente al dibattito sul tema.

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52021PC0347>.

***Piano di ammortamento alla francese: la questione approda alle Sezioni Unite.
Determinatezza, o indeterminatezza, è questo il dilemma.***

Di Luca Cardi

*Heisenberg dimostrò che non è possibile trovare
un metodo per determinare rigorosamente
la posizione di una particella subatomica
senza che resti una totale incertezza sul suo moto.
Reciprocamente, non è possibile determinare
con precisione il moto di una particella
senza che resti una notevole incertezza sulla sua posizione.
Calcolare entrambe esattamente, nello stesso istante, è impossibile.*
(Isaac Asimov)

Impossibile calcolare, ad un tempo, moto e posizione di una particella subatomica, ci ammonisce Heisenberg così enunciando il principio di indeterminatezza che, anni dopo, avrebbe portato Einstein (nella sua contrarietà a una tale teoria) a scrivere a Bohr, maestro di Heisenberg, che si rifiutava di credere che Dio giocasse a dadi con il mondo. A questo sarebbe equivalso, per l'autore della teoria della relatività, ammettere la cennata impossibilità postulata, per l'appunto, dal principio di indeterminatezza. Chissà cosa i tre grandi fisici avrebbero pensato se messi di fronte alla questione di rinvio pregiudiziale posta all'attenzione della Corte di Cassazione ed avente ad oggetto l'interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di **mutuo bancario**, del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del **tasso annuo nominale** (TAN), nonché della modalità di **ammortamento cosiddetta "alla francese"**. In particolare, si è richiesto alla Suprema Corte di valutare se tale carenza di espressa previsione negoziale possa comportare gli estremi della **indeterminatezza e/o dell'indeterminabilità del relativo oggetto contrattuale**, con conseguente **nullità del finanziamento**¹. Per quanto il ricorrere dei termini

¹ A. Zurlo, "L'ammortamento c.d. "alla francese" sbarca sugli scranni della Sezioni Unite Civili" (Nota a Cass. 6 settembre 2023, pubblicata il 9 settembre 2023 in Diritto del Risparmio).

(indeterminatezza/indeterminabilità) abbia indubbi profili di suggestione, ci sentiamo di concludere che tali straordinarie menti si sarebbero arrese, inani, di fronte a un siffatto quesito. E non è ironia la nostra, ma constatazione.

L'inanità deriverebbe da difetto, non intellettuale, ma di *forma mentis*. Le intelligenze "scientifiche" non sono inclini a ragionare su un mondo (microscopico o macroscopico che sia) di cui esse stesse siano creatrici. Questa, al contrario, è la particolare specificità del giurista: egli può interpretare il mondo che egli stesso contribuisce a creare². Il ché, se apre ad una pluralità di possibilità interpretative, non può e non deve precludere all'arbitrio ermeneutico, ma piuttosto indurre a trarre dal dato normativo – sulla scorta di una rigorosa argomentazione logico-giuridica – le doverose conseguenze applicative. Domani, quelle conseguenze applicative potranno variare. Ma, a parità di norma, solo sulla scorta di altrettanto rigorose argomentazioni logico-giuridiche. Ma non si dà interpretazione giuridica senza una puntuale analisi della storia delle norme e delle vicende sottese alle stesse. E, dunque, tentiamo una – sia pur parziale – ricostruzione storica della questione iniziando – come un tempo si usava a scuola (e mai rimpiangeremo abbastanza la scuola di un tempo... e i suoi Maestri) – dalle definizioni. Perché definire i concetti (ovvero etimologicamente delimitarne i confini), e la relativa evoluzione storico-normativa, equivale a comprenderli (cioè, e sempre etimologicamente scorrendo, a tenerli insieme "afferrandoli" in una visione unitaria).

Iniziamo, dunque, dai concetti. Il piano di ammortamento è lo strumento attraverso il quale vengono specificate le modalità di rimborso di un finanziamento. Esso individua la composizione delle rate con il pagamento delle quali il mutuatario verrà a restituire il capitale concessogli in prestito unitamente agli interessi pattuiti. Ciascuna rata, pertanto, verrà ad essere composta da una quota capitale e da una quota interessi. La diversa proporzione tra l'una e l'altra quota, nel corso della storia di rimborso del finanziamento, segna la sostanziale differenza tra le due più note modalità di piano di ammortamento rispettivamente conosciute come piano di ammortamento "alla francese" e "all'italiana".

² E torna alla mente, nell'esprimere tale "terribile" forza creatrice del diritto, la celebre locuzione latina relativa alla res iudicata: "*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat* ("La cosa giudicata cambia il bianco in nero, crea un punto di partenza, eguaglia le cose quadrate a quelle rotonde, trasforma i vincoli di sangue naturali e il falso in vero").

«Il piano di ammortamento “alla francese” prevede il pagamento di rate periodiche costanti, composte da una quota di capitale e una quota di interessi, calcolata sul capitale residuo. Con il progredire dell’ammortamento la quota capitale cresce progressivamente, mentre quella per interessi è di entità sempre inferiore.

L’ammortamento all’italiana è caratterizzato da rate con quota capitale costante. In tal caso l’evoluzione del piano vede la progressiva riduzione della rata, determinata dal fatto che, restando costante la quota capitale delle rate, l’interesse si applica su un capitale residuo che, diminuisce, rata dopo rata, dello stesso importo»³

Pertanto, se nel piano di ammortamento all’italiana la quota capitale è costante (diminuendo, tuttavia l’importo della rata in quanto, venendo ad essere progressivamente rimborsato il capitale, diminuisce correlativamente la quota interessi sullo stesso calcolata), nel piano di ammortamento alla francese, fermo il capitale mutuato e da restituirsi, le rate vengono ad essere composte da una quota capitale crescente e da una quota interessi decrescente (di tal guisa che, all’inizio del piano di ammortamento, le rate comportino un più significativo abbattimento degli interessi piuttosto che del capitale). Usualmente il piano di ammortamento, cosiddetto alla francese, comporta tasso fisso e rate costanti assistendosi – a parità di importo della rata – ad una diversa composizione della stessa ove – come dianzi specificato – al progressivo decrescere della quota interessi si accompagna un più consistente rimborso del capitale mutuato fino a giungere alle ultime rate del piano stesso ove la quota capitale sarà pressoché preponderante. Si è detto: usualmente. Ma non necessariamente. Il piano di ammortamento alla francese può altresì – e di sovente accade nella prassi bancaria – accompagnarsi ad un mutuo contrassegnato da tasso e rata, entrambi variabili. In quest’ultimo caso – come ovvio – in tanto sarà possibile calcolare il piano di ammortamento (con rate a quota capitale crescente e quota interessi decrescente) in quanto si ricorra ad una sorta di *fictio*: in altri termini, si assume che il tasso da applicarsi lungo l’intera vita del mutuo e del relativo rimborso sia quello vigente al momento della stipula.

³ F. Aratari, “Questioni problematiche relative al mutuo” in “Il Diritto Bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali” a cura di F. Aratari e G. Romano, Wolters Kluwer, 2023, pagg. 807-808.

Le specificità di calcolo del piano di ammortamento alla francese ha determinato nel corso del tempo una pluralità di dubbi in ordine ai relativi profili di legittimità. Uno dei quali ha condotto all'attuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ex art. 363 bis cod.proc.civ. da parte del Tribunale di Salerno con ordinanza del 19 luglio 2023 ⁴. ⁵ Con la propria ordinanza, il Tribunale solleva questione pregiudiziale, per l'appunto e per come evidenziata dalla Prima Presidente della Suprema Corte nel proprio provvedimento di rinvio della questione alle Sezioni Unite, in ordine alla necessità di *“stabilire, con riguardo al piano di ammortamento alla francese, se il finanziamento sia viziato per l'indeterminatezza delle questioni pattuite sotto differenti aspetti: l'omessa pattuizione del regime di capitalizzazione composta in luogo del regime di capitalizzazione semplice, che si afferma essere prescritto dall'art. 821 cod.civ., e l'applicazione al finanziamento di un tasso effettivo differente e maggiore rispetto al TAN pattuito”*⁶.

Nel caso di specie, la questione sollevata innanzi al Tribunale campano (a fondamento del rinvio pregiudiziale) vedeva contrapposte le ragioni del mutuatario e della Banca.

Sostiene il mutuatario (parte attrice) che *“nel contratto di mutuo oggetto di causa la clausola che prevede il tasso di interesse passivo sarebbe affetta da nullità strutturale per indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, comma 2, cod.civ.), essendo pattiziamente indicato solo il Tasso Annuo Nominale (c.d. "T.A.N."), e non anche il regime finanziario adottato, cioè la modalità di capitalizzazione degli interessi prescelta, nella specie "composta", aspetto dirimente anche e soprattutto nell'ottica del rispetto della trasparenza (art. 117, comma 4, T.U.B.), in quanto a parità di importo finanziato, di tasso contrattuale, di durata del finanziamento, la tipologia di ammortamento c.d. "alla francese" e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi adottato, comporta per il cliente costi diversi ed ulteriori rispetto ad altri tipi di ammortamento (es., "all'italiana") ed al regime di capitalizzazione "semplice" degli interessi debitori”*.

⁴ Tribunale di Salerno, Prima Sezione Civile, 19 luglio 2023.

⁵ A. Zurlo, “Modalità di ammortamento c.d. “alla francese” e indicazione del regime di capitalizzazione composto: rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione”. (Nota a Tribunale di Salerno, Prima Sezione Civile, 19 luglio 2023, pubblicata il 22 luglio 2023 in Diritto del Risparmio).

⁶ Corte Suprema di Cassazione, Ordinanza della Prima Presidente di assegnazione alle Sezioni Unite di questione di rinvio pregiudiziale, 6 settembre 2023.

Ribatte la Banca (parte convenuta) *“eccependo che il piano di ammortamento c.d. "alla francese" non integra violazione del divieto di anatocismo di cui all'articolo 1283 cod.civ. e che, ad ogni modo, l'omessa esplicitazione della modalità di calcolo degli interessi, secondo le regole della matematica finanziaria, sarebbe irrilevante, perché tale informazione sarebbe implicita nel piano di ammortamento (in cui sono indicati il numero delle rate, il loro ammontare, la loro composizione quanto alla quota parte di sorta capitale e degli interessi) ed ampiamente evincibile dagli elementi esplicitati nel contratto, il quale fornirebbe una dettagliata rappresentazione dei costi del finanziamento e della modalità di restituzione, oltre a recare l'indicazione del T.A.N., del T.A.E. e dell'I.S.C.”.*

Ebbene, senza volersi qui addentrare nella valutazione del merito del caso *de quo*, esso contiene *in nuce* una pluralità di questioni tutte afferenti alla specificità del piano di ammortamento cosiddetto alla francese (e, nei fatti, sintetizzabili nelle due tesi *ex adverso* professate dalle parti del giudizio) che hanno indotto la Prima Presidente della Suprema Corte a concludere che *“l'interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del Tasso Annuo Nominale (T.A.N.), nonché della modalità di ammortamento c.d. "alla francese" sia:*

1. questione necessaria alla definizione anche parziale del giudizio;
2. involgente gravi difficoltà interpretative;
3. *“suscettibile di porsi in numerosi giudizi, presentando uno spiccato carattere di "serialità" non solo all'interno del Tribunale in cui è incardinato il presente giudizio, ma anche in tutti gli altri Uffici di merito - sia di primo grado, sia di appello -, specialmente considerata la diffusività delle controversie in materia bancaria, il numero di mutui stipulati annualmente in Italia e l'elevato tecnicismo e complessità della relativa disciplina, primaria e secondaria”.*

La valutazione del caso di specie comporta, senza dubbio, l'esame di questioni di rilevante complessità sotto il profilo tecnico-giuridico (nell'affrontare le quali ci affideremo, di sovente, ai contributi pubblicati in “Diritto del Risparmio” dall'Avv. Zurlo, puntualmente richiamandoli in nota). Tra esse – e prioritariamente – la questione inerente all'applicazione al rimborso del mutuo, il cui piano di ammortamento sia calcolato con modalità alla francese, dell'interesse composto

piuttosto che semplice nel pagamento dei ratei di portafoglio finanziario. Agli interessi corrisposti a titolo di remunerazione di un capitale mutuato, rientranti tra i frutti civili di cui all'art. 820 cod. civ. (cfr. art. 1224 cod. civ. per gli interessi moratori), si applica il terzo comma dell'art. 821 cod. civ. (*“I frutti civili si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto”*) da cui parte degli interpreti hanno ritenuto derivasse l'obbligatorietà della pattuizione del regime di capitalizzazione semplice piuttosto che della capitalizzazione composta (intrinsecamente derivante, in forza del suddetto orientamento, dal piano di ammortamento alla francese ove “il fenomeno della capitalizzazione di interessi su interessi vietata dall'art. 1283 c.c. è connaturato all'applicazione ai fini del loro conteggio di un regime “composto” in forza del quale *«il capitale via via rimborsato è produttivo di un interesse che incorpora anche interessi non ancora esigibili perché non giunti a scadenza», trattandosi di interessi che sono in corso di maturazione*)⁷. ***“Nel regime di capitalizzazione semplice gli interessi non producono a loro volta interessi e si sommano semplicemente progressivamente al capitale iniziale, con il “montante” che è proporzionale al tempo, cioè alla durata di applicazione del tasso; per contro nel regime di capitalizzazione composto l'interesse prodotto in ogni periodo si somma al capitale e produce a sua volta interessi, per cui il “montante” è calcolato con una formula dove il tempo è posto in esponente (esponente che manca, invece, nella capitalizzazione semplice). Dunque, nella capitalizzazione “semplice” gli interessi non vengono mai moltiplicati per sé stessi, al contrario di quanto accade ove vi sia la capitalizzazione “composta”, con evidente maggiore onerosità di quest'ultimo regime di capitalizzazione. In tal senso si è espressa, la Prima Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione⁸, ancorché in ordine alla tematica del divieto di anatocismo, che implica comunque la produzione di interessi su interessi⁹.***

L'orientamento che vuole l'applicazione dell'interesse composto indissolubilmente accompagnarsi al piano di ammortamento se declinato nella sua “versione francese”, non solo risulta minoritario nella giurisprudenza di merito ma

⁷ A. Zurlo, *“Ammortamento alla francese: capitalizzazione degli interessi e indeterminazione del tasso”* (Nota a ABF – Collegio di Palermo, 18 aprile 2023, n. 3689, pubblicata il 26 giugno 2023 in Diritto del Risparmio).

⁸ Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, 16 marzo 1999, n. 2374.

⁹ Cfr. *supra*, nota 5.

è stato, altresì, costantemente sconfessato nella giurisprudenza dell'ABF¹⁰ che ha “**escluso che nel caso di specie la rata sia determinata secondo il regime dell'interesse composto, posto che** *«ciascuna rata ingloba interessi, semplici (non composti), sempre calcolati, al tasso nominale, sul residuo capitale da restituire (com'è corretto: gli interessi essendo il corrispettivo del godimento del denaro da altri concesso; cfr. l'art. 821, comma 3, c.c.)»*¹¹. Ciò **impedisce di ravvisare qualsivoglia effetto anatocistico** nella predisposizione di un piano di ammortamento *«caratterizzato da rate di rimborso costanti in cui la quota capitale è crescente e viceversa quella degli interessi decresce»*, posto che *«la più lenta riduzione del debito residuo non è conseguenza della violazione dell'art. 1283 c.c. e della applicazione di interessi composti, ma della diversa costruzione della rata, con prioritaria imputazione dei pagamenti periodici agli interessi prima che al capitale, in applicazione peraltro di quanto dispone l'art. 1194 c.c.»*¹² »¹³

Dunque, sulla scorta della giurisprudenza dominante e dell'ormai consolidato indirizzo dell'Arbitro Bancario Finanziario, pare doversi escludere – ad un tempo – sia che il piano di ammortamento comporti l'applicazione di un interesse composto piuttosto che semplice sia che esso finisca per presentare profili di tipo anatocistico. Affidandosi al riepilogo operato sul punto dall'Avv. Fiorucci¹⁴, secondo la giurisprudenza dominante (dal medesimo Autore definita “pressoché monolitica”¹⁵):

- ✓ **“per ogni rata, l'interesse corrispettivo è calcolato solo sul debito per sorte capitale residuo non ancora scaduto, oggetto delle rate successive”** con ciò determinandosi – contrariamente a quanto da taluni interpreti sostenuto – un effetto opposto, nel caso dell'ammortamento alla francese, rispetto all'astratta possibilità che si configuri un effetto anatocistico difettandone, a ben vedere, lo stesso presupposto genetico non

¹⁰ Cfr. *supra*, nota 7 (al medesimo contributo di A. Zurlo, richiamato alla nota 7, sono attinti i richiami giurisprudenziali *infra* esplicitati alle note 10, 11 e 12.

¹¹ Così., *ex multis*, ABF, Collegio di Milano, n. 9732/2017; ABF, Collegio di Roma, n. 3228/2016; ABF, Collegio di Napoli, nn. 7015/2017 e 1127/2014.

¹² In tal senso, ABF, Collegio di Napoli, nn. 9749/2018 e 4082/2016; ABF, Collegio di Bologna, n. 15544/2017; Trib. Torino, 25 maggio 2017; Trib. Milano, 30 ottobre 2013; Trib. Padova, 23 febbraio 2009; Trib. Verona, 24 marzo 2015.

¹³ Cfr. In questi termini, ABF, Collegio Bologna, n. 5867/2019.

¹⁴ F. Fiorucci, “Controversie bancarie – Casi e soluzioni giurisprudenziali”, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pagg. 184-185.

¹⁵ F. Fiorucci, *op. cit.*, cfr. pag. 182 e (per i richiami giurisprudenziali), alla medesima pagina, nota n. 135.

essendovi un interesse scaduto su cui calcolare, in spregio del disposto dell'art. 1283 cod. civ., ulteriori interessi;

- ✓ ***“gli interessi di periodo che compongono ciascuna rata sono calcolati in base al regime di capitalizzazione semplice sulla parte del capitale residua”***; in altri termini l'interesse è semplice in quanto si riferisce al capitale ancora da estinguersi alla data del pagamento del rateo di portafoglio finanziario e non incide sulla quota interessi delle rate successive non traducendosi, pertanto, in fenomeni di capitalizzazione (risolvendosi – al contrario e in forza della specificità stessa del piano di ammortamento – nella progressiva riduzione del capitale e determinando un fenomeno inverso rispetto alla capitalizzazione¹⁶);
- ✓ ***“sebbene le rate siano determinate applicando il regime composto, ciò non va in alcun nodo ad incidere sul conteggio (o calcolo) degli interessi, che nel piano di ammortamento alla francese è operato con il regime dell'interesse semplice”***;
- ✓ ***“con il pagamento di ciascuna rata è corrisposta la totalità degli interessi maturati (sul capitale residuo) nel periodo cui la rata stessa si riferisce”*** con ciò dovendosi escludere in radice la capitalizzazione degli interessi perché essi verranno ad essere corrisposti e calcolati sul capitale residuo a scadere su ciascuna rata e non “portati a nuovo” rispetto alle rate avvenire;
- ✓ ***“la circostanza che il piano di ammortamento alla francese comporti un maggiore ammontare complessivo degli interessi che il mutuatario è tenuto a corrispondere rispetto a quello dovuto per un piano di ammortamento all'italiana (caratterizzato dal pagamento periodico di quote capitali costanti e contemporanea corresponsione degli interessi) dipende non***

¹⁶ Di parere contrario il Tribunale di Massa (cfr. Tribunale di Massa 13.11.2018 e 07.02.2019) il quale attenendosi ad un'interpretazione del dato normativo più vocata alla sua interpretazione logica (c.d. *ratio iuris*) che alla sua interpretazione letterale (c.d. *vox iuris*) (così F. Fiorucci, op. cit. pagg. 188-192) sostiene che il piano di ammortamento alla francese si presta alla determinazione di fenomeni anacostici ove si guardi non al dato testuale degli artt. 1283 c.c. e 120, comma 2, TUB e non ci si limiti, pertanto, a prendere in considerazione la produzione di interessi su interessi scaduti ma piuttosto si ponga mente al regime composto di calcolo degli stessi. Tesi, quest'ultima, del Tribunale di Massa da ritenersi, però minoritaria nell'attuale panorama giurisprudenziale e contraddetta, di recente, da pronunce sia del Tribunale di Milano sia del Tribunale di Torino (F. Fiorucci, op.cit., ove cfr. – per i richiami giurisprudenziali – nota 162 a pag. 191 e nota 163 a pag. 192).

già dall'applicazione di interessi composti, ma dalla diversa costruzione della rata”;

- ✓ *“il presunto (e negato) effetto anatocistico deriva, in base al metodo di ammortamento alla francese, dalla più lenta riduzione del debito per sorte capitale residua”* discendente, a sua volta, dal meccanismo stesso soggiacente al metodo di imputazione dei pagamenti con quote interesse decrescenti e quote capitali crescenti: circostanza, quest’ultima, che – lungi dal porsi in contraddizione con il dato normativo, verrebbe ad essere assolutamente in linea con il disposto di cui all’**art. 1194 cod. civ.**: **«il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore»** (comma primo) e **«il pagamento fatto in conto capitale e d’interessi deve essere imputato prima agli interessi»**.

Si è finora discusso della questione inerente all’applicazione al rimborso del mutuo, contraddistinto da un piano di ammortamento alla francese, dell’interesse semplice e/o composto e contestualmente della problematica relativa agli eventuali profili anatocistici di una siffatta tipologia di pagamento del finanziamento.

Altra questione che va anch’essa affrontata è relativa alle implicazioni, in termini di trasparenza bancaria, dell’ammortamento alla francese. Sottolinea Aratari¹⁷ (e la medesima opinione si rinviene in Fiorucci¹⁸) che non sussiste alcun riferimento normativo che comporti l’obbligatoria indicazione nel relativo contratto di mutuo (ovvero – in termini di informativa precontrattuale – nel cosiddetto PIES, Prospetto Informativo Europeo Standardizzato¹⁹) dell’adozione dell’uno piuttosto che dell’altro sistema di calcolo degli interessi e conseguentemente della modalità di rimborso del piano di ammortamento. Tali indicazioni, pertanto, non possono essere considerate elementi essenziali del contratto. Come pure, argomenta il medesimo Autore, ulteriori presidi posti a tutela del mutuante – e a prescindere dalla specifica indicazione della modalità di

¹⁷ F. Aratari, op. cit., pag. 803-806.

