



Diritto del
Risparmio

Rivista di Diritto del Risparmio

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA COMMENTATA

ANNO VI

FASCICOLO N. 1/2025

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 VI

**Fascicolo N° 1 – 2025
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. Emilio Tosi, Prof.ssa Bárbara de la Vega Justrubó, 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 Componente 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 – 2025

gennaio – aprile

INDICE

RIVISTA

- S. Balsamo Tagnani – E. V. Colombo**, *Confidi “minori”: segnalazione di finanziamenti nell’ambito dei “servizi connessi e strumentali”* 2
- A. Albanese**, *L’impatto del legal design e dell’intelligenza artificiale (generativa) nella negoziazione e nella redazione della convenzione di arbitrato.* 20
- F. Guariniello**, *Il ne bis in idem nel nuovo sistema sanzionatorio tributario* 32
- D. Nardone**, *Le Sezioni Unite sul mutuo con deposito cauzionale tra l’autosufficienza del titolo e l’irrinunciabile realtà contabile* 75

APPROFONDIMENTI

- G. Turato**, *Il diritto alla trasmissione extra iudicium della delibera bancaria: una diversa prospettiva in seguito all’avvenuta trasmissione in ottemperanza a decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo.* 106
- F. Cacciafesta**, *Sul tasso effettivo di un prestito (“TAEG”)* 116

Rivista

Confidi “minori”: segnalazione di finanziamenti nell’ambito dei “servizi connessi e strumentali”.

Di Sacha Balsamo Tagnani ed Elena Vittoria Colombo

Il presente lavoro intende fornire una tesi circa l’operatività residuale dei Confidi iscritti all’albo ex art. 112 del Testo Unico Bancario (cd. Confidi “minori”), con particolare riferimento all’attività di segnalazione (anche detta di scouting) di pratiche di finanziamento – a favore dei propri associati – nei confronti di banche, intermediari finanziari o altri soggetti operanti nel settore finanziario.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione di un “eco-sistema”. – 3. Ambito normativo e disciplina applicabile. – 4. Analisi delle ulteriori attività ammesse in capo ai Confidi minori: i c.d. “servizi connessi o strumentali”. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il presente lavoro* intende fornire una tesi circa l’operatività residuale dei Confidi iscritti all’albo *ex art.* 112 del Testo Unico Bancario (cd. Confidi “minori”), con particolare riferimento all’attività di segnalazione (anche detta di *scouting*) di pratiche di finanziamento – a favore dei propri associati – nei confronti di banche, intermediari finanziari o altri soggetti operanti nel settore finanziario¹.

Orbene, partendo dalla trattazione della attività di garanzia collettiva fidi, intesa quale attività tipica dei Confidi tutti, si passerà all’analisi del contenuto delle “ulteriori attività ammesse” dalla legge, con particolare attenzione per quelle relative ai cosiddetti “servizi connessi o strumentali” (così come definiti ai sensi dell’art. 5 del D.M. n. 53/2015).

Come noto, la legge riserva a determinate categorie di intermediari del credito, quali segnatamente: mediatori creditizi e agenti in attività finanziaria², le attività di segnalazione volte alla concessione di finanziamenti da parte di soggetti terzi finanziatori.

A livello pratico, il mediatore creditizio è colui che professionalmente mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal Titolo V del TUB con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma (cfr. art. 128-sexies, comma 1, del TUB). Altresì, è agente in attività finanziaria il soggetto che promuove e conclude

*Gli Autori desiderano formulare un ringraziamento particolare al loro Direttore Generale, che ha ispirato questo lavoro.

¹ Per una prima lettura sul tema dell’attività di promozione e segnalazione di finanziamenti alle imprese da parte dei Confidi, intesa quale attività rientrante nell’ambito dei “servizi connessi o strumentali”, si v. F. Iorio, *Confidi: promozione di finanziamenti e riserva di attività*, in *Diritto Bancario.it*, 29 marzo 2021, recuperabile al seguente link: www.dirittobancario.it.

² Le disposizioni introdotte con il D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, hanno innovato in misura rilevante la figura del Mediatore creditizio. Il recepimento nel Testo Unico Bancario delle regole generali che disciplinano il settore dell’agenzia in attività finanziaria e della mediazione creditizia ha determinato il riassetto generale di questi due settori d’attività. Le direttrici dell’intervento normativo si possono individuare: i) in un più elevato livello di responsabilizzazione di tutti gli operatori nonché degli intermediari finanziari nei rapporti con le reti di distribuzione; ii) nella individuazione di precise incompatibilità e la netta separazione delle due figure professionali; iii) nell’introduzione del principio del monomandato per gli agenti in attività finanziaria e dell’obbligo della forma giuridica societaria per i mediatori creditizi; iv) nell’adozione di una serie di requisiti maggiormente selettivi per l’esercizio dell’attività.

contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane. Questi ultimi possono, quindi, svolgere esclusivamente l'attività appena indicata, nonché attività connesse o strumentali alla medesima (cfr. art. 128-*quater*, comma 1, del TUB)³.

In tal senso, è utile ricordare come l'attività di "consulenza" finalizzata alla messa in relazione di banche o intermediari finanziari con la potenziale clientela al fine della concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, integra attività di mediazione creditizia, come tale soggetta a tutti i vincoli di legge. Ne deriva, pertanto, che presupposto necessario per lo svolgimento dell'attività di segnalazione o promozione è l'iscrizione negli elenchi tenuti dall'Organismo degli Agenti e Mediatori (OAM). Naturalmente, codesta attività risulta preclusa ai soggetti non iscritti; questo in virtù di una riserva legale valevole sugli intermediari del credito⁴.

Alla luce di quanto precede, una puntualizzazione, circa lo scopo del presente lavoro, da parte di "chi scrive" a favore di "chi legge", si ritiene opportuna. Come anticipato nelle righe iniziali, nello scritto non ci si è limitati a rappresentare soltanto il quadro normativo esistente, ma si è partiti dallo stesso per affermare una tesi, la quale tuttavia non si ritiene scevra da eventuali punti di miglioramento. L'impostazione scelta non prevede, pertanto, che vengano trattati in maniera organica e dettagliata argomenti quali: le origini, il ruolo⁵ o la funzione economica dei consorzi di garanzia collettiva dei fidi nel contesto nazionale. Ne consegue che, nel presente lavoro, neppure verrà approfondito dettagliatamente il quadro normativo di riferimento, se non per un necessario richiamo alle fonti normative principali, ma pur sempre limitato a quanto rilevante ai fini dello scopo ultimo del

³ Per un approfondimento circa i rispettivi profili professionali si v. il sito istituzionale dell'Organismo Agenti e Mediatori (OAM) al link: <https://www.organismo-am.it/profilo-professionale>.

⁴ Sul tema relativo alle fattispecie operative di segnalazione si v. Comunicazione OAM n. 1/13 avente ad oggetto "Svolgimento dell'attività di segnalazione da parte dei soggetti iscritti negli Elenchi" al seguente link istituzionale: <https://www.organismo-am.it/comunicazioni>.

⁵ Rispetto al tema del "ruolo" dei Confidi e della loro "funzione economica" in Italia per un approfondimento si v. A. Pezzuto, *Il Sistema dei Confidi in Italia, profili normativi, operativi e di vigilanza*, in *Tidona.com*, 27 luglio 2020, nella parte in cui afferma testualmente che: "[...] I Consorzi fidi ricoprono un ruolo molto importante nel processo di concessione del credito: la loro funzione è quella di permettere l'erogazione di finanziamenti anche a quei soggetti considerati troppo rischiosi dagli intermediari bancari [...]".

presente scritto. Tale scelta deriva dalla consapevolezza della non necessità di un ulteriore lavoro di ricerca focalizzato esclusivamente sul tema normativo, oppure su quello del piazzamento dei Confidi all'interno del mercato finanziario, essendovi già numerosi interventi all'interno della letteratura scientifica di settore⁶.

2. Evoluzione di un “eco-sistema”.

Il termine Confidi deriva dall'acronimo di “consorzio di garanzia collettiva dei fidi” e si tratta di un consorzio che aiuta, in particolare, le PMI ad ottenere mutui e prestiti dalle banche e dagli istituti di credito. Nel contesto economico nazionale, tali organismi possono essere legittimamente parificati a dei veri intermediari finanziari, costituiti principalmente dalle piccole e medie imprese con l'obiettivo di accedere più facilmente – ed a condizioni più favorevoli e vantaggiose sotto il profilo economico – al credito di origine bancaria.

Entrando più nel merito, i Confidi sono quegli intermediari che esercitano nei confronti delle imprese associate una attività di tipo mutualistica, in quanto: i) da un lato, questi ultimi rilasciano garanzie di tipo fideiussorio per accedere al credito bancario (di norma le imprese che si rivolgono ai Confidi sono ritenute scarsamente bancabili dal sistema tradizionale creditizio); ii) dall'altro lato tali intermediari richiedono ai consorziati il versamento di un corrispettivo economico (di norma viene richiesto il versamento di una “commissione di garanzia” con anche altre possibili spese: es. quota ammissione socio) che servirà al Confidi stesso per liquidare le insolvenze che si verificheranno ed anche per accrescere il proprio patrimonio.

La storia dei Confidi ha radici profonde in Italia e le prime associazioni di mutua assistenza risalgono ai primi anni Cinquanta del secolo scorso⁷. I primi interventi

⁶ Sul tema si v. ad esempio: A. Canino, *I Consorzi di garanzia collettiva dei fidi nel sistema dell'accesso al credito bancario per le imprese*, in *Cammino Diritto – Rivista di informazione giuridica*, <https://rivista.camminodiritto.it>, 2024; C. Chessa, F. Onnis Cugia, *Il sistema di vigilanza e controllo sull'universo Confidi*, in *Rivista Diritto Bancario*, 2019; O. Cagnasso, *I consorzi di garanzia collettiva fidi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 8/2011, pp. 9-13; A. Conso, D. Varani, *La nuova disciplina degli Intermediari finanziari e i Confidi*, in *Rivista Diritto Bancario*, 2015; G. Calcagnini, *I Confidi come strumento per l'accesso al credito delle PMI*, in journals.uniurb.it, al link: <https://journals.uniurb.it/index.php/argomenti/article/view/1337/1382>, 9/2018; G. A. Policaro, *Libertà d'impresa e settore creditizio: il caso confidi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 1/2022.

⁷ Per approfondire l'ambito cfr. articolo pubblicato in data 07 marzo 2020 sul sito Italiaonline al link <https://www.italiaonline.it/risorse/che-cosa-sono-e-come-funzionano-i-confidi-267> dal titolo: “Che cosa sono e come funzionano i Confidi”.

normativi in materia di consorzi di garanzia collettiva dei fidi si possono collocare agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso⁸. Oggi, come noto, la normativa di riferimento per la gestione dei Confidi è rappresentata dal Testo Unico Bancario (TUB)⁹, dal D.L. n. 269/2003 (coordinato con la Legge di conversione 326/03)¹⁰, nonché dal D.lgs. n. 141/2010¹¹ e dal Decreto MEF n. 53/2015¹².

Giova sottolineare come, allo stato attuale, la disciplina dei Confidi stia attraversando una fase di riordino normativo volto, in particolare, a favorire l'accesso al credito delle micro, piccole e medie imprese. In tal senso, infatti, dopo oltre vent'anni dall'emanazione della legge in materia, tramite la recente approvazione di un apposito disegno di legge¹³, il Consiglio dei ministri ha attribuito al Governo una delega con l'obiettivo di semplificare e riorganizzare le regole che disciplinano i Confidi attraverso vari interventi, quali: la revisione dei requisiti di iscrizione all'albo previsto dall'articolo 106 del TUB, l'ampliamento delle attività consentite, la promozione di processi di aggregazione tramite agevolazioni normative e l'estensione delle possibilità operative per i Confidi iscritti. Sono inoltre previste misure per ridurre i costi di istruttoria nella valutazione del merito creditizio delle imprese e interventi volti a favorire l'integrazione tra consorzi, consentendo loro di partecipare ad altri enti senza modificare il proprio oggetto sociale.

Come accennato, l'evoluzione storico-economica dei Confidi ha portato tali organismi ad ampliare la relativa gamma di attività e servizi prestati, i quali non

⁸ Circa l'evoluzione della normativa dei Confidi si v. A.P. Iannuzzi, *I Confidi a sostegno delle imprese e dei processi innovativi*, Egea, 2020, pag. 32 e ss., ove viene rappresentato il quadro normativo previgente e susseguente all'entrata in vigore del Testo Unico Bancario.

⁹ Si v. per es.: art. 112 TUB: "requisiti fondamentali per l'iscrizione nell'Elenco e attività ammesse"; art. 112-bis TUB: "Organismo per la tenuta dell'Elenco dei Confidi"; art. 25, c. 2, lettera a): "Requisiti di onorabilità (partecipanti al capitale)"; art. 26, c. 3, lettera a): "Requisiti di onorabilità (esponenti aziendali)".

¹⁰ Trattasi delle "Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici".

¹¹ Per i Confidi minori la principale novità introdotta dal d.lgs. 141/2010 riguarda l'istituzione di un nuovo elenco tenuto dall'OCM creato ad hoc, a cui i Confidi minori devono iscriversi previa verifica di una serie di condizioni concernenti la forma giuridica, il capitale sociale o fondo consortile, la struttura patrimoniale e l'assetto proprietario.

¹² Tra le numerose novità introdotte dal decreto in questione se ne riportano alcune, tra le quali: i) innalzamento del limite dimensionale del volume di attività finanziarie a 150 milioni di euro per i Confidi maggiori; ii) definizione di servizi connessi o strumentali all'attività di garanzia collettiva dei fidi.

¹³ Disegno di legge annuale sulle PMI, approvato in data 14 gennaio 2025 dal Consiglio dei ministri. Tale DDL costituisce la prima attuazione dell'art. 18 della Legge n. 180/2011, che aveva previsto l'adozione di una legge annuale per la tutela e lo sviluppo delle micro, piccole e medie imprese.

sono più soltanto limitati, come in precedenza, al rilascio di garanzie mutualistiche, ma si estendono anche alla concessione in favore dei propri associati di servizi aggiuntivi quali l'offerta di consulenza e l'assistenza anche nelle scelte delle forme tecniche di finanziamento più congeniali rispetto alle proprie esigenze di *business*. Come scritto da alcuni, è ormai nota la questione della necessaria diversificazione del modello di business dei Confidi, considerata da tutti (regolatori, operatori ed accademici) una *condicio sine qua non* per la sopravvivenza stessa di tali intermediari sul mercato¹⁴.

È lo stesso “eco-sistema” dei Confidi ad essere stato impattato da notevoli cambiamenti negli ultimi decenni, essendosi anche popolato di nuovi interlocutori, in parte molto più tecnologici dei primi, e di conseguenza di nuove sfide, alle quali i Confidi non dovrebbero resistervi ma, al contrario, servirsene per mantenersi posizionati in maniera adeguata e competitiva sul mercato. Una delle componenti che ha maggiormente impattato su tale “eco-sistema” è di fatto rappresentata dalla digitalizzazione dei processi, ma soprattutto dall'innovazione tecnologica, ovvero dalla c.d. tecnofinanza (ossia *fintech*).

Questi nuovi *players*, identificabili nelle imprese *fintech* o *Insurtech*, hanno oramai acquisito importanti quote di mercato, assumendo sempre di più un ruolo centrale nell'ambito della concessione di finanziamenti, e quindi nell'ambito del credito generalmente considerato. Questi nuovi operatori offrono al mercato delle PMI nuovi strumenti tecnologici nell'ambito del *lending*, mettendo a disposizione tecnologia e digitalizzazione dei processi. Ne consegue, quindi, che anche i Confidi, non tutti in verità, hanno avviato delle partnership commerciali con tali operatori, alcuni specializzati nei prestiti alle imprese.

Come noto, il *digital lending* consiste nell'erogazione diretta di finanziamenti da parte di soggetti non tradizionalmente bancari che forniscono finanziamenti alle imprese, anche allo scopo di finanziare progetti di crescita o acquisizioni. Non è

¹⁴ A.P. Iannuzzi, *I Confidi a sostegno delle imprese e dei processi innovativi*, Egea, 2020.

quindi una novità l'utilizzo (anche *on-line*) di piattaforme di *digital lending* offerte sul mercato da fintech¹⁵, specializzate nell'ambito del credito¹⁶.

3. Ambito normativo e disciplina applicabile.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1, del già citato D.L. 269/2003 (convertito, con modificazioni, nella Legge n. 326/2003), per "Confidi di secondo grado" (cd. Confidi minori), si intendono i consorzi con attività esterna nonché quelli di garanzia collettiva dei fidi tra liberi professionisti, le società cooperative, le società consortili per azioni, a responsabilità limitata o cooperative, costituiti dai Confidi ed eventualmente da imprese consorziate o socie di questi ultimi o da altre imprese. I Confidi minori, ai sensi dell'art. 112, comma 1, del D.lgs. n. 385/1993 (TUB), sono iscritti in un apposito elenco tenuto dall'Organismo previsto dall'articolo 112-bis (Organismo Confidi Minori ovvero OCM), il quale funge anche da organismo di controllo.

Viene ribadito sia all'interno del D.L. 269/2003, sia all'interno del TUB che i Confidi svolgono *esclusivamente l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali*, nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legge. Per attività di garanzia collettiva dei fidi si intende, in particolare, l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore

¹⁵ Tra queste, per esempio, vi è stata l'esperienza di October, piattaforma europea di finanziamenti on-line che consentiva alle imprese di ottenere risorse direttamente da prestatori privati e investitori istituzionali senza usufruire dell'intermediazione bancaria. Attualmente, tra le fintech presenti sul mercato, va segnalato il modello di business introdotto da CrescItalia Servizi Imprese s.p.a., il quale prevede l'offerta di soluzioni finanziari innovative alle PMI italiane, mediante l'utilizzo di processi interamente digitalizzati innescati all'interno di una piattaforma proprietaria, la quale permette lo svolgimento dell'intero processo creditizio.

¹⁶ Sulle caratteristiche delle piattaforme si v. per esempio il seguente link: <https://www.cerved.com/news/a/risk-lending/digital-lending-una-soluzione-per-prestiti-e-finanziamenti> ove testualmente afferma: "*Le principali caratteristiche del digital lending includono: i) processi automatizzati: l'intero processo, dalla richiesta iniziale alla valutazione del credito e alla concessione del prestito, è automatizzato e basato su algoritmi e analisi dei dati; ii) decisioni basate sui dati: le decisioni di concessione del prestito vengono prese sulla base di dati finanziari, storici di credito e altri indicatori forniti dai richiedenti o raccolti da fonti esterne; iii) velocità ed efficienza: poiché gran parte del processo è automatizzato, il digital lending è generalmente più rapido rispetto ai processi tradizionali di richiesta di prestito, che possono richiedere giorni o settimane; iv) personalizzazione: le piattaforme digitali possono utilizzare l'intelligenza artificiale e l'apprendimento automatico per personalizzare l'offerta di prestito in base alle esigenze specifiche dei clienti; v) accessibilità: il digital lending può essere più accessibile per i clienti che potrebbero avere difficoltà ad ottenere prestiti tramite canali bancari tradizionali; vi) sicurezza e privacy dei dati: le piattaforme digitali devono garantire la sicurezza e la protezione dei dati personali e finanziari dei clienti*".

finanziario. Tale attività deve, in ogni caso, avere carattere di prevalenza economica rispetto all'attività complessivamente svolta dal Confidi.

La regolamentazione dei Confidi tutti è stata oggetto di successivo aggiornamento mediante l'introduzione del D.lgs. n. 141/2010, il quale ha sinteticamente statuito per i Confidi maggiori, vigilati ex art. 106 TUB: i) l'iscrizione presso l'Albo unico degli intermediari finanziari ex art. 106 TUB su autorizzazione della Banca d'Italia; ii) la vigilanza prudenziale, informativa ed ispettiva dei Confidi maggiori; iii) la garanzia collettiva fidi in via prevalente con anche le attività connesse e strumentali (comprehensive anche delle c.d. altre attività residuali); iv) volume di attività finanziarie almeno pari a 150 milioni di euro.

Sempre il D.lgs. n. 141/2010 ha poi previsto per i Confidi minori, non vigilati ex art. 112 TUB quanto segue: i) iscrizione presso l'elenco generale tenuto da un Organismo di vigilanza creato ad hoc su autorizzazione dello stesso; ii) assenza di vigilanza della Banca d'Italia; iii) garanzia collettiva fidi in via esclusiva con anche lo svolgimento di attività connesse e strumentali; iv) volume di attività inferiore a 150 milioni di euro¹⁷.

Stando quindi alla lettera della norma di cui sopra, l'attività dei Confidi minori parrebbe essere precisamente circoscritta dalla legge alla sola concessione di garanzie collettive a PMI socie che siano rivolte a beneficio unicamente di banche o intermediari iscritti ai sensi dell'art. 106 TUB (trattasi in entrambi i casi di intermediari autorizzati all'esercizio del credito). Di diverso avviso è invece la giurisprudenza di legittimità, la quale, recentemente, ha statuito che non risulta affetta da nullità la garanzia (fideiussione) rilasciata da un Confidi minore nell'interesse di un proprio socio e a beneficio di un terzo (diverso da una banca o da un intermediario autorizzato all'esercizio del credito)¹⁸.

A livello generale, le garanzie deliberate da un Confidi possono essere di natura "sussidiaria" oppure a "prima richiesta". Nel primo caso, meno frequente nella prassi, al verificarsi dell'inadempimento del soggetto garantito, il soggetto finanziatore dà corso alle iniziative legali di recupero del credito, e solo successivamente, nel caso di mancato "rientro" (totale o parziale) dall'esposizione debitoria maturata, ha facoltà di escutere la garanzia Confidi, nei limiti della quota

¹⁷ Sul tema normativo si v. anche A.P. Iannuzzi, *I Confidi a sostegno delle imprese e dei processi innovativi*, Egea, 2020.

¹⁸ Cfr. Corte di cassazione, Sez. unite civili, sentenza 15 marzo 2022, n. 8472.

percentuale garantita, ed a copertura della perdita effettivamente subita. Nel secondo caso, maggiormente frequente nella prassi, il Confidi garante risponde delle obbligazioni assunte (rispetto alle garanzie rilasciate a favore del finanziatore) direttamente al momento del verificarsi dell'insolvenza del debitore, e viene escusso a semplice richiesta del soggetto finanziatore garantito¹⁹.

Sovente avviene che la garanzia a “prima richiesta” sia inquadrata contrattualmente sotto la disciplina prevista dal Codice civile per la “fideiussione”. Pertanto, nella prassi non di rado si assiste a clausole specifiche – inserite all'interno dei relativi contratti di garanzia sottoscritti tra Confidi e imprese associate – che recitano: *“il confidi ha deliberato una fideiussione esplicita, diretta, incondizionata e a prima richiesta, con rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore garantito ex art. 1944 c.c. a garanzia del finanziamento”*. Se, quindi, la garanzia prestata dal Confidi ha natura fideiussoria, questa rimane distinta ed autonoma rispetto alle eventuali altre garanzie prestate da terzi in favore dell'impresa socia (es. fideiussioni dei soci), ma pur sempre legata eziologicamente all'obbligazione principale.

La garanzia tra Confidi e soggetti finanziatori viene di norma disciplinata ai sensi di una apposita Convenzione di garanzia, all'interno della quale sono definiti i vari aspetti operativi del rapporto negoziale; i quali, a titolo esemplificativo, possono andare dalla determinazione delle tempistiche di istruttoria, alla tipologia e percentuali di garanzia sino agli aspetti operativi relativi all'escussione della garanzia stessa.

Altra importante clausola che viene spesso prevista all'interno delle citate convenzioni di garanzia è quella che esclude a priori che il Confidi garante assuma la veste di “confideiussore” nei confronti degli eventuali altri coobbligati e/o soggetti che hanno rilasciato altre garanzie (es. nel caso di fideiussioni rilasciate dai soci dell'impresa finanziata). In tali casi, dovrà ritenersi escluso ogni vincolo di solidarietà tra garanti (cioè, tra il Confidi garante e altri fideiussori) e si darà applicazione invece al beneficio della divisione ex art. 1947 c.c. La conseguenza finale di una tale disciplina sarà quindi quella di escludere il diritto di regresso o

¹⁹ A quanto noto, nella prassi, avviene che il Confidi escusso dal soggetto finanziatore prima di effettuare il pagamento dovuto, secondo i termini convenzionali, comunichi al gestore del Fondo Centrale di garanzia un “impegno a pagare”. Contestualmente, sempre il Confidi escusso, provvederà ad inoltrare al gestore del Fondo Centrale di garanzia una “richiesta di attivazione del Fondo” (cfr. allegato 9) ai sensi delle Disposizioni Operative.

di surroga o di qualsiasi rivalsa da parte di eventuali terzi garanti nei confronti del Confidi.

Per quanto concerne, poi, le ulteriori attività ammesse, il riferimento riguarda i “servizi connessi o strumentali” al rilascio di garanzie collettive. Il contenuto di tali servizi viene analiticamente descritto all’interno dell’art. 5 del D.M. n. 53/2015. In particolare, i “servizi connessi” devono consentire di sviluppare l’attività di garanzia collettiva dei fidi, e devono essere svolti in via accessoria a quest’ultima e per finalità coerenti con essa²⁰.

Per i Confidi minori, quindi, la normativa distingue tra: i) esercizio in via esclusiva dell’attività di garanzia collettiva fidi; ii) offerta di servizi connessi e strumentali, sempre nel rispetto delle riserve di legge. Nel dettaglio, come si ricordava, sono connessi i servizi che: a) sviluppano l’attività di garanzia collettiva fidi; b) sono svolti in via accessoria; c) hanno finalità coerenti con l’attività principale. Sono invece strumentali i servizi ausiliari rispetto all’attività svolta.

Nello specifico, la normativa fa rientrare nei servizi connessi: i) servizi di consulenza in materia di finanza d’impresa nei confronti esclusivamente dei propri soci, a condizione che sia strettamente finalizzata al rilascio della garanzia mutualistica propria o di terzi; ii) le attività previste all’articolo 12, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141.

L’articolo appena citato stabilisce che: “*Non costituisce esercizio di agenzia in attività finanziaria, né di mediazione creditizia: [...] c) la stipula, da parte delle associazioni di categoria e dei Confidi, di convenzioni con banche, intermediari finanziari ed altri soggetti operanti nel settore finanziario finalizzate a favorire l’accesso al credito delle imprese associate [...]*”.

Per quanto concerne i “servizi strumentali”, questi, ai sensi del comma 3 del D.M. n. 53/2015 sopra richiamato, devono essere ausiliari all’attività svolta, e ricomprendono: a) l’acquisto di immobili, esclusivamente funzionali all’esercizio dell’attività principale; gli immobili non funzionali eventualmente già detenuti prima dell’iscrizione nell’elenco di cui all’articolo 112 T.U.B., possono essere concessi in locazione ovvero devono essere alienati nel più breve tempo possibile;

²⁰ L. Gai e P. Arzarello, *Le attività esercitabili dai Confidi*, in *Dirigenza Bancaria*, n. 188 – novembre / dicembre 2017, p. 19: “1. Le attività “connesse e strumentali devono possedere un legame con quella principale e devono consentire di sviluppare l’attività esercitata; pertanto, non possono essere completamente svincolate dall’attività caratteristica. 2. Non viene fissato normativamente un limite massimo al volume delle attività connesse e strumentali rispetto a quello dell’attività di garanzia mutualistica: si ritiene, tuttavia, che la prevalenza dei ricavi debba derivare dall’attività caratteristica”.

b) l'assunzione di partecipazioni esclusivamente in altri Confidi o banche di garanzia collettiva fidi ovvero in altri intermediari finanziari che in base a specifici accordi rilascino garanzie ai propri soci nonché in società costituite per la prestazione di servizi strumentali.

