



Diritto del
Risparmio

Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO V

FASCICOLO N. 1/2024

Gennaio – Aprile

Diretta da Fernando GRECO

ISSN 2785-3004

www.dirittodelrisparmio.it

Rivista di Diritto del Risparmio

Rivista quadrimestrale
di dottrina e giurisprudenza commentata

Anno V

Fascicolo N° 1 – 2024
gennaio – aprile

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° 1 – 2024
gennaio – aprile

INDICE

RIVISTA

- F. Felis**, *A.I. e le caratteristiche dello Stato (occidentale): il diritto calcolabile e prevedibile.* 2
- F. Cocchi**, *L'attacco informatico "man in the browser" nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario.* 29
- P. Marchetti**, *Il misconduct risk nel settore bancario: un'analisi statistico-descrittiva dell'impatto dei relativi costi in bilancio.* 60

Rivista

A.I. e le caratteristiche dello Stato (occidentale): il diritto calcolabile e prevedibile.

Di Francesco Felis

“Scire legge non est earum verba tener, sed vim ac potestatem” (to know the laws is not to keep in mind the words, but the spirit and strength), by Celsus and “Non ergo a praetoris edicto, tu plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superioris, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris putas” (not from the edict of the Praetor, nor from the XII Tables, but from the intimate Philosophy the discipline of law must be drawn) of Cicero are two maxims that should guide in interpretation activity of the judges, having in the background the Ulpian “Quod quidem perquam durum est sed ita lex scripta est”. Will this be a task reserved for a robo-judge in the future? With what guarantees? Given that only the law, as an expression of the general will, can set limits to individual will?

The study, starting from the now classic statements of Max Weber on the need for a calculable and predictable law for the development of capitalism and the protection of rights, relates art. 12 of the prelaws and the requirements it poses with the modern evidence deriving from the use of AI, given that some foreign experiences, in some practical cases (Eric Loomis case in the United States: the Compas algorithm) leave one perplexed. Does the person who forms the algorithms become, as the legal philosopher Hart said, recalling the words of Bishop Hoadly, a legislator? (“Whoever has absolute authority to interpret a written law or a precedent, he is, to all intents and purposes, the true legislator, and not the person who first enacted the law or set the precedent”).

“Scire legge non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem” (conoscere le leggi non è tenerne a mente le parole, ma lo spirito e la forza), di Celso e “Non ergo a praetoris edicto, tu plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris putas” (non dall’editto del Pretore, né dalle XII Tavole, ma dall’intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto) di Cicerone sono due massime che dovrebbero guidare nell’attività di interpretazione i giudici, avendo sullo sfondo l’ulpiano “Quod quidem perquam durum est sed ita lex scripta est”. Sarà in futuro un compito riservato a un robo-judge? Con quali garanzie? Posto che solo la legge, quale espressione della volontà generale, può porre limiti all’arbitrio individuale?

Lo studio, partendo dalle oramai classiche affermazioni di Max Weber sulla necessità, per lo sviluppo del capitalismo e la salvaguardia dei diritti, di un diritto calcolabile e prevedibile, mette in relazione l’art. 12 delle preleggi e le esigenze che pone con le moderne evidenze che derivano dall’uso della A.I, posto che alcune esperienze straniere, in alcuni casi pratici (caso Eric Loomis negli Stati Uniti: l’algoritmo Compas) lasciano perplessi. Chi forma gli algoritmi diventa come diceva il filosofo del diritto Hart ricordando le parole del vescovo Hoadly un legislatore? (“chiunque abbia un’autorità assoluta di interpretare una legge scritta o un precedente, egli è, a tutti gli effetti, il vero

legislatore, e non la persona che per la prima volta ha promulgato la legge o posto il precedente”).

«Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius»

SOMMARIO: 1. Premessa. Impostazione del problema. – 2. L'Intelligenza artificiale e l'interpretazione, il comportamento dei giudici. – 3. L'Intelligenza Artificiale in particolare. – 4. La giurimetria e la sua applicazione nella giustizia. Cyber giustizia e legaltech. – 5. Il caso Eric Loomis negli Stati Uniti: l'algoritmo Compas. – 6. I cinque principi della Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi. – 7. Conclusioni.

1. Premessa. Impostazione del problema.

Cosa chiede il cittadino quando si rivolge al “sistema giustizia”?

Da questo quesito bisogna partire a proposito di un'applicazione dell'Intelligenza artificiale al diritto. Perché l'utilità del cittadino in questo settore, più che in altri diventa decisiva. Utilità intesa come riconoscimento e salvaguardia dei diritti, individuali e collettivi. Perché questa è l'utilità per il settore giustizia. Riconoscimento e salvaguardia dei diritti anche ottenuti in modo efficiente ed efficace, ma prima di tutto ottenimento e riconoscimento dei diritti. Altrimenti sarebbe come fare, come è stato detto¹ una pizza o più pizze in modo più veloce ed

¹ Evidentemente, nel mondo odierno, con la connessione costante tra l'aspetto economico e altri aspetti della vita molti, quasi tutti gli istituti giuridici, vengono ad essere valutati, circa la loro permanenza o per la necessità di modifiche, sotto l'aspetto della convenienza, cioè se rispondono a un criterio di utilità. Perciò, prima di tutto, facciamo una premessa volta a distinguere cosa sia l'efficacia e cosa sia l'efficienza. Per efficacia, si intende la capacità di raggiungere un determinato obiettivo, mentre per efficienza la capacità di raggiungerlo con la minima allocazione possibile di risorse. Comunque è indubbio che efficienza ed efficacia sono diversi e le aziende efficienti non sono per definizione efficaci e le aziende efficaci non sono sempre efficienti. In genere, oggi, si privilegia il secondo aspetto, cioè l'efficienza, soprattutto per quanto riguarda molti discorsi, politici e nei mass media, sulla giustizia e sul suo rilievo in termini di competitività - Paese. Devono, al contrario, essere tenuti in considerazione entrambi, cioè l'efficienza e l'efficacia. Non esiste, nel tema specifico, discorso valido sull'efficienza se non collegato all'efficacia della giustizia. Che significa avere, quale obiettivo, la tutela dei diritti dei cittadini. Altrimenti per migliorare l'efficienza si penalizza l'efficacia, cioè l'obiettivo, la tutela dei diritti. Facciamo un piccolo esempio (v. Alessandro Scaletti. Università Parthenope. *Lezioni su Efficienza, efficacia, economicità*). La mamma vuole cucinare una pizza per cena. Valutiamo la sua efficienza e la sua efficacia. Compra un 1 kg di farina, i pomodori e il lievito. Per valutare l'efficienza bisogna vedere il parametro di riferimento, che può essere costituito dai risultati ottenuti in passato (numero di pizze con lo stesso ammontare di risorse) dalla mamma o dalla concorrenza (potrebbe essere un concorrente la suocera) o può essere costituito da un parametro produttivo (per esempio una ricetta). Per l'efficienza produttiva, se la mamma ottiene, di solito, con lo stesso ammontare di risorse due pizze, sarà inefficiente le volte che otterrà un numero inferiore. Ma se ottiene un numero di pizze superiore a due, sarà, di sicuro, efficiente, ma non è detto che sia efficace. Infatti, se la ricetta, per esempio, diceva di utilizzare mezzo kg di farina, mezza conserva e mezzo lievito, la mamma sarà inefficiente se utilizzerà un ammontare maggiore di risorse o tutte quelle a disposizione. Sarà efficiente se utilizza meno risorse. Ma potrebbe essere non efficace perché la ricetta (cioè il parametro) prescriveva specifiche quantità per aver un buon risultato. Spesso i discorsi politici sulla giustizia non guardano a controllare se la pizza è buona. Egualmente se, secondo i prezzi di mercato 1 kg di farina costa 1 euro, mezza conserva di

economico ma senza guardare alla qualità. Nel “mondo diritto” conta, deve contare, la qualità della pizza. Perciò una prima richiesta che viene fatta a chi si avvicina al “sistema giustizia” è quella che esprimeva Max Weber. Cioè si domanda la riduzione dell’incertezza.

Questa esigenza è propria del soggetto singolo, perché così sa come comportarsi, a cosa può andare incontro a seconda del suo atteggiamento, sia dell’imprenditore, sia del c.d. sistema capitalistico. La riduzione dell’incertezza caratterizza l’ascesa del capitalismo. *“L’azienda capitalistica moderna, -secondo Weber-, richiede per la propria esistenza una giustizia e un’amministrazione il cui funzionamento possa, almeno in linea di principio, venire calcolato razionalmente in base a precise norme generali - nello stesso modo in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina”*². Weber aggiunge che al suo massimo grado di perfezionamento il capitalismo finisce per non avere più nemmeno bisogno del capitalista e del suo profitto, che sono anzi permanenza di irrazionalità³. Dunque un presupposto essenziale del capitalismo moderno è il diritto razionale. Esso, secondo Weber, rende la legge calcolabile: ovvero dà maggiore prevedibilità ai rapporti tra i soggetti impegnati in attività economica e tra questi e la pubblica amministrazione, un fattore di grande importanza, soprattutto per la possibilità di intraprendere attività che richiedono un forte investimento in capitale fisso.

Questo presupposto si dà, per Weber, solo in Occidente ed è prodotto di uno stato razionale che ha due caratteristiche essenziali: si fonda su un ordinamento

pomodori costa 0,90 euro e mezzo lievito costa 0,50 euro, la mamma sarà inefficiente le volte in cui avrà pagato, per lo stesso ammontare di risorse, un prezzo maggiore. Ma se la mamma riesce a pagare di meno, sarà efficiente ma non è detto che sia efficace, perché il minor costo rispetto al mercato potrebbe indicare una scarsa qualità dei prodotti comprati. Anche in questo caso, molti, nei discorsi sulla giustizia non tengono conto se la pizza è buona.

² M. Weber. *Economia e Società*. Edizioni di comunità. Torino. Vol. IV. p.486 e *Storia economica. Linee di una storia universale dell’economia e della società*. Donzelli. 2007 Max Weber che ha scritto pagine fondamentali sullo Stato e il diritto razionale. È nota la teoria di Weber sui caratteri del capitalismo moderno e come essi si siano affermati in Occidente e non altrove. La città, la borghesia cittadina, i borghesi, impegnati di certi valori cristiani, lo sviluppo e il cambiamento delle aziende signorili portano e presuppongono un diritto razionale e forme giuridiche stabili, con una stabilità, prevedibilità del diritto: caratteristiche che oggi, almeno non si considerano più come essenziali, avendo perso il senso della loro origine storica. Il diritto prevedibile, la legge calcolabile rende il diritto razionale e fa crescere i traffici. Essenziale al capitalismo moderno è il diritto razionale, la legge calcolabile, ovvero la maggiore prevedibilità ai rapporti tra i soggetti impegnati in attività economica e tra questi e la pubblica amministrazione: fattore di vitale importanza per la possibilità di intraprendere attività che richiedono un forte investimento in capitale fisso. Questo presupposto si ha solo in Occidente ed è il prodotto di uno Stato razionale.

³ Weber. *Economia e Società*. 1981. Vol. IV. p.96.

giuridico che regola le modalità di accesso al potere politico e quelle del suo esercizio, si vale di un corpo di funzionari specializzati anch'essi sottoposti alla legge, sia per il loro reclutamento che per la loro attività. Insomma, il tipo ideale dello stato razionale si contrappone a quello patrimoniale, più diffuso in Oriente, il cui potere politico è un possesso privato del signore e i funzionari sono suoi dipendenti personali. Queste caratteristiche dello stato occidentale si sono formate attraverso un lento processo di razionalizzazione, alla cui analisi Weber ha dedicato particolare attenzione nella sua opera *Economia e società* e alcuni cenni nella *Storia economica*. Vi è un fattore di natura religiosa, connesso ad un processo di *demagizzazione* che ha reso possibile un intervento razionale del potere politico per affrontare problemi rilevanti che via via si ponevano nella società, laddove invece in India o in Cina interventi che si allontanassero dal ritualismo tradizionale incontravano ostacoli e resistenze nelle credenze religiose. D'altra parte, per l'affermarsi dello stato razionale come "*stato di diritto*" è particolarmente importante l'elaborazione giuridica del diritto di cittadinanza, e quindi l'esperienza delle città occidentali, così come quella del feudalesimo contrattuale con i suoi effetti sulla limitazione dell'esercizio del potere politico.

Vi è un altro fattore oltre a quelli di tipo storico, più specifico, sul quale Weber si sofferma soprattutto nella Storia che ha consentito alle cause di più ampia portata storica, di agire in concreto: il diritto romano. Con la caduta dell'impero romano, il diritto era conservato, anche per merito dei notai delle città italiane che lo avevano adattato ai problemi della commercializzazione della vita economica e inoltre nell'ambito dell'università, dove si era formata una "*dottrina giuridica sistematica*". Il diritto romano era importante non tanto per i suoi contenuti sostanziali quanto per il suo formalismo giuridico che costituiva un importante antidoto nei *riguardi di una giustizia orientata in senso sostanziale e quindi esposta all'arbitrio*. Si prestava particolare attenzione alla formazione di una burocrazia specializzata, che costituiva una risorsa cruciale per lo stato moderno. Nel processo di creazione degli stati assoluti i sovrani trovarono dunque nel diritto formale di origine romana un importante strumento per promuovere la centralizzazione politico-amministrativa attraverso l'unificazione giuridica, e si valsero a questo proposito di un corpo di giuristi che contribuirono a loro volta a rafforzare tale tendenza. Si è potuto così formarsi un diritto calcolabile: "*l'alleanza tra stato e giurisprudenza favorì indirettamente il capitalismo*", perché contribuì a introdurre

quegli elementi di prevedibilità di cui quest'ultimo aveva bisogno e che non furono mai presenti in misura sufficiente fuori dall'Occidente. L'analisi di Weber qui richiamata brevemente è più articolata, spazia dal ruolo esercitato dal credito e da un sistema monetario razionale, dal rapporto che viene a crearsi di interdipendenza tra la borghesia capitalistica e lo Stato, notando come il destino delle città occidentali sia stato diverso da quello di altre che le avevano precedute. Esse, a un certo punto, hanno perso le loro libertà originarie, ma non sono cadute nelle mani di una grande unità politica, bensì di un insieme di Stati in concorrenza tra loro. *“Questo conflitto concorrenziale determinò le massime opportunità per il moderno capitalismo occidentale. Il singolo Stato doveva competere per il capitale che poteva spostarsi liberamente e gli prescriveva le condizioni a cui era disposto a dargli l'aiuto necessario per diventare una potenza”* (Weber, *Storia economica*).

La borghesia capitalistica, cittadina che maturava un orientamento favorevole al capitalismo moderno, aveva bisogno di un diritto razionale, calcolabile, prevedibile. *“Ciò che in definitiva ha creato il capitalismo è l'impresa razionale durevole, la contabilità razionale, la tecnica razionale, il diritto razionale, ma di nuovo non questi fattori da soli. Doveva aggiungersi ad integrarli l'attitudine razionale, la razionalizzazione della condotta di vita, l'ethos economico razionale”*. Emergono in Weber gli aspetti istituzionali legati al ruolo della città e dello Stato occidentali.

Questo discorso, queste caratteristiche dello Stato occidentale essenziale per lo sviluppo del capitalismo e il rispetto dei diritti, questi aspetti del diritto (razionale, calcolabile, prevedibile, retto da regole che disciplinano le modalità di accesso al potere politico e il suo esercizio per evidenti esigenze di tutela, ma anche regole che disciplinano l'attività degli organi che amministrano un diritto che ha, dovrebbe avere, quelle caratteristiche) hanno un evidente rapporto con il tema della Intelligenza Artificiale. Perché per non tradire l'esigenza del rispetto dei diritti dei singoli e delle collettività, le esigenze di sviluppo delle imprese e del c.d. capitalismo l'Intelligenza Artificiale dovrà avere quelle caratteristiche sopra delineate che sono tipiche (e storicamente formate) del diritto come lo descrive Weber (anche se lui ritiene che siano proprie dello Stato occidentale e del diritto occidentale, ma questa è un'altra questione, più storico politica che qui non è il caso di affrontare).

Sono partito dall'esigenza di ridurre l'incertezza, che l'elemento centrale dei singoli e delle collettività degli organismi economici e non quando si avvicinano al

mondo del diritto, al “sistema giustizia” è l’esigenza di certezza. Regola e bussola di come essi devo agire e di cosa possano aspettarsi dagli altri. Perciò, oggi, vari fattori giustificano l’espansione dell’importanza della giurisprudenza e di fatto la rilevanza che sempre più assume.

Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell’incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo. Il secondo fattore di espansione del potere giudiziario è la struttura multilivello degli attuali ordinamenti. Il terzo fattore è rappresentato dallo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e poi della loro crisi. Infine, un quarto fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza del potere giudiziario, connaturata del resto a qualunque potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale. Naturalmente, il tema è molto tecnico, da filosofi del diritto, oltre che da giuristi strictu sensu. Opere più specialistiche sono richiamate nelle note per chi vuole approfondire⁴. Affronto il problema, in generale, basandomi e riprendendo le classiche nozioni di Norberto Bobbio⁵. Bobbio, che ben rappresenta il positivismo e che aderisce a quello che lui chiama “*positivismo etico moderato*”, è più dubbioso su alcune conclusioni che, al

⁴ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, nel cui cap. II, pp. 87-223, che reca il titolo significativo Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva, viene fornita un’ampia rassegna di sentenze creative, commentate di solito favorevolmente da una dottrina corriva vedi Luigi Ferrajoli il saggio “*Contro la giurisprudenza creativa*” del 2016.

⁵ Norberto Bobbio. *Il positivismo giuridico - Lezioni di filosofia del diritto accolte da Nello Morra -*. Giappichelli, Torino, 1996, pag. 129-132; Guido Fassò. *Che Cosa intendiamo con diritto naturale?* (1961) ora in G. Fassò. *Scritti di filosofia del diritto* a cura di E. Pattaro, G. Zucchini, C. Faralli. Giuffrè, Milano, 1982, pag. 503-528; Guido Fassò. *Storia della filosofia del diritto. Vol. III - Ottocento e Novecento*. Laterza, 2008, pag 6-9, pag. 20 e pag. 176-188. Norberto Bobbio. *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte da Nello Morra*. Giappichelli. 1996, pag. 236-243; Il positivismo etico moderato (per usare l’espressione di Bobbio) è quello che permette di coniugare la tenuta di una società e lo sviluppo economico. E proprio perché la versione moderata del positivismo etico, come dice Bobbio, afferma che il diritto ha un valore in quanto assicura il valore dell’ordine. Il diritto ha un valore strumentale in funzione dell’ordine e realizza, perciò, la certezza giuridica. Certezza giuridica che si identifica e viene giustificata dall’ordine, v. Norberto Bobbio. *Teoria generale della politica a cura di Michelangelo Bovero* Piccola Biblioteca Einaudi. 2009. p. 70, 76 e ss sul compito del diritto di garantire l’ordine e la concezione di Max Weber sul fine della giustizia e dello Stato; sul tema per una ricostruzione anche storico comparativa P.G. Monateri. *L’interpretazione del diritto* in Digesto delle discipline privatistiche - Sezione Civile - Vol. 10, UTET, 1993, pag. 40-47; Severino Caprioli. *L’interpretazione nel diritto medievale moderno*, in Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Vol. 10, Cit. pag. 13 e ss.; sul tema per una ricostruzione anche storico comparativa P.G. Monateri. *L’interpretazione del diritto* in Digesto delle discipline privatistiche - Sezione Civile - Vol. 10, UTET, 1993, pag. 40-47; Hans Kelsen. *Democrazia*. Il Mulino 2010; Hans Kelsen. *Il primato del parlamento*. Giuffè 1982, pag.48; Sergio Di Noto Marrella. *Istituzioni di Storia giuridica*. Cedam. Vol II, 2008 per una prospettiva storica, pag.11-21 sui rapporti tra codice e la distinzione tra diritto civile e diritto pubblico.

contrario per me ne derivano, in tema di interpretazione e comportamento dei giudici, ma è bene vedere l'impostazione generale di Bobbio, per poi scendere ad esaminare le questioni connesse ai comportamenti dei giudici.

A - La ideologia del positivismo giuridico estremista consiste "*nell'affermare il dovere assoluto o incondizionato di ubbidire alla legge in quanto tale*". È un'ideologia perché siamo sul piano non della problematica conoscitiva "riguardante la definizione del diritto, ma in quella (valutativa) riguardante la determinazione del nostro dovere nei suoi confronti". Il dovere assoluto di ubbidire alla legge trova la sua giustificazione nella formazione dello Stato moderno, dove la legge è diventata l'unica fonte del diritto, dove il diritto si è emancipato dalle istituzioni religiose e dalla Chiesa.

Ubbidire alla legge è, contemporaneamente, un obbligo giuridico e morale. Bisogna farlo non solo per motivi esterni ma anche interni. Dice Bobbio "*obbligo non per costrizione, ma per convinzione*".

Obbedire alle leggi in quanto tali. Non solo, secondo un certo pensiero, in quanto giuste? Nella definizione della legge, secondo il positivismo giuridico, non è compreso il requisito della giustizia. Solo quello della validità. La giustificazione del principio dell'obbedienza assoluta alla legge, tipica del positivismo etico, estremista, alternativamente è stato detto che si basa:

- a) - su una concezione scettica della giustizia, cioè la giustizia è espressione della volontà del più forte, tipica ad esempio dei sofisti greci;
- b) - su una concezione convenzionale della giustizia, cioè la giustizia è ciò che gli uomini si sono accordati che sia; concezione che nasce non da scetticismo ma da relativismo etico, ad esempio di Hobbes secondo il quale non esiste un criterio per distinguere il giusto dall'ingiusto; vi è un obbligo morale di obbedire alle leggi, pertanto, perché vi è un patto dei consociati in tal senso;
- c) - su una concezione sacrale dell'autorità, cioè il potere di comandare si fonda su un carisma; il potere nasce da una valutazione razionale degli uomini che riconoscono necessario attribuire a qualcuno il potere di comandare per poter far sussistere una società; concezione delle odierne democrazie.

Ma il potere si può fondare, anche, sulla forza della consuetudine, della tradizione storica, per cui si obbedisce a un sovrano e può fondarsi, nell'ambito di una concezione sacrale/carismatica, anche sul fatto che un uomo appare dotato di qualità fuori dall'ordinario, sopra umane;

d) - su una concezione dello Stato etico, cioè lo Stato è la suprema manifestazione di Dio nella storia, portatore di una missione, vuole realizzare l'eticità che è superiore a tutto e, perciò, pretende assoluta ed incondizionata obbedienza, ad esempio come avveniva nella concezione di Gentile.

B - La concezione del positivismo etico moderata parte dalla constatazione, storica, dimostrando ancora una volta che tutte le teorie sia economiche sia giuridiche sia sociali in genere devono avere un riscontro di sostenibilità nella storia, che esistono due versioni del positivismo etico o aspetto ideologico del giuspositivismo.

Una versione estremistica o forte e una moderata o debole.

La prima è quella esposta sopra ed è stato detto che è propria più che dei sostenitori del positivismo dei suoi detrattori che avrebbero costruito la concezione estremistica del positivismo proprio per poterlo criticare meglio.

Il diritto afferma Bobbio *"ha un valore in quanto tale, indipendentemente dal suo contenuto: ma non già perché (come sostiene la versione estremistica) sia sempre di per se giusto (o addirittura il supremo valore etico) per il solo fatto di essere valido, ma perché è il mezzo necessario per realizzare un certo valore, quello dell'ordine (e la legge è la forma più perfetta di diritto, quella che meglio realizza l'ordine). Per il positivismo etico il diritto ha dunque sempre un valore, ma mentre per la sua versione estremistica si tratta di un valore finale, per quella moderata si tratta di un valore strumentale"*. Cioè si *"preferisce il diritto all'anarchia, a causa del valore (l'ordine)"* che permette di realizzare. L'ordine è il risultato dell'attuazione di un sistema normativo. In particolare l'ordine sociale cioè *"richiedere che i rapporti sociali si attuino nel rispetto di alcune regole fondamentali comuni alle varie classi e ceti sociali"*. Vi è uno stretto rapporto tra ordine, coazione e giuspositivismo: la coazione è il mezzo per ottenere la conformità della condotta umana al diritto, all'ordine. Da qui una serie di dubbi circa l'ordine internazionale che non è la sede per esaminare. Altri replicano che il fine del diritto non è l'ordine ma uno superiore, la giustizia. Non un ordine quale che sia ma un ordine giusto. Bobbio aggiunge che giustizia non significa altro che "legalità", rispetto e corrispondenza alla legge, cioè ordine. Azione giusta significa azione conforme alla legge.

Bobbio, perciò, interpreta le due massime romane *"suum cuique tribuere"* e *"neminem laedere"* nel senso che la prima vuole attribuire a ciascuno ciò che gli spetta secondo un certo ordinamento, cioè instaurare l'ordine, la seconda vuole che non si superino

i limiti alla condotta posti da un ordinamento, non invadere la sfera altrui cioè non distruggere l'ordine. Le due massime vengono riportate ai principi "*instaurare l'ordine e non distruggere l'ordine*". La funzione del diritto è proprio, appunto secondo l'ottica del giuspositivismo etico moderato, garantire l'ordine e non è divergente da quella che considera "la giustizia come il fine proprio del diritto perché , almeno in base a una certa concezione, la giustizia si identifica con l'ordine", Ricostruito il percorso argomentativo di Bobbio, le sue conclusioni, che trovo convincenti, cioè che il diritto è il mezzo per realizzare l'ordine, cioè un valore strumentale e non assoluto a differenza del positivismo estremista, ma anche che la legge è la forma più perfetta di diritto. Lo è perché è un comando giuridico che ha certe caratteristiche. Cioè ha generalità ed astrattezza. Non disciplina il comportamento di una singola persona ma di una classe, non comanda una singola azione ma una categoria di azioni. *Perciò realizza l'eguaglianza e la certezza.*

Su questo e contro questa impostazione si inserisce chi, con una teoria scettica, sostiene che l'interpretazione sia non conoscenza ma decisione del significato, cioè prima dell'interpretazione non esiste alcun significato o almeno non ne esiste uno solo, ma molti.