¹⁸ F. Fiorucci, op. cit. pagg.188-192.

¹⁹ Ed analoga considerazione (cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, Decisione n. 14976/2022) si estende – in termini di informativa precontrattuale relativa al credito al consumo – al SECCI “Standard European Consumer Credit Information”, noto anche come IEBCC “Informazioni Europee di Base per il Credito ai Consumatori”.

rimborso adottata – sarebbero da rinvenirsi nella circostanza che i mutui siano di regola (per importo/tipologia) stipulati per atto pubblico, che agli stessi (specie se a tasso fisso) sia allegato un piano di ammortamento che consente una dettagliata rappresentazione *ex ante* dei costi del finanziamento e l'indicazione del TAEG/ISC che, senza dubbio limita e circoscrive le possibilità di un consenso non adeguatamente prestato da parte del mutuatario. Sotto tale ultimo profilo, va – comunque e ad ogni buon conto – sottolineato (così ancora Aratari²⁰) che, per quanto l'indicazione del TAEG/ISC, assolve una funzione di trasparenza, esso è da intendersi quale indicatore sintetico del costo complessivo dell'operazione di finanziamento (comprensivo degli oneri amministrativi di gestione) e, pertanto, non può essere ricompreso tra gli elementi essenziali del contratto (tassi, prezzi e altre condizioni) la cui omessa indicazione è conseguentemente sanzionata con la nullità e la sostituzione ex art. 117 TUB²¹.

Non ricorrendo obblighi normativi, primari ovvero regolamentari, in ordine all'indicazione della modalità di rimborso del mutuo (del regime finanziario e di calcolo degli interessi), non si potrebbe muovere alcuna osservazione – in termini di poca diligenza o addirittura di malafede – agli intermediari che siffatte indicazioni non abbiano fornito. Sul punto, potrebbe al più operarsi la distinzione (delineata in Cassazione, Sezioni Unite, 19/12/2007, nn. 26724 e 26725) tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto. La violazione delle prime, sia in fase precontrattuale sia in fase contrattuale, potrebbe al più determinare – laddove si traduca nel non corretto adempimento degli obblighi generali di protezione – in causa di risoluzione del contratto e risarcimento del danno (ove – secondo le regole generali vigenti in materia – concretamente prodottosi e giudizialmente dimostrato)²²

Né potrebbe, invero, ritenersi significativo – una volta escluso il ricorrere di profili anatocistici nel piano di ammortamento alla francese – lo scostamento tra il tasso pattuito nel contratto (TAN) e quello effettivo (TAE). Tale discordanza verrebbe, difatti, a dipendere dalla circostanza che – mentre il TAN viene calcolato su base annuale – il TAE viene “negativamente” impattato dalla periodicità inferiore delle rate (mensile, trimestrale, semestrale) tanto che maggiore sarà il

²⁰ F. Aratari, op. cit., cfr. nota 24 a pag. 803.

²¹ Cassazione Civile, 9 dicembre 2021, n. 39169.

²² F. Fiorucci, op. cit. cfr. nota 135 a pag. 190.

numero delle rate annualmente stabilite a rimborso del finanziamento tanto maggiore si paleserà siffatta discordanza. La differenza tra TAN e TAE discende, dunque, dalla corresponsione sulla base di rate infrannuali dell'interesse annuale²³. *“L'indeterminatezza del tasso di interesse pattuito è stata, dunque, esclusa, dalla giurisprudenza maggioritaria sul presupposto che «una volta raggiunto l'accordo sulla somma mutuata, sul tasso, sulla durata del prestito e sul rimborso mediante un numero predefinito di rate, la misura della rata discende matematicamente dagli indicati elementi contrattuali»²⁴».*

In termini di trasparenza del contratto di finanziamento (si versava, in tal caso, in un'ipotesi di prestito personale), non può non prendersi in considerazione la recente pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario (Decisione n.14376 dell'8 novembre 2022)²⁵.

A fondamento della decisione, stanno le doglianze di parte ricorrente la quale, pur non contestando l'illegittimità del piano di ammortamento alla francese adottato per il rimborso del finanziamento e l'eventuale anatocismo dello stesso, *“ha lamentato, invece, la mancanza e/o l'insufficienza di informazioni, «all'atto della sottoscrizione del finanziamento», relative alla «metodologia di ammortamento alla francese», come avrebbe richiesto la vigente normativa di trasparenza. Ha inoltre lamentato la mancanza e/o l'insufficienza della «previsioni contrattuali» inerenti a detta metodologia rispetto a quanto richiesto dai vigenti principi della materia contrattuale. Ha pure messo in evidenza, in tale contesto, come non sia stato da essa sottoscritto «né il piano di ammortamento, né alcuna espressa convenzione in forza della quale gli interessi maturati siano considerati esigibili in un momento anche anteriore a quello in cui è esigibile il capitale».* L'intermediario resistente, nelle proprie controdeduzioni, [...] nel merito, ha domandato il rigetto del ricorso in ragione della «legittimità del calcolo dell'interesse nel piano di ammortamento alla francese e l'assenza di anatocismo».

²³ F. Aratari, op. cit., ove (per i precedenti giurisprudenziali) cfr. nota 27 a pag. 804.

²⁴ F. Aratari, op. cit., ove (per i precedenti giurisprudenziali) cfr. nota 28 a pag. 805.

²⁵ Diritto del Risparmio - Massima Redazionale (pubblicata il 16 dicembre 2022), “Piano di ammortamento e responsabilità contrattuale dell'intermediario: la decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF”, Decisione n. 14376/2022.

“Il ricorso ha ad oggetto – sottolinea il Collegio decidente – la domanda della parte ricorrente che chiede all’Arbitro di accertare un difetto di trasparenza all’atto della sottoscrizione del contratto per cui è controversia.

Per la soluzione della questione – prosegue l’ABF – pare in primo luogo indispensabile richiamare la normativa in materia. Anzitutto, giova ricordare quanto dispone l’art. 117, comma 4, TUB, ovvero che: “I contratti indicano il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”. Le Disposizioni di Trasparenza della Banca d’Italia pro tempore vigenti, sez. III, par. 3, contenevano una previsione di analogo tenore, prevedendo che “I contratti indicano il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali oneri di mora. Sono indicate, oltre alle commissioni spettanti all’intermediario, le voci di spesa a carico del cliente, ivi comprese le spese relative alle comunicazioni di cui alla sezione IV (Comunicazioni alla clientela). Il contratto riporta tutte le condizioni applicate, incluse le condizioni generali di contratto”. Nello specifico ambito del credito ai consumatori, la Sez. VII, par. 5.2.1 elencava in modo specifico gli elementi che dovevano essere indicati all’interno dei contratti di credito, senza in alcun modo menzionare la necessità di allegare anche il piano di ammortamento. Tale previsione disponeva infatti che: “I contratti di credito indicano in modo chiaro e conciso: a) il tipo di credito; b) il nome, il cognome e l’indirizzo del consumatore, la denominazione del finanziatore e l’indirizzo della sua sede amministrativa o della succursale con sede in Italia; nel caso di offerta attraverso intermediari del credito, vanno indicati anche il nome e il cognome o la denominazione e l’indirizzo del soggetto che entra in rapporto con il consumatore; c) la durata del contratto di credito; d) l’importo totale del credito e le condizioni di utilizzo; e) nel caso di contratti di credito collegati, l’indicazione del bene o del servizio oggetto del contratto e il relativo prezzo in contanti; f) il tasso di interesse, le condizioni che ne disciplinano l’applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso iniziale, nonché le condizioni temporali e le modalità per l’eventuale modifica del tasso di interesse, ove consentita ai sensi dell’articolo 118 del T.U. Qualora il contratto preveda l’applicazione di tassi di interesse diversi al variare di determinate circostanze, le informazioni previste dalla presente lettera vanno fornite con riferimento a ciascuno dei tassi applicabili; g) il TAEG e l’importo totale dovuto dal consumatore, calcolati al momento della conclusione del contratto, con l’indicazione delle ipotesi sulle quali si basa il calcolo del TAEG; h) l’importo, il numero e la periodicità delle

rate e, ove previsto dal contratto, l'ordine con cui vengono imputati i pagamenti finalizzati al rimborso di saldi negativi ai quali sono applicati diversi tassi debitori; i) per i pagamenti di spese e interessi senza ammortamento del capitale, un estratto dei periodi e delle condizioni di pagamento degli interessi e delle spese correlate, ricorrenti e non ricorrenti; j) tutte le spese derivanti dal contratto di credito, ivi incluse: quando per la stipulazione del contratto è obbligatoria l'apertura di un conto sul quale regolare i rimborsi e i prelievi effettuati dal consumatore, le spese di gestione di questo conto; le spese connesse all'utilizzazione dei mezzi di pagamento che consentono di effettuare rimborsi e prelievi; le condizioni in presenza delle quali è possibile una modifica delle spese, nel rispetto delle disposizioni di legge sulla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; k) il tasso degli interessi di mora applicabile al momento della conclusione del contratto, le condizioni in presenza delle quali questo tasso può essere modificato, nel rispetto delle disposizioni di legge sulla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, e le eventuali penali previste per l'inadempimento; (...). Veniva inoltre specificato che il contratto deve unicamente indicare il diritto del consumatore di ricevere, in qualsiasi momento del rapporto, su sua richiesta e senza spese, una tabella di ammortamento (così testualmente: "In caso di ammortamento del capitale di un contratto di credito a durata determinata, il contratto indica, oltre alle informazioni precedentemente elencate, il diritto del consumatore di ricevere in qualsiasi momento del rapporto, su sua richiesta e senza spese, una tabella di ammortamento. La tabella di ammortamento riporta: gli importi dovuti, le relative scadenze e le condizioni di pagamento; il piano di ammortamento del capitale, che rappresenta la ripartizione di ciascun rimborso periodico; gli interessi e gli eventuali costi aggiuntivi; se il tasso non è fisso ovvero se i costi aggiuntivi possono essere modificati nel corso del rapporto, è indicata in modo chiaro e conciso la circostanza che i dati riportati nella tabella sono validi fino alla successiva modifica del tasso di interesse o dei costi aggiuntivi, conformemente a quanto previsto nel contratto"). **La normativa appena richiamata non prevedeva dunque alcun obbligo di indicare, nei contratti di finanziamento, la formula utilizzata per il calcolo degli interessi o di allegarvi il piano di ammortamento, ma si limitava ad imporre l'indicazione del "tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati". Tali disposizioni non prevedevano alcun obbligo dell'intermediario di consegnare o far sottoscrivere copia del piano di ammortamento al cliente al momento della sottoscrizione del contratto, ma prevedevano, invece, il diritto di**

quest'ultimo di ottenere, su esplicita richiesta e in qualsiasi momento, una tabella di ammortamento, che avrebbe dovuto essere consegnata gratuitamente”.

“Secondo il Collegio, dunque, da quanto appena illustrato ne deriva che dall'analisi della normativa primaria e secondaria non emerge alcun riferimento espresso alla necessità che il contratto e/o la tabella di ammortamento esplicitino il regime finanziario o la base di calcolo degli interessi (capitale da restituire o capitale in scadenza per ciascuna rata), cosicché non è possibile, sotto questo profilo, ravvisare alcun profilo di antigiuridicità del comportamento dell'intermediario in relazione alle informazioni fornite nel contratto. Quanto alla diversa contestazione relativa alla (asserita illegittima) condotta tenuta dall'intermediario nella fase precontrattuale, deve richiamarsi il disposto dell'art. 124 TUB, secondo il quale:

1. “Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito.

2. Le informazioni di cui al comma 1 sono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori". Gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo”.

Pertanto, conclude il Collegio di Coordinamento, *“la scelta dell'intermediario finanziario di proporre un piano di ammortamento “alla francese”, anche se notoriamente più oneroso rispetto ad altre tipologie di ammortamento, rientra nella libertà imprenditoriale dell'operatore bancario e finanziario, che – in forza dei principi di cui all'art. 41 Cost. e all'art. 1422 c.c. (libertà d'iniziativa economica in un contesto di libera concorrenza; autonomia negoziale) – deve ritenersi libero di praticare le pricing policies che ritiene*

più opportune in ragione del contesto di mercato in cui opera. Argomentando altrimenti si imporrebbe in capo all'intermediario un obbligo informativo tanto esteso ed approfondito che, oltre ad apparire largamente irrealistico, non sarebbe esigibile neppure in capo al contraente qualificato, non essendo in alcun modo previsto dalla legge, generale e speciale, né potendo essere desunto dal generale principio di buona fede in contrahendo di cui all'art. 1337 c.c. Quanto appena rilevato induce questo Collegio a ritenere che tutte le doglianze di parte ricorrente siano prive di fondamento. Del resto, ricorsi del tutto analoghi a quello oggetto della presente decisione sono già stati esaminati in diverse occasioni dai Collegi territoriali dell'ABF che li hanno respinti rilevando – in estrema sintesi – che, da un lato la mancata allegazione al contratto del piano di ammortamento e la mancata esplicitazione del regime di computo degli interessi non rendono affatto indeterminato il prezzo del finanziamento e che, dall'altro lato, l'intermediario non può ritenersi gravato da un onere di informare il cliente circa la maggiore onerosità del piano di ammortamento alla francese offerto rispetto ad altri tipi di ammortamento che potrebbero essere presenti sul mercato. [...] Anche la A.G.O. è assolutamente conforme alle conclusioni appena illustrate; si veda, a questo proposito, Cass., 26 giugno 2020, n. 12922, secondo la quale “La predisposizione di un piano di ammortamento - che, ove fosse stata realmente omessa, potrebbe al più valere come un inadempimento di un obbligo accessorio della banca, di cui occorrerebbe valutare nel merito la gravità - certamente non rappresenta un requisito di validità del titolo esecutivo. Né può dirsi che la redazione di un simile atto sia indispensabile per ritenere i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità delle somme mutate. In particolare, venendo qui in rilievo solamente il profilo della liquidità, non vi è dubbio che l'ammontare del debito dipende dal totale delle erogazioni parziali e dall'applicazione del tasso di interesse pattuito a decorrere da ciascuna erogazione. Mentre resta irrilevante l'eventuale difficoltà del calcolo necessario per pervenire al risultato finale, la perizia richiesta per la sua esecuzione (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 8028 del 30/03/2018, Rv. 647904 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 25205 del 27/11/2014, Rv. 633489 - 01). Una volta escluso, quindi, che la redazione del piano di ammortamento rappresenti un requisito formale di validità del titolo esecutivo, ogni ulteriore apprezzamento circa l'idoneità del titolo medesimo ad

individuare con esattezza l'ammontare del credito (liquidità), costituisce un apprezzamento riservato al giudice di merito, non sindacabile in questa sede (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 15538 del 13/06/2018 Rv. 649428 - 01)".

Nel medesimo senso, si è espressa la giurisprudenza di merito e la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Home Credit Slovakia del 9.11.2016 - causa C42/15), la quale già nel 2016 *"interpretando l'art. 10, par. 2, lett. h) e i), della Direttiva 2008/48 sul credito ai consumatori, ha fermamente negato che, sulla base della normativa comunitaria, i contratti di credito debbano riportare una tabella di ammortamento, escludendo al contempo che la normativa nazionale possa introdurre un simile obbligo e sottolineando testualmente che "L'articolo 10, paragrafo 2, lettere h) e i), della direttiva 2008/48 dev'essere interpretato nel senso che il contratto di credito a tempo determinato, che prevede l'ammortamento del capitale mediante versamenti consecutivi di rate, non deve precisare, sotto forma di tabella di ammortamento, quale parte di ogni rata sarà destinata al rimborso di tale capitale. Siffatte disposizioni, in combinato disposto con l'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva in parola, ostano a che uno Stato membro preveda un obbligo del genere nella sua normativa nazionale".*

Il Collegio di Coordinamento, da ultimo e a definizione della controversia rimessagli, enuncia il seguente principio di diritto:

"In caso di finanziamento con ammortamento alla francese, la mancata consegna del piano di ammortamento al momento della conclusione del contratto non comporta violazione alcuna da parte dell'intermediario né rende indeterminato l'oggetto del contratto qualora nel contratto medesimo siano riportati tutti gli elementi e le informative previsti dalla normativa in materia".

A conclusione di queste righe, e nell'attesa che gli Ermellini abbiano ad esprimersi su una così annosa ed articolata questione, non ci sentiremmo per riguardo all'autorità della fonte da cui attendiamo parole chiarificatrici di "azzardare" alcun tipo di personale soluzione ovvero – e ancor più radicalmente – di auspicio. Certo, il riguardo non può spingersi fino all'ipocrisia intellettuale di negare che una parte la si sia pur presa nella prospettazione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sopra richiamate.

Se proprio dovessimo, sulla scorta del dilemma evidenziato fin dal titolo del presente contributo (determinatezza o indeterminatezza), individuare il nucleo vero della questione dibattuta, ci sentiremmo – parafrasando l'Avv. Zurlo (i cui

preziosi contributi a questo scritto abbiamo, volta per volta, richiamati) – di affermare che essa risiede nel fronteggiarsi di due distinti principi (se a tal rango li si vuol fare assurgere): da un lato, l'autoresponsabilità del cliente e, dall'altro, il paternalismo normativo.

Ebbene, non possiamo negare che certo nostro conservatorismo ci porterebbe a simpatizzare per la seconda soluzione. Ma occorre essere chiari e lucidi, soprattutto. L'ordinamento giuridico si fonda su alcuni non contestabili principi generali che ne rappresentano l'architrave. E, restando in metafora e pur digiuni come siamo di nozioni di scienze delle costruzioni, riteniamo che nessun edificio sia destinato a reggersi in assenza di architravi che è quanto dire di strutture portanti.

Se, tra tali principi – per certo e indiscutibilmente – occorre annoverare il principio di buona fede e di protezione, ci pare che altrettanto indubitabilmente vi rientri quello di certezza. Ciò premesso, si assiste, talora, al diffondersi di orientamenti normativi e giurisprudenziali (non ultimi, di marca unionale) che, nel pur condivisibile intento di tutelare la parte contrattualmente più debole (e nessuno discute che, nel contratto bancario, sia – salvo se non altrimenti qualificato – il cliente), riconoscono alla clientela una sorta di aprioristico stato di minorità da cui essa andrebbe difesa. Ma alla minorità si risponde con una consapevole conoscenza (è Kant ad ammonirci sul punto²⁶) e non con risposte paternalistiche ove (cfr. la richiamata Decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF sopra richiamata) si pretenderebbe addirittura da una delle parti del contratto (la Banca) che prospetti all'altra (il Cliente) l'astratta esistenza sul mercato di diverse e meno onerose modalità di rimborso del piano di ammortamento (censura, beninteso, rilevata come palesemente infondata dal Collegio decidente).

Anni fa, compulsando i nostri primi manuali di diritto e le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si confrontavano e affrontavano sulle varie questioni, avemmo a constatare che il diritto non fosse algebra. Ma qui – e nelle specie sul dibattito relativo al piano di ammortamento alla francese – nemmeno più l'algebra pare essere algebra. E questo, a onor del vero, inizia ad essere un po'

²⁶ «Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a sé stesso è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro. Sapere aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza!» (Immanuel Kant – Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo?).

più inquietante. Il punto, e concludendo, ci pare potersi e doversi ridurre all'essenziale: che la Banca abbia prodotto alla controparte le dovute informazioni contrattuali e trasfuso compiutamente nel contratto gli elementi essenziali dello stesso per come normativamente previsti. Ricontrate tali condizioni (pur nella considerazione delle opinioni di tutti che, però, vanno doverosamente e giuridicamente argomentate) crediamo che – in ossequio al principio di certezza del diritto (e fatti salvi i casi di abuso che vanno conseguentemente sanzionati) – perfino i banchieri abbiano diritto ad attendersi legittimamente che gli impegni assunti in un contratto che li vede come parte siano rispettati se legittimamente sanciti e sottoscritti.

***La responsabilità della banca nel pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato.
Inquadramento normativo e giurisprudenziale.***

Di Luca Cardi

*Si è sempre responsabili di quello che non si è saputo evitare
(Jean-Paul Sartre)*

Casualmente imbattendoci in questa citazione attribuita al filosofo francese dal calendario che è sulla nostra scrivania, ci è tornata spontanea alla mente (quanto poco è spontanea la spontaneità e quanto, invece, dettata – come la pirandelliana Ave Maria di Bobbio – dalla nostra educazione e dalle nostre letture) la dibattuta questione della qualificazione della responsabilità della Banca nel pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato. E a dimostrazione di certa superiorità epistemologica della filosofia rispetto ad altri ambiti del sapere, si potrebbe ragionevolmente concludere che – (dobbiamo supporre) senza averne consapevolezza – il pensatore esistenzialista abbia mirabilmente compendiato un principio generale del diritto. Parafrasando: si risponde di quel che non si è saputo evitare in quanto determinati – e non adempiuti – doveri imponevano al soggetto che impedisse un determinato accadimento (poi, nei fatti e in conseguenza totale e/o parziale dell'anzidetto inadempimento, verificatosi).

Pertanto, per individuare in quale tipo di responsabilità la Banca incorra nel caso di pagamento di un assegno in favore del non avente diritto, resta essenziale definire preliminarmente il perimetro degli obblighi che sulla stessa incombono nella fase di estinzione del titolo non potendo prescindere, ad un tempo e ai fini della definizione di siffatti obblighi, da una più ampia riflessione sulla specifica natura dell'assegno quale titolo di credito. Effettuato tale preliminare inquadramento normativo e giurisprudenziale (sulla scorta delle pronunce di legittimità sul punto), si prenderà in esame la Decisione n. 2878 del 22 marzo 2023 pronunciata – sull'argomento – dal Collegio di Roma dell'Arbitro Bancario Finanziario.