4. Analisi delle ulteriori attività ammesse in capo ai Confidi minori: i c.d. “servizi connessi o strumentali”.

Per dare una sintesi interpretativa della normativa citata nel precedente paragrafo, e per quanto interessa nello specifico ai fini del presente lavoro, si deve ritenere che le attività ammesse, rientranti tra quelle dei c.d. “servizi connessi” al rilascio di garanzie collettive, siano: i) attività di consulenza finanziaria rivolta ai propri associati, finalizzata al rilascio di garanzia propria o di terzi (a titolo esemplificativo e non esaustivo tale attività può declinarsi in: informazione commerciale; studio, ricerca e analisi in materia economica e finanziaria; attività di informazione, consulenza ed assistenza alle imprese consorziate o socie per il reperimento ed il miglior utilizzo delle fonti finanziarie); ii) attività di facilitazione per l'accesso al credito delle imprese associate svolta dal Confidi in forza di un'apposita convenzione stipulata con una banca, un intermediario finanziario o altri soggetti operanti nel settore finanziario, per favorire l'accesso al credito dei propri associati.

Dalla lettura della norma pare pressoché certo che i Confidi minori possano svolgere attività di segnalazione (o *scouting*) di prodotti creditizi, dietro congrua corresponsione, da parte dei finanziatori, di un compenso per l'attività svolta verso il proprio associato (prenditore ultimo del finanziamento). Tali compensi, di norma, vengono riconosciuti sulle pratiche intermedie dal Confidi che siano state positivamente deliberate dal finanziatore. Al fine di concretizzare al massimo una tale *chance* di profitto economico, aggiuntiva rispetto al rilascio di garanzie consortili, il Confidi minore potrebbe quindi stipulare con la banca o l'intermediario finanziario due distinte convenzioni: una tesa al rilascio della garanzia consortile ed un'altra finalizzata a favorire l'accesso al credito delle imprese associate (una convenzione di segnalazione). In tal caso, infatti, il Confidi figurerebbe sia come garante dell'impresa socia mutuataria, percependone le commissioni di garanzia, che come “segnalatore” di pratiche di finanziamento, raccogliendone le stesse richieste dalla clientela socia. È verosimile pensare che, il

Confidi che stipuli tali convenzioni di promozione (tese a favorire l'accesso al credito dei propri associati), svolga tale attività di intermediazione sia al fine di favorire l'accesso al credito dei propri associati, sia a quello di rilascio loro di apposita garanzia (in virtù di altra convenzione stipulata con il medesimo soggetto finanziatore). Come più volte sottolineato, la normativa richiede che i servizi connessi presentino uno specifico collegamento logico-causale con quello principale di rilascio di garanzie collettive. Pertanto, l'attività di promozione e quella del rilascio di garanzie andranno, verosimilmente, di pari passo.

Ora, giungendo al nodo della questione, dal momento che la lettera della norma (art. 12, comma 1, lett. c), D.lgs. n.141/2010) stabilisce che la stipula di convenzioni – finalizzate a favorire l'accesso al credito delle imprese associate – da parte dei Confidi con banche o intermediari non costituisce esercizio dell'attività di mediazione creditizia o di agenzia in attività finanziaria, tali Confidi non sono tenuti ad iscriversi all'apposito elenco tenuto dall'Organismo degli Agenti e Mediatori (OAM) per lo svolgimento delle attività previste all'interno delle predette convenzioni. Se la norma attribuisce la facoltà di stipula di tali convenzioni, il Confidi minore è legittimato altresì non solo alla mera promozione di prodotti di credito ma gli è consentita anche la raccolta concreta delle richieste di finanziamento, corredata eventualmente dalla raccolta della documentazione necessaria.

L'esimente prevista dalla lett. c), dell'art. 12, comma 1, del D.lgs. n. 141/2010, comporta, quindi, che i Confidi non siano obbligati ad iscriversi negli elenchi OAM unicamente qualora stipulino delle convenzioni con banche o intermediari finanziari volte a favorire l'accesso al credito dei loro iscritti.

Dall'analisi della norma sorge sin da subito un quesito. Ci si chiede infatti se un Confidi minore possa godere dell'esimente di legge anche nel caso di sottoscrizione di una convenzione con un soggetto diverso da banche, intermediari finanziari ed altri soggetti operanti nel settore finanziario.

L'art. 12, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 141/2010 parrebbe escludere una ulteriore estensione della esimente – che evita l'iscrizione del Confidi minore presso l'OAM – nel caso di sottoscrizione di una convenzione di promozione con un soggetto non rientrante tra quelli operanti nel settore finanziario. Sempre, se, ovviamente per “settore finanziario” si fa riferimento esclusivo a quanto

disciplinato ai sensi del Testo Unico Bancario. Se così non fosse, l'ambito si aprirebbe a nuove possibili *partnership* commerciali.

Tornando all'ambito normativo tipizzato dal legislatore (ossia a convenzioni stipulate con soggetti operanti nel settore finanziario), pare evidente come i Confidi minori operino in deroga OAM. Questo significa che, nel caso di sottoscrizione di convenzioni con banche o intermediari, sono esenti dall'obbligo di iscrizione nei registri tenuti dall'OAM. Inoltre, sempre in virtù della normativa vigente, parrebbero non essere tenuti, per lo svolgimento dell'attività di promozione di prodotti creditizi, ad avvalersi di soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 128-novies, comma 1, TUB²¹. Infatti, l'art. 12, comma 1, lett. c), del più volte citato decreto legge del 2010 afferma che: *“la stipula, da parte delle associazioni di categoria e dei Confidi, di convenzioni con banche, intermediari finanziari ed altri soggetti operanti nel settore finanziario finalizzate a favorire l'accesso al credito delle imprese associate. Per la raccolta di richieste di finanziamento effettuate sulla base di dette convenzioni, le associazioni possono avvalersi di soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 128-novies, comma 1.*

Dalla lettura della norma i requisiti di cui all'art. 128-novies, comma 1, TUB paiono essere vevoli soltanto per la raccolta di richieste di finanziamento effettuate sulla base di convenzioni sottoscritte da associazioni di categoria e non per i Confidi. In mancanza, di una certa definizione ne deriverebbe quindi l'assenza di una tale requisito specifico in capo a questi ultimi.

Stante la lacuna della norma, tuttavia, si segnala come nella prassi si assista – a volte – all'inserimento, all'interno delle convenzioni aventi ad oggetto l'attività di *scouting* stipulate con i Confidi, di apposite clausole in cui si fa espresso rimando al possesso dei requisiti di cui al 128-novies, comma 1, TUB da parte dei dipendenti e collaboratori di cui il Confido stesso si avvale per la raccolta delle richieste di finanziamento. Questo, verosimilmente, sulla scia dell'orientamento dell'OAM secondo il quale anche i Confidi dovrebbero avvalersi di soggetti in possesso di tali requisiti per la raccolta di richieste di finanziamento ovvero di soggetti regolarmente iscritti all'OAM²².

²¹ Tali requisiti consistono in: i) requisiti di onorabilità; ii) requisiti di professionalità; iii) superamento di una prova valutativa i cui contenuti sono stabiliti dall'OAM all'interno della circolare n. 19/14, del 26 ottobre 2023.

²² Cfr. FAQ OAM n. 241) *Di chi possono avvalersi i Confidi per la raccolta delle richieste di finanziamento? I confidi potranno avvalersi di soggetti regolarmente iscritti negli Elenchi, nonché di soggetti in possesso dei requisiti ex art. 128-novies, del TUB.*

Invero, come sottolineato, dal momento che la lettera dell'art. 12 del D.lgs. n. 141/2010 nulla specifica in merito, si potrebbero configurare diverse linee di condotta ipotetiche. Da un lato, infatti, in ossequio all'orientamento OAM sopra richiamato, alcuni Confidi potrebbero avvalersi, per la raccolta di richieste di finanziamento, di soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 128-novies, comma 1, TUB. In tale ipotesi, i Confidi si avvarrebbero principalmente dell'opera di agenti in attività finanziaria, operanti in virtù di un mandato diretto con il Confidi stesso. La sussistenza di tale mandato sarebbe, peraltro, direttamente verificabile attraverso il sito istituzionale dell'OAM. Questa prima ipotesi è senz'altro quella che si ritiene più conforme a quanto previsto dall'orientamento OAM citato, in quanto in tal caso il Confidi minore farebbe utilizzo di soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 128-novies, comma 1, del TUB.

Un caso diverso da quello ipotizzato poc'anzi, potrebbe prevedere l'ipotesi di utilizzo da parte del Confidi minore di un dipendente per la raccolta di richieste di finanziamento, in virtù di una convenzione stipulata con una banca o un intermediario finanziario. Questa fattispecie potrebbe verificarsi in assenza di mandati diretti con agenti in attività finanziaria. In questa seconda ipotesi, tuttavia, dal momento che tale Confidi non risulterebbe iscritto all'interno dell'apposito elenco tenuto dall'OAM, neppure i dipendenti dello stesso lo sarebbero. Al fine di osservare adeguatamente l'orientamento OAM, il Confidi potrebbe cercare di sopperire sottoponendo i propri dipendenti a corsi di aggiornamento professionale, i quali, tuttavia, potrebbero non ricoprire il vasto ambito di competenze professionali richieste ai sensi dell'art. 128-novies, comma 1, TUB.

Un'ulteriore ipotesi potrebbe, infine, prevedere il rilascio di una ancora più generale "autodichiarazione", a firma del legale rappresentante del Confidi, riguardante il possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità dei propri dipendenti, così come richiesti per lo svolgimento delle attività in oggetto. In tale ultimo caso, evidentemente, il Confidi si assumerebbe la responsabilità della dichiarazione nei confronti della banca o intermediario finanziatore, senza, però, avere la certezza che l'adempimento previsto dalla legge sia effettivamente assolto.

Per completare l'analisi dei servizi connessi, poi, è necessario focalizzarsi su un ulteriore aspetto. È assodato, infatti, che l'attività tipica dei Confidi minori debba consistere nel rilascio di garanzie collettive fidi nei confronti dei propri associati,

conseguenti all'ottenimento, da parte del cliente associato segnalato, di un finanziamento erogato dalla banca o intermediario convenzionato con il Confidi stesso. Ai sensi del D.M. 53/2015, quando il Confidi svolge un servizio di consulenza finanziaria nei confronti di propri associati, tale servizio deve essere necessariamente connesso al rilascio di una garanzia che può essere propria o di terzi. In ragione di ciò, si deve ritenere che la lettera della norma lasci ai Confidi un certo margine di libertà nel valutare l'opportunità di rilasciare una garanzia in prima persona o se, diversamente, sia più confacente alle esigenze dell'associato - e del Confidi in primis - il rilascio di una garanzia da parte di terzi. Ciò in quanto ogni garanzia che viene rilasciata da parte del Confidi comporta, chiaramente, in capo allo stesso un onere economico che, seppur futuro ed eventuale, potrà incidere e dovrà essere tenuto in considerazione da parte del Confidi stesso nelle proprie scelte di *business*.

La citata normativa non definisce, tuttavia, in maniera analitica i soggetti che possono ritenersi rientranti nella categoria dei cosiddetti "terzi garanti". Innanzi tutto, si rileva che, ai sensi del D.L. 269/2003, non vengono ricomprese nella nozione di "garanzia mutualistica" (intesa come attività tipica comune sia ai Confidi minori che a quelli maggiori) le garanzie rilasciate nei confronti di soggetti non soci. Pertanto, si deve ritenere che i Confidi - maggiori e minori - nella loro normale operatività non possano rilasciare garanzie se non nei confronti dei propri associati. A fronte di questa limitazione, tuttavia, anche in base agli orientamenti della Banca d'Italia²³, si possono individuare due diverse categorie di soggetti terzi garanti. Da un lato, infatti, nel definire l'ambito di attività esercitabili dai Confidi maggiori, viene ammesso che gli stessi procedano al rilascio di garanzie consortili anche nei confronti di soggetti non associati purché, beninteso, tale attività di rilascio di garanzie non superi la misura del 20% dell'attività complessivamente esercitata dal Confidi stesso²⁴. Dall'altro, viene riconosciuta la possibilità di rilasciare garanzie a soggetti non soci anche ai Confidi cd. "di secondo grado". Questi ultimi sono degli organismi formati dai Confidi associati, che si prepongono quali obiettivi principali il rilascio di controgaranzie e cogaranzie ai Confidi associati, nonché l'attività di assistenza e consulenza per migliorare l'efficacia e

²³ Cfr. Banca d'Italia Circolare n. 288 del 3 aprile 2015, "*Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*".

²⁴ In tal senso cfr. anche L. Gai e P. Arzarello, *Ivi*, pp. 19-20.

l'efficienza degli stessi²⁵. Pertanto, i Confidi di secondo grado svolgono l'attività di garanzia collettiva fidi a favore dei Confidi e delle imprese ad essi aderenti e delle imprese consorziate o socie di questi ultimi²⁶. I Confidi, quindi, potranno rivolgersi agli uni o agli altri soggetti per il rilascio di garanzie di terzi.

Interpretando estensivamente la norma, si deve ritenere che tali garanzie di terzi possano essere rilasciate, su richiesta del Confidi, sia quando quest'ultimo sta svolgendo l'attività principale ex art. 13, comma 2, del D. L. 269/2003, sia quando tale attività sia svolta congiuntamente al servizio di consulenza finanziaria.

5. Conclusioni.

Da quanto fin ora esposto, si evince chiaramente che la base normativa disponibile con riguardo all'argomento oggetto del presente studio non è esente da lacune. I vuoti normativi sono tali da collocare la disciplina delle attività ammesse – con riferimento ai “servizi connessi e strumentali” – in capo ai Confidi minori in una zona “grigia”. In assenza di una chiara linea interpretativa da seguire, nonché di specifici orientamenti da parte delle rispettive Autorità di vigilanza, nonché da parte dell'OCM, si potrebbe giungere ad una conclusione nei termini che seguono.

In linea generale, ai Confidi minori viene riconosciuta la possibilità di svolgere, accanto alla principale attività consistente nel rilascio di garanzie collettive, quella di segnalazione o promozione, con anche quella conseguente di raccolta delle richieste di finanziamento, compresa la documentazione di corredo necessaria per l'istruttoria creditizia. Quest'ultima attività, in quanto rientrante tra i cosiddetti “servizi connessi”, deve consentire di sviluppare l'attività di garanzia collettiva dei fidi, e deve essere svolta in via accessoria a quest'ultima e per finalità coerenti con essa.

Le condizioni fondamentali che rendono ammissibile lo svolgimento dell'attività di consulenza in materia finanziaria e di intermediazione di richieste di finanziamento da parte dei Confidi parrebbero quindi essere: i) la stipula di una convenzione con una banca, un intermediario finanziario o altri soggetti operanti

²⁵ Tali Confidi di secondo grado sono costituiti ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e relativi regolamenti di attuazione.

²⁶ Cfr. art. 13, comma 4, D.L. 269/2013.

nel settore finanziario²⁷, finalizzata a favorire l'accesso al credito delle imprese associate; ii) che il servizio connesso (attività di intermediazione) sia finalizzato al rilascio di una garanzia propria o di terzi; iii) che la garanzia sia rilasciata in forza di apposita convenzione di garanzia stipulata con il soggetto finanziatore.

Come già più volte sottolineato, per quanto riguarda i soggetti incaricati della raccolta di richieste di finanziamento, la lettera della norma nulla specifica in merito. Per giungere ad una compiuta interpretazione è necessario, quindi, affidarsi agli orientamenti dell'OAM in materia, sulla base dei quali si potrebbe ragionevolmente concludere quanto segue. Ai fini della mera attività di consulenza in materia finanziaria, la stipula di apposite convenzioni con i soggetti finanziatori è sufficiente a porre i Confidi in "deroga OAM", ossia tali Confidi non sono obbligati ad iscriversi all'apposito elenco tenuto dall'Organismo²⁸.

Al contrario, nel caso in cui il Confido dovesse svolgere attività di raccolta di richieste di finanziamento, da intendersi quale naturale conseguenza dell'attività di consulenza in materia finanziaria, quest'ultimo dovrebbe provvedere alla propria iscrizione presso gli elenchi²⁹ o, in alternativa, dovrebbe avvalersi di soggetti iscritti³⁰ (quali i dipendenti/collaboratori di società di mediazione o, più comunemente, agenti in attività finanziaria). Giova sottolineare che, unicamente un'attività di consulenza che rimanga del tutto svincolata dalla possibile conclusione di un contratto di finanziamento può essere esercitata da soggetti non iscritti nell'Elenco, ipotesi che appare assai difficilmente configurabile in concreto, se non addirittura scolastica.

²⁷ Per altri soggetti operanti nel settore finanziario si intendono: le imprese di assicurazione; gli operatori di microcredito; i gestori (SGR, Sicav e Sicaf, etc.); le SFIS (Società Finanziarie per l'Innovazione e lo Sviluppo iscritte all'albo di cui all'articolo 2, comma 3, della legge 5 ottobre 1991, n. 317).

²⁸ Cfr. Faq OAM n. 239): *"La stipula da parte delle associazioni di categoria e dei Confidi di convenzioni con banche, intermediari finanziari ed altri soggetti operanti nel settore finanziario finalizzate a favorire l'accesso al credito delle imprese associate costituisce esercizio di agenzia in attività finanziaria o di mediazione creditizia? La stipula di tali convenzioni, da parte dei Confidi e delle associazioni di categoria nonché dalle società di servizi controllate dalle associazioni, non costituisce presupposto per l'iscrizione negli elenchi gestiti dall'OAM. Nell'ambito di tali convenzioni è consentita la raccolta delle richieste di finanziamento (corredata eventualmente dalla raccolta della documentazione necessaria), limitatamente però alle associazioni di categoria, senza che tale attività integri quella propria svolta dagli agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi. (cfr. art. 12, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 141/2010"*.

²⁹ Cfr. Faq OAM n. 240): *"L'intermediazione da parte dei Confidi dei singoli contratti di finanziamento conclusi nell'ambito delle convenzioni ex art. 12, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 141/2010 rientra nella esenzione ivi prevista o costituisce esercizio di attività di agenzia o mediazione? L'intermediazione da parte dei Confidi dei singoli contratti di finanziamento conclusi nell'ambito delle convenzioni non rientra nella esenzione e comporta per i predetti Confidi l'obbligo di iscrizione negli Elenchi"*.

³⁰ Cfr. Faq OAM n. 241), *Ivi*.

Per quanto riguarda, infine, il rilascio di una garanzia nei confronti dei propri associati, si è visto che tale garanzia può essere propria o di terzi. Con particolare riferimento a quest'ultima fattispecie, si deve, pertanto, ritenere conforme alla normativa che il Confidi, una volta intermediata la richiesta di finanziamento, faccia rilasciare la conseguente garanzia mutualistica da un soggetto terzo, rientrando nelle categorie dei Confidi maggiori o dei Confidi di secondo grado.

L'impatto del legal design e dell'intelligenza artificiale (generativa) nella negoziazione e nella redazione della convenzione di arbitrato.

Di Alessia Albanese

La recente innovazione tecnologica che ha investito il campo tanto dell'arbitrato domestico quanto di quello transnazionale è stata agevolata dall'emergenza sanitaria causata dalla diffusione della pandemia da Covid-19 che ha richiesto l'introduzione di soluzioni straordinarie a tutela del primario valore della salute. A fronte di una forte riduzione della mobilità, vi è stato un notevole incremento nell'utilizzo degli strumenti multimediali che hanno accorciato le distanze interpersonali fungendo da ponte tra mondo reale e digitale promuovendo la diffusione della giustizia alternativa anche nel metaverso digitale. La presente riflessione intende mostrare le potenzialità di questi istituti, senza sottacerne i rischi.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'incidenza dell'algoritmo nel diritto. La decisione del giudice e l'arbitrato predittivo – 3. Negoziazione della convenzione di arbitrato: Legal design e IA. – 4. Redazione della convenzione di arbitrato attraverso l'IA generativa(?) 5. Ipotesi di convenzione di arbitrato con ChatGPT.

1. Premessa

La scelta di deferire una controversia al giudizio dell'arbitro avviene per il tramite di un negozio denominato convenzione di arbitrato. Come noto, essa può assumere la veste del compromesso, allorché si riferisce segnatamente ad una o più controversie già sorte, sebbene ciò sia raro poiché richiede un accordo durante una lite. In alternativa, può risultare da una clausola compromissoria inserita in un contratto o in atto separato, con cui le parti manifestano la loro volontà di ricorrere alla giurisdizione arbitrale nell'ipotesi di future controversie che potrebbero sorgere dal contratto medesimo. In ogni caso, si rileva fondamentale redigere una convenzione valida, che può essere elaborata dalle parti *ex novo* oppure basarsi su modelli di arbitrato amministrato¹.

Negli Stati Uniti, ad esempio, la clausola arbitrale è nota come "*midnight clause*" proprio perché nella maggior parte dei casi viene concordata dalle parti al termine delle trattative². Tuttavia, le stesse -generalmente non esperte- possono facilmente incorrere in errori attraverso la comune pratica del "copia-incolla" dal *Web*, senza

¹ Tale scelta può avvenire prendendo in considerazione un numero vasto di soggetti, senza la minima preoccupazione in ordine a limiti di territorio, sede o competenze tecniche. Ciò che rileva maggiormente è che tra parti ed arbitri si crea un legame personale intenso basato sulla fiducia, anche quando la scelta dell'arbitro è mediata dagli enti che si occupano di amministrare la procedura. Ed è proprio questo "*L'arbitrage fascine*". Così B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Parigi, 1999, p.9.

² La maggior parte dei commentatori ritiene che la ragione per cui ancor oggi si registrano casi di convenzioni arbitrali incapaci di produrre effetti giuridici è da ricondursi alla scarsa attenzione che le parti di un contratto dedicano alla redazione di dette clausole, definite anche come "clausole arbitrali patologiche", espressione utilizzata per la prima volta da F. EISEMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Commercial Arbitration Essays in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, 129 e ss. Sul punto, in ordine all'interpretazione delle clausole arbitrali patologiche, si registra — tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza — una notevole spaccatura tra coloro i quali partono da una presunzione di validità di queste disposizioni contrattuali e quelli che invece propendono per un'interpretazione restrittiva di tali clausole. Si rileva, poi, una corrente intermedia che prova a giustificare una lettura liberale delle convenzioni arbitrali patologiche alla luce delle stesse norme sull'interpretazione dei contratti. In linea di massima, si può concordare con chi ha fatto riferimento al *favor arbitrati* nell'interpretazione delle convenzioni arbitrali patologiche come una "*double edged sword*". Così, J. GRAVES, *Arbitration as Contract: the Need for a Fully Developed and Comprehensive Set of Statutory Default Legal Rules*, in *Wm & Mary Bus. L. Rev.*, 2011, 238.

verificarne l'attendibilità o la fonte. Il risultato che si ottiene è una clausola inadeguata o invalida. Pertanto, nella realtà 3.0, nella negoziazione e nella redazione di una convenzione di arbitrato può risultare utile ricorrere al *legal design* e all'intelligenza artificiale (IA)³, specialmente quella generativa, al fine di avere un approccio al passo coi tempi e funzionale alle esigenze delle parti.

Non vi è dubbio che oggi, il campo delle relazioni giuridiche, sia presidiato da piattaforme telematiche e applicazioni digitali sempre più evolute e in grado di mostrare una certa autonomia. Ebbene, nell'affrontare l'impatto di siffatto fenomeno sull'arbitrato, è necessario effettuare una considerazione preliminare: l'uso delle tecnologie elettroniche nell'arbitrato non è affatto una novità⁴. Infatti, il crescente interesse che si registra si deve sicuramente ad esigenze sempre più pressanti, che si estrinsecano, dal punto di vista temporale sul bisogno di celerità e immediatezza del diritto, mentre da un punto di vista logistico, nell'abbattimento delle tradizionali frontiere territoriali.

³ Nel mondo scientifico non si rinviene una definizione univoca e condivisa di intelligenza artificiale. Tuttavia, la Commissione europea con una comunicazione (Bruxelles, 7.12.2018, p. 2) indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, avente ad oggetto il Piano coordinato sull'intelligenza artificiale, ritiene che per intelligenza artificiale "si intendono quei sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici." Il presente documento è consultabile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Ma, ciò su cui gli studiosi convengono è che l'IA sia il prodotto di molteplici abilità. Quando si parla di intelligenza artificiale si suole distinguere tra intelligenza artificiale generale e ristretta. In riferimento alla prima, la dottrina ritiene che i calcolatori siano dotati di capacità cognitive e di pensiero tali per cui si ritiene possibile costruire "menti artificiali"; di contro, la seconda identifica sistemi capaci di svolgere attività complesse che -si badi bene- simulano i processi cognitivi umani, senza riprodurli. Per approfondire si rinvia a G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecniche dell'informazione*, Torino, 2016 p. 279; J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale. Guida al prossimo futuro*, Roma, 2016, p. 104 ss.; J. NIEVA FELLON, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. a cura di P. COMOGGIO, Torino 2019, p.12 ss.

⁴ Cfr. F. MARRELLA – P. I. BARBIROTTA, *Arbitrato internazionale e piattaforme telematiche: alcune riflessioni sul ruolo dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2023, p. 191. Si veda anche *Improving International Arbitration: The Need for Speed and Trust. Liber Amicorum Michel Gaudet*, a cura di B. DAVIS, ICC Publishing, Paris, France, 1998.

Fino all'avvento delle *Online dispute resolution* (c.d. ODR⁵), l'arbitrato si è sempre mostrato come un processo diadico tra parti razionali⁶ per il quale si chiedeva la presenza fisica dei soggetti coinvolti e solo in alcune fasi veniva ammessa la produzione di atti *on-line*. Tuttavia, la recente innovazione tecnologica che ha investito il campo tanto dell'arbitrato domestico quanto di quello transnazionale è stata agevolata dall'emergenza sanitaria causata dalla diffusione della pandemia da Covid-19 che ha richiesto l'introduzione di soluzioni straordinarie a tutela del primario valore della salute. A fronte di una forte riduzione della mobilità, vi è stato un notevole incremento nell'utilizzo degli strumenti multimediali che hanno accorciato le distanze interpersonali fungendo da ponte tra mondo reale e digitale promuovendo la diffusione della giustizia alternativa anche nel metaverso digitale⁷.

Motivo per cui la presente riflessione intende mostrare le potenzialità di questi istituti, senza sottacerne i rischi.