2. L'Intelligenza artificiale e l'interpretazione, il comportamento dei giudici.

Evidentemente per quanto sopra esposto circa la richiesta di colui, cittadino o imprese, si avvicina al pianeta giustizia, circa le risposte che può trovare, decisiva è l'opera, il comportamento giudiziale. Cioè prima di tutto l'attività di interpretazione. Per alcuni di creazione del diritto. Su questo, a parte questioni millenarie, diverse teorie sono state dibattute e non è possibile riassumerle se non per cenni in nota⁶, ma sicuramente il problema attività del rapporto tra l'attività

⁶ Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge*. Giuffrè. 1980. pag.39-153; Giovanni Tarello. Voce *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Utet, Torino, 1968. pag 923-933; Giovanni Tarello. *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962; Giovanni Tarello. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974; Giovanni Amadeo Conti, Paolo Di Lizia, Luigi Ferrajoli, Mario Jori. *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina editore, ii edizione, 2013, pag.487 - Giovanni Tarello; Vincenzo Omaggio e Gaetano Carlizzi. *Ermeneutica e Interpretazione giuridica*. Giappichelli. 2010; Michel Troper. *Una teoria realista dell'interpretazione*, "in *Materiali per una storia della cultura giuridica*" Il Mulino, XXIX, 2/1999, pag.475; Vincenzo Omaggio e Gaetano Carlizzi. *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit, pag.31-42 dove si analizza il concetto se la norma giuridica è il significato di un testo non il suo enunciato, cioè a differenza di

quello che si ritiene dai giuristi che chiamano norme tanto l'enunciato da interpretare quanto il prodotto dell'interpretazione, solo quest'ultimo avrebbe la qualifica di norma; Troper sceglie la versione scettica di chi si interroga se interpretare sia descrivere il significato o decidere il significato, facendo dell'interpretazione "una funzione della volontà e non della conoscenza"; R. Guastini. *L'interpretazione dei documenti normativi. - Appendice. L'interpretazione costituzionale*. Giuffrè. 2004, pag.267-332. Il positivismo ha condotto una aspra battaglia contro le fonti diverse dalla legge, il diritto dei giudici ad esempio, perché si riteneva che non garantissero proprio i requisiti dell'eguaglianza e della certezza. Importante è, soprattutto, considerare il diritto un mezzo, una tecnica di organizzazione sociale alla Kelsen, che serve per realizzare l'ordine della società. Cita Bobbio le parole di FRAU, che faccio mie, indipendentemente che siano condivise completamente o meno da Bobbio, circa la concezione giuspositivistica della scienza giuridica: "*la deduzione inflessibile di tutte le conseguenze giuridiche da un principio dato. Tutte le soluzioni sono contenute in germe in un insieme di principi formulati con tale rigore matematico e così intimamente connessi gli uni agli altri che formano un vero edificio giuridico di cui si possono criticare senza dubbio i particolari, ma di cui è impossibile non riconoscere la solida costruzione*". Il problema, purtroppo, soprattutto in Italia, è che le leggi non contengono più principi formulati con rigore. Lasciamo perdere quello matematico o le esagerazioni come la "deduzione inflessibile". Basterebbe almeno il rigore e un disegno. Si apre, perciò, il discorso su come vengono fatte le leggi, su cosa contengono. Il defunto giurista Tarello la disposizione normativa è infatti un enunciato, il testo di legge in sé e per sé considerato, ossia l'espressione linguistica in forma compiuta che il giurista si impegna ad analizzare e interpretare o applicare "in senso normativo", e che, prima dell'intervento pratico dell'operatore di diritto, racchiude nel proprio nucleo linguistico una pluralità di significati possibili. La norma è, invece, una comunicazione precettiva esprimente il significato – quel singolo, specifico significato – che emerge in virtù dell'interpretazione della disposizione normativa che sia stata effettuata. Cioè Tarello, distingue tra disposizione normativa e la norma. Dunque, nel pensiero di Tarello, il diritto non vive, nella prassi, se non nel momento in cui le disposizioni normative si tramutano in norme per effetto dell'attività interpretativa. Ne esce enormemente valorizzato il ruolo che l'interpretazione assume, concretamente, effettivamente, nel mondo del diritto: l'interprete è l'artefice primo della dinamica e della concreta esperienza giuridica, in quanto è il responsabile della trasformazione della disposizione – priva di qualsiasi significato, ma in potenza suscettibile di contenere una enorme pluralità perché in "attesa" di essere interpretata da un singolo operatore giuridico – in norma, cioè, in sostanza, in significato. In altri termini, secondo Tarello l'interpretazione non è un'attività meramente ricognitiva di significato, ma è un'attività "*ascrittiva*" di significato (agli enunciati), e, dunque, "*creativa*" (di significato, cioè di norme). Queste osservazioni confermano, dunque, la dirompente rilevanza, che l'interpretazione riveste nell'esperienza giuridica, del ruolo svolto dai giudici-interpreti nella vita del diritto. Inevitabile, in una simile situazione, l'ingresso, nella norma scaturita da una simile interpretazione giudiziale, delle opzioni latamente "politiche" di cui ogni organo giudicante è "intriso". Ecco perché si parla, relativamente al pensiero di Tarello e, in modo più ampio, relativamente a quello dei giusrealisti, di "*interpretazione politica*" della legge: l'atto interpretativo di ascrizione di significato all'enunciato di un documento normativo è, per sua natura, indissolubilmente legato alla soggettività, alla cultura, alla preparazione professionale, ai pregiudizi, anche all'onestà, e, in una parola alla visione "politica" dell'interprete stesso. Ecco perché si parla, facendo riferimento all'attività interpretativa operata dalla magistratura, di "governo dei giudici". Qui troviamo le basi concettuali di quel fenomeno che oggi si critica con veemenza mettendo in evidenza non solo il degrado culturale della magistratura ,per via di una serie di leggi che hanno eliminato ogni selezione di merito, ma anche come oggi il sistema ,detto età della giurisdizione non sia altro che un sistema dove la dottrina non conta quasi nulla , si formano le sentenze - trattato con motivazioni che sono vere e proprie esposizioni di dottrine , "la dottrina delle corti", sistema i cui veri limiti che il giudice incontra e cui soggiace sono costituiti da altri giudici (Corte di Giustizia U. E, Corte dei diritti dell'uomo interprete della relativa Convenzione che interviene ad esaurimento dei rimedi interni ed interviene sempre più spesso per carenze dei primi e di come si sono definiti). E almeno la Corte di Giustizia U. E richiama la necessità di leggi, di attuazione delle norme comunitarie, chiare, precise, univoche, in una sorta di ritorno al testo normativo da interpretare in modo letterale (cfr. A. Di Porto. *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo* .in a cura di Alessandra Carleo, Calcolabilità giuridica. Il Mulino.2017 p.122,126-133).Risponde all'esigenza di certezza, partendo dall'art 12 delle preleggi rivalutato circa la sua vigenza e attualità, come una reazione al governo assoluto dei giudici, che negano non solo la validità del procedimento logico ma anche l'attualità dell'art 12 preleggi sia la giurimetria sia la c.d. giustizia predittiva(cfr. L'origine storica del termine "giurimetria" viene solitamente fatta risalire alla pubblicazione di un giurista americano

Lee Loevinger (*Jurimetrics. The next step forward*, in *MinnLRev*, 1949, 455), che pensò di collegare una scienza c.d. esatta come la matematica, capace di assicurare certezza, con quella c.d. inesatta come il diritto, dotato di un minor grado di certezza. L'idea di fondo era quella di rendere misurabile il diritto: si voleva, cioè, rendere la sentenza come un risultato di un'operazione sempre verificabile e non caratterizzata da imprevedibilità.) Il modo in cui i conflitti pratici vengono affrontati dagli attori giuridici è condizionato dalla loro concezione del diritto. Questa ha riflessi sulle garanzie dei cittadini ma anche sull'economia. - *Per il giuspositivista* (cfr. Damiano Canale. *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*. Laterza. 2017.pag 80; vedi Giovanni Bianco. *Nichilismo Giuridico* in *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*. Aggiornamento. Tomo II, 2007, UTET, pag. 790-804; Natalino Irti in alcune recenti opere dal titolo *Nichilismo Giuridico*, Laterza 2004 o il *Salvagente della Forma*, Laterza 2007, anche se, forse il Professor Irti constata un fenomeno che non apprezza, al contrario di certa giurisprudenza che lo favorisce e sostiene; Andrea Di Consoli. *Troppi errori giudiziari*. Articolo su *Il Sole 24 ore* in *Domenicale* del 2 dicembre 2012, pag.24 e Gabriele Magno. *Il cuore in gabbia. I più drammatici errori giudiziari della storia d'Italia*. Editori Riuniti.2012, pag 224.) un giudice che si appelli a ragioni morali, o di altro tipo, non fornisce una giustificazione adeguata alla soluzione di un conflitto pratico. Le norme morali o altre convinzioni, spesso non dichiarate, sono necessariamente escluse dalle ragioni idonee a fondare la decisione. Altri giuspositivisti, con forma più attenuata rispetto ai primi, detti esclusivi mentre loro sono classificati come inclusivi, ammettono che ragioni di tipo morale possano entrare in gioco nella soluzione di un conflitto pratico, ma questo accade se esse sono state incorporate nell'ordinamento sulla base di criteri che almeno quelli dovrebbero essere, aggiungo, tendenzialmente certi. Ma molti si limitano ad affermare semplicemente criteri convenzionali. - *Il giusrealista* accetta senza alcuna remora che la morale possa influenzare il modo in cui il giudice affronta un conflitto pratico. Considera questo fatto, per me nefasto, frutto di arbitrio, tipico di ordinamenti dove il giudice spesso è elettivo, un mero fatto empirico oggetto di studio della psicologia e della sociologia. Il c.d. giusnaturalista (esclusivo) riconosce alle ragioni morali un primato assoluto fino a giungere a ritenere che le ragioni giuridiche non coerenti con quelle morali perdono la capacità di giustificare l'agire di un giudice. Il giusnaturalista inclusivo riterrà il diritto ingiusto come valido e obbligatorio a meno che i suoi contenuti non superino la soglia di tollerabilità oltre la quale il diritto ingiusto cessa di essere diritto (è stata la posizione tedesca e di Radbruch dopo la seconda guerra mondiale). A Radbruch si potrebbe replicare che è giusta in teoria la tesi ma la colpa non è del positivismo che permetterebbe tutto. In certi limiti il positivismo può essere anche una garanzia, ma soprattutto contro certi fenomeni aberranti, che superano il livello di tollerabilità, vedi nazismo o altro, la risposta deve essere politica. Non nel diritto. Certi fenomeni vengono meno o non nascono a seguito di azioni politiche (purtroppo anche, come la seconda guerra mondiale, con azioni belliche). Non bisogna enfatizzare il diritto e sapere le differenze con la politica, l'economia e quando deve agire la politica più che il diritto. - *Il neocostituzionalista* ritiene che le ragioni morali possono giustificare la soluzione di un conflitto pratico laddove trovino un'espressione nei valori fondanti della comunità rappresentati dai principi costituzionali. Per me, a parte casi eccezionali, i principi costituzionali dovrebbero orientare e/o obbligare il legislatore, il parlamento. Cioè il cittadino con le elezioni e l'espressione della sua volontà forma un organo, separato dagli altri, non condizionato e non condizionante, che interpreta questi principi. Al legislatore, da ognuno eletto, non al giudice spettano queste valutazioni. Rispettando così il principio della separazione dei poteri. La Corte Costituzionale, così, ha una vera funzione di giudice delle leggi più che di singoli casi, trova giustificazione la sua composizione in parte di provenienza politica. È evidente come giusnaturalisti, giuspositivisti e neocostituzionalisti individuano diversi insiemi di ragione per giustificare la risposta ad un conflitto pratico. E la certezza del diritto possa subire modificazioni a seconda del tipo di risposta. Ma la certezza del diritto è un valore. Oggi è trascurato, come si vede dalla affannosa ricerca dell'ultima sentenza, che cerca di distinguersi dalla penultima magari solo per esigenze di carriera e che magari fa guasti perché regola di fatto una questione per molto tempo solo perché, per caso, non si ripresenta la stessa questione (cfr. Riccardo Guastini. *Sintassi del diritto*. Seconda edizione Giappichelli. 2014 pag. 383, pag.442 83); Riccardo Guastini. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Giuffrè. 2004, pag.35 38e pag 49-61;259-266;86: con lo Statuto Albertino la legge interpretativa era pienamente legittimata, con la Costituzione, che nulla dice, si sono aperte discussioni circa i limiti di una legge interpretativa, possibile ma che crea problemi circa la sua retroattività, vedi Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge*, cit, pag.248-284; v. V. Onida. *Calcolo giuridico e Tutela dell'affidamento*. in, a cura di Alessandra Carleo, *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino.2017.p.74-81 che mette in evidenza i paletti anche fissati dalla Corte Costituzionale circa l'adozione di vere e proprie leggi retroattive ,che l'art 11 delle preleggi vede come eccezione ,e mette in evidenza i limiti che il legislatore avrebbe anche per la c.d.

di interpretazione e l'Intelligenza artificiale diventa decisivo. Anzi ho il sospetto che gli sviluppi che si prefigurano e si auspicano in questo campo dell'Intelligenza artificiale sono anche, in modo superficiale, determinati da una maggiore esigenza di certezza e prevedibilità che si ritiene, a torto o a ragione, la giurisprudenza non riesce più ad assicurare, tradendo in parte le esigenze sopra esposte⁷. Per il nostro ordinamento è centrale, in prima approssimazione l'art 12 delle preleggi⁸. Senza poter scendere nei dettagli, si potrebbe sbrigativamente usare uno slogan facendo riferimento al titolo di un saggio del filosofo e giurista statunitense Bruce Ackerman, cioè al saggio Good-bye, Montesquieu. Per usare un linguaggio più vicino all'Italia si può fare riferimento al fenomeno delle sentenze creative, al fenomeno per cui, quando anche in mancanza di una disciplina di dettaglio, si invita la giurisprudenza a considerare che non esiste “*un divieto di reperimento dal sistema*

retroattività impropria cioè quando si fanno leggi che regolano in modo diverso rapporti di durata incidendo su affidamento, calcolo economico imprenditoriale, soprattutto quando innovano in senso sfavorevole il trattamento su situazioni giuridiche in atto e ritiene che quando, come nel caso degli incentivi per iniziare un'attività imprenditoriale, si crea una sorta di rapporto di scambio di tipo contrattuale nel quale le prestazioni dello Stato costituiscono il corrispettivo di quelle dell'altro o si formano fenomeni simili. Questi limiti sia per la retroattività legislativa sia per la retroattività impropria imposti al legislatore sono inesistenti per il giudice.

⁷ Luigi Viola. *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r. giustizia predittiva*. Vol. I. Centro Studi Diritto Avanzato. Edizioni. 2017. pag. 23 e ss; Luigi Viola. *Casi e soluzioni schematiche di diritto civile*. La Tribuna. 2018; Luigi Viola. *Casi e soluzioni schematiche di diritto penale*. La Tribuna. 2018. A cura di Alessandra Carleo. *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino. 2017 dove è evidente il legame tra prevedibilità delle decisioni, certezza del diritto ed economia, intesa la prevedibilità come valore economico, certezza e prevedibilità che sono valori costituzionali. A cura di Alessandra Carleo. *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino. 2017. pag. 22 e 25. Luigi Viola. *Interpretazione della legge con modelli matematici*. cit. pag. 40. Primo criterio è l'interpretazione letterale. Secondo criterio, ma subordinato al primo, è l'interpretazione teleologica, cioè l'intenzione del legislatore subordinata come emerge dal testo dell'art 12. Questo ha un rilievo politico. Infatti “*l'interpretazione teleologica è ammissibile solo in caso di palese contrasto tra il significato letterale manifestato dalle parole secondo la connessione di esse, ed il sistema normativo e non nella diversa ipotesi in cui il predetto significato letterale tradisca le aspettative di tutela di determinati interessi ritenuti meritevoli sulla scorta di pur apprezzabili esigenze socialmente avvertite come tali, non potendosi attribuire ad una disposizione normativa un significato più ampio di quello legittimamente attribuibile in forza della interpretazione letterale al dichiarato fine di ampliare l'ambito di operatività per ritenute prevalenti esigenze di tutela avvertite come preminenti, essendo questa una funzione tipica dell'atto legislativo, libero nel fine in quanto espressione della sovranità popolare attraverso l'istituto della rappresentanza articolato nelle assemblee legislative* “. Certo così non la pensa chi, anche trovando conforto sulla nota pronuncia della Cassazione 18 settembre 2009 n. 20106 che si basa sui principi di correttezza e buona fede ex art. 1175, 1366, 1375, di fatto clausole generali, ammette un intervento giudiziale modificativo sul contenuto del contratto per assicurare l'equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto che si realizzerebbe quando il titolare di un diritto “*pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti*”. Però così la correttezza e la buona fede diventano clausole “*Passepartout*” per qualsiasi operazione e applicazione di valori singoli.

⁸ Giuliani. *Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-15* in Trattato Rescigno, Vol. I, Torino, 1982, pag. 212.; P.G. Monateri, cit, pag. 49; Mario Rotondi. *Interpretazione della Legge* in Nov. Dig. It., Vol. VIII, Utet, 1968, pag. 899-900.

*delle regole più idonee per la decisione di casi loro sottoposti*⁹. Sono consapevole, in questo primo approccio e presentazione, di essere polemico di fronte alla discrezionalità giudiziale, di fronte al c.d. carattere “inventivo” (termine suggerito dal termine “invenire” latino secondo Paolo Grossi, cioè di chi è un cercatore di un ordine giuridico riposto, non appariscente ma esistente, che va trovato, individuato, definito tecnicamente) del giudice / interprete, carattere che mi disturba, come disturberebbe ogni *laudatores temporis acti* che non sa adattarsi al diritto post-moderno secondo la terminologia dell'ex presidente della Corte Costituzionale Grossi.

Ma premetto, per chiarire ogni dubbio nel corso dell'opera, che sono, anche se può essere un pregiudizio mio, quello che in modo semplicistico si potrebbe definire, per un aspetto più propriamente politico - giuridico, molto convinto dell'impostazione che era già degli illuministi¹⁰. Ma con un “diritto privato prodotto da privati”, magari nell'ambito delle prassi commerciali, con avvocati che diventano essenziali per predisporre testi, ai quali viene rimessa la scelta della *lex fori* e della *lex contractus* (oltre che la scelta del modello contrattuale di riferimento), viene a mancare la politica come motore della legge, la fabbrica della legge.

Viene a mancare il controllo e la produzione democratica della legge. Invece se la politica è il motore della legge, risulta chiaro che il diritto è interpretazione e applicazione della legge: formulazione della legge e sua applicazione sono due fasi distinte, e pur nell'autonomia della seconda per l'attribuzione di significato, abbiamo due ruoli diversi in una sorta di divisione del lavoro.

Abbiamo una prima fase dove si passa da un controllo democratico. E, così, si possono controllare non solo chi formula la legge, ma anche i giuristi.

Il giudice, tendenzialmente, deve essere servitore della legge, perché questo, oltre che un requisito per la convivenza civile, è un valore economico: la legge diventa

⁹ v. Luigi Ferraioli. *Contro la giurisprudenza creativa*; nella rivista *Questione Giustizia* n. 4/2016, il fenomeno diventa devastante in ambito penale con il diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato, in Id. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*. Cedam. 1997; Luigi Ferraioli. *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*. Editoriale scientifica. 2016 Luigi Ferraioli. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Il Mulino. 2013.

¹⁰ Paolo Grossi. *L'invenzione del diritto*. Laterza. 2017. pag.127 e vedi le sentenze ivi citate; Guido Alpa. *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*. Marietti 1820. 2017. pag. 312, 320, 331.

garanzia di eguaglianza e di imparzialità e la sua astrattezza diventa connaturata alla certezza del diritto, valore economico e di convivenza. Senza arrivare alle aberrazioni di chi, nel passato, ha collocato il sentimento del popolo al posto delle garanzie della giustizia, o ha fatto ricorso alle clausole generali o ai principi generali dello Stato (che magari diventa totalitario), anche predicare la giurisprudenza che "mima il mercato" o deve mimare il mercato con assoluta libertà e discrezionalità, avendo esso come criterio direttivo, siamo sicuri che in realtà si aiuta il mercato? O non si privilegia solo le idee o gli interessi di un giudice, di una corporazione di giudici, di certe imprese contro altre o verso i cittadini? Il controllo di legalità, la ricostruzione logica del discorso e dell'argomentazione del giudice, il controllo su di essa come conformità ad un precetto legislativo, tutto diventa anche garanzia di libertà, contro ogni abuso da parte di singoli, corporazioni o poteri economici.

Il filosofo del diritto Herbert Hart, nel suo *"La giurisprudenza americana attraverso gli occhi di un inglese: l'incubo ed il nobile sogno"* distingue quello che lui chiama l'incubo dal sogno.

Le parti ritengono che i giudici debbono applicare il diritto esistente non crearlo. Ad un giurista inglese sembra che il processo giudiziale, negli Usa, diventi un *"atto di produzione legislativa non controllato dal diritto"*.

Hart cita il libro di John Chipman del 1909 *"The Nature and Sources of the Law"*, per ricordare le parole del vescovo Hoadly *"chiunque abbia un'autorità assoluta di interpretare una legge scritta o un precedente, egli è, a tutti gli effetti, il vero legislatore, e non la persona che per la prima volta ha promulgato la legge o posto il precedente"*

Assume rilievo, prima di tutto, non accettare l'opinione che i giudici debba decidere diciamo *"in modo sociologico"*.

Cioè il giudice non è attrezzato per compiere indagini di tipo sociologico su quale sia all'interno di una comunità il criterio di valutazione.

Come individuare cosa prescrive *"la coscienza sociale"*? È sufficiente far riferimento a cosa pensa la maggioranza di una comunità. E come si individua, per il giudizio concreto, ai fini di determinare la regola di giudizio, la maggioranza in un ambiente vasto come la "società"? Illustri economisti hanno sostenuto che è impossibile determinare le preferenze di una società e che le maggioranze non sono entità fisse

ma variabili anche in base a come viene presentata la questione, se si vuole individuare una maggioranza.

In realtà ammettere per il giudice la legittimità o, peggio, l'opportunità di riferimenti alla coscienza sociale o altri criteri simili, diventa un paravento circa la discrezionalità del giudice che opera, lui solo, una scelta non solo personale ma occulta, non trasparente e privata, dei parametri di valutazione tra le varie sollecitazioni che gli provengono. Ma non gli provengono dalla realtà sociale, ma dalla "sua " realtà sociale"

Max Weber parla del "*bisogno di calcolabilità e di affidamento nel modo di funzionare dell'ordinamento giuridico e dell'amministrazione*" come "*bisogno vitale del capitalismo moderno*". Irti mette in evidenza come la calcolabilità può trovare applicazione nel decidere secondo la legge, decidere secondo precedenti, decidere secondo il fatto, decidere secondo i valori.

Ma la nostra Costituzione ha scelto di decidere secondo la legge, per garanzia di tutti, "*permettendo la calcolabilità*" e ottenendo così di proteggere e tutelare "*la nostra libertà di azione, poiché è libertà sapere a cosa si va incontro*". La scelta tra decidere secondo la legge e decidere, ad esempio secondo i precedenti, che può sembrare innocua e praticata altrove, non è una questione di dottrina, ma una questione, sostiene Irti, in modo esatto, di potere: se siamo in uno Stato delle leggi, o si proceda verso uno Stato dei giudici. "*Il diritto giurisprudenziale* -ha osservato Paul Koschaker-*è opera di giuristi, ma si forma là dove si trova il centro politico dello Stato*". Diritto razionale è diritto calcolabile. La certezza del diritto è un valore per i diritti dei cittadini, un valore economico, un valore costituzionale regge, anche se non codificato ma che la Corte Costituzionale mostra di considerare un principio di rango costituzionale: basta vedere la sentenza della Corte, Corte cost. 210/1971, 101/1986.

C'è chi dice che delle caratteristiche fondamentali della tradizione giuridica occidentale, oggi, solo quattro rimangono e le altre sono venute meno specialmente negli Stati Uniti¹¹.

Il diritto sarebbe:

- a) relativamente autonomo e distinto dalla politica e dalla religione;
- b) affidato a cure di specialisti (avvocati, giudici, professori);

¹¹ Harold J.Berman. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*. Vol. I. Il Mulino, 1998, pag. 68-71.

- c)vi sono centri di istruzione giuridica specializzati;
- d) il suo insegnamento costituisce una base dove le norme vengono valutate e spiegate.

Per il resto il diritto sarebbe ridotto non più a un insieme coerente ma a un guazzabuglio di norme configgenti, di decisioni ad hoc; il tutto condito da solo cinismo¹².

Comunque l'opinione secondo cui sottomettere il giudice alla lettera della legge (anche con tutti i temperamenti del caso, come Bobbio espone) costituirebbe il trionfo dell'idea di un giudice burocrate, servo del potere, è falsa, anche se è stata sostenuta¹³. È stato replicato¹⁴ che il governante che voglia il giudice asservito, vuole che esso non sia servo della lettera della legge ma di suggerimenti occulti o meno pervenuti da membri del governo. E infatti la tesi è smentita anche dal punto di vista storico. Se è vero che non esiste il legislatore onnipotente, chiaro, completo, eccetera, è anche vero che il giudice interprete deve svolgere un'interpretazione integrale (cioè quella che tiene conto di tutti i mezzi ermeneutici possibili, quali a titolo di esempio, l'interpretazione letterale, la volontà psichica, la volontà oggettiva, la razionalità eccetera) e non un'interpretazione parziale (cioè quella condotta con un solo mezzo ermeneutico che presuppone avere già scelto un risultato a priori). Come avviene, spesso, per chi segue consciamente o inconsciamente le due tesi di derivazione americana sopra prospettate¹⁵. Dal punto di vista normativo, che per il giudice dovrebbe essere regola di condotta, non può essere irrilevante, il senso di quanto emerge dagli articoli 12 e seguenti delle disposizioni preliminari al Codice Civile.

Oggi si predica il c.d. il post illuminismo.

Bisogna ripartire dall'equilibrio realizzato con il codice civile, dal legislatore, che dedica all'interpretazione della legge un articolo, l'art. 12 delle preleggi che appunto vale per ogni interpretazione di leggi, con tutti i suoi limiti, perché, per esempio il criterio dell'analogia indicato all'art.12 non può applicarsi alle leggi penali. Perché bisogna ripartire da esso, perché è centrale? Perché, come pure

¹² Raoul C. Van Caenegem. *Introduzione storica al diritto privato*. Il Mulino, 2004, pag. 217.

¹³ Giuliani. *Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-15* in Trattato Rescigno, Vol. I, Torino, 1982, pag. 212.

¹⁴ P.G. Monateri, cit, pag. 49; Mario Rotondi. Interpretazione della Legge in Nov. Dig. It., Vol. VIII, Utet, 1968, pag. 899-900.

¹⁵ Luigi Viola. *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, a.d.r. giustizia predittiva*. Vol. I. Centro Studi Diritto Avanzato. Edizioni.2017.pag.23 e ss;

afferma un'opera molto innovativa¹⁶, l'art 12 indica non solo i criteri di interpretazione delle leggi ma anche una loro gerarchia. Essa è importante perché cerca di realizzare il valore della certezza del diritto, che è un valore economico¹⁷. In contrapposizione a mode gadameriane se una società deve realizzare coesione e efficacia economica, conta la calcolabilità e l'affidamento delle decisioni e, infatti Max Weber parla del "*bisogno di calcolabilità e di affidamento nel modo di funzionare dell'ordinamento giuridico e dell'amministrazione*" come "*bisogno vitale del capitalismo moderno*". Irti mette in evidenza come la calcolabilità può trovare applicazione nel decidere secondo la legge, decidere secondo precedenti, decidere secondo il fatto, decidere secondo i valori. Ma la nostra Costituzione ha scelto di decidere secondo la legge, per garanzia di tutti," permettendo la calcolabilità " e ottenendo così di proteggere e tutelare "*la nostra libertà di azione, poiché è libertà sapere a cosa si va incontro*". La scelta tra decidere secondo la legge e decidere, ad esempio secondo i precedenti, che può sembrare innocua e praticata altrove, non è una questione di dottrina, ma una questione, sostiene Irti, in modo esatto, di potere: se siamo in uno Stato delle leggi, o si proceda verso uno Stato dei giudici." Il *diritto giurisprudenziale* -ha osservato Paul Koschaker-è opera di giuristi, *ma si forma là dove si trova il centro politico dello Stato*"¹⁸.

Diritto razionale è diritto calcolabile. Perciò i criteri di interpretazione sono da rispettare. Non devono essere visti come vuote affermazioni. Primo criterio è l'interpretazione letterale. Secondo criterio, ma subordinato al primo è l'interpretazione teleologica, cioè l'intenzione del legislatore, subordinata come emerge dal testo dell'art.12. Perciò prima di tutto una consapevolezza di un'obbligatorietà circa i criteri di interpretazione¹⁹. Si dovrebbe recuperare il principio che risulta dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) che definisce cosa sia la Costituzione e recita "*Una società, in cui sia assicurata la garanzia dei diritti e non sia attuata la separazione dei poteri, non ha costituzione*". Come dire che per "Costituzione "si intende: garanzia dei diritti più separazione dei poteri (qui Stato liberale diventa Stato costituzionale). Devono

¹⁶ Luigi Viola. *Casi e soluzioni schematiche di diritto civile*. La Tribuna. 2018; Luigi Viola. *Casi e soluzioni schematiche di diritto penale*. La Tribuna. 2018.

¹⁷ A cura di Alessandra Carleo. *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino.2017 dove è evidente il legame tra prevedibilità delle decisioni, certezza del diritto ed economia, intesa la prevedibilità come valore economico, certezza e prevedibilità che sono valori costituzionali.

¹⁸ A cura di Alessandra Carleo. *Calcolabilità giuridica*. Il Mulino.2017.pag.22 e 25.

¹⁹ Luigi Viola. *Interpretazione della legge con modelli matematici*. cit. pag. 40.

essere garantiti i diritti dei cittadini verso lo Stato ma i poteri dello stato (il potere legislativo, il potere esecutivo, il potere giurisdizionale) devono essere divisi e separati (ma in senso effettivo e non formale perché affidati ad organi solo diversi anche se poi fanno la stessa cosa) proprio per rispettare i diritti dei cittadini. L'interpretazione delle norme in base alla costituzione ci sta, cioè anche da parte dei giudici ordinari, nella soluzione delle liti, ma con limiti. Cioè in base ad una scala di priorità nei criteri di interpretazione, ex art 12 preleggi e in caso di dubbio privilegiando l'intervento di un organo appositamente creato come la Corte Costituzionale che ha caratteristiche più adatte anche per giudizi para politici. È creato per essere giudice delle leggi ed integrare il parlamento. Non così i giudici ordinari. Perciò primo punto è la limitazione quanto più possibile, dell'applicazione diretta delle norme costituzionali. Esse regolano l'organizzazione dello Stato, le relazioni stato e cittadini, possono regolare le relazioni interprivate, che sono interamente e direttamente regolate dalla legge ordinaria ma con precisi limiti di gradualità (indicate ad esempio nell'art 12 preleggi) o facendo ricorso alla decisione della Corte Costituzionale in misura maggiore. Bisogna acquistare la consapevolezza che stato costituzionale è uno Stato nel quale:

- (a) il potere politico (ossia concretamente i poteri di creazione e applicazione delle norme) sia distribuito tra una pluralità di organi che, secondo l'insegnamento di Montesquieu, si controllino e si frenino a vicenda;
- (b) che ai cittadini siano conferiti e garantiti taluni diritti di libertà (libertà personale, riunione, stampa, impresa ecc).

Lo schema dell'illuminismo era *“un modello di certezza=libertà*. I punti sono:

- a) supremazia della legge su consuetudine, dottrina e giurisprudenza;
- b) sua necessaria chiarezza;
- c) sua sottrazione a qualsiasi manipolazione dottrinale o giudiziale tramite il tassativo divieto di interpretazione extra-testuale”.

Ma solo così facendo si evitano dispotismi e intolleranza di qualsiasi genere. Si teme la magistratura e non i magistrati.

Come già ricordato, l'art 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (quando la rivoluzione francese ancora non era il Terrore) dice per definire una Costituzione come già ricordato *“Una società in cui sia assicurata la garanzia dei diritti e non sia attuata la separazione dei poteri, non ha costituzione”*. Cioè per Costituzione si intende garanzia dei diritti più separazione dei poteri (lo Stato

liberale diventa Stato costituzionale). Ma i poteri (legislativo, esecutivo, giurisdizionale) devono essere divisi in senso effettivo e non formale perché magari affidati ad organi diversi ma che fanno la stessa cosa. Altrimenti non vi è neppure la garanzia di libertà dei cittadini. Nello Stato costituzionale il potere politico ossia il potere di creare e applicare norme deve essere distribuito tra una pluralità di organi che “si frenano e si controllano a vicenda” altrimenti anche i diritti conferiti ai cittadini (di parola, di impresa ecc) non sono garantiti. Perciò anche i giudici devono avere freni perché *“un giudice assolutamente indipendente può essere assolutamente parziale e assolutamente condizionato”* non solo dal potere politico o statale secondo una visione tradizionale ma anche da un potere economico.