La disciplina normativa¹, nel dettare i requisiti dell'assegno bancario (ma analoga considerazione può farsi, sotto tale profilo, per l'assegno circolare), ne delinea in maniera limpida la natura di mezzo di pagamento. Autorevole dottrina² ha, per l'appunto, sottolineato che l'assegno bancario è stato tipicamente configurato dal legislatore quale strumento di pagamento attraverso cui utilizzare uno specifico servizio di cassa, prestato dal banchiere nell'esercizio della sua attività professionale, e consistente nello spostamento/mobilizzazione di disponibilità monetarie del cliente (ancorché detenute dalla banca) a favore di terzi o del cliente stesso. In altri termini, l'assegno bancario ricalca la struttura di una delegazione di pagamento³ contenendo l'ordine incondizionato rivolto dal sottoscrittore (traente) ad un terzo (banca trattaria) di pagare una determinata somma di denaro (detenuta presso il banchiere) in favore del terzo cui il titolo viene rilasciato (prenditore). L'emissione, la circolazione e il pagamento dell'assegno vanno, pertanto, esaminati ed intesi sulla scorta di tale tipico schema triangolare che vede coinvolti tre distinti soggetti (il traente, il prenditore e la banca trassata) legati, potremmo dire a coppie, da due distinti rapporti, in entrambi comparando il traente nella sua duplice veste di cliente/creditore della banca trassata (rapporto di provvista) e di debitore del prenditore (rapporto di valuta). La banca, provvedendo al pagamento dell'assegno, soddisfa simultaneamente le obbligazioni discendenti dai due anzidetti rapporti e aventi ad oggetto un medesimo importo. Il prenditore del titolo viene, difatti, soddisfatto nelle proprie ragioni di credito determinanti l'emissione dell'assegno (rapporto di valuta). L'istituto di credito adempie, invece, all'obbligazione contrattuale che lo lega al proprio cliente (rapporto di provvista) avente fonte nella cosiddetta "convenzione di assegno",

¹ Le seguenti pagine del contributo (più precisamente: fino a pagina 5 e alla nota 18, con esclusione della nota 15 e dell'ultimo periodo delle note 11 e 17) sono tratte dall'elaborato di tesi di laurea dello scrivente: "La procedura *Check Image Truncation* (CIT) ovvero la presentazione al pagamento e il protesto in forma elettronica degli assegni bancari e circolari" (cfr. capitolo IV paragrafo. 1 "La giurisprudenza in tema di responsabilità della banca nel pagamento dell'assegno bancario e circolare"), Università Telematica Pegaso, Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, Anno Accademico 2020/2021, Relatore Prof. Paolo Guida.

² Giorgianni F. – Tardivo C.M., *Manuale di diritto bancario - Banche, contratti e titoli bancari*, Giuffrè Editore, Prima edizione, 2006, pagg. 955-956.

³ Intorno alla struttura e, ad un tempo, funzione del titolo si è venuta costruendo una disputa teorica in ordine al fatto che l'assegno debba considerarsi quale delegazione di pagamento "qualificata" (cfr. sul punto Segreto A. – Carrato A, *L'assegno*, Giuffrè Editore, Terza Edizione, 2007, pagg. 123-126 e, in giurisprudenza, Cass. 8 aprile 1998, n. 3655, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1886) ovvero come "un'ordine del cliente alla banca riconducibile nell'ambito della più generale figura dell'ordine in senso tecnico (*iussum*)" con ciò sottolineandone la natura di "atto determinativo, o quanto meno esecutivo del rapporto bancario, dal quale solo può trarre la sua legittimazione" (così Giorgianni F. – Tardivo C.M., op. cit., pagg. 959-960).

ovvero una clausola afferente al contratto di conto corrente bancario o di apertura di credito in conto corrente con cui le parti convengono che il cliente potrà disporre delle somme detenute, presso la banca, emettendo assegni in favore di terzi o suo proprio⁴, che è quanto dire ordinando il pagamento al banchiere sulla base del rapporto di provvista⁵. La banca trassata, pur assolvendo tale fondamentale funzione solutoria, resta comunque estranea al rapporto cambiario tra l'emittente e il prenditore (per come si desume dal combinato disposto delle norme di cui agli artt. 4, 18 e 28 Legge Assegni, d'ora in poi L.A:⁶) e, pertanto, in capo ad essa non può configurarsi, nei confronti del prenditore, una responsabilità di tipo cartolare (come pure analogamente si esclude che possa profilarsi un "vincolo" extracartolare del trattario verso il portatore del titolo concretantesi nell'obbligo di onorare l'assegno laddove esistano fondi disponibili). Se un obbligo della banca esiste, tale obbligo è nei confronti del proprio cliente e – come già sottolineato – esso ha natura contrattuale e va valutato, quanto al suo corretto e diligente adempimento, nel momento in cui viene ad essere concretamente adempiuto con il pagamento del titolo.

Ciò premesso in termini di inquadramento della natura di titolo di credito dell'assegno, giova qui soffermarsi sull'inquadramento (ad opera della giurisprudenza della Suprema Corte) della natura della responsabilità del banchiere in caso di pagamento di assegni alterati. Se difatti, come già rammentato, la responsabilità della banca trattaria nei confronti del traente ha chiaramente una natura contrattuale, fondata sulla convenzione di assegno, assai controverso è l'inquadramento sistematico della responsabilità della banca che abbia negoziato l'assegno falso/contraffatto/clonato (dovendosi esaminare tale casistica – pur con i doverosi distinguo relativi alla particolarità delle singole fattispecie – alla luce

⁴ Cfr. Auletta G. – Salanito N., *Diritto Commerciale*, Giuffrè Editore, Ventesima Edizione (a cura di Mirone A.), 2015, pag. 403.

⁵ Cfr. Segreto A. – Carrato A., *op. cit.*, pag. 134. «*Concordemente la dottrina ritiene che si verta in tema di ordine in senso tecnico, ovvero di ordine – concretantesi in una dichiarazione "indirizzata e recettizia" (così Molle) – che il destinatario è obbligato ad eseguire, profilandosi diversamente una sua responsabilità di natura contrattuale. E la caratteristica peculiare di tale rapporto consiste proprio nella circostanza che l'obbligo di adempimento in dipendenza dell'ordine emesso dal traente non deriva direttamente dall'assegno in quanto tale, ma dalla predetta convenzione stipulata a monte e finalizzata appunto a consentire la disponibilità dei fondi attraverso l'emissione del titolo (così Martorano)*».

⁶ Regio Decreto 20 dicembre 1933, n. 1736 (Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia).

della norma di cui all'art. 43 L.A. relativa al pagamento dell'assegno munito di clausola di non trasferibilità in favore di persona non legittimata)^{7 8}.

Un primo orientamento giurisprudenziale, affermatosi all'indomani dell'entrata in vigore della L.A. e poi consolidatosi fino al secondo dopoguerra⁹, ha "oggettivizzato" tale responsabilità riconducendo il rischio del pagamento di un assegno falso al rischio d'impresa. La qualificata natura del banchiere imponeva allo stesso l'amministrazione e il controllo di tutti i rischi connessi e derivanti dalla funzione tipica dell'operazione economica intercorrente con il cliente, con la conseguenza che l'istituto di credito rispondeva del danno determinatosi salvo il caso in cui riuscisse a dimostrare la colpa del traente nella determinazione dell'evento pregiudizievole ovvero la propria diligenza. È una pronuncia della Suprema Corte degli anni Cinquanta del secolo scorso¹⁰ a determinare un *revirement* di tale orientamento con l'affermazione del diverso ed opposto principio che il rischio del pagamento di assegno falsificato ricade sulla banca trattaria soltanto qualora sia concretamente rilevabile un'attività colposa della stessa nell'operazione dell'effettuazione del pagamento. Laddove è da ritenersi che sussista colpa nella misura in cui il comportamento del banchiere sia da ritenersi non diligente. Considerazione, quest'ultima, che deve poi indurre all'ulteriore valutazione del grado di diligenza richiesto alla banca e delle diverse definizioni e gradazioni che ne sono state date nelle varie pronunce¹¹, assumendo a parametro

⁷ V. Laurini G. I titoli di credito, Giuffrè Editore, Seconda Edizione (con il coordinamento di Fimmanò F.), 2009, pagg. 539-543.

⁸ Cfr. Segreto A. – Carrato A, op. cit., pagg. 346 347. Come evidenziato in giurisprudenza e in dottrina, gli obblighi che la L.A. pone a carico della banca trattaria al momento del pagamento dell'assegno possono individuarsi nella verifica della regolare continuità delle girate (nel caso ormai residuale di assegno trasferibile, cfr. art. 38 L.A.), nell'identificazione personale del presentatore del titolo e nella verifica della conformità della firma di traente risultante dal titolo con la firma apposta dal correntista sullo specimen.

⁹ Cass. 12 giugno 1939, in Banca, borsa e titoli di credito, 1939, II, 142 e Cass. 15 aprile 1953, n. 989, in Giurisprudenza italiana, 1954, I, 1, 186 (entrambe citate in Segreto A. – Carrato A, op. cit., pag. 347).

¹⁰ Cass. n. 322 del 5 febbraio 1958, in Banca, borsa e titoli di credito, 1958, II, 208 (citata in Segreto A. – Carrato A, op. cit., pag. 348).

¹¹ Cfr., *ex multis*, Cass. Sez. III Civ., 20 marzo 2014, n. 6513 ove si rammenta che la giurisprudenza della Suprema Corte è orientata, in linea del tutto prevalente, a rapportare la misura della diligenza della banca a quella dell'accorto o del buon banchiere, avuto riguardo, dunque, alla natura dell'attività esercitata, alla stregua del paradigma di cui al 2° comma dell'art. 1176 cod. civ.: «*Si tratta, dunque, della misura della diligenza che è richiesta al professionista, qual è l'istituto di credito nello svolgimento della sua attività di raccolta e gestione del risparmio, cui si riconnette anche il rapporto contrattuale di conto corrente bancario, sul quale si viene ad innestare la convenzione di assegno. Dunque, una diligenza che, assumendo natura tecnica deve essere valutata secondo standard oggettivi, i quali tengano conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento, ma che, al tempo stesso, vengano ad adeguarsi*

di giudizio, di volta in volta: la diligenza dell'accorto o buon banchiere, la normale diligenza da rapportarsi alla specifica attività professionale bancaria, il grado di diligenza proprio dell'esaminatore attento e previdente, la rispondenza all'impegno di diligenza che debba in concreto pretendersi dal "bonus argentarius".

L'ulteriore questione della natura contrattuale ovvero extra-contrattuale della responsabilità della banca girataria per l'incasso è stata sottoposta, da ultimo, all'esame delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, con sentenza n. 14712 del 26 giugno 2007¹², «componendo il conflitto giurisprudenziale esistente sul punto, hanno aderito alla qualificazione contrattuale della responsabilità della banca girataria per l'incasso, riconoscendo in capo a questa un obbligo professionale di protezione, operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, dovendo perciò garantire che il titolo stesso sia introdotto

alla realtà peculiare dello specifico rapporto contrattuale interessato. È, pertanto, sulla base di siffatta premessa che devono leggersi le ulteriori specificazioni del principio per cui la responsabilità della banca verso il traente per l'avvenuto pagamento di un assegno falsificato richiede un grado di diligenza rapportato alla professionalità del servizio bancario. Tuttavia, tale apprezzamento non può prescindere dalla considerazione del carattere dinamico del concetto di diligenza e dalla sua specifica connotazione tecnica, rivelata dal 2° comma dell'art. 1176 c.c., per cui, in quanto valutazione attinente ad una clausola generale, essa non può essere cristallizzata, ma deve modularsi in base alle condizioni, storicamente date, del contesto in cui si svolge l'attività professionale che, di volta in volta, viene in rilievo. Il ché — giova precisare — non implica, in ogni caso, una confusione di piani con il distinto ambito della conformazione della prestazione dovuta, la quale, come tale, non verrà automaticamente ad implementarsi di ulteriori contenuti obbligatori, ma seguirà il già segnato programma contrattuale, da svolgersi secondo gli ordinari canoni della buona fede e correttezza. Sicché, nel contesto di riferimento bancario, è riservata al giudice del merito la valutazione in ordine alla rilevanza della falsificazione dell'assegno, nel suo peculiare atteggiarsi, e quale sia, in concreto, il tipo di riscontro che ne riveli l'esistenza». Ed è appena il caso di sottolineare quanto, discorrendosi di diligenza contrassegnata da un carattere dinamico da valutarsi sulla scorta di una specifica connotazione tecnica, venga ad assumere rilievo la normativa CIT (circostanza di cui la Decisione n. 2878/2023 del Collegio di Roma dell'ABF è indubbia dimostrazione).

¹² Cfr. Cass. Sez. Un. Civ., SS.UU. del 26 luglio 2007, n. 14712. Nella giurisprudenza del giudice di legittimità, si rinvencono pronunce di segno diverso, talvolta riferite ad assegni bancari, altre volte ad assegni circolari, ma accomunate dal problema (non uniformemente risolto) dell'individuazione della funzione svolta dalla banca negoziatrice in rapporto alla posizione del prenditore ed alla posizione della banca debitrice cartolare. Dall'individuazione del profilo e della natura di tale funzione discende, conseguenzialmente, la qualificazione della responsabilità della banca girataria per l'incasso in termini di responsabilità contrattuale (soluzione condivisa nella presente pronuncia di composizione, come si è detto, dei precedenti conflitti giurisprudenziali) ovvero extracontrattuale. I giudici della Suprema Corte hanno, peraltro, incidentalmente evidenziato nella richiamata sentenza che la nozione di obbligazione contrattuale contenuta nell'art. 1173 ha una valenza specifica e ristretta, e che laddove si volesse ricondurre la responsabilità della banca alla categoria delle obbligazioni derivanti dalla violazione di specifiche norme o principi giuridici preesistenti (come nel caso di specie), la si dovrebbe ricondurre all'ulteriore categoria degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, cui pure la medesima norma codicistica rinvia. Piuttosto che obbligazioni di natura contrattuale le si dovrebbe insomma definire obbligazioni ex lege. «La questione — afferma la Suprema Corte — sembra avere, in verità, un valore essenzialmente classificatorio, giacché in linea generale il regime cui sono soggette tali obbligazioni ex lege non si discosta da quello delle obbligazioni contrattuali in senso stretto».

nel circuito del pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso»¹³. Giova riportare, sia pure in stralcio, le argomentazioni svolte dalla Suprema Corte per pervenire alla richiamata qualificazione contrattuale della responsabilità della banca¹⁴. «È opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi – afferma la Corte di Cassazione – quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta” (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l’obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell’accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte». La giurisprudenza ha in più occasioni mostrato di ritenere che la responsabilità contrattuale «possa discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento. Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest’ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l’inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti). Da tali premesse **si ricava la natura contrattuale della responsabilità della banca negoziatrice di assegni bancari (o circolari), la quale abbia pagato detti assegni in violazione delle specifiche regole poste dalla L.A., art. 43, comma 1, nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno: prima di tutti il prenditore, ma eventualmente anche colui che ha apposto sul titolo la clausola di non trasferibilità, o colui che abbia visto in tal modo indebitamente utilizzata la provvista costituita presso la banca trattaria (o emittente), nonché, se del caso, questa stessa banca.** Induce a ciò la considerazione che quelle regole di circolazione e di pagamento dell’assegno munito di clausola di non trasferibilità, pur certamente svolgendo anche un’indiretta funzione di rafforzamento dell’interesse generale alla regolare circolazione dei titoli di credito,

¹³ V. Laurini G. (a cura di), op. cit., pagg. 540-541.

¹⁴ Cfr. Salamone L. – Spada P., Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento, Cedam, Quarta Edizione, 2008, pagg. 429-431.

appaiono essenzialmente volte a tutelare i diritti di coloro che alla circolazione di quello specifico titolo sono interessati: ciascuno dei quali ha ragione di confidare sul fatto che l'assegno verrà pagato solo con le modalità e nei termini che la legge prevede, la cui concreta attuazione, proprio per questo, è rimessa ad un banchiere, ossia ad un soggetto dotato di specifica professionalità a questo riguardo. Ed è appena il caso di aggiungere che tale professionalità del banchiere si riflette necessariamente sull'intera gamma delle attività da lui svolte nell'esercizio dell'impresa bancaria, e quindi sui rapporti che in quelle attività sono radicati: giacché per lo più si tratta di rapporti, per così dire, asimmetrici, per la corretta attuazione dei quali il banchiere dispone di strumenti e di competenze che normalmente gli altri soggetti interessati non hanno. Dal che appunto dipende, per un verso, l'affidamento di tutti gli interessati nel puntuale espletamento, da parte del banchiere, dei compiti inerenti al servizio bancario e, per altro verso, la specifica responsabilità in cui il banchiere medesimo incorre nei confronti di coloro che con lui entrano in contatto per avvalersi di quel servizio, ove, viceversa, egli non osservi le regole al riguardo prescritte dalla legge. **La previsione del citato art. 43, comma 2, in virtù della quale colui che paga malamente l'assegno non trasferibile ne assume responsabilità, letta in combinazione con le norme dettate dal comma precedente in ordine ai soggetti in favore dei quali l'assegno deve essere pagato, sta appunto a significare che la responsabilità del banchiere dipende dalla violazione di quelle norme. In capo al banchiere presso cui l'assegno non trasferibile è posto all'incasso sorge, prima d'ogni altro, un obbligo professionale – derivante dalla sua stessa funzione, in considerazione della quale la legge stabilisce, appunto, che l'assegno possa esser girato per l'incasso solo ad un banchiere – di far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. E la responsabilità deriva appunto dalla violazione di un siffatto obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo ed al buon fine della sottostante operazione: obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto. Il che, per le ragioni dianzi chiarite, necessariamente conduce fuori dall'ambito della responsabilità aquiliana, non permette di configurare un caso di responsabilità ex lege (intesa come responsabilità da atto lecito) e porta invece a concludere per la natura (lato sensu) contrattuale della**

responsabilità ricadente sulla banca a norma della L.A., citato art. 43, comma 2⁵».

Trattando della responsabilità dell'istituto di credito nel pagamento dell'assegno clonato/contraffatto, occorre altresì esaminare l'ulteriore profilo della ripartizione proporzionale del danno, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.¹⁶, tra il traente e il trattario. Tale questione è stata specificatamente affrontata, a risoluzione di precedenti contrastanti indirizzi giurisprudenziali, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 9769 del 26 maggio 2020¹⁷. In tale pronuncia, l'esame del nesso di causalità – da indagarsi per l'individuazione dell'eventuale sussistenza del concorso di colpa di cui alla richiamata norma codicistica – viene condotta sulla scorta del **«consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità civile, secondo cui tale materia è regolata dai principi di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., in virtù dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della condicio sine qua non), nonché dal criterio della c.d. causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno di una serie causale, occorre dar**

¹⁵ Come sottolineato in “Diritto Bancario” (a cura di G. Cricenti e F. Greco), Capitolo 19 “I titoli di credito” di Antonella Negro, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2023, pagg. 748-756 “Il pagamento di un assegno a persona non legittimata”, «sul punto sono intervenute le Sezioni Unite con sentenza del 21 maggio 2018, n. 12478 che condivide l'orientamento espresso nella sentenza della Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in forza del quale la responsabilità della banca negoziatrice, nei confronti di tutti i soggetti che possono essere pregiudicati dall'irregolare pagamento del titolo, ha natura contrattuale. [...] Più precisamente, secondo l'orientamento condiviso dalle Sezioni Unite, la responsabilità della banca sorge per effetto dell'inosservanza di un obbligo professionale di protezione che grava sulla medesima nei confronti di tutti i soggetti interessati al corretto pagamento dell'assegno non trasferibile. Di conseguenza, in ipotesi di mancato adempimento del suddetto obbligo trova applicazione l'art. 1218 c.c. che disciplina la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente, quale che ne sia la fonte, pattizia o legale». Sull'argomento, e in linea con i già enunciati principi di entrambe le SS.UU., cfr. altresì: Cass. 12 maggio 2021, n. 12573; Cass. 22 giugno 2021, n. 17769; Cass. 24 giugno 2022, n. 20477.

¹⁶ Cfr. Art. 1227 cod. civ.: “Concorso del fatto colposo del creditore”: 1. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. 2. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”.

¹⁷ V. Cass. Civ., SS.UU. del 26.05.2020, n. 9769: «La spedizione per posta ordinaria di un assegno, ancorché munito di clausola d'intrasferibilità, costituisce, in caso di sottrazione del titolo e riscossione da parte di un soggetto non legittimato, condotta idonea a giustificare l'affermazione del concorso di colpa del mittente, comportando, in relazione alle modalità di trasmissione e consegna previste dalla disciplina del servizio postale, l'esposizione volontaria del mittente ad un rischio superiore a quello consentito dal rispetto delle regole di comune prudenza e del dovere di agire per preservare gl'interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda, e configurandosi dunque come un antecedente necessario dell'evento dannoso, concorrente con il comportamento colposo eventualmente tenuto dalla banca nell'identificazione del presentatore». Sulla medesima questione, e in linea con la pronuncia delle SS.UU., cfr. Cass. Civ. Sezione III del 5 settembre 2023, n. 25866 ove si ribadisce il medesimo principio di diritto.

rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione ex ante, del tutto inverosimili. L'interruzione del nesso causale può essere anche l'effetto del comportamento dello stesso danneggiato, quando il fatto di costui si ponga come unica ed esclusiva causa dell'evento dannoso, sì da privare di efficienza causale e da rendere giuridicamente irrilevante il comportamento dell'autore dell'illecito; quando invece il comportamento colposo del soggetto danneggiato non sia stato tale da interrompere il nesso di causalità tra il fatto del terzo e l'evento dannoso, ma abbia solo concorso alla produzione di quest'ultimo, trova applicazione l'art. 1227 c.c., comma 1, il quale afferma il principio secondo cui il danno che taluno arreca a sé medesimo non può essere posto a carico dell'autore della causa concorrente. Tali principi, enunciati con riguardo al comportamento del danneggiato sopravvenuto alla commissione del fatto illecito, sono stati ritenuti applicabili anche al comportamento coevo o anteriore, purché legato da nesso eziologico con l'evento dannoso, essendosi affermato che il fatto colposo cui fa riferimento l'art. 1227 c.c., comma 1, comprende qualsiasi condotta negligente o imprudente che abbia costituito causa concorrente dell'evento». In applicazione di tale principio alla concreta fattispecie giudicata, il giudice di legittimità ha poi inteso ravvisare nella condotta del traente, che decida di trasmettere il titolo al beneficiario ricorrendo alla posta ordinaria, un comportamento negligente in cui sono da ravvisarsi gli estremi del concorso nella determinazione dell'evento dannoso (nel caso di specie il titolo, poi contraffatto e fraudolentemente posto all'incasso, era per l'appunto andato trafugato nel corso della rimessa postale). Il criterio ricostruttivo del nesso di causalità e del conseguente eventuale concorso di colpa risiede, pertanto, nell'indagine del nesso eziologico che consente di risalire all'atto o al fatto determinante il danno. Nel caso in cui la catena degli eventi, che si frappone tra l'atto o il fatto originario (ascrivibile al danneggiante o, *rectius*, presunto tale) e l'evento pregiudizievole, venga ad essere interrotto dalla condotta negligente del danneggiato, il danno non potrà essere imputato in termini di causalità (che è poi quanto dire di responsabilità giuridica) al preteso danneggiante. Viceversa, laddove il nesso causale non venga interrotto, ma si assista ad un aggravamento dell'evento lesivo o ad un'agevolazione/facilitazione del prodursi dello stesso in forza del comportamento negligente del danneggiato, si ravviserà un'ipotesi di concorso di colpa di cui

all'art. 1227 cod. civ. con quanto ne consegue in termini di riparazione proporzionale del pregiudizio economico verificatosi¹⁸.