2. L'incidenza dell'algoritmo nel diritto. La decisione del giudice e l'arbitrato predittivo

Nelle molteplici declinazioni del discorso, è sempre di più acceso il dibattito sulla possibile incidenza della tecnologia⁸ - ed in particolare dei sistemi di IA - nel

⁵ Il legislatore europeo ha introdotto la disciplina con la Direttiva 31/2000. In Italia tale Direttiva è stata recepita dal d.lgs. n. 70/2003 in cui l'art. 19 prevede che "in caso di controversie, prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione possono adire anche organi di composizione extragiudiziale che operano anche per via telematica". In argomento si v. S. SELDEN BARTON, *Profili processuali del commercio elettronico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002 p. 73 ss; V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 20 ss.; V. ZENOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d. lgs. 70/03*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2003 p. 505 ss. Tra gli scritti più recenti cfr. A. MERONE, *Online dispute resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di R. TISCINI e F. P. LUISO, 2022, p. 1543 ss.

⁶ In questi termini F. FERRARI- F. ROSENFELD, *Limiti all'autonomia delle parti nell'arbitrato internazionale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 4, 1° dicembre 2022, p. 825 ss. Si veda anche v. J. LORIMER, *The "Three Rules of Washington" viewed in their Relation to International Arbitration*, in *18 J. Jurispr.*, 1874, p. 631 nel quale l'autore afferma che "[a]rbitration consequently is possible only between two parties, both of whom possess rational and, as such, consenting will. A totally unreasonable or unconscientious person may be called into a court of justice, and made a party to a suit, but he cannot be made a party to an arbitration".

⁷ Il riferimento è alla *Blockchain dispute resolution* (BDR) in cui una controversia (che non necessariamente verte su uno *smart contract*) viene gestita mediante specifiche procedure informatiche che consentono il suo svolgimento in modo automatizzato e in assenza di un intermediario centralizzato. Per approfondire si rinvia a F. O. DAL MASO, *Blockchain dispute resolution: una nuova dimensione per la giustizia alternativa?*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 1, 1 marzo 2024, p. 235 ss.

⁸ La tecnologia è la variabile indipendente, cioè un fattore dotato di una forza che, in maniera autonoma, è in grado di guidare l'azione umana e di modificare la società. Cfr. T. VEBLEN, *Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions*, 1899.

diritto, con speciale menzione per le decisioni dei giudici⁹, volte ad arginare il crescente soggettivismo della decisione¹⁰, senza cadere «vittime di errori umani come pregiudizi, stanchezza o carenza di conoscenze aggiornate»¹¹. Tanto da qualificare la nostra epoca come l’«età della giurisdizione»¹². Si osserva, così, uno spostamento del baricentro della giuridicità dal momento di formazione della legge al momento di applicazione della stessa che ha determinato una sostituzione della *legislatio* con la *iurisdictio*, mettendo in crisi i “tre signori del diritto”: legislatore, dottrina, e giudice¹³. Ragione per cui la tecnologia è oggi percepita come panacea di tutti i mali, in grado di rendere calcolabili e prevedibili le decisioni giudiziali, assicurando l’erogazione di prestazioni più efficienti rispetto a quelle fornite dall’essere umano¹⁴. A differenza della giurisdizione statale, nei procedimenti di arbitrato di primo acchito non sembrerebbe sollevarsi alcun problema in ordine alla cd. vincolatività verticale¹⁵. Ma, nonostante in questi casi il precedente abbia “solo” un peso specifico *de facto*, non si registra un particolare

⁹ Calamandrei in un suo celebre scritto si domandava se nel sistema della legalità fosse vero che la sentenza del giudice potesse essere prevedibile. Cfr. P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, ried. 2019, p. 646. Il tema della prevedibilità della decisione è connesso a quello della certezza del diritto. Sul punto, si rinvia a R. Bin, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, p. 1; N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Rivista delle società*, 2015, p. 801 ss. Si vedano anche le considerazioni critiche di D. Dalfino, *Stupidità (non solo) artificiale, predittività e processo*, in *Questione Giustizia*, 2018, disponibile al seguente link https://www.questionegiustizia.it/articolo/stupidita-non-solo-artificiale-predittivita-e-processo_03-07-2019.php. In generale sulla giustizia predittiva si veda L. VIOLA, voce *Giustizia Predittiva*, in *Enc. Giur. Treccani online*, 2018; S. DE LA OLIVA, «Giustizia predittiva», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del «justizklavier»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2019, p. 838 ss.; S. QUATTROCCO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 4, 2019, p. 1748 ss.

¹⁰ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 8.

¹¹ In questi termini M. TEGMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell’era dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2017, p. 143.

¹² Cfr. A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell’età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2017, p. 119 ss., che qualifica l’età della giurisdizione come una «partita fra giudici»: fra giudici nazionali, e fra giudici nazionali e giudici sovranazionali.

¹³ Si veda M. GRANIERI-R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in *Il Foro Italiano*, V, 2012, p. 247 ss.

¹⁴ Cfr. M.R. COVELLI, *Dall’informatizzazione della giustizia alla «decisione robotica»? Il giudice del merito*, in *Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Bologna, 2019, p. 131, a proposito dello sviluppo robotico nell’attività giudiziaria.

¹⁵ Si pensi a sistemi come *Arbitrator Intelligence*, che consente ai professionisti di condividere informazioni e *feedback* sugli arbitri senza violare la riservatezza dei procedimenti o dei lodi; *Arbilex*, un *software* che offre supporto alle parti al fine di valutare i rischi e i probabili costi connessi a una procedura arbitrale; ed ancora, *Arbitrator Research Tool (Art)*, anch’esso un *software* capace di raccogliere, organizzare e rendere disponibile ai soggetti coinvolti nella lite informazioni circa gli arbitri e i lodi da loro emessi. Per un approfondimento si rinvia a P. B. MARROW- M. KAROL – S. KUYAN, *Artificial Intelligence and Arbitration: The Computer as an Arbitrator—Are We There Yet?*, in *Dispute Resolution journal*, 2020.

successo “dell’arbitrato predittivo”¹⁶. Ciò che rileva per la presente trattazione è che - in linea di principio- le disposizioni di legge o contenute nei regolamenti arbitrali non escludono l’utilizzo degli algoritmi ai fini della procedura arbitrale o della decisione. Ed anzi, dapprima il legislatore europeo e poi quello nazionale sembrerebbero incentivarne l’uso. Infatti, una ventata di aria fresca è arrivata il 13 giugno 2023, data in cui il Parlamento europeo, sulla base della proposta della Commissione europea risalente all’aprile del 2021, ha approvato in seduta plenaria l’*Artificial Intelligence Act (AI ACT)*, un testo composto da 113 articoli, preceduto da 180 *considerando*, completati da 13 allegati, teso a delineare regole per un uso sicuro, lecito ed etico sull’utilizzo delle nuove tecnologie. Il 12 luglio 2024 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il predetto regolamento (2024/1689) che impone l’osservanza di determinati comportamenti ai fornitori ed utenti di IA, anche in punto di trasparenza ed individua quattro categorie di rischio per i sistemi di IA, a seconda del loro potenziale impatto sui cittadini¹⁷. Come ha rilevato il compianto Prof. Guido Alpa, «Il Regolamento, pur essendo compendioso, non è parso un testo completo e particolarmente significativo». Tuttavia, «Si deve apprezzare certamente la scelta dello strumento, che tenendo conto delle fonti dell’Unione europea, non si è arrestato ad una semplice risoluzione (...), ma ha preferito enunciare regole immediatamente applicabili ed identiche per tutti, al fine di prevenire divergenti interpretazioni»¹⁸.

Le complesse problematiche che hanno interessato il legislatore europeo, hanno coinvolto necessariamente anche il legislatore nostrano, chiamato a regolamentare

¹⁶ I motivi sono certamente riconducibili al polimorfismo del fenomeno arbitrale in sé, che si manifesta variegato e strutturato con diverse peculiarità in ragione del tipo di controversie e/o delle categorie di soggetti coinvolti. Ulteriori criticità che investono il tema dell’utilizzo dell’algoritmo nelle decisioni arbitrali si riferiscono ai problemi relativi al rispetto del principio di imparzialità e terzietà del giudicante, oltre che della trasparenza e della pubblicità della giurisdizione arbitrale, nonché all’impatto dell’utilizzo dell’IA sul *modus operandi* e *decidendi* dell’arbitro. La trattazione dell’argomento richiede un approccio cauto, in guisa da ponderare i vantaggi che potrebbero derivare dalla automazione del processo unitamente ai rischi che ne potrebbero discendere. E, sul punto, non si può certamente sottacere la problematicità dei *cyberattacchi*. Cfr. P. BARBIROTTA, *Le dichiarazioni di Oxford sulle cyberoperazioni e il diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Rivista OIDU*, 5/2021.

¹⁷ Il Regolamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull’intelligenza artificiale) è disponibile al seguente link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689&efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj

¹⁸ In questi termini G. ALPA, *La difesa dei diritti e il ruolo dell’avvocato nella applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2024, 267, §2.

l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale legata al processo. Il riferimento è al disegno di legge del Senato n.1146, ad oggi in corso di esame in commissione, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Giorgia Meloni, e dal Ministro della Giustizia, Carlo Nordio. Detto d.d.l. non si sovrappone all'emanando regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale (*AI ACT*), ma ne accompagna il quadro regolatorio in quelli spazi propri del diritto interno¹⁹.

Di talché, proprio il recepimento delle indicazioni europee negli stati membri conduce ad uno sviluppo dell'IA improntato allo «*human rights by design approach*», con al centro l'uomo ed il rispetto dei suoi diritti fondamentali²⁰.

3. Negoziazione della convenzione di arbitrato: Legal design e IA

Da questa necessaria presa d'atto si può cogliere come la cultura del *design thinking* stia informando tra i vari settori anche quello del diritto. Già da diversi anni si parla di *legal design*, ossia una tecnica di comunicazione che sfrutta i principi afferenti tanto al mondo giuridico quanto a quello del *design*, allo scopo di rendere il mondo della giustizia sempre più *user-friendly*, inclusivo, funzionale e al passo con l'evoluzione socioculturale e tecnologica spesso contaminata da influenze provenienti da altri Paesi, assicurando immediata comprensione da parte degli utenti finali.²¹

È sotto gli occhi di tutti il fatto che esiste ormai da diverso tempo una prassi operativa che non può più essere ignorata. Infatti, il *legal design* e il *visual design* costituiscono un approccio metodologico che si apre a nuove prospettive al fine di ideare soluzioni giuridiche più efficaci al caso concreto. Attualmente questi strumenti sono utilizzati nei grandi studi legali per aiutare i clienti a comprendere

¹⁹ Per consultare il d.d.l. n.1146 si veda il seguente link <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58262.htm>.

²⁰ Come prescritto dal primo principio della Carta Etica europea sull'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale, redatta dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) e approvata dal Consiglio d'Europa il 3 dicembre 2018 a Strasburgo.

²¹ Trattandosi di un tema di recente conio, allo stato non esiste una vera e propria definizione di *legal design* qualificato alla stregua di «metodo» da taluni autori, ma anche di disciplina «scientificamente orientata» o, ancora, di «metateoria» da altri. Volendo sposarne una ci si rifà a quanto affermato da Margaret Hagan, ideatrice del *Legal Design Lab della Stanford Law School*, la quale, invece, ritiene che: «*Il Legal Design è un approccio innovativo, basato sulle persone che si trovano ad essere inserite nel sistema legale, e si propone di comprendere dove il sistema fallisce e di creare le condizioni per provvedervi*. Il Legal Design può servire per ridisegnare documenti, servizi, organizzazioni e politiche». Tra gli autori che definiscono il *Legal design* come «disciplina» si segnala B. DE MURO – M. IMPERIALE, *Legal Design*, Milano, 2021, p.7. Tuttavia, gli stessi autori nel loro scritto riportano definizioni di altri studiosi, ivi p.8. Per una definizione di «metateoria» si veda M. SCHLICK, *Allgemeine Erkenntnislehre*, Berlino, 1918.

In generale per approfondire C. D'ONOFRIO, *Legal Design: strumento o metateoria del diritto?*, in *Luiss. Law Review*, 1, pp.14-35.

in maniera più agevole le fasi del processo che li vede coinvolti e favorire una maggiore consapevolezza e partecipazione attraverso la sostituzione del “muro di parole”²² con elementi grafici colorati e corredati da disegni, tabelle, *box* esplicativi o video.

Negli ultimi tempi, però, il ricorso al *legal design* si è diffuso in ambito accademico²³, nonché nelle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, trovando terreno fertile soprattutto nella mediazione²⁴. Non è, tuttavia, peregrina l'ipotesi che vedrebbe il ricorso al *legal design* nelle fasi di negoziazione della convenzione di arbitrato. Per meglio intendersi, si pensi al *software* di IA generativa grafica “*Midjourney*”, ossia un modello di intelligenza artificiale “*text-to-image*” che genera immagini a partire da un *prompt* di comandi fornito dall'utente in grado di tradurre graficamente un messaggio giuridico. Nonostante, questo *software* non sia stato specificamente progettato per la redazione di documenti legali come una convenzione di arbitrato, esso può fornire supporto visivo e creativo nel contesto più ampio della preparazione e presentazione della stessa favorendo il dialogo tra i soggetti potenzialmente in conflitto.

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, è indubbio che nel lungo periodo il *legal design* possa divenire un “fattore di sostenibilità”, specialmente nei rapporti di lunga durata quali, ad esempio, quelli aziendali tra cliente e fornitore. Ma, come si suol dire, non è tutt'oro quel che luccica. Infatti, a fronte delle potenzialità dell'istituto qui esposte, bisogna tenere a presente e futura memoria le criticità che si riscontrano. Basti pensare che l'intelligenza artificiale non è dotata di capacità tali da interpretare le sfumature legali e i contesti specifici del caso concreto, rischiando di generare un *output* (in questo caso immagini e/o video) che non risponde adeguatamente alla volontà delle parti. L'efficacia dell'IA dipende

²² In questi termini S. CORONGIU, *Il Legal design per l'impresa: un fattore di sostenibilità*, in *I contratti*, n.6, 1° novembre 2023, p. 663.

²³ Per un'applicazione pratica in ambito accademico si rimanda al Progetto “*Legal design and Visual Materials for the Chiquitano People*” sviluppato nell'ambito del corso di Master in diritto ambientale dall'Università federale dello Stato di Rio de Janeiro (UNIRIO) in Brasile. Il presente progetto è stato condotto e potenziato durante l'anno 2020/2021 all'interno di uno specifico corso ed ha coinvolto studenti del programma di Master, ricercatori norvegesi, canadesi ed italiani, nonché il popolo indigeno Chiquitano del Mato Grosso (Brasile). Per un'analisi più esaustiva si rimanda a G. PAROLA, *Legal design e Visual design applicati al diritto ambientale internazionale: trasformazione dell'accordo Escazù e dei diritti di accesso ambientale in un libro a fumetti co-creato per e con il popolo Chiquitano*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4, 1° aprile 2023, p. 1363.

²⁴ Cfr. A. SBIROLI – F. D'IMPORZANO, *Legal design e mediazione*, in *Adr e Legal design – Manuale di mediazione*, a cura di D. COMBA, Bologna 2023, p. 131 ss.

unicamente dai dati impiegati per il suo addestramento che, se incompleti o addirittura distorti, possono portare a risultati fuorvianti.

4. Redazione della convenzione di arbitrato attraverso l'IA generativa (?)

L'impressione è che l'intelligenza artificiale non faccia che creare nuove e pericolose ipotesi applicative. Si pensi all'episodio di cronaca giudiziaria d'oltreoceano che ha visto protagonista Steven A. Schwartz, un avvocato di New York con oltre 30 anni di esperienza, il quale è stato convocato in tribunale per aver basato la redazione della difesa su precedenti completamente inesistenti utilizzando ChatGPT, una *chatbot AI* che sfrutta l'intelligenza artificiale generativa e apprendimento automatico realizzato dall'americana *OpenAI*. Nel caso di specie, durante l'udienza, il giudice ha sollevato il problema di sei sentenze citate dall'avvocato che si sono rivelate essere false. L'avvocato, a sua discolpa, ha dichiarato di non essere consapevole dell'inattendibilità dei contenuti prodotti dall'intelligenza artificiale²⁵. L'avvocato, a sua discolpa, ha dichiarato di non essere consapevole dell'inattendibilità dei contenuti prodotti dall'Intelligenza Artificiale. Ma ciò non gli ha evitato l'irrogazione di sanzioni, nello specifico una multa da 5mila dollari e l'ordine di notificare la sanzione a ciascun giudice erroneamente identificato dalla *chatbot* quale autore delle sentenze.

Mark Zuckerberg diceva: "*L'intelligenza artificiale generativa è la chiave per risolvere alcuni dei più grandi problemi del mondo, come il cambiamento climatico, la povertà e le malattie. Ha il potenziale per rendere il mondo un posto migliore per tutti*", ma è veramente così?

L'episodio testé citato testimonia un nuovo utilizzo della tecnologia, ed in particolare dell'algoritmo, che rispecchia proprio l'intento perseguito da ChatGPT, ossia fornire supporto e informazioni su una vasta gamma di argomenti, rispondere a domande, aiutare nella scrittura e nella generazione di idee, e offrire conversazioni interessanti. A fronte degli intenti piuttosto pregevoli, dietro l'utilizzo dell'algoritmo, e nel caso di cui in commento di ChatGPT, si nascondono una serie di rischi per l'utente, a maggior ragione se trattasi di un professionista forense.

²⁵ Si tratta dell'ordinanza motivata (*order and decision*) della Corte del distretto meridionale di New York degli U.S.A. del 22 giugno 2023, resa da s.o. P. Kevin Castel, reperibile liberamente all'URL <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2023/06/chatGPT-sanctions-ruling.pdf>. Sul punto, vedi anche F. DE STEFANO, *Intelligenza artificiale e redazione degli atti giudiziari civili*, in *Giustizia Insieme*, 5 febbraio 2024.

5. *Ipotesi di convenzione di arbitrato con ChatGPT*

Al fine di una migliore comprensione del discorso, appare opportuno muoversi sul piano di una ricerca applicata testandone il sistema. Partiamo inserendo nel *box* di ricerca il testo della nostra domanda, e nella specie, “schema di convenzione di arbitrato”, l’algoritmo ci restituisce dapprima il presente *alert* “Certo! Ecco uno schema di convenzione di arbitrato che puoi utilizzare come base. Tieni presente che le specifiche possono variare a seconda delle normative locali e delle esigenze delle parti coinvolte”, seguito poi dal *fac-simile* della convenzione²⁶ con le varie sezioni suddivise a partire dall’instestazione e indicazione delle parti, dai “premessi”, dalla specifica in ordine alla volontà di risolvere eventuali controversie relative ad un data questione tramite arbitrato, nonché i riferimenti circa l’oggetto, la legge applicabile, il luogo dell’arbitrato, il numero di arbitri, la procedura arbitrale, confidenzialità, la lingua del procedimento, accettazione, data e firma. Tuttavia, da queste prime battute, si ottiene unicamente uno schema “spoglio”. Tant’è che proprio l’algoritmo, attraverso un ulteriore avviso, ci dice: “Ricorda di adattare il documento alle tue specifiche esigenze e, se necessario, di consultare un legale per garantire che sia conforme alle leggi applicabili.” Volendo, altresì, cogliere tale sollecitazione è possibile riempire di contenuto il *fac-simile* fornendo a ChatGPT ulteriori dettagli sulla fattispecie concreta che ci occupa o formulando ulteriori domande aventi ad oggetto contenuti giuridici. A titolo esemplificativo, si può chiedere a ChatGPT: “qual è la sede dell’arbitrato in Italia se questa non è stata scelta dalle parti?” La risposta che otteniamo è: “Se le parti non scelgono la sede dell’arbitrato in Italia, il Codice di Procedura Civile (art. 814) stabilisce che il tribunale arbitrale può determinarla tenendo conto delle circostanze del caso. (...)”. Chiaramente, gli addetti al settore coglieranno immediatamente l’errore in cui è incorsa ChatGPT, in quanto, come noto, è l’art. 816 c.p.c., rubricato proprio “sede dell’arbitrato” a stabilire che: “Le parti determinano la sede dell’arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri. Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell’arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma (...)”. A questo punto, segnaliamo all’intelligenza artificiale l’inesattezza, ricevendo dalla macchina la seguente giustificazione: “Hai

²⁶ Domanda formulata alla *chatbot* di ChatGPT in data 05.10.2024.

ragione, grazie per la correzione. In Italia, se le parti non scelgono la sede dell'arbitrato, il Codice di Procedura Civile (art. 814) prevede che la sede sia determinata dal tribunale arbitrale, ma seguendo un criterio specifico: la sede deve essere quella del luogo in cui si trova il tribunale competente per la controversia, ossia il foro generale delle parti. Questo significa che, in assenza di una scelta da parte delle parti, gli arbitri si riferiranno al foro competente per la causa per stabilire la sede dell'arbitrato. Questo è un aspetto importante da tenere a mente per garantire che il procedimento si svolga in un contesto giuridico appropriato. Grazie ancora per la tua pazienza!” Si osserva, dunque, come ChatGPT continui a rettificare l'*output* incorrendo sempre nello stesso errore sino a quando, alla risposta sbagliata, l'utente provvede a segnalare quella corretta. Così facendo, però, si incrementano i dati di cui la IA si giova promuovendo un'inversione di aiuto. Non è più l'intelligenza artificiale a supportare l'uomo nelle sue attività professionali, bensì l'uomo che fa crescere le capacità della macchina. In questo modo, il rapporto uomo-macchina, non è più bilaterale, ma unilaterale, in quanto è l'utente attraverso le sue competenze (nella specie giuridiche) a riempire di contenuto la sua stessa richiesta con non pochi problemi in ordine alla riservatezza e all'utilizzo di dati sensibili. Per di più quest'ultimo lo fa gratuitamente, diversamente da quanto accade con queste macchine che, al fine di sbloccare ulteriori funzionalità, obbligano l'utente al versamento di un contributo economico.

Alla luce di quanto *ut supra*, l'intelligenza artificiale si mostra al pubblico della rete come un *vampiro* che si nutre delle informazioni che gli utenti forniscono. Diversi sono gli interrogativi che aleggiavano sul tema e numerosi sono i quesiti etici che ogni giorno si pongono rispetto all'utilizzo dell'IA, unitamente alle questioni afferenti alle responsabilità civili, penali, senza tralasciare quelle eventualmente disciplinari in cui un professionista, *sub species* un avvocato, potrebbe incorrere. Ma ChatGPT non è certamente l'unico dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzato dai professionisti del settore. Si pensi a piattaforme come *Juice-AI* che utilizza proprio ChatGPT come motore e fornisce una piattaforma centralizzata dove l'IA risponde alle domande basandosi sul *database Jus Mundi*. Ed ancora, *Lexis+AI* che presenta le medesime funzioni, ma è anche in grado di elaborare argomentazioni, clausole contrattuali e comunicazioni al cliente, nonché analizzare e riassumere il contenuto dei documenti. Da ultimo, non ci si può esimere dal menzionare il

fenomeno *Deepseek* che, nelle ultime ore, «sta spaventando tutti i mercati digitali²⁷». Si tratta di un'AI cinese²⁸ in grado di aiutare nella quotidianità i professionisti, grazie alle sue molteplici funzioni e che, come si legge su *Forbes*, solo «Dopo pochi giorni è già l'*app* gratuita più scaricata sull'*App Store* di *Apple*, davanti a ChatGPT²⁹».

I sistemi di cui si è fatta menzione dimostrano come l'algoritmo sia divenuto a tutti gli effetti un “collaboratore di studio”, pronto a coadiuvare il professionista nell'esercizio della sua attività. Tuttavia, qualora si decidesse di ricorrere a tale strumento, è fondamentale tenere a mente che la macchina deve rimanere sempre servente rispetto all'uomo, a maggior ragione considerato che le ramificazioni informative con cui l'algoritmo performa e organizza i dati restituibili, sono conformati dalla rete con aggiornamenti risalenti a molti mesi prima³⁰ risultando intrinsecamente fallaci.

Pur persistendo alcuni ulteriori dubbi e lacune sulla disciplina da adottarsi in tale materia, una cosa rimane certa: l'avvento della tecnologia, nelle sue diverse declinazioni, ha rappresentato in passato e rappresenta tuttora un elemento che è in grado di influenzare e riscrivere le regole del gioco nell'esercizio delle professioni.

Indicazioni legislative chiare si impongono, considerata la oggettiva difficoltà di individuare la linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è e le nuove responsabilità che il giurista è chiamato ad assumere.

²⁷ In questi termini V. BERRA, *Perché DeepSeek rischia il blocco in Italia: i problemi dell'IA cinese con i dati degli utenti*, <https://www.fanpage.it/innovazione/tecnologia/perche-deepseek-rischia-il-blocco-in-italia-i-problemi-dellia-cinese-con-i-dati-degli-utenti/> <https://www.fanpage.it/> (29.01.2025). In un articolo del *Corriere della Sera* si legge che «L'esplosione improvvisa di *DeepSeek* ha avuto effetti immediati sul mercato azionario. A Wall Street tutte le azioni tecnologiche legate al trend dell'intelligenza artificiale sono in fortissimo calo, con flessioni che in apertura vanno dal -3% di Alphabet (Google) al -13% di *Nvidia*». Così P. OTTOLINA, *DeepSeek, una sconosciuta azienda cinese fa tremare la Silicon Valley: in Borsa crollano le azioni AI*, https://www.corriere.it/tecnologia/25_gennaio_27/perche-deepseek-una-sconosciuta-azienda-cinese-fa-tremare-la-silicon-valley-in-borsa-crollano-le-azioni-ai-f67fef72-47fb-4a35-86f8-cdb22d1fcxk.shtml (30.01.2025).

²⁸ In diversi articoli della stampa viene affrontato il caso di *Deepseek*, l'AI fondata nel 2023 a Hangzhou, in Cina. Fra tutti si rinvia a A. BRESSAN, *DeepSeek, la nuova e gratuita AI che aiuta (anche) lavoratori e studenti: ecco le principali funzionalità dell'assistente virtuale cinese*, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2025/01/29/deepseek-come-funziona-nuova-gratuita-ai-cinese-lavoratori-studenti-news/7855709/> (29.01.2025).

²⁹ Sul punto si veda l'articolo di M. NOVARINI, *Che cos'è DeepSeek, l'IA cinese che sta mettendo in crisi Wall Street*, <https://forbes.it/2025/01/27/deepseek-ia-cinese-mette-criasi-wall-street/> (29.01.2025).

³⁰ Si pensi all'aggiornamento di ChatGPT che risale all'ottobre 2023, quello di *Juice-AI* al mese di settembre 2023 e *Lexis+AI* al mese di aprile 2024.

Il ne bis in idem nel nuovo sistema sanzionatorio tributario.

Di Francesco Guariniello

Following the entry into force of Legislative Decree No. 87 of June 14, 2024, "Revision of the Tax Sanctions System, pursuant to Article 20 of Law No. 111 of August 9, 2023," within the broader reform framework of tax law, the legislator has adopted a set of provisions aimed at aligning the discipline of Legislative Decree No. 74 of March 10, 2000, with the principle of ne bis in idem, thereby responding to the numerous indications from supranational case law and the repeated calls of our Constitutional Court.