3. L'Intelligenza Artificiale in particolare.

Si parla sempre più spesso dell'attività predittiva che l'Intelligenza Artificiale potrà svolgere nel settore legale, ad uso degli operatori del diritto: avvocati e magistrati. Questa tematica è strettamente correlata ad altre funzioni dell'AI nel settore del diritto, compresa l'attività giudicante, che tanto spaventa, perché tocca una delle condizioni psicologiche connaturate all'essenza dell'uomo: il controllo delle proprie decisioni²⁰. Nel nostro Paese, uno degli esempi più significativi di

²⁰ Siamo davvero vicini ad avere sistemi AI in grado di "predire" le decisioni dei giudici? C'è chi lo ritiene fantascienza, chi invece crede che ormai la tecnologia sia matura per farlo. Negli Stati Uniti l'uso dell'AI nel settore legale è molto più avanzato rispetto al nostro Paese. Aziende come Lex Machina di LexisNexis applicano algoritmi predittivi per stimare gli esiti delle cause e il comportamento dei giudici federali in materia di proprietà intellettuale e antitrust, per esempio. Uno studio del 2019 pubblicato da Law.com ha rilevato che le previsioni di Lex Machina si sono rivelate corrette nel 79% dei casi analizzati. Anche le società di revisione legale tra le Big Four, come Deloitte e PwC, stanno investendo in soluzioni di predictive analytics per il mercato legale. In Gran Bretagna, a Cambridge, un team di ricercatori ha creato un sistema AI in grado di prevedere le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con una precisione del 79%. Il progetto si chiama AI Lawyer e utilizza il machine learning per identificare modelli nei dati legali. Discorso diverso per l'Italia, dove l'applicazione di strumenti di intelligenza artificiale predittiva in ambito giudiziario è ancora molto limitata e all'inizio. Uno dei pochi studi in materia è quello condotto nel 2021 da Giuseppe Contissa, ricercatore presso l'Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica (ITTIG) del CNR di Firenze. La sua ricerca ha analizzato 2.000 sentenze della Corte di Cassazione tra il 2020 e il 2021, con l'obiettivo di prevedere l'esito delle decisioni sulla base dei dati contenuti nel ricorso introduttivo. I risultati hanno mostrato che l'AI è stata in grado di prevedere correttamente l'esito nel 70% dei casi esaminati. *"Si tratta di risultati preliminari ma incoraggianti - spiega Contissa - indicano che gli algoritmi di machine learning sono già oggi in grado di elaborare precedenti giudiziari e codici per fornire indicazioni utili a orientare, con un buon grado di affidabilità, l'esito di controversie legali"*. C'è anche chi è scettico sulla reale efficacia predittiva dell'AI nel settore legale italiano. Secondo Giovanni Ziccardi, professore di Informatica Giuridica presso l'Università Statale di Milano, *"nonostante i recenti casi di successo, siamo ancora molto lontani dal poter codificare interamente il ragionamento giuridico umano in algoritmi computazionali. Il diritto non è una scienza esatta e richiede capacità di interpretazione che le macchine attualmente non possiedono"*. Anche per Francesco Paolo Micozzi, avvocato esperto di diritto delle nuove tecnologie, *"è prematuro considerare l'intelligenza artificiale uno strumento realmente predittivo per le decisioni"*

utilizzo dell'IA per la previsione delle decisioni giudiziarie è il progetto "RoboJudge", lanciato nel 2019 dal Ministero della Giustizia italiano. Il progetto *RoboJudge* è un'iniziativa congiunta del Ministero della Giustizia e dell'Università di Bologna, che mira a sviluppare algoritmi di IA per prevedere gli esiti dei casi giudiziari. Il progetto si basa su un set di dati di oltre 10.000 casi giudiziari italiani e utilizza algoritmi di apprendimento automatico per identificare modelli e relazioni tra vari fattori, come il tipo di caso, le parti coinvolte e le argomentazioni legali presentate. Secondo gli sviluppatori del progetto, l'obiettivo di RoboJudge non è quello di sostituire i giudici umani, ma di assisterli nelle loro decisioni fornendo loro informazioni obiettive e basate sui dati. Il progetto è ancora nelle sue fasi iniziali e non è ancora chiaro quanto sarà efficace nel prevedere le decisioni giudiziarie. Tuttavia, il progetto RoboJudge ha già scatenato polemiche e critiche, in particolare da parte di avvocati ed esperti legali preoccupati per i potenziali pregiudizi ed errori degli algoritmi utilizzati. Ad esempio, *alcuni esperti hanno sostenuto che gli algoritmi potrebbero essere prevenuti nei confronti di alcuni gruppi, come le minoranze o le persone a basso reddito, o che potrebbero non prendere in considerazione le sfumature e le complessità dei casi legali.* Tra le soluzioni di AI legale più diffuse in Italia c'è poi Iurix, sistema basato su machine learning in grado di interpretare il linguaggio naturale per trovare rapidamente risposte personalizzate analizzando norme e orientamenti giurisprudenziali. Uno strumento simile è stato adottato dal Consiglio di Stato per rispondere ai quesiti dei propri uffici. Interessante anche LexDo.it, piattaforma ideata da un team di giovani ingegneri italiani che combina reti neurali e machine learning per effettuare ricerche legali semantiche e fornire un primo parere sull'esito potenziale delle controversie. Secondo una recente indagine condotta dall'associazione Italia4Blockchain, il 42% degli studi legali italiani ha già adottato o prevede di adottare soluzioni di intelligenza artificiale entro 3 anni. Il 90% degli

giudiziali, dato che queste dipendono da una molteplicità di fattori difficilmente standardizzabili". Cfr. Laghi Pasquale, Teliti Ersida. *Processo, processi e rivoluzione tecnologica.* Ed. CEDAM, 2022; Giovanni Sartor. *L'intelligenza artificiale e il diritto.* G. Giappichelli.2022. Enrico Maestri. *Intelligenza Artificiale e Ragionamento giudiziale. Il caso del giusto processo.* in www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale.circa l'uso del metodo statistico fondato sull'elaborazione dei dati da parte di macchine che soppianta la logica deduttiva (giudici software, con i problemi dell'assenza di pregiudizi e bias cognitivi e dell'autonomia) (a cura di) Antonio D'Aloia. *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo.* Franco Angeli Editore. 2020, che raccoglie i saggi del Seminario tenutosi a Parma nel 2018, dall'omonimo titolo; M. Luciani. *La decisione giudiziaria robotica,* in *Nuovo diritto civile.* n.1/2018,7

intervistati ritiene che questi strumenti diventeranno centrali nella pratica legale, cambiando profondamente il modo di lavorare degli avvocati. Ma la strada da percorrere è ancora lunga. "*Per il momento l'AI può essere uno strumento di supporto ma la decisione finale spetta sempre all'analisi umana.*" - ricorda Alberto De Franceschi, presidente di Italia4Blockchain - "*Gran parte dei modelli di intelligenza artificiale oggi applicati al mondo del diritto si limitano ad attività di information retrieval, organizzazione di documenti, stesura di primi pareri. Siamo ancora lontani da una AI che guidi realmente i processi decisionali*". L'U.E, più che gli Stati Uniti, si è posta l'esigenza che l'A.I debba essere accompagnata da regole²¹. Poiché i sistemi di IA sono sviluppati e distribuiti attraverso catene del valore complesse, l'accordo di compromesso comprende norme che chiariscono **l'assegnazione delle responsabilità e i ruoli dei vari attori** in tali catene, in particolare dei fornitori e degli utenti di sistemi di IA. Chiarisce inoltre il rapporto tra le responsabilità a titolo del regolamento sull'IA e le responsabilità già esistenti in virtù di altri atti legislativi, come la pertinente normativa dell'UE in materia di protezione dei dati o la normativa settoriale. Per alcuni usi dell'IA, il rischio è considerato **inaccettabile**, pertanto tali sistemi saranno vietati dall'UE. L'accordo provvisorio vieta, ad esempio, la **manipolazione comportamentale** cognitiva, lo **scraping** non mirato delle immagini facciali da Internet o da filmati di

²¹ Il regolamento sull'IA è un'iniziativa legislativa faro che ha il potenziale di promuovere lo sviluppo e l'adozione, da parte di attori sia pubblici che privati, di un'IA sicura e affidabile in tutto il mercato unico dell'UE. L'idea principale è quella di regolamentare l'IA sulla base della capacità di quest'ultima di causare danni alla società seguendo un approccio "basato sul rischio": tanto maggiore è il rischio, quanto più rigorose sono le regole. In quanto prima proposta legislativa di questo tipo al mondo, può fissare uno standard globale per la regolamentazione dell'IA in altre giurisdizioni, come ha fatto il regolamento generale sulla protezione dei dati, promuovendo in tal modo l'approccio europeo alla regolamentazione della tecnologia sulla scena mondiale. Rispetto alla proposta iniziale della Commissione, i principali nuovi elementi dell'accordo provvisorio possono essere sintetizzati come segue:-regole sui modelli di IA per finalità generali ad alto impatto che possono comportare rischi sistemici in futuro, nonché sui sistemi di IA ad alto rischio;- un sistema di governance riveduto con alcuni poteri di esecuzione a livello dell'UE;-ampliamento dell'elenco dei divieti, ma con la possibilità di utilizzare l'identificazione biometrica remota da parte delle autorità di contrasto negli spazi pubblici, fatte salve le tutele; - una migliore protezione dei diritti tramite l'obbligo per gli operatori di sistemi di IA ad alto rischio di effettuare una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali prima di utilizzare un sistema di IA. L'accordo provvisorio prevede che il regolamento sull'IA si applichi **due anni** dopo la sua entrata in vigore, con alcune eccezioni per disposizioni specifiche. In seguito all'accordo provvisorio raggiunto oggi, nelle prossime settimane proseguiranno i lavori a livello tecnico per definire i dettagli del nuovo regolamento. La presidenza sottoporrà il testo di compromesso ai rappresentanti degli Stati membri (Coreper) per approvazione una volta conclusi i lavori. Il testo integrale dovrà essere confermato da entrambe le istituzioni e sottoposto alla messa a punto giuridico-linguistica prima dell'adozione formale da parte dei colegislatori.

telecamere a circuito chiuso, il *riconoscimento delle emozioni* sul luogo di lavoro e negli istituti di istruzione, il *punteggio sociale*, la *categorizzazione biometrica* per dedurre dati sensibili, quali l'orientamento sessuale o le convinzioni religiose, e alcuni casi di *polizia predittiva* per le persone.

4. La giurimetria e la sua applicazione nella giustizia. Cyber giustizia e legaltech.

Intesa come la possibilità che in un processo si affidi ad un algoritmo la decisione giudiziale, a garanzia di un diritto certo, chiaro, conoscibile, univoco, nonché interpretato ed applicato in modo omogeneo presso i diversi uffici giudiziari. Ebbene, la giustizia predittiva rappresenta un campo emergente che combina la giurimetria e l'intelligenza artificiale per migliorare l'efficienza e l'accuratezza delle decisioni giudiziarie. Questo articolo esplorerà l'evoluzione della giustizia predittiva, analizzando il ruolo della giurimetria e dell'intelligenza artificiale (abbr. IA) nel contesto del sistema giudiziario. La giurimetria strettamente correlata alla giustizia predittiva è una disciplina che si occupa della misurazione e dell'analisi dei fenomeni giuridici attraverso metodi quantitativi. Nell'ambito della giustizia predittiva, la giurimetria viene utilizzata per esaminare le decisioni giudiziarie passate e identificare modelli o tendenze che possono fornire indicazioni sulle probabilità di esito in casi futuri simili. L'analisi giurimetrica coinvolge diversi fattori, tra cui la tipologia del caso, le caratteristiche delle parti coinvolte, le decisioni precedenti e altri elementi pertinenti. Utilizza modelli statistici e algoritmi di apprendimento automatico. La giurimetria cerca di predire gli esiti dei casi legali in base a queste informazioni. L'intelligenza artificiale (IA) ha dimostrato un enorme potenziale nell'ambito della giustizia. Gli algoritmi di IA possono analizzare grandi quantità di dati giuridici, tra cui testi legislativi, precedenti giudiziari e decisioni delle corti, al fine di fornire supporto alle decisioni giudiziarie. Uno dei principali strumenti dell'IA utilizzati nella giustizia predittiva è il machine learning, che consente ai sistemi di imparare dai dati e migliorare le

proprie prestazioni nel tempo. Ad esempio, un sistema di giustizia predittiva può essere addestrato su un vasto insieme di decisioni giudiziarie passate, consentendo di formulare previsioni sugli esiti futuri. Quali i possibili benefici e sfide dell'utilizzo della giustizia predittiva? L'adozione della giustizia predittiva, supportata dalla giurimetria e dall'intelligenza artificiale, presenta numerosi benefici potenziali. Innanzitutto, può contribuire a ridurre la discrezionalità delle decisioni giudiziarie, garantendo maggiore coerenza nell'applicazione della legge. Inoltre, può aiutare a identificare i casi ad alto rischio o ad alta priorità, consentendo ai tribunali di assegnare le risorse in modo più efficiente. Tuttavia, l'utilizzo della giustizia predittiva solleva anche alcune sfide. Ad esempio, l'accuratezza dei modelli predittivi dipende dalla qualità dei dati utilizzati per l'addestramento. Se i dati contenessero pregiudizi o discriminazioni, questi potrebbero essere amplificati dagli algoritmi di apprendimento automatico, portando a decisioni ingiuste o sbagliate. È quindi fondamentale garantire la qualità, l'imparzialità e la trasparenza dei dati utilizzati nei sistemi di giustizia predittiva. La giustizia predittiva, combinando la giurimetria e l'intelligenza artificiale, promette di rivoluzionare il sistema giudiziario, migliorando l'efficienza e l'equità delle decisioni. Tuttavia, è necessario affrontare le sfide legate alla qualità dei dati, all'imparzialità degli algoritmi e alla protezione della privacy per garantire che l'uso di tali tecnologie sia equo e rispettoso dei diritti fondamentali. L'equilibrio tra l'automazione e il ruolo dell'umanità nella giustizia rimane un tema centrale nel dibattito sull'evoluzione della giustizia predittiva e richiede una continua riflessione e regolamentazione. Comunque i vantaggi per il sistema giudiziario della giustizia predittiva, la giurimetria e l'intelligenza artificiale che spesso si ritiene possano offrire sono:

a-*Miglioramento dell'efficienza*: L'uso di modelli predittivi basati su giurimetria e intelligenza artificiale può aiutare a identificare i casi ad alto rischio o ad alta priorità, consentendo ai tribunali di allocare le risorse in modo più efficiente. Ciò significa che i tempi di attesa possono essere ridotti e i processi possono essere gestiti in modo rapido ed efficace.

b-*Riduzione della discrezionalità*: L'introduzione di modelli predittivi basati su dati può contribuire a ridurre la discrezionalità dei giudici e garantire una maggiore uniformità nell'applicazione della legge. I modelli possono fornire indicazioni

oggettive sulle probabilità di esito di un caso, basate su precedenti giudiziari e analisi quantitative.

c-Miglioramento dell'accuratezza delle previsioni: Utilizzando algoritmi di apprendimento automatico, la giustizia predittiva può migliorare l'accuratezza delle previsioni sugli esiti dei casi legali. I modelli possono analizzare grandi quantità di dati e identificare pattern o correlazioni nascoste, che possono essere difficili da individuare con metodi tradizionali.

d-Supporto alle decisioni giudiziarie: I sistemi basati sull'intelligenza artificiale possono fornire un supporto prezioso nella valutazione delle prove e nella ricerca giuridica. Attraverso l'analisi dei precedenti giudiziari e l'estrazione di informazioni rilevanti dai testi legislativi, tali sistemi possono aiutare i giudici nella presa di decisioni informate e basate su dati.

e-Miglioramento dell'accessibilità alla giustizia: L'uso di tecnologie avanzate può contribuire a migliorare l'accesso alla giustizia per le persone che hanno risorse finanziarie limitate. Ad esempio, l'automazione di alcune procedure e la disponibilità di strumenti di ricerca giuridica basati su intelligenza artificiale possono rendere più facile per i cittadini comprendere i loro diritti e accedere alle risorse legali necessarie.

f-Identificazione dei pregiudizi e delle discriminazioni. L'analisi dei dati attraverso l'intelligenza artificiale può aiutare a rilevare e mitigare pregiudizi e discriminazioni nel sistema giudiziario.

g- L'identificazione di modelli discriminatori consente di prendere misure correttive più eque nelle decisioni legali. Tuttavia, è importante sottolineare che l'introduzione di queste tecnologie richiede un'attenzione particolare per garantire la trasparenza, l'imparzialità e la tutela dei diritti fondamentali. È fondamentale trovare un equilibrio tra l'utilizzo delle tecnologie e il ruolo umano nel processo decisionale.

5. Il caso Eric Loomis negli Stati Uniti: l'algoritmo Compas.

Il caso Eric Loomis mette in luce la problematica che un algoritmo decisionale commini una pena non in base al fatto commesso ma piuttosto sulla scorta delle probabilità future di commettere nuovi reati. Tutto ciò affidandosi ad un sistema automatizzato, l'algoritmo Compas, basato su statistiche ricavate dal passato. Eric Loomis, cittadino afroamericano degli Stati Uniti, fu fermato dalla polizia nel 2013 perché coinvolto in una sparatoria. In seguito, fu nuovamente arrestato con l'accusa di non essersi fermato ad un controllo. Nel nuovo processo, il giudice lo condannò a una pena detentiva di sei anni, basandosi su una valutazione del rischio di recidiva (risk assessment). Il giudice, per emettere la sentenza di condanna e determinare la durata della pena si basò sull'algoritmo chiamato Compas, sviluppato da un'azienda privata. Nel caso specifico, l'algoritmo *Compas* aveva classificato Eric Loomis come un individuo ad alto rischio di commettere nuovi reati, basandosi sulle risposte fornite a un questionario. Queste valutazioni del rischio di recidiva del condannato, insieme alla valutazione della capacità criminale, sono utilizzate per determinare le circostanze che possono influire sulla gravità della sanzione. Inoltre, queste informazioni fornite da Compas negli Usa possono essere utilizzate anche per assegnare programmi di riabilitazione specifici, stabilire la struttura penitenziaria in cui il condannato sarà incarcerato e persino determinare la durata della pena. *La questione fondamentale risiede nel fatto che questo algoritmo, che valuta il rischio di recidiva, è coperto da un brevetto industriale e il suo funzionamento è segreto.* La difesa di E. Loomis impugnò la condanna, affermando che il giudice aveva basato la sua decisione su un algoritmo segreto e non verificabile o contestabile. Si sosteneva che ciò violasse i diritti fondamentali della difesa, non garantendo un processo equo all'imputato. Tuttavia, nel 2016, la Corte Suprema del Wisconsin respinse l'appello, affermando che l'utilizzo dell'algoritmo non era l'unico elemento determinante per la condanna e che la decisione sarebbe stata la stessa in ogni caso. Pertanto, affidare ad un software, il cui funzionamento è privato e segreto a causa dei brevetti sugli algoritmi, la determinazione delle possibilità di recidiva di un individuo basandosi solo su statistiche ricavate dal passato per molti giuristi è causa di seri e preoccupanti interrogativi. *Compas non è l'unico algoritmo usato dalle Corti USA: si veda anche PSA. Il Public Safety Assessment (PSA) è un software gratuito sviluppato per aiutare i giudici penali negli Stati Uniti nelle decisioni pre-trial, come il rilascio su cauzione o la carcerazione preventiva. Utilizzando registrazioni pre-processuali e casi convalidati provenienti da diverse*

giurisdizioni, *PSA valuta la probabilità di fuga e il rischio per gli altri, tenendo conto del principio che l'incapacità di pagare la cauzione non dovrebbe influenzare la detenzione*. Esso è in funzione in diversi stati: Arizona, Kentucky, New Jersey, Phoenix, Chicago e Houston. *In Europa ed in Italia l'eventuale utilizzo di algoritmi decisionali in sede processuale si pone in aperto contrasto con le seguenti norme*: l'uso degli algoritmi può condurre a violazioni del diritto all'equo processo sancito dall'art. 6 *Cedu* e dall'art. 111 *Cost. Italiana*. Uno dei problemi principali è *l'opacità dell'algoritmo*, che impedisce alle parti di comprendere il funzionamento e la logica delle decisioni prese. Ciò limita la capacità di difesa dell'accusato e la possibilità di contestare il risultato algoritmico. In tale ottica bisogna garantire *il diritto di accesso all'algoritmo* in modo da poter valutare la sua accuratezza e poter contestare il risultato. Tuttavia, l'accesso all'algoritmo può essere ostacolato dalla tutela della proprietà intellettuale e dalla mancanza di trasparenza dei processi decisionali algoritmici. Le norme più rilevanti ai fini di tutela nell'ambito di decisioni automatizzate sono ricavabili principalmente dalla disciplina europea in materia di trattamento dei dati personali, che vuole creare così una barriera simbolica alle decisioni prese senza intervento umano. Esse sono gli articoli 13 e 15 del GDPR che in materia di trasparenza algoritmica, riconoscono il diritto dell'interessato a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed a ricevere informazioni sulla logica utilizzata. Viene inoltre enunciato il *principio di non esclusività* (art. 22) e *il diritto di contestazione della decisione basata unicamente su un processo decisionale automatizzato, nonché il principio di non discriminazione algoritmica sancito dall'art. 71 del GDPR*. L'intento perseguito dal Regolamento è proprio quello "di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi".

Quindi, è necessario conoscere gli autori del procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo decisionale, le priorità assegnate e i dati selezionati come rilevanti. Tutto ciò, al fine di certificare che gli esiti e i presupposti della decisione siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato ed infine *per garantire il diritto di difesa*. *In Italia, la sentenza n. 2270/19 emessa dal Consiglio di Stato ha affrontato per la prima volta l'applicazione dell'Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione, stabilendo i*

primi principi giurisprudenziali in materia. Nella motivazione della sentenza, si fa riferimento per la prima volta al concetto di “Giustizia robotizzata o Cybergiustizia” per indicare le decisioni prese da un algoritmo all’interno della P.A. Nel caso in esame, il C.d.S ha esaminato l’utilizzo degli algoritmi nelle decisioni amministrative. Si è constatato che in questa specifica situazione, un algoritmo era stato impiegato per gestire integralmente il processo di assunzione degli insegnanti di scuola secondaria, ma i ricorrenti hanno sostenuto che tale algoritmo ha prodotto risultati illogici e irrazionali. Secondo loro, l’algoritmo è stato utilizzato in modo poco trasparente, senza coinvolgere un funzionario amministrativo nell’analisi delle singole situazioni, violando così l’articolo 97 della Costituzione.

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso basandosi su due motivi principali. In primo luogo, si è evidenziato che i principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza sono stati violati poiché non è stato possibile comprendere le modalità e le ragioni delle assegnazioni effettuate dall’algoritmo. In secondo luogo, gli esiti del processo sono risultati illogici e irrazionali a causa delle situazioni paradossali che si sono verificate. Ma, il C.d.S ha anche riconosciuto l’importanza della digitalizzazione della p.a e i vantaggi derivanti dall’utilizzo degli algoritmi per automatizzare i processi decisionali amministrativi standardizzati. Secondo l’Alta Corte, l’uso dell’Intelligenza Artificiale è legittimo quando l’algoritmo svolge solo l’elaborazione dei dati, mentre l’uomo ne stabilisce le regole. Questo approccio rispetta i principi di efficienza ed economicità previsti dalla legge, nonché il principio di buon andamento dell’azione amministrativa sancito dall’articolo 97 della Costituzione Italiana. Tuttavia, l’uso degli algoritmi viene incoraggiato solo nei casi di processi amministrativi standardizzati, mentre viene escluso quando è richiesta la discrezionalità amministrativa. Secondo la Corte, la valutazione degli interessi in gioco non può essere affidata interamente a un algoritmo. In questo modo, il Consiglio di Stato mostra una posizione favorevole all’uso degli algoritmi nelle decisioni amministrative, a differenza di alcune pronunce precedenti.

Quindi in un prossimo futuro avremo modo di vedere all’opera quella che viene denominata Cyber giustizia ed il suo impatto nel sistema. La Cyber giustizia, è un concetto che solleva diverse questioni. Si ipotizza che l’automazione e l’IA possano svolgere un ruolo sempre più importante nel campo della giustizia, ma al momento

attuale, la presenza di robot o algoritmi decisionali nell'ambito giudiziario è limitata. Il Legal Tech, ovvero la tecnologia applicata al settore legale, grazie all'impiego dell'Intelligenza Artificiale (IA) è in continua crescita. L'IA ha il potenziale per trasformare molti aspetti del campo legale, semplificando processi complessi e fornendo nuove soluzioni innovative. Ecco alcuni dei principali sviluppi di Legal Tech basati sull'IA: -*Automazione documentale*: L'IA può essere utilizzata per automatizzare la generazione e l'elaborazione dei documenti legali. Software di generazione automatica di documenti possono redigere contratti, testamenti, accordi legali e altri documenti standardizzati in modo rapido ed efficiente, riducendo il lavoro manuale degli avvocati. - *Ricerca e analisi giuridica*: I sistemi basati sull'IA possono analizzare grandi quantità di dati legali, compresi casi giudiziari, decisioni passate, leggi e regolamenti. Questi strumenti di ricerca legale assistita dall'IA possono fornire agli avvocati informazioni pertinenti e precedenti legali per supportare la loro pratica legale. Quindi, addio alle vecchie banche dati: oggi sono a disposizione dell'avvocato programmi molto più evoluti ed in grado di fare molto di più rispetto al passato. - *Predictive analytics*: L'IA può aiutare gli avvocati a prevedere l'esito di una causa legale sulla base di modelli e analisi dei dati storici. Utilizzando l'apprendimento automatico e l'analisi predittiva, l'IA può fornire indicazioni sulle probabilità di successo di un caso e supportare la strategia legale. - *Assistenza virtuale*: I chatbot legali basati sull'IA possono fornire assistenza virtuale ai clienti, rispondendo a domande comuni, offrendo orientamento legale di base e raccogliendo informazioni pertinenti per gli avvocati. Questo può aiutare a migliorare l'efficienza delle operazioni legali. - *Risoluzione online delle controversie*: L'IA può essere utilizzata per facilitare la risoluzione delle controversie online attraverso piattaforme di negoziazione o mediazione automatizzate. Queste piattaforme utilizzano algoritmi intelligenti per guidare le parti coinvolte verso una soluzione equa e ragionevole senza dover ricorrere a un tribunale tradizionale. In generale, *l'IA nel Legal Tech* mira a migliorare l'accesso alla giustizia, aumentare l'efficienza e ridurre i costi associati alle attività legali. Tuttavia, è importante notare che la tecnologia non sostituirà affatto gli avvocati, ma funzionerà come importante strumento di supporto.

6. I cinque principi della Carta etica sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi.

In Europa dal 2018 abbiamo: la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi emessa dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia -CEPEY. In data il 3 dicembre 2018 il (CEPEJ) organo della Commissione di Giustizia Europea attraverso l'emissione della succitata carta ha sancito i principi basilari da osservare in Europa in materia di Ai. Si chiarisce che la CEPEY è acronimo di European Commission for the Efficiency of Justice) in italiano Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa. Esso è un organismo giudiziario composto da tecnici, rappresentativo dei 47 paesi che ne fanno parte. Essi sono: -Principio del rispetto dei diritti fondamentali: assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale siano compatibili con i diritti fondamentali;- Principio di non discriminazione: punta a prevenire specificamente lo sviluppo o l'intensificazione di discriminazioni tra persone o gruppi di persone;-Principio di qualità e sicurezza: Esso riguarda l'utilizzo di tecnologie che processano decisioni e dati giudiziari e quindi, in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, si consiglia di utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multi disciplinarmente, in un ambiente tecnologico sicuro;-Principio di trasparenza, imparzialità ed equità: bisogna rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne;-Principio del controllo da parte dell'utilizzatore": si deve precludere da un approccio prescrittivo e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte. Giova rilevare che la *CEPEJ* non solo esorta l'utilizzo di tali strumenti nei sistemi giudiziari nazionali e sovranazionali, così da migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia, ma cerca anche di individuare delle modalità generali per attuare questo processo innovativo in modo responsabile, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

7. Conclusioni.

Molte discussioni sorte in tema di A.I. così come di giurimetria e attività interpretativa basata su algoritmi mi sembrano da una parte una risposta

“moderna” alle esigenze poste da Max Weber in tema di diritto razionale, calcolabile e prevedibile come fondamento del capitalismo e in genere dello Stato occidentale. Perché evidentemente un tipo di interpretazione di quel tipo tende ad evitare, ad escludere una tendenza a quella che è stata denominata come “giurisprudenza creativa”.

L’A.I. così utilizzata richiede una ripetitività, un’impostazione in base ad elementi matematici che sono tendenzialmente più rigidi delle considerazioni giudiziali e quasi, si potrebbe dire, costituisce una riproposizione in stile anni duemila di certe esigenze illuministiche.

Contro le numerose e contrastanti, spesso contraddittorie, verso alcune considerazioni fatte da Tarello o dai realisti americani si pone la tendenza a ricorrere agli algoritmi?

Penso²² a chi parlava in ambiente americano in modo estremistico come, Jerome Frank, per negare totalmente la certezza del diritto, considerandola un’illusione degli uomini, in quanto la sentenza non è mai del tutto prevedibile ma *“frutto di un ragionamento, anche intuitivo, di un giudice che prende una decisione prima ancora di spiegarla”*, o come Karl Llewellyn o Benjamin Nathan Cardozo, con i loro riferimenti a superare un ragionamento considerato astratto e formalistico, una tendenza del bambino a cercare sicurezza nella forza del padre, perché le sentenze devono essere non sordi e ciechi meccanismi di attuazione di una norma astratta ma *is made by and for men*. Penso alle impostazioni che partendo da affermazioni come *“la vita del diritto non è stata logicità: è stata esperienza. Le esigenze del tempo, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni del pubblico interesse, conscie o inconscie, persino i pregiudizi che i giudici hanno in comune con i loro simili, hanno avuto*

²² Guido Fassò, *Ottocento e Novecento*, in Carla Faralli (a cura di), *Storia della filosofia del diritto*, Roma, Laterza, 2020, Guido Fassò. *Storia della Filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*. Vol. III. Aggiornata da Carla Faralli. Laterza. 2020; Carla Faralli. *Le Grandi correnti della filosofia del diritto. Dai greci alle prospettive contemporanee*. Giappichelli .2022.p. 109- 122 che richiama anche, in ambiente italiano, p.44, la nota prolusione di Del Vecchio che nel 1920 all’Università di Roma che riferendosi ai *“principi generali del diritto”*, ricorrendo ai quali a norma dell’art.3 delle preleggi del codice civile del 1865 il giudice doveva decidere in caso di lacuna della legge e di impossibilità di ricorso all’analogia, aveva sostenuto che con tale formulazione dovevano intendersi *“quei principi di ragione giuridica naturale che costituiscono i capisaldi per la definizione di ogni rapporto umano e sociale”*, facendo rinascere il diritto naturale. cfr. Giorgio Del Vecchio. *Sui Principi del diritto. Prolusioni*. in Rivista italiana per le scienze giuridiche. N.8-2017. Jovene editore. Aldo Schiavello e Vito Veluzzi. *“Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia”*, Giappichelli, per le citazioni dell’opera di Hart , *“La jurisprudence americana attraverso gli occhi di un inglese: l’incubo ed il nobile sogno”*

un'efficacia maggiore che non il sillogismo nel determinare le regole con le quali gli uomini sono governati “ (Oliver Wendell Holmes, in *The Common Law*) arrivano a sostenere che i giudici si lascerebbero guidare da” *inclinazioni e gusti prettamente individuali, che la sentenza del giudice non è affatto prevedibile, non essendo frutto di ragionamento, ma di intuizioni, per le quali il giudice giunge alla propria decisione prima ancora di aver cercato di spiegarla*” e “*la certezza del diritto è l'effetto del perdurare negli adulti immaturi della tendenza del bambino a cercare sicurezza nella forza e sapienza del padre*” (Frank)

Di fronte a questo può darsi che la risposta la si voglia trovare in un algoritmo perché considerato più indipendente, neutrale e anche più razionale?