Delineati, in tale introduzione, i principi normativi (che regolano il pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato (e l'interpretazione datane dalle sopra richiamate pronunce di legittimità), passiamo all'esame della Decisione n. 2878 del 22 marzo 2023 del Collegio di Roma dell'ABF la quale tratta casistica che, oltre a riassumere problematiche e aspetti dianzi presi in considerazione, introduce nelle proprie argomentazioni – in ordine ai criteri di individuazione dei profili di responsabilità della banca girataria per l'incasso – valutazioni normative desunte dalla procedura telematica di presentazione al pagamento degli assegni (Check Image Truncation, cosiddetta CIT).

Il caso, deciso dal Collegio capitolino, trae origine dalla clonazione/contraffazione di un assegno bancario emesso per l'importo di € 3.310,40 a saldo di merce e consegnato dalla traente al vettore perché, a ciò delegato, provvedesse a sua volta a consegnarlo nelle mani del fornitore. Quest'ultimo riceveva l'assegno il giorno successivo, ma nel frattempo il titolo stesso contraffatto nell'importo (€ 3.000,00) e nel nome del beneficiario (intestatario risultandone ora il vettore), era stato posto all'incasso dal vettore incaricato della consegna.

La ricorrente, nel lamentare la negligenza da parte della banca negoziatrice rilevabile dall'asserita inosservanza delle norme e procedure relative al pagamento degli assegni, chiede il risarcimento del danno (pari a € 3.000,00 quale importo recato dal titolo contraffatto) nonché il rimborso delle spese legali sostenute per il ricorso all'ABF.

L'intermediario, *ex adverso*, si oppone alle richieste di parte ricorrente contestando sia la presunta negligenza (l'assegno non presentava alterazioni rilevabili *ictu oculi* e l'assenza sullo stesso del codice *Data Matrix* era stata comunque segnalata con apposito *alert* alla banca trassata non ricevendone segnalazioni di impagato/insoluto) sia la possibilità che le spese legali per il ricorso

¹⁸ Cfr, *ex multis*, Cass. Civ. Sez III, n. 31540 del 06.12.2018: «*La volontaria e consapevole esposizione al pericolo da parte del danneggiato, quando esistano agevoli e valide alternative idonee a scongiurare l'eventualità di accadimenti dannosi, comporta l'interruzione del nesso di causalità tra quella situazione e l'evento pregiudizievole che avesse a verificarsi, posto che in tal caso è alla volontà dello stesso danneggiato ed alla sua decisione di correre un pericolo da lui conosciuto e facilmente evitabile che l'evento deve essere ricollegato in nesso eziologico*».

all'ABF possano essere fatte oggetto di rimborso in quanto lo stesso avrebbe potuto essere proposto senza l'assistenza di un legale.

Premette il Collegio che il titolo, oggetto di contraffazione, è stato presentato al pagamento attraverso la procedura Check Image Truncation (CIT). Per la parte di solo interesse, ai fini della presente trattazione, l'art. 8, comma 7, lettera b), del Decreto Legge n. 70 del 13 maggio 2011 (convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della Legge 12 luglio 2011 n. 106)¹⁹ ha introdotto alcune rilevanti modifiche alla Legge Assegni che vanno ad incidere su aspetti qualificanti del processo di presentazione al pagamento degli assegni prevedendo, in particolare, che l'assegno bancario e l'assegno circolare possano essere presentati al pagamento in forma sia cartacea sia elettronica (combinato disposto del comma 3, dell'art. 31, della Legge Assegni e del comma 1, dell'art. 86, della medesima legge).

Il Decreto-legge n. 70 del 13 maggio 2011, dopo aver introdotto – con la tecnica della novella – modifiche alla normazione primaria di riferimento (artt. 31, 45, 61, 66 e 86 Legge Assegni e art. 8 della Legge 15 dicembre 1990, n. 386 “Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari”), rinvia a due successivi regolamenti per la relativa normativa attuativa e di dettaglio. Nello specifico:

1. ad un regolamento da emanarsi, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del D.L. 70/2011, da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, recante la disciplina delle modalità attuative delle disposizioni di cui alle modifiche apportate alla Legge Assegni²⁰;
2. ad un regolamento da emanarsi a cura della Banca d'Italia, entro 12 mesi dall'emanazione del precedente regolamento, recante la disciplina delle regole tecniche per l'applicazione delle novellate disposizioni della Legge Assegni e del regolamento ministeriale²¹.

Il Regolamento di Banca d'Italia stabilisce che il negoziatore – come peraltro già previsto dal regolamento ministeriale sul punto – provvede alla presentazione

¹⁹ Decreto-Legge 13 maggio 2011, n. 70, Semestre Europeo – Prime Disposizioni Urgenti per l'Economia (in G.U. n. 110 del 13/05/2011), convertito dalla legge 12 luglio 2011 n. 106 (in G.U. n. 160 del 12/07/2011).

²⁰ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Decreto 3 ottobre 2014 n. 205, Regolamento recante presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni bancari e circolari (in G.U. n. 54 del 06/03/2015).

²¹ Regolamento della Banca d'Italia ex art. 8, comma 7, lett. e), Decreto-legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011 n. 106, recante “regole tecniche in materia di presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni bancari e circolari e di protesto o constatazione equivalente in forma elettronica” (in G.U. Serie Generale n. 100 del 30/04/2016).

al pagamento del titolo con due distinte modalità. Il discrimine tra l'una e l'altra sta nell'importo recato dall'assegno. Più precisamente (art. 7, comma 1):

- per importi fino a € 8.000,00, la presentazione al pagamento avviene con la trasmissione in via telematica al trattario o all'emittente almeno dei seguenti dati (art. 8): a) identificativo del negoziatore (codice ABI e CAB); b) identificativo del trattario o dell'emittente (codice ABI e CAB); c) importo; d) data di emissione; e) numero identificativo dell'assegno; f) nome del beneficiario per i soli assegni circolari, di traenza, vidimati, vaglia postali e titoli speciali della Banca d'Italia;
- per importi superiori a € 8.000,00, oltre ai dati sopra specificati, occorre trasmettere al trattario/emittente anche l'immagine del titolo.

Si ha presentazione al pagamento – da effettuarsi a cura del negoziatore non oltre il giorno lavorativo successivo a quello in cui l'assegno gli è stato girato per l'incasso (art. 10, comma 1) – solo a ricezione avvenuta da parte dell'emittente/trattario delle informazioni sopra dettagliate: i soli dati del titolo fino a € 8.000,00, i dati del titolo e l'immagine oltre € 8.000,00 (art. 7, comma 5).

Ebbene, premesso tale quadro normativo, l'ABF prende altresì in considerazione i due titoli (l'originale e il contraffatto) che, pur prodotti in copia, non evidenziano però significative discrasie formali tra l'uno e l'altro esemplare tali da essere rilevabili – all'atto della negoziazione – con un esame visivo (potendosi solo riscontrare, ma non pare sufficiente elemento di sospetto al Collegio, *«la mancanza della striscia di colore arancione che partendo poco dopo la numerazione “microforata” dell'assegno passa al di sotto dello spazio destinato alla firma del traente. Tutti gli altri elementi formali identificativi dell'assegno, compreso il codice data matrix (c.d. QR code), appaiono graficamente sui due titoli e sembrano prima facie coincidere»*).

Tale circostanza non è però, di per sé stessa, sufficiente ad escludere la responsabilità dell'intermediario nella valutazione fattane dal Collegio il quale, difatti e ulteriormente, argomenta che *«la condotta dell'intermediario risulta rilevante ai fini della configurazione nei confronti della ricorrente di una responsabilità di natura contrattuale da c.d. contatto sociale qualificato²², ravvisabile “ogni qualvolta l'ordinamento*

²² Per cui, cfr. articolo a cura di Paolo Franceschetti, “Responsabilità da contatto sociale” (Fonte: AltalexPedia) ove la stessa così è definita: “La **responsabilità da contatto sociale** è una forma particolare di responsabilità contrattuale che nasce però non da un “contratto”, bensì da un “contatto sociale”, ovvero da un rapporto che si instaura tra due soggetti in virtù (non di un

*imponga ad un soggetto di tenere un determinato comportamento, idoneo a tutelare l'affidamento riposto da altri soggetti sul corretto espletamento da parte sua di preesistenti, specifici doveri di protezione che egli abbia volontariamente assunto come quello di far sì che il titolo di credito sia introdotto nel circuito di pagamento bancario nel rispetto delle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso»²³. E discende siffatta responsabilità, non da anomalie ictu oculi rilevabili dal titolo (evenienza esclusa dall'esame delle copie dei due assegni, l'originale e il contraffatto), sibbene dall'inadempimento di un puntuale obbligo di diligenza posto, in capo alla banca, dalla novellata disciplina relativa alle modalità di negoziazione e presentazione all'incasso del titolo consistente nell'obbligo dell'intermediario negoziatore di effettuare la lettura del codice *Data Matrix* presente sul titolo conseguentemente trasmettendo alla banca trassata – in caso di assenza ovvero illeggibilità dello stesso – ad un tempo: un *alert* procedurale e l'immagine dell'assegno a prescindere dall'importo recato dallo stesso²⁴. Nello specifico, statuisce il Collegio di Milano dell'ABF con propria Decisione n. 14582/2019 che «le circolari ABI Serie Tecnica n. 21 del 12 giugno 2014 e Circolare ABI Serie Tecnica n. 5 del 22 marzo 2016, tra i vari requisiti tecnici e presidi antifrode da esse previsti, introducono l'obbligo di apporre sui titoli di nuova emissione un QR CODE. Il *Data Matrix*²⁵, da inserire, è un codice bi-dimensionale il cui contenuto è leggibile in fase di acquisizione dell'immagine. È previsto che, sulla nuova materialità degli assegni, tutte le banche stampino un codice bidimensionale *Data Matrix*. Sempre la Circolare ABI - Serie Tecnica n. 5 - 22 marzo 2016 aveva fatto obbligo agli intermediari*

accordo tra le parti) ma di un obbligo legale oppure come conseguenza di un altro rapporto contrattuale instauratosi tra soggetti diversi rispetto a quelli del "contatto sociale".

²³ Ove chiaro appare il richiamo agli arresti di legittimità sopra richiamati e in particolar alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 14712/2007 nonché (esplicitamente richiamata dalla medesima decisione ABF) n. 12478/2018 ove la responsabilità della banca girataria per l'incasso viene ad essere delineata come una responsabilità di natura contrattuale o da contatto sociale qualificato.

²⁴ Cfr. ABF, Collegio di Milano, Decisione N. 14582 del 13 giugno 2019 che richiama, per l'appunto, «la CIT (procedura interbancaria Check Image Truncation), operativa dal 29 gennaio 2018, in virtù della Circolare ABI - Serie Tecnica n. 12 - 4 luglio 2018 con la quale si realizza, nella sempre più diffusa prospettiva della dematerializzazione, una forma di presentazione elettronica del titolo, dapprima avviata in via sperimentale nel marzo 1990, successivamente regolata su base convenzionale dall'Accordo interbancario per il servizio di incasso assegni emanato dall'ABI in data 1° luglio 1993 ed infine riconosciuta equivalente alla presentazione al pagamento in forma cartacea dal D.L. 31 maggio 2011, n. 70, c.d. Decreto Sviluppo, così come convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha modificato l'art. 31 del R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736»

²⁵ Trattasi di un QR code apposto sul fronte del titolo: un codice bidimensionale contenente, oltre ai dati rilevanti dell'assegno, un codice di sicurezza generato dalla banca trattaria/emittente e la comunicazione dei dati del beneficiario presente in chiaro sugli assegni alla banca emittente/trattaria (misura, quest'ultima, valida per i soli assegni circolari, di traenza, vidimati e i vaglia postali).

negoziatori di provvedere alla lettura del codice Data Matrix e di segnalare al trattario/emittente le eventuali anomalie riscontrate “quali ad esempio l’assenza o impossibilità di leggere il codice”, e di trasmettere, in tali casi, “al trattario/emittente l’immagine dell’assegno per consentire lo svolgimento delle verifiche di competenza”. La Circolare ABI - Serie Tecnica n. 5 - 22 marzo 2016, sulla Digitalizzazione degli assegni, ha prescritto che a decorrere dal 1° luglio 2016 gli intermediari dovranno obbligatoriamente consegnare alla clientela solo materialità di assegni a nuovo e che, in caso di “nuovi” assegni il negoziatore dovrà svolgere, con la dovuta diligenza, una serie di attività che derivano dall’introduzione dei nuovi requisiti di sicurezza e precisamente: lettura del codice Data Matrix e comunicazione al trattario/emittente delle informazioni in esso contenute o segnalazione di eventuali anomalie riscontrate quali ad esempio l’assenza o impossibilità di leggere il codice o l’incoerenza tra i dati presenti nel codice e quelli presenti in chiaro sul titolo. La segnalazione di eventuali anomalie dovrà essere effettuata dal negoziatore mediante valorizzazione di apposito campo (“Alert”) del messaggio di presentazione al pagamento della nuova procedura CIT. Nei casi di specie, anche se l’importo del titolo ammette la presentazione al pagamento mediante i soli dati contabili, il negoziatore dovrà obbligatoriamente trasmettere al trattario/emittente l’immagine dell’assegno per consentire lo svolgimento delle verifiche di competenza».

Sulla scorta di tali considerazioni – conclude il Collegio capitolino – non può essere ritenuto esente da colpa l’intermediario negoziatore per il solo fatto di aver provveduto all’identificazione del negoziatore del titolo e di aver trasmesso alla banca trassata un *alert* relativo alla mancata acquisizione del codice *Data Matrix* (circostanza, peraltro, non contestata dalla banca). Solo la puntuale osservanza di tutti i presidi tecnico-procedurali previsti dalla normativa CIT (e quindi, nel caso di specie e stante l’impossibilità di acquisire il *Data Matrix*, il contestuale invio dell’*alert* e dell’immagine del titolo) avrebbero sollevato da colpa la banca negoziatrice. Ma quest’ultima, mentre ha ribadito di aver inoltrato il previsto *alert*, nulla ha dedotto in ordine all’invio alla banca trassata dell’immagine dell’assegno. «Circostanza funzionale a permettere a quest’ultimo, eventualmente, di rilevare le anomalie del titolo contraffatto rispetto a quello originale e di non procedere al suo pagamento. Poiché secondo i principi della ripartizione dell’onere della prova spetta all’intermediario resistente dimostrare di aver agito correttamente e diligentemente, le conseguenze negative dell’insufficienza del quadro probatorio sul punto non possono che ricadere su quest’ultimo. **La condotta negligente dell’intermediario lo espone**

alla responsabilità contrattuale per non aver adempiuto correttamente ai suoi obblighi derivanti dal contatto sociale qualificato intercorso con la ricorrente in ragione della presentazione dell'assegno per la sua negoziazione e al conseguente risarcimento del danno.».

Rilevata la responsabilità dell'intermediario negoziatore, l'ABF passa a considerare la condotta della ricorrente e in essa riconosce profili di corresponsabilità nella determinazione del danno in quanto la consegna dell'assegno ad un soggetto diverso dal beneficiario integra gli estremi di «*un comportamento che, ancorché compiuto nell'ambito di intese volte a favorire le relazioni commerciali con il fornitore, è di per sé incauto [...] Il rischio assunto dalla ricorrente con la consegna dell'originale dell'assegno a un terzo costituisce un fatto che ai fini della valutazione comparativa dell'incidenza della sua colpa nella determinazione del danno risulta di entità tale da consentire di privare la condotta dell'intermediario dell'efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento dannoso*»²⁶. Il Collegio riconosce pertanto, in capo alla ricorrente, un'ipotesi di concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227, 1° comma, cod. civ., avendo contribuito – con il proprio comportamento incauto – alla determinazione dell'evento dannoso. Ciò comporta la liquidazione equitativa del danno subito di € 3.000,00 per come segue: € 2.500,00 a carico della banca negoziatrice e € 500 a carico della ricorrente. Quanto all'ulteriore richiesta di quest'ultima di liquidazione delle spese legali sostenute per il ricorso, l'ABF si pronuncia in senso negativo. Ma non in quanto il ricorso avrebbe potuto essere proposto senza l'assistenza di un legale (come pure sostenuto dalla banca opponente), ma per non aver prodotto la ricorrente documentazione giustificativa alcuna in ordine all'esborso subito²⁷.

²⁶ Ove si palesa il richiamo ai già richiamati principi di individuazione del nesso eziologico tra condotta ed evento dannoso (teorie della *condicio sine qua non* e della causalità adeguata) di cui alle richiamate pronunce della Suprema Corte: Cass. Civ., SS.UU. del 26.05.2020, n. 9769 (espressamente richiamata dalla Decisione ABF) e Cass. Civ. Sezione III del 5 settembre 2023, n. 25866, ²⁷ Cfr. quanto specificato sul punto, e in principio di diritto, nella Decisione esaminata: «*Secondo l'orientamento consolidato dell'ABF (v. (Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498/2012 e decisione n. 4618/2016), le spese di assistenza professionale hanno "natura risarcitoria di una spesa sopportata dalla ricorrente", costituendo dunque una "componente del pregiudizio subito", che pertanto "esige la prova del danno e la dimostrazione che esso è stato causato da un comportamento illegittimo dell'intermediario soccombente"*».

La decisione del Collegio dell'Arbitro Bancario Finanziario ci pare essere, in effetti, una sorta di compendio di alcuni essenziali principi giurisprudenziali affermatasi nel corso del tempo in ordine alla casistica del pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato:

1. la natura contrattuale (o, se si preferisce, da contatto sociale qualificato) della responsabilità della banca negoziatrice/girataria per l'incasso nei confronti del terzo danneggiato che non sia proprio cliente;
2. la delineazione dei casi di concorso di colpa del terzo danneggiato nella determinazione dell'evento dannoso.

Significativa è, poi, la pronuncia perché essa introduce nell'esame della condotta dell'intermediario, e nella conseguente individuazione di suoi eventuali profili di colpa, criteri di valutazione desunti dalla normativa CIT che ha introdotto (novellando la vigente normativa) la modalità elettronica di negoziazione e presentazione al pagamento degli assegni bancari e circolari.

In conclusione, ci piace tornare alla citazione iniziale di Jean-Paul Sartre. "Si è sempre responsabili di quello che non si è saputo evitare". O, potremmo dire, con postilla di non conto: che si era tenuti ad evitare. Postilla di non poco conto perché essa sposta il piano del giudizio da una valutazione etica e morale (più propria della filosofia) a – ci si perdoni – più prosaiche considerazioni di ordine giuridico. E celiando (ma non tanto), potremmo ulteriormente aggiungere che si è sempre responsabili se non si è saputa dare adeguata prova della propria irresponsabilità (innocenza stavamo per scrivere, ancora una volta indulgendo a improbabili convergenze parallele tra diversi ambiti del sapere e del vivere umano).

Non so al lettore, ma a chi scrive per certo (essendo un bancario) resta il dubbio che l'immagine del titolo possa essere stata trasmessa unitamente all'*alert*. Tale attività è, difatti e in linea di massima, demandata nel concreto a procedure informatiche e non all'intervento manuale dell'uomo. Dunque delle due l'una: o l'immagine è stata inoltrata contestualmente all'*alert* (e, dunque, la colpa dell'intermediario negoziatore si ridurrebbe *tout court* a difetto di allegazione della relativa prova) o la procedura non ha funzionato per come avrebbe dovuto (e qui rientreremmo nella colpa sia pure consumatasi attraverso il malfunzionamento di una procedura tecnico-informatica, comunque – e fuor di dubbio – sottoposta al controllo della banca negoziatrice che sarebbe legittimamente chiamata a

risponderne). Del pari la ricorrente si è vista negare il rimborso delle spese legali non perché non le abbia sostenute (non è dato saperlo) ovvero perché – per principio – esse non siano rimborsabili, ma perché non ne ha dedotto adeguate prove in giudizio. Ed entrambe le riflessioni non vogliono, certo, essere una contestazione del *decisum* del Collegio. *Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*, ci rammenta l'antico brocardo. Né altrimenti potrebbe, aggiungiamo noi.

“Si è sempre responsabili di quello che non si è saputo evitare”, ci ammonisce il filosofo esistenzialista. Buon per lui, non maneggiava codici e non doveva produrre prove di quel che aveva saputo evitare.

Il grado di intensità della prova nei giudizi antitrust in tema di fideiussioni ABI. Lo stato attuale della giurisprudenza.

Di Nicola Stiaffini

In relazione alle fideiussioni conformi allo schema ABI stipulate successivamente al provvedimento di Banca d'Italia (quelle a far data dal giugno 2005 ad oggi, per intendersi), la giurisprudenza di merito sta pronunciando sentenze e principi diversi tra loro.

Ciò che vale, per esempio, a Roma non è detto che valga anche innanzi al Tribunale di Milano o Napoli o viceversa (per rimanere alle sezioni imprese competenti in ambito antitrust). Si sta generando, quindi, incertezza dei relativi diritti e del loro conseguente trattamento giudiziario (e geografico), che -come è noto- si traduce poi in una rinuncia alla Giustizia.

Nonostante il pregevole intervento delle SSUU 41994/21 e, soprattutto, il fatto che le stesse contengano tutti i necessari e sufficienti elementi anche per giudicare le fideiussioni ABI post 2005 (omnibus e/o specifiche che siano), l'attuale stato di incertezza è incentrata sul (decisivo) aspetto istruttorio ossia a cosa, a quanto e come dimostrare l'esistenza dell'intesa anticompetitiva in relazione agli anni successivi al 2005.