The respect for the "ne bis in idem" principle, however, is a matter of particular significance and unfolds in multiple dimensions, establishing itself as an "arché" of legal civilization, synthesizing fundamental principles that operate transversally across various legal domains. It is no coincidence that the debate developed in case law and legal doctrine extends beyond the confines of substantive and procedural criminal law, highlighting with renewed impetus the issue of the compatibility of the "bis in idem" prohibition with legislative frameworks that challenge its applicability through a dual sets of proceedings and sanctioning system.

This study, therefore, develops by broadly outlining the hermeneutic coordinates established by living law regarding the applicability of the "ne bis in idem" principle within a regulatory framework in which the legal system's response to the commission of an act "contra legem" may be expressed, against the same individual for the same conduct, through multiple and cumulative measures alternative to imprisonment. The potentially distortive effects of such measures, in terms of legal certainty—if not outright violations of fundamental individual rights—have, for over a decade, been at the center of attention of European courts.

It is precisely the rulings of the ECHR and the Court of Justice of the European Union, in tax matters, together with those of our Constitutional Court, that have significantly contributed to prompting the legislature to undertake the reform initiative whose specific provisions are the subject of this analysis.

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 14/06/2024 n. 87 " Revisione del sistema sanzionatorio tributario, ai sensi dell'articolo 20 della legge 9 agosto 2023, n. 111", nel più ampio disegno riformatore della disciplina tributaria tout court intesa, il legislatore ha adottato un corredo normativo volto ad adeguare la disciplina del decreto legislativo n. 74 del 10/03/2000, al principio del ne bis in idem, andando incontro, così, alle molteplici indicazioni giunte dalle pronunce della giurisprudenza sovranazionale e ai reiterati richiami della nostra Corte costituzionale.

Il rispetto del principio del ne bis in idem, tuttavia, è tema di particolare rilevanza e si sviluppa in molteplici articolazioni, configurandosi come "archè" di civiltà giuridica, in cui sono sintetizzati altrettanto principi posti a suo fondamento, che trasversalmente operano in plurimi ambiti giuridici. Non è un caso, infatti, che il confronto sviluppatosi in giurisprudenza e dottrina coinvolge aree del diritto non esclusivamente circoscritti al diritto penale sostanziale o processuale, in cui emerge con rivitalizzata spinta propulsiva il tema della compatibilità del divieto di bis in idem con discipline legislative che ne mettono in discussione l'operatività, attraverso un sistema processuale e sanzionatorio duale.

Il presente studio si sviluppa, dunque, tracciando a grandi linee le coordinate ermeneutiche delineate dal diritto vivente, riguardo all'operatività del principio del ne bis in idem, all'interno di un contesto normativo, in cui la reazione dell'ordinamento al compimento di un fatto contra legem può esplicarsi, nei confronti dello stesso soggetto per la stessa condotta, attraverso diverse e cumulative misure alternative alla pena detentiva, i cui effetti distorsivi, in termini di certezza del diritto, se non proprio lesivi dei fondamentali diritti individuali, sono assurti, da oltre un decennio, al centro dell'attenzione delle Corti europee. Sono proprio le decisioni della Corte EDU e Corte di Giustizia UE, in ambito tributario, ad aver fortemente concorso, unitamente alla nostra Corte costituzionale, a stimolare il nostro legislatore a realizzare l'intervento riformatore di cui si intende esaminarne specifiche disposizioni.

SOMMARIO: 1. Revisione del sistema sanzionatorio tributario; 2. Il *ne bis in idem*; 3. Il *ne bis in idem*: la giurisprudenza delle Corti europee; 3.1. La Giurisprudenza nazionale; 4. Il rapporto tra procedimento penale e amministrativo in ambito tributario; 5. La resilienza del doppio binario alla luce del d.lgs. n. 87/2024

1. Revisione del sistema sanzionatorio tributario.

In attuazione dell' articolo 20 della legge delega per la riforma fiscale n.111 del 9/08/2023, con cui sono stati delineati i principi e i criteri direttivi specifici per la revisione del sistema sanzionatorio tributario, amministrativo e penale, in materia di imposte sui redditi, di imposta sul valore aggiunto, di altri tributi erariali indiretti e di tributi degli enti territoriali, il legislatore ha emanato il decreto legislativo n.87, del 14 giugno 2024, recante revisione del sistema sanzionatorio tributario, suggellando di fatto, con innesti normativi, la già avviata tendenza a funzionalizzare il diritto penaltributario alla precipua attività riscossiva, disciplinata in ambito amministrativo¹.

L'intero impianto sanzionatorio, la cui funzione deterrente deve essere posta sotto il controllo dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza² e già oggetto nel 2015 di revisione³, fondamentalmente articolato nei due sottoinsiemi amministrativo e penale in ossequio all'art. 20 della legge delega, costituisce d'altra parte, la cartina di tornasole della rotta che ha inteso perseguire il legislatore, in tema di contrasto alla illecita sottrazione del gettito fiscale alla casse erariali.

Così, se è da leggere con favore una generale riduzione dell'intervento penale, in ossequio al canone di *extrema ratio* che, con riferimento a talune fattispecie, nella

¹ Condivisibili le prime considerazioni svolte a seguito della lettura del decreto legislativo n.87/2024 , in cui è possibile ravvisare molteplici elementi che pongono in stretta connessione la disciplina penaltributaria di cui al d.lgs. n. 74/2000 (*e.g.*, nuove cause di esclusione della punibilità, circostanze attenuanti...) con l'estinzione del debito tributario mediante adempimenti amministrativi; in tal senso, F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sistema Penale*, 19/04/2024, in <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/di-vizio-irrefrenabile-funzionalizzazione-riscossiva-del-moderno-diritto-penale-tributario>

² Corte Cost. 17/03/2023 n. 46. La Consulta, nel decidere le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla C.T.P. di Bari, ha chiarito come le sanzioni fiscali, strutturate per garantire un forte effetto deterrente, debbano essere orientate ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità. A tal proposito valorizza la disciplina di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 472 del 1997, norma che, nel prevedere la possibilità di ridurre le sanzioni fino a dimezzarle, si pone come «una opportuna valvola di decompressione atta a mitigare l'applicazione di sanzioni» che molto spesso finiscono per divenire *draconiane*.

³ D.lgs. 24/09/2015, n. 158, "Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, co.1, della legge 11/03/2014, n. 23".

pratica tende a risolversi come strumento non adeguato, la riforma segna, invero, una lenta ma costante metamorfosi della disciplina penalttributaria, originariamente ben radicata nell'alveo dei principi del diritto penale, verso una sua preminente funzione posta a servizio dell'attività di riscossione, inquadrata in una più generale visione del rapporto fisco-contribuente in cui primeggiano l'implementazione ed efficientamento di procedure di *compliance* e l'incentivo a forme di adempimento spontaneo da parte del contribuente con effetti di natura premiale.

In questo contesto, non esente da rilievi critici, deve essere letta, tuttavia, con generale apprezzamento il tentativo di una lettura sistematica dell'articolato sanzionatorio divisato, avuto riguardo anche alle indicazioni provenienti dal diritto vivente in tema di *ne bis in idem*, sensibile in particolare alla giurisprudenza oltreconfine, che con le sue pronunce ha contribuito a tracciare la direzione dell'alveo su cui scorre la disciplina del diritto punitivo tributario.

Sinteticamente rileviamo che l'art. 20 della legge delega individua tre le macro-aree di intervento:

- a) aspetti comuni alle sanzioni amministrative e penali" (art. 20, lett. a), nn. 1, 2, 3, 4, 5);
- b) specificamente le sanzioni penali in senso stretto (art. 20, lett. b, nn. 1 e 2);
- c) riordino del sistema sanzionatorio in materia di accise e di altre imposte indirette

Ebbene, dei cinque obiettivi comuni alle sanzioni amministrative e penali, saltando a piè pari gli aspetti del decreto non concernete il tema che ci occupa, richiamiamo esclusivamente l'art. 20 co.1 lett. a), in cui il legislatore dichiara di:

- pervenire ad una maggiore integrazione tra sanzioni amministrative e penali, al fine di un completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*;
- voler operare una revisione dei rapporti tra processo penale e processo tributario introducendo previsioni normative atte a dar rilevanza a sentenze definitive di assoluzione perché il fatto non sussisteva o perché l'imputato non lo aveva commesso, nei procedimenti tributari; tali sentenze faranno stato per quanto riguarda l'accertamento dei fatti medesimi già svolto in sede dibattimentale.

Inoltre, si valorizza, con specifiche disposizioni, l'integrazione tra sanzioni amministrative e penali, puntando, invero ad armonizzare l'intera disciplina sanzionatoria, avendo cura di **potenziare**, anche con qualche eccesso, forme di resipiscenza del contribuente⁴, non solo da un punto di vista sostanziale, ma avuto riguardo al profilo processuale in sede penale, nell'ottica di **una interazione sempre più stretta, tra lo stesso processo penale e processo tributario**, in cui la primazia del criterio di proporzionalità, quale principio intorno al quale ruota l'intero impianto sanzionatorio⁵ e di cui la stessa Corte costituzionale ne ha espresso la sua *vis* espansiva con la sentenza n. 46 del 2023⁶, assurge a criterio rimediale, con cui dipanare i potenziali squilibri dell'azione punitiva, non senza qualche perplessità, come vedremo, di ordine pratico.

Con la lettera b) del co.2, art. 20 della legge delega, inoltre, circoscrivendo il nostro esame specificatamente al tema del "*ne bis in idem*", il legislatore delegante si prefigge di stabilire criteri e principi da adottare per le sole sanzioni penali, al fine di attribuire specifico rilievo alle **definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto**, non senza suscitare alcuni dubbi espressi da alcuni autorevoli commentatori⁷.

⁴ Il riferimento è tra le modifiche apportate in questo senso, all'art. 13 bis, rubricato "Circostanze del reato" e segnatamente il 1° comma. A proposito del mal celato assoggettamento della disciplina penale al servizio dell'attività riscossiva del debito tributario, attraverso una rischiosa mutazione genetica della norma penale sostanziale, si riporta uno stralcio della Relazione di tecnica di accompagnamento allo schema d.lgs. n. 74/2000, relativo agli originari meccanismi premiali, dalla cui lettura emerge chiaramente la ratio che informava l'impianto della originaria disciplina penale e l'idea di scartare **una norma penale che monetizzi il rischio**: "4.2 (...) *Al riguardo, si è scartata la soluzione "estrema" — che pure avrebbe potuto astrattamente ipotizzarsi a fronte della genericità dell'indicazione del legislatore delegante — di elevare la condotta risarcitoria a causa estintiva del reato: e ciò sul rilievo che in materia di criminalità economica, e tributaria in particolare — laddove vengono in giuoco interessi di natura prettamente patrimoniale — una simile soluzione finirebbe per frustrare la comminatoria di pena, se non anche per sortire un effetto "criminogeno", in quanto consentirebbe ai contribuenti di "monetizzare" il rischio della responsabilità penale, barattando, sulla base di un freddo calcolo, la certezza del vantaggio presente con l'eventualità di un risarcimento futuro privo di stigma criminale*".

⁵ In effetti, una lettura complessiva dell'intero impianto normativo previsto dal d.lgs. n. 87/2024 non si può far a meno di osservare il ruolo preminente assegnato al principio di proporzionalità dal nostro legislatore, sconfinando dall'area circoscritta del *ne bis in idem* e valorizzandone il ruolo del sistema sanzionatorio valorizzandone mediante la modifica dell'art. 3 d.lgs. n. 472/199, sino a divenire norma di rilevanza generale del procedimento tributario con l'introduzione nello Statuto del contribuente, legge n. 212/2000, dell'art. 10 -ter con cui si stabilisce che l'azione amministrativa bilancia la protezione dell'interesse erariale alla percezione del tributo con la tutela dei diritti fondamentali del contribuente, nel rispetto del principio di proporzionalità.

⁶ A tal proposito, cfr. BORGIA, *La vis espansiva del principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria in materia tributaria: note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 46/2023*, in *Riv. dir. trib.*, suppl. online, 28/11/2023

⁷ Invero. l'art. 20, lett. b) n. 2 della legge n. 111/2023, laddove intende "attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto", si caratterizza per avere forma piuttosto laconica, non priva di

Si predilige, così traspare dalla lettura dell'art. 20, attribuire maggiore rilevanza, in termini di efficacia, ai fatti accertati in sede penale ai fini della loro condivisa valutazione in sede tributaria, rispetto alle definizioni raggiunte in sede amministrativa o nel giudizio tributario, quali elementi di valutazione della rilevanza penale del fatto.

Esamineremo, dunque, specifiche disposizioni del decreto legislativo n. 87 del 2024, i cui effetti dovrebbe valorizzare il *ne bis in idem*, quale principio di civiltà giuridica, nella sua duplice natura, sostanziale e processuale non potendo prescindere, tuttavia, da una sua sintetica ricostruzione giurisprudenziale, in particolare di matrice sovranazionale, avente quest'ultima la meritoria funzione propulsiva di valorizzare la concreta applicabilità del diritto de quo nel contesto normativo nazionale vigente, caratterizzato dall'esistenza di modelli definibili a "doppio binario", come nel caso della disciplina tributaria, caratterizzata dalla previsione di due diverse sanzioni – in particolare, l'una penale e l'altra formalmente amministrativa – per il medesimo fatto, da infliggere a seguito di un altrettanto duplice procedimento.

Ebbene, in conformità ai criteri direttivi espressi dall'art. 20 della legge delega, il legislatore delegato, fermo restando specifiche modifiche esaminate in seguito, introduce nell'articolato previsto dal d.lgs. n. 74/2000:

- il nuovo comma 1 bis dell'art. 20, con cui è attribuito alle sentenze rese nel processo tributario divenute irrevocabili, nonché agli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, **rilevanza probatoria** del fatto da accertare nel processo penale, sempre che abbiano a oggetto, violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale;
- l'art. 21-bis, che recepisce *in toto* il contenuto della legge delega, valorizzando nel processo tributario nel massimo grado (*rectius* attribuzione di efficacia di giudicato), nei confronti del medesimo soggetto, l'accertamento dei fatti

genericità, che avrebbe meritato maggiore chiarezza espositiva, la cui massima portata giuridica avrebbe potuto costituire una vera pregiudiziale tributaria-riscossiva dagli esiti fortemente impattanti in sede penale. In senso dubbioso nei confronti della previsione normativa, si leggano le considerazioni espresse in audizione, URICCHIO, Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame dello Schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario (Atto n. 144), Roma, 27/03/2024, secondo cui "*Tale disposizione, oltre che in contrasto con la delega, sembra attribuire valore di piena prova agli esiti di un giudizio (ovvero di un accertamento definito in adesione) che, pur se riformato, non risponde appieno alle garanzie di formazione della prova previste dalla CEDU. Pur senza escludere l'ingresso nel processo penale degli esiti del giudizio tributario, sembra preferibile attribuire a tali atti valore di indizio, e quindi liberamente valutabili dal giudice penale unitamente al materiale probatorio formato in tale giudizio*".

medesimi già accertati in sede dibattimentale e cristallizzati con sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso;

- l'art. 21-ter, con cui ha inteso regolare l'applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative già irrogate con sentenze o provvedimenti divenuti definitivi.

Infine, un'ultima postilla.

In attuazione dell'art. 21, co.1, della predetta legge delega n. 111 del 2023, il legislatore delegato ha adottato:

- il d.lgs. n. 173 del 5/11/2024 con cui ha ritenuto di riordinare in un unico *corpus* normativo le disposizioni legislative vigenti in materia di sanzioni tributarie amministrative e penali, introducendo il **testo unico delle disposizioni legislative in materia di sanzioni tributarie amministrative e penali**, suddiviso in Parte I "*Disposizioni in materia di sanzioni amministrative*"; Parte II "*Disposizioni in materia di sanzioni penali*" e Parte III "*Disposizioni finali*";

- il d.lgs. n. 175 del 14/11/2024, con cui ha inteso riordinare in un unico *corpus* normativo le disposizioni legislative vigenti in materia di giustizia tributaria, approvando il **testo unico delle disposizioni legislative in materia di giustizia tributaria**, suddiviso in PARTE I "*Ordinamento della giurisdizione tributaria*"; Parte II "*Disposizioni sul processo tributario*", nel quale sono confluite tra l'altro per ragione di omogeneità della materia gli artt. 21-bis e 21-ter del d.lgs. n. 74/2000; Parte III "*Disposizioni finali*".

Conseguentemente, il d.lgs. n. 74/2000 è stato abrogato e al contempo la disciplina ivi prevista, confluita nell'allegato al d.lgs. n. 173/2024 ovvero Testo unico delle disposizioni legislative in materia di sanzioni tributarie amministrative e penali, ad eccezione degli artt. 21-bis e 21-ter confluiti nel Testo unico della giustizia tributaria allegato al d.lgs. 175/2024.

Le disposizioni di entrambi i testi unici si applicano dal 1° gennaio 2026.

2. Il ne bis in idem

Nel nostro ordinamento, il principio è di fatto riconducibile alla norma espressa dall'art. 649 c.p.p. "*Divieto di un secondo giudizio*"⁸ che riprende in larga misura i

⁸ Art. 649 c.p.p.: "L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto,

contenuti dell'art. 90 c.p.p. abrog., trovando, invero, una nuova collocazione sistematica nel nuovo codice di rito, nel titolo I del libro X sull'«esecuzione», rispetto all'abrogato codice del 1930 inserito nel libro sulle «disposizioni generali», assumendo la topografia codicistica, quasi un valore simbolico circa la rilevanza dell'istituto in parola, inteso come effetto della irrevocabilità del giudizio e non anche come presidio di tutela fondamentale per la persona sottoposta a procedimento.

L'origine e la ratio del noto principio di cui si discute (lett. “*non due volte per la medesima cosa*”), era già conosciuto nel diritto romano nell'ambito delle *legis actiones*, attraverso il principio “*bis de eadem re ne sit actio*”⁹, che di fatto vietava di riproporre una medesima azione (preclusione processuale) nei confronti di un soggetto già sottoposto a giudizio.

Il divieto di *bis in idem* diviene nel corso dei secoli, principio di civiltà giuridica, posto a tutela della certezza del diritto in senso soggettivo, attraverso il divieto di un secondo giudizio, allorquando, “*formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto*”¹⁰, così da scongiurare il concreto rischio di vedere compromesso il godimento delle libertà connesse allo

neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. Se, ciò nonostante, viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”.

Il tema, come avremo modo di verificare, si interseca con aspetti di diritto sostanziale, ex art. 15 c.p. e avuto riguardo all'interazione tra illecito amministrativo e penale, in termini generale, volgendo lo sguardo segnatamente all'aspetto sanzionatorio, il nostro ordinamento prevede la garanzia, sancita dall'articolo 9 della legge 689/1981, «principio di specialità», in forza del quale quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale che sebbene avente gli stessi elementi costitutivi fondamentali, uno di essi è di portata più limitata a causa di una precisazione o di un'integrazione al fatto, prevalendo nel qual caso quale fattispecie specifica

⁹ Principio rintracciabile anche con la formula “*bis de eadem re agere ne liceat*”; v. ULPiano, *Digesto*, Libro XLVIII, Tit. II; QUINTILIANO, *Istitutio oratoria*, Libro VII, cap.6, par.4; GIUSTINIANO, *Codex*, Libro IX, Tit. I.; il principio parimenti si rinviene in CICERONE, *Laelius de amicitia*, 22.85. In dottrina non è univoca l'interpretazione attribuita alla locuzione anche riferita al diritto romano, cfr. ANDRIOLI, “voce *Ne bis in idem*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, vol. XI, 1968, pp. 185-187; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, Milano, 2009, p. 59 ss.

¹⁰ Corte Cost. n. 200/2016. Il presente contributo prende in considerazione esclusivamente la tematica sviluppatasi intorno alle ipotesi riconducibili al concetto di doppi binari sanzionatori, penale-amministrativo, esistenti all'interno del medesimo ordinamento, distinguendo, così, gli ulteriori casi riconducibili al solo ambito della giustizia penale o sfociante in casi di *bis in idem* internazionale, afferenti invece alla contestuale conoscenza del fatto da parte di autorità facenti capo a diversi ordinamenti. Per un inquadramento generale sul tema, tra i tanti, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2020, p. 833 ss; CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2012, p. 1201 ss, TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano, 2012, p. 916 ss. e anche in prospettiva storica, v. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *La Legislazione penale*, luglio/2015, pp-1-18

sviluppo della personalità individuale¹¹, diritto considerato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale come immanente alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost¹²: un duplice profilo di garanzie che si esplicano, in sintesi, nel rispetto del principio dell'equità e nell'esigenze della certezza del diritto¹³.

Si tratta, tuttavia, notoriamente di un tema assai delicato e dibattuto, sia per ampiezza che per complessità delle questioni ad esso sottese ed afferente trasversalmente a diverse aree del diritto, oggetto di una copiosa produzione giurisprudenziale e dottrinale in materia, dirette ad individuare i limiti operativi della preclusione, sia procedimentale che sanzionatoria¹⁴.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha alternato, nel corso degli anni, diversi orientamenti, anche solo rispetto alla stessa portata applicativa dell'art. 649 c.p.p. nell'ambito della giustizia penale, e pur prescindendo dalle pur interessanti esegesi sorte intorno al dato letterale dell'art. 649 c.p.p.¹⁵, sembra quasi pleonastico rilevare comunque, come il dato testuale non sia privo di ambiguità, posto che si

¹¹ In questo senso P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1413

¹² *Ex multis*, Corte Cost. sent. 149/2022; Corte Cost. sent. n. 200/2016, secondo cui il principio è "immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire". In senso più ampio, sempre la Corte Cost., 21/11/2006, n. 381; Corte Cost., 16/07/2004, n. 230:

¹³ Sulla poliedricità del *ne bis in idem*, diretto anche ad assicurare razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali e di certezza in senso oggettivo delle situazioni giuridiche, così da scongiurare conflitti tra giudicati, cfr., per tutti, CAPRIOLI – VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p.72 ss

¹⁴ Garanzia, intesa, quindi, nella sua duplice funzione di presidio della stabilità della decisione definitiva e al contempo garanzia per l'imputato di essere processato all'infinito per un fatto già oggetto di accertamento divenuto irrevocabile. Cfr. DE LUCA, *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, p.1; RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 857

¹⁵ Ai sensi dell'art. 649 c.p.p. la preclusione ivi prevista si realizza anche allorché, il medesimo fatto oggetto della pronuncia divenuta irrevocabile e quello del nuovo procedimento, si differenziano per "titolo, grado e circostanze". Si dovrebbe intendere (ma anche in questo caso la dottrina non è unanime nel suo orientamento), per "titolo", la modifica di qualificazione giuridica dello stesso fatto (si pensi ad un caso di imputazione inizialmente di "truffa" anziché "appropriazione indebita") o ancora nel caso di mutamento dell'elemento soggettivo del reato (*i.e.*, da doloso a colposo), per grado, "tutte quelle situazioni senza spostare il titolo del reato, importano maggiore o minore gravità del reato..." così LOZZI, *Lezioni di Procedura Penale*, XIV Ed. Torino, 2020, p.839. A tal proposito, cfr. Corte di Cass., sez. V, 30/10/2014, n. 247895, attribuisce alla locuzione "diversamente considerato...per grado" ex art. 649 c.p.p. il "diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, facendo rimando al grado della colpevolezza e non alle conseguenze dell'illecito". Tale tesi non sembrerebbe condivisibile secondo autorevole dottrina, dato che l'irrilevanza, ai fini della mutazione del fatto, del coefficiente psicologico, è riconducibile al "titolo" del reato ex art. 649 c.p.p.: per tutti, CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, op.cit. p. 85.

“introduce nell’orizzonte processuale una categoria non esplicita né dalla legge penale processuale né nella legge penale sostanziale¹⁶”.

Infatti, vero è che siamo dinanzi ad una locuzione di non facile interpretazione, giacché, posto che l’esegesi tradizionale concerne il divieto di ripetere un’azione (sottintesa dal “*bis*”) che verte sul medesimo fatto oggetto del nuovo giudizio (*i.e.*, “*in idem*”), non può essere revocato in dubbio che il principio, calato nella realtà giuridica, si presti ad assumere una molteplicità di significazioni.

In effetti, avremo modo di verificare come la stessa giurisprudenza europea ne ha colto il segno, con un orientamento fluttuante tra garanzia di natura sostanziale, correlata al rispetto del criterio di proporzionalità sanzionatoria tra i due procedimenti, e rilievo attribuito anche al profilo procedurale espresso particolarmente dalla Corte EDU.

Orbene, nel nostro ordinamento il canone di *bis eadem re ne sit actio* si fonda su due elementi:

1. uno di natura soggettiva, rappresentata dall’identità dell’imputato;
2. l’altro di natura oggettiva, *id est*, l’identità del fatto da accertare.

In effetti, ai fini dell’operatività dell’art. 649 c.p.p., se pacifica è l’identità soggettiva, è opportuno riconoscere come sia lontano un approdo dottrinale condiviso sulla portata applicativa dell’art. 649 c.p.p., atteso che, in tema di effettività della garanzia del *ne bis in idem*, appaiono ancora confliggenti i criteri di individuazione del sintagma “identità del fatto”, previsto dalla suddetta disposizione, campo di ricerca di un difficile bilanciamento tra corretta interpretazione e giustizia sostanziale.

Il tema non è di pronta e facile soluzione, ancorché l’evoluzione della giurisprudenza di legittimità nel corso degli ultimi anni abbia avviato un graduale consolidamento del concetto di “fatto”, la cui portata ermeneutica risente evidentemente della sua natura polisemica, che si manifesta nella difficoltà di racchiuderlo in un concetto omnicomprensivo, a seconda che l’individuazione del fatto sia posto in relazione a scopi endoprocessuali¹⁷ o posti all’infuori del fenomeno processuale, con innegabili riflessi anche in relazione al *ne bis in idem*

¹⁶ GROSSO, *Ne bis in idem e concorso formale eterogeneo*, in *Studi e ricerche di scienze umane e sociali* (a cura di) R. DELLE DONNE, fedoa Press, Napoli, 2014, p. 154.

¹⁷ RINALDI-GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. Penale*, 2017, n.1, pp.103-127.

sostanziale ex art. 15 c.p.¹⁸ e al cumulo sanzionatorio connesso ai due procedimenti connesso alla sua funzione di equità e di giustizia sostanziale.

È evidente, altresì, che una più o meno ampia estensione della nozione “fatto” può divenire scelta anche di politica criminale, basata su valutazione di ordine pratico, giacché un suo eccessivo ampliamento trasformerebbe il principio del *ne bis in idem* da fondamentale garanzia dell'individuo, in una barriera tesa ad ostacolare la valutazione di episodi criminosi del tutto diversi rispetto a quelli già oggetto di un precedente giudizio.