Per questo bisogna riscoprire L'art 12 delle preleggi e il dibattito che ha portato al suo testo. Oltre che un certo comportamento dei giudici conforme al vero spirito di questa norma, spesso solo richiamata con reverenza formale, ma spesso tradita. La Cassazioni a sezioni unite, anche recentemente²³ ribadisce, 2021, che ribadisce la centralità dell'art. 12 preleggi e la sentenza dedica un intero ed autonomo punto dei motivi della decisione intitolato “*L'art 12 preleggi*”. Tale scelta viene motivata dalle stesse Sezioni Unite spiegando che il fondamento del principio di diritto affermato si basa su “*ragioni di **coerenza** dell'ordinamento e del sistema, nonché di **certezza del diritto** e di rispetto dei **criteri d'interpretazione della legge**”*. Da ciò si desume come venga ancora una volta ribadita – contrariamente ad alcune diffuse ma, si ritiene, non condivisibili opinioni – la **necessità dello svolgere l'attività interpretativa della legge**, propria del giurista (magistrato e non), **seguendo i criteri interpretativi positivizzati** nel nostro ordinamento dall'art. 12 in questione. Perciò “*quando una norma, o un sistema di norme, si prestino*

²³ v. Cassazione Sezioni Unite. Sentenza n. 38596 del 6.12.2021; Tribunale di Taranto, sez. seconda, sentenza del 25.07.2019, in *La Nuova Procedura Civile* (Interpretazione letterale della legge è prima e regina delle interpretazioni. L'interpretazione secondo i principi generali è l'unica possibile. La sentenza che sconfinava dalle previsioni dell'art. 12 preleggi espone il magistrato a sanzione disciplinare.) novembre, 6, 2019; Cass. Civile, sezione lavoro, sentenza del 10.03.2020. n. 6752 secondo cui è bene rammentare che l'attività ermeneutica, in consonanza con i criteri legislativi di interpretazione dettati dall'art. 12 preleggi, deve essere condotta innanzitutto e principalmente, mediante il ricorso al criterio letterale; il primato dell'interpretazione letterale è, infatti, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui all'intenzione del legislatore, secondo un'interpretazione logica, può darsi rilievo nell'ipotesi che tale significato non sia già tanto chiaro ed univoco da rifiutare una diversa e contraria interpretazione. Alla stregua del ricordato insegnamento, l'interpretazione da seguire deve essere, dunque, quella che risulti il più possibile aderente al senso letterale delle parole, nella loro formulazione tecnico giuridica. cfr. Antonio Lamorgese. *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*. In *Questione Giustizia*

a diverse interpretazioni, tutte plausibili, dovere primario dell'interprete, e specie del giudice, è di perseguire l'**interpretazione più corretta** e non una qualsiasi di quelle che il testo consente" e "**il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti e dentro i limiti del diritto positivo**" (sul punto si richiama Cass. 2 ottobre 2018, n. 23950); le scelte di politica del diritto, difatti, "*sono riservate al legislatore*": al giudice, invece, "compete solo di **interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche** più corrette dell'enunciato (sul punto si richiama a **Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597**); pertanto, **la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura "dichiarativa"**, in quanto "*riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata*"; va quindi sul punto affermata l'**"esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa"** della funzione giurisdizionale" (così **Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061** e anche **Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144**, nonché **Cass. 22 giugno 2018, n. 16957**, **Cass. 31 ottobre 2018, n. 27755** e **Cass. 28 gennaio 2021, n. 2061**). Ma la sensazione reale, di quello che avviene nelle aule di tribunale è diversa. In realtà come mostra l'esempio, che indico in nota²⁴, che apparentemente non essendo giuridico potrebbe essere considerato fuori posto, bisogna tenere conto sia

²⁴ v. Raffaele Alberto Ventura. *Radical choc. Ascesa e caduta dei competenti*. Einaudi. 2020.p. 103 e ss. racconta dell'incendio avvenuto il 15 aprile 2019 al tetto della cattedrale di Notre Dame a Parigi, delle sue cause e di come si è propagato nonostante un sofisticato sistema di allarme. Vediamo cosa dall'episodio si può ricavare circa i rapporti tra uomo e sistemi automatici. La cattedrale francese era munita di un sistema ad alta sensibilità modernissimo, il migliore sul mercato, con 160 precisissimi rilevatori di fumo. Quando il fumo comincia a propagarsi. L'impianto lo rileva subito, eppure i vigili vengono contattati mezz'ora dopo quando le fiamme si sono già propagate. Le migliori competenze sembrava fossero state messe in campo a tutela del monumento e vi era un approccio interamente razionale: ogni principio d'incendio sarebbe stato rilevato, a ogni rilevazione sarebbe seguita una verifica, a ogni conferma sarebbero stati allertati i pompieri. Ma mezz'ora è il tempo che passa tra la rilevazione e l'allarme: il tempo della reazione dell'addetto alla sicurezza. Il sistema antincendio, la macchina, allerta l'addetto alla sicurezza alle ore 18.18, il fuoco era nella capriata della cattedrale, la cosiddetta "*foresta*" del XIII secolo. Ma i dati della macchina sono di difficile interpretazione: c'è una descrizione approssimativa, per quanto *esatta*, della zona dell'incendio (*combles nef sacristie*, in italiano sottotetto o capriata navata sacrestia), basata sulla suddivisione dell'intero complesso in quattro aree molto grandi; poi viene trasmesso un codice alfanumerico (*ZDA-110-3-15-1*) associato a uno dei 160 rilevatori di fumo presenti nella cattedrale. Ritenendo che la prima informazione circoscriva il problema alla sacrestia (la descrizione era stata interpretata come "*sottotetto della navata della sacrestia*"), l'addetto alla sicurezza manda lì le guardie anziché nel sottotetto sotto la capriata principale e non si trova alcun incendio. Si cerca di allertare il responsabile superiore dell'addetto ma senza successo: dopo mezz'ora, questi richiama e capendo, forse, l'errore, intima di chiamare i vigili del fuoco. Alcuni termini un po' incomprensibili (*combles, nef, sacristie*) hanno causato un disastro: sono termini che appartengono al lessico specifico dell'architettura ecclesiastica, ma i primi due sono vaghi. Il sottotetto può indicare qualsiasi zona sotto il tetto dell'intera cattedrale, mentre le navate totali della cattedrale sono addirittura cinque, una principale e quattro laterali. La sacrestia è una sola, ma essendo situata fuori del corpo centrale, viene da chiedersi in base a quale logica sia stata inclusa nella medesima zona delle precedenti. L'informazione che serviva all'addetto non era questa ma la seconda cioè il codice alfanumerico del rilevatore. Ma la persona incaricata di tenere sotto controllo il pannello antincendio e chiamare i

di preservare la diversità e l'eresia, senza voler fare operazioni politiche però, e dall'altra parte se non si vuole eccedere nell'automatismo, rafforzare la competenza e la responsabilità del soggetto. In questo caso dell'interprete. Rafforzare il ruolo dell'uomo per venire incontro sia alle esigenze di Weber, del capitalismo, del moderno Stato, sia l'esigenza di libertà e libero convincimento dell'interprete dovrebbe presumere anche una attenzione forte alla sua competenza e responsabilità, nonostante che le tendenze della magistratura, associata soprattutto siano ostili.

Ma, altrimenti si alimentano i miti dell'automatismo. L'esempio citato in nota, comunque dimostra che spesso, se non sempre ci troviamo di fronte ad un'alternativa: il costo di tutti gli interventi d'urgenza inutili (falsi positivi) che una macchina non supervisionata provoca o il costo di tutte le formazioni necessarie per rendere il personale autonomo. Le due opzioni, *piena automazione*

vigili del fuoco, impiegata da un'azienda esterna di sicurezza, lavorava a Notre-Dame da tre giorni! La logica del subappalto. L'esternalizzazione, spesso, aumenta i rischi perché limita l'accesso all'informazione. Nel caso specifico, l'organizzazione era suddivisa tra tre attori differenti: l'operatore incaricato del monitoraggio del pannello antincendio, impiegato di una ditta privata; un agente (volontario) al servizio della diocesi incaricato di fare le verifiche in loco per conto del primo; un impiegato del ministero della Cultura che, allertato dai precedenti, doveva verificare la validità dell'allarme. Tra l'altro gli operatori al pannello di sicurezza, in origine dovevano essere due, ma per ragioni di budget la ditta privata li aveva ridotti ad uno. La presenza di due persone, dotate di esperienza più o meno lunga, non tre giorni, avrebbe ridotto i rischi: i piloti negli aerei sono sempre due. C'era un solo operatore, il suo turno era finito e ancora nessuno era venuto a rilevarlo, il responsabile dell'addetto per almeno venti minuti non è stato reperibile e l'indicazione "sottotetto navata sacrestia" significava poco o nulla a meno che l'addetto non fosse stato un esperto o avesse avuto una competenza in storia dell'arte. Ma le agenzie di sicurezza non assumono tra i loro dipendenti storici dell'arte... Errore umano o questione tecnica? Come esseri umani interagiscono con una tecnologia è una questione tecnica, la questione della leggibilità delle interfacce è una questione tecnica, impedire che un errore di comunicazione si trasformi in una catastrofe è una questione tecnica. Però qui vi era un difetto di competenza. L'addetto doveva conoscere il codice interpretativo o sapere su quale supporto (uno schermo, una mappa, un manuale) verificare il messaggio ZDA-110-3-15-1. Il messaggio della macchina all'uomo è stato recapitato correttamente attraverso il canale (display dell'impianto) ma non è stato decifrato. L'addetto non era adeguatamente formato alla padronanza del codice per interagire senza errori con la macchina: tra l'altro basta anche sbagliare, nel caso di una comunicazione verbale (tra due persone) una cifra del codice e ci si ritrova da un'altra parte. Dare per scontato che nella realtà le cose si svolgeranno come in una simulazione, come se gli uomini stessi si comportino come macchine, è il più grave errore che si possa fare: anche gli americani nel caso Eric Loomis lo hanno fatto probabilmente. Anche negli Usa, anche se i siti strategici sono equipaggiati con impianti antincendio che contattano automaticamente i soccorsi, ci sarebbe stato il problema di individuare in quale dei 160 punti della cattedrale si era scatenato l'incendio. L'alternativa è: il sistema lascia meno autonomia all'umano, trasformandolo in un puro operatore, o l'umano, per essere più autonomo, deve essere più competente, quindi più professionalizzato? In ogni caso queste opzioni presentano un costo: il costo di tutti gli interventi d'urgenza inutili (falsi positivi) che una macchina non supervisionata provoca o il costo di tutte le formazioni necessarie per rendere il personale autonomo. Le due opzioni, *piena automazione contro piena professionalizzazione* sono poco sostenibili su larga scala. Ma così, in questo caso, come nel settore giustizia, la gestione della sicurezza diventa una soluzione intermedia: *tecnologie di sicurezza fallibili che lasciano margini di manovra a esseri umani fallibili.*

contro piena professionalizzazione sono poco sostenibili su larga scala. Ma così, in questo caso, come nel settore giustizia, la gestione della sicurezza diventa una soluzione intermedia: *tecnologie di sicurezza fallibili che lasciano margini di manovra a esseri umani fallibili.*

L'obiettivo di creare un "giudice robot" (il c.d. robo-judge) in grado di decidere le controversie sulla base dell'elaborazione statistica dei dati, sebbene siano state messe in evidenza le potenzialità della tecnologia negli accertamenti del fatto compiuti in ambito civile, si presenta ancora limitata con riferimento al possibile ruolo dell'intelligenza artificiale²⁵. Non bisogna nascondere l'ambizione dei ricercatori e di chi, come gli amministratori di Meta o altre realtà economiche, di realizzare sempre più processi di apprendimento e di decisione, tramite l'intelligenza artificiale di carattere generalista che dovrebbero replicare l'intelligenza umana. Ma per adesso in ambito strettamente forense spesso c'è solo la tendenza a limitare certi "fenomeni di arbitrio del giudice". Il prof. Del Vecchio nella sua prolusione all'Università di Roma nel 1920 sosteneva la giuridica impossibilità di far sottostare il singolo a restrizioni non fondate su leggi che non è un carattere, diceva, del solo nostro ordinamento giuridico, ma soltanto di quelli che hanno assunto la forma "Stato di diritto", è un principio direttivo della scuola dei jus naturae o meglio uno dei termini finali della sua evoluzione secolare ed è entrato nelle moderne costituzioni degli Stati civili. Naturalmente legge interpretata, non con arbitrio, ma secondo i parametri sopra ricordati. Altrimenti il concetto che l'arbitrio individuale di ciascuno di noi possa essere

²⁵ Clementina Barbaro. *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?* .su *Questione Giustizia*.n.4/2018; stesso autore *Lo studio di fattibilità di un nuovo quadro normativo sulla concezione, lo sviluppo e l'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale sulla base delle norme del Consiglio d'Europa. Il lavoro del comitato ad hoc sull'Intelligenza Artificiale del CdE*.su *Questione Giustizia* del 28/4/2021, non dimentichiamo che certe applicazioni dell'A.I possono scontrarsi non sono con norme processuali ma con altri principi, ad esempio in tema di causalità, stante che in certi casi si può parlare di probabilità relativa in tema di causalità. Allora il problema potrà essere: chi elabora gli algoritmi chi, li inserisce, con quali procedure di inserimento e scelta dei materiali, chi inserisce e confeziona i dati o le informazioni o gli elementi in genere e se questi algoritmi sono coperti da copyright? Affidiamo a società private di fare giustizia e norme concrete? Alessandro Pajno, Marco Bassani, Giovanni De Gregorio, Marco Macchia, Francesco Paolo Patti, Oreste Pollicino, Serena Quattrocchio, Dario Simeoli, Pietro Serena. *AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale; criticità emergenti e sfide per il giurista*. in *Rivista BioDiritto*, *Bio Law Journal*.n.3 (2019) dove a proposito del processo oltre a mettere in evidenza i risultati conseguiti da società operanti nel settore che hanno creato software in grado di anticipare l'esito di un giudizio, mette in evidenza le difficoltà che il principio della parità e il rispetto dei diritti fondamentali pongono stante che devono continuare ad essere un nucleo inalienabile.

limitabile dagli organi dello Stato anche fuori delle forme e dei casi contemplati dalle leggi, si è verificato storicamente, ma non è ammissibile. Del Vecchio concludeva che *“un siffatto regime sarebbe in parte ripristinato ,qualora prevalesse la novissima tesi del cosiddetto diritto libero”* .Naturalmente diventa ancora più inammissibile delegare a “una macchina”, a un robot creare diritto, fare diritto, diventare legislatore tramite le sentenze come richiamava Hart con le parole del vescovo Hoadly, posto che inoltre nel caso della macchina chi farebbe diritto sarebbe chi gli dà i dati (statistici o no) e gli algoritmi, saltando ogni processo democratico rappresentativo. *Ogni limitazione del diritto della persona può essere stabilita solo per legge: intendendosi per legge solo l'espressione della volontà generale* (Del Vecchio). Aggiungo legge con certi caratteri per evitare certe degenerazioni del puro positivismo. Prosegue, comunque Del Vecchio *“Si afferma con ciò la razionale esigenza che il potere pubblico si fondi sul virtuale consenso di tutti e, più propriamente, sul diritto, che appartiene a ciascuno in egual misura, di concorrere alla formazione delle norme per tutti obbligatorie. Solo in tal modo può conciliarsi l'idea della libertà originaria dell'individuo con quella della coordinazione sociale e politica, che implica per necessità una limitazione degli arbitri e un permanente ossequio alla legge comune. La stessa libertà si esercita in fatto nel segnare il suo proprio limite; e l'obbedire alla legge consentita è riaffermazione, non negazione di libertà”*.

Di recente, il Consiglio Nazionale Forense ha pubblicato le *"Linee guida sull'intelligenza artificiale e il diritto"*, dove si riconosce come l'AI possa *"orientare l'avvocato nella qualificazione di fattispecie concrete, reperire precedenti giurisprudenziali e dottrinali, prefigurare gli scenari processuali"*. Anche se nelle linee guida non si parla esplicitamente di predizione, è chiara l'apertura dell'Avvocatura verso un impiego sempre più massiccio degli strumenti di Intelligenza Artificiale, che è una realtà che non può essere ignorata. Come tutte le novità, anche la Ai porta con sé rischi a cui bisogna dare risposte per porre delle limitazioni al relativo utilizzo e delle regole chiare che salvaguardino diritti di diversa natura. La principale preoccupazione degli esperti al momento riguarda il rischio etico legato alla mancanza di trasparenza degli algoritmi di Intelligenza Artificiale. Finché non si comprende come funzionano esattamente, non ci si può “fidare” di tale tecnologia e dei relativi output che produce. I primi rischi nascono proprio dall'attività umana, con il pericolo di bias, ovvero che i dati utilizzati per addestrare gli algoritmi

contengano pregiudizi e lacune che vengono poi amplificate dall'AI. Se i casi di studio sono, per esempio, troppo focalizzati su una maggioranza di sentenze sfavorevoli per una certa categoria, il sistema di conseguenza imparerà e produrrà modelli altrettanto sbilanciati. Una delle principali critiche al sistema, poi, riguarda proprio l'automazione eccessiva del sistema giustizia che nel tempo porterà a il ragionamento e l'interpretazione umana, riducendo l'attività giuridica a mera applicazione meccanica di decisioni algoritmiche. Resta dunque centrale il ruolo attivo e di controllo in ogni fase di utilizzo della AI da parte di giudici e avvocati perché l'intero sistema possa essere affidabile e rispondere a reali esigenze sociali di giustizia. Questa considerazione risponde anche alle preoccupazioni di molti sulla futura sostituzione dell'uomo da parte dell'Intelligenza Artificiale anche nel mondo del diritto. Il binomio ci sarà e sarà sempre più stretto e pervasivo, ma non scalzerà la centralità dell'uomo.

In conclusione, sebbene l'intelligenza artificiale non consenta ancora una reale predizione delle sentenze, è evidente che il suo impiego stia rapidamente trasformando il mondo del diritto. Gli strumenti di AI legale possono migliorare l'analisi dei dati e l'identificazione di modelli utili per orientare l'interpretazione giuridica. Ma la decisione finale spetterà sempre alle persone. La tecnologia resta uno strumento. Sta ai giuristi garantire un uso etico dell'AI, per un futuro del diritto a prova di algoritmo.

Sarà sempre l'uomo a dover contemperare e trovare l'equilibrio tra i principi ,classici ,espressi con “ *Scire legge non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*” (conoscere le leggi non è tenerne a mente le parole, ma lo spirito e la forza), di Celso e “*Non ergo a praetoris edicto,tu plerique nunc,neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris putas*” (non dall'editto del Pretore, né dalle XII Tavole, ma dall'intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto) di Cicerone, avendo sullo sfondo l'ulpiano “*Quod quidem perquam durum est sed ita lex scripta est*” ? O sarà un *robo-judge*?

L'attacco informatico "man in the browser" nella giurisprudenza dell'Arbitro Bancario.

Di Francesco Cocchi

Man in the browser attack is such as more sophisticated computer fraud by hacker through which by using an intrusive element based upon a malware, he takes victim's PC control including banking transactions.

In the case the malware acts like a well-placed, hidden spy in the PC recording all the traffic entered into the browser through the infected computer and acting when the user log into their banking services account.

When logging in is done, through a fake page, the hacker captures credentials to access the online account by driving out the target person from browsing.

Precisely the construction of false home banking environments through fake pages that faithfully reproduce the stylistic features of the intermediary will lead the victim to believe that they are operating in the protected environment of their own bank, while in reality they are handing over data to the cybercriminal.

The purpose of this contribution is to examine the main phases of the M.I.T.B. attack by comparing it to the most ancient Phishing attacks and the new "hybrid" forms of phishing, also giving an account of the analysis of this computer fraud in the jurisprudence of the banking Arbitrator and in the ordinary one.

L'attacco "man in the browser" è una frode informatica particolarmente sofisticata nella quale l'hacker sfruttando un principio intrusivo basato su di un malware riesce a prendere il controllo del PC e delle transazioni bancarie della propria vittima.

In pratica il malware, come una spia silente si anniderà nel PC registrando tutto il traffico che dalla macchina infettata sarà immesso nel browser di navigazione, attivandosi nel momento in cui l'utente si dirigerà verso i propri servizi bancari. In quel momento, attraverso una fake page l'attaccante otterrà le credenziali per poter accedere la conto on line estromettendo così dalla navigazione il soggetto target.

Proprio la costruzione di falsi ambienti di home banking tramite pagine civetta che riproducono fedelmente gli stilemi dell'intermediario, indurranno la vittima a ritenere di stare operando nell'ambiente protetto della propria banca, mentre invece sta cedendo dati al malfattore.

Il presente contributo si prefigge lo scopo di esaminare le principali fasi dell'attacco M.I.T.B. ponendo in raffronto con i più risalenti attacchi Phishing e le nuove forme "ibride" di phishing, dando conto anche dell'analisi di tale frode informatica nella giurisprudenza dell'Arbitro bancario e ed in quella ordinaria.

SOMMARIO: 1. Il “*man in the browser*” (c.d. M.I.T.B.): caratteristiche operative e fasi dell’attacco. – 2. Aspetti caratteristici del M.I.T.B. e differenze rispetto al *deceptive phishing*. – 3. Un elemento distonico dell’attacco M.I.T.B.: la convalida dell’operazione da parte del cliente. – 4. La responsabilità dell’utilizzatore di servizi di pagamento: l’assenza di colpa grave o dolo nella condotta dell’utente vittima della truffa informativa “*man in the browser*”.

1. Il “*man in the browser*” (c.d. M.I.T.B.): caratteristiche operative e fasi dell’attacco.

L'attacco informatico *Man in the browser* (M.I.T.B.) è una tipologia di *phishing* particolarmente aggressiva capace di interferire nelle transazioni finanziarie della vittima modificandole e permettendo all'attaccante di assumerne il controllo a sua insaputa. Il principio intrusivo utilizzato nell' attacco informatico è un *malware* denominato Zeus, appartenente alla famiglia dei “*trojan horse*”, in grado di captare le transazioni finanziarie sfruttando la vulnerabilità del browser web. Il *malware* solitamente viene scaricato dalla vittima nel proprio PC sotto forma di allegato mail o come aggiornamento e/o elementi di miglioramento delle funzioni del browser stesso e, una volta infettata la macchina, agisce come una spia silenziosa rimanendo dormiente e registrando tutte le informazioni che la persona immette nel proprio browser senza creare alcun malfunzionamento¹.

Il programma, una volta infettato il pc resterà in uno stato di quiescenza registrando come detto tutto il traffico di navigazione dell'utente attraverso il browser, senza alterare il funzionamento della macchina e senza essere rilevato da programmi antivirus, fintanto che non registrerà l’inizio di una operazione finanziaria. In quel momento il programma malevolo si attiverà iniziando a generare falsi problemi di login all'account bancario o rallentamenti nel caricamento della pagina di home, deviando l'utente colpito dall'attacco su di una *fake page* all'interno della quale verranno carpite le credenziali ed i codici utili alla

¹ Si veda in argomento: https://www.entrust.com/wp-content/uploads/2014/03/WP_Entrust-MITB_March2014.pdf; *Man in the Browser Attacks* di Ayyagari, Krishna Sai Anudeep, “*Man in the Browser Attacks*” (2017). *Culminating Projects in Information Assurance*. 42, in repository.stcloudstate.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1054&context=msia_etds; <https://www.cyber-security-libro.it/articoli/man-in-the-browser/>; <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/man-in-the-browser-il-malware-che-spia-le-conessioni-internet-come-protiggersi/>; <https://en.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-browser>; <https://it.qwe.wiki/wiki/Man-in-the-browser>; https://owasp.org/www-community/attacks/Man-in-the-browser_attack.

esecuzione di operazioni di pagamento fraudolente. Una nota decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF, nel ricostruire per la prima volta le fasi dell'attacco in esame ha evidenziato come, una volta infettata la macchina, «*il malware resta completamente "in sonno" attivandosi solo nel momento in cui l'utente si colleghi ad un sito finanziario compreso fra quelli dei programmi a abbia posto nel mirino (target banks). In quel preciso istante il malware "si risveglia" ed entra in azione captando il collegamento dell'utente e propinandogli una pagina-video esattamente identica a quella che l'utente è abituato a riconoscere in sede di accesso regolare al sito del proprio intermediario. L'unica differenza, obiettivamente impercettibile ad un pur scrupoloso utente, è la stringa di descrizione della pagina che, a differenza di quello originale, reca un prefisso di accesso (c.d. protocollo di trasferimento ipertestuale, Hyper Text Transfer Protocol) "http" e non "https" (dove la "S" finale sta per secured, protetto).*»².

La falsa pagina web ha, quindi, un ruolo determinante nell'attacco *Man in the Browser* in quanto sarà proprio all'interno di essa che avverrà la captazione delle credenziali e le password temporanee utili alla esecuzione di operazioni in danno al soggetto colpito attraverso l'attenta costruzione di *form* nei quali verranno richiesti dati. Proprio il rilievo posto in essere dalla decisione del Collegio di Coordinamento ricorda come l'unica differenza tra la pagina "sicura" dell'intermediario e quella invece artefatta risiede nel protocollo della stessa che è un semplice "http" anziché un "https". Un dettaglio che sfuggirebbe anche ad un accorto utente. Di fatto la vittima non percepisce di stare operando su di una "fake-page", ma anzi sicura di essere nell'ambiente di home banking del proprio istituto di credito, inserirà i predetti dati nella certezza di risolvere l'iniziale (falso) problema di accesso al servizio mentre, invece, verranno utilizzati dall'hacker per eseguire operazioni in suo danno. Ottenute le credenziali, infatti, l'attaccante potrà accedere al conto on line e procedere alla esecuzione di numerose operazioni, che saranno autorizzate grazie alla captazione anche dei necessari codici OTP che saranno richiesti alla vittima grazie alla «*schermata di cattura formulata con illusionismo informatico (che) induce il cliente a comunicare i propri dati e il codice monouso generato dall'OTP*»³.

² Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498/2012. Conforme: Collegio di Napoli decisione n.8206/2016, ABF Collegio Roma decisione n.1362/2019, ABF Collegio Roma decisione n.1363/2014, ABF Collegio Roma decisione n. 511/2015, ABF Collegio di Milano decisione n. 822/2014, ABF Collegio di Napoli, n.8206/2016, ABF Collegio Milano decisione n.3119/2019.

³ Cfr. ABF Collegio Napoli, decisione n. 8400/2019.

È ormai noto, infatti, che a seguito della introduzione del presidio di sicurezza dell'autenticazione forte, introdotta dalla Direttiva n. 2015/2366 EU (PSD2) secondo le specifiche tecniche cui essa fa rinvio, dettate dal Regolamento delegato (UE) n. 2018/389 della Commissione Europea del 27 novembre 2017 che ha integrato la predetta direttiva, si pone oggi per l'hacker ha necessità non solo di captare le c.d. credenziali statiche ma anche quelle dinamiche e più precisamente le *One Time Password* (indicate con l'acronimo OTP) generate appunto con processi di strong Customer Authentication. L'attacco in esame, quindi, non colpisce direttamente la sicurezza della fase di autenticazione e accesso al servizio di home banking ma la aggira, con un vero e proprio artificio informatico reso possibile dalla interposizione dell'attaccante tra il pc dell'utente ed il suo servizio di on line banking all'interno del browser di navigazione. Il *malware*, infatti, sarà capace di modificare tutte le transazioni poste in essere dalla vittima nel momento in cui sono formate nel browser, in quanto riuscirà a frapporsi tra essa ed i meccanismi a presidio della sicurezza del browser web stesso.⁴

La struttura dell'attacco in esame deriva dalla figura del "*Man In The Middle*" (c.d. M.I.T.M.), (traducibile come "*uomo nel mezzo*") altra tipologia di frode informatica attraverso la quale l'attaccante «*si posiziona tra l'utente e sito legittimo*»⁵ allo scopo di acquisire informazioni intercettando e manipolando le comunicazioni via Internet.⁶ Nel "*Man In The Middle*" (c.d. M.I.T.M.) il soggetto attaccante però crea connessioni indipendenti tra vittima e destinatario del messaggio generando in loro la parvenza di stare comunicando direttamente, mentre invece si frappone tra i soggetti controllando la loro sessione.⁷ Ciò potrà avvenire con successo soltanto nell'ipotesi in cui nessuna delle due parti in comunicazione si avveda che il loro collegamento è stato compromesso dall'attacco. Il *Man In The Browser*, invece, sfruttando il medesimo principio intrusivo, si frappone tra la vittima ed il browser, controllando così le transazioni finanziarie che tramite esso disporrà.

⁴ Gühring, Philipp (27 January 2007). "Concepts against Man-in-the-Browser Attacks" (PDF). Retrieved 2008-07-30, cit. in <https://en.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-browser>.

⁵ F. Tajani, G. Costabile, G. Mazzaraco, "*Phishing e furto d'identità digitale*", Milano 2008,29.

⁶ Cfr. "*Attacco Man in the middle, tutti i modi possibili e come difenderci*", in www.Cybersecurity360.it.

⁷ Si veda in argomento: "*Attacco man in the middle*" in wikipedia in cui si richiama *What is man-in-the-middle attack (MitM) – definition from Whatls.com*, su IoT Agenda; T. Pantage, How to defend yourself against MITM attack to the HTTPS protoc in IEEE Security Privacy, Vol. 7, n.1.2009, pag. 78-81; V. Lavecchia, *caratteristiche-e-differenza-tra-man-in-the-middle-e-man-in-the-browser-attack* in <https://vitolavecchia.altervista.org/caratteristiche-e-differenza-tra-man-in-the-middle-e-man-in-the-browser-attack/>.