1. Premessa ed inquadramento della fattispecie.

Prima di esaminare le diverse impostazioni rilevate nelle più recenti sentenze del caso, è necessario precisare che i giudizi aventi ad oggetto fideiussioni successive all'accertamento dell'autorità garante (proprio per tale ragione) hanno natura di **giudizi c.d. stand-alone**.

Ebbene, la SC con la sentenza n 11564 del 2015 ha precisato che *'In giudizi di questo tipo (c.d. stand alone), a differenza di quelli introdotti a seguito di un accertamento o di una decisione della medesima Autorità o della Commissione europea (c.d. follow-on actions), sono particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del "mercato rilevante") che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha*

posto in essere il presunto illecito. La difficoltà è accentuata sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà (come rilevato da Cass. n. 6368/2000, nell'accertamento dell'abuso di posizione dominante il giudice deve andare alla ricerca della concorrenza "virtuale", ossia di quella che sarebbe rimasta se la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo che si pretende abusivo, definendo il mercato di riferimento, la sua estensione geografica, l'area di sostituibilità dei prodotti e dei servizi)'.

Proprio per colmare le difficoltà istruttorie dei giudizi di *private enforcement* la Direttiva 104/2014, recepita dal D.lgs. n. 3/2017, ha introdotto opportunamente precisi strumenti istruttori, utilizzabili anche d'ufficio dal Giudice (cfr. artt. 3 ss), al fine di tentare di riequilibrare quella evidente e nota asimmetria informativa tra le parti nell'accesso alla prova.

Un'intesa anticompetitiva, per definizione, non viene esplicitata e/o confessata dai partecipanti né ratificata in documenti accessibili. È dunque evidente che fornire prova di un cartello è ovviamente complesso ed è quindi consentito alla parte debole raggiungere la prova della sua esistenza anche per presunzioni alla luce dei fatti (i.e. uniformità di utilizzo del contratto a livello nazionale), per mancanza di prove contrarie o anche solo per mancanza (decisiva a parere di chi scrive) di una diversa spiegazione coerente dei fatti denunciati.

A conferma di tutto ciò, infatti, la giurisprudenza unionale (che, bene ricordarlo, è fonte di diritto che si impone nel nostro ordinamento) ha chiarito (CGUE, C-211/22 del 29.06.23) che la prova in ambito antitrust -oltre che diretta- può certamente essere fornita ***‘attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti.*** Infatti, *l'esistenza di una pratica concordata o di un accordo, nella maggior parte dei casi, deve essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi, i quali, considerati nel loro insieme, possono costituire, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole di concorrenza (sentenza del 21 gennaio 2016, Eturas e a., C-74/14, EU:C:2016:42, punti*

36 e 37 e giurisprudenza ivi citata)'. In tal senso, peraltro, si è già pronunciato il Tribunale di Milano con la sentenza 3458/2022¹.

Dall'esame di moltissimi giudizi di tal specie, infatti, non è mai stato allegato da parte di una banca il motivo per il quale tutte (o quasi) le banche italiane utilizzassero lo schema ABI di fideiussione (omnibus e/o specifica). L'assenza di tale diversa ragione (rispetto alla allegata esecuzione di un'intesa anticompetitiva), quindi, dovrebbe rappresentare una ulteriore prova della stessa.

In ambito antitrust, infatti, la valutazione della spiegazione della 'convenuta' rappresenta circostanza essenziale perché fornisce al Giudice una rappresentazione della realtà diversa e alternativa a quella allegata dall'attore. Nello stato attuale dei giudizi sulle fideiussioni, invece, si assiste per lo più ad una aprioristica negazione dell'intesa, priva però della spiegazione contraria dei fatti esposti.

Il fatto è che nessun istituto di credito ha mai spiegato perché le banche italiane abbiano continuato (e stiano ancora continuando) ad utilizzare detto modello contrattuale anticompetitivo in maniera indiscriminata, e certamente sulla maggior parte del mercato di riferimento nazionale, se non in esecuzione e perpetrazione di un'intesa anticompetitiva già rilevata da BDI.

L'evidente silenzio in merito deve quindi rappresentare sufficiente elemento (anche in termini processuali s'intende, ex art 115 cpc) per l'accoglimento delle relative

¹ Secondo cui *'In ordine all'onere probatorio concernente tale complessa valutazione, il Collegio osserva, conformemente a quanto statuito dalla Suprema Corte, che tale **onere deve essere opportunamente calibrato con la necessità di rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova. In tale prospettiva, è, infatti, necessario mantenere fermo l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, attribuendo al giudice l'onere di valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, di richiesta di informazioni e di consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, di acquisizione e di valutazione di dati e di informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata (v. in tal senso Cass. 11564/15). (...) L'attore ha 'onere, (probatorio, ndr) sia pure attenuato' (...). Il giudice, quindi, ha 'ampi poteri officiosi riconosciuti dalla giurisprudenza innanzi richiamata in materia antitrust'***.

domande di nullità e, quindi, si auspica che venga maggiormente valorizzato nelle relative decisioni.

In ogni caso, il richiesto maggior sforzo istruttorio risulta comunque possibile e alla portata di ogni diligente procuratore e, ove soddisfatto, merita senz'altro accoglimento, senza pretese di estremismi probatori che di fatto renderebbero impossibile o diabolica la prova del caso.

2. Le due tesi.

Fatte tali necessarie premesse, dunque, è possibile individuare due correnti giurisprudenziali del contenzioso attualmente riscontrabili: una (i) '*formalistica*' e (ii) una '*sostanzialistica*'.

(i) La prima corrente ritiene necessaria da parte dell'attore una allegazione documentale particolarmente rigorosa e specifica, in mancanza della quale, poi, non vengono neanche ammesse le successive istanze istruttorie. In altri termini, in alcuni casi i Giudici, senza svolgere un'attività istruttoria e giudicando in maniera eccessivamente rigida il materiale istruttorio offerto dall'attore, fanno meccanica applicazione del principio generale *onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una causa stand-alone. In tal senso, per esempio, il Tribunale di Milano (sent. 5120/23 su fideiussione omnibus del 2006) ha ritenuto che la produzione di **solo quattro fideiussioni** omnibus dell'anno di riferimento '*oltre a non coprire l'intero territorio nazionale, non si riferiscono al periodo in cui è stata sottoscritta la fideiussione per cui è causa, atteso che neanche uno è stato sottoscritto nel marzo 2006*'. In altri termini, la sentenza sembrerebbe pretendere una preventiva produzione dall'attore di molteplici fideiussioni conformi corrispondenti - addirittura- al mese (oltre che all'anno) di sottoscrizione della garanzia per cui è causa. In un altro caso (Tr. Milano 5010/23), poi, l'esibizione ex art 210 cpc di un solo modello diverso (seppur solo sulle clausole sub artt 2 e 8, nulla si dice rispetto alla deroga dell'art 1957 cc che quindi si presume presente) rispetto al modello ABI, ha convinto il Tribunale a ritenere '*l'assenza di uniformità*', confondendo il concetto di 'ampia applicazione' (necessaria e sufficiente per sostenere uniformità del comportamento) con quello di 'integrale applicazione'.

Tuttavia, in tal senso, occorre ricordare che l'art 2 II comma della L 287/90 dispone che *'Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare **in maniera consistente** il gioco della concorrenza all'interno del **mercato nazionale o in una sua parte rilevante**'*. È quindi normativamente individuato sia il perimetro 'geografico' di indagine che il suo contenuto, atteso che con tale norma il legislatore ha chiarito che è sufficiente all'esistenza di una intesa anticompetitiva vietata il fatto che un comportamento uniforme sia presente almeno in *'parte rilevante'* del territorio nazionale e che questa falsi il mercato in *'maniera rilevante'*.

La pretesa di veder provata l'integrale ed assoluta applicazione del modello contrattuale di fideiussione, quindi, appare eccessiva e contraria alla suddetta norma, oltre che ai descritti pacifici principi indicati dalla SC cit. e a quelli -di immediata applicazione- di cui alla Direttiva 2014/104 e quindi al D.lgs. n. 3/17.

(ii) La seconda corrente giurisprudenziale, per così dire 'sostanzialistica', invece è aderente ai suddetti principi, atteso che pur riconoscendo l'onere probatorio a carico dell'attore, ammette la sua sufficienza allorquando questi abbia (v. Anche articolo 2 del Reg. CE n. 1/2003) indicato e documentato in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata.

In particolare, infatti, la sostanziale identità del contenuto delle fideiussioni post 2005 con lo schema ABI e la produzione di decine di fideiussioni conformi allo schema ABI anche (e non solo) dell'anno di interesse (così come degli anni ad esso attigui) è stata giustamente ritenuta una prova particolarmente significativa dell'intesa, talvolta sufficiente ex se in mancanza di prova contraria (cfr. App. Milano 1988/2022; Trib. Napoli, Trib. Roma 12073/2023, Tribunale Napoli sent. n. 10284/2021 e, da ultimo, - peraltro in relazione a fideiussione priva della clausola omnibus o cd fideiussione specifica – cfr. Trib. Milano, sent. 7526/2023), talaltra comunque sufficiente ad ottenere un ordine di esibizione a conferma di tale conclusione.

3. Sugli ordini di esibizione.

Alla luce di ciò e preso atto quindi della necessità di offrire *ab origine* la massima prova dell'intesa nell'anno (rectius negli anni coevi) oggetto della garanzia di

causa, deve anche rilevarsi quanto segue in relazione alla successiva opportuna istanza di esibizione. In molti giudizi, infatti, abbiamo assistito ad ordini di esibizione ‘standardizzati’ rivolti al massimo a dieci banche (quasi sempre le stesse peraltro) che, per come formulati, appaiono insufficienti e/o forieri di erronee rappresentazioni della realtà.

Infatti, pur richiamando il già citato art. 2, II co., l. n. 287/90 che esclude (i) la necessità di prova di una totale copertura del territorio essendo sufficiente un’applicazione in una sua parte rilevante e (ii) la necessità di un impedimento totale della concorrenza, deve rilevarsi che l’indagine *ex* art. 210 cpc in questo senso deve prendere atto del reale perimetro del mercato di riferimento. Ecco, quindi, che occorre certamente fornire al giudice anche elementi per tale perimetrazione.

In poche parole, è opportuno chiedere al Giudice un ordine di esibizione che sia concretamente funzionalizzato alla dimostrazione del cartello.

Pertanto, se ad esempio fossimo in un giudizio avente ad oggetto una fideiussione del 2012 e sapendo che nel 2012 in Italia operavano ‘706 banche’ (analogamente il dato è ricavabile dalle rilevazioni di Banca d’Italia per ogni anno dal 2005 ad oggi ed è oscillato tra gli 900 e i 600 – circa – istituti bancari in ambito nazionale), risulta evidente che un ordine di esibizione limitato a 10 istituti di credito rappresenta una indagine troppo ridotta per avere rilievo statistico o per rappresentare un campione di riferimento attendibile. Parimenti, alla luce della corretta individuazione del mercato, l’eventuale reperimento di uno o due modelli difformi, risulta circostanza statisticamente e concretamente irrilevante.

Alla luce di ciò, quindi, è evidente la necessità di indagare il maggior numero possibile di istituti di credito sia mediante la spontanea produzione di cospicue raccolte contenenti tali modelli contrattuali sia, anche, indirizzando gli eventuali ordini di esibizione non certo a pochi istituti di credito, ma ad un numero di questi che abbia un serio rilievo statistico. Il campione di riferimento (i.e. il risultato degli ordini di esibizione), dunque, deve essere sufficientemente rappresentativo della realtà del mercato stesso, onde poter offrire una corretta verità processuale il più possibile aderente alla verità fattuale.

In tal senso, quindi, gli ordini di esibizione ex art 210 cpc dovrebbero essere richiesti e disposti su almeno il 15% delle banche operanti in Italia nell'anno di riferimento avendo ad oggetto copia di fideiussioni sottoscritte nel triennio afferente i fatti di causa.

In relazione a tutto ciò, inoltre, è anche il caso di rilevare che oggetto di tale ordine di esibizione non possa né debba essere uno specifico 'mese' dell'anno, atteso che le intese antitrust non nascono 'dall'oggi al domani' e per loro stessa natura hanno uno sviluppo e persistenza certamente di durata superiore all'anno. Non è un caso, infatti, che l'indagine di Banca d'Italia abbia svolto un'istruttoria triennale (2003/2004/2005) con ciò confermando che i fatti rilevanti in ambito antitrust hanno uno sviluppo e una persistenza tendenzialmente almeno pluriennale.

In ragione di ciò, quindi, si ritiene del tutto opportuno e corretto (onde ricevere un risultato istruttorio attendibile) chiedere ed ottenere ordini di esibizione afferenti **almeno al triennio** relativo al caso di specie (e dunque dal 2011 al 2013, per una fideiussione del 2012 per esempio) e rivolti **ad almeno il 15% delle banche operanti** sul territorio nazionale. Diversamente operando, infatti, l'eccessiva ristrettezza dell'indagine renderebbe un'immagine non conforme alla realtà dei fatti.

Pretendere una prova diversa ed ulteriore (sia in seno alle produzioni di parte che semmai in esecuzione dell'art 210 cpc), infatti, finisce per eludere il precetto antitrust perché le allegare violazioni risulterebbero -per l'utente medio del mercato- di fatto mai dimostrabili con un inammissibile diniego di giustizia e di tutela antitrust.

4. In conclusione.

Alla luce di quanto sopra descritto, quindi, si ritiene indispensabile - ai fini di una corretta impostazione del contenzioso - che ogni giudizio in tema antitrust sulle fideiussioni conformi allo schema ABI post 2005 (siano esse omnibus o specifiche) venga corredato dei seguenti elementi:

a) idonea raccolta di fideiussioni conformi allo schema ABI, comprensiva dell'anno corrispondente alla fideiussione per cui è causa (ancor

meglio sarebbe una raccolta con contratti per ogni anno dal 2005 all'anno in questione, onde dimostrare anche l'intesa non si è mai interrotta). Tale raccolta pare potenzialmente sufficiente, in mancanza di diversa spiegazione coerente, all'accoglimento della domanda o comunque utile ad ottenere un idoneo ordine di esibizione;

b) idonea istanza istruttoria *ex art 210 cpc* rivolta ad un campione sufficientemente rappresentativo e statisticamente rilevante del mercato italiano e quindi pari almeno al 15% delle banche operanti in Italia nell'anno di riferimento (molto utili in tal senso sono certamente i dati statici annualmente pubblicati da Banca d'Italia), ed afferente almeno al triennio relativo all'anno del contratto in esame;

c) idoneo rilievo circa l'assenza di diversa spiegazione coerente alla dedotta (e documentata) uniformità del comportamento censurato (secondo i rilievi di cui al paragrafo (i));

d) idoneo riferimento ai principi della SSUU 41994/21 onde evitare un suo travisamento o, peggio, una sua sostanziale disapplicazione.

Sulla scorta di tali allegazioni e del fatto che il grado di intensità della prova non può mai assurgere a prova diabolica, deve essere ritenuto pienamente soddisfatto l'onere probatorio dell'attore.

***Conto corrente cointestato. Disciplina e vicende successorie.
Inquadramento normativo e giurisprudenziale.***

Di Luca Cardi

*" 'A morte 'o ssaje ched''e? É una livella.
'Nu rre, 'nu magistrato, 'nu grand'ommo
Trasenno stu canciello ha fatt'o punto
C'ha perzo tutto, 'a vita e pure 'o nomme
Tu nu t'hè fatto ancora chistu cunto? [...]
Sti ppagliacciate 'e ffanno sulo 'e vive
Nuje simmo serie, appartenimmo à morte! "*

(‘A livella, Principe Antonio De Curtis, in arte Totò)

Con il trascorrere degli anni, e l’avanzare dell’anagrafe, pare sia normale indulgere con sempre più facilità alla commozione, a una sorta di sentimentalismo senile per cui – quel che fine a qualche tempo addietro ci lasciava indifferenti – ora inizia a smuoverci qualcosa dentro o a indurci a più profonde considerazioni. Ebbene, almeno per quanto ci riguarda, non è il caso dei versi di Totò che abbiamo inteso porre in epigrafe a questo scritto. Dobbiamo dire che essi ci hanno sempre commosso in ispecie nella recitazione fattane dall’Autore, ormai in là con gli anni, con il volto scavato e gli occhi immalinconiti. E, in effetti, poche verità sono più vere di questa. La morte è una livella. O sarebbe auspicabile che lo fosse – almeno e per come recita la poesia – rispetto alle pagliacciate dei vivi. “Vasto programma”, verrebbe da dire come ebbe a rispondere il Generale De Gaulle a Louis Vallon che gridava “Morte agli stupidi!”. Vasto programma e di difficile, se non impossibile, attuazione.

Fin qui la poesia, ma venendo alla prosa (di cui i fatti del diritto sono di sovente intessuti), non si può non riflettere sulla circostanza che la morte è evento che, nel concludere la vita (con la sua fitta trama di rapporti giuridici), non può non essere preso in considerazione dal diritto a segnare – come una livella, appunto (ma di tutt’altro genere rispetto alla poesia citata) – un prima e un poi (non metafisico

come quello cantato nei *Sepolcri* foscoliani²⁴⁰, ma assai concretamente fisico per quel che qui ci riguarda). Al fondo del diritto, vi è una sorta di *horror vacui*. L'ordinamento non può tollerare – se non a prezzo dell'assai periglioso riconoscimento della sua inanità a regolare integralmente la vita dei consociati – che vi siano fatti non normati, al punto che circostanze non previste devono essere sussunte per similitudine o analogia (e discorriamo qui del diritto civile, beninteso), in altre che una loro specifica previsione hanno avuto ad opera del legislatore²⁴¹. Ebbene, allora si comprende come il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi, esistenti in capo ad un soggetto al momento della sua morte, non possa restare vacante. Esso deve essere fatto oggetto di una “riallocazione” che è affidata ad uno specifico istituto cui il Codice civile dedica il secondo dei suoi sei libri titolato, per l'appunto, “Delle Successioni”²⁴².

Il presente contributo intende analizzare uno specifico aspetto delle vicende successorie. In particolare, la disciplina relativa alla successione del conto corrente cointestato. Cosa accade quando il rapporto *de quo* risulta intestato, oltre che al *de cuius*, ad altro soggetto superstite? La risposta a un tale quesito non può, però, prescindere da un preliminare inquadramento normativo della fattispecie.

La disciplina del conto corrente cointestato a più titolari trova il proprio fondamento in due distinte norme del Codice civile, rispettivamente ricomprese negli artt. 1854 (quanto alla solidarietà attiva e passiva) e 1298 (rispetto alla presunzione di appartenenza del saldo del rapporto).

²⁴⁰ Dei *Sepolcri*, Carme di Ugo Foscolo: «*Ma perché pria del tempo a sé il mortale/Invidierà l'illusione che spento/Pur lo sofferma al limitar di Dite?/Non vive ei forse anche sotterra, quando/Gli sarà muta l'armonia del giorno,/Se può destarla con soavi cure/Nella mente de' suoi? Celeste è questa/Corrispondenza d'amorosi sensi,/Celeste dote è negli umani;[...] Sol chi non lascia eredità d'affetti/Poca gioia ha dell'urna; [...]*».

²⁴¹ **Codice civile** (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262), Disposizioni sulla legge in generale, Art. 12, secondo comma: «*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*».

²⁴² Andrea Torrente - Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato* (Ventiquattresima Edizione, a cura di Francesco Anelli e Carlo Granelli), Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, “La Successione per causa di Morte, Capitolo LXXIII Principi Generali: «*Con il termine successione si designa il fenomeno per cui un soggetto subentra ad un altro nella titolarità di uno o più diritti o rapporti giuridici. [...] La morte dell'individuo determina il sorgere di quella che è stata definita “l'esigenza negativa” che un patrimonio non resti privo di titolare, onde evitare una pericolosa precarietà nella titolarità e gestione dei beni del defunto e un'incertezza sulle sorti dei rapporti obbligatori*».

Se l'art. 1294 c.c. stabilisce la presunzione, fatti salvi i casi diversamente disciplinati, della solidarietà passiva (tra i condebitori, dunque), l'art. 1854 cod. civ. (rubricato "Conto corrente cointestato a più persone") prevede – nel caso di pluralità di titolari di un conto corrente – che la solidarietà tra i cointestatori del rapporto sia ad un tempo attiva e passiva, così recitando: «*Nel caso in cui il conto sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere operazioni anche separatamente, gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido dei saldi del conto*». Ma se siffatta solidarietà opera all'esterno (rispetto alla banca, per intenderci), sia sotto il profilo attivo sia sotto il profilo passivo, resta da chiedersi quale ne sia la misura nei rapporti interni tra i cointestatori. A siffatta domanda risponde l'art. 1298 c.c.: (rubricato "**Rapporti interni tra debitori o creditori solidali**") **che prevede:** «*1. Nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi. 2. Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente*»^{243 244}.

Sul punto si è osservato²⁴⁵ come **«la cointestazione di un conto corrente, attribuendo agli intestatari la qualità di creditori o debitori solidali (sia nei confronti dei terzi, che nei rapporti interni), concorra a far presumere la contitolarità dell'oggetto del contratto e che tale presunzione legale iuris tantum implichi unicamente un'inversione dell'onere della prova e possa essere superata mediante presunzioni semplici (purché gravi, precise e concordanti). A tal riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha già avuto**

²⁴³ Fabio Fiorucci, *Controversie Bancarie – Casi e soluzioni giurisprudenziali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, Il conto corrente bancario (pagg. 122-123): «*La giurisprudenza di legittimità ha altresì costantemente affermato, in via di carattere generale che la cointestazione di un conto corrente, attribuendo agli intestatari la qualità di creditori o debitori solidali dei saldi del conto (art.1854 c.c.) sia nei confronti dei terzi, che nei rapporti interni, fa presumere la contitolarità dell'oggetto del contratto (art. 1298, secondo comma, c.c.), ma tale presunzione dà luogo soltanto all'inversione dell'onere probatorio, e può essere superata attraverso presunzioni semplici – purché gravi, precise e concordanti – dalla parte che deduca una situazione giuridica diversa da quella risultante dalla cointestazione stessa (cfr. Cass. n. 11375/2019, n. 28839/2008, n. 4496/2010, n. 18777/2015)*».