In ambito dottrinale il dibattito non è affatto ricomposto ad un unico pensiero, tutt'altro. Richiamando un'autorevole tesi, si chiarisce che il “*fatto significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono*” (così il divieto non opererà per i casi di concorso formale omogeneo)¹⁹, specificando che, nei reati c.d. materiali la condotta non è separabile dall'oggetto fisico su cui cade. Conseguentemente, al variare di quest'ultimo, muta anche l'identità del fatto, attribuendo all'art. 649

¹⁸ Trattasi del c.d. “*ne bis in idem*” sostanziale concernente ipotesi di qualificazione normativa multipla di un medesimo fatto (*i.e.*, disciplina del concorso apparente ex art. 15 c.p.). A tal proposito, Corte di Cass. sent. 12/01/2022, n. 663 riguardo alla differenza strutturale *tra ne bis in idem* sostanziale e processuale): “(...) fonda la disciplina del concorso apparente di norme, vietando che uno stesso fatto sia accolto giuridicamente due volte alla stessa persona; il *bis in idem* processuale, invece, concerne non già il rapporto astratto tra norme penali, bensì il rapporto tra il fatto ed il giudizio, vietando l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato”.

Art. 15 c.p. stabilisce che: “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materialità, la legge o disposizione di legge speciale deroga alla legge o disposizione generale, salvo che sia altrimenti stabilito”. Principio di specialità unico esplicitamente riconosciuto dal codice penale per identificare l'istituto del concorso apparente di norme (la teoria monistica). Tuttavia, notoriamente le tesi pluralistiche sostengono l'esistenza di ulteriori criteri in grado di intervenire successivamente al criterio di specialità, qualora mediante quest'ultimo non sia possibile individuare la fattispecie incriminatrice concretamente applicabile: il principio di sussidiarietà e il principio di consunzione (ovvero dell'assorbimento). Si registra, per completezza Corte di Cass. pen. SS.UU. sent. 22/06/2017, n. 41588 secondo cui il principio di specialità è l'unico criterio idoneo a risolvere un eventuale concorso apparente di norme, poiché rispetta integralmente il principio di legalità ed una successiva sentenza sempre di Corte di Cass. sez V pen. del 5/05/2023 n.18891 che discostandosi dal *dictum* delle sezioni unite mostra di valorizzare anche il criterio dell'assorbimento.

¹⁹ CORDERO, *Procedura penale*, op. cit., p. 1206 ss: “La decisione irrevocabile impedisce nuovi giudizi sulla “*res*”, comunque venga poi rievocata: non importa che giorno o luogo siano diversi; e così i motivi dell'aggressione, nonché l'arnese (...), purché i rispettivi enunciati descrivano lo stesso avvenimento”. Il Prof. Cordero, con riferimento al testo dell'art. 90 del vecchio codice (replicabile anche in relazione al vigente codice di rito), afferma, “fatto è soltanto la condotta esteriore (movimento corporeo o inerzia) che fu presa in considerazione nella precedente sentenza”. Parimenti, cfr. PAGLIARO, *Fatto, Diritto Processuale Penale*, in Ed, XVI, Milano 1967, p. 964 ss, secondo cui, riferendosi al vecchio art. 90 c.p.p. abrog., è escluso che possa esserci un secondo giudizio vertente sulla medesima condotta, sia nel caso di concorso formale omogeneo, sia in quello di concorso formale eterogeneo, giacché, in entrambe le ipotesi, si versa in una diversa considerazione del medesimo fatto sotto il profilo del titolo.

c.p.p. il baluardo normativo contro un secondo giudizio sul medesimo fatto che “cade sotto due titoli” e dunque, si applica il *ne bis in idem*.

In senso più restrittivo, si colloca l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, tesa a ricercare una esegesi dell'art. 649 c.p.p., rispetto al caso concreto *sub iudice*, che dia certezza a una risposta punitiva, deviando da posizioni della dottrina, con appositi correttivi, verso un concetto di giustizia sostanziale.

In questo senso, può essere letta anche l'evoluzione dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza domestica non pronta a condividere totalmente le coordinate ermeneutiche delineate dalla Corte EDU con la sentenza “*Grande Stevens c. Italia*” del 2014, a proposito della compatibilità dei sistemi sanzionatorio a “doppio binario” con il principio de quo, e tuttavia, ben consapevole che l'interpretazione della norma codicistica non può fare a meno di interagire con i *dicta* delle Corti europee, in un quadro interpretativo sovranazionale, in cui si innestano tanto il profilo processuale, che sostanziale del diritto del *ne bis in idem*, in costante divenire, quale fenomeno dalla natura proteiforme²⁰.

Giunti a questo punto, prima ancora di delineare l'approdo ermeneutico a cui la giurisprudenza domestica sembrerebbe essersi allineata in tema di operatività del *ne bis in idem*, è opportuno volgere lo sguardo oltreconfine per esaminare, sia pure sinteticamente, il vorticoso susseguirsi di decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea ovvero CGUE, ma soprattutto della Corte Europea dei diritti dell'uomo ovvero Corte EDU.

E' nelle suddette sedi, che la *vis* espansiva dell'essenza del diritto in parola trascende la stessa discussione sui limiti del divieto circoscritti al solo rito penale, attraverso una impostazione che si ispira ad una più ampia estensione della garanzia, finalizzata a “contenere”, mediante elaborazione di un rimedio giuridico integrato, l'operatività dei sistemi sanzionatori dualistici, inaugurando in tal guisa “il processo di europeizzazione del diritto punitivo”²¹ a cui lo stesso legislatore nazionale intende uniformarsi con il d.lgs. n. 87/2024.

²⁰ Cfr. *Il ne bis in idem*, AA.VV. (a cura di Mangiaracina), Torino, 2021. Secondo alcuni commentatori, il principio preso in esame e salvaguardato dalla Corte EDU si caratterizza per avere natura ibrida, differenziandosi, sia dal *ne bis in idem processuale* previsto dal codice di rito, sia da quello puramente sostanziale previsto dal diritto penale ex art. 15 c.p. (v. L.BIN, *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, in *Legislazione penale*, 9/052023, pp. 1-45).

²¹ A tal proposito si veda, BERNARDI, *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, p. 557 ss.

3. Il *ne bis in idem*: la giurisprudenza delle Corti europee.

Il *ne bis in idem* declinato fondamentalmente nel non dover rischiare un duplice processo per il medesimo fatto, preclude di dover vivere “*l’ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell’ordinamento costituzionale*”²². In ambito europeo²³ trova espresso riconoscimento con:

- l’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 22 novembre 1984 (d’ora in poi anche CEDU), rubricato «*Diritto di non essere giudicato o punito due volte*»,
- l’art. 50 della Carte dei diritti fondamentali dell’Unione europea (ovvero CDFUE), intitolato “*Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*”. Ebbene, è in forza delle suddette previsioni, che le pronunce delle Corti europee hanno contribuito a rivitalizzare il perimetro operativo della garanzia del divieto di *bis in idem*, ancorché definibile a geometria variabile, elaborando criteri specifici ed autonomi²⁴, funzionali al riconoscimento di norme sanzionatorie aventi carattere penale, ancorché formalmente di natura amministrativa, ampliandone, in tal guisa, la sua definizione materiale.

Dunque, una fluidità applicativa, si diceva, a causa di concetti carenti di stabili addentellati interpretativi, demandata sovente al potere attribuito al singolo giudice nazionale, risultando paradigmatico di come il diritto sovranazionali stenti a far convergere gli ordinamenti giuridici nazionali verso soluzioni omogenee.

In sintesi, è possibile tracciare fondamentalmente i due capisaldi giuridici che l’istituto tende a garantire, così come interpretato dalla Corte EDU che, pur manifestando originariamente la sua rilevante valenza in materia penale, ne travalica i suoi confini, per includere altre misure punitive di diversa natura giuridica.:

²² Corte cost., sent. n. 200 del 2016, in www.giurcost.org

²³ Per una ricostruzione del riconoscimento internazionale del *ne bis in idem*, cfr. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, *passim*

²⁴ *Ex multis*, Corte EDU: Zolotukhin c. Russia, sent. 10/02/2009; *ex multis*, CGUE sul *ne bis in idem*: 11 febbraio 2003, Gözütok e Brügge, C-187/01 e C-385/01; 9 marzo 2006, van Esbroeck, C-436/04; 28 settembre 2006, van Straaten, C-150/05; 29 settembre 2006, Gasparini, C-467/04; 18 luglio 2007, Kraaijenbrink, C-367/05; 11 dicembre 2008, Bourquain, C-297/07; 16 novembre 2010, Mantello, C-261/09..

- evitare che un soggetto venga processato, due volte per lo stesso fatto (concezione c.d. procedurale) e parimenti sanzionato due volte (concezione c.d. sostanziale);
- evitare la formazione di un conflitto tra giudicati.

La giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione europea è divenuta, pertanto, il terreno fertile su cui si è incentrato e rapportato, anche a livello nazionale, il dibattito sull'applicazione del principio ad aree del diritto che non fossero afferenti alla materia penale "*stricto sensu*", sia pure con specifiche linee interpretative in taluni casi non perfettamente sovrapponibili tra le due corti, fondamentalmente derivante da un concetto di "*matière pénale*", indirizzato verso la massima espansione, attraverso una interpretazione in chiave sostanzialistica, tracciata dai criteri della sentenza "*Engel c. Paesi Bassi*"²⁵ del 1976 (*i.e.*, natura, gravità e scopo della sanzione).

Dunque, è possibile schematizzare i presupposti per l'applicazione del *ne bis in idem* in quattro punti desumibili dalle pronunce delle Corti europee:

1) *L'idem factum*, nella sua connotazione storico-naturalistica (inteso come singola condotta o unitamente ad evento e nesso causale) e non più nella sua qualificazione giuridica, sussistente nei due procedimenti o alla base delle due sanzioni²⁶. Sin dal caso della sentenza "*Zolotukhin c. Russia*" del 10/02/2009²⁷, infatti, la Corte EDU ha chiarito il concetto di "identità del fatto", declinato nella

²⁵ Cour européenne, Assemblée plénière, Affaire Engel et autres c. Pays-Bas, Arrêt 8/06/1976, in tema di sanzioni detentive disciplinari-militari.

²⁶ Il tema dell'identità del fatto in ambito europeo, in particolare, riferendoci alla Corte EDU, almeno sino alla sentenza "*Grande Stevens c. Italia*" del 2014, invero, si modella su un concetto dell'*idem factum* più garantista nei confronti del soggetto sottoposto al doppio procedimento anche nei confronti di quei procedimenti formalmente non penali.

Proprio con la suddetta sentenza, la Corte alsaziana integra il suo orientamento, chiarendo che ci si deve affidare ad una concezione materiale del fatto riconducibile nel caso specifico, alla sola condotta dell'agente, puntualizzando, quale regola generale, che non spetta in nessun caso al giudice nazionale il compito di valutare la "natura penale" della prima sanzione, posto che è la sola Corte EDU a poter accertare la reale sostanza dell'infrazione, esautorando il giudice nazionale dall'esercitare il potere qualificatorio (in ciò come vedremo, differenziandosi dalla Corte di Giustizia UE). In dottrina, sulla sentenza "*Grande Stevens c. Italia*", cfr. VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione della Carta?* in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2014; DE AMICIS, *Ne bis in idem e 'doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 2014

²⁷ Tra l'altro in ambito eurolunitario, la Corte di Giustizia europea attraverso l'interpretazione dell'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen, proprio in tema di *ne bis in idem* internazionale, ha affermato che l'identità del fatto deve essere posto in relazione al fatto storico e non in base alla convergenza degli elementi costitutivi del reato o del bene giuridico tutelato dalla norma applicata, prescindendo dalla diversa qualificazione giuridica: *ex multis*, CGUE 9/03/2006, causa C-436/04, Van Esbroek; CGUE 28/09/2006, causa C-150/05, Van Straaten; CGUE 18/07/2007, causa C-367/05, Kraaijenbrink

sua concreta medesimezza riconducibile alla stessa condotta e non alla medesima fattispecie penale (v. § 80) e quindi nell'indissolubile legame spazio-temporale delle circostanze fattuali (v. § 84), mentre in altra pronuncia (v. caso *Pirttimäki c. Finlandia* del 20/06/2014)²⁸, la Corte EDU, coglie l'occasione per ricordare che ai fini dell'applicazione del principio in parola, l'ulteriore presupposto, oltre all'*idem factum*, riguarda il requisito dell'**eadem persona** su cui devono ricadere le due sanzioni siano irrogate.

Dunque, un approccio interpretativo finalizzato a valorizzare l'identità **fenomenico-materiale** che caratterizza il fatto, rinunciando al confronto tra fattispecie legali astratte, cui potrebbero essere riconducibili i fatti incardinati in duplici processi.

2) La c.d. **matière pénale**, natura penale intesa in senso sostanziale delle sanzioni irrogabili all'esito di due procedimenti²⁹.

La Corte EDU chiamata a dare piena attuazione all'art. 4 Prot. n. 7 della Convenzione, pur riconoscendo, naturalmente, ai legislatori nazionali margine di valutazione, per stabilire o mantenere una distinzione tra i diversi tipi di reati, ha elaborato, inizialmente con riferimento all'art. 6 relativo al "giusto processo"³⁰, alcuni criteri tesi a verificare la concreta natura penale di una sanzione o di un illecito, prescindendo dal *nomen iuris* attribuito dal legislatore nazionale.

Il termine penale che pur è indicato in diversi articoli della convenzione (*e.g.*, art. 6 o art. 7), è interpretato come **nozione autonoma**, così da non lasciare ai singoli Stati la possibilità di individuare quali illeciti ricadano nella materia penale, al fine

²⁸ L'assenza del requisito dell'*eadem persona*, è stato ritenuto rilevante dalla Corte per non applicare il divieto di *bis in idem*, sussistendo distinzione soggettiva, nel caso di sanzioni tributarie irrogate ad alcune società a seguito di procedimento amministrativo e sanzioni inflitte a persone fisiche che controllavano le suddette società causa.

La necessità di tale requisito, quale presupposto per l'applicazione del principio, è stato ribadito anche dalla Corte di Giustizia UE, secondo cui il principio non può applicarsi in caso di duplicazione di procedimenti per l'*idem factum*, allorché le sanzioni tributarie siano irrogate a un ente, mentre destinataria del procedimento penale è una persona fisica, ancorché quest'ultima sia il legale rappresentante della società (v. CGUE sent 5/04/2017, cause riun. n.C-217/15 e n. C-350/15).

²⁹ Si adotta pertanto una interpretazione sostanziale, così da prevenire ogni tentativo di eludere la normativa convenzionale da parte dei legislatori nazionali ed andare oltre le apparenze dell'etichetta attribuita così da non confliggere anche con il canone del "giusto processo" sancito dall'art. 6 della CEDU.

³⁰ Corte EDU, sent. 27/02/1980, caso n. 6903/75, *Deweert c. Belgium*, § 44: "However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial ... prompts the Court to prefer a "substantive", rather than a "formal", conception of the "charge" contemplated by Article 6, par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question".

di non condurre ad uno svuotamento *de facto* degli obbiettivi e degli scopi espressi dalla convenzione³¹.

D'altra parte, la Corte EDU ha sempre attribuito alla convenzione il carattere di diritto vivente (*i.e.*, "*living instrument*"), così da essere interpretata in modo dinamico, in coerenza con l'evoluzione sociale, piuttosto che vincolata al rigido formalismo del dato testuale³².

Si afferma di voler interpretare le norme della convenzione in modo autonomo, senza adeguarle alla normativa interna degli Stati nazionali, prescindendo dalle diversità terminologiche presenti negli ordinamenti nazionali europei, e richiamando i tre criteri dettati dalla sentenza *Enge* del 1976, alternativi tra loro e non necessariamente cumulativi³³:

a. la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale;

b. la natura di quest'ultimo;

c. la natura e il grado di severità della sanzione astrattamente prevista.

La tesi di fondo adottata dalla Corte alsaziana ed emersa prorompente in ambito domestico con la sentenza "*Grande Stevens c. Italia*" del 2014 è alquanto semplice e mira alla sostanza: vi sono talune sanzioni che, ancorché non qualificate giuridicamente come penali e prive di ogni sua formale caratterizzazione, risultano essere nella loro misura così gravi che l'autore della condotta dovrà godere delle garanzie previste per un procedimento penale³⁴. In altri termini, sono penali gli illeciti la cui sanzione ha una finalità prevalentemente punitiva-deterrente rispetto alla finalità risarcitoria, nonostante il *nomen iuris* adottato dal legislatore³⁵.

³¹ Corte EDU sent. 21/02/1984, C-8544/, Öztürk c. Germania.

³² *Ex multis*, Corte EDU, Grande Camera, 12/07/2001, caso n. 44759/98, Ferrazzini v. Italy, § 26: "*The Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions...*".

³³ Cfr. Corte EDU, Zolotukhin c. Russia, 2009 (§ 53). Ebbene, per quanto concerne il primo punto, non vi sono particolari problemi di interpretazione, posto che sancisce un criterio formale; in altri termini è penale, la sanzione qualificata come tale dall'ordinamento nazionale.

Maggiore rilevanza e dal significato più pregnante, assumono invece il secondo e terzo criterio; l'approccio ermeneutico verte sull'elaborazione di criteri sostanziali per la qualificazione di un provvedimento emesso da un potere pubblico come sanzione di natura penale, individuata in primo luogo, osservando la sua fondamentale finalità deterrente ovvero punitiva-risarcitoria, avente carattere generale, astrattamente riferibile a tutti i cittadini. Inoltre, in mancanza del suddetto criterio o ad adiuvandum le conclusioni dedotte sulla base del primo elemento, dovrà essere analizzato il grado di severità astrattamente previsto, riconducibile al massimo edittale.

³⁴ GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 337 ss.

³⁵ In questo senso ben prima della sentenza "Grande Stevens", Corte EDU, Grande Camera, 21/02/1984, Öztürk c. Rep.fed. ted., § 53, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 con nota di PALIERO, "*Materia penale*" *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, una questione classica a una svolta radicale*. Sulla rilevanza della sentenza "Grande Stevens", VIGANO',

Cosicché, il soggetto sottoposto ad un secondo procedimento per i medesimi fatti storici (c.d. *idem factum*) dovrà godere delle garanzie convenzionali tra cui l'equo processo ex art. 6 CEDU e l'applicazione del *ne bis in idem* ex art. 4 Prot.7 CEDU. D'altra parte la qualificazione formale della fattispecie nell'ordinamento domestico, non risulta essere irrilevante per la normativa convenzionale, posto che, ai fini dell'operatività dell'art. 6 CEDU, sarà applicabile un principio di autonomia in senso univoco ovvero "*one way autonomy*", giacché qualora una sanzione sia considerata penale nell'ordinamento nazionale, non sarà necessario accertare che siano integrati i requisiti sostanziali richiamati dai giudici di Strasburgo nella loro pronuncia Engel. Tuttavia, non è ritenuto compatibile con il dettato della convenzione attribuire al legislatore nazionale la discrezionalità di qualificare un reato come illecito amministrativo o disciplinare³⁶.

3) Proseguendo la disanima dei presupposti per l'operatività del *ne bis in idem*, secondo la giurisprudenza della Corte EDU il terzo requisito richiede che i due procedimenti o le due sanzioni procedano in parallelo, **senza alcuna connessione sostanziale - temporale** (*i.e.*, senza un c.d. sistema integrato – *as a coherent whole*).

4) L'ultimo prevede la c.d. ***res iudicata***, in altri termini, uno dei due procedimenti e/o sanzioni deve avere natura definitiva. Trattasi, cioè, di due presupposti richiamati dalle pronunce europee che concernono riguardano la duplicazione dei procedimenti (*i.e.*, c.d. condizione del *bis*).

La *res iudicata* costituisce, quindi, impedimento ad iniziare un secondo procedimento, o autorizza, se in corso, ad interromperlo, qualora vi sia già stato un procedimento giurisdizionale definito **con sentenza passata in giudicato** o comunque sia stato emesso un provvedimento avente natura di atto definitivo, non sottoponibile ad ulteriori contestazioni per decorrenza dei relativi termini o per esaurimento dei mezzi di impugnazione.

Il “*revirement*” della Corte EDU?

Se la sentenza “Grande Stevens” del 2014 relativa agli illeciti del “*market abuse*” configura una nozione del *ne bis in idem* alquanto garantista, applicando il divieto

Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p.219 ss.

³⁶ Corte EDU sent. del 8/06/1976, case of “*Engel and others v. The Netherlands*”, (§ 81). A proposito delle interpretazioni relative al concetto di “autonomia” da parte della Corte di Strasburgo, LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.

allorché sussiste la sola identificazione del *idem factum* e l'irrogazione di due sanzioni sostanzialmente penali, con la pronuncia "*A e B c. Norvegia*"³⁷ del 2016 la Grande Camera della Corte EDU, è tornata ad affrontare la questione, richiamando i giudici nazionali a verificare la compatibilità del c.d. **"doppio binario"**, alla luce del criterio di "*sufficiently connected in substance and in time*", tale che sussista una connessione sufficientemente stretta tra i due procedimenti e le due tipologie di sanzioni. Probabilmente non è possibile parlare di un vero proprio *revirement* della Corte di Strasburgo, ma piuttosto il tentativo di ridefinire il campo di azione del *ne bis in idem*, rispetto alla possibilità degli Stati nazionali di configurare nel proprio ordinamento giuridico l'esistenza di discipline strutturate con il c.d. doppio binario.

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo non ha accolto l'ipotesi di violazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Prot. 7 CEDU (siamo in ambito tributario), ancorché i contribuenti fossero stati sottoposti ad un doppio procedimento amministrativo-penale per i medesimi fatti e subendo sanzioni che soddisfacevano gli "*Engel criteria*", alla luce di una interpretazione dell'operatività del principio più stringente, **ridimensionando**, quindi, la portata garantista precedentemente disegnata dalla sentenza "*Grande Stevens c. Italia*". Si legittimano gli Stati contraenti a configurare una disciplina interna informata ad un regime a "doppio binario sanzionatorio" (amministrativo e penale), sempre che vi sia "*an approach involving parallel stages of legal response to the wrongdoing by different authorities and for different purposes*"³⁸.

Pertanto, premessa la potenziale sussistenza del c.d. doppio binario nei diversi ordinamenti nazionali, perché non si ricada nel divieto di *bis in idem*, la Corte alsaziana ritiene di dover prendere in considerazione le linee guida dettate in sue precedenti pronunce ("*R.T. c. Svizzera*", "*Nilsson c. Svezia*" e "*Nykänen c. Finlandia*")³⁹, che costituiscono la rotta per ricercare il giusto equilibrio tra la debita tutela

³⁷ Corte EDU, -, sent. del 15/11/2016, case of "A and B v. Norway". Vale la pena ricordare, in effetti come, ben prima del 2016, vi sia una pregressa giurisprudenza della Corte EDU che prende in considerazione anche la sufficiente connessione temporale e sostanziale tra i procedimenti penale e amministrativo: CORTE EDU, sent. del 20/05/2014, Nykanen c. Finlandia, §§ 47 e 49; CORTE EDU, sent. del 27/11/2014, Lucky Dev c. Svezia, §58; CORTE EDU, sent. del 20/05/2014, Hakka c. Finlandia

³⁸ Corte EDU, sent. 15/11/2016, case of "A and B v. Norway", §123

³⁹ Corte EDU: sent. 30/05/2000, case 31982/96, R.T. v. Switzerland; sent. 13/12/2005, case 73661/01, Nilsson v. Svezia; sent. 20/05/2014, case 11828/11, Nykänen v. Finlandia. Con riferimento a quest'ultima pronuncia (a cui si affiancano altre due similari, Corte EDU, IV sez., Glantz c. Finlandia, 20/05/2014; Corte EDU, IV sez., Häkkä c. Finlandia, 20/05/2014)

degli interessi dell'individuo protetto dal principio del *ne bis in idem* da un lato, ed il particolare interesse della collettività dall'altro, puntellando ulteriormente la “*close connection*” mediante l'individuazione di specifici parametri.

Dunque, sintetizzando, ai fini di una possibile limitazione all'applicazione del **divieto di *bis in idem***, lo Stato deve dimostrare che i due procedimenti sottoposti a giudizio devono avere “**un nesso sufficientemente stretto in sostanza e nel tempo**”, così da essere considerati come un unico sistema integrato e coerente.

Ebbene, in cosa consiste per i giudici di Strasburgo il nesso sufficientemente stretto dal punto di vista materiale, così da costituire un unico insieme?

Concretamente deve prevedere:

1. **distinte procedure** che devono perseguire obiettivi complementari e riguardanti, **non solo in *abstracto* ma anche in concreto**, differenti aspetti della stessa condotta;
2. due procedimenti paralleli (*bis*) che **risultano essere una conseguenza prevedibile**, sia dal punto di vista del diritto che nella pratica, degli stessi comportamenti repressi (*idem*);
3. inoltre, i procedimenti in questione sono condotti in una modalità che **evita, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e valutazione degli elementi di prova**, principalmente attraverso un'interazione adeguata tra le diverse autorità competenti, facendo sembrare che la statuizione dei fatti effettuata in uno dei procedimenti è stata ripresa nell'altro;
4. **la sanzione imposta al termine del primo processo deve essere presa in considerazione nell'ultimo processo**, in modo da non gravare in modo eccessivo sull'interessato, essendo quest'ultimo rischio meno suscettibile di presentarsi, esistendo un meccanismo di compensazione che possa assicurare che l'insieme globale di tutte le sanzioni irrogate sia proporzionato (c.d. **test della proporzionalità** della sanzione complessivamente irrogata con i due procedimenti).

antecedente al celeberrimo caso “A e B c. Norvegia” del 2016, il giudice di Strasburgo, già aveva delineato il criterio della “*close connection*”, individuandone i criteri: 1) se i procedimenti fossero connessi o indipendenti; 2) se le sanzioni inflitte avevano tenuto conto l'una dell'altra; 3) infine, se l'attività di accertamento posta in essere dalle due autorità si fosse anche fondata sulla decisione dell'altra.

Il **legame temporale**, tra l'altro, non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, purché essa sia tanto più stringente quanto più la durata dell'accertamento si protrae nel tempo.

È opportuno rilevare come il criterio della “**close connection**”, quale presupposto di legittimità dei sistemi punitivi a doppio binario (*e.g.*, nell'ordinamento italiano tra i più evidenti, la disciplina tributaria o in ambito finanziario)⁴⁰, non di rado corra il rischio di essere **caratterizzata da una valutazione, priva di una puntuale ed univoca formulazione**, così da divenire criterio processuale a maglie larghe, svuotandolo di efficacia e spostando in tal guisa il fulcro della valutazione complessiva, quasi esclusivamente da un punto di vista “sostanziale”, funzionale al rispetto della garanzia del criterio della proporzionalità della sanzione complessivamente comminata.

La Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

In concomitanza alle pronunce della Corte EDU, si è assistito nel corso degli anni ad una evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, sul tema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* tendente a convergere la propria analisi verso una impostazione che privilegia un criterio **sostanziale**, in applicazione del combinato disposto dell'art 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che pur riconoscendo la sussistenza del diritto “*a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*”, richiamando la verifica della sussistenza degli “*Engel criteria*”, ne prevede altresì possibili limitazioni.

Invero, il divieto di *bis in idem* a livello comunitario, è già ben presente a seguito dell'introduzione nel diritto comunitario, della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (ovvero CAAS), entrata in vigore il 26 marzo 1995, attraverso l'art. 54. È istituito transnazionale idoneo a garantire la libera circolazione dei cittadini europei, sollecitando gli Stati membri a rafforzare la cooperazione giudiziaria, così da eliminare differenze formali presenti nei vari ordinamenti e tendere in specifici settori ad o una armonizzazione normativa⁴¹.