A differenza del M.I.T.M., quindi, il *Man In The Browser* (c.d. M.I.T.B.) non solo si interpone tra soggetto e sito finanziario ma per farlo sfrutta unicamente la vulnerabilità del browser ottenendo il controllo di tutte le informazioni che passeranno dalla macchina della vittima al browser stesso. Le caratteristiche descritte portano a definire il *Man In The Browser* come una evoluzione del M.I.T.M, molto più aggressiva in quanto il portatore dell'attacco risulterà capace non solo di fraporsi in una comunicazione digitale ma anche di assumerne il controllo in maniera silente e varcare l'accesso all'account bancario della vittima (con conseguente autenticazione) insieme al soggetto colpito operando, in seguito, in completa autonomia.

Nella prassi si registrano alcune variazioni nello schema di attacco M.I.T.B., attraverso l'impiego di diverse tecniche di *social engineering*. Una prima ipotesi è quella in cui l'attaccante dirotta la vittima su di una "*fake page*" del tutto simile, come detto, a quella originale del suo istituto di credito. Tale "pagina" avrà la duplice funzione di far credere all'utente di stare operando nel reale ambiente di home banking e permettere al cybercriminale di ottenere attraverso essa tutti i dati riservati che la inconsapevole vittima vi inserirà per tentare di eseguire il login di accesso e disporre in seguito un pagamento in totale autonomia.

Altra ipotesi, maggiormente utilizzata nella prassi, è quella in cui l'attaccante genera rallentamenti nella sessione bancaria simulando mal funzionamenti e problemi di accesso/login al conto e sempre attraverso una *fake page* verrà proposta al malcapitato, come soluzione alle difficoltà di login rilevate, l'inserimento di codici ricevuti sul cellulare che verranno presentati alla vittima come "codici di sblocco" del (falso) problema. In realtà tali codici saranno *One Time Password* (OTP), cioè password temporanee inviate *out of band* dalla banca al cliente o per il login o per l'esecuzione di operazioni, che verranno invece captate dall'hacker e utilizzate poi sulla vera pagina web dell'intermediario per finalizzare l'attacco. Altra ipotesi, infine, è quella di proporre pagine, sempre artefatte e del tutto simili a quelle originali dell'intermediario, con molti campi di richiesta dati da riempire al fine di risolvere un falso problema di blocco del conto corrente on line o di servizi propinato alla vittima. I molteplici "*form*" contenuti nella pagina web di contatto, renderanno l'interfaccia più credibile e saranno utili a distrarre la vittima facilitando così la cessione di codici e dati insieme ad altri dati personali meno importanti. Una volta perfezionato l'accesso al conto del soggetto attaccato,

l'hacker cercherà di massimizzare l'attacco ponendo in essere il maggior numero di operazioni, spesso anche attraverso l'impiego di appositi software che permettono una rapida interazione con il servizio di on line banking facilitando così la creazione e conseguente ricezione di codici OTP utili ad autorizzare le operazioni di pagamento fraudolente.

2. Aspetti caratteristici del M.I.T.B. e differenze rispetto al *deceptive phishing*.

La principale caratteristica del *Man In The Browser attack* risiede nella capacità del *malware* di attivarsi unicamente nel momento in cui la navigazione internet della vittima si dirige su siti finanziari, per poi assumere il controllo della transazione a completa insaputa della vittima grazie all'interposizione del portatore dell'attacco tra il computer dell'utente ed il browser utilizzato per la navigazione. Da tali elementi emerge con chiarezza la notevole pericolosità dell'attacco poiché capace di sorprendere la vittima senza permettergli di assumere tempestive contromisure alla minaccia nella quale è incorsa.

Come abbiamo avuto modo di vedere nella fase iniziale dell'attacco, le metodiche di acquisizione dei dati riservati possono variare dal rallentamento della sessione all'impossibilità di accedere al proprio account bancario, mentre invece il portatore dell'attacco vi sta già operando, sino a giungere all'immediato re-indirizzamento su finte pagine del sito bancario, del tutto uguali, la cui differenza unica con quella reale è il protocollo (HTTP anziché HTTPS).

Superata, quindi, la fase iniziale dell'attacco, occorre approfondire anche le successive fasi nelle quali il soggetto target dell'attacco è condotto dal malfattore alla cessione dei dati.

E' indubbio, infatti, che anche nel M.I.T.B. lo scopo ultimo della truffa sia quello di acquisire dati riservati che si trovano nella unica disponibilità della vittima (codice utente, password statica e password dinamica) attraverso la loro cessione all'interno della suddetta *fake page*.

Tale ultima circostanza porterebbe a ritenere che anche nel caso del M.I.T.B. si verifichi di una cessione colposa di credenziali da parte dell'utilizzatore di servizi di pagamento con l'effetto di avvicinare tale ipotesi di truffa informatica al diverso caso del *deceptive phishing*. In vero la tesi non appare sostenibile già solo ove si

consideri il diverso e più complesso scenario informatico in cui l'intero attacco M.I.T.B. si svolge.

Occorre nel merito precisare come il M.I.T.B. si presenti come una aggressione informatica complessa e altamente "informatizzata" in cui il portatore opera attraverso il PC della vittima, previamente "infettato", utilizzando il suo "indirizzo IP" per operare all'interno del conto della vittima, frapponendosi tra la macchina ed il browser web utilizzato per la navigazione, senza necessità di violare gli apparati di sicurezza predisposti dagli istituti di credito.

Le considerazioni che precedono sono già di per sé sufficienti ad allontanare la fattispecie in esame da quella del c.d. *deceptive phishing*, nella quale invece una volta carpite le credenziali per operare con tecniche di *social engineering* legate al c.d. fattore umano, l'attaccante eseguirà login e operazioni fraudolente dal proprio PC (utilizzando il proprio indirizzo IP) e non da quello della vittima.

La complessità dell'attacco M.I.T.B. emerge, quindi, non solo dalla capacità di tale attacco di generare falsi problemi informatici durante l'accesso all'home banking del cliente, ma soprattutto nella costruzione di perfette false pagine web del tutto simili a quelle autentiche dell'intermediario su cui l'hacker dirotta l'utente per poter poi carpire le credenziali. Contrariamente a quanto sin d'ora detto, invece, nel caso del *deceptive phishing* la captazione di dati e credenziali avviene al di fuori dell'ambiente di home banking, in quanto la vittima fornisce spontaneamente le informazioni riservate ed i codici di accesso al servizio bancario rispondendo a una mail civetta o cliccando sul link ivi contenuto o compilando un *form* inserito nella mail. L'invio di e-mail civetta non è l'unico strumento utilizzato dai truffatori per ottenere i dati riservati in quanto nuove forme di phishing vengono poste in essere anche con sms (c.d. *smishing*) o contatto telefonico (c.d. *vishing*).

Appare pertanto evidente la netta distinzione attacco phishing e M.I.T.B., in quanto mentre nel primo vi è una colpevole cessione di dati da parte dell'utente caduto vittima di una negligente credulità, nell'attacco M.I.T.B. si è in presenza di un sofisticato metodo di intrusione nel sistema informatico del cliente capace di creare una parvenza di ambiente protetto in cui il medesimo opera in completa tranquillità, mentre invece l'intera transazione è guidata dal portatore dell'attacco informatico. L'acquisizione di dati riservati attraverso tecniche di *deceptive phishing*, infatti, è resa possibile da una interazione dell'utente che spontaneamente cade nella rete del *phisher*. Interazione da ritenersi colpevole data la ormai notorietà di

tale truffa e le numerose raccomandazioni degli istituti di credito di non rispondere mai a messaggi che chiedono l'inserimento di dati personali.

Solitamente un attacco phishing ha inizio con un invio massivo di mail o sms tramite tecniche di *spammig* che raggiungono un numero imprecisato di utenti allo scopo di convincerli a esaminare il problema rappresentato mediante attraverso il link evidenziato per la soluzione. Anche in tale ipotesi vengono predisposti appositi *format* che si attivano cliccando su *link* postati all'interno della comunicazione fraudolenta o ad esse allegati. Dopo aver predisposto tutti i *tools* utili a carpire informazioni riservate il *phisher* ha infatti bisogno di instaurare un contatto con la vittima per indurre il bersaglio a compiere tutte quelle azioni utili alla cessione di credenziali di accesso e dispositivi al proprio conto on-line.

Vi sono poi ipotesi come nel caso dello "*spear phishing*" in cui l'attacco non è diffuso con tecniche di spamming ma anzi l'attaccante seleziona attentamente la vittima (da qui l'impiego del termine "*spear*"- fiocina) studiandola preventivamente ed acquisendo dati su di essa per poterla poi "agganciare" con comunicazioni mail maggiormente credibili perché più dettagliate.⁸ L'attacco, poi, si completa con la determinazione della vittima, poco avveduta, di ritenere vero il messaggio ricevuto e quindi procedere alle azioni di soluzione al problema che le vengono proposte.

In conclusione, quindi, un attacco di *deceptive phishing* ha successo unicamente se la vittima cade nell'inganno predisposto dall'attaccante e quindi si determina a cedere dati e informazioni all'interno dello scenario di frode che le viene propinato. Infatti, l'allarme procurato dalla finta comunicazione e-mail o dal messaggio sms o dal contatto telefonico, a seconda dello strumento di comunicazione scelto, induce il soggetto target a tentare di risolvere il falso alert ponendo in essere proprio quel comportamento che il *phisher* si aspetta e che ha pianificato attentamente con la predisposizione di *link*, *format* e *tools* utili a rendere credibile l'interazione ed il contesto in cui la frode si svolge.

Dalla disamina che prede emerge il netto tratto distintivo tra i due attacchi in esame in quanto nell'attacco M.I.T.B. non si è in presenza di comunicazioni *randomizzate* bensì di un malware capace di infettare la macchina in uso alla vittima e spiare le comunicazioni da questa inserite nel browser per poi prendere il

⁸ G. Sbraglia, *Op. Cit.*, cap 6.3.

comando delle operazioni di pagamento una volta avviata una sessione con la propria banca, senza che sia necessaria alcuna interazione diretta con la vittima. Sebbene entrambe le ipotesi in esame giungano al fine ultimo di carpire dati riservati e credenziali bancarie al soggetto colpito, non sfugge la maggiore complessità dell'attacco M.I.T.B., in quanto capace di operare in tempo reale nella sessione bancaria volontariamente aperta dall'utente con il proprio istituto di credito. Valutando infatti le ordinarie fasi preparatorie di un attacco informatico vediamo che al M.I.T.B. non è richiesto di intrattenere contatti preliminari con la vittima, né indurla ad una cessione volontaria dei dati, ma anzi richiede un minore impiego di tecniche di *social engineering* le quali operano unicamente nella fase iniziale con cui viene infettata la macchina dal *malware*.

Occorre, però, dare atto anche di una trasformazione delle ipotesi *classiche* di phishing, che col tempo hanno generato forme più aggressive di tale attacco. Forme che potremo definire “ibride” poiché sommano a sé caratteristiche di diverse tipologie di attacchi phishing. L'attenzione può essere posta verso le tipologie di phishing che impiegano l'utenza telefonica per la veicolazione del messaggio quali lo *smishing* ed il *vishing*.

Il tratto distintivo dello *smishing* (*sms-phishing*) risiede nell'uso di sms per l'invio di messaggi in grado di indurre le vittime a chiamare un numero telefonico o accedere ad un sito, al fine sempre di risolvere un problema. Anche tali tecniche di *social engineering* sono unicamente funzionali a carpire dati riservati alla vittima con risponditori automatici o format del tutto simili agli originali cui fanno riferimento.⁹ Il *vishing* (*phishing-vocale*) si verifica, invece, «quando un truffatore crea un sistema vocale automatizzato (o manuale) per fare chiamate vocali verso utenti telefonici e chiedere loro informazioni private». «L'intento è lo stesso del phishing di e-mail o dell'SMS phishing (*smishing*): la chiamata vocale crea un senso di urgenza per l'utente che per questo motivo fornisce informazioni riservate».¹⁰

Ciò che rileva è, soprattutto, l'impatto psicologico e la conseguente sensazione di sorpresa e spiazzamento che un simile tentativo di truffa può generare. Pensiamo infatti, alla circostanza in cui in un primo momento ci giunge dall'Hacker un messaggio sul cellulare (*smishing*) che ci richiede una azione, magari artefatto con

⁹ Sul punto P. Tarsitano, *Smishing: cos'è e come funziona il phishing che usa gli SMS come esca*, in www.cybersecurity360.it.

¹⁰ W. Rocchi, *Il vishing e la truffa del “consenso rubato”: cos'è e come difendersi dal phishing vocale*, in www.cybersecurity360.it.

tecniche di spoofing che lo rendono ancor più credibile, generando così una sensazione di allarme alla quale, poco dopo, si somma un contatto telefonico (*vishing*) che crea un rafforzamento psicologico nella ipotetica veridicità del problema.

Se a quanto descritto viene aggiunto l'impiego di tecniche di falsificazione dell'identificativo del numero chiamante o del numero mittente i messaggi sms (c.d. *spoofing – caller ID spoofing*)¹¹ possiamo concludere come la vittima sia maggiormente indotta a compiere tutte le azioni che le vengono richieste con una conseguente riduzione della propria soglia di vigilanza.

In tale ottica assume assoluto rilievo soprattutto il contenuto stesso del messaggio, veicolato anche attraverso la conversazione telefonica (*vishing*), reso sempre più efficace da scelte terminologiche appropriate, linguaggio tecnico e chiaro idoneo a far credere alla vittima di stare parlando con un vero operatore dell'intermediario bancario. Certezza che, infine, può essere ulteriormente rafforzata anche dalla conoscenza da parte del truffatore di alcuni dati personali della vittima, elemento quest'ultimo idoneo a scardinare ogni resistenza verso il *phisher*.

Sebbene tali nuove forme “ibride” di phishing siano caratterizzate da una maggiore complessità del paradigma di attacco portata dall'impiego sinergico di più tecniche di ingegneria sociale nonché l'impiego di maggiori fattori informatici, occorre ulteriormente confermare come in esse resti sempre centrale la interlocuzione dell'attaccante con la vittima, volta a porre in essere una cooperazione che, invece, nell'attacco M.I.T.B. è del tutto assente in quanto l'attaccante ottiene credenziali e codici all'interno di uno schema di attacco più complesso e privo di prodromici contatti con il target. Nel M.I.T.B., infatti, l'attacco ha una matrice prettamente informatica tranne un primo iniziale momento in cui la vittima viene indotta a scaricare il *malware* solitamente nascosto in una utilità di sistema o un allegato ad una mail. Da lì in poi l'hacker sarà totalmente indipendente nelle azioni, ingannando l'internauta con falsi ambienti informatici e problemi tecnici.

Un tratto distintivo che quindi permane rispetto non solo ai più classici attacchi di *deceptive phishing* ma anche rispetto alle nuove c.d. nuove forme “ibride” di *phishing* certamente più aggressive rispetto all'archetipo classico.

¹¹Sul tema, voce “spoofing” in wikipedia.

3. Un elemento distonico dell'attacco M.I.T.B.: la convalida dell'operazione da parte del cliente.

L'utente al fine di porre in essere una operazione con modalità telematiche sul proprio conto on line deve seguire una serie di passaggi. Il primo di essi è quello della autenticazione presso il proprio account bancario. Autenticarsi significa provare la propria identità a livello digitale e di conseguenza confermare la nostra identità attraverso l'inserimento di codici riservati in nostro possesso e che soltanto noi conosciamo¹². Si procede così a trasformare l'identità fisica del soggetto in una identità digitale rappresentata attraverso l'inserimento di codici riservati e, pertanto, esposta al rischio di "furto di identità." Sarà, infatti, sufficiente entrare in possesso dei fattori utili alla autenticazione per rappresentarsi falsamente al sistema di home banking come il soggetto a ciò legittimato.

Altro passaggio determinante è quello dell'autorizzazione dell'operazione dispositiva, posto in essere con l'inserimento di un fattore "dinamico" generato e legato temporalmente all'operazione stessa. Gli attacchi informatici operano a diverso livello proprio su tali fasi generando distonie in segmenti specifici di essi ed essendo, così in grado di bypassare i presidi di sicurezza predisposti dal gestore di servizi.

Al fine di contenere tale rischio, che appare purtroppo fisiologico all'uso di strumenti di pagamento, prima la Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (Payment Services Directive – PSD)¹³ e, successivamente, la Direttiva (UE) 2015/2366 del 25 novembre 2015 (Payment Services Directive – PSD 2)¹⁴, con la connessa normativa attuativa, hanno tra l'altro rafforzato proprio il sistema di sicurezza delle transazioni on line. Viene infatti individuato nella Strong Customer Authentication (SCA), una nuova modalità di autenticazione che rispetto alle precedenti, di tipo statico e monofattoriale, si basa invece sulla verifica di almeno due fattori di diversa natura per il riconoscimento dell'utente sia al momento dell'accesso al conto on line che per la riferibilità al medesimo di un'operazione di pagamento. La direttiva Europea PSD 2 infatti ne prescrive l'obbligo quando il cliente esegue l'accesso al proprio

¹² G. Sbaraglia, *Autenticazione a due fattori: cos'è, come e perché usarla, anche alla luce della PSD2*, in <https://www.cybersecurity360.it/soluzioni-aziendali/autenticazione-a-due-fattori-cose-come-e-perche-usarla-per-google-facebook-instagram-e-altri/>.

¹³ In eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32007L0064.

¹⁴ In eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366.

conto, dispone pagamenti o effettua qualsiasi altra azione tramite canale telematico o a distanza soggetto a rischio di frodi.¹⁵

Il rafforzamento della sicurezza di questa forma di autenticazione quindi risiede proprio nella multifattorialità che la caratterizza e, soprattutto, nella indipendenza dei fattori in essa coinvolti.

Le specifiche tecniche del processo di autenticazione forte sono state disciplinate a livello europeo, ad integrazione della Direttiva UE n.2015/2366, dal Regolamento delegato UE n.2018/389 del 27 novembre 2017 che ha opportunamente disciplinato le metodiche tecniche di formazione dei fattori che la compongono. Affinché, quindi, si possa essere in presenza di autenticazione forte occorre che siano coinvolti almeno due o più fattori classificabili nelle categorie della conoscenza, del possessore dell'inerenza.

Per conoscenza si intende qualcosa che solo l'utente conoscente come ad esempio una password; per possesso qualcosa che solo l'utente possiede come ad esempio un token o uno smartphone e per inerenza riferita a qualcosa che caratterizza l'utente come ad esempio l'impronta digitale¹⁶.

All'interno di tale processo è determinante l'indipendenza di ognuno di tali fattori, affinché la violazione di uno di essi non infici la validità degli altri soprattutto quando impiegati su dispositivi multifunzionali quali cellulari e tablet. L'impiego di tali fattori comporta la generazione di un codice di autenticazione accettato una sola volta dal prestatore di servizi nel momento in cui l'utente accede al proprio conto on line o dispone su di esso una operazione.

A presidio della sicurezza di tale processo vi è l'ulteriore prescrizione che il codice di autenticazione così generato si riferisca specificatamente all'importo dell'operazione disposta ed al suo beneficiario con la conseguenza che qualsiasi modifica dell'operazione invaliderà il codice generato per essa.

L'autenticazione forte, quindi, rappresenta uno strumento in grado di garantire la sicurezza delle transazioni telematiche nei termini descritti. Da un punto di vista operativo nell'ipotesi di autenticazione a due fattori dopo aver inserito il primo dei due fattori l'altro, generato dinamicamente, sarà ricevuto nella maggior parte dei casi sulla utenza telefonica cellulare collegata al proprio account bancario via sms

¹⁵ Cfr. art 97 Direttiva 2015/2366 U.E.

¹⁶ G. Sbaraglia, *Autenticazione a due fattori: cos'è, come e perché usarla, anche alla luce della PSD2*, *Cit.*; si veda altresì Considerando 6 e ss. Regolamento delegato UE 2018/389.

o all'interno di token/app. La *One time Password* così generata avrà una durata temporale limitata e, soprattutto, sarà generata nel momento in cui l'utente richiede l'accesso al proprio servizio o una operazione di pagamento. In tale secondo caso la O.T.P. conterrà, come detto, anche gli estremi dell'operazione cui fa riferimento e che la stessa andrà a convalidare.

L'elevato livello di sicurezza garantito dal processo in esame ha portato a ritenere la sua sostanziale invulnerabilità della strong customer authentication alle aggressioni di tipo informatico. Tale opinione ha trovato una iniziale conferma in un risalente orientamento dell'Arbitro Bancario che, ritenuto invulnerabile tale sistema di sicurezza rispetto a quello di tipo statico impiegato in precedenza, presumeva l'ascrizione automatica di colpa grave del cliente nella causazione di truffe telematiche. Tesi successivamente superata dall'importante intervento del Collegio di Coordinamento ABF che, esaminando le richiamate distinzione tra attacchi phishing e attacchi *Man In The Browser*, ha in particolar modo valorizzato il continuo progresso informatico dei nuovi cyberattacchi¹⁷. Ed infatti la decisione ha il pregio giuridico di muovere proprio dalla valutazione della maggiore aggressività dei nuovi attacchi informatici esaminati dalla prassi giurisprudenziale dell'Arbitro che, pur confermando la sicurezza dell'autenticazione a più fattori, non permette più l'automatismo deduttivo della ascrizione di colpa grave all'utente in caso di operazioni fraudolente. Ciò proprio alla luce dell'evoluzione sul piano tecnico ed informatico di tali nuove aggressioni e della loro capacità offensiva, ritenuta centrale dal Collegio di Coordinamento nella valutazione della condotta della vittima.

I nuovi attacchi informatici come ad esempio il *Man In The Browser* presentano, infatti, un maggiore grado di complessità, tale da non permettere all'utente di percepire tempestivamente la frode in atto a suo danno grazie ad un vero e proprio *illusionismo informatico*¹⁸ in grado di rendere l'attacco del tutto impercettibile. Con evidenti ricadute anche sulla valutazione della condotta tenuta dalla vittima in occasione della frode stessa. Più correttamente, infatti, nel caso del *Man In The Browser* non siamo in presenza di un *cyber attack* caratterizzato da una violazione

¹⁷ Cfr. ABF, Collegio Milano, decisione nn. 2658/2011, 2103/2013, 1462/2012; ABF, Collegio di Coordinamento, decisione n. 3498/2012.

¹⁸ Cfr. ABF Collegio di Napoli decisione n. 8400/2019.

della sicurezza sistema di autenticazione, ma di un attacco che invece aggira tale presidio attraverso l'impiego di tecniche di *social engineering* complesse ed evolute. Tornando quindi ad esaminare questa forma di attacco informatico notiamo come l'operazione di pagamento fraudolenta viene predisposta ed eseguita interamente dall'hacker che, avuto accesso al conto della vittima con modalità intrusive impercettibili grazie a malware spia, porterà a termine la stessa con il corretto inserimento anche delle password monouso (OTP) generate in piena conformità alla normativa di settore sulla sicurezza delle operazioni telematiche.

In tale ultimo passaggio, l'inserimento da parte della ignara vittima, del codice OTP all'interno della *fake page* predisposta dall'attaccante potrebbe essere letto come una cessione colpevole di dati e quindi come un contegno gravemente negligente dell'utente, con conseguente impossibilità per quest'ultimo di ottenere il rimborso delle operazioni disconosciute.

Una simile valutazione, però, però non terrebbe conto della complessiva capacità dell'attacco M.I.T.B. di indurre l'utente di servizi di pagamento a ritenere di essere all'interno del proprio ambiente di home banking e di stare operando in totale sicurezza. Occorre infatti ricordare che la pagina civetta su cui l'hacker carpisce credenziali e codici differisce da quella genuina dell'intermediario unicamente per il suo protocollo che, come osservato dal Collegio di Coordinamento ABF, è indicato come un semplice HTTP anziché HTTS (cioè sicuro/protetto). Un dettaglio che potrebbe essere ignorato anche dal più scrupoloso degli utenti. La realtà che quindi deve essere valutata è quella che viene rappresentata *a video* dall'attaccante alla vittima durante le varie fasi della frode in esame.

Soccorre in tale ricostruzione il Considerando n. 72 alla Direttiva PSD 2 il quale afferma che al fine di valutare la eventuale negligenza o grave negligenza dell'utente di servizi di pagamento in occasione della frode subita, dovrebbero essere prese in considerazione tutte le circostanze che hanno caratterizzato l'attacco.

Da ciò discendono le perplessità circa il possibile avvicinamento del *Man In The Browser attack* alle ipotesi di cessione colpevole di codici tipiche del c.d. phishing classico, proprio in considerazione della diversa metodica con la quale gli stessi vengono acquistati dall'attaccante.

La cessione nell'attacco in oggetto non avviene attraverso una richiesta alla vittima con falsi *form*, bensì con tecniche informatiche aggressive ed impercettibili

anche per il più attento utente. Depone a favore di tale tesi un ulteriore importante elemento: le modalità di disposizione dell'operazione fraudolenta.

Nei casi di attacco M.I.T.B., infatti, le operazioni sono portate a termine attraverso istruzioni impartite dall'hacker direttamente dal PC della vittima. Ciò grazie al sistema intrusivo impiegato che, infettando il computer dell'utente, permette all'hacker come detto di assumerne il controllo. Le operazioni saranno, pertanto, disposte dall'indirizzo IP della vittima e non da altro indirizzo come nel caso del phishing classico. Questo elemento fa emergere ancor più la irrilevanza della corretta conclusione di operazioni autorizzate con OTP-password quale elemento di colpa grave della vittima, in quanto è del tutto evidente che nel *Man In The Browser* non è l'utente ad inserirle nel reale ambiente di home banking. Difetta, pertanto, quel contegno gravemente colposo dell'utente che incautamente cede volontariamente i codici all'attaccante in quanto nell'attacco in esame gli stessi vengono carpiri con un inganno informatico del tutto impercettibile e le successive operazioni sono disposte direttamente dal truffatore sul PC della vittima stessa.

Le considerazioni sin qui svolte inducono a ritenere come la esecuzione dell'operazione da parte della vittima di attacco M.I.T.B. non sia un elemento distonico dal quale far discendere contegni negligenti o colposi della vittima, ma anzi rappresenti il tratto caratteristico di tale attacco dal quale discenderebbe semmai l'incolpevole affidamento che l'utente ha riposto nella pagina web civetta con la quale ha interagito.

E grazie a tale artificio informatico ed al finto ambiente di home banking che lo stesso è capace di riprodurre, che l'hacker otterrà non solo il controllo del PC ma anche del conto della vittima, disponendo le operazioni dall'indirizzo IP e dal computer della stessa. Circostanza che ove correttamente esaminata non permetterà di attribuire l'esecuzione e autenticazione delle operazioni all'utente colpito da attacco M.I.T.B., anche se presidiata da autenticazione forte.

Ed Infatti l'elevato livello di complessità informatica dell'attacco *Man In The Browser* anziché violare tali fattori li aggira agendo sulla captazione sia delle credenziali statiche che di quelle dinamiche, senza che l'inserimento di esse nella *fake page* integri cessione volontaria o colposa di codici da parte della vittima. Elemento quest'ultimo che di fatto allontana il caso in questione dalle ipotesi di phishing.

4. La responsabilità dell'utilizzatore di servizi di pagamento: l'assenza di colpa grave o dolo nella condotta dell'utente vittima della truffa informativa "man in the browser".

Un elemento di fondamentale importanza nell'analisi della responsabilità della vittima nella causazione del danno da frode informatiche è certamente la complessità dell'attacco da essa subito. Nel caso del *Man In The Browser* occorre nuovamente evidenziare la complessità del paradigma di attacco e delle modalità intrusive in esso impiegate. Modalità che come detto sfruttano un *malware* spia capace di rendere impercettibile la consumazione della truffa in danno alla vittima creando anzi delle illusioni informatiche capaci di impedirle pronte controffensive. Posta tale premessa occorre dare atto un diverso approccio rilevabile nella giurisprudenza di merito e di legittimità rispetto a quello invece formatosi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario.

Mentre infatti la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto approcciare l'esame della responsabilità legata al verificarsi di truffe informatiche soprattutto dal lato dell'intermediario, esaminando gli obblighi di condotta delle parti coinvolte in un operazione di pagamento e gli obblighi di sicurezza imposti sul prestatore di tali servizi affermando come corretta l'allocazione di questi ultimi sull'intermediario, l'Arbitro Bancario ha invece incentrato la propria analisi, visto anche il più ampio numero di casi giudicati, sulla ricostruzione dei singoli casi di attacco, individuandone i caratteri tipici di ognuno e soprattutto valutando all'interno delle singole fattispecie gli obblighi di condotta cui l'utente è tenuto. Obblighi che da un lato fanno riferimento alla corretta custodia dei codici di accesso al sistema e dall'altro al loro corretto utilizzo. Muovendo dall'esame della Giurisprudenza ordinaria si osserva come la Suprema Corte abbia di fatto espresso un *favor* verso l'utilizzatore di pagamenti elettronici. Trova conferma tale impostazione nell'affermazione del principio, ormai consolidato, che pone a carico dell'istituto di credito il rischio legato ad operazioni poste in essere con collegamenti telematici, poiché rientrante nell'area del rischio professionale del prestatore di servizi di pagamento. Il pericolo cui si fa riferimento è quello legato alla possibilità di utilizzazione di codici di accesso al sistema da parte di terzi non autorizzati, che ben potrà essere contenuto, secondo la Suprema Corte, dalla predisposizione di preventive misure che permetteranno di ricondurre le operazioni alla effettiva volontà del cliente. Diviene pertanto centrale per l'intermediario, in caso di

operazioni non autorizzate dal cliente, l'obbligo di provare la riconducibilità delle operazioni al correntista.¹⁹ A tali premesse fa seguito l'affermazione dell'obbligo sempre per il prestatore di servizi di pagamento di una diligenza di natura tecnica che prende a parametro la figura dell' "accorto banchiere".²⁰ Nella prestazione di servizi di pagamento è indubbio, infatti, che l'intermediario nella sua qualità di contraente professionale sia tenuto alla esatta conoscenza degli attacchi informatici che possono rappresentare delle criticità per tale sistema e quindi porre in essere quanto necessario al fine di garantire sempre una sicurezza adeguata alla evoluzione di tali frodi.²¹

Emerge pertanto un rafforzamento della tutela dell'utilizzatore di tali servizi, del tutto in linea con la normativa dettata dal D. lgs. n.11/2010 in recepimento delle direttive europee PSD e PSD 2, motivata anche nell'orientamento della Corte di Cassazione dalla necessità di garantire proprio la fiducia della clientela nella sicurezza del sistema stesso data.