²⁴⁴ Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali (a cura di Francesco Aratari e Guido Romano), Wolters Kluwer, 2023, Capitolo II "Il conto corrente bancario" di Antonio Blandini e Cristiana Fiengo (pag. 73): «*Di frequente il conto è intestato a più persone, con facoltà di utilizzo disgiunto; in tal caso l'ordinamento sancisce il principio della solidarietà attiva e passiva degli intestatari del conto (art. 1854 c.c.). Infatti, seppure i cointestatori risultino legittimati a compiere operazioni separatamente e, per ipotesi, uno solo abbia il potere di prelevare anche l'intera somma depositata, comunque sono considerati tutti debitori e creditori in solido dei saldi del conto*».

²⁴⁵ Antonio Zurlo, «Cointestazione conto corrente e contitolarità dell'oggetto del contratto», Nota a Cassazione Civile, Sezione II, n. 11375/2019 (pubblicata il 23 luglio 2019 in "Diritto del Risparmio").

modo di precisare come [...] i rapporti interni tra i depositanti siano regolati dal secondo comma dell'art. 1298 c.c., di tal ch  le parti di ciascuno si debbano presumere uguali, se non risulti diversamente. Per superare detta presunzione, non   bastevole comprovare di aver avuto la propriet  e la disponibilit  esclusiva del denaro [...], valendo la cointestazione a rendere solidale il credito, anche laddove il denaro sia stato immesso sul conto da parte di uno solo dei cointestatori, ovvero da un soggetto terzo a favore di uno solo o di entrambi i coniugi;  , per converso, dirimente la prova della pertinenza esclusiva, in base al titolo di acquisto, del denaro versato in capo a uno dei contestatori. La presunzione di eguaglianza, ex art. 1298, secondo comma, c.c., delle quote di ciascuno dei cointestatori di un conto, pu  essere, quindi, superata non tramite la mera dimostrazione di avere avuto la disponibilit  del danaro immesso nel conto (dal momento che, come evidenziato, tale circostanza viene assorbita e superata dalla contestazione in s ), ma mediante la puntuale dimostrazione che il titolo di acquisizione di quel danaro rendeva destinatario dello stesso, in via esclusiva, il solo cointestatorio, autore del successivo versamento sul conto».

Significativo, peraltro,   l'inciso contenuto nell'art. 1854 c.c. (ove si enuncia, come detto, il principio della solidariet  attiva e passiva dei titolari del conto). Questo il richiamato inciso: "*con facolt  per le medesime di compiere operazioni anche separatamente*". Tale previsione richiama una prassi tipica dell'operativit  bancaria che disciplina due distinte modalit  di effettuazione delle operazioni su conto cointestato: *a firme disgiunte* (ciascuno degli intestatori pu  disporre del saldo del rapporto e, se cos  stabilito, dell'estinzione dello stesso in autonomia e *separatamente* dagli altri) ovvero *a firme congiunte* (ricorrendo la quale ipotesi, le operazioni di disposizione del saldo del rapporto dovranno essere effettuate congiuntamente da tutti i cointestatori oppure anche – al ricorrere di *forme ibride di firma congiunta* – con l'intervento di uno o pi  cointestatori a seconda del limite di importo stabilito ovvero, ulteriore declinazione, della natura di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'operazione da porsi in essere)²⁴⁶. Ne discende

²⁴⁶ Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali, op. cit., (pag. 73, nota 50): «Cass.Civ., Sez. I, 20/03/2017, n. 7110; Cass.Civ., Sez. I, 07/04/2017, n. 9063; Cass.Civ., Sez. I, 01/10/2012, n. 16671, affermano il principio secondo cui le firme congiunte rappresentano la regola, le firme disgiunte l'eccezione; pertanto, l'utilizzo della firma disgiunta va espressamente contemplata nel contratto attraverso

che per quanto, e come dianzi specificato, il rapporto di conto corrente cointestato comporti – a norma del richiamato art. 1854 c.c. – la solidarietà attiva dei correntisti cointestatari, in tanto siffatta solidarietà potrà concretamente ed effettivamente atteggiarsi nei confronti della banca in quanto il contratto preveda firme disgiunte. In altri termini, *«la cointestazione del conto»²⁴⁷ presuppone la contitolarità del fondamentale potere del correntista: quello di disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti dal conto, che poi si declina operativamente nel potere di impartire ordini alla banca per l'esecuzione di incarichi. Il potere in discorso può essere esercitato in forma congiunta, ovvero in maniera disgiunta, a seconda del modo in cui è configurato il regolamento contrattuale. A prima vista ciò dovrebbe corrispondere ad una situazione di solidarietà attiva, a fronte della quale – a stretto rigore (cfr. art. 1292, seconda parte, c.c.) – ciascun concreditore (i.e. ciascun correntista) potrebbe esercitare individualmente il potere di chiedere al debitore-banca l'adempimento della prestazione. Tuttavia la specificità della materia bancaria ha indotto il legislatore a ricollegare la solidarietà attiva all'ipotesi in cui al singolo correntista sia specificamente attribuita la facoltà di compiere operazioni anche separatamente. Da qui la precisazione appositamente inserita nella formulazione dell'art.1854 c.c., che trova poi precisi riscontri nella prassi bancaria, ove si precisa ulteriormente che le operazioni compiute dal singolo cointestatario comportano la piena liberazione della banca anche verso gli altri cointestatari. Sul piano squisitamente civilistico, dunque, la mera cointestazione del conto, non accompagnata anche dal potere di operare in maniera disgiunta, determina l'insorgere di un rapporto riconducibile allo schema dell'obbligazione indivisibile (i.e., tale da richiedere l'esercizio congiunto del potere da parte di tutti i contitolari). La qualificazione del rapporto si evolve nel senso della solidarietà, qualora al singolo cointestatario sia stato negoziabilmente attribuito il potere di agire in forma disgiunta; solo in questo caso egli può*

il rispetto di rigorosi requisiti formali. Resta discussa la possibilità che la facoltà di utilizzo disgiunto sia desunta in via interpretativa dal tenore complessivo del contratto; certamente non può essere presunta per il sol fatto che il conto risulti intestato a più persone».

²⁴⁷ Diritto Bancario (a cura di Giuseppe Cricenti e Fernando Greco), Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, Capitolo 10 "Il conto corrente bancario" di Andrea Nervi (pagg. 383-384).

individualmente esercitare il potere di disporre delle somme risultanti dal saldo del conto, nonché impartire alla banca i corrispondenti ordini».

Così inquadrato – sotto un profilo normativo – il conto corrente cointestato, restano da indagare le vicende successive di cui lo stesso viene ad essere oggetto. Cosa accade con il decesso di uno dei cointestatari e qual è la posizione del titolare superstite e, pertanto, la misura e il fondamento delle sue pretese nei confronti della banca depositaria?

Da ultimo, ha avuto ad esprimersi sull'argomento la Corte di Cassazione che, con ordinanza n. 7862/2021²⁴⁸, ha deciso del ricorso avanzato in merito alla controversia insorta tra una Banca e due delle eredi di cliente titolare di rapporto di deposito cointestato. Con l'anzidetto ricorso le ricorrenti lamentavano che l'istituto di credito avesse permesso all'altro cointestatario del rapporto, nonostante fosse a conoscenza dell'avvenuto decesso, di prelevare l'intera giacenza del rapporto stesso. Gli Ermellini, nel rigettare il ricorso proposto avverso conforme sentenza della Corte di Appello, rammentano come ***la giurisprudenza di legittimità abbia «reiteratamente affermato che (Cass. 15231/2002²⁴⁹) nel caso in cui il deposito bancario sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere, sino all'estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione che sopravvive alla morte di uno dei contitolari, sicché il titolare ha diritto di chiedere, anche dopo la morte dell'altro, l'adempimento dell'intero saldo del libretto di deposito a risparmio, e l'adempimento così conseguito libera la banca verso gli eredi dell'altro contitolare (Cass. 12385/2014^{250 251})».*** [...] «È, dunque, uno specifico obbligo della banca, scaturente dalla disciplina del contratto bancario, quello di permettere al

²⁴⁸ Cassazione Civile, Sezione II, Ordinanza numero 7862 anno 2021 (data pubblicazione: 19/03/2021).

²⁴⁹ Cassazione Civile, Sezione I, Sentenza 29 ottobre 2002, n. 15231.

²⁵⁰ Cassazione Civile, Sezione I, Sentenza 3 giugno 2014, n. 12385.

²⁵¹ Ove il principio di diritto enunciato nella citata Cassazione n. 15231/2002 viene testualmente richiamato così come nell'esaminata ordinanza n.7862/2021. Questa la massima: «Nel caso in cui il deposito bancario sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere, sino alla estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione, che sopravvive alla morte di uno dei contitolari, sicché il contitolare ha diritto di chiedere, anche dopo la morte dell'altro, l'adempimento dell'intero saldo del libretto di deposito a risparmio e l'adempimento così conseguito libera la banca verso gli eredi dell'altro contitolare».

singolo cointestatario, anche dopo la morte dell'altro titolare del rapporto, di poter pienamente disporre delle somme depositate, ferma restando la necessità di verificare la correttezza di tale attività nell'ambito dei rapporti interni tra colui che abbia prelevato e gli eredi del cointestatario deceduto». Non è il caso di soffermarsi – in questa sede – sull'ultimo inciso, presumibilmente discendente dalla fattispecie concreta posta a fondamento del *thema decidendum* e relativo esclusivamente ai rapporti *inter partes* tra i cointestatari e non anche ai rapporti tra questi ultimi e la banca (che a siffatto tipo di valutazioni dovrebbe restare estranea. È appena il caso di sottolineare, infatti, che ove si richiamasse, non l'opportunità – che pure potrebbe valutarsi in termini di auspicabile seppur non dovuta diligenza – ma *tout court* la necessità di una verifica della correttezza dell'attività di disposizione del saldo nell'ambito dei rapporti interni tra colui che abbia prelevato e i restanti eredi del cointestatario deceduto, verrebbe a porsi in capo all'intermediario l'esecuzione di un controllo di merito che finirebbe, nei fatti, per vanificare l'affermato principio di diritto. Prevedere infatti che, in conseguenza della solidarietà attiva *sopravvissuta* alla morte di uno dei titolari, il pagamento effettuato nelle mani del cointestatario superstite libera la banca verso gli eredi dell'altro contitolare, rischierebbe di rivelarsi asserto di assai difficile conciliabilità con l'indicazione/statuizione di ulteriori controlli da effettuarsi nel merito da parte dell'istituto di credito. Il punto sul quale, invece, vogliamo soffermare la nostra attenzione è semmai altro e riguarda la compatibilità tra l'interpretazione delle disposizioni civilistiche, operata dalla giurisprudenza di legittimità, e le previsioni tributarie vigenti in materia.

Al momento rileviamo, però, che sulla medesima linea interpretativa della richiamata giurisprudenza di legittimità, per vero, si pone il Collegio di Milano dell'Arbitro Bancario Finanziario che, con Decisione n. 546 del 14 gennaio 2020²⁵², definisce la questione concernente l'accertamento dell'illegittimità del comportamento dell'intermediario che abbia consentito al cointestatario superstite di un conto corrente a firma disgiunta di continuare a movimentare, dopo il decesso dell'altro cointestatario, il rapporto in questione fino a determinarne l'azzeramento della giacenza, con ciò ledendo – a parere del ricorrente/coerede –

²⁵² Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Milano, Decisione n. 546 del 14 gennaio 2020.

il proprio diritto alla quota di eredità legittima. «Si tratta essenzialmente di stabilire – afferma il Collegio meneghino – se, in caso di rapporti bancari a firma disgiunta, sia consentito a uno solo dei cointestatari del rapporto eseguire un'operazione con conseguente svuotamento del conto corrente». «In generale – afferma l'Arbitro Bancario Finanziario – un conto corrente cointestato con firma disgiunta (come nel caso di specie) consente a tutti i titolari di eseguire le operazioni in piena autonomia, senza cioè dover mostrare alla banca l'autorizzazione degli altri contitolari e senza che la banca possa opporre qualsiasi contestazione: ciascun intestatario, infatti, assume il rischio per l'altrui operato, sicché in relazione ad ogni operazione intrapresa deve applicarsi il principio di solidarietà di cui agli artt. 1854 e 1292 c.c.. La conseguenza, portata all'estremo, ma pur sempre possibile e giuridicamente lecita, è che uno dei contitolari può anche prelevare l'intera somma depositata sul conto, senza dirlo agli altri e senza che la banca possa chiedergli l'esibizione dell'autorizzazione di questi ultimi. Ciò, almeno, per quanto riguarda i rapporti con la banca. [...] Sul tema, questo stesso Collegio ha ritenuto che: "l'art. 1854 c. c. stabilisce, infatti, che «nel caso in cui il conto sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere operazioni anche separatamente, gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido dei saldi del conto»; mentre l'art. 1292, nel dettare la nozione di solidarietà, prevede, per l'ipotesi del concredito, che «l'obbligazione è in solido [...] quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori». Ne consegue che, di norma, la banca non può rifiutarsi di eseguire gli ordini disposti da uno dei cointestatari con firma disgiunta relativi alle somme presenti sul conto corrente, in quanto la posizione dei cointestatari è quella propria dei creditori in solido, e dunque ciascuno di loro ha diritto di ottenere l'intera prestazione dal debitore, il quale è perciò liberato una volta eseguita la propria prestazione ad uno soltanto dei creditori solidali». Sulla scorta delle anzidette considerazioni, e ritenendo che la movimentazione effettuata non evidenziasse elementi di anomalia

tali da indurre l'intermediario a ulteriori approfondimenti²⁵³, il Collegio rigetta il ricorso riconoscendo la legittimazione del cointestatario superstite all'operatività posta in essere sul rapporto. Riguardo alla decisione richiamata, tuttavia si è condivisibilmente evidenziato come essa non contenga **nessun richiamo o rinvio alla nota Decisione n. 5305/2013 del Collegio di coordinamento**²⁵⁴ (come al contrario si rileva nella pur anteriore **Decisione n. 9454 del 31 luglio 2017 del Collegio di Palermo**²⁵⁵). *«In tale contesto, infatti, proprio sulla scorta di quanto rilevato dal Collegio di Coordinamento con la sopra richiamata pronuncia, si evidenzia – da parte dell'ABF palermitano – che l'evento morte di uno dei cointestatori del conto determina un vincolo di indisponibilità sulla quota caduta nell'asse ereditario, fintantoché non venga presentata la denuncia di successione o la cd “dichiarazione negativa” di cui all'art. 28 del D.Lgs. n. 346/1990. Tale adempimento è, difatti, considerato dal Collegio quale condizione senza la quale la Banca può legittimamente rifiutare le richieste del cointestatario, per quanto questi sia legittimato ad esigere la liquidazione dell'intera somma di cui al conto corrente. Il Collegio di Coordinamento ha, difatti, chiarito che la permanenza della legittimazione in capo ai cointestatori nonostante la morte di uno di essi è vicenda che attiene esclusivamente al rapporto negoziale inter partes, che non può pregiudicare le posizioni dei terzi, quale l'Amministrazione finanziaria; tanto più se i diritti dei terzi siano riconosciuti da una disposizione avente natura imperativa, qual è quella tributaria. [...] Resta, pertanto, salva la possibilità per il cointestatario di disporre della somma di sua spettanza, che in virtù di quanto previsto dall'art. 1298, comma 2, c.c. (“le parti di ciascuno si presumono uguali se non risulta diversamente”), è pari al 50% del saldo attivo, in assenza di diverse indicazioni. Il cointestatario potrebbe, invece, ottenere*

²⁵³ Ed è appena qui il caso di rilevare come – pur enunciando un principio di diritto che parrebbe di generale portata, rigorosamente discendente dalla solidarietà attiva tra i cointestatori del rapporto e concreditori nei confronti della banca, solidarietà esercitabile da ciascuno dei cointestatori/concreditori autonomamente dagli altri, e con piena liberazione dell'istituto di credito, in caso di operatività a firma disgiunta – si finisca poi per introdurre – in tale vicenda – un elemento di valutazione nel merito dell'operatività dei cointestatori. Certo, motivato da superiori ragioni di tutela della clientela da parte della banca, nell'esercizio di quella diligenza che deve pretendersi dal *bonus argentarius*, ma che comunque introduce nelle decisioni afferenti alla quotidiana operatività dell'istituto di credito l'*alea* di un successivo sindacato di merito delle proprie scelte difficilmente conciliabile con l'enunciazione di principi generali quali, per l'appunto, quello della pretesa del cointestatario a firma disgiunta di esigere la liquidazione – anche integrale – del saldo del rapporto.

²⁵⁴ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, Decisione n. 5305 del 18 ottobre 2013.

²⁵⁵ Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Palermo, Decisione n. 9454 del 31 luglio 2017.

lo svincolo della quota caduta in successione solo a seguito della documentazione di cui sopra»²⁵⁶.

L'aspetto (a parer nostro dirimente) su cui si intende qui, per l'appunto, soffermare l'attenzione è, quello del necessario rispetto della disciplina tributaria che grava, ad un tempo, sia sulla banca sia sulla clientela e che subordina lo svincolo delle somme a puntuali adempimenti²⁵⁷. Pertanto, pare necessario conciliare la richiamata normativa tributaria (avente carattere pubblicistico e, dunque, da presumersi preminente) con la rigorosa interpretazione della solidarietà attiva di cui alle menzionate disposizioni codicistiche. In caso contrario, consentire al cointestatario superstite il prelevamento integrale del saldo del rapporto – sulla scorta della sola presunzione civilistica – rischia di prestarsi, come pure autorevolmente rilevato²⁵⁸, a pratiche elusive.

Sull'argomento, si è espresso il Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario con la già richiamata decisione n. 5305/2013 la quale, si badi bene, pur non omettendo di richiamare il principio enunciato dalla già citata Cass. Civ., Sez. I, 29 ottobre 2002, n. 15231²⁵⁹, puntualizza che né tale pronuncia di legittimità né taluni precedenti arresti dell'Arbitro Bancario Finanziario hanno tenuto in considerazione l'incidenza della normativa fiscale in tema di liquidazione del saldo di deposito cointestato²⁶⁰. Omessa considerazione non condivisibile a

²⁵⁶ Donato Giovenzana, «La giurisprudenza arbitrale in tema di decesso del cointestatario di c/c e conseguente operatività consentita dalla banca a quello superstite», Nota a ABF, Collegio di Milano, 14 gennaio 2020, n. 546 (pubblicata il 26 giugno 2023 in «Diritto del Risparmio»).

²⁵⁷ Sottolinea Andrea Nervi in Diritto Bancario (a cura di Giuseppe Cricenti e Fernando Greco), op. cit., (pag. 388) che l'approccio degli intermediari al problema è dettato da un duplice ordine di considerazioni. La banca, usualmente, dispone – a seguito del decesso di uno dei titolari di conto corrente cointestato – il blocco della quota parte da non presumersi, a norma del dettato codicistico, di spettanza del titolare superstite. E ciò sia per l'esigenza (per certi versi comprensibile) «di non trovarsi coinvolta nelle dispute che sovente insorgono tra i coeredi con riguardo alla spettanza delle somme giacenti sul conto corrente del de cuius all'atto dell'apertura della successione» sia, per altra considerazione di ordine normativo. «Vi è da tenere a mente, difatti, l'esistenza di una norma fiscale (art. 48, comma 3, d.lgs.n. 346/1990) per effetto del quale lo svincolo delle somme a favore degli eredi è subordinata alla presentazione della denuncia di successione».

²⁵⁸ Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, ove nella già richiamata Decisione n. 5305 del 18 ottobre 2013 così si puntualizza: «È infatti agevole osservare che, ragionando a contrario (assumendo, quindi, che il cointestatario superstite possa disporre per l'intero del saldo del rapporto, nda), l'insussistenza di tale vincolo consentirebbe facili pratiche elusive della normativa fiscale, consentendo agli eredi di evitare il pagamento della imposta sulla successione, semplicemente cointestando un libretto di deposito a risparmio».

²⁵⁹ Cfr. *supra*, nota 12.