⁴⁰ Sempre la Corte EDU Sez. V, 6/06/2019, caso “*Nodet c. Francia*”, rivitalizza, tra l'altro, proprio il criterio della “*close connection*” e accoglieva la domanda di un cittadino francese che contestava la violazione del *ne bis in idem*, in quanto già sottoposto a procedimento amministrativo definitivo con relative sanzioni e veniva nuovamente sottoposto a processo penale per i medesimi fatti vertenti in tema di manipolazione di mercato.

⁴¹ La CGUE è spesso chiamata a risolvere, in questo periodo, in tema di *ne bis in idem*, questioni afferenti a compatibilità tra giurisdizioni, come ad esempio, in tema di estinzione

Il principio è elevato al rango di diritto fondamentale in ambito UE, solo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ovvero Carta di Nizza (*i.e.*, CDFUE) che, con il Trattato di Lisbona, assume portata vincolante per l'Unione e per gli Stati membri, prevedendo all'art. 50 il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, almeno formalmente, riecheggiando lo stesso art. 4 prot. 7 della CEDU.

Soffermandoci sinteticamente ad analizzare le principali pronunce sul tema della Corte di Giustizia, è possibile constatare come la Corte del Lussemburgo, basandosi su una interpretazione della struttura del principio tendenzialmente proteiforme, coglie l'opportunità di enunciare il proprio pensiero segnando sovente, nel corso degli anni, differenze interpretative non meramente formali, con l'orientamento espresso dalla Corte EDU, antinomie giurisprudenziali, ancorché l'art. 52, § 3 della CDFUE, assegni ai diritti contenuti nella Carta il medesimo significato e la stessa portata conferiti dalla CEDU⁴².

Tuttavia ben prima della stessa sentenza della Corte EDU "*Grande Stevens c. Italia*", la Corte di Giustizia dell'UE nella sentenza "*Åkerberg Fransson*"⁴³, in tema

dell'azione penale qualora vi sia richiesta di archiviazione o patteggiamento proposti esclusivamente dal P.M., in Paesi membri in cui tali istituti richiedono l'intervento di un giudice (cfr. CGUE, 11/02/2003, cause riunite C-385/01, C-108/01, Gözütok e Brügger); in tema di applicazione del *ne bis in idem* in caso di prescrizione del reato (cfr. CGUE, I sez., 28/09/2006, C-467/04, Gasparini e a.).

⁴² In relazione all'operatività del *ne bis in idem* nell'ordinamento UE, ne evidenzia il percorso ermeneutico ad intensità variabile della CGUE, a seconda della "*policy area*" di volta in volta interessata, DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, in *Eurojus*, n. 2 (2022), p. 248 e ss. Con riferimento alla giurisprudenza UE antecedente alla sentenza Corte EDU "*Grande Stevens*", *ex multis*: CGUE sent. del 7/01/2004, procedimenti riuniti causa C-204/00 P, *Aalborg Portland A/S et al.*, in materia di concorrenza, così si esprime al paragr.338: "*Circa il rispetto del principio del «ne bis in idem», si deve rammentare che l'applicazione di tale principio è soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico*". Ancora, in materia di doppio procedimento penale per medesimi fatti in Stati diversi, avuto riguardo alla violazione del principio «ne bis in idem», enunciato all'art. 54 della CAAS, la Corte di Giustizia UE (II Sez.), sent. del 9/03/ 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, paragr. 35 e 36: "*data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti. Alla luce di quanto sopra, l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*" (in materia di art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, viene così accolta la nozione puramente materiale di 'stesso fatto' in sintonia alla parallela giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo).

⁴³ CGUE Grande Sezione, (*Aklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* C-617/10) sent. 26/02/2013, concernente il rapporto tra giudizio tributario e procedimento penale per frode fiscale (omesso versamento in materia di IVA) in relazione al principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei Diritti (CDFUE).

di doppio binario in ambito tributario, specificato chiaramente che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti la **qualificazione giuridica** dell'illecito nel diritto nazionale, la **natura dell'illecito** e la **natura nonché grado di severità** della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (§ 35), delinea una interpretazione "flessibile" del divieto ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. Così afferma che se la sanzione fiscale è di natura penale ed è divenuta definitiva, tale disposizione **impedisce che un procedimento penale** per gli stessi fatti venga avviato contro la stessa persona (convergenza con la Corte EDU); epperò, il principio del *ne bis in idem* "*non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale*" (§ 37). Gli effetti innovativi e maggiormente limitativi della portata del divieto sanciti dalla Corte EDU, non sono tardati ad imporsi anche presso la Corte lussemburghese, non facendo venir meno, a sua volta ulteriori, paletti, atti a puntellare in modo più stringente, l'operatività del divieto⁴⁴ e marcando un proprio autonomo profilo (c.d. *Charter-centrism*), così da evitare quasi del tutto, riferimenti all'art. 4 Prot. 7 alla CEDU o alle stesse sentenze del giudice di Strasburgo. Siamo in presenza di decisioni della CGUE, in cui l'operatività del divieto di *bis in idem*, ancorché venga parimenti limitato nella sua portata, al pari del nuovo corso delineato dalla Corte EDU, non di rado risultano non del tutto sovrapponibili con le statuizioni della Corte di Strasburgo. È il caso della sentenza "*Menci*" in cui la Corte di Giustizia UE⁴⁵ si è espressa a proposito della compatibilità dell'art. 50 della Carta di Nizza e dell'art. 4 Prot. 7

⁴⁴ VETZO, *Past, Present and Future of the Ne Bis In Idem Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma*, *Review of European adm. Law*, Paris, 2018, vol. 11, nr. 2, p. 55 ss.

Invero, non appare inverosimile l'ipotesi che la CGUE, più che subire l'influenza del *revirement* della Corte EDU, abbia perseguito, segnatamente in determinate materie, il specifico di tutelare con maggiore incisività gli interessi generali dell'Unione europea.

Una lettura possibile alla luce anche delle parole del giudice Pinto de Albuquerque nel suo "*dissenting opinion*" relativo alla sentenza "*A e B c. Norvegia*", allorché evidenzia, dopo lo sforzo della Corte del Lussemburgo di convergere il suo pensiero sul tema del *ne bis in idem* verso quello della Corte EDU, come i suoi colleghi, i giudici della Corte alsaziana avessero virato, inspiegabilmente, verso una interpretazione più stringente, in linea "*with the sole voice of the Advocate General, who was vehemently critical of the Court's case-law for being contradictory with European constitutional tradition*" (il riferimento è alla voce critica sollevata dall'Avvocato Generale rispetto alle posizioni della CGUE nella causa Åkerberg Fransson).

⁴⁵ CGUE, Grande Sezione, sent. 20/03/2018 Causa C524/15-Menci. Il Tribunale di Bergamo, pendente il processo penale per il delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 (*ratione temporis*

alla CEDU con la previsione normativa italiana che consente, in ambito tributario, un doppio procedimento (amministrativo e penale) nei confronti di un contribuente per il medesimo fatto (*i.e.*, omesso versamento IVA).

Ebbene, ancorché l'Avvocato Generale abbia ribadito come i canoni interpretativi affermati nella sentenza "*Grande Stevens c. Italia*", siano maggiormente garantisti per il contribuente, criticando l'impianto ermeneutico propugnato dalla sentenza del 2016 della Corte EDU, la Corte lussemburghese, conferma di fatto l'impianto, puntualizzando che il principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 CDFUE **può trovare delle limitazioni**⁴⁶, ai sensi dell'art. 52 § 1 CDFUE, giungendo di fatto a soluzioni simile alla Corte EDU, ancorché sembri voler tracciare una suo autonomo percorso argomentativo a fondamento della sua decisione finale.

In altri termini, la Corte di Giustizia, pur richiamando l'art. 6, § 3, TUE con cui si stabilisce che i diritti fondamentali convenzionali facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e l'art. 52, § 3 della CDFUE imponga l'osservanza della **clausola di equivalenza**,⁴⁷ chiarisce il suo punto di vista, affermando che, fino a quando la Convenzione EDU non sarà annessa al diritto dell'Unione, è richiesto solo il rispetto di "coerenza" tra le due interpretazioni, senza quindi escludere la possibilità di alcune differenze.

Dalla lettura delle argomentazioni poste a fondamento della sentenza "*Menci*" non vi è dubbio che siamo di fronte ad una ricostruzione dell'operatività del *ne bis in idem* che richiama i dettami della Corte EDU sanciti nella sentenza "*A e B c.*

vigente), nei confronti di un contribuente già sottoposto a definitivo procedimento e sanzione tributaria ipotizza una violazione del diritto al *ne bis in idem* sancito, ex art. 50 CDFUE. Lo stesso Tribunale, ricevuti gli atti dalla CGUE, ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale in rif.to agli artt.3 e 117 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU (v. Corte Cost. m 222/2019)

⁴⁶ Il regime del doppio binario procedurale e sanzionatorio deve essere rispettoso dei criteri di prevedibilità, vi deve essere coordinamento e complementarità procedimentale, nonché proporzionalità del trattamento sanzionatorio, così da garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.

⁴⁷ Art. 50 (§3) CDFUE: "*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*". Inoltre, ai sensi del successivo art. 52 (§1) previsioni normative che limitino il *ne bis in idem* sono giustificabili a condizione che: siano previste dalla legge, garantiscano il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie per il perseguimento di finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o per la protezione di diritti e libertà altrui. Inoltre, ai sensi dell'art 52 § 3: "*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*".

Norvegia”, ancorché sembri trasparire chiaramente, l’intento di voler intraprendere un autonomo percorso ermeneutico che consenta il cumulo sanzionatorio nel rispetto del requisito della proporzionalità, nel solco del combinato disposto degli artt. 52 § 1 e 49 § 3 della Carta, riformulando il complessivo criterio della “*close connection*” della Corte EDU, le cui coordinate normative non hanno alcun effetto vincolante, ma tutt’al più, un effetto orientativo da tenerne conto⁴⁸.

Tuttavia, proprio l’applicazione rigorosa del principio di proporzionalità, richiamato dall’art. 49, § 3 della Carta, assurge a elemento indefettibile e dal rilevante peso ponderato ai fini applicativi del divieto di *bis in idem*, sancendone al contempo, effetti diretti nell’ordinamento degli Stati membri e permettere, così, la disapplicazione del principio dinanzi ai tribunali nazionali, e segnando il passaggio del fenomeno in analisi, **da una dimensione processuale ad una sostanziale**.

Il criterio della proporzionalità diviene una clausola di portata generale e suscettibile di essere applicata alla generalità delle sanzioni di natura “punitive”, salvacondotto dell’esistenza di un ordinamento giuridico che prevede il “doppio binario”, meccanismo compatibile con la Carta di Nizza, in cui il divieto del doppio procedimento può essere limitato secondo i dettami del successivo art. 52, in nome della tutela di interessi generali, ma di fatto affievolendo non poco un più pregnante e puntuale accertamento del requisito dello “ stretto nesso temporale tra i due procedimenti” richiamato dalla Corte EDU⁴⁹.

⁴⁸ CGUE sent. 20/03/2018 Causa C524/15-Menci § 60 CGUE “*Infine, nella misura in cui la Carta contiene diritti corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU, l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta, prevede che il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. Occorre dunque **tenere conto** dell’articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU ai fini dell’interpretazione dell’articolo 50 della Carta*”.

⁴⁹ Per completezza espositiva, il 20 marzo 2018, la Corte di Giustizia unitamente alla sentenza “Menci” ha reso altre due importanti sentenze in materia di *ne bis in idem*, completando e precisando i contorni del divieto consacrato all’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: CGUE, Grande Sezione sent. 20/03 2018, C-537/16, Garlsson Real Estate, in tema di doppio binario relativo ai reati di market abuse e corrispondenti illeciti amministrativi affermando che la limitazione prevista dalla Carta al diritto del *ne bis in idem*, non può essere giustificata sulla base dell’art. 52, par. 1, quando la condanna penale pronunciata in via definitiva è di per sé idonea a reprimere il reato di manipolazione dei mercati in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva cosicché il cumulo di procedimenti e di sanzioni eccede quanto strettamente necessario per conseguire l’obiettivo di tutelare l’integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari; CGUE, sent. 20/03/2018, causa Di Puma (C-596/16 e C-597/16) in tema di illeciti finanziari (abuso di informazioni privilegiate) previsti dal TUF. La Corte lussemburghese, constatata la sentenza penale definitiva di assoluzione per insussistenza dei fatti, ha affermato che la prosecuzione di un procedimento inteso all’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, fondata sui medesimi fatti, costituirebbe una limitazione del diritto garantito dall’art. 50 della Carta, mancando il necessario presupposto dell’esistenza dei medesimi fatti contestati.

Punto di caduta delle argomentazioni della CGUE è, dunque, il principio di proporzionalità ribadito, nella sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia (*NE*, in causa C-205/20) dell'8/03/2022, secondo cui, la portata della sanzione fondata sull'art. 49 §3 della Carta, ha effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri con conseguente disapplicazione del giudice penale di previsioni legislative nazionali contrastanti, ancorché “*nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*”. Si tende ad evitare di irrogare pene sproporzionate, ottenibile, tra l'altro, riconducendo le sanzioni previste dalla legge nazionale entro il limite, appunto, della proporzionalità, tuttavia, implicante il rischio di attribuire al giudice interno una così ampia potenziale **discrezionalità applicativa**, da porre in discussione la stessa certezza del diritto e l'estensione del principio di legalità della pena.

In definitiva, il solco ermeneutico tracciato dalla Corte di Giustizia sembrerebbe essere fondamentalmente, tutto interno alle previsioni della Carta e segnatamente richiamando l'art. 52 che consente, verificandosi specifiche condizioni, limitazioni al principio del *ne bis in idem*, e marcando così, almeno da un punto di vista concettuale, una differenziazione rispetto all'elaborazione delle argomentazioni di cui si è avvalsa la Corte EDU con la decisione “*A e B contro Norvegia*”.

In altri termini, se la Corte di Giustizia elabora il concetto di compatibilità di limitazioni al principio del *ne bis in idem*, attraverso una chiara esegesi delle previsioni normative della CDFUE, che tuttavia gravitano sempre intorno al riconoscimento di un doppio procedimento e relative sanzioni per il medesimo fatto, l'approccio della Corte EDU al tema, pur giungendo alla medesima conclusione (*i.e.*, possibili limitazioni al *ne bis in idem*), non può che essere modellato a misura del principio espresso dall'art. 4 del Prot. 7 alla CEDU che ai sensi del terzo paragrafo non ammette deroghe.

Pertanto, posto che la struttura dell'articolo che enuclea il divieto di *bis in idem*, concerne tra l'altro l'elemento dirimente ed imprescindibile della duplicazione dei procedimenti (c.d. “*bis*”), impone alla Corte di Strasburgo di elaborare un artificio concettuale mediante una *reductio ad unum*: i due procedimenti devono essere considerati come un solo sistema coordinato, così da non ricadere nel principio del *ne bis in idem* coperto dalla garanzia della CEDU.

3.1 La Giurisprudenza nazionale

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza domestica, se gli effetti della sentenza “*Grande Stevens*” del 2014 non ebbero una significativa rilevanza presso le nostre corti di merito, né ancor meno presso il giudice di legittimità, spesso coinvolte ad elaborare articolate argomentazioni per giustificare la non applicazione del principio della Convenzione, come interpretato dalla Corte EDU, all’indomani della sentenza “*A e B c. Norvegia*”, a distanza di circa un mese, la Corte di cassazione⁵⁰ applica per la prima volta gli indicatori previsti dal criterio della “*connection in substance and time*” in un caso di doppio binario disciplinare/penitenziario-penale, delineando un quadro giurisprudenziale nazionale, in tema di *ne bis in idem* che di fatto non scalfisce il regime del doppio binario laddove presente (vedi la disciplina del *market abuse* prevista dal TUF, o in ambito tributario).

D'altra parte, gli interventi giurisprudenziali del Giudice di legittimità si inseriscono nel solco tracciato dalle pronunce della Corte di Giustizia UE, che avendo avuto modo già di affermare la diretta applicabilità dell'art. 50 della Carta di Nizza⁵¹, delega la valutazione di un possibile conflitto tra la vigenza di un sistema “doppio binario” e la garanzia del rispetto del principio il principio del *ne bis in idem*, al giudice interno.

Attribuzione di un potere-dovere di valutazione demandata al giudice nazionale che, dunque, complica non poco l'aspirazione ad un quadro ermeneutico chiaro e stabile, foriero quindi di un possibile rischio di discrezionalità insito agli elementi costitutivi del criterio di proporzionalità, sovente centro di gravità intorno al quale ruotano le argomentazioni a fondamento delle limitazioni poste al principio, espresso dalle pronunce della CGUE.

Inevitabilmente, il dibattito interno, instauratosi a seguito delle sentenze delle corti sovranazionali, si concentra e sviluppa intorno all'effettiva portata del divieto imposto dall'art. 649 c.p.p.⁵², attraverso una **interpretazione convenzionalmente conforme**, segnatamente riguardo ai limiti oggettivi da attribuire ai termini “medesimo fatto”, in un continuo divenire di massime giurisprudenziali alla ricerca

⁵⁰ Corte di Cass. 15.12.2016 n. 9186, CP 2019, con nota di C. CARINO, *Sanzioni disciplinari penitenziarie e sanzioni penali, tra matière pénale e ne bis in idem*, in Cass. pen, 2019, p. 708

⁵¹ Corte Giust. UE, GS, 26.2.2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, § 45.

⁵² Art. 649, co.1 c.p.p.: *L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto [669], neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345*

di un equilibrio di garanzia *favor rei* o pretesa punitiva, quale interesse della collettività e non ultimo, l'applicazione del divieto in parola anche nei casi in cui uno dei due procedimenti, divenuto irrevocabile e formalmente amministrativo, implichi sanzioni riconosciute ai sensi della CEDU e relativi Protocolli, sostanzialmente di natura penale.

Orbene, accantonata l'ipotesi di qualificazione di "fatto medesimo" in termini strettamente giuridici ovvero "idem legale"⁵³ la giurisprudenza di legittimità si cimenta. Invero, in argomentazioni intorno al tema, che prendono in esame anche elementi riconducibili a criteri normativi, ancorché ricadenti all'interno del concetto storico-naturalistico del "medesimo fatto", così da ravvisare tra i due procedimenti, identica corrispondenza biunivoca tra gli elementi oggettivi del reato secondo la teoria tripartita: rileva ai fini del divieto, l'identità del fatto quando sussistono i medesimi elementi determinati dalla combinazione condotta-causalità-evento⁵⁴.

Epperò, se ci soffermiamo ad esaminare la giurisprudenza di legittimità, l'evoluzione del concetto di "identità del fatto" non ha manifestato una chiara linea di continuità con il susseguirsi delle varie pronunce sul tema.

In effetti, il percorso tracciato dal giudice nazionale in molteplici arresti giurisprudenziali individua nella nozione di fatto, la diade "condotta-evento" o in senso maggioritario, estende il perimetro di *idem factum* a elementi costitutivi del reato, e cioè la condotta, l'evento ed il nesso di causalità, "*considerati non solo nella loro dimensione storico naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente diverse disposizioni di legge*"⁵⁵, piuttosto che avuto riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona⁵⁶.

L'esegesi tradizionale, afferente al dato letterale della norma, così come offerta dalla giurisprudenza di legittimità, manifesta limiti evidenti rispetto alla tutela

⁵³ Orientamento ben espresso in Cass. pen. Sez. II, 4.3.1977, n. 10472, rv 209022 secondo cui "*il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro evento (inteso sempre in senso giuridico) pur scaturito da un'unica condotta, quale che sia il reato giudicato per primo*".

⁵⁴ Medesimo fatto come corrispondenza "*storico-naturalistica nella configurazione del reato considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento e nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona*", abbandonando il criterio dell'*idem legale* ovvero della medesima qualificazione giuridica: Corte Cass. pen. SS.UU., 28/06/2005 n. 34655; (sempre sul tema, *ex multis*, Corte Cass. pen., 7/03/2014 n. 32352).

⁵⁵ Corte di Cass., sez. V, 11/12/ 2008, Palanza ed altro, in CED 243330; conf., Corte di Cass., sez. I, 21/04/2006, Marchesini, in CED 234176

⁵⁶ Corte di Cass. n. 28548/2010

prospettata dalle Corti sovranazionali, posto che si presupporrebbe l'esistenza necessaria di un primo procedimento formalmente penale vertente su un fatto (*l'idem factum*) che deve essere oggetto di un secondo procedimento penale, affinché operi il divieto de quo.

Si verte in ambito di preclusione processuale, ma al contempo lo stesso art. 649 c.p.p., letto con lente interpretativa delle Corti sovranazionali, interagendo con norme convenzionali applicate in chiave di equità, amplia lo sguardo al profilo sanzionatorio. Il divieto codicistico, ha bensì natura processuale, e tuttavia l'ambito di applicazione si estende, includendo la sua natura sostanziale: "*dove opera il primo è destinato certamente a operare anche il secondo, ma non è vero il contrario*" e se il primo tende a garantire esigenza di certezza del diritto ed economia processuale, il secondo è finalizzato ad assicurare equità e giustizia sostanziale⁵⁷, con la consapevolezza che tra le due tipologie di *ne bis in idem* non vi è una completa sovrapposizione o corrispondenza⁵⁸.

Oltreconfine, la giurisprudenza convenzionale, consapevole della dimensione eterogenea del contenuto, guarda alla sostanza⁵⁹, criterio urticante per sistemi giuridici fondati su principio di legalità formale della pena.

Cionondimeno, è proprio la spinta propulsiva delle norme sovranazionali (*i.e.*, art. 4 Prot.7 CEDU e art. 50 CDFE), richiamate dalla Corte EDU e Corte di Giustizia

⁵⁷ CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, Giur. It., 2010, p.1883. L'autore non fa mistero di ritenere l'operatività di entrambi le matrici, processuale e sostanziale, sinergiche dove all'operare del primo, impedendo un secondo giudizio, inibisce, nel caso di concorso apparente di norme, ex art. 15 c.p., altresì, l'applicazione di un indebito trattamento sanzionatorio. Esempio tipico: condanna irrevocabile per lesioni, l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. impedirebbe un secondo giudizio per il medesimo fatto qualificato come percosse, stante l'irrilevanza del titolo e/o grado e al contempo il *ne bis in idem* processuale è presidio di garanzia per la duplicazione sanzionatoria *de eadem re*. Ma è altrettanto vero che nel caso di un processo per lesioni conclusosi con assoluzione, il *ne bis in idem* processuale impedisce il secondo giudizio per percosse ex art. 649 c.p.p. manifestando così la sua non coincidenza con il *ne bis in idem* sostanziale: l'esempio, infatti, non contemplava il rischio di una duplicazione di sanzioni vista l'assoluzione del primo processo.

⁵⁸ Il divieto di doppia sanzione garantisce effettività al divieto di una seconda incriminazione, in quanto implica che colui che è stato già sanzionato, non può essere sanzionato una seconda volta mediante un secondo processo per il medesimo fatto; il *ne bis in idem* processuale, in estrema sintesi, non esclude categoricamente, malgrado l'*idem factum* la possibilità che il soggetto, nel medesimo procedimento, sia giudicato per plurimi reati e sottoposto a conseguenti sanzioni pur mitigate ex art. 81 c.p. (così, RANALDI-GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, op.cit., pp 103-127

⁵⁹ FLICK, NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in Rivista AIC, 3, 2015, p. 2, sul caso "Grande Stevens" la sentenza della Corte EDU "*ha rimestato rumorosamente le acque dello stagno, facendo affiorare quel che giaceva sotto la sua superficie. Vale a dire, preoccupanti profili di frizione dell'ordinamento interno con le garanzie convenzionali, collegati alla valenza "sostanzialistica" della nozione di "matière penale", che di essa segna il perimetro*".

UE, a correlare le due sfaccettature del diritto, ancorché teleologicamente concepiti, nel nostro ordinamento in modo differente.

È, dunque, sul terreno niente affatto lineare impostato dalle Corti europee che è chiamato a confrontarsi l'art. 649 c.p.p., in una interpretazione che trascende i circoscritti limiti della sola giurisdizione penale e del rito a cui afferisce, secondo la tradizionale esegesi della norma.

A dare un fertile contributo alla pietrificata esegesi del perimetro operativo della disposizione del codice di rito è intervenuta la Corte costituzionale⁶⁰: in un primo momento ne estende l'ambito operativo, ancorché sempre circoscritto ad un caso di giustizia penale, e successivamente, sancendo di fatto la legittimità dell'operatività del divieto ex art. 649 c.p.p. anche nel caso in cui uno dei due procedimenti sia di natura amministrativa.

Così la Corte costituzionale, con la sentenza del 21/07/2016 n.200, prende atto del conflitto tra due “diritti viventi” quello convenzionale e quello domestico e conseguentemente, nel silenzio del legislatore, tenta di rimediare all'instabilità ermeneutica a cui gli operatori del diritto devono far fronte, adottando un orientamento quasi compromissorio tra la tesi propugnata dalla giurisprudenza convenzionale derivante fondamentalmente dalla sentenza “*A e B c. Norvegia*” della Corte EDU e quella nazionale, poco incline a condividere una ampia portata del principio, affermando l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, 1°co. Cost. in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui, secondo il diritto vivente, “*esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale*”⁶¹.

Il percorso ermeneutico tracciato dal Giudice delle leggi, invero, prende le distanze anche da una certa interpretazione riconducibile ad alcune pronunce della Corte

⁶⁰ VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2472

⁶¹ Secondo la Consulta, dunque, l'applicazione del concorso formale, istituto di diritto sostanziale, è da reputarsi legittimo, qualora inquadrato sul piano sanzionatorio nel *simultaneus processus*, ma viola la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, inteso con assoluta certezza in una dimensione esclusivamente processuale nel caso di distinti reati commessi con il medesimo fatto, precludendo una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

EDU (vedi il caso “Grande Stevens”)⁶², nonché da autorevole dottrina che pure aveva argomentato favorevolmente sulla operatività del diritto rispetto al concorso formale e chiarisce che, “*all’unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall’identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all’azione o all’omissione dell’agente, siano essi costituiti dall’oggetto fisico di quest’ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall’evento. Tale ultima posizione, in particolare, è fatta propria dal diritto vivente nazionale e se ne è già accertata la compatibilità con la Costituzione e con lo stato attuale della giurisprudenza europea*”⁶³.

Si susseguono pronunce interlocutorie della Consulta⁶⁴ a proposito della possibile estensione del divieto di cui all’art. 649 c.p.p. anche ai casi in cui vi è un soggetto già condannato in via definitiva a una sanzione amministrativa di carattere penale con cui si prende atto, di come la funzione del principio del *ne bis in idem*, sia scivolata progressivamente da una dimensione prettamente processuale verso una matrice composita, in cui, invero la dimensione sostanziale assurge a centralità mediante il **criterio della proporzionalità** del cumulo sanzionatorio irrogato nei due procedimenti.