Diversamente dall'approccio della Giurisprudenza di legittimità, quella dell'Arbitro Bancario ha invece incentrato la propria analisi sulla ricostruzione delle singole ipotesi di truffa, tracciandone i caratteri distintivi e peculiari di ognuna e, come detto, ponendo l'attenzione non solo agli obblighi di condotta e sicurezza dell'intermediario ma anche su quelli dovuti dall'utente e sulle concrete condotte tenute da quest'ultimo in occasione della frode.

Per quanto attiene all'attacco *Man In The Browser*, occorre dare atto come un importante decisione del Collegio di Coordinamento ABF sia intervenuta a comporre un contrasto formatosi all'interno dei propri Collegi in merito a tale attacco, tracciandone per la prima volta i tratti distintivi con importanti ricadute anche sul tema della responsabilità della vittima nella causazione dell'evento.

Il citato contrasto muove da un risalente orientamento formatosi nel Collegio Milanese che, risaltando la sicurezza dell'autenticazione a più fattori ("*Strong Care Authentication*"), deduceva in presenza di fattore di sicurezza una automatica colpa grave dell'utente nel caso di captazione dei codici dispositivi dell'operazione. Il

¹⁹ Cass. Civ. sez. VI Ord. del 12.04.2018 n.9158 in Ridare.it; Conforme: Cass. Civ. Sez.I, Sent. del 03.02.2017 n.2950 in Giust. Civ. Mass. 2017, Cass. Civ. Sez.I Sent. del 23.05.2016 in Resp. Civ. e Prev. 2017,3,850, Cass. Civ. Sez.I Sent. del 19.01.2016 n. 806 in Foro I. 2016,2,I,455.

²⁰ Cass. Civ. Sez. I Sent. del 12.06.2007 n.13777 in Giust. Civ. 2008,12,2933, conforme Cass. Civ. Sez. I Sent. del 19.01.2016 n.806 in Responsabilita' Civile e Previdenza 2017, 1, 216, Trib. di Roma Sez. X Sent. del 31.08.2016 n.16221 in Resp. Civ. e Prev 2017,3,852.

²¹ R. Frau, *Responsabilità civile della banca per operazioni di home banking disconosciute dal cliente*, in Resp.Civ e Prev. F.3,2017, pag. 853B.

fondamento di tale presunzione risiedeva nella ritenuta invulnerabilità di tale sistema di sicurezza anche in presenza dei più recenti attacchi informatici poiché strumento capace di garantire la massima sicurezza informatica al momento.²² In vero una simile impostazione non teneva conto delle concrete modalità operative delle nuove forme di attacco informatico che, come nel caso del *Man In The Browser*, lontane da cessioni colpevoli di dati basate sulla colpevole credulità dell'utente, risultano in grado di captare codici riservati senza violare i parametri di sicurezza del sistema che li ha generati e trasmessi e senza generare allerta nella vittima. Come detto l'operatività dell'attacco in esame risulta estremamente sofisticata in quanto in grado di ricostruire un ambiente di Home banking del tutto simile a quello cui l'utente è visivamente "abituato", del tutto indistinguibile rispetto all'originale, utile alla inconsapevole captazione dei codici necessari ad operare sul conto. Occorre inoltre tenere conto anche delle modalità intrusive del *malware* utilizzato da questo attacco informatico che di fatto permette l'accesso dell'hacker al conto corrente della vittima permettendogli di operare in totale autonomia.²³

Le descritte caratteristiche dell'attacco in esame sono state valorizzate da alcune decisioni dell'autorità bancaria suddetta, che si sono allontanate dall'orientamento che valorizzava l'impiego di sistemi di autenticazione "forte" (S.C.A.), ha affermato l'esistenza di nuove forme di rischio per tali sistemi di protezione, dando vita ad un contrasto interpretativo che ha richiesto un intervento compositivo del Collegio di Coordinamento. Muovendo dalla conferma della capacità protettiva dell'autenticazione "forte" il Collegio ha posto la propria attenzione sulla continua evoluzione delle aggressioni informatiche, valorizzando anche il contesto nel quale l'attacco informatico si svolge superando così di fatto l'automatica ascrizione di colpa grave all'utente. La decisione, in tale ottica, traccia per la prima volta la distinzione tra le ormai classiche ipotesi di phishing e la figura del *Man In The Browser*, ricostruendone dettagliatamente differenze e caratteristiche operative ed affermando come tale ultimo attacco <<ha luogo attraverso un sofisticato metodo di intrusione caratterizzato da un effetto sorpresa capace di spiazzare l'utilizzatore, grazie

²² Cfr. ABF Collegio Milano decisione n. 2658/2011, n.2103/2013, n.1462/2012.

²³ Sulle caratteristiche tecniche si veda ABF Collegio di Coord. decisione n.3498/2012 Cit , ABF Collegio di Bari decisione n. 37/2019, ABF Collegio di Milano decisione n. 822 /2014, ABF Collegio di Roma decisione n.2156/2015, ABF Collegio di Napoli decisione n.8400/2019, ABF Collegio di Napoli decisione n. 8206/2016.

alla perfetta inserzione nell'ambiente informatico originale e nella correlata simulazione di un messaggio che a chiunque non potrebbe apparire che genuino, posto che l'unica "differenza" consta, come si è detto, nell'acronimo del protocollo di trasferimento, individuato come un normale "http" e non già come un "https" protetto>>.²⁴ Elemento, quest'ultimo del tutto ininfluenza secondo la decisione in esame in quanto capace di sfuggire all'attenzione di chiunque.

Proprio l'elemento della impercettibilità, unito alla capacità di spiazzamento dell'utente tipica di questa sofisticata forma di attacco induce il Collegio ad escludere qualunque grado di colpa nella vittima, sia di grado grave che lieve, giungendo ad affermare che anche la messa a disposizione di ulteriori fattori di sicurezza quali sistemi di SMS alert, non possa condurre alla deduzione di colpa grave nei riguardi del cliente che non se ne sia avvalso.

Ritenuto ininfluenza anche l'aspetto della presenza di programmi malevoli nel sistema operativo della vittima poiché non valutabile di per sé come indice di negligenza nella custodia del medesimo, la decisione valorizza nuovamente la complessa natura del *malware* impiegato nell'attacco M.I.T.B. e la sua capacità di rimanere inerte sfuggendo a firewall e antivirus installati nel PC.

Si giunge, quindi, ad affermare la totale assenza di colpa nella condotta del soggetto caduto vittima di tale attacco, poiché vittima di una "illusione informatica" in grado di spiazzarlo ed impedirgli tempestivamente di opporre adeguate reazioni.

La decisione del Collegio di Coordinamento, poi, evidenzia anche un importante punto di contatto con i principi espressi dalla Suprema Corte, affermando anch'essa l'obbligo del prestatore di servizi di introdurre tutte le cautele necessarie a prevenire accessi non autorizzati ai servizi di pagamento ricordando inoltre l'obbligo per l'intermediario di verifiche periodiche sulla vulnerabilità dei presidi di sicurezza.

Un ulteriore punto di contatto con la Giurisprudenza di legittimità è poi rilevabile nel principio espresso sempre dal Collegio secondo il quale lo squilibrio di responsabilità nascente dal dettato normativo del D. lgs. n. 11/2010 si fonda sulla maggiore capacità economica del prestatore di servizi di sostenere il rischio connesso all'impieghi di strumenti di pagamento, vista l'impossibilità di una

²⁴ ABF Collegio di Coord. dec. Cit., Conformi: ABF Collegio Roma decisione n. 1362/2019, ABF Collegio di Bologna decisione n. 778/2019.

sicurezza assoluta dei medesimi. Una affermazione che recuperando il tema del rischio legato alle operazioni concluse con canali telematici già espresso dalla Suprema Corte, ne amplia la portata legandolo anche ad un ulteriore importante elemento: la continua promozione di servizi di pagamento. Viene affermato infatti dal Collegio che «*l'addossamento del rischio all'intermediario appare vieppiù giustificato dalla forte incessante promozione all'uso di tali strumenti posta in essere dal mondo bancario, in ciò aiutato anche da un sistema legislativo che sempre più ne impone l'adozione.*»²⁵

Da quanto esposto emerge come le caratteristiche che sono proprie dell'attacco *Man In The Browser* non permettono di ritenere colposa la condotta della vittima caduta in un impercettibile “tranello”, reso possibile da un “illusionismo informatico”²⁶ attraverso il quale la vittima sarà condotta a tentare un'operazione che in realtà non avrà seguito in quanto la pagina su cui opera avrà come conseguenza quella di comunicare i suoi dati riservati al portatore dell'attacco a sua totale insaputa.²⁷ La valorizzazione anche dell'aspetto emotivo in cui l'intera operazione fraudolenta si svolge permette di comprendere proprio l'impatto che tale tipologia di attacco crea sulla vittima. Ed infatti, come già detto, la circostanza che nel *Man In The Browser attack* la comunicazione dei dati da parte della vittima è dovuta al fatto che la stessa sia realmente persuasa o del problema di sicurezza incontrato al momento dell'accesso all'account bancario oppure di stare operando nel reale ambiente di home banking anziché su di una *fake page*. In vero proprio l'elemento psicologico descritto porta l'utente ad un affidamento incolpevole verso la schermata video cui si trova davanti e nella quale ripone fiducia. Si tratta di quell'effetto di spiazzamento, enunciato proprio dalla richiamata decisione e recepito anche in recenti decisioni dei singoli Collegi dell'Arbitro Bancario, che non permette alcuna razionale valutazione alla vittima ma anzi la induce all'inserimento dei dati nella sicurezza e operando in totale sicurezza sul proprio ambiente informatico bancario. Resta in ogni caso la valorizzazione anche nella giurisprudenza dell'Arbitro bancario dell'obbligo per l'intermediario di fornire la prova della colpa grave del cliente e l'insussistenza di malfunzionamenti nelle fasi di autenticazione e corretta registrazione dell'operazione contestata secondo la

²⁵ V. ABF, Coll. Coord. dec. *Cit.*

²⁶ V. ABF Collegio di Napoli, decisione n.8400/2019.

²⁷ V. ABF Collegio di Milano, decisione n. 822/2014 *Cit.*, Conforme ABF Collegio di Roma n. 2156/2015.

disciplina di settore con riferimento agli artt. 10 e 10 bis del Decreto citato. Colpa che come detto non può essere ravvisata neanche in grado lieve nell'ipotesi dell'attacco *Man In The Browser*.²⁸

²⁸ Cfr. ABF Collegio di Roma decisione n. 1363/2014, ABF Collegio di Milano decisione n. 577/2019. Conforme ABF Collegio di Milano n.3857/2013, ABF Collegio di Roma decisione n. 511/2015, ABF Collegio Napoli decisione n.8206/2016, ABF Collegio di Milano decisione n.3119/2019, ABF Collegio di Bologna decisione n. 2772/2020.

Il misconduct risk nel settore bancario: un'analisi statistico-descrittiva dell'impatto dei relativi costi in bilancio.

Di Pietro Marchetti

This study intends to focus on the evaluation of legal risk (as a component of operational risk) on the solidity and profitability of Italian banks. After a careful review of the literature, we proceeded with the analysis of a sample of 37 Italian banks of various sizes, of which the financial statement documents published between 2016 and 2021 were analysed. Theoretical, but also managerial and regulatory implications arise from the study, with a decisive orientation towards an increase in the monitoring of the evaluation of costs for legal disputes in order to improve the profitability of banks with a view to encouraging greater sensitivity in improving reporting of legal risk for supervisory purposes.

Il presente studio intende soffermarsi sulla valutazione del rischio legale (quale componente del rischio operativo) sulla solidità e la redditività delle banche italiane. A tal fine, dopo un'accurata review della letteratura, si è proceduto all'analisi di un campione di 37 banche italiane di varia dimensione, delle quali sono stati analizzati i documenti di bilancio pubblicati tra il 2016 ed il 2021. Implicazioni di tipo teorico, ma anche manageriale e regolamentare scaturiscono dallo studio, con un deciso orientamento verso un incremento del monitoraggio della valutazione dei costi per contenziosi legali al fine di migliorare la redditività delle banche nell'ottica di incentivare una sensibilità maggiore nel migliorare la rendicontazione del rischio legale con finalità di vigilanza.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rischio operativo: definizione, evoluzione del quadro normativo e possibili interrelazioni con altre tipologie di rischi bancari. – 3. Le determinanti del *misconduct risk* nel settore bancario: review della letteratura. – 4. L'impatto delle controversie legali sui bilanci delle banche italiane: una preliminare analisi statistico-descrittiva. – 5. Focus sulle controversie bancarie in materia di anatocismo. – 6. Conclusioni. – 7. Bibliografia.

1. Introduzione.

Con l'evoluzione del rapporto banca-cliente, sempre più orientato alla massimizzazione della *customer satisfaction*, sono emersi comportamenti negligenti o, comunque, non improntati al rispetto della normativa di riferimento (anche in tema di adeguata informativa, *pre* e *post* contrattuale), tali per cui nel recente arco temporale si sono incentivati i reclami di clienti insoddisfatti della relazione con la propria banca ed i contenziosi legali in ambito finanziario, eventi che rientrano nell'alveo del rischio operativo sotto la denominazione di rischio legale.

La letteratura sul tema del *consumer complaint behavior* nel settore bancario (ben compendiata da Cosma, 2018) è concorde nel ritenere che l'incremento dei reclami – qualora gestiti al meglio dalla banca e sempreché non conseguenti a pratiche opportunistiche da parte del cliente – possa essere percepito come uno stimolo al miglioramento del livello di soddisfazione e, dunque, all'efficienza e profittabilità della banca medesima, con evidenti vantaggi competitivi in termini di *customer retention* e di mantenimento del grado di fiducia, che rappresenta il requisito cardine per la stabilità della singola banca oltre che dell'intero sistema finanziario; di contro, una non corretta e/o onerosa gestione dei contenziosi con la clientela può condurre ad esternalità negative, anche in termini reputazionali.

Tuttavia, sono ancora limitati gli autori che hanno indagato specificatamente la tematica dal punto di vista della rilevazione contabile degli accantonamenti al fondo rischi e oneri, ponendo in evidenza la relazione negativa esistente tra controversie legali e patrimonializzazione della banca.

Stante l'importanza strategica del tema in letteratura nel periodo storico attuale, pertanto, la presente ricerca indaga l'impatto dei costi per controversie legali sui bilanci di un campione rappresentativo di banche italiane, studiate su un arco temporale di sei anni (dal 2016 al 2021), offrendo utili spunti argomentativi per analizzare, in futuro, le conseguenti ricadute sulla solidità patrimoniale.

2. Il rischio operativo: definizione, evoluzione del quadro normativo e possibili interrelazioni con altre tipologie di rischi bancari.

Partendo dalla definizione di “rischio operativo” adottata dalla Banca d’Italia, che individua come tale «*il rischio di subire perdite derivanti dall’inadeguatezza o dalla disfunzione di procedure, risorse umane e sistemi interni, oppure da eventi esogeni. Rientrano in tale tipologia, tra l’altro, le perdite derivanti da frodi, errori umani, interruzioni dell’operatività, indisponibilità dei sistemi, inadempienze contrattuali, catastrofi naturali. Nel rischio operativo è compreso il rischio legale¹, mentre non sono inclusi quelli strategici e di reputazione*» (Banca d’Italia, 2006b, p. 1), sono stati identificati i principali *event type* (a loro volta, ripresi dall’Allegato 9 al Nuovo accordo di Basilea ²) che possono condurre a rilevare perdite operative in banca, come schematizzato in *Tavola 1*.

Tavola 1: Tipologie di eventi di perdita

Categorie di eventi	Definizione
Frode interna	Perdite dovute ad attività non autorizzata, frode, appropriazione indebita o violazioni di leggi, regolamenti o direttive aziendali che coinvolgano almeno una risorsa interna dell’ente creditizio.
Frode esterna	Perdite dovute a frode, appropriazione indebita o violazione/elusione di leggi da parte di soggetti esterni all’ente creditizio.
Rapporto di impiego e sicurezza sul lavoro	Perdite derivanti da atti non conformi alle leggi o agli accordi in materia di impiego, salute e sicurezza sul lavoro, dal pagamento di risarcimenti a titolo di lesioni personali o da episodi di discriminazione o di mancata applicazione di condizioni paritarie.
Clientela, prodotti e prassi professionali	Perdite derivanti da inadempienze relative a obblighi professionali verso clienti ovvero dalla natura o dalle caratteristiche del prodotto/servizio prestato.
Danni da eventi esterni	Perdite derivanti da eventi esterni, quali catastrofi naturali, terrorismo, atti vandalici.
Interruzioni dell’operatività e disfunzioni dei sistemi	Perdite dovute a interruzioni dell’operatività o a disfunzioni/indisponibilità dei sistemi.
Esecuzione, consegna e gestione dei processi	Perdite dovute a carenze nel perfezionamento delle operazioni o nella gestione dei processi, nonché perdite dovute alle relazioni con controparti commerciali, venditori e fornitori.

¹ «*Il rischio legale include varie fattispecie di violazioni di norme, comportamenti illeciti, ricorso a schemi negoziali non conformi agli ordinamenti che possono causare perdite patrimoniali per l’intermediario. Vi rientrano, a titolo esemplificativo, le perdite derivanti da: i) violazioni di disposizioni di legge o regolamentari; ii) ammende e sanzioni pecuniarie derivanti da provvedimenti assunti dall’autorità di vigilanza; iii) operazioni poste in essere in special modo nell’esercizio di attività non tradizionali e con soggetti non residenti, vietate alla controparte da norme di legge o regolamentari; iv) ricorso a schemi negoziali invalidi. Rientrano nella nozione di rischio legale anche le perdite derivanti da modifiche retroattive del quadro normativo nonché quelle conseguenti alla conclusione di accordi transattivi*» (Banca d’Italia, 2006a, p. 4).

² BCBS (2006), pp. 305-307.

Fonte: Banca d'Italia (2006a), p. 31.

In un contesto in continua evoluzione, appare evidente come il rischio operativo possa non trovare manifestazione solo in una delle predette forme, ma discendere anche dalla gestione delle tematiche ambientali (ad esempio, potrebbe derivare da attività di *greenwashing*³ effettuata dalle aziende clienti e che si riflette sugli intermediari che hanno proceduto ad erogare loro finanziamenti o da un'errata divulgazione della reportistica ESG⁴) e dall'evoluzione dei modelli di business delle banche, conseguenti alla c.d. *digital transformation*.

Alla luce della rilevanza sistemica assunta dal rischio operativo, nel corso degli anni è stato sempre più oggetto di studio e analisi da parte delle autorità regolamentari e di vigilanza (in *Tavola 2*, si riporta in un quadro sinottico l'evoluzione normativa in materia), oltre che dalla dottrina che ha indagato non solo le metodologie attuabili al fine di prevedere e ridurre possibili perdite o disequilibri conseguenti al manifestarsi dell'*operational risk*, ma anche le sue correlazioni con altre categorie di rischio.

Tavola 2: Rischio operativo: step normativi

Anno	Tipologia di documenti	Focus
1998	BCBS, <i>Operational Risk Management</i>	Poca attenzione al rischio operativo, pluralità di definizioni con accezione negativa
2001	BCBS, <i>Working paper on the regulatory treatment of operational risk</i>	Prima definizione positiva di rischio operativo e prime discussioni sui metodi di misurazione
2003	BCBS, <i>Prassi corrette per la gestione e il controllo del rischio operativo</i>	Definizione degli <i>event type</i> e delle <i>business lines</i> con l'obiettivo di fornire agli intermediari indicazioni più precise per la definizione e la gestione del rischio
2004-2006	Basilea II, <i>Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali</i>	Definizione definitiva di rischio operativo e introduzione dello stesso all'interno del Pillar 1. Introduzione di tre approcci di misurazione per il calcolo del requisito patrimoniale obbligatorio
2006	CEBS, <i>Guidelines on the implementation, validation and assessment of advanced measurement (AMA)</i>	Linee guida per l'applicazione del metodo AMA
2011	Basilea III, <i>Schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi</i>	Nessun cambiamento dal punto di vista definitorio, maggiore attenzione posta alla misurazione con i metodi avanzati AMA, cambiamento dell'approccio SREP e delle

³ Si tratta del c.d. *ambientalismo di facciata*, con cui le aziende – attraverso strategie di comunicazione ingannevoli – fanno apparire i propri prodotti o servizi eco-sostenibili anche quando, in realtà, non lo sono o comunque non ai livelli pubblicizzati.

⁴ L'acronimo ESG si riferisce ai tre pilastri della sostenibilità per l'Unione Europea: *Environment, Social e Governance*.

	<i>bancari</i>	normative contenute nel Pillar 3
2013	CRR, <i>Capital Requirements Regulation</i>	Indicazioni approfondite sui requisiti e le modalità di applicazione degli approcci di misurazione relativi al rischio operativo
2014	EBA, <i>Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP)</i>	Linee guida per l'applicazione del processo SREP
2017	BCBS, <i>Basel III finalising post-crisis reforms</i>	Nuovo approccio di misurazione SMA che dal 2022 sostituirà gli approcci precedenti
2020	BCBS, <i>Principles for operational resilience</i>	Principi relativi alla resilienza operativa definiti a partire dalle esigenze di <i>business continuity</i> create dalla crisi pandemica

Fonte: Porretta e Santoboni (2022), p. 683.

Una prima interrelazione si rinviene fra rischio legale (una componente del rischio operativo⁵) e rischio di compliance⁶. Nelle “Guidelines on Internal Governance” del 2011 – aggiornate dapprima nel 2017 e, una seconda volta, nel 2021 – l’EBA ha, difatti, elaborato una loro definizione pressoché corrispondente, ad indicare la similarità e quasi perfetta coincidenza fra tali due categorie di rischio; nello specifico, si definisce *compliance risk* «*il rischio attuale o prospettico per gli utili e il capitale derivante da violazioni o inosservanza di leggi, norme, regolamenti, accordi, pratiche prescritte o standard etici in grado di produrre multe, danni e/o annullamenti di contratti e di diminuire la reputazione di un’istituzione*» (EBA, 2011, p. 43).

Una delle possibili interdipendenze fra rischio operativo e rischio di credito, invece, è stata studiata da McNulty & Akhigbe (2014, 2015 e 2017), nel cui contributo empirico è emerso come il rischio di credito possa facilmente trasformarsi in rischio operativo. Politiche di prestito aggressive adottate dagli intermediari possono comportare, infatti, il conseguimento di maggiori utili nel breve periodo, ma sono anche la causa di probabili contenziosi con i clienti.

Uno stretto legame si rinviene anche tra rischio operativo e rischio reputazionale, in quanto eventi della prima tipologia impattano negativamente sulla reputazione di una

⁵ A partire dal gennaio 2001, con la pubblicazione del documento di consultazione sul rischio operativo, a supporto del Nuovo accordo sul capitale (Basilea II), il rischio operativo è definito «*the risk of direct or indirect loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems or from external events*» (BCBS, 2001, p. 2).

⁶ Sul tema, seppur non riferito specificatamente al settore bancario, risulta interessante il contributo di Kurer P. (2015), *Legal and Compliance Risk*, Oxford University Press.

banca, così come con il *cyber risk* alla cui esposizione si affianca una perdita operativa che comporta, sovente, un impatto in termini legali e reputazionali (Porretta e Santoboni, 2022, p. 678).

Viepiù, sussiste una correlazione negativa fra rischio operativo, efficienza dei sistemi di controllo interni, cultura aziendale e *corporate governance*. Alla base della possibile interdipendenza fra tali variabili vi sono le seguenti considerazioni:

- una banca con un sistema di controllo interno efficiente dovrebbe verificare una riduzione dei possibili contenziosi derivanti dalla propria attività;
- una banca con un maggior numero di amministratori indipendenti dovrebbe riscontrare un minor numero di contenziosi e, conseguentemente, un minor valore del rischio operativo;
- la cultura aziendale influenza il quadro in cui operano i manager e, quindi, anche il sistema di controllo interno.

Focalizzando l'attenzione sulla struttura della *governance*, appare di fondamentale importanza non solo la presenza di amministratori indipendenti all'interno del consiglio di amministrazione della banca, ma anche soffermarsi sull'identificazione di specifiche aree di responsabilità da assegnare a ciascun amministratore (Oliveira *et al.*, 2023). Ciò consentirebbe in caso di controversia, grazie anche all'implementazione dei cosiddetti "regimi di responsabilità individuale" (*individual accountability regime*), di poter individuare l'amministratore responsabile della condotta contestata, anziché far ricadere l'intera responsabilità sull'intermediario, in tal modo scongiurando il venir meno della fiducia da parte della clientela bancaria.

In proposito, occorre evidenziare che efficaci sistemi di controllo interni consentono alla banca non solo di ridurre la probabilità di incorrere in rischi che possano comprometterne la stabilità economico, finanziaria e patrimoniale, ma altresì di rafforzare la fiducia di clienti, investitori ed azionisti per i quali l'adeguatezza dei sistemi di controllo interni rappresenterà una garanzia a salvaguardia del proprio patrimonio (Murè, 2021).

Secondo il Comitato di Basilea, uno degli obiettivi primari che le banche dovrebbero raggiungere, al fine di assorbire gli impatti derivanti dalle differenti possibili manifestazioni del rischio operativo, è quello della "resilienza operativa", definita come «*the ability of a bank to deliver critical operations through disruption*» (BCBS, 2021), la cui

soglia di tolleranza è individuabile caso per caso⁷. In tal senso, le banche dovrebbero mirare a garantire l'adempimento delle funzioni critiche, a loro volta definite dal Financial Stability Board (FSB, 2014) come quell'insieme di attività, processi, servizi e relative attività di supporto la cui interruzione risulterebbe significativa per il proseguimento dell'operatività della banca o del suo ruolo nel sistema finanziario⁸.

3. Le determinanti del *misconduct risk* nel settore bancario: *review* della letteratura.

Per contenere i rilevanti costi derivanti dalla manifestazione del rischio operativo (per spese legali, multe e sanzioni impartite dalle autorità di vigilanza e, più in generale, qualsiasi perdita operativa), Eceiza *et al.* (2020) propongono il passaggio da un controllo qualitativo-manuale di tale tipologia di rischio ad un monitoraggio in tempo reale basato sull'analisi dei dati presenti all'interno di ciascuna banca, passaggio che dovrebbe essere accompagnato dall'utilizzo di un team interdisciplinare di professionisti, volto ad affrontare rapidamente e senza indugio le problematiche, le minacce ed i rischi emergenti dalla normale operatività della banca.

In proposito, l'European System Risk Board (ESRB, 2015) ha condotto un'analisi sul c.d. *misconduct risk* nel settore bancario – definito, quale sottocategoria di rischio operativo (nell'ambito del rischio legale)⁹, come il «rischio attuale o prospettico di perdite per

⁷ «In the context of operational resilience, the Committee defines tolerance for disruption as the level of disruption from any type of operational risk a bank is willing to accept given a range of severe but plausible scenarios» (BCBS, 2021, p. 3).

⁸ «Critical functions are activities performed for third parties where failure would lead to the disruption of services that are vital for financial stability and the real economy due to the insurer's size or market share, external and internal interconnectedness, complexity or cross-border activities» (FSB, 2014, p. 4).

⁹ «... conduct risk as part of the legal risk under the scope of operational risk, and in particular to:

a. mis-selling of products, in both retail and wholesale markets;

b. pushed cross-selling of products to retail customers, such as packaged bank accounts or add-on products customers do not need;

c. conflicts of interest in conducting business;

d. manipulation of benchmark interest rates, foreign exchange rates or any other financial instruments or indices to enhance the institution's profits;

e. barriers to switching financial products during their lifetime and/or to switching financial service providers;

f. poorly designed distribution channels that may enable conflicts of interest with false incentives;

g. automatic renewals of products or exit penalties; and/or

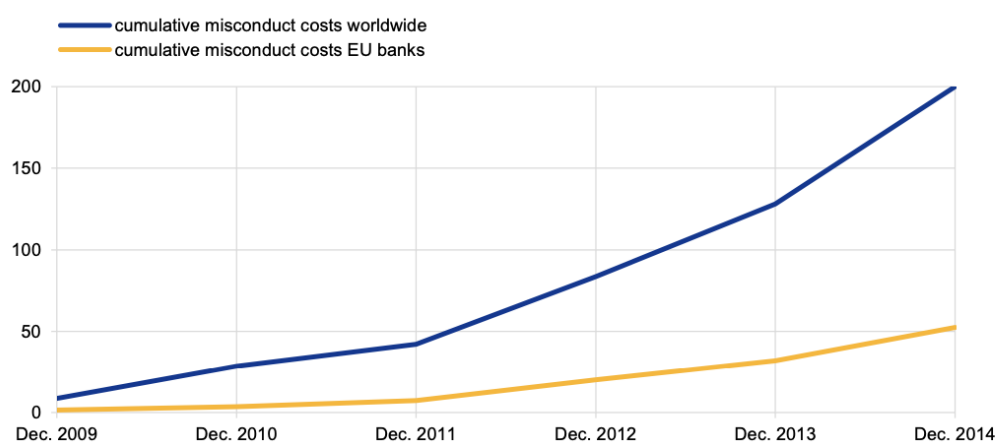
h. unfair processing of customer complaints» (EBA, 2014, p. 97).

un'istituzione finanziaria, conseguenti a un'offerta inadeguata di servizi finanziari, compresi casi di condotte negligenti o fraudolente» (EBA, 2015) –, dalla quale emerge che il valore cumulato assunto dai *misconduct cost* (per multe, sanzioni e costi di risarcimento) è costantemente aumentato tra il 2009 e il 2014, sia per le banche europee (sino a raggiungere circa 50 miliardi di euro) sia a livello globale (pari a 200 miliardi di euro), come rappresentato nel *Grafico 1*.