²⁶⁰ Sullo stesso argomento e nel medesimo senso, Pietro Sirena, Cointestazione di conti correnti bancari e comunione legale dei beni: le ricadute nel trattamento successorio - Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile - e.library - Fondazione Italiana del Notariato

parere del Collegio arbitrale. E questo anche nel caso in cui i cointestatari – ad un tempo eredi del titolare deceduto – pretendano di agire, rispetto alla quota di quest'ultimo, *jure proprio* e non *jure hereditario*, appellandosi ex art. 1854 c.c. alla solidarietà attiva rispetto al saldo del rapporto medesimo. Solidarietà che sopravviverebbe al decesso del cointestatario e andrebbe a incidere anche sulla quota parte spettante a quest'ultimo e ricadente, pertanto, in successione. Ed è proprio questo il *punctum dolens* della vicenda: l'apertura della successione e la relativa normativa tributaria. Si tratta, dunque, di verificare se e come debbano interagire le norme applicabili al rapporto negoziale (nei termini della solidarietà

(fondazione-notariato.it) «Com'è noto, la cointestazione di un conto corrente bancario (ma anche di un libretto di risparmio o di un deposito di titoli in amministrazione) può appunto costituire uno strumento semplice ed economico per programmare una modesta vicenda di passaggio intergenerazionale di ricchezza al di fuori del diritto successorio. Questo risultato pratico è ottenuto dal depositante cointestando a firma disgiunta il rapporto bancario, cosicché alla sua morte il saldo disponibile possa essere ritirato iure proprio dall'altro cointestatario: ai sensi dell'art. 1854 c.c., si viene infatti a configurare un'ipotesi di solidarietà attiva nel rapporto obbligatorio, di modo che ciascuno dei contitolari può esigere il pagamento dell'intero anche senza il consenso dell'altro contitolare (e perciò, a maggior ragione, senza il consenso dei suoi eredi, laddove egli sia nel frattempo deceduto). Dal punto di vista letterale, l'art. 1854 c.c. si riferisce ai soli conti correnti bancari, ma la disposizione si ritiene applicabile anche ai libretti di risparmio e al deposito di titoli in amministrazione, nonostante qualche dissenso dottrinale. È indubbio che, in sé stessa considerata, la cointestazione di tali rapporti bancari, per quanto fatta valere dopo la morte di uno dei cointestatari, non violi il divieto dei patti successori, perché, pretendendo il pagamento del saldo disponibile, il contitolare superstite esercita un proprio diritto contrattuale: in altri termini, egli non agisce allora come erede del contitolare premorto, ma come controparte contrattuale della banca. La giurisprudenza si è più volte pronunciata al riguardo, affermando appunto che il contitolare superstite può separatamente pretendere l'intero saldo del conto corrente o del libretto di risparmio, secondo quanto ha ritenuto anche la dottrina. Resta peraltro fermo che, ai sensi dell'art. 1298 c.c., nei suoi confronti gli eredi del contitolare premorto potranno poi agire in via di regresso per la restituzione delle loro quote della parte che spettava al de cuius, parte che è presuntivamente pari alla metà del saldo, se non risulti diversamente. Tali soluzioni della giurisprudenza di legittimità sono certamente condivisibili in sé, ma, per lo meno dal punto di vista pratico, esse ignorano l'incidenza del diritto tributario su quello civile. L'art. 48, comma 4, del T.U. in materia di imposta sulle successioni e donazioni statuisce infatti che alla morte dell'intestatario di un conto corrente, un libretto di risparmio e un deposito titoli in amministrazione, la banca debba bloccare qualsiasi ulteriore operazione, anzitutto di pagamento, fino a quando non sia stata a essa esibita una dichiarazione di successione che sia comprensiva appunto di tali rapporti. Ove non si attenga a tale disposizione di legge, la banca deve pagare una sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento dell'imposta ovvero della maggior imposta dovuta. Ne consegue che, deceduto uno dei contitolari di tali rapporti, il pagamento della sua quota del saldo è oggettivamente inesigibile fino a quando non sia stata esibita alla banca la dichiarazione di successione di cui si è detto. Nel frattempo, la banca si trova pertanto nell'impossibilità giuridica di adempiere, la quale può essere certamente eccepita nei confronti degli eredi del cointestatario premorto, ma anche nei confronti del cointestatario superstite. Ferma restando la legittimazione disgiuntiva di quest'ultimo, la quale discende appunto dalle regole della solidarietà attiva di cui all'art. 1854 c.c., si deve infatti rilevare che l'inesigibilità della quota del saldo che è caduta in successione ereditaria, ai sensi della suddetta disposizione tributaria, dà luogo a una eccezione della banca che non è personale rispetto agli eredi del contitolare premorto, ai sensi dell'art. 1297 c.c., ma che colpisce nella sua oggettività la prestazione debitoria pro quota, tanto da poter essere equiparata a una sua impossibilità giuridica sopravvenuta. Si tratta infatti di un vincolo di indisponibilità pro quota di tale prestazione, il quale è automaticamente imposto da una norma imperativa.»

attiva codicisticamente stabilita) con quelle imposte dalle norme tributarie (di cui al relativo testo unico).²⁶¹

«La questione – sottolinea l'ABF – è relativa all'applicabilità della norma di cui all'art. 48, comma 4, t.u. sull'imposta di successione e donazione nel caso di una richiesta di liquidazione avanzata dai cointestatari di un libretto di deposito a risparmio a firma disgiunta.[...] L'art. 48 del t.u. in materia di imposta di successioni e donazioni, in particolare, recita al comma 4: “Le aziende e gli istituti di credito, le società e gli enti che emettono azioni, obbligazioni, cartelle, certificati ed altri titoli di qualsiasi specie, anche provvisori, non possono provvedere ad alcuna annotazione nelle loro scritture né ad alcuna operazione concernente i titoli trasferiti per causa di morte, se non è stata fornita la prova della presentazione, anche dopo il termine di cinque anni di cui all'art. 27, 4° comma, della dichiarazione di successione o integrativa con l'indicazione dei suddetti titoli, o dell'intervenuto accertamento in rettifica o d'ufficio, e non è stato dichiarato per iscritto dall'interessato che non vi era obbligo di presentare la dichiarazione”. La richiamata disposizione, in altri termini, non incide sul profilo relativo alla legittimazione dei cointestatari, che resta regolata dalle disposizioni del codice civile; essa, peraltro, impone un adempimento che può essere qualificato alla stregua di un vero e proprio vincolo di indisponibilità della somma. Da ciò deriva che la presentazione della denuncia di successione da parte degli eredi, ovvero della c.d. “dichiarazione negativa” di cui all'art. 28 del medesimo t.u., costituisce una condizione senza la quale il debitore può legittimamente opporre il mancato pagamento nei confronti del creditore, pur legittimato ad esigere la liquidazione della intera somma portata dal libretto. Tenuto conto di ciò, la permanenza della legittimazione in capo ai cointestatari nonostante la morte di uno di essi, dunque, è vicenda che attiene esclusivamente al rapporto negoziale inter partes, che non può pregiudicare le posizioni dei terzi, quale in questo caso, deve essere considerata l'Amministrazione finanziaria. Tanto più se i diritti dei terzi siano riconosciuti da una disposizione avente natura imperativa,

²⁶¹ D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, “Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni”.

qual è certamente quella in materia tributaria. È infatti agevole osservare che, ragionando a contrario, l'insussistenza di tale vincolo consentirebbe facili pratiche elusive della normativa fiscale, consentendo agli eredi di evitare il pagamento della imposta sulla successione, semplicemente cointestando un libretto di deposito a risparmio. La disposizione di cui all'art. 48, comma 4, invece, impone al debitore un vincolo dal quale deriva per l'intermediario un vero e proprio divieto di esecuzione della prestazione (alla stregua di una impossibilità giuridica sopravvenuta), in funzione di interessi pubblici ritenuti preminenti dal legislatore, almeno sino al momento in cui non sia soddisfatta la condizione rappresentata dalla presentazione della denuncia di successione; non a caso, la normativa speciale prevede l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 53 t.u.²⁶², nel caso in cui l'istituto di credito provveda comunque alla liquidazione della quota ereditaria. Proprio per questa ragione, deve ritenersi che il vincolo di indisponibilità che grava sulla quota caduta nell'asse ereditario, possa essere fatto valere anche nei confronti degli altri contestatari, pur legittimati, fin tanto che gli eredi non provvedano alla presentazione della documentazione successoria».

Così pure argomenta il Collegio di Bologna dell'Arbitro Bancario Finanziario nella Decisione n. 3912/2022²⁶³. «Secondo l'orientamento dei Collegi dell'ABF, in caso di decesso di uno dei cointestatari di un conto corrente a firma a disgiunta, fatto salvo il patto contrario, il contitolare superstite mantiene il diritto di compiere operazioni separatamente; il regime di solidarietà, sia dal lato attivo che passivo, previsto dall'art. 1854 c.c., sopravvive, infatti, anche dopo il decesso di uno dei cointestatari sicché il contitolare superstite ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intero saldo del conto

²⁶² D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, "Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni". Art. 53 "Altre violazioni", comma 2 ("Chi trasgredisce i divieti stabiliti nell'art. 48, commi da 2 a 4, o non adempie l'obbligo di cui al comma 5 dello stesso articolo, è punito con la pena pecuniaria da due a quattro volte l'imposta o la maggiore imposta dovuta o che sarebbe stata dovuta dagli eredi o dai legatari in relazione ai beni e diritti ereditari ai quali si riferisce la violazione") e comma 4 ("La sanzione indicata nei commi 2 e 3 è raddoppiata per la violazione di obblighi o di divieti posti a carico di pubblici ufficiali o di pubblici impiegati, ovvero di banche, società di credito o di intermediazione o dell'Ente poste italiane. Fino a prova contraria, si presume che autori della violazione siano i legali rappresentanti delle banche, società o enti.").

²⁶³ Donato Giovenzana, «Sui diritti del cointestatario superstite in caso di decesso dell'altro contitolare», Nota a ABF Collegio di Bologna, Decisione n. 3912 del 3 marzo 2022 (pubblicata il 7 aprile 2022 in "Diritto del Risparmio").

corrente. Peraltro, i Collegi ABF, in linea con la posizione espressa dal Collegio di Coordinamento con la decisione n. 5305/2013, ritengono che «la possibilità di disporre dell'intero saldo presente sul conto da parte del contitolare superstite trova tuttavia un «vincolo di indisponibilità della somma» nella normativa tributaria – segnatamente nell'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 346/1990 (Testo Unico in materia di imposta di successioni e donazioni) – che impone la presentazione preventiva della denuncia di successione da parte degli eredi, ovvero della c.d. “dichiarazione negativa” di cui all'art. 28 del medesimo T.U.; ne deriva che, sino al momento in cui non risulti soddisfatta la condizione relativa alla presentazione della documentazione successoria, permane in capo all'intermediario un divieto di esecuzione della prestazione, in ragione di interessi pubblici ritenuti preminenti dal legislatore (ABF, Coll. Coord., Dec. n. 5305/2013, cit.)». (cfr. ex multis Collegio di Napoli, decisione n. 120/2016). [...] Proprio per questa ragione, deve ritenersi che il vincolo di indisponibilità, che grava sulla quota caduta nell'asse ereditario, possa essere fatto valere anche nei confronti degli altri cointestatori, pur legittimati, fin tanto che gli eredi non provvedano al completamento della presentazione della documentazione successoria...» (cfr. Collegio di Milano, decisione n. 1615/2019)²⁶⁴.

Nel ripercorrere, fin qui, il cammino segnato dai precedenti giurisprudenziali di legittimità e arbitrali relativi all'argomento trattato, ci è tornato alla mente il paradosso la cui enunciazione è tradizionalmente attribuita al filosofo Giovanni Buridano. «L'apologo (noto come “L'asino di Buridano” ovvero “Paradosso di Buridano”, nda) narra come un asino posto tra due cumuli di fieno perfettamente uguali e alla stessa distanza non sappia quale scegliere, morendo di fame nell'incertezza. Secondo Buridano l'intelletto è sempre in grado di indicare all'uomo quale sia la scelta giusta tra

²⁶⁴ E si confronti di recente, e sia pure sotto altro profilo e considerata la specificità della fattispecie esaminata, il Collegio di Palermo dell'Arbitro Bancario Decisione n. 8744 del 05 settembre 2023 (v. Bianca Tempesta, «Riconoscimento del diritto alla liquidazione della quota delle somme depositate in qualità di cointestatario del libretto di deposito a risparmio», Nota a Decisione ABF Collegio di Palermo 8744/2023, pubblicata il 29 ottobre 2023 in “Diritto del Risparmio”). Così statuisce il Collegio: «Il libretto di deposito cointestato a firme disgiunte istituisce un rapporto obbligatorio solidale, assistito da una presunzione di contitolarità al 50% (cfr. artt. 1854 e 1298 c.c.: v. Coll. Palermo, dec. n. 15916/12 del 14/12/2022). Nel caso di specie, la ricorrente ha chiesto la liquidazione della sua quota pari al 50% del saldo, al netto dei prelievi imputati alla propria quota, in qualità di cointestataria e non di erede. L'opposizione manifestata da taluni dei coeredi investe proprio la validità della predetta presunzione di contitolarità, avendo i coeredi contestato proprio la titolarità effettiva delle somme giacenti sul libretto. E, tuttavia, tale contestazione è stata soltanto asserita ma non provata. La ricorrente, tutt'al contrario, ha un titolo formale di legittimazione a ricevere la prestazione, vale a dire il contratto con cointestazione e potere di firma disgiunta».

le varie diverse alternative tanto che se, per assurdo, la scelta fosse costituita da due elementi identici la volontà si paralizzerebbe a meno che non si scegliesse di non scegliere»²⁶⁵.

Ebbene, quale cumulo di fieno dovrebbe scegliere una banca, ridotta nella medesima condizione dell'asino di Buridano dalle contrastanti interpretazioni giurisprudenziali, tra liquidazione integrale del saldo del deposito bancario in favore del cointestatario (in forza della rigorosa solidarietà attiva di cui all'art. 1854 c.c.) ovvero liquidazione della quota parte spettante al cointestatario jure proprio, subordinando la liquidazione della restante giacenza caduta in successione all'adempimento dei sopra richiamati obblighi tributari? Con un'aggravante, se si vuole. L'asino del paradosso non sceglie perché la sua volontà è paralizzata tra due beni assolutamente eguali. La banca della realtà rischia di dover scegliere tra due possibili ed eventuali contestazioni: l'una innanzi al giudice civile, l'altra (e, v'è da supporre, non meno piacevole) innanzi all'Amministrazione Finanziaria. “È questo lo scrupolo che dà alla sventura una vita così lunga”²⁶⁶, avrebbe detto un tormentato principe danese rispetto a ben altro e più profondo argomento.

Per un'ultima volta, in queste righe, “passando” dalla poesia alla prosa e dalla filosofia alla vita concreta (sempre che una differenza vi sia tra le prime e le seconde e sempre che a volerla affermare non si commetta – come noi umilmente crediamo – un esiziale errore), ci sentiamo di condividere la posizione del Collegio di coordinamento arbitrale. La norma codicistica, che pur deve esserci guida nell'inquadramento negoziale della vicenda trattata, non può da sé sola condurre alla soluzione ove altra, e imperativa norma di ambito pubblicistico, imponga l'adempimento di obblighi tributari che resterebbero al contrario negletti. Ma, anche laddove volessimo trascurare una tale considerazione derivante da un'interpretazione sistematica delle norme vigenti in materia, basterebbe por mente alle conclusioni illogiche cui si perverrebbe. E illogiche, si badi bene, in termini giuridici. Come sottolineato dal Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario, se si aderisse in maniera rigorosa (e, verrebbe da dire, integralista) alla tesi per cui il cointestatario superstite possa pretendere di vedersi liquidata la quota parte di presumibile spettanza del cointestatario deceduto

²⁶⁵ Fonte Wikipedia, https://it.wikipedia.org/wiki/Asino_di_Buridano.

²⁶⁶ William Shakespeare, Amleto, atto terzo, scena prima

appellandosi *tout court* alla solidarietà attiva ex art. 1854 c.c., si potrebbe facilmente incorrere in pratiche elusive. Sarebbe, difatti, sufficiente cointestare un rapporto per avere la certezza di non dover porre in essere alcun adempimento tributario alla morte di uno dei cointestatari. Chi resta – ci si consenta la brutale conclusione – prende tutto. E senza rendere conto a nessuno. Nemmeno all’Agenzia delle Entrate. Allora, sì, che la morte sarebbe una livella. “Assolver non si può chi non si pente, /né pentere e volere insieme puossi/per la contraddizion che nol consente”²⁶⁷, ci ricorda il Sommo Poeta nel dare una magistrale definizione, in versi, del principio di non contraddizione. Ebbene, ad esso ci appelliamo nel concludere questo scritto. L’ordinamento non può ammettere che una norma ne elida (o, se si preferisce, abroghi) altra, fatti salvi i casi dall’ordinamento medesimo previsti e non ci pare che si versi in una delle dette ipotesi. Ma è esattamente il risultato cui si perverrebbe discostandosi, nei casi di specie dalla prevalente linea interpretativa della giurisprudenza arbitrale. E, come detto, la *contraddizion nol consente*. Infine, e tornando al paradosso, l’asino dovrà pur scegliere – pena l’inedia – uno dei due cumuli di fieno.

²⁶⁷ Dante Alighieri, *Divina Commedia*, Inferno, Canto XXVII, versi 118-120.

Banca Tercas: una vicenda tra poche luci e molte ombre.

Di Annarita Lardaro

Con la decisione del 22 settembre scorso, la Commissione europea (di seguito indicata anche solo come “la Commissione”) ha – da ultimo – concluso che il sostegno concesso dal Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (nel proseguo, anche solo “FITD” o “Fondo”) nel 2014 a Banca Tercas non costituisce un aiuto di Stato ai sensi delle norme UE, smentendo così a distanza di ben otto anni la propria precedente indicazione e recependo gli orientamenti giurisprudenziali europei in merito.

Ma procediamo con ordine ricostruendo i punti salienti di questa vicenda costellata da poche luci e molte ombre.

1. Dalle origini dell’istituto bancario all’amministrazione straordinaria.

La Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo S.p.A. (di seguito indicata anche solo come “Tercas” o “Banca Tercas”) nacque il 12 ottobre 1939 dalla fusione di due antiche piccole Casse di Risparmio, quelle di Nereto e Atri.

Alla fine del 2011, il principale azionista della capogruppo era la Fondazione Tercas, che all’epoca deteneva il 65% della capogruppo. Tale gruppo comprendeva Banca Caripe S.p.A. che era stata acquisita da Tercas alla fine del 2010.

Nel corso dell’aprile del 2012, a seguito di un’ispezione emersero gravi irregolarità e anomalie nella gestione e nella *governance* aziendale, per cui Banca d’Italia propose al Ministro dell’Economia e delle finanze di sottoporre Banca Tercas ad amministrazione straordinaria, in ottemperanza a quanto disposto dall’art. 70 del Testo Unico Bancario.

Con decreto del 30 aprile 2012, il Ministero dell’Economia e delle Finanze dispose – su proposta della Banca d’Italia – lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo di Tercas e la sottoposizione della stessa ad amministrazione straordinaria per gravi irregolarità e violazioni normative, ai sensi dell’art. 70, comma 1, lett. a), del Testo Unico Bancario.

Con successivo provvedimento della Banca d'Italia del 3 maggio 2012 vennero nominati gli Organi straordinari nelle persone dei sigg. Riccardo Sora, quale Commissario straordinario, prof. Antonio Blandini, prof. Silvano Corbella, avv. Alessandro Portolano quali componenti del Comitato di sorveglianza.

Il Commissario straordinario avviò, quindi, le trattative con la Banca Popolare di Bari (nel prosieguo indicata anche soltanto con "BPB"), istituto che si dimostrò interessato a sottoscrivere un aumento di capitale di Tercas, a patto che il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi²⁶⁸ intervenisse a coprire integralmente le perdite sino ad allora subite.

Banca Popolare di Bari si dimostrò interessata a sottoscrivere un aumento di capitale in favore di Tercas, a patto, però, che il FITD coprisse l'intero deficit patrimoniale.

All'esito di una lunga contrattazione fra la BPB e il Fondo, il 30 maggio 2014 si raggiunse un accordo avente ad oggetto un contributo del FITD pari a 330 milioni di Euro.

Nel luglio del medesimo anno, Banca d'Italia approvava l'operazione e contestualmente revocava il regime di amministrazione straordinaria²⁶⁹.

2. La prima decisione della Commissione Europea.

Il 23 dicembre 2015 la Commissione intervenne dichiarando illegittimo l'intervento del FITD a favore di Tercas.

Secondo la Commissione, infatti, la misura configurava un aiuto di Stato da parte dell'Italia, incompatibile con il mercato interno ed imputabile allo stato italiano per due ragioni: a) i fondi impiegati dal FITD a salvataggio delle banche consorziate costituirebbero contributi obbligatori di natura parafiscale, e andrebbero dunque considerate risorse soggette al pubblico controllo; b) gli

²⁶⁸ Come noto, il FITD è un consorzio di banche che, in forza del suo statuto, ha il compito di garantire i depositi dei suoi membri, in particolare il Fondo costituisce un sistema di garanzia dei depositanti, al quale ogni istituto di credito è obbligato ad aderire ai sensi della Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014.

²⁶⁹ Al riguardo si vedano tra gli altri I. AGNOLUCCI-A. BIONDI, *Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato*, in AA.VV, *Annali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, 33 ss., spec. P. 39 ss.; E. GAMBARO, "Centralità della nozione di aiuto di stato e sviluppi della giurisprudenza europea", in *rivista.eurojus.it*, 2021 n. 1, 2021, 77 ss.

interventi del Fondo sarebbero espressione di un mandato pubblico statale; tale circostanza sarebbe confermata dalla posizione di controllo e di indirizzo rivestita dalla Banca d'Italia nel contesto dell'operazione, culminata nell'autorizzazione dell'intervento, che rappresenterebbe indice dell'influenza pubblica decisiva ai fini dell'adozione della misura²⁷⁰.

Giova ricordare che, affinché una misura sia qualificata come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE, devono essere soddisfatte quattro condizioni cumulative: l'intervento dello Stato, ovvero mediante risorse statali; la selettività del vantaggio; il pregiudizio agli scambi tra gli Stati membri; il pregiudizio alla concorrenza.

3. L'alt del Tribunale e la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2 marzo 2021.

Lo Stato italiano, il FITD e Banca Popolare di Bari, con il sostegno di Banca d'Italia in qualità di interveniente, impugnarono, quindi, la decisione dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, il quale con sentenza del 19 marzo 2019 procedeva ad annullare la decisione negativa della Commissione.

Nel dettaglio, il giudice europeo di *prime cure*, con sentenza del 19 marzo 2019, annullava la decisione negativa della Commissione, ritenendo mancanti le condizioni funzionali all'applicazione dell'art. 107 TFUE.

Nello specifico, venivano ritenuti non sufficienti gli indizi di imputabilità allo Stato italiano adottati dalla Commissione.

Quest'ultima impugnava la pronuncia dinanzi alla Corte, ritenendola viziata da errori di diritto e di fatto, sostenendo in particolare che l'onere probatorio richiesto per dimostrare l'intervento dello Stato fosse eccessivamente gravoso, divenendo idoneo a generare, nel lungo periodo, un'impossibilità di azione a fronte di altri interventi "pericolosi".

²⁷⁰ Sul punto si v. A CIRCOLO, "Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità", in *rivista.eurojus.it*.

La Corte di giustizia, tuttavia, con sentenza del 2 marzo 2021²⁷¹, respingeva *in toto* l'appello, confermando lo scarso livello di prove presentate dalla Commissione a sostegno dell'imputabilità dell'intervento di favore all'Italia.

I Giudici di secondo grado, in primo luogo, rammentarono che affinché determinati vantaggi possano essere qualificati come «aiuti» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, da un lato essi devono essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e dall'altro devono essere imputabili allo Stato.

Nel caso di specie, la Corte confermò la propria giurisprudenza in materia di imputabilità allo Stato di misure di aiuto concesse da un ente di diritto privato, ovvero il FITD, che non è né un organismo statale né un'impresa pubblica.

La Corte, quindi, partendo dall'assunto che il Fondo fosse un ente avente natura privatistica, ritenne che il Tribunale avesse correttamente la giurisprudenza secondo la quale spetta alla Commissione dimostrare, sulla base di un insieme di indizi, che le misure in questione erano imputabili allo Stato e, pertanto, non ha imposto alla Commissione un livello di prova più elevato relativamente all'imputabilità di un vantaggio allo Stato²⁷².

4. Da ultimo: il dietrofront della Commissione Europea.

Al tempo in cui si scrive, come innanzi anticipato, la Commissione europea – alla luce della summenzionata giurisprudenza – si è vista “costretta” a prendere atto dell'insussistenza di un aiuto di stato nel caso Tercas.

Difatti, alla luce del disposto ex art. 266 TFUE, la Commissione ha dovuto assumere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta.