Con la sentenza del 16/06/2022 n. 149⁶⁵ la Corte costituzionale sembra dare nuova linfa al tema del *ne bis in idem*, aprendo all’ipotesi di applicazione del

⁶² Secondo la Corte costituzionale non sarebbero puntuali le affermazioni del giudice rimittente secondo cui la Corte EDU imporrebbe di intendere l’*idem factum* come “stessa condotta”, giacché, l’analisi prefigurerebbe una giurisprudenza convenzionale, esclusivamente vertente su reati di mera condotta (vedi sent. Grande Stevens); di talché, la Consulta afferma che non sarebbe possibile cogliere argomenti ostativi riguardo alla rilevanza anche dell’evento e del nesso di causalità, in chiave strettamente naturalistica, oltre che dell’oggetto su cui incide la condotta. Tuttavia, non sembrerebbero puntuali tali osservazioni, posto che non mancano casi in cui la stessa Corte EDU ha valutato reati di mera condotta unitamente a quelli di evento o solo di evento, soffermandosi a dare rilevanza sempre alla medesimezza della condotta (vedi Corte EDU, 14.04.2014, Mulija c. Bosnia Herzegovina e Corte EDU., 23.05.2015, Butnaru e Bejan – Piser c. Romania; sul tema FOTI, *Concorso formale eterogeneo, ne bis in idem e limiti oggettivi del giudicato penale*, in *Legisl. pen.*, n. 2, 2021, pp.558-563; LAVARINI, *Il ‘fatto’ ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, p. 64 ss, secondo cui una tale ricostruzione, rischierebbe di avallare orientamenti interpretativi in contrasto con la lettera dell’art. 649 c.p.p., producendo effetti che travalicano la questione del concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*, rendendosi così opportuno, secondo l’autrice, precisare che l’evento naturalistico possa segnare il mutamento del fatto solo fuori dei casi in cui sia il grado a variare, (e.g., col reato progressivo o col passaggio dal tentativo al delitto consumato).

⁶³ Sul tema del concorso formale eterogeneo si rimanda ai notori rilievi di CORDERO, *Procedura Penale*, op. cit., p. 1206 ss.

⁶⁴ Corte Cost. sent. n.43/2018; Corte cost. n. 222/2019

⁶⁵ La Consulta dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 del c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall’art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n.

principio, nei casi di un doppio procedimento penale e amministrativo, e al contempo restituendo al principio de quo, i suoi originari confini applicativi, limitati invero da una elaborazione giurisprudenziale prettamente focalizzata ad esaltare la sola dimensione sostanziale (con il connesso rispetto del principio di proporzionalità), restituendo così al diritto, quella dimensione processuale ben presente nelle sentenze della Corte EDU, quale suo elemento fondante, ancorché rimodulato secondo il requisito della “*close connection*” sancito nella sentenza “*A e B c. Norvegia*” del 2016. Conseguentemente, il criterio della proporzionalità diviene uno degli indici rilevatori da valorizzare ai fini della valutazione della natura integrata di un sistema a doppio binario, non sufficiente ex se a soddisfare il processo di valutazione, implicante una complementarità di scopi funzionali alla necessaria duplicazione dei procedimenti.

È lo stesso *decisum* a puntualizzare la sua limitata applicazione al caso ad essa sottoposto (*i.e.*, accoglimento del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legge. n. 633 del 22/04/1941 in materia di diritto d'autore)⁶⁶ e così, d'altra parte non può che essere, alla luce della fluidità dei criteri elaborati dalla Corte europea, facilmente adattabili al caso di specie e fornire legittimità a qualsivoglia cumulo sanzionatorio. Tuttavia, il recupero della **dimensione processuale** è compiuto, pur non essendo un ritorno alla sentenza della Corte EDU del 2014, ma una elaborazione dell'operatività del principio che tiene conto dei paletti fissati nel decennio successivo dalle due Corti europee⁶⁷.

La giurisprudenza di legittimità sembra sintonizzarsi con il nuovo corso, valorizzando non solo il presupposto della “stretta connessione temporale” declinandone il suo significato in relazione allo svolgimento dei due procedimenti, ma di fatto, sancendo lo sgretolamento della limitazione della preclusione processuale prevista dall'art. 649 c.p.p. al solo ambito della giustizia penale strettamente intesa.

633, che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge.

⁶⁶ Dalla lettura della sentenza della Consulta risulta evidente che la decisione non è idonea “*di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema*” e da qui, il richiamo al legislatore ad un suo intervento risolutivo per il caso in esame così come l'auspicio per una complessiva rimediazione “*dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia*”.

⁶⁷ La Corte costituzionale puntualizza che “*il diritto al ne bis in idem riconosciuto dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU mira (...) in primo luogo, a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un nuovo procedimento per i medesimi fatti già oggetto di altro procedimento definitivamente concluso*”.

È il caso del ricorso di un imprenditore, accolto dalla Corte di cassazione con sentenza del 13/09/2023 n. 37312, già giudicato e sanzionato in sede amministrativa-tributaria, condannato, per la medesima vicenda, alla pena di otto anni di reclusione in relazione ai reati di cui agli artt. 5 e 10 del D. Lgs 74/2000 (sentenza confermata anche in sede di gravame).

Secondo il Giudice di legittimità che ha annullato con rinvio, nel caso di specie è mancata una corretta verifica dei presupposti per l'applicazione del *ne bis in idem*, con specifico riguardo alla sussistenza della connessione stretta temporale e sostanziale tra i due diversi procedimenti non privi di congegni idonei ad assicurare sanzioni proporzionate nel loro complesso.

La sentenza dà la stura, oltretutto, ad alcune riflessioni circa l'operatività del combinato disposto degli artt. 19 e 21 del d.gs. n. 74/2000, che, invero, alla luce della medesimezza del fatto e del rapporto esistente tra illecito amministrativo ex art. 1 co.1 d.lgs. n. 471/1997 ed il delitto di cui all' art. 5 d.lgs. n. 74/2000. Sarebbe stato possibile mitigare la misura sanzionatoria complessiva per gli effetti dell'applicazione del principio di specialità in forza del quale il delitto tributario è disposizione speciale rispetto all'illecito amministrativo?⁶⁸

In effetti non vi è alcuna traccia nella sentenza, né di specifiche deduzioni sul principio di specialità e della applicabilità della sola disposizione penale, né della mancata applicazione dell'art. 21, co. 2 del d.lgs. n. 74/2000, in forza del quale, in pendenza di un procedimento penale, le sanzioni amministrative non sono eseguibili, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione, sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto.

Aggalla con chiarezza dalla lettura della sentenza il deciso rigetto di una autonoma duplicazione sanzionatoria e una conseguente irrogazione della pena sproporzionata, allorquando vi sia spazio interpretativo nel ritenere connessi sostanzialmente e temporalmente i due procedimenti, secondo i criteri dettati dalla Corte EDU, così da porre in essere con il secondo procedimento, rimedi

⁶⁸ La Corte di cassazione, non di rado, ha fornita una lettura restrittiva del principio di specialità come nel caso del rapporto tra il reato di omesso versamento IVA di cui all'articolo 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e la sanzione amministrativa prevista a fronte del mancato tempestivo pagamento del tributo di cui all'articolo 13, 1° co. del d.lgs. 18/12/1997, n. 471, negando un rapporto di specialità tra le due disposizioni, ritenendo, invece, che tra i due illeciti ci fosse un rapporto di progressione (Corte di Cass. SS. UU. nn. 37424-37425/2013)

compensativi rispetto alla antecedente sanzione, nel rispetto del criterio di proporzionalità.

Spetta ora, come invocato dalla stessa Corte costituzionale, al legislatore italiano affrontare con convinzione risolutoria, il dossier “*ne bis in idem*”, in rapporto alla vigenza del regime del doppio binario ben presente nella nostra legislazione nazionale, la cui resilienza rispetto alla crescente pressione derivante dai plurimi giurisprudenziali delle Corti europee, nonché dal progressivo crescendo delle decisioni della Consulta, sembrerebbe mostrare concreti segni di logorio.

Opportunamente è stata messa da parte l'ipotesi di intervenire sui delicati equilibri regolati dall'art. 649 c.p.p. inteso, non di rado, come disposizione-grimaldello per scardinare la pietrificata esegesi dei confini applicativi della norma e dare esecuzione alle decisioni sovranazionali, la cui area operativa, invero, non può evitare, evidentemente, il pericolo derivante dai plurimi “doppi binari” presenti nel nostro ordinamento, come lo stesso intervento chirurgico della Corte costituzionale nel 2022, in materia di diritto d'autore testimonia. Ecco, dunque, che il legislatore, con il d.lgs. del 14/06/2024 n. 87, decide di revisionare i rapporti tra processo penale e processo tributario, “ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*”, così come espressamente previsto dall'art. 20 della legge delega n. 111/2023, intervenendo con specifiche previsioni normative sulla disciplina penale tributaria vigente.

4. Il rapporto tra procedimento penale e amministrativo in ambito tributario

Preliminarmente, è opportuno delineare, sia pure a grandi linee, l'evoluzione del rapporto sussistente tra procedimento penale e quello tributario coinvolti nel giudicare il medesimo soggetto sull'identico fatto, verificando come, nel corso degli anni, l'ordinamento giuridico abbia elaborato forme di connessione tra il processo tributario e penale in cui a fasi alterne, si attribuiva la subordinazione dell'uno nei confronti dell'altro, così da impedire lo svolgimento del *simultaneus processus*, per poi giungere, con l'intervento legislativo del d.lgs. n.74/2000, al definitivo consolidamento di una “formale” reciproca autonomia.

Infatti, se con l'art 21, co. 3 della legge n. 4/1929, in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, si stabiliva la pregiudiziale del processo tributario rispetto a quello penale, condizionando non solo l'inizio dell'azione penale alla definizione

dell'accertamento tributario, ma vincolando altresì il giudice penale al contenuto dell'atto di accertamento divenuto definitivo o al giudicato formatosi in sede giurisdizionale tributaria, con il D.L. n. 429/1982 (conv. con mod., in Legge del 7/08/1982 n. 516), di fatto questo requisito veniva abolito, svincolando l'azione penale dai preliminari e definitivi accertamenti tributari⁶⁹.

Con la suddetta legge, veniva a mancare la principale giustificazione della pregiudiziale tributaria, posto che il giudice penale era esentato dal dover affrontare vicende tecniche e specialistiche per determinare l'*an* ed il *quantum* dell'imposta, in quanto la suddetta previgente disciplina del processo penaltributario sanzionava condotte prodromiche all'evasione.

Nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del D.L. n. 429/1982 e la vigente normativa, invero, l'abrogazione della pregiudiziale tributaria, causò un quadro normativo piuttosto controverso, posto che se da un lato, specifiche disposizioni del codice di procedura penale del 1930 prevedevano una sorta di pregiudiziale penale mediante, fondamentalmente, la prevalenza del processo penale rispetto agli ulteriori processi di diversa natura anche mediante la sospensione di quest'ultimi⁷⁰, l'espresso divieto di sospensione del processo tributario previsto dall'art. 12, co. 1 prima parte, D.L. n. 429/1982, quando, per lo stesso fatto, fosse stata già esercitata l'azione penale, derogava la previsione del codice di rito. Oltretutto, secondo parte della dottrina, la normativa lasciava la possibilità al giudice penale di procedere facoltativamente alla sospensione del processo ai sensi dell'art. 20 del c.p.p. del 1930, in attesa della definizione del contenzioso tributario⁷¹.

⁶⁹ Abrogata dal primo comma dell'art. 13 del D.L. n. 429 del 1982 la pregiudiziale tributaria ed esclusa l'applicabilità del principio della concentrazione e dell'assorbimento nel processo penale della controversia tributaria. In effetti, già mediante alcune pronunce della Corte costituzionale invero si recepiva la necessità di rivedere l'istituto della pregiudizialità in contrasto con l'art. 112 della Cost. e dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 58 del D.P.R. n. 633/1972 nella parte in cui subordinava l'esercizio dell'azione penale all'accertamento definitivo dell'imposta (cfr. Corte Cost. 12/05/1982, n. 89); ovvero dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 60 e 21, co. 3 L. n. 4/1929 nella parte in cui vincolava il processo penale alle risultanze dell'accertamento tributario divenuto definitivo in sede amministrativa (cfr. Corte Cost. 12/05/1982, n. 88).

⁷⁰ In tal senso leggesi la sospensione del giudizio civile prevista dall'art. 3 o in tema di autorità del giudicato penale in sede civile e amministrativa l'art. 28, entrambi disposizioni del previgente c.p.p. del 1930.

⁷¹ Secondo parte della dottrina si configurava così una nuova pregiudiziale penale cfr. DOMINIONI, *Primi appunti sul nuovo processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1984 pp. 496-497. In effetti per l'autore, premesso che l'art. 20 c.p.p. abrog. autorizzava il giudice penale a sospendere il processo, qualora la decisione sull'esistenza di un reato fosse dipeso dalla risoluzione di una controversia di competenza di altro giudice, civile o amministrativo (pertanto anche tributario) e preso atto che il secondo comma del medesimo articolo condiziona la facoltà di sospendere giudizio e di disporre la remissione al giudice civile o amministrativo solo in ipotesi di controversia di non

A complicare maggiormente il quadro normativo, sempre il primo comma dell'art. 12 D.L. n. 429/1982 riconosceva alla sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio relativa a reati previsti in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto "*autorità di cosa giudicata nel processo tributario per quanto concerne i fatti materiali che sono stati oggetto del giudizio penale*". Dunque, la sentenza penale definitiva, emessa anteriormente alla conclusione del processo tributario, *rebus sic stantibus*, spiegava effetti nei confronti di quest'ultimo ed il giudice tributario doveva necessariamente attenersi ad essa, riconoscendo un'ultrattività del giudicato penale relativo ai fatti materiali accertati⁷².

Una cornice regolamentare, dunque, niente affatto lineare, che continuò anche quando entrò in vigore il nuovo codice di procedura penale nel 1988, giacché rimaneva irrisolta la questione se l'art. 12, co. 1° del D.L. n. 429/1982 avesse mantenuto la sua efficacia (quale norma speciale che prevale su quella generale)⁷³ o fosse stato abrogato, sia pure implicitamente⁷⁴, dall'introduzione dell'art. 654 c.p.p. rubricato "*Efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi*" (in ossequio al principio *lex posterior derogat priori*)⁷⁵.

facile soluzione e soprattutto che la legge non ponga "*limitazioni alla prova del diritto controverso*", tale ultimo requisito sarebbe superabile (alla luce delle limitazioni probatorie vigenti nel processo tributario) qualora si intenda la locuzione "diritto controverso" individui un limite probatorio da valutarsi in concreto. In tal caso, quando cioè in concreto non rileva alcun limite probatorio "*nulla può opporsi, sotto questo profilo, a che il giudice penale rimetta al giudice speciale tributario la questione pregiudicante*".

⁷² La Corte Cost. con sent. n. 55/1971, invero, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 28 c.p.p. *ratione temporis* vigente, nella parte in cui ammetteva l'ultrattività del giudicato penale anche nei confronti di coloro che non erano stati parti di tal processo. Tale decisione fu assunta sulla base della negazione del principio dell'unitarietà giurisdizionale, tale cioè che lo stesso potesse assurgere a valida argomentazione per accordare al giudicato penale efficacia vincolante anche in altri procedimenti.

⁷³ Considerazioni sul tema A. TANZI, *Note in tema di rapporti tra processo penale e processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, p. 31 ss.

⁷⁴ In giurisprudenza, l'orientamento di fatto univoco per implicita abrogazione dell'art. 12 del D.L. 10 luglio 1982, n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982, n. 516, ad opera dell'art. 654 c.p.p., ex multis, Corte di Cass. civ. sez. V, 14/01/2003, n. 380.

⁷⁵ Art. 654 c.p.p.: "*Nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*". L'efficacia penale nei confronti del procedimento civile e amministrativo non di danno, è sottoposta ad alcune condizioni non previste dall'art. 12, primo comma, del D.L. n. 429/1982, tra cui elemento dirimente, quello secondo cui la legge civile non deve porre limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa.

Un corredo normativo non di chiara e univoca lettura che si protraeva, ancorché fosse mutato anche il codice di procedura penale nel 1988, sino alla riforma complessiva della disciplina dei reati tributari avvenuta mediante decreto legislativo del 10/03/2000 n.74, in cui almeno formalmente viene stabilita l'autonomia processuale delle due giurisdizioni.

Sarà proprio la riforma della disciplina penaltributaria avvenuta con il d.lgs. n. 74/2000⁷⁶, a porre fine ai dubbi ermeneutici tra cui la perdurante vigenza dell'art. 12 del D.L. n.429/1982 in coesistenza con la nuova previsione normativa ex art. 654 c.p.p., provvedendo, infatti, a regolare il rapporto tra procedimento penale e tributario attraverso il **principio di specialità**, regolato dall'art. 19 d.lgs. n.74/2000⁷⁷, consolidando pertanto la reciproca autonomia, eliminando qualsivoglia rapporto di pregiudizialità, nonché affermando formalmente il principio del **"doppio binario"** ex art. 20 d.lgs. n. 74/2000 e abrogando la disposizione speciale risalente al 1982, con l'art. 25 del medesimo decreto.

Non può esser messo da parte, tuttavia, il dibattito non solo dottrinale, sorto intorno all'efficacia delle sentenze penali irrevocabili ex art. 654 c.p.p. in sede processuale tributaria la cui rilevanza, connessa al valore extrapenale degli accertamenti di fatto, implica, per giurisprudenza e dottrina autorevole la sua non automatica efficacia. Ciò in quanto, come sostenuto da alcuni autori, il processo tributario *"è altro rispetto al processo civile o amministrativo"*⁷⁸, ma in ragione soprattutto, di suoi divieti probatori (uno tra tutti, la prova testimoniale ex art. 7

⁷⁶ Tra i tanti autori sulla nuova disciplina penaltributaria, BERSANI, *Il nuovo diritto penale tributario tra principi riformatori e vecchi problemi*, in Fisco, 1998, 1342 ss.; I. Caraccioli, *Poche novità dal Senato per la delega sui reati tributari*, in Fisco, 1999, p.3990 ss.; I. CARACCIOLI, *Nuovamente d'attualità la riforma penal-tributaria*, in Fisco, 1999, p. 1786 ss.; L. CONTI, *Brevi considerazioni sul riordino del diritto "penale" tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p.764 ss.; P. CORSO, *Il nuovo sistema sanzionatorio penale nel disegno di legge delega*, in *Corr. trib.*, 1998, 502 ss.; G. Falcone, *Riflessioni sulla riforma del diritto penale tributario*, in *il fisco*, 1998, p.5091 ss.; G. GRAZIANO, *La riforma della L. n. 516/1982*, in *Rass. trib.*, 1998, I, p.726 ss.; G. MARRA, *Il declino della 516. Brevi cenni sul disegno di riforma*, in *Fisco*, 1998, 4654.

⁷⁷ Vero è che parte della dottrina riteneva di trovarsi dinanzi ad un regime di doppio binario non perfetto, talché la disciplina necessitava della previsione normativa di cui all'art. 19 d.lgs. n. 74/2000 stabilendo, un criterio regolatore tra sanzioni amministrative e penali declinazione, a sua volta, il principio di *ne bis in idem* sostanziale. Sul punto, CARINCI, *Il principio di specialità nelle sanzioni tributarie: tra crisi del principio e crisi del sistema*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 499 ss.

⁷⁸ TESAURO, *Ammissibilità nel processo tributario delle prove acquisite in sede penale*, in *Rass. trib.*, 2015, p.323

d.lgs. n.546/1992 ante-riforma L. n. 130/2022), previsti dalla disciplina processuale tributaria⁷⁹.

Nel solco normativo tracciato dalla suddetta disciplina penale tributaria, la giurisprudenza di legittimità, nel corso degli anni, consolida l'orientamento secondo cui *“nel processo tributario, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione dal reato tributario, emessa con la formula “perché il fatto non sussiste”, come pure quella di condanna (Cass., 2012/8129; Cass., 2015/2938; Cass., 2005/10945), non spiega automaticamente efficacia di giudicato, ancorché i fatti accertati in sede penale siano gli stessi per i quali l'Amministrazione finanziaria ha promosso l'accertamento nei confronti del contribuente”*⁸⁰, ma può essere presa in considerazione come fonti di prova dal giudice tributario⁸¹, liberamente valutabile anche in rapporto alle ulteriori risultanze istruttorie eventualmente di natura presuntiva⁸².

Non mancano, tuttavia, arresti giurisprudenziali, che con lucide argomentazioni, aprono all'efficacia di giudicato ex art. 654 c.p.p.⁸³

Nel nuovo paradigma normativo dettato, sia dalle limitazioni soggettive e oggettive ex art. 654 c.p.p. (relative alla produzione di effetti vincolanti in sede extrapenale), che dallo stesso art. 20 del d.lgs. n. 74/2000 (*i.e.*, canone del doppio binario), il procedimento o il processo tributario, non può essere sospeso per la pendenza del processo penale avente ad oggetto i medesimi fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione, cosicché **i due sistemi interagiscono** mediante la circolazione della prova, in virtù della quale, le informazioni raccolte nell'ambito di un processo possono essere utilizzate nell'altro, per essere poste a fondamento delle rispettive decisioni, pur sempre nel

⁷⁹ *Ex multis*, Corte di Cass., sez. trib., 23/10/2001, n. 13006. Fondamentalmente si faceva riferimento alla inammissibilità della prova testimoniale nel processo tributario, attualmente introdotta nella forma scritta dalla L. n. 130/2022.

⁸⁰ Corte di Cass., sez. trib., 28/06/2019, n. 17536.

⁸¹ Corte di Cass. V sez., ord. del 29/08/2024, nn. 23367 e 23368; Corte di Cass. ord. del 22/07/2024, n. 20263

⁸² *Ex multis*, Corte di Cass., 24/11/2017, n. 28174; Corte di Cass., 28/10/2016, n. 21873; Corte di ass., 13/02/2015, n. 2938;

⁸³ E' opportuno segnalare, infatti, come la stessa giurisprudenza di legittimità ben prima della legge riformatrice della giustizia tributaria, n. 130/2022 abbia sostenuto che *“L'accertamento di fatto, effettuato in sede penale, vincola il giudice tributario; di conseguenza, ad una sentenza penale assolutoria resa con la formula ‘perché il fatto non sussiste’ va attribuita l'autorità di cosa giudicata quando i fatti in ordine ai quali si è pronunciato il giudice penale, con sentenza irrevocabile, sono i medesimi su cui si controverte in sede tributaria; ciò a condizione che non si tratti di una ‘automatica’ ed acritica estensione del giudicato penale, bensì vi sia una esplicita valutazione da parte del giudice tributario”* (cfr. Sez. V, 22/09/2021, n. 25632; eadem Corte di Cass. civ., Sez. V, 22/04/2022, n. 12854).

rispetto delle proprie autonome discipline⁸⁴.

Non sembra essere mutato l'orientamento giurisprudenziale, anche a seguito della riforma dell'art. 7 d.lgs. n. 546/1992, ad opera della L. n. 130/2022, con cui è stata introdotta la prova testimoniale scritta, posto che il Giudice di legittimità ha puntualizzato, ancora con sent. n. 30814 del 2/12/2024, che nel processo tributario, sussistono i limiti in materia di prova posti dall'art. 7, co.4 del d.lgs. n. 546/1992, e *“trovano ingresso, con rilievo probatorio, in materia di determinazione del reddito d'impresa, anche presunzioni semplici”* vedi art. 39, co.2, del D.P.R. n. 600/1973 prive dei requisiti prescritti ai fini della formazione di siffatta prova tanto nel processo civile, ex (art. 2729, co.,1 c.c.), che nel processo penale, ex art. 192, co.2 c.p.p., cosicché *“(...) nessuna automatica autorità di cosa giudicata può più attribuirsi nel separato giudizio tributario alla sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione, emessa in materia di reati tributari”*.

Muta il quadro giuridico, dunque, a parere della Corte di cassazione, con l'introduzione dell'art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000 ed invero, tale innovazione, come esamineremo oltre, sembra rinvigorire il dibattito sorto intorno all'operatività dell'art. 654 c.p.p. anche in sede di processo tributario.

5. La resilienza del doppio binario alla luce del d.lgs. n. 87/2024

Si intende procedere con l'esame delle modifiche apportate fondamentalmente al d.lgs. n. 74/2000 dal legislatore delegato, non prima di aver ricordato come il tema del *ne bis in idem*, quale principio generale garanzia di efficienza sistematica e al contempo garanzia individuale del soggetto sottoposto a procedimento da parte dell'Autorità pubblica, è cristallizzato ora nel novello art. 9-bis, rubricato *“Divieto di bis in idem nel procedimento tributario”* dello Statuto del contribuente (ovvero legge n. 212/2000), modificato dal d.lgs. n. 219/2023.

Orbene, la regola espressa dalla suddetta disposizione impone all'amministrazione finanziaria di esercitare l'azione di accertamento relativamente a ciascun tributo una sola volta per ogni periodo d'imposta, salvo che specifiche disposizioni prevedano diversamente e ferma l'emendabilità di vizi formali e procedurali⁸⁵. Con

⁸⁴ Giudicato esterno, oltretutto non soggetto a preclusioni per quanto concerne la sua allegazione in sede di merito, giacché prescinde da qualsivoglia volontà della parte, alla luce della sua rilevanza di natura pubblicistica ed essendo rilevabile d'ufficio (cfr. Corte di Cass. ord. del 21/01/2021, n. 1157).

⁸⁵ Il legislatore puntualizza così che restano immuni dalla novella normativa, quelle disposizioni che prevedono diversamente e cioè l'accertamento parziale e quello integrativo. È chiaro inoltre

ciò, consacrando il principio di unicità e globalità dell'azione di accertamento, ancorché contrastato da parte della giurisprudenza di legittimità⁸⁶ e al contempo garantendo normativamente il pieno rispetto del divieto di *bis in idem* all'interno del procedimento tributario.

L'ingresso del principio all'interno dell'alveo normativo dello Statuto del contribuente assume particolare valenza alla luce della riforma apportata dal legislatore alla legge n. 212/2000, puntualizzando ulteriormente, la sua natura e non secondariamente, la sua estensione operativa.

In effetti, l'art. 1 della legge chiarisce che le disposizioni sono attuative “*delle norme della Costituzione, dei principi dell'ordinamento dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*” e, per questo, costituiscono, al contempo, “*principi generali dell'ordinamento tributario*” e “*criteri di interpretazione della legislazione tributaria*”⁸⁷.

Non si intende, indugiare oltre, riguardo alla individuazione di quale sia la portata da attribuire alle nuove previsioni contenute nello stesso Statuto, se cioè rafforzino quella tesi che riconosce in esse previsioni che fungono da parametro di costituzionalità della norma tributaria e conseguentemente autorizzare in via diretta la disapplicazione se la stessa confligge con le stesse o se contribuisce a rafforzare quel pensiero dottrinale, secondo cui le norme dello Statuto assurgono

l'intento della norma allorché puntualizza che resta ferma l'emendabilità per vizi formali e procedurali, attribuendo così un potere di autotutela dell'Amministrazione finanziaria entro naturalmente i termini decadenziali e senza evidentemente poter emendare l'atto per vizi sostanziali attraverso la sua revoca e rinnovazione dello stesso (cfr. MELI, *Avviso di accertamento: il principio di unicità trova (finalmente) una consacrazione normativa con corollari*, in *Quotidiano IPSOA* del 25/11/2023)

⁸⁶ Corte di Cass., n. 27261/2023, secondo cui il principio di unicità e globalità dell'accertamento sarebbe circoscritto alle sole imposte sui redditi e all'IVA.