Grafico 1: Misconduct cost cumulati delle banche, a livello globale ed europeo (2009-2014)

Cumulative misconduct costs for banks since 2009

(EUR billions)



Sources: CCP Research Foundation (<http://conductcosts.ccpresearchfoundation.com/index>), Financial Times, Financial Conduct Authority and ESRB calculations.

Notes: Bank of America, Citigroup, Goldman Sachs, Morgan Stanley, Wells Fargo, Ally financial, SunTrust and JP Morgan Chase & Co. represent US banks, while EU banks are represented by Barclays, BNP Paribas, HSBC, Lloyds Banking Group, Royal Bank of Scotland, Société Générale, Deutsche Bank, ING, Rabobank, Standard Chartered and Santander. Misconduct costs of EU and US banks arising from legal action outside the European Union/United States and the penalties of banks from other countries account for EUR 44 billion.

Fonte: ESRB (2015), p. 12.

Il report ESRB mette in risalto, altresì, le tre componenti dei costi derivanti da una “cattiva condotta” degli intermediari¹⁰, ovvero:

- spese processuali per i reclami/contenziosi in corso, che presentano un notevole assorbimento della liquidità e della redditività delle banche;

Sullo stretto collegamento tra le due tipologie di rischio nell'ambito delle crisi originatesi sui mercati finanziari, con un approfondimento a livello regolamentare oltre che delle relative cause e modalità di gestione, si veda McCormick e Stears (2018).

¹⁰ «In ambito bancario, errori nelle politiche e procedure, comportamenti inadeguati o scorretti delle persone, fallimenti nei sistemi manageriali e di controllo rientrano nel concetto di misconduct e delimitano il conduct risk, che è oggetto di sorveglianza anche da parte delle Autorità di regolamentazione e supervisione» (Carretta e Schwizer, 2021, p. 15).

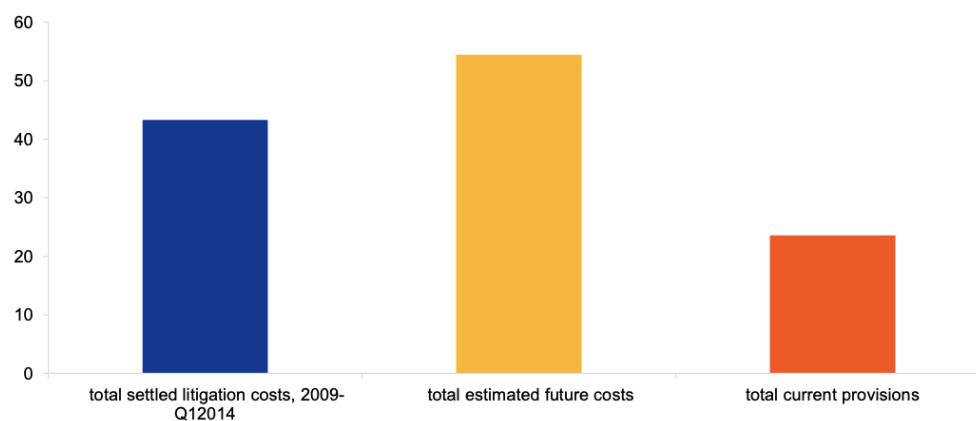
- stima dei costi futuri che l'intermediario prevede dovrà sostenere per far fronte alle sanzioni e ai contenziosi non ancora in essere;
- accantonamenti (*provision*) per far fronte agli adempimenti futuri in termini di spese legali ed eventuali rimborsi.

Nel *Grafico 2* si riporta l'entità assunta da tali componenti, in base all'analisi condotta dall'ESRB sulle banche europee di rilevanza sistemica globale (le c.d. *Global Systemically Important Banks* o G-SIB), da cui si evince come i costi futuri stimati superino sia il valore degli accantonamenti già previsti, sia il totale delle spese processuali per le controversie legali in atto alla data dell'analisi. Al fine di evidenziare l'assorbimento di capitale e di redditività che tali *misconduct cost* comportano, si tenga presente che secondo quanto emerso dal report ESRB, in assenza di tali costi, il valore cumulato degli utili realizzati dalle banche europee G-SIB nel quinquennio 2009-2014 sarebbe stato di un terzo più elevato rispetto a quello effettivamente conseguito nel periodo di analisi.

Grafico 2: Misconduct cost e provision delle G-SIB Europee (2009-2014)

Misconduct costs and provisions of EU G-SIBs

(EUR billions)



Sources: Credit Suisse, Morgan Stanley, Dealogic, Financial Times and ESRB calculations.

Notes: Provisions for Barclays, BNP Paribas, Crédit Agricole and Deutsche Bank are as at mid-2014. Provisions for Société Générale, Royal Bank of Scotland, BNP Paribas, HSBC, ING and Standard Chartered are as at end-2013. The EU G-SIBs UniCredit and Banco Bilbao Vizcaya Argentaria are not included owing to lack of information.

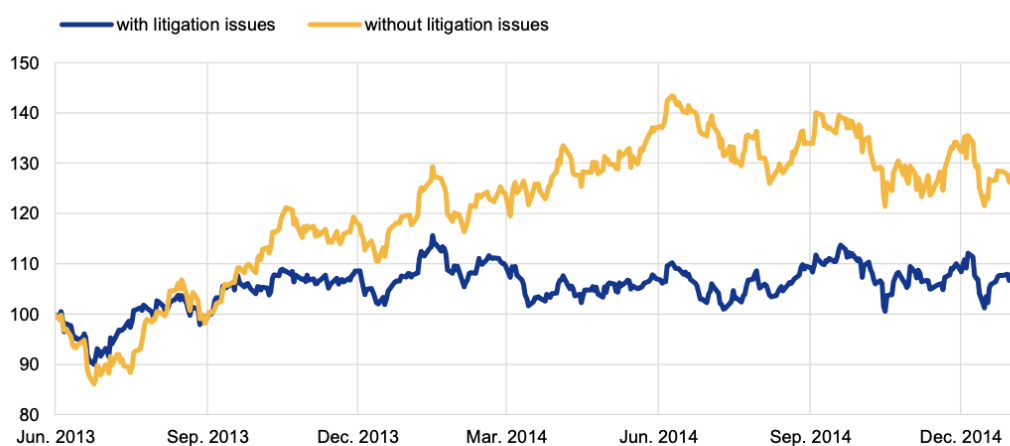
Fonte: ESRB (2015), p. 15.

I costi sopportati dagli enti creditizi per far fronte alle *bank misconduct* non comportano solo un notevole assorbimento di capitale e un freno alla redditività delle stesse banche, ma hanno anche riflessi negativi sulle performance azionarie (Swanepoel *et al.*, 2016; Nguyen *et al.*, 2016). Sempre nel report ESRB, si rinviene un confronto fra performance azionarie realizzate da banche con e senza problemi di contenzioso (*Grafico 3*), che

conferma la possibile correlazione negativa fra performance dei titoli azionari delle banche e avvio di contenziosi bancari; analizzando, ad esempio, il mese di dicembre 2014, si evince come la capitalizzazione di mercato delle banche con controversie in atto sia stata inferiore di circa 54 miliardi di euro rispetto a quella delle banche senza contenziosi pendenti.

Grafico 3: Performance azionarie delle banche con e senza contenzioso (2013-2014)

Banks' share performance with and without litigation issues



Sources: Credit Suisse and Bloomberg.

Notes: EU G-SIBs in the "litigation issues" group are: BNP Paribas, Crédit Agricole, Natixis, Soci t  Générale, Deutsche Bank, HSBC, Barclays, Lloyds Banking Group, Royal Bank of Scotland and Standard Chartered. EU G-SIBs with no pending litigation are: Unicredit, Santander, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria and Nordea.

Fonte: ESRB (2015), p. 16.

Da qui la necessit  di contenere il *misconduct risk* rafforzando la *governance* bancaria ed investendo nella cultura del capitale (Nguyen *et al.*, 2016, Chaly *et al.*, 2017), oltre che attraverso disincentivi alle pratiche di cattiva condotta (Sakalauskaite, 2018), come del resto raccomandato dalle autorit  di vigilanza (FSB, 2015 e 2018), ci  nell'ottica di evitare il propagarsi di crisi sistemiche e l'instabilit  dell'intero sistema finanziario.

Nell'ambito del filone di ricerca che studia le determinanti della "cattiva condotta" degli intermediari, con l'obiettivo di contenerne i costi ed il correlato calo di fiducia della clientela nel settore bancario, Nguyen *et al.* (2016) hanno dimostrato l'efficacia delle funzioni di *monitoring* e di *advising* del consiglio di amministrazione nel ridurre la probabilit  che le banche vengano sanzionate dalle autorit  di vigilanza per il manifestarsi di una *misconduct* – al contempo, mitigandone la gravit  – e che tale accadimento si rifletta sugli azionisti della banca, limitandone la perdita di valore ed il complessivo rischio di portafoglio.

I risultati dell'analisi empirica condotta da Swanepoel *et al.* (2016) consentono di sostenere l'esistenza di un legame circolare tra periodi di recessione economica e crisi finanziaria, aumento della concorrenza tra intermediari, assunzione di maggiori rischi e, quindi, minore performance della banca che, a sua volta, accresce il *misconduct risk* ed i relativi costi, anche reputazionali, con conseguente incremento della perdita di fiducia nel sistema bancario.

Sakalauskaite (2018) ha accertato una correlazione esistente tra pratiche di cattiva condotta e politiche di remunerazione dei manager bancari, a loro volta collegate all'assunzione di maggiori rischi per la banca che comportino in favore degli azionisti un rendimento più elevato nel breve termine. Da tali evidenze emerge l'obiettivo di rafforzare la supervisione regolamentare ed i controlli interni per limitare il *misconduct risk* e, conseguentemente, i relativi costi.

Nonostante l'importanza strategica del tema per i *regulator* e per gli operatori del settore bancario, sono ancora pochi gli autori che hanno indagato specificatamente l'impatto dei contenziosi legali e, quindi, di una insoddisfacente relazione banca-cliente sulla performance bancaria, sotto il profilo delle conseguenze contabili e patrimoniali.

La letteratura esistente, per quanto ridotta e concentrata sui mercati nazionali, traccia la possibile sussistenza di una correlazione negativa fra valore degli accantonamenti al fondo rischi e oneri per controversie legali e solidità della banca. All'interno degli studi analizzati è ricorrente, altresì, l'esistenza di un legame fra fondo rischi legali e debolezza della *governance* bancaria e dei sistemi di controllo interni adottati.

In particolare, con successivi upgrade del proprio lavoro, McNulty & Akhigbe (2014, 2015 e 2017) hanno indagato il mercato statunitense individuando una relazione tra la debolezza del sistema di controllo interni (misurato da un eccesso di costi per controversie legali sostenuti dalle banche nel periodo *pre*-crisi, rivelatore di un incremento del rischio operativo non adeguatamente gestito) e il peggioramento della performance negli anni 2007-2009, in cui le banche hanno subito maggiori perdite su crediti e realizzato rendimenti azionari più bassi.

Tracey & Sowerbutts (2018) si sono concentrati sul mercato UK andando a dimostrare come gli accantonamenti per il *misconduct risk* impattino negativamente sul livello di patrimonializzazione della banca, misurato dal *CET1 capital ratio*, e come ad una variazione negativa di tale indicatore sia associata una maggiore assunzione di rischi

nell'ambito della concessione di prestiti (misurata dal *loan-to-value ratio*), con conseguenze per l'intero sistema bancario in caso di manifestazioni avverse.

Più di recente, con specifico riferimento al caso italiano, Cotugno e Stefanelli (2023) hanno per primi esaminato il legame tra la gestione dei contenziosi arbitrali e le prestazioni di una banca, anche a seconda della diversa forma istituzionale adottata, rilevando che – soprattutto per le banche commerciali e quelle di grandi dimensioni – i reclami presentati ad enti esterni hanno un impatto negativo sulla redditività e contribuiscono ad accrescere il profilo di rischio (misurato dal rating) nel breve periodo, evidenze non riscontrabili (tranne in alcune eccezioni) per le banche cooperative e quelle di ridotte dimensioni. Tra i controlli di robustezza eseguiti dagli autori per testare la solidità dei risultati ottenuti dal modello di regressione, è stato indagato l'impatto dei reclami dei clienti dinanzi all'ABF sia sugli accantonamenti per rischi e oneri (ottenendo un valore positivo e statisticamente significativo), sia sulle ripercussioni in termini di rischio operativo (non rilevando alcun effetto statisticamente significativo sul requisito patrimoniale, motivato dal fatto che solo una ristretta percentuale delle banche campionate adotta la metodologia AMA).

4. L'impatto delle controversie legali sui bilanci delle banche italiane: una preliminare analisi statistico-descrittiva.

Al fine di verificare il peso effettivo dei contenziosi bancari sui bilanci e sulla solidità patrimoniale degli intermediari, è stata condotta una *cross-sectional analysis* ed una *time-series analysis* su un campione statisticamente rappresentativo costituito da 37 banche italiane, esaminandone i bilanci individuali degli esercizi chiusi al 31 dicembre su un arco temporale di sei anni (dal 2016 al 2021).

Sono state prese in considerazione, nello specifico, le seguenti voci di bilancio: Patrimonio netto, Risultato di esercizio, Altri fondi per rischi e oneri – corrispondente alla sottovoce 100 lett. c) nel Passivo dello Stato Patrimoniale – ed Altri accantonamenti netti ai fondi per rischi e oneri – corrispondente alla sottovoce 170 lett. b) nel Conto Economico¹¹ – e quest'ultima, ove disponibile adeguata informativa in Nota Integrativa,

¹¹ Sino all'esercizio 2017 le voci di bilancio esaminate avevano una differente numerazione, rispettivamente, 120 lett. b) del passivo SP e 160 del CE.

è stata esaminata anche al lordo delle c.d. “riattribuzioni di eccedenze”¹², in tal caso – come esplicitato – solo per un campione ristretto di 23 banche.

In particolare, sono state condotte due tipologie di analisi statistico-descrittiva:

- l' *analisi generale* si pone l'obiettivo di verificare il peso del fondo rischi e oneri per controversie legali sul patrimonio netto da bilancio e di determinare quanta parte del risultato d'esercizio, realizzato dall'intermediario, venga assorbito dagli accantonamenti netti per controversie legali/cause passive;
- l' *analisi specifica* è finalizzata ad esaminare il peso assunto dal fondo rischi e oneri per controversie legali sul totale della sottovoce “altri fondi per rischi e oneri” e ad analizzare il peso degli accantonamenti netti per controversie legali/cause passive sul totale della sottovoce “altri accantonamenti netti”.

In *Tavola 3*, si riportano in un quadro sinottico gli indici presi in considerazione per le due tipologie di analisi (generale e specifica), la natura degli stessi (indici assoluti o relativi) e una loro descrizione sintetica.

Tavola 3: Analisi generale e analisi specifica: indicatori

Tipo di Analisi	Indice	Assoluto/Relativo	Descrizione
ANALISI GENERALE	$A/C = \text{Altri fondi per rischi e oneri} / \text{Patrimonio netto}$	relativo	peso delle consistenze del fondo rischi e oneri per controversie legali (sottovoce 100 lett. c del passivo SP) sul patrimonio netto
	$B/D = \text{Accantonamenti netti ai fondi per rischi e oneri} / \text{Risultato d'esercizio}$	relativo	peso degli accantonamenti netti per controversie legali (sottovoce 170 lett. b del CE) sul risultato d'esercizio
ANALISI SPECIFICA	$F.do\ leg./F.do\ tot = \text{Fondo rischi e oneri per controversie legali} / \text{Altri fondi per rischi e oneri}$	assoluto	peso delle controversie legali sul totale fondo rischi e oneri (sottovoce 100 lett. c del passivo SP)
	$Acc.leg/Acc.tot = \text{Accantonamenti per controversie legali (al lordo delle riattribuzioni)} / \text{Tot. Accantonamenti ai fondi per rischi e oneri (al lordo delle riattribuzioni)}$	assoluto	peso degli accantonamenti per controversie legali e cause passive (al lordo delle riattribuzioni) sul totale degli accantonamenti a fondo rischi e oneri (al lordo delle riattribuzioni)

Fonte: elaborazione dell'autore.

¹² La Circolare n. 262 del 22 dicembre 2005 della Banca d'Italia precisa che «Nella presente voce [170] figura il saldo, positivo o negativo, tra gli accantonamenti e le eventuali riattribuzioni a Conto Economico di fondi ritenuti esuberanti, relativamente ai fondi di cui alla sottovoce a) “impegni e garanzie rilasciate” e alla sottovoce c) “altri fondi per rischi e oneri” della voce 100 “Fondi per rischi e oneri” del Passivo dello Stato Patrimoniale».

Le due tipologie di analisi statistico-descrittiva differiscono in relazione al grado di dettaglio adoperato. Nel caso dell'*analisi generale*, è stato riportato l'ammontare degli "altri fondi per rischi e oneri" di cui alla sottovoce 100 lett. c) nel Passivo dello Stato Patrimoniale, all'interno della quale vi è anche (e non solo) la componente inerente alle controversie legali; analogamente, per quanto concerne gli "altri accantonamenti netti ai fondi per rischi e oneri" di cui alla sottovoce 170 lett. b) del Conto Economico, nella quale sono inclusi anche (ma non solo) quelli per controversie legali. Al fine di isolare precipuamente la componente "controversie legali", si è poi proceduto con la disamina della Nota Integrativa ai bilanci d'esercizio di ciascuna banca del campione di riferimento, onde acquisire ulteriori informazioni utili ai fini dell'*analisi specifica*, in tal caso restringendo poi l'indagine – stante la parziale *disclosure* disponibile in bilancio – a 23 banche.

Considerato che gli indici costruiti ai fini dell'*analisi generale* sono relativi, è stato possibile effettuare una loro analisi comparata per il campione di banche analizzato, viepiù, verificandone la variazione percentuale nell'arco temporale preso in considerazione. Inoltre, si è proceduto ad elaborare le seguenti statistiche descrittive: media, deviazione standard, valore massimo e valore minimo. Per quanto concerne l'*analisi specifica*, trattandosi di indici assoluti l'analisi comparata non è consentita, per cui ci si è limitati a formulare alcune considerazioni di massima su alcuni degli enti creditizi campionati.

Orbene, dopo aver riportato in un prospetto di calcolo – per ciascuna banca del campione e per i sei anni di indagine (dal 2016 al 2021) – il valore di quattro voci contabili desunte dai rispettivi bilanci d'esercizio individuali, per brevità indicate con le seguenti lettere dell'alfabeto:

- A: consistenze degli altri fondi per rischi e oneri;
- B: accantonamenti netti ai fondi per rischi e oneri;
- C: patrimonio netto;
- D: risultato d'esercizio;

ed aver terminato la fase di caricamento *data-set*, sono stati calcolati gli indici A/C e B/D (espressi in termini percentuali) e sono state elaborate le statistiche descrittive (media, deviazione standard, valore massimo e valore minimo), i cui risultati sono di seguito riepilogati (*Tavola 4*).

In grassetto sono stati indicati i rapporti B/D positivi (esclusi dal calcolo delle statistiche descrittive per evitare distorsioni), riscontrabili nei casi in cui la banca è in perdita ($D < 0$) o l'accantonamento netto è positivo ($B > 0$), circostanza quest'ultima che si realizza quando le riattribuzioni di eccedenze superano l'ammontare accantonato al fondo rischi e oneri nell'anno di riferimento.

Si è inteso escludere dall'analisi anche alcuni valori B/D anomali (ancorché negativi), nello specifico:

- quelli riscontrati per MPS (-1,18%) e per Banca Agricola Popolare di Ragusa (-65,03%) nell'anno 2016, in cui la banca ha subito una perdita d'esercizio ($D < 0$) e l'accantonamento netto è positivo ($B > 0$), essendosi realizzato uno storno eccedente l'importo accantonato in bilancio;
- quelli riscontrati per BPER Banca nel 2016 (-111,41%), per Banca Sella nel 2017 (-114,34%) e per Banca Imola nel 2018 (-107,40%), in cui gli accantonamenti netti sono stati superiori al risultato d'esercizio conseguito dalla banca;

sempre al fine di evitare che il loro inserimento nel *data-set* comportasse distorsioni/anomalie nel calcolo delle statistiche descrittive.

Tavola 4: Indicatori A/C e B/D (2016-2021)

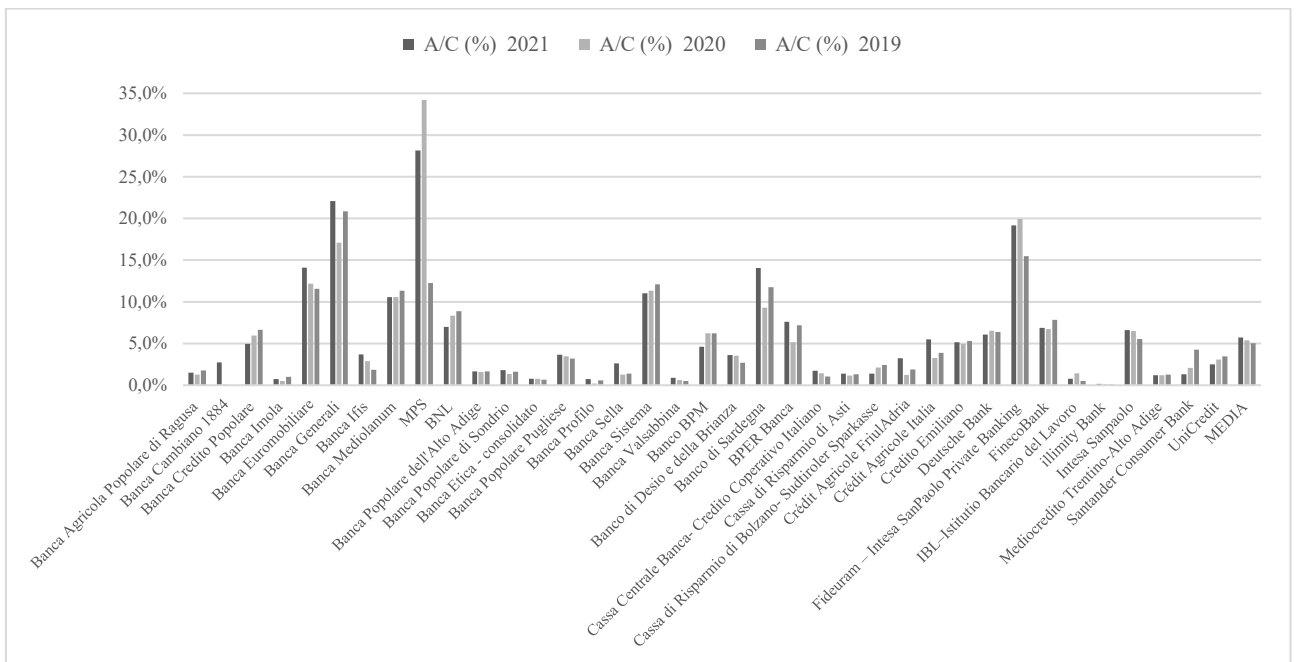
CAMPIONE DI BANCHE	A/C (%)						B/D (%)						
	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2021	2020	2019	2018	2017	2016	
Banca Agricola Popolare di Ragusa	1,51%	1,29%	1,78%	n.d.	1,17%	1,29%	-	15,85%	-49,62%	-0,90%	-10,03%	0,15%	/
Banca Cambiano 1884	2,74%	0,09%	0,03%	0,04%	0,03%	0,18%	-7,88%	-1,43%	0,14%	-0,06%	-0,39%	0,07%	76,38%
Banca Credito Popolare	4,98%	5,95%	6,67%	7,50%	7,08%	2,16%	49,01%	-21,61%	-19,04%	-36,48%	35,38%	73,69%	73,69%
Banca Imola	0,75%	0,52%	0,99%	0,77%	1,11%	1,75%	0,13%	12,23%	-15,53%	/			
Banca Euromobiliare	14,11%	12,17%	11,55%	12,19%	11,06%	13,00%	-	20,06%	-37,95%	-33,69%	-39,92%	-7,99%	35,80%
Banca Generali	22,09%	17,11%	20,85%	25,23%	24,22%	22,35%	-	19,55%	-15,76%	-15,13%	-25,49%	-28,43%	23,97%
Banca Ifis	3,71%	2,87%	1,85%	1,34%	0,98%	0,73%	-	13,35%	-29,84%	-34,49%	-1,01%	-2,03%	-3,10%
Banca Mediolanum	10,58%	10,56%	11,31%	14,87%	14,26%	13,13%	-	-5,79%	-12,05%	-8,85%	-9,91%	-13,47%	12,20%
MPS	28,16%	34,21%	12,26%	13,33%	10,10%	19,91%	-	70,07%	49,94%	13,28%	70,22%	7,51%	/
BNL	7,00%	8,35%	8,86%	9,46%	9,79%	11,52%	-	-7,38%	-19,77%	-14,87%	0,95%	-27,15%	29,61%
Banca Popolare dell'Alto Adige	1,65%	1,59%	1,66%	1,66%	1,92%	1,99%	-	-4,89%	-8,13%	8,54%	-14,78%	-11,08%	-8,70%
Banca Popolare di Sondrio	1,80%	1,35%	1,63%	1,52%	1,56%	1,86%	-	-7,48%	3,86%	-4,34%	2,21%	4,18%	-1,60%
Banca Etica - consolidato	0,80%	0,78%	0,65%	0,45%	2,10%	1,93%	-	-1,58%	-4,23%	-9,00%	13,47%	-17,05%	14,68%
Banca Popolare Pugliese	3,65%	3,48%	3,20%	3,27%	3,25%	3,24%	-	19,74%	-28,32%	-24,22%	-5,69%	-27,23%	16,19%
Banca Profilo	0,72%	0,20%	0,60%	0,26%	0,33%	0,23%	-	0,36%	3,49%	-8,18%	1,94%	-3,77%	95,10%
Banca Sella	2,63%	1,27%	1,37%	1,75%	3,28%	2,42%	-	37,25%	-8,74%	-7,06%	-14,42%	/	16,67%
Banca Sistema	11,01%	11,34%	12,11%	5,93%	4,92%	0,25%	-	-7,31%	-9,86%	-6,54%	-1,47%	-0,03%	0,28%
Banca Valsabbina	0,91%	0,62%	0,52%	0,65%	0,57%	0,56%	-	-3,70%	-2,47%	-0,20%	-0,99%	9,77%	17,73%
Banco BPM	4,61%	6,24%	6,24%	10,83%	6,20%	10,34%	-	-4,31%	229,08%	-6,68%	223,95%	-1,18%	2,63%
Banco di Desio e della Brianza	3,62%	3,54%	2,71%	2,26%	3,27%	4,43%	-	10,10%	-16,56%	0,61%	-3,68%	0,30%	-7,39%
Banco di Sardegna	14,06%	9,30%	11,75%	5,75%	5,05%	5,86%	-	11,47%	-0,69%	3,30%	-11,52%	-48,53%	-7,13%
BPER Banca	7,63%	5,15%	7,17%	4,09%	4,83%	4,08%	-	-6,67%	-6,97%	-3,59%	-5,10%	-11,71%	/
Cassa Centrale Banca-Credito Cooperativo Italiano	1,72%	1,44%	1,06%	1,22%	1,22%	5,32%	-	-3,22%	1,51%	0,66%	-2,87%	-2,50%	39,50%

Cassa di Risparmio di Asti	1,39%	1,15%	1,32%	2,21%	1,40%	1,12%	-3,88%	-16,99%	-3,68%	9,18%	-13,06%	-4,51%
Cassa di Risparmio di Bolzano-Sudtiroler Sparkasse	1,39%	2,14%	2,44%	1,76%	1,39%	1,00%	-3,18%	-17,27%	-14,78%	-14,88%	-8,37%	2,67%
Crédit Agricole FriulAdria	3,23%	1,25%	1,88%	2,81%	2,40%	3,78%	0,03%	-0,37%	-0,67%	-6,73%	-3,35%	-9,50%
Crédit Agricole Italia	5,50%	3,27%	3,88%	4,64%	1,98%	2,66%	55,47%	-4,46%	-2,70%	8,78%	-5,63%	-6,69%
Credito Emiliano	5,16%	4,96%	5,31%	6,17%	6,47%	6,68%	-3,27%	-6,51%	-18,10%	0,95%	-6,65%	-21,96%
Deutsche Bank	6,08%	6,55%	6,37%	4,87%	3,97%	2,31%	-6,63%	76,82%	6,03%	3,23%	-6,22%	14,88%
Fideuram - Intesa SanPaolo Private Banking	19,15%	19,93%	15,46%	16,75%	15,80%	26,67%	-5,84%	-10,92%	-1,61%	-1,34%	-3,95%	-4,29%
FinecoBank	6,87%	6,74%	7,83%	11,40%	15,36%	16,40%	-2,69%	-2,25%	-3,16%	-3,10%	-3,95%	-0,37%
IBL-Istituto Bancario del Lavoro	0,79%	1,43%	0,50%	0,29%	0,05%	0,06%	6,06%	-10,07%	3,27%	-1,67%	-	-
Illimity Bank	0,15%	0,14%	0,09%	1,20%	0,52%	0,64%	-0,74%	-0,02%	0,37%	8,90%	-4,72%	11,73%
Intesa Sanpaolo	6,62%	6,48%	5,54%	6,06%	6,22%	2,56%	-4,16%	-90,62%	-3,03%	-1,35%	-16,77%	-6,13%
Mediocredito Trentino-Alto Adige	1,21%	1,20%	1,28%	1,42%	1,15%	0,81%	-6,17%	-6,42%	-3,26%	-31,16%	-27,03%	63,20%
Santander Consumer Bank	1,31%	2,09%	4,27%	2,14%	3,47%	3,81%	0,01%	-3,12%	-36,22%	-5,23%	-18,61%	17,20%
UniCredit	2,52%	3,08%	3,47%	3,74%	3,30%	9,28%	-1,36%	4,76%	65,79%	-17,43%	-6,23%	7,73%
MEDIA	5,72%	5,40%	5,04%	5,18%	4,91%	5,58%	-11,77%	-15,28%	-11,09%	-10,65%	-11,68%	15,79%
DEVIAZIONE STANDARD	6,45%	6,79%	4,99%	5,63%	5,39%	6,72%	15,31%	18,71%	10,65%	11,48%	11,32%	14,16%
MASSIMO	28,16%	34,21%	20,85%	25,23%	24,22%	26,67%	-0,74%	-0,02%	-0,20%	-0,06%	-0,03%	-0,37%
	MPS	MPS	Generali	Generali	Generali	Fideuram	Illimity	Illimity	Valsabbina	Cambiano	Sistema	Fineco
MINIMO	0,15%	0,09%	0,03%	0,04%	0,03%	0,06%	-70,07%	-90,62%	-36,22%	-39,92%	-48,53%	63,20%
	Illimity	Cambiano	Cambiano	Cambiano	Cambiano	IBL	MP5	Intesa SP	Santander	Enromob.	Sardegna	Medio-TAA

Fonte: elaborazione dell'autore.