Il succitato art. 266 stabilisce, infatti, che: “*L'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati sono*

²⁷¹ V. sentenza C-425/19 P, Commissione c. Italia, Fondo interbancario di tutela dei depositi, Banca d'Italia e Banca Popolare di Bari ScpA.

²⁷² Sul punto si v. S. MACCARONE, *Il caso Tercas e la sentenza della Corte di Giustizia europea*, fascicolo n. 4 del 2021, in *Rivista bancaria.it*.

tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea comporta”.

Resta, quindi, ancora aperta la possibilità di esperire un'azione risarcitoria nei confronti della Commissione europea, in quanto il combinato disposto degli artt. 268 e 340 TFUE consente alla Corte di giustizia di imporre all'Unione di risarcire i danni perpetrati dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni²⁷³.

In conclusione, quindi, è possibile affermare che – sebbene con il *dietrofront* della Commissione sembrerebbe potersi dire una vicenda ormai finalmente conclusa – tuttavia restano ancora in divenire gli scenari afferenti alla conclusione della pretesa risarcitoria²⁷⁴ e, più in generale, all'interpretazione che la giurisprudenza europea ha di volta in volta fornito dell'art. 107 in materia di aiuti di stato.

²⁷³ Al riguardo si v. l'articolo pubblicato sulla rivista Eurojus “*La fine della vicenda Tercas? La Commissione constata la non sussistenza di un aiuto di Stato*”.

²⁷⁴ Si tenga in merito presente che, il 26 settembre 2023 – il Parlamento europeo ha presentato un'interrogazione prioritaria con richiesta di risposta scritta nei confronti della Commissione, rinvenibile sul sito europarl.europa.eu ed intitolata “*Risarcimento danni in seguito alla decisione errata della Commissione sul caso Tercas*” chiedendo:

“*può la Commissione far sapere:*

1. *Se intende scusarsi pubblicamente per l'errore commesso nella decisione su Tercas?*

2. *Come e quando intende rispondere dei danni ingiustamente arrecati all'Italia, ai risparmiatori e alle banche coinvolte direttamente e indirettamente da tale decisione sbagliata, considerato che nelle crisi bancarie successive al caso Tercas l'ipotesi d'intervento analogo è stata scartata dalle opzioni, causando instabilità e costi ingenti per tutto il sistema finanziario italiano?.*

A proposito dell'articolo sulla «indifferenza al momento dell'equilibrio finanziario»: una risposta, e qualche osservazione.

Di Fabrizio Cacciafesta

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Prestiti AFS e portafogli di ZCB. – 3. Inesistenza dei prestiti tipo ZCB. – 4. Ammortamento "alternativo" di un ZCB (virtuale). – 5. Qualche commento. – 6. Inutilizzabilità dell'interesse semplice per valutazioni razionali.

1. Introduzione.

Nel fascicolo di "approfondimenti" n. 1/2023 di questa Rivista, compare un articolo di G. Aretusi (*A proposito dell'indifferenza al momento dell'equilibrio finanziario*: nel seguito, "l'Autore" e "l'articolo") che affronta un argomento, quello degli ammortamenti progressivi dei prestiti, di grande importanza pratica e di estrema attualità. In data 6 settembre 2023, la Corte di Cassazione ha infatti disposto l'esame dell'ordinanza di remissione (n. 9585/2023) emessa dal Tribunale di Salerno a proposito di una causa in materia. Per critici che si possa essere sul contenuto dell'ordinanza²⁷⁵, la speranza è che il pronunciamento della Corte riesca almeno a stabilire un orientamento comune per tutti i Tribunali della Repubblica. Orientamento comune che, ad oggi, ancora manca, anche perché alcuni aspetti tecnici matematici restano ancora non ben compresi da alcuni.

Molti sarebbero i punti dell'articolo da discutere. Intendiamo però soffermarci soprattutto sulla parte di esso che ci chiama direttamente in causa; sia di persona, sia in quanto cofirmatario del Rapporto scientifico sull'argomento che l'Associazione per la Matematica Applicata alle Scienze Economiche e Sociali ha pubblicato nel 2022²⁷⁶. La nota 26 (pag. 24) dell'articolo è dedicata ad un commento, legittimamente critico, di tale rapporto. Secondo l'Autore, la tesi in esso sostenuta, che nell'ammortamento francese standard (d'ora in avanti: AFS)

²⁷⁵ Chi scrive, la ha commentata in *Un'ordinanza fondata su un equivoco (l'ammortamento francese secondo il Tribunale di Salerno)*, IL CASO.it 23 ottobre 2023 [Articolo 2119]

²⁷⁶ *Anatocismo nei piani di ammortamento standardizzati tradizionali*: <https://www.amases.org/rapporto-scientifico-2022-01>. Ricordiamo che l'Amases è l'associazione cui appartengono, tra gli altri, la quasi totalità dei docenti italiani di Matematica Finanziaria, ed è l'interlocutrice ufficiale del Consiglio Universitario Nazionale per le questioni inerenti quella disciplina.

non vi sia anatocismo, è *insostenibile* perché esso è presente nei *prestiti elementari* che lo *compongono*²⁷⁷.

Argomenteremo nel par. 2, attraverso l'esame di un esempio presente nell'articolo, che vi è, sì, equivalenza finanziaria tra un prestito AFS ed un portafoglio di prestiti in interesse composto; ma essa si ferma al livello dei flussi di cassa, e non vale certamente a dedurre qualcosa sulla modalità di svolgimento del prestito. Modalità che sarà facile mostrare essere quella dell'interesse semplice con pagamento periodico degli interessi, che esclude ogni possibilità di formazione di interessi anatocistici.

Discuteremo poi, nei parr. 3 e 4, della reale esistenza e natura dei *prestiti elementari* considerati dall'Autore. Il par. 5 sarà dedicato ad alcune brevi puntualizzazioni, rese necessarie da sue affermazioni relative alla vita interna dell'Amases.

Il rilievo che, nell'articolo, è dato all'impiego dell'interesse semplice nelle valutazioni, ha infine suggerito di presentare, nel par. 6, le ragioni che rendono detto regime del tutto inadatto a quello scopo.

2. Prestiti AFS e portafogli di ZCB.

Per affrontare nel modo più semplice la questione centrale, del rapporto tra un prestito AFS ed un portafoglio di prestiti evidentemente anatocistici, riprendiamo l'esempio dell'Autore: quello del prestito di 1.000 euro, da rimborsare con 4 annualità uguali (dunque, "alla francese") e da remunerare al 10% annuo. La rata che egli calcola, 315,47, è quella in genere ottenuta con una formula in interesse composto; la si potrebbe però ricavare, sia pure meno comodamente, per una strada che evita questo compromettente utilizzo. Ecco il piano di ammortamento come si legge nei testi di Matematica Finanziaria e come è proposto dagli istituti bancari:

²⁷⁷ Tutti i corsivi sono citazioni letterali dall'articolo.

Tabella 1: Un prestito in AFS

anno	pagamenti			debito
	inter.	capit.	totale	residuo
1	100	215,47	315,47	784,53
2	78,45	237,02	315,47	547,51
3	54,75	260,72	315,47	286,79
4	28,68	286,79	315,47	0

Esaminiamo ora la importante relazione (2) dell'articolo, particularizzandola al nostro caso. Essa diventa:

$$(1) \quad 1.000 = \frac{315,47}{1,1} + \frac{315,47}{1,1^2} + \frac{315,47}{1,1^3} + \frac{315,47}{1,1^4}$$

uguaglianza, che è suscettibile di diverse, interessanti letture.

La prima, molto formale: 10% è il tasso annuo effettivo del prestito. Approfittiamo per rimarcare il fatto, notevolissimo, che esso coincide dunque con il TAN: e questo non accade solo, casualmente, in questo caso, ma è vero per tutti i prestiti AFS quando la cadenza dei pagamenti sia annua, e lo è sempre a livello di tassi non annui, ma periodali. Alcuni commentatori, e purtroppo alcuni giudici, sono invece convinti che questa modalità determini un surrettizio aggravamento degli oneri rispetto a quelli pattuiti.

La seconda lettura, più sostanziale: se si valuta in interesse composto al tasso del 10% annuo, 1.000 euro "subito" equivalgono a quattro rate annue posticipate da 315,47. Il che, a sua volta, significa che un operatore abituato ad investire a quel tasso è disposto a concedere quel prestito (o ad assumere quel debito), perché 1.000 è (per lui!) il valore del flusso {315,47; 315,47; 315,47; 315,47}. Per questa ragione, la (1) è spesso detta "relazione di equivalenza in interesse composto".

La terza lettura è molto simile alla precedente: se si investono 1.000 al 10% in interesse composto, si può ottenere lo stesso flusso di entrate garantite, alternativamente, dal prestito. Questa lettura è alla base dell'equivoco di chi

sostiene che, dunque, l'ammortamento francese si svolge in interesse composto. Abbiamo altre volte fatto notare che due operazioni possono essere finanziariamente equivalenti (dar luogo a flussi di entrate/uscite uguali) pur essendo del tutto diverse da altri, importantissimi, punti di vista. Una rapina può essere finanziariamente equivalente ad un'attività onesta, ma resta illegittima. Così, l'ammortamento francese resta un'operazione che si svolge in interesse semplice con pagamento periodico degli interessi e rimborso progressivo (lo confermeremo tra poco), anche se genera le stesse entrate/uscite di un impiego in interesse composto.

La quarta possibile lettura della (1) è che essa presenta il prestito decomposto, in modo naturale, in quattro sottoprestiti del tipo "zero coupon bond (d'ora in avanti: ZCB) in interesse composto", di diverse durate ma tutti allo stesso tasso. Si tratta dei *prestiti elementari* dell'Autore: essi prevedono, da parte del debitore, l'unico pagamento finale dell'intero montante, in interesse composto, della somma mutuata. I loro rispettivi piani d'ammortamento sono raccolti nella seguente tabella:

Tabella 2 – Quattro "sottoprestiti" tipo ZCB in interesse composto

sottoprestito n. 1

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	286,79	286,79
1	28,68	286,79	315,47	0	0	0

sottoprestito n. 2

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	260,72	260,72
1	0	0	0	26,07	260,72	286,79
2	54,75	260,72	315,47	0	0	0

sottoprestito n. 3

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	237,02	237,02
1	0	0	0	23,70	237,02	260,72
2	0	0	0	49,77	237,02	286,79
3	78,45	237,02	315,47	0	0	0

sottoprestito n. 4

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	215,47	215,47
1	0	0	0	21,55	215,47	237,02
2	0	0	0	45,25	215,47	260,72
3	0	0	0	71,32	215,47	286,79
4	100	215,47	315,47	0	0	0

Ciascun sottoprestito (a parte il primo, la cui durata annuale non consente di distinguere le diverse alternative) si svolge in interesse composto: nel senso preciso che si rileva, durante il suo svolgimento, produzione di interessi da interessi.

La tabella 3, ottenuta componendo le quattro contenute nella tabella 2, riassume pagamenti e debiti corrispondenti al portafoglio formato dai sottoprestiti.

Tabella 3 – Il portafoglio dei quattro sottoprestiti

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	1.000	1.000
1	28,68	286,79	315,47	71,32	713,21	784,53
2	54,75	260,72	315,47	95,02	452,49	547,51
3	78,45	237,02	315,47	71,32	215,47	286,79
4	100	215,47	315,47	0	0	0

Non vi è nessun dubbio che l'operazione consistente nel prestare 1.000 euro e venire rimborsati secondo la modalità descritta in questa tabella si svolga in interesse composto: al termine di ogni anno risultano degli interessi generati e non pagati, che ne generano di nuovi, anatocistici, nell'anno successivo.

Torniamo ora a considerare il piano d'ammortamento per il prestito AFS; per facilitare il confronto che stiamo per effettuare, arricchiamo la tabella 1, che è quella abitualmente usata, con elementi che in genere non si considerano perché del tutto inutili.

Tabella 4: Un prestito in AFS

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	1.000	1.000
1	100	215,47	315,47	0	784,53	784,53
2	78,45	237,02	315,47	0	547,51	547,51
3	54,75	260,72	315,47	0	286,79	286,79
4	28,68	286,79	315,47	0	0	0

Uno sguardo a questa tabella permette subito di escludere che, nel corso dell'operazione, vi possa essere generazione di interessi da interessi: la colonna del debito per interessi evidenzia che tutti quelli annualmente generati vengono via

via pagati, ed è al di fuori di ogni logica pensare che, scomparsi (per così dire) dalla scena, possano svolgere un ruolo attivo nella formazione di nuovi interessi. Come sanno tutti coloro che conoscono la definizione dell'interesse composto, questo basta per escludere che l'operazione di prestito si svolga in questo regime.

Se, ora, si confrontano le tabelle 3 e 4, è facile rilevare che esse coincidono solo per quanto riguarda le due colonne dei totali (pagamenti, e debito finale), ma differiscono per il resto.

La soluzione al problema proposto dall'Autore, o (se si preferisce) la risposta alla critica che egli formula nei riguardi della Commissione Amases, è dunque che certamente l'operazione consistente nell'acquistare (o vendere) il portafoglio dei quattro sottoprestiti ZCB si svolge in interesse composto; ma essa non è quella che si effettua quando si stipula un prestito AFS. Le due operazioni producono gli stessi flussi di cassa ed hanno lo stesso tasso di rendimento effettivo. La prima, però, si svolge in interesse composto, ed in essa si osserva la produzione di interessi anatocistici; la seconda si svolge in interesse semplice con pagamento periodico degli interessi, e non presenta alcuna traccia di anatocismo.

3. Inesistenza dei prestiti tipo ZCB.

È importante osservare che i *prestiti elementari* visti nel precedente paragrafo, ossia i ZCB in interesse composto, sono puramente virtuali: esistono sulle carte dei matematici, come utili strumenti per elaborazioni teoriche, ma non sono mai applicati nella vita reale. La semplicissima ragione è che si tratta di contratti a forte rischio di illegittimità, perché presentano produzione di interessi da interessi con solare evidenza.

Qualche precisazione è d'obbligo.

È certo possibile che due operatori si accordino per scambiarsi 100 euro oggi contro 121 tra due anni. In questa situazione, se vogliono formalizzare la cosa, scriveranno che il prestito è uno ZCB in interesse semplice al 10,50% annuo. Scriverebbero trattarsi di uno ZCB in interesse composto al 10% soltanto per ignoranza (o per malizia del prenditore, che vuole preconstituirsì una ragione di azione giudiziaria).

L'obiezione che quello scambio configura comunque, in sé, un prestito in interesse composto al tasso effettivo del 10% può provenire solo da chi non abbia

capito che altro è valutare un prestito, altro è progettarlo. Tutti i prestiti vanno, per norma di legge, valutati usando come "metrica" l'interesse composto; norma, aggiungiamo, assai saggia, perché recepisce l'insegnamento della Matematica Finanziaria essere quello l'unico strumento ragionevolmente impiegabile per calcolare un "valore". Torneremo nel par. 6 su questa importante questione.

Né vale osservare, a proposito della inesistenza nella realtà di prestiti tipo ZCB in interesse composto, che titoli senza cedole sono negoziati in tutte le Borse valori. Chi ne acquista uno subentra in un rapporto di credito/debito per il quale non è stato certo stipulato, quando il titolo fu emesso, un contratto che prevedesse un certo tasso di remunerazione: erano solo noti prezzo d'acquisto e valore di rimborso (oltre alla durata). La situazione è dunque la stessa del precedente esempio dello scambio 100 contro 121, e lo stesso è il commento.

L'affermazione con la quale concludiamo il par. 2 va dunque corretta nei seguenti termini:

certamente l'operazione consistente nell'acquistare (o vendere) il portafoglio dei quattro ZCB si svolgerebbe in interesse composto, se la si potesse effettuare; ma essa non sarebbe, comunque, quella che si svolge quando si stipula un prestito ad AFS.

4. Ammortamento "alternativo" di un ZCB (virtuale).

Un'altra osservazione non priva d'interesse. Per i sotto prestiti, ed in generale per i ZCB in interesse composto, l'Autore (si veda la sua tabella 2) preferisce una rappresentazione diversa da quella da noi considerata (e che ci risulta essere quella assolutamente standard). Eccola, applicata ad esempio al terzo dei sottoprestiti nella nostra tabella 2:

Tabella 5 – Il sottoprestito n. 3: ammortamento "alternativo"

<i>anno</i>	<i>pagamenti</i>			<i>debito finale</i>		
	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>	<i>inter.</i>	<i>capit.</i>	<i>totale</i>
0	0	0	0	0	237,02	237,02
1	23,70	-23,70	0	0	260,72	260,72
2	26,07	-26,07	0	0	286,79	286,79
3	28,68	268,79	315,47	0	0	0

La logica è qui che, alla fine del primo anno, il debitore paga i 23,70 euro d'interessi maturati contraendo un nuovo debito: questo è l'ovvio significato del pagamento negativo nella terza colonna. Il debito complessivo sale con ciò a 260,72, e genera alla fine del secondo anno un debito di 26,07 euro d'interessi, di nuovo pagati con un nuovo, terzo debito. I tre debiti (l'iniziale, e i due aggiuntivi) sono rimborsati alla fine del terzo anno, assieme agl'interessi da essi generati nell'anno. Sono tutti allo stesso tasso, ma non necessariamente con la stessa controparte.

Per il bilancio del finanziato, questa impostazione equivale evidentemente alla nostra: le uscite annuali sono le stesse, e così il livello dell'esposizione debitoria. Vi sono però delle differenze sul piano fiscale: nel nostro modello, non ci sono uscite per interessi fino alla fine, qui ve ne sono annualmente. Quel modello (che è anche quello comunemente adottato) ci sembra comunque preferibile perché descrive l'operazione di prestito "in sé" anziché come parte di una più complessa, ottenuta affiancandogliene altre (nell'esempio, i nuovi debiti accesi al termine del primo e del secondo anno).

Non possiamo non rilevare il fatto che se si associa ad uno ZCB questo piano di ammortamento "alternativo", esso cessa di essere "zero coupon": chi ha concesso il prestito originario (e, forse, i due successivi) riscuote di fatto gli interessi ogni anno. Ma soprattutto, facciamo notare all'Autore che il prestito descritto dalla tabella 5 non si svolge affatto in interesse composto, non essendovi in esso traccia di interessi generati da interessi precedenti.

5. Qualche commento.

Riteniamo con ciò di aver risposto all'obiezione dell'Autore, che trova sostanzialmente illogico il rapporto scientifico Amases. Di assai minore importanza, ma pure necessaria, è qualche altra precisazione.

Egli trova *singolare che il rapporto ... sia dibattuto all'interno della stessa associazione*, nella quale, per ammissione dello stesso Presidente, esistono, sulla questione, *anche posizioni diverse* da quella rappresentata dal rapporto. Rapporto che, sia detto per inciso, non è stato *vagliato* dal comitato scientifico dell'Amases (come, nel contesto, dice l'Autore), ma è stato approvato all'unanimità da esso.

Chi scrive, è fermamente convinto che in matematica non si diano opinioni diverse, ma solo verità ed errori: questi ultimi, destinati prima o poi ad essere unanimemente riconosciuti come tali.

Il termine di *correnti* usato nell'articolo per designare chi, nell'Associazione, non condivide le conclusioni del Rapporto, gli pare dunque assai inappropriato, perché evoca divisioni di tipo ideologico, qui del tutto inesistenti.

Ma l'espressione è impropria anche per motivi brutalmente dimensionali: in uno specchio d'acqua, alcune gocce non si può dire formino una "corrente".

6. Inutilizzabilità dell'interesse semplice per valutazioni razionali.

Confiniamo nell'ultimo paragrafo un breve accenno ad una questione di notevole importanza concettuale, ma marginale rispetto allo scopo centrale di questo scritto.

Parte dell'articolo che commentiamo è dedicata al confronto tra due modalità alternative di impiego dell'interesse semplice ai fini della valutazione di un flusso monetario: quelle cosiddette "ad equivalenza iniziale" o "finale". Non ci addentriamo nella discussione, che riteniamo inutile: è infatti nostro convincimento che l'interesse semplice sia "costituzionalmente" inadatto a valutare razionalmente alcunché²⁷⁸.

Il più elementare problema di valutazione consiste nel chiedersi con quanto è scambiabile adesso una somma certa, disponibile in un tempo futuro ben determinato. Lo si risolve calcolandone, appunto, il "valor attuale": secondo una

²⁷⁸ Abbiamo argomentato questo stesso fatto, in forma però del tutto diversa, in *Prestiti reali e loro modellizzazioni: a proposito di due articoli di C. Mari e G. Aretusi*, *Il Risparmio*, 2 (2023), pagg. 12-13.

legge finanziaria soggettivamente scelta, con l'idea che quel valore, investito nell'impiego modellizzato da quella legge, è in grado di riprodurre quella somma.

Ci si chieda, allora, quanto "valgono" adesso 110 euro tra un anno, secondo l'interesse semplice al 10%.

La risposta più immediata è: 100 euro (ossia $110/1,1$), perché 100 euro investiti per un anno al 10% riproducono, appunto, quei 110.

Non vi è, peraltro, nessuna ragione finanziaria di vincolarsi ad un investimento di durata annuale. Se l'orizzonte è un anno, si possono progettare due operazioni semestrali consecutive: in questo modo, se si opera in interesse semplice, bastano 99,77 euro per ottenere i 110 finali. E se si programmano dodici investimenti mensili consecutivi, ne bastano 99,57.

Ma non vi è limite alle possibilità: si può pensare, ad esempio, ad un investimento di 15 giorni, seguito da uno di tre mesi e poi da un altro per i restanti otto mesi e mezzo; occorrono allora 100,20 euro.

E allora: quanto "valgono" adesso 110 euro tra un anno?

Si noti che se si valuta, come tutti fanno da sempre, in interesse composto, il problema non esiste: qualunque strategia d'investimento s'immagini, il valore di 110 tra un anno risulta sempre uguale a 100.

Se ci è permessa un'immagine colloquiale: usare l'interesse semplice per valutare un'operazione equivale ad impiegare, per misurare le lunghezze, un metro di gomma: si ottengono diversi risultati a seconda di come lo si utilizza, e dunque è inadatto allo scopo. Va, a questo punto, da sé, che non è pensabile di usare l'interesse semplice per confrontare razionalmente due operazioni, né per impiantare il piano di rimborso di un prestito a rate costanti (questo, è specificamente quanto discusso nell'articolo citato in nota 4).