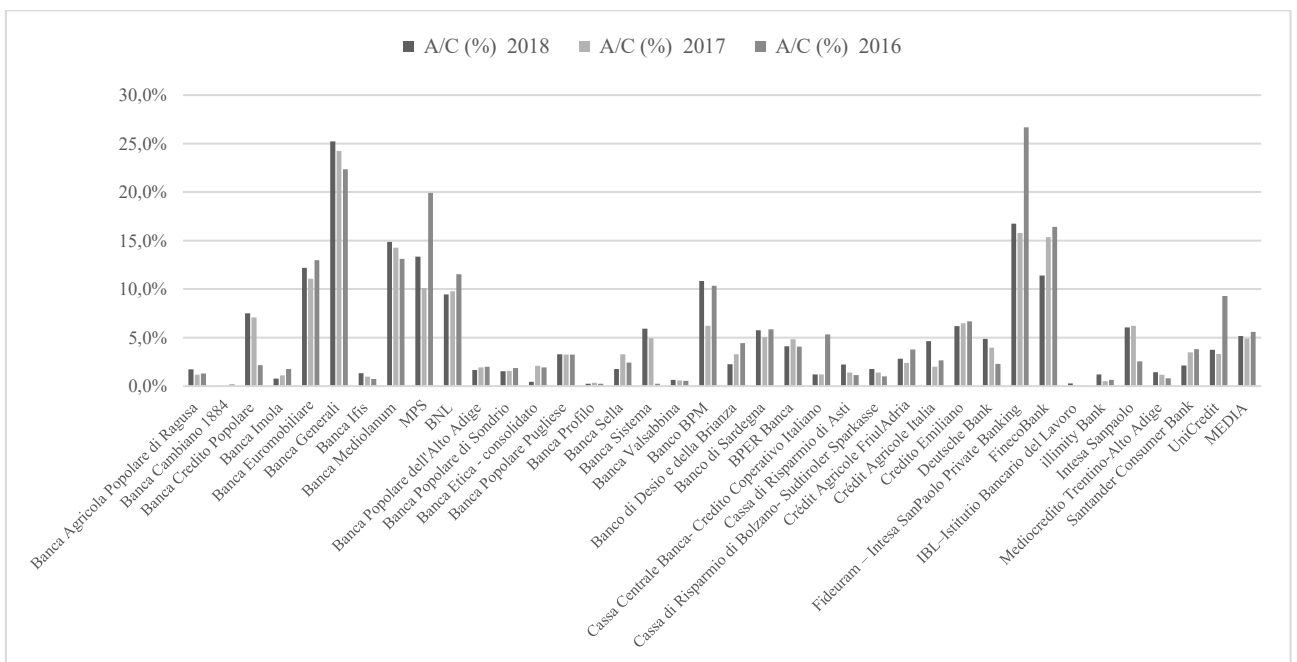
Per una migliore chiarezza espositiva si riporta graficamente, per ogni singola banca del campione, l'andamento assunto dall'indice A/C nel triennio 2019-2021 (*Grafico 4*) e nel triennio 2016-2018 (*Grafico 5*), da cui è possibile constatare come le banche che, nel corso dei sei anni di indagine, presentano il maggior peso delle consistenze del fondo rischi e oneri sul patrimonio netto sono: MPS (28,16% nel 2021, 34,21% nel 2020), Banca Generali (20,85% nel 2019, 25,23% nel 2018 e 24,22% nel 2017) e Fideuram (26,67% nel 2016), i cui picchi massimi potrebbero aver distorto il valore medio dell'indice A/C (approssimato al 5% nell'intero arco temporale dell'analisi).

Grafico 4: Trend evolutivo dell'indice A/C (2019-2021)



Fonte: elaborazione dell'autore.

Grafico 5: Trend evolutivo dell'indice A/C (2016-2018)

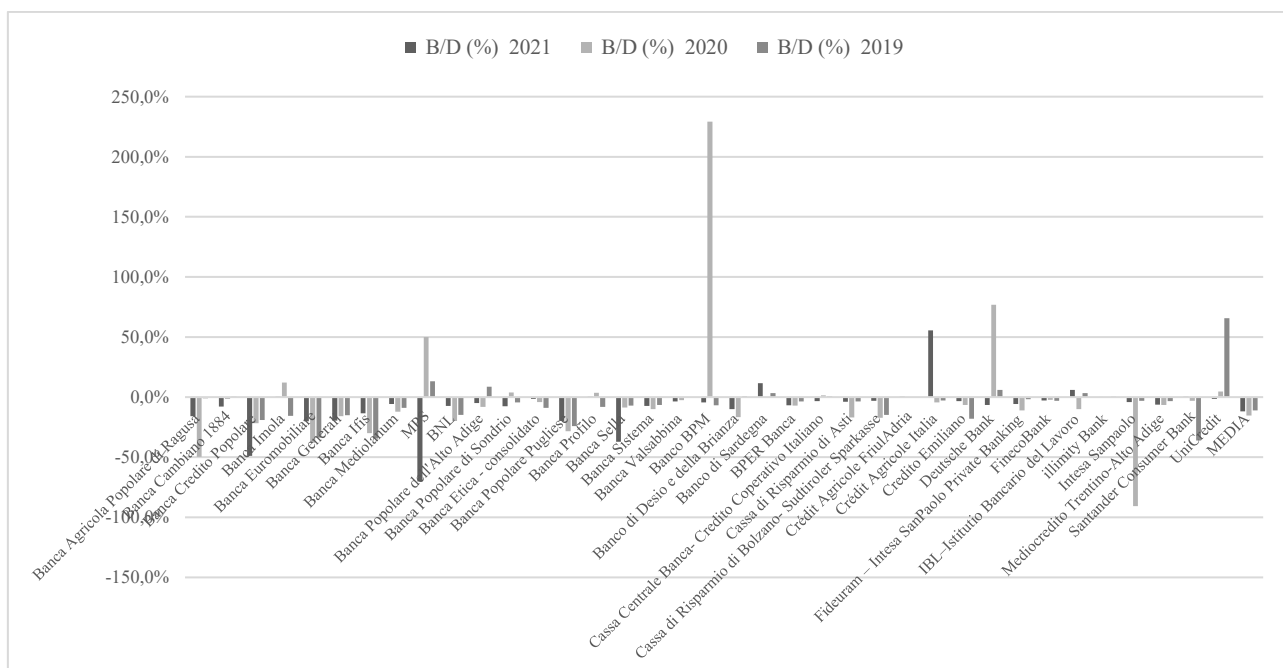


Fonte: elaborazione dell'autore.

Analogamente, per ciascuna banca del campione, si riporta graficamente l'andamento dell'indice B/D nel triennio 2019-2021 (Grafico 6) e nel triennio 2016-2018 (Grafico 7), da cui emerge che le banche con un maggior peso degli accantonamenti netti ai fondi per rischi e oneri (assunti in valore assoluto) sul risultato d'esercizio sono: MPS (70,07% nel

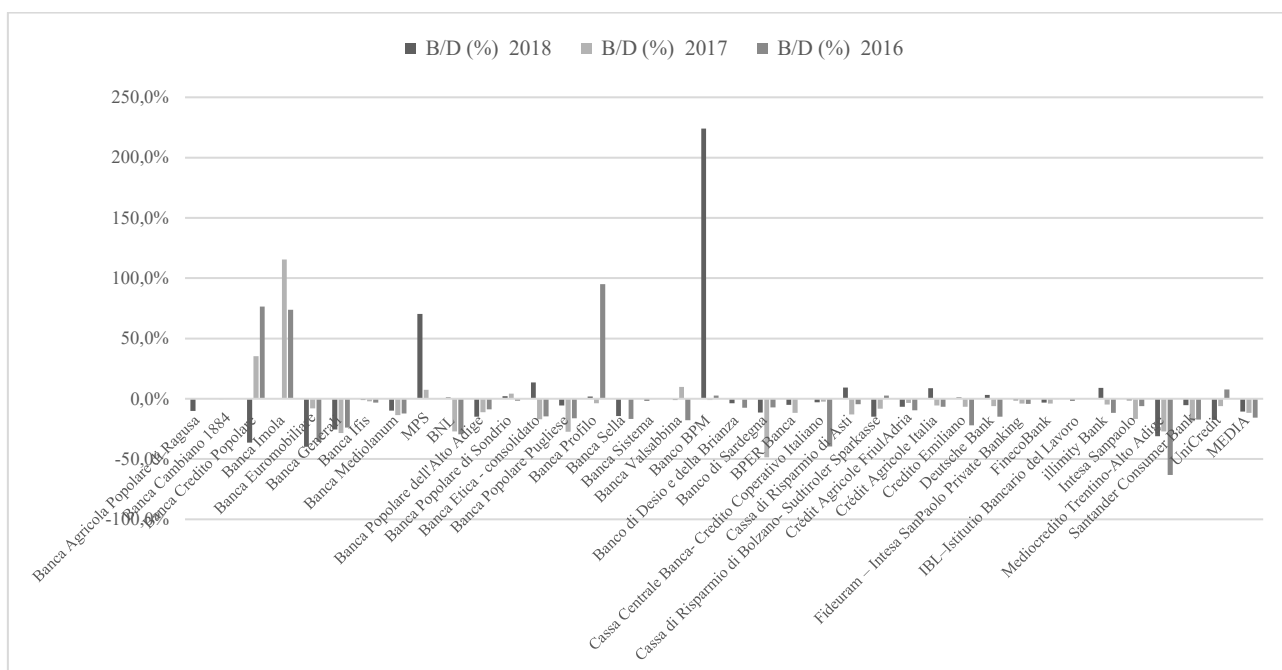
2021), Intesa Sanpaolo (90,62% nel 2020), Santander Consumer Bank (36,22% nel 2019), Banca Euromobiliare (39,92% nel 2018), Banco di Sardegna (48,53% nel 2017) e Mediocredito Trentino-Alto Adige (63,20% nel 2016). Pur senza tener conto dei valori B/D anomali (eccedenti -100%), ma considerando quelli positivi (ancorché non rilevanti per le statistiche descrittive), la rappresentazione grafica consente di rilevare una variabilità decisamente superiore rispetto a quella inerente all'indice A/C, a conferma della maggiore dispersione dei valori rispetto alla media (nell'intorno dell'11-15% nei sei anni di analisi) che, anche in tal caso, risente inevitabilmente dei picchi (positivi e negativi) registrati da alcuni enti creditizi.

Grafico 6: Trend evolutivo dell'indice B/D (2019-2021)



Fonte: elaborazione dell'autore.

Grafico 7: Trend evolutivo dell'indice B/D (2016-2018)



Fonte: elaborazione dell'autore.

Posto che le voci “altri fondi per rischi e oneri” e “accantonamenti ai fondi rischi e oneri” includono non solo importi stanziati per controversie legali ma anche per altre tipologie di rischio, si è reso opportuno effettuare un’*analisi specifica* attraverso cui verificare il peso delle controversie legali sul totale del fondo e degli accantonamenti in questione. Tale verifica è stata condotta esaminando la *disclosure* rinveniente dalla Nota Integrativa di ciascuna banca, per i bilanci degli esercizi dal 2016 al 2021, sino a restringere l’originario campione di indagine a 23 banche per le quali, nell’arco temporale di riferimento, sono disponibili sufficienti informazioni utili alla disamina.

Anche in questo caso, si è dunque proceduto dapprima a caricare il *data-set* riportando in un prospetto di calcolo – per le 23 banche del campione ristretto e per i sei anni dell’analisi – i seguenti ulteriori valori contabili desunti dai rispettivi bilanci d’esercizio individuali:

- nell’ambito della voce “altri fondi per rischi e oneri” (già indagata ai fini dell’*analisi generale*, ivi riportata con la lettera A), l’ammontare dello specifico fondo per controversie legali;
- gli accantonamenti ai fondi per rischi e oneri al lordo delle riattribuzioni di eccedenze (i saldi netti – desunti dagli schemi di bilancio – erano stati oggetto

dell'*analisi generale*, indicati con la lettera B) e, all'interno di tale voce, quelli specifici per controversie legali e cause passive.

Successivamente, sono stati calcolati i seguenti indici (espressi in termini percentuali): *F.do leg/F.do tot* e *Acc.leg/Acc.tot*, i cui risultati sono di seguito riportati (*Tavola 5*). Si evidenzia che non è stato possibile – per carenza di dati – determinare l'indice *F.do leg/F.do tot* di Banca Popolare Agricola di Ragusa nel 2021 e che sono stati esclusi dall'analisi, poiché non coerenti, i dati anomali dell'indice *Acc.leg/Acc.tot* calcolato per Crédit Agricole Italia nel 2020 e per Banca Mediolanum nel 2016.

Tavola 5: Indicatori analisi specifica (2016-2021)

CAMPIONE RISTRETTO DI BANCHE	F.do leg/F.do tot						Acc.leg/Acc.tot					
	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2021	2020	2019	2018	2017	2016
Banca Agricola Popolare di Ragusa	n.d.	98%	61%	63%	53%	58%	96%	84%	100%	27%	90%	45%
Banca Credito Popolare	53%	53%	50%	43%	35%	60%	39%	47%	54%	49%	23%	51%
Banca Generali	7%	7%	8%	9%	12%	13%	8%	7%	9%	9%	25%	14%
Banca Mediolanum	4%	4%	4%	4%	4%	4%	9%	1%	4%	7%	1%	/
MPS	70%	58%	55%	52%	60%	60%	81%	58%	51%	23%	49%	80%
BNL	47%	49%	46%	49%	47%	42%	33%	42%	41%	38%	41%	34%
Banca Popolare Pugliese	96%	96%	95%	95%	95%	95%	99%	100%	100%	99%	98%	97%
Banca Sella	92%	63%	58%	50%	33%	36%	91%	20%	27%	12%	21%	19%
Banco BPM	15%	14%	15%	15%	17%	16%	48%	30%	22%	9%	42%	51%
Banco di Desio e della Brianza	27%	29%	39%	29%	27%	31%	67%	46%	47%	84%	89%	89%
Banco di Sardegna	21%	30%	25%	52%	48%	42%	98%	91%	47%	50%	92%	100%
BPER Banca	30%	44%	39%	65%	51%	55%	76%	93%	80%	89%	62%	91%
Cassa di Risparmio di Asti	53%	43%	17%	13%	27%	19%	79%	87%	23%	49%	64%	28%
Cassa di Risparmio di Bolzano-Sudtiroler Sparkasse	17%	32%	34%	24%	31%	31%	98%	98%	91%	96%	100%	100%
Crédit Agricole FriulAdria	7%	33%	33%	50%	38%	31%	45%	38%	7%	100%	100%	100%
Crédit Agricole Italia	15%	26%	24%	22%	36%	30%	25%	/	98%	21%	100%	63%
Credito Emiliano	14%	15%	19%	28%	24%	32%	83%	56%	30%	51%	25%	79%
Deutsche Bank	13%	13%	15%	19%	12%	18%	63%	17%	20%	66%	96%	37%
Fideuram – Intesa SanPaolo Private Banking	10%	10%	11%	16%	16%	16%	9%	10%	7%	25%	20%	27%
FinecoBank	24%	25%	29%	29%	28%	30%	41%	43%	51%	35%	62%	56%
Intesa Sanpaolo	23%	18%	25%	21%	10%	33%	52%	18%	46%	65%	5%	34%
Santander Consumer Bank	31%	24%	16%	31%	24%	43%	41%	100%	16%	50%	17%	25%
UniCredit	30%	28%	29%	37%	31%	19%	74%	49%	35%	39%	29%	30%

Fonte: elaborazione dell'autore.

A commento delle risultanze dell'*analisi specifica*, è dunque possibile formulare alcune preliminari considerazioni. Anzitutto, dalla costruzione dei due indici emerge che il peso degli accantonamenti e del fondo rischi legali sull'importo totale delle corrispondenti

voci di bilancio varia non solo in base al valore assoluto assunto dalla componente “controversie legali”, ma anche in base alla consistenza delle altre sottovoci di cui si compongono, rispettivamente, gli accantonamenti ed i fondi. Non è escluso, quindi, che per alcune banche si riscontri un elevato valore (in termini assoluti) degli accantonamenti per controversie legali e che, tuttavia, il loro peso sul totale degli accantonamenti sia contenuto e ciò dipende dalla composizione ampiamente eterogenea della voce “Altri accantonamenti netti a fondo rischi e oneri”. Inoltre, entrambi gli indici presentano un’ampia variabilità, evidenziando nel corso degli anni indagati (2016-2021) valori distribuiti in un *range* tra un minimo quasi nullo e circa la totalità del fondo o degli accantonamenti, rispettivamente per l’indicatore *F.do leg/F.do tot* e per l’indicatore *Acc.leg/Acc.tot*.

5. Focus sulle controversie bancarie in materia di anatocismo.

Tra le più ricorrenti cause passive pendenti, riconducibili alla violazione della banca agli obblighi professionali verso la clientela, rientrano i contenziosi in materia di “anatocismo”, oltre a quelli relativi alla collocazione di obbligazioni emesse da Paesi e/o società o banche poi in *default*, di piani finanziari e di prodotti strutturati.

Al fine di identificare il numero di controversie per anatocismo sul totale delle cause passive ed il loro *petitum* complessivo, si è proceduto ad analizzare la Nota Integrativa delle 23 banche oggetto del campione ristretto di analisi.

Data la non omogeneità dei dati rilevati dai bilanci d’esercizio al 31 dicembre e la parziale *disclosure* sul tema, non si è potuto procedere al calcolo di alcuna statistica descrittiva limitandosi, di seguito, a riportare in elenco le poche informazioni reperite in Nota Integrativa per alcune delle banche campionate.

MPS: nel 2021 sono stati stanziati fondi rischi per anatocismo pari ad € 122,4 milioni, corrispondenti al 42% del *petitum* (€ 291,3 milioni); analoga percentuale si riscontra nel 2020, anno in cui il relativo accantonamento ammonta ad € 127 milioni rispetto ad un *petitum* di € 301,2 milioni, così come nel 2019, esercizio in cui risultano stanziati per controversie in materia di anatocismo € 133,4 milioni a fronte di un *petitum* di € 312,5 milioni. Nei due anni precedenti la percentuale è superiore: pari a quasi il 45% nel 2018 (con un accantonamento a fondo rischi per anatocismo pari ad € 149 milioni, rispetto ad un complessivo *petitum* di € 332 milioni) e ad oltre il 46% nel 2017 (anno in cui il

relativo stanziamento ammonta ad € 167 milioni a fronte di un *petitum* di € 360 milioni per le 3.102 cause per anatocismo); mentre nell'esercizio 2016 scende al 41% (nonostante un accantonamento di ben € 190 milioni rispetto ad un complessivo *petitum* di € 463 milioni per le 3.572 controversie in materia di anatocismo).

Intesa Sanpaolo: nel 2021 sono 3.250 le vertenze per anatocismo (incluse le mediazioni) con rischio probabile, per un *petitum* di € 555 milioni a fronte di accantonamenti pari ad € 191 milioni (corrispondenti ad oltre il 34% del *petitum*); tale percentuale si riduce al 31% nel 2020, anno in cui il relativo stanziamento ammonta ad € 199 milioni rispetto ad un *petitum* di complessivi € 637 milioni per le circa 3.800 controversie in materia di anatocismo (incluse le mediazioni) aventi un rischio probabile di soccombenza, ed al 28% nel 2019, esercizio in cui risultano stanziati € 134 milioni a fronte di un *petitum* di € 475 milioni. Nei tre esercizi precedenti l'impatto economico complessivo delle cause per anatocismo si mantiene, in termini assoluti, su livelli non significativi: nel 2018, rispetto ad un *petitum* di ben € 1.018 milioni risultano accantonati solo € 138 milioni (pari al 13,5%); nel 2017, rispetto ad un *petitum* di € 980 milioni risultano accantonati € 139 milioni (pari al 14%); nel 2016, rispetto ad un *petitum* di € 866 milioni risultano accantonati € 134 milioni (pari al 15,5%).

Unicredit: il *petitum* complessivo per controversie in materia di anatocismo (incluse le mediazioni) è di oltre € 1,1 miliardi negli esercizi dal 2016 al 2021 e la banca dichiara di aver predisposto accantonamenti ritenuti congrui a coprire il rischio di causa.

Banca Popolare Pugliese: nel corso del 2021 i pagamenti registrati per cause di anatocismo (€ 1,28 milioni) hanno ecceduto gli accantonamenti a tale titolo (€ 1,04 milioni) e, a fine esercizio, sono stati stanziati ulteriori € 2,1 milioni; nell'anno 2020 risultano accantonati per anatocismo € 1,91 milioni (pari ad oltre il 65% del fondo rischi e oneri per controversie legali, ammontante ad € 2,911 milioni). Tale percentuale si riduce al 37% nel 2019, allorché lo stanziamento per anatocismo ammonta ad € 1,088 milioni rispetto ad accantonamenti per complessivi € 2,946 milioni, mentre risulta più consistente nei precedenti esercizi: pari al 73% nel 2018 (anno in cui sono accantonati in materia di anatocismo € 1,05 milioni su un totale di € 1,438 milioni), al 61% nel 2017 (anno in cui risultano accantonati in materia di anatocismo € 2,03 milioni su un totale di € 3,302 milioni) ed a poco meno del 57% nel 2016 (anno in cui sono accantonati in materia di anatocismo € 1,3 milioni su un totale di € 2,295 milioni).

Banca Agricola Popolare di Ragusa: solo 2 dei 255 reclami totali dell'anno 2021 riguardano controversie in materia di anatocismo e sono stati, a tal fine, accantonati € 85 mila; anche nel 2020, solo 3 dei 216 reclami complessivamente ricevuti attengono tale tematica e, a tal fine, risultano accantonati € 318 mila; nell'anno 2019 un solo reclamo (su un totale di 212) riguarda l'anatocismo e non è stato stanziato alcun accantonamento, così come alcun accantonamento è stato previsto nel 2018 (in cui 2 dei 142 reclami totali ineriva tale tematica); nel 2017 sono stati stanziati € 47 mila per i 3 reclami in materia di anatocismo (su un totale di 160 ricevuti nell'anno) e nel 2016 ben € 222 mila, ma non vi è alcuna indicazione sul numero delle relative controversie.

Banca Sella: fermo restando che per gli esercizi 2016-2017 non vi è *disclosure* sul tema in Nota Integrativa, nel tempo risulta decrescere il numero delle controversie in materia di anatocismo; infatti, dalle 102 posizioni registrate nel 2018 (per un *petitum* complessivo di 8 milioni), si passa alle 83 posizioni del 2019 (per un *petitum* di € 7,5 milioni) ed alle 74 posizioni del 2020 (per un *petitum* di € 6 milioni), mentre solo 56 posizioni del 2021 riguardano cause di anatocismo (per un *petitum* complessivo di circa € 5 milioni).

BNL: il 39% delle cause passive in essere al 31 dicembre 2021 riguarda l'anatocismo, percentuale pari al 41% nell'esercizio 2020, al 57% nel 2019 (per un *petitum* di € 13,5 milioni) e al 61% nel 2018 (per un *petitum* di € 16,8 milioni); nell'anno 2017 il 28% delle contestazioni ricevute in materia di finanzia- menti riguarda l'anatocismo, mentre il 41% nel 2016.

Deutsche Bank: le perdite operative in materia di anatocismo ammontano a circa € 766 mila nel 2021; alcuna *disclosure* sul tema è presente in Nota Integrativa per gli altri esercizi.

BPER, Banca di Desio e della Brianza, Credito Emiliano e Banca Credito Popolare: non riportano alcuna specifica indicazione sul numero di controversie in materia di anatocismo e sul relativo *petitum*, né tantomeno sull'importo a tal fine accantonato a fondo rischi e oneri, ma evidenziano che le più ricorrenti cause passive attengono contestazioni sugli interessi (per anatocismo, usura, tasso non concordato, ecc.).

6. Conclusioni.

Nel presente contributo è stata esaminata l'evoluzione della regolamentazione sul rischio operativo, focalizzando l'attenzione sul rischio legale e sui *misconduct cost* a carico delle banche, e si è poi proceduto con una *review* della letteratura specifica sul tema delle correlazioni tra accantonamenti a fondo rischi per controversie legali e solidità patrimoniale della banca. Successivamente, mediante una preliminare analisi statistico-descrittiva, è stato misurato l'impatto delle controversie legali sui bilanci d'esercizio di un campione significativo di banche italiane, su un arco temporale di sei anni (dal 2016 al 2021).

Quali prospettive future della ricerca ci si pone l'obiettivo di indagare specificatamente, attraverso un'analisi econometrica, la relazione negativa esistente tra controversie legali e solidità patrimoniale della banca, che – nonostante assuma una particolare rilevanza strategica nell'attuale periodo storico – è scarsamente studiata in letteratura.

Gli step successivi del lavoro rivestono interesse per i regulator e gli shareholders, i primi orientati a migliorare il grado di fiducia tra banca e cliente al fine ultimo di preservare la stabilità del sistema finanziario ed i secondi tesi a massimizzare il proprio profitto derivante dalle performance azionarie, oltre che per gli stessi operatori del settore volti a scongiurare il fenomeno di insoddisfazione della clientela con conseguente incremento dei costi per controversie legali ed a mitigarne gli effetti negativi in bilancio, anche in termini di patrimonio di vigilanza da detenere a tal riguardo.

7. Bibliografia.

- Banca d'Italia (2005), "Il bilancio bancario: schemi e regole di compilazione. Circolare n. 262 del 22 dicembre 2005".
- Banca d'Italia (2006a), "Rischi operativi (Metodi Avanzati - AMA). Recepimento della nuova regolamentazione prudenziale internazionale", luglio.
- Banca d'Italia (2006b), "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006", Titolo II - Capitolo 5 Rischio Operativo.
- Basel Committee on Banking Supervision – BCBS (2001), "Operational Risk. Supporting Document to the New Basel Capital Accord", January.

- Basel Committee on Banking Supervision – BCBS (2006), “International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework”, June.
- Basel Committee on Banking Supervision – BCBS (2021), “Principles for Operational Resilience”, March.
- Carretta A., Schwizer P. (2021), “Sbagliando si impara: governare gli errori in banca nella prospettiva del conduct risk”, in *Bancaria* n. 9, pp. 14-20.
- Chaly S., Hennessy J., Menand L., Stiroh K., Tracy J. (2017), “Misconduct Risk, Culture, and Supervision”, in *Federal Reserve Bank of New York Whitepaper*, December.
- Cosma S. (2018), *La gestione dei reclami in banca*, Bancaria Editrice, Roma.
- Cotugno M., Stefanelli V. (2023), “Management customer complaints and performance: banks, be careful!”, in *Journal of Management and Governance*, n. 27, pp. 371-412.
- Eceiza J., Kristensen I., Krivin D., Samandari H., White O. (2020), “The future of operational-risk management in financial services”, McKinsey & Company, April.
- European Banking Authority – EBA (2011), “Guidelines on internal governance (GL 44)”, September.
- European Banking Authority – EBA (2014), “Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP)”, December.
- European Banking Authority – EBA (2015), “EU-wide stress test: methodology”, November.
- European Banking Authority – EBA (2017), “Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU”, September.
- European Banking Authority – EBA (2021), “Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU”, July.
- European Systemic Risk Board – ESRB (2015), “Report on misconduct risk in the banking sector”, June.

- Financial Stability Board – FSB (2014), “Recovery and Resolution Planning for Systemically Important Insurers: Guidance on Identification of Critical Functions and Critical Shared Services”, October.
- Financial Stability Board – FSB (2015), “Measures to Reduce Misconduct Risk”, November.
- Financial Stability Board – FSB (2018), “Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors”, April.
- Kurer P. (2015), *Legal and Compliance Risk*, Oxford University Press.
- McCormick R., Stears C. (2018), *Legal and Conduct Risk in the Financial Markets*, Oxford University Press.
- McNulty J.E., Akhigbe A. (2014), “Bank litigation, bank performance and operational risk: evidence from the financial crisis”, July.
- McNulty J.E., Akhigbe A. (2015), “Corporate culture, financial stability and bank litigation”, in *Federal Reserve Bank of New York Conference, Economics of Culture: Balancing Norms against Rules*, October.
- McNulty J.E., Akhigbe A. (2017), “What do a bank’s legal expenses reveal about its internal controls and operational risk?”, in *Journal of Financial Stability*, n. 30, pp. 181-191.
- Murè P. (2021), *La compliance in banca*, Egea, Milano.
- Nguyen D.D., Hagendorff J., Eshraghi A. (2016), “Can Bank Boards Prevent Misconduct?”, in *Review of Finance*, vol. 20, n. 1, pp. 1-36.
- Oliveira R., Walters R., Zamil R. (2023), “When the music stops: holding bank executives accountable for misconduct”, in *Financial Stability Institute – FSI Insights on policy implementation*, n. 48, February.
- Porretta P. e Santoboni F. (2022), “Il rischio operativo: nuove configurazioni, capital requirement e implicazioni gestionali”, in Porretta P. (a cura di) *Integrated Risk Management*, Egea, Milano, pp. 669-722.
- Sakalauskaite I. (2018), “Bank Risk-Taking and Misconduct”, in *Lietuvos Bankas – Working Paper Series*, n. 53.

- Swanepoel E., Esterhuysen J., van Vuuren G., Lotriet R. (2016), “Banking competition and misconduct: how dire economic conditions affect banking behavior”, in *Banks and Bank Systems*, n. 4, pp. 31-39.
- Tracey B., Sowerbutts T. (2018), “Bank capital and risk-taking: evidence from misconduct provisions”, in *Bank of England – Staff Working Paper*, n. 671, October.