⁸⁷ Corollario al tema dell'unicità e globalità dell'accertamento è il potere da parte dell'Amministrazione finanziaria di autotutela sostitutiva anche per profili sostanziali e a fortiori, in *malam partem*, tema affrontato recentemente dalla Corte di cassazione a sezioni unite con sent. n. 30051 del 21/11/2024. Una sentenza probabilmente inaspettata, da molti operatori del settore, con cui il massimo Consesso nomofilattico ha accolto la tesi dell'Agenzia delle Entrate relativamente al potere di autotutela esercitato, sia per la correzione di vizi formali, che per la correzione di vizi sostanziali, anche in *malam partem*, senza che sia necessaria la sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi, posto che l'istituto della autotutela, afferma il Giudice di legittimità, è altra cosa rispetto all'accertamento integrativo ex art. 43 co.3 D.P.R. n. 600/1973.

In questa sede non è possibile commentare esaurientemente la sentenza che, ancorché presenti articolate argomentazioni a supporto della decisione, non è esente da criticità, laddove sembra non aver considerato gli effetti distorsivi a cui è possibile giungere portando alle estreme conseguenze la ratio sottostante al suo ragionamento; così come non sembra aver pienamente preso atto del nuovo quadro normativo predisposto dal legislatore in cui lo stesso istituto dell'autotutela ai sensi dei novellati artt. 10 *quater* e 10 *quinquies* dello Statuto del contribuente, come traspare dalla stessa Relazione illustrativa al d.lgs. n. 219/2023, è posto a tutela del contribuente, così da impedire forme di sostituzione o integrazione della pretesa da un punto di vista sostanziale.

a criterio rilevante per addivenire all'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata delle singole disposizioni vigenti⁸⁸.

In ogni caso, non può revocarsi in dubbio che aver introdotto il principio de quo nello Statuto, conferisce allo stesso una ampiezza applicativa di ordine generale concernente, cioè, l'intera disciplina del procedimento di accertamento tributario. In definitiva, il principio del *ne bis in idem* varca i confini del processo e diventa con la riforma dello Statuto del contribuente, diritto di ordine generale concernente, cioè, l'intera disciplina del procedimento di accertamento tributario in linea di continuità con il più vasto progetto riformatore dell'intero sistema tributario.

Prendiamo, ora, a prendere in considerazione specifiche disposizioni (*i.e.*, le lettere h), i), l) e m) dell'art. 1, co.1, d.lgs. n. 87/2024), che nelle intenzioni del legislatore, innestate nel corpo normativo del d.lgs. n. 74/2000, dovrebbero essere funzionali ad organizzare un nuovo assetto dei rapporti tra procedimento penale e tributario. In effetti, è ben noto come la coesistenza di un doppio procedimento a carica di un contribuente, in sede tributaria e penale, possa sfociare in conclusioni discordanti, così da attribuire in sede fiscale responsabilità del contribuente ma successivamente ritenerla esclusa in sede penale, in base anche a valutazione di elementi probatori che nel giudizio penale sono stati contestati ma non idoneamente dimostrati secondo i canoni del processo penale, *a fortiori*, considerando l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, in modo pressoché consolidato, secondo cui il giudice penale non è vincolato alle conclusioni e deduzioni assunte in sede tributaria, tanto più quando si configurano valutazioni prettamente fiscali come l'ammontare dell'imposta evasa, in ragione di un diverso corredo probatorio assunto in sede penale⁸⁹.

⁸⁸ BORIA, *Diritto tributario*, Torino, 2023, pag. 87, secondo cui la Corte costituzionale “*ammette la possibilità di una interpretazione adeguatrice in base alle norme dello Statuto, escludendo però che queste assumano la natura di parametro vincolante*”.

⁸⁹ Cfr. Corte di Cass. Sez. III, 14/04/2020 n. 12050. In effetti la giurisprudenza di legittimità, argomentando sull'applicazione del nuovo art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000 e prescindendo invece da opportune implicazioni introdotte dalla stessa legge n. 130/2022 in materia di giustizie e processo tributario, puntualizzava con ord. del 31/07/2024, n. 21584 che “*laddove non opera l'efficacia diretta del giudicato in ragione della norma sopravvenuta, va data continuità al principio di diritto secondo il quale l'autonomia tra giudizio penale e giudizio tributario, la diversità di mezzi di prova acquisibili nei due ambiti processuali e dei criteri di valutazione del materiale acquisito per l'operare solo nel giudizio tributario delle presunzioni comporta, fisiologicamente, che a procedimenti connotati da regimi probatori differenti possano corrispondere esiti diversi* (Cass. 10/05/2024, n. 12823”.

Ebbene, la novella legislativa interviene sulle già esistenti disposizioni del d.lgs. n. 74/2000 modificando:

- l'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 che regola il principio di specialità;
- la normativa che regolano i rapporti tra procedimenti, prevista dall'art.20;
- l'art. 21 concernente l'irrogazione di sanzioni amministrative per le violazioni fatte oggetto di notizie di reato⁹⁰;
- e integrando la disciplina con due ulteriori nuove disposizioni, gli artt. 21-bis e 21-ter destinate, rispettivamente, a regolare l'efficacia delle sentenze penali nel processo tributario e l'applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative, quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa (o una sanzione amministrativa dipendente da reato).

Dunque, il legislatore delegato disegna la riforma in ossequio ai principi e direttive previste dalla legge n. 111/2023 in materia di *ne bis in idem*, tentando di compendiare gli elementi cardini statuiti dalle Corti europee, attraverso una interpolazione normativa, in un difficile bilanciamento tra diritto vigente e diritto vivente, ma con il concreto rischio di strutturare il rapporto tra il processo penale e procedimento-processo tributario come un "Giano bifronte". Sembra proiettare nuove strade, ma rimangono solide tracce del passato, in cui si avverte la carenza di una maggiore puntuale coordinazione connessa alla tipizzazione dei singoli illeciti tributari, così da ridurre ogni spazio di ambiguità operativa, salvaguardando al contempo, la ratio sottesa alla natura di una sanzione penale rispetto a quella amministrativa.

⁹⁰ Si sorvolerà sulla disanima della disposizione dell'art. 21, pur ricordando che al comma 2 prevede l'eseguità delle sanzioni amministrative salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione, sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatt. Tuttavia, è opportuno rilevare, anche in questo caso, qualche elemento di ambiguità nella formulazione in particolare del comma 2 bis laddove si prevede la sospensione della sanzione amministrativa pecuniaria riferita a un ente o società, al pari del comma due, quando a questi soggetti "può" essere disposta la sanzione amministrativa dipendente dal reato" ai sensi de d.lgs. n. 231/2001. È palese, dunque, la vaghezza e ambiguità dell'espressione "quando...può essere disposta", ai fini della sospensione, non riconducibile ad alcun elemento di certezza posto che ben potrebbe riferirsi all'astratta configurabilità dell'art. 25-quinquiesdecies del d.lgs. n. 231/2001 ovvero al concreto avvio di un procedimento penale.

Profili di criticità interpretativa sono stati sollevati, condivisibilmente, in relazione comma 2-bis anche per quanto concerne la permanente duplicazione della risposta sanzionatoria penale e amministrativa nei confronti delle società (essendo stata esclusa solo quella ai fini del d.lgs. n. 231/2001) ed in relazione al comma 2 dell'art. 19 che escludendo l'applicazione dei principi di specialità per le società si porrebbe in contraddizione con l'art. 21 co.2-bis (v. SALVINI, Audizione Commissioni riunite, Esame dell'atto del Governo n. 144, Schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario, Roma, 3/04/2024).

Procediamo con ordine.

Abbiamo esaminato, sia pure in modo sintetico, l'interazione tra giurisdizione tributaria e penale, oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore riformatore, una relazione regolata dall'art. 19 del d.lgs. n. 74/2000 quale norma cardine concernente il concorso di sanzioni amministrative e penali, in cui si cristallizza il principio di specialità, stabilendo così l'alternatività della sanzione in caso di violazione di rilievo fiscale compiuta dal soggetto in relazione allo stesso fatto, tradizionalmente inteso al rapporto tra fattispecie astratte, applicando la disposizione speciale (disposizione di fatto corrispondente a quanto già stabilito nell'art. 9, legge. n. 689 del 1981).

Ebbene, è altresì inconfutabile, evidenziare la difficoltà applicativa del suddetto criterio, i cui confini operativi vengono sovente bypassati dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁹¹, non risolvendo alla radice, pertanto, il rischio di un doppio procedimento per la medesima condotta.

Tuttavia, al fine di non far ricadere il concorso apparente di norme in una costruzione evanescente nonché, dipendentemente *“dalla sue qualificazioni giuridiche e dal raffronto astratto delle fattispecie, secondo uno schema logico-formale”* come sovente richiamato dalla giurisprudenza⁹², vi è chi ne ravvede una sua funzione connessa al *ne bis in idem* nella sua dimensione sostanziale di divieto di cumulo sanzionatorio, solo valorizzando il ruolo dell' *idem factum* inteso nella sua “materialità” ovvero concretezza dei fatti⁹³, e superare l'ambiguità lessicale intrinseca nella locuzione “stesso fatto” di cui fa uso il legislatore, sia con l'art.19 che il novello art.21-ter, ponendosi in tal guisa in sintonia con quest'ultimo.

⁹¹ Effettivamente, non è affatto scontata il soddisfacimento della previsione del meccanismo di ineseguibilità delle sanzioni amministrative in caso di fattispecie in rapporto di specialità. È il caso del concorso tra illecito amministrativo e penale di omesso versamento IVA; secondo la Corte di cassazione (SS.UU.nn.37424-37425/2013), tra i due illeciti sussiste non un rapporto logico-formale di specialità, bensì un rapporto di mera “progressione illecita” con la conseguenza che nei confronti del responsabile del fatto illecito di omesso versamento dell'IVA saranno eseguibili entrambe le sanzioni punitive.

Puntuali osservazioni sono rivolte all'operatività del giudice nazionale chiamato a governare, in ossequio ai *dicta* della Corte EDU e della CGUE segnatamente in materia unionale (vedi c. Menci a proposito proprio di un fatto di “omesso versamento IVA”), il rapporto tra i due illeciti mediante il criterio di proporzionalità (sul tema, FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014, p. 16 ss.).

⁹² Corte di Cass. SS. UU. n.1963/2011; Corte di Cass. SS. UU. n. 1235/2011.

⁹³ In questi termini, GIOVANNINI, *Sui rapporti tra principio di proporzionalità, ne bis in idem e specialità, nel riformato sistema punitivo tributario*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2024, 2, pubblicato il 24/07/2024 in www.rivistatributario.it

La disposizione è di fatto immutata salvo che, al comma due, il legislatore ha inteso puntualizzare che, qualora il soggetto ritenuto responsabile della violazione amministrativa non coincida con la persona fisica che ha commesso il reato tributario, il principio di specialità **non potrà essere applicato**. Ciò accade, ad esempio, nel caso di sanzione riconducibile ad un rapporto tributario a cui fa capo una società con o senza personalità giuridica.

In quest'ultima ipotesi, infatti, la novità non secondaria è la nuova la previsione del combinato disposto degli artt. art. 3 e 11 del d.lgs. n. 472/1997, così come modificati dal d.lgs. n. 87/2024, con cui si assoggetta a sanzione amministrativa in modo esclusivo, in costanza di un rapporto tributario ricadente in capo ad una società, anche soggetti privi di personalità giuridica. Problemi di coordinazione si riscontrano con il nuovo comma 2 bis dell'art. 21 (v. nota 96).

Orbene, continuando la nostra disamina delle principali disposizioni introdotte dal legislatore in tema di *ne bis in idem*, si prende atto della scelta legislativa di lasciar immutato la formula originaria prevista dal comma uno dell'art. 20 d.lgs.n.74/2000, con cui si prevede la non sospensione del procedimento amministrativo di accertamento e del processo tributario, ancorché pendente il procedimento penale avente ad oggetto l'*idem factum*, così formalizzando la separatezza tra i due procedimenti e con esso il regime di doppio binario. Quanto poi concretamente residui dell'impianto originario è presto evidente⁹⁴.

Il nuovo comma 1-bis dispone che *“le sentenze rese nel processo tributario, divenute irrevocabili, e gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, anche a seguito di adesione, aventi a oggetto violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale, possono essere acquisiti nel processo penale ai fini della prova del fatto in essi accertati”*.

Ecco, dunque, la prima vera novità posta in essere dal legislatore con l'intento di incanalare la disciplina nazionale nell'alveo normativo ed interpretativo dettato dalla Corte EDU, andando a incidere, nel caso di circolazione di materiale informativo (*rectius*, sentenze irrevocabili e atti amministrativi definitivi) da sede tributaria a quella penale, con meticolosità chirurgica, sia per quanto concerne la

⁹⁴ I rapporti tra processo penale e tributario sono fondati sin dal 2000 infatti, sulla reciproca autonomia dell'iter amministrativo e giurisdizionale, susseguenti alla abrogata previsione della pregiudiziale tributaria, costituendo un c.d. doppio binario che trova ragion d'essere nell'art. 479 c.p.p. e nell'art. 20 d.lgs. n. 74/2000

tipologia dei documenti sia per quanto riguarda gli effetti ad essi connessi, sulla probabile consapevolezza di dover tener presente le specifiche rafforzate garanzie connesse al processo penale.

In effetti, si registrano perplessità intorno all'ipotesi di valorizzare pienamente a fini probatori in sede penale, sentenze irrevocabili e atti definitivi di accertamento delle imposte, financo gli atti di accertamento definiti a seguito di adesione ex legge n. 218/1997, esorbitando, forse, dagli stessi confini della legge delega, sulla mera constatazione che, premessa la sovente maggiore durata dei processi penali rispetto ai tributari, l'attività accertamento dei fatti materiali nel processo tributario risente di un bagaglio di garanzie processuali nei confronti del contribuente non in linea con le medesime garanzie di difesa previste in sede penale⁹⁵.

È chiaro che la struttura del processo penale e segnatamente il bagaglio di regole che informano il procedimento probatorio, un vero proprio statuto probatorio, necessariamente strumentale all'accertamento della verità (*i.e.*, della corrispondenza al vero) del fatto contestato nell'editto accusatorio⁹⁶, imporrebbero una maggiore prudenza nell'assegnare massimo valore a materiale informativo introdotto nel processo penale e venuto alla luce all'interno di una cornice regolamentare non equipollente in termini di garanzie probatorie a quelle del processo penale.

Vero è che la porta di ingresso di sentenze tributarie irrevocabili potrebbe essere dettata dall'art. 238 -bis c.p.p. e valutate ai sensi dell'art. 187 c.p.p. e 192 co.3 c.p.p. con ricadute anche rilevanti, in tema di definizione di imposta evasa., non trascurando affatto le regole tipiche del processo penale, in cui è estraneo il concetto di prova legale, come nel diritto civile, così da far valere come prova nei limiti e criteri fissati dal codice di rito, ancorché con la precisazione che potranno valere ai fini probatori in relazione ai fatti accertati, soltanto se confortate da ulteriori elementi probatori di riscontro⁹⁷.

⁹⁵ Esprime scetticismo in tal senso, URICCHIO, *Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei deputati, nell'ambito dell'esame dello Schema di decreto legislativo recante revisione del sistema sanzionatorio tributario* (Atto n. 144), Roma, 27/03/2024 (vedi nota 113).

⁹⁶ Così Corte Cass pen. sent. del 04/07/2023, n. 44170

⁹⁷ Sul tema della rilevanza probatoria delle sentenze irrevocabili tributarie in sede penale, si rimanda a CANTONE, *L'art. 238 bis: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto tra giudicati*, in *Cass. pen.*, 1999, p.2895 ss; CORBO, *I documenti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, Vol. II, *Prove e misure cautelari*, I, *Le prove*, a cura di A. SCAFATI, Torino, 2009, p.371 ss.

Abbiamo già osservato come la giurisprudenza in modo maggioritario, antecedentemente alla riforma introdotta dal d.lgs. n. 87/2024, abbia escluso qualsiasi effetto vincolante della sentenza tributaria in sede penale, ma al tempo stesso con orientamento consolidato, ammette che il giudice penale possa comunque tener conto e utilizzare come prova la sentenza extra-penale quando essa sia divenuta definitiva⁹⁸.

Per quanto concerne anche l'ipotesi di ridimensionamento della pretesa, la giurisprudenza ha reiteratamente affermato che *“è ben possibile che la pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria venga ridimensionata o addirittura invalidata nel giudizio innanzi al giudice tributario. Ciò però non vincola il giudice penale e quindi non può escludersi che quest'ultimo possa eventualmente pervenire – sulla base di elementi di fatto in ipotesi non considerati dal giudice tributario – ad un convincimento diverso e ritenere nondimeno superata la soglia di punibilità per essere l'ammontare dell'imposta evasa superiore a quella accertata nel giudizio tributario”*⁹⁹.

Tuttavia, qualora decida di discostarsi dal dato quantitativo emergente dall'accertamento con adesione, al fine della verifica della soglia di punibilità deve essere in possesso di ulteriori dati e dare congrua e specifica motivazione della sua scelta¹⁰⁰.

La giurisprudenza di legittimità più evoluta sul piano della libera circolazione di materiale probatorio, si è espressa con la sentenza n. 21194 del 2023, ricordando come per il principio di atipicità dei mezzi di prova, di cui è espressione l'art. 189 c.p.p., il giudice può avvalersi dell'accertamento induttivo, compiuto mediante gli studi di settore dagli Uffici finanziari, per la determinazione dell'imposta dovuta, ferma restando l'autonoma valutazione degli elementi emersi secondo i criteri generali previsti dall'art. 192, co.1, c.p.p.

Al contempo, inoltre, è possibile dedurre, sempre analizzando il dato letterale della norma, la previsione di un filtro volto a selezionare la circolazione del suddetto materiale, versato ai fini probatori nel fascicolo penale, così da espungere tutti quegli atti non definitivi, come nel caso del PVC, spesso posti a corredo probatorio, la cui formazione anche mediante presunzioni semplici con inversione dell'onere della prova, sovvertono *funditus* la presunzione di innocenza dell'imputato, e

⁹⁸ Corte di Cass. 16/01/2016, n. 1628.

⁹⁹ Corte di Cass. Sez. III pen. sent. 14/02/2012 n. 5640

¹⁰⁰ Corte di Cass. Sez. III pen. sent. del 4/04/2019 n. 29091

potrebbe essere idoneo tutt'al più a fini di ricostruzione del fatto, ma non in riferimento alle valutazioni e i giudizi in essi contenuti¹⁰¹.

D'altra parte, l'interpretazione letterale del nuovo comma 1 bis dell'art. 20 del d.lgs. 74/2000, così come laconicamente sembrerebbe emergere dalla stessa Relazione illustrativa del d.lgs. n. 87/2024 deporrebbe favorevolmente a tener conto, da parte del giudice penale, le sentenze irrevocabili e atti definitivi, così assumendo particolare rilevanza con riferimento alla quantificazione dell'imposta evasa, aspetto che risulta dirimente specificatamente per numerose fattispecie di reato, previste dal d.lgs. n. 74/2000, pur facendo salvo, in ogni caso il **libero convincimento del giudice**¹⁰².

In un quadro giuridico, formalmente immutato da un punto di vista generale, testimoniato dalla scelta del legislatore di preservare il doppio procedimento (*i.e.* tributario e penale), previsto dal 1° comma dell'art. 20 d.lgs. n. 74/2000, è possibile valutare l'introduzione del comma 1-bis all'art. 20 del d.lgs. n. 74/2000, quale tentativo di confezionare una norma di coordinamento tra i due procedimenti, che sembrerebbe andare in contro ad uno dei criteri dettati dalla Corte EDU a proposito delle legittime limitazioni all'operatività del *ne bis in idem*, in base al quale dinanzi ad un doppio procedimento nei confronti della medesima persona e riguardante l'*idem factum*, si deve evitare, per quanto possibile, qualsiasi ripetizione nella raccolta e valutazione degli elementi di prova; criterio di **coordinamento e complementarità procedimentale** parimenti sancito dalla Corte di Giustizia Ue¹⁰³.

Insomma, l'art. 20 co.1-bis del d.lgs. n. 74/2000, parrebbe **non smuovere troppo il consolidato quadro ermeneutico** derivante dalla giurisprudenza di legittimità, tanto più che il legislatore si è premunito di adoperare una formula tale da

¹⁰¹ Corte di Cass. pen., sent. del 3/11/2023, n. 44170: "(...)Pertanto nel processo penale, anche per gli illeciti tributari, occorre sempre, nei reati di evasione, dimostrare che l'imposta eventualmente evasa superi la soglia di punibilità prevista dalla legge, prescindendo dai pvc. Il giudice penale non può, in virtù del principio costituzionale della presunzione d'innocenza e delle libertà personali, ricorrere alle presunzioni tributarie semplici utilizzate dall'amministrazione finanziaria in quanto invertono l'onere della prova ponendola a carico del contribuente"

¹⁰² In dottrina, COMELLI, *Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da) *Diritto penale dell'economia*, TORINO, I, 2017, p.1277: "il giudicato formatosi in esito al processo tributario non può che rientrare tra le risultanze liberamente apprezzabili dal giudice penale, in punto sia di fatto, sia di diritto, secondo il principio del libero convincimento, e non è vincolante per il giudice penale"

¹⁰³ *Ex multis*, Corte EDU "A e B. c. Norvegia, 15/11/2016; CGUE, sent. Menci, 20/03/2018

caratterizzarsi come mera facoltà del giudice di inserire nel fascicolo sentenze irrevocabili e atti definitivi.

Di particolare rilevanza è la novella introdotta dal legislatore con l'art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000, rubricato "*Efficacia delle sentenze penali nel processo tributario e nel processo di Cassazione*", tra le disposizioni che maggiormente tende a dare concretezza ai criteri espressi dalle Corti sovranazionali in tema di *ne bis in idem* e al contempo disposizione che certamente risulta essere innovativa avente effetti immediati nelle dinamiche del fenomeno processuale, rafforzando la dimensione processuale del principio.

Il primo dei tre commi irrompe nel panorama normativo, sino alla riforma, improntato ad un sistema giurisdizionale autonomo e duale, con tutta la sua *vis* espansiva¹⁰⁴, allorché impone al giudice tributario di tener conto della sentenza penale irrevocabile di assoluzione, perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento, nei confronti del medesimo soggetto, quanto ai medesimi fatti materiali oggetto di accertamento e di valutazione. Fatti da cui non potrà discostarsi né valutarli liberamente, ma posti a base della propria decisione.

La decisione del legislatore di esprimersi con tecnica redazionale didascalica, stabilendo **efficacia di giudicato** della sentenza irrevocabile resa nel giudizio penale su quello tributario, manifesta la chiara volontà, se non di porre fine al doppio binario, avendo comunque salvaguardato, con l'invariato art. 20 co.1 del d.lgs. n. 74/2000, il doppio procedimento, quantomeno di ridurne sensibilmente la sua portata giuridica, ravvisandone una sua reviviscenza, con la circolazione di materiale informativo nel verso opposto, dal tributario al penale, allorché ai fini istruttori, vincoli *ex lege* (e.g., presunzioni legali), impongono al giudice tributario specifiche valutazioni e decisioni inapplicabili per il giudice penale.

¹⁰⁴ GLENDI, *Riforma del sistema sanzionatorio. Cosa cambia per l'efficacia delle sentenze penali nel processo tributario?* in *IPSOA Quotidiano*, 8/06/2024. L'autore, riferendosi al primo comma ne intravede una *forza innovativa e sostanza nomopoietica della voluntas legislativa*. Evidenzia l'identità del fatto materiale quale "*nuovo paradigma unificante dei processi e delle misure punitive, il fil rouge che consentirà` al divieto del bis in idem, comprensivo del principio di specialità`, di operare sul terreno sanzionatorio, al principio di proporzionalità` di rimodulare il carico punitivo e alla sentenza penale di assoluzione di spiegare effetti nel processo tributario*", GIOVANNINI, *Il rapporti tra sanzioni e tra processi: il fatto materiale nuovo paradigma ordinamentale*, in E. MANZON – G. MELIS, *Il diritto tributario nella stagione delle riforme*, Pisa, 2024, p. 239.

La disposizione, sembrerebbe strutturata al fine di evitare contrasti di giudicati, sul presupposto del più pregnante, approfondito e garantito contraddittorio in sede penale, riproponendo in controluce, il principio di diritto espresso dalla Corte di giustizia UE nella decisione “*Di Puma e Zecca*” del 20 marzo 2018, secondo cui, in presenza di una sentenza penale definitiva di assoluzione che esclude la sussistenza dei medesimi fatti integranti l’illecito amministrativo, (siamo in ambito di illeciti finanziari previsti dal TUF ovvero d.lgs. n. 58/1998), la prosecuzione del procedimento amministrativo “*eccederebbe manifestamente quanto necessario al conseguimento dell’obiettivo di integrità dei mercati finanziari dell’Unione e fiducia del pubblico negli strumenti finanziari*”¹⁰⁵.

Quanto sia **concretamente applicabile** nel processo tributario, la suddetta previsione, posto che vi debba essere una sentenza dibattimentale definitiva, è altro aspetto tutto da verificare.

Tuttavia, una attenta lettura dell’art. 21-bis, comma uno, non può esaurirsi in una piana esegesi della disposizione senza soffermarsi, su ulteriori spunti di riflessione che meritano di essere segnalate.

Volendo cavalcare la ratio ispiratrice sino in fondo, vien da chiedersi quale sia stato il processo decisionale del legislatore, per valorizzare esclusivamente sentenze irrevocabili con formula assolutoria, lasciando da parte, quelle altrettanto irrevocabili di condanna, quantomeno limitato alla ricostruzione fattuale riconducibile all’imputato, se non quello di strutturare la norma con una coloritura di “*favor*” contribuente, così da avvantaggiarsene in sede tributaria.

Tanto più che nel giudizio penale, l’onere della prova grava sull’accusa (in maggior sintonia, finalmente, con la disciplina tributaria a fronte dell’introduzione del comma 5 bis all’art. 7 della L. n. 546/1992)¹⁰⁶ e la decisione deve essere presa sulla

¹⁰⁵ La giurisprudenza di legittimità si esprime in modo ondivago. Così l’orientamento espresso dalla CGUE ha trovato parziale accoglimento con Corte di Cass., sez. trib., 8/10/2020, n.21694 in cui il Giudice di legittimità ha considerato ineseguibile la sanzione amministrativa inflitta, nel caso in cui il procedimento penale conclusosi con sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, in quanto, ha ritenuto necessario, ai fini dell’operatività dell’art. 21 d.lgs. 74/2000, l’accertamento della sussistenza del fatto e l’esclusione della sua rilevanza penale; *contra*, Corte di Cass., sez. trib., 15.9.2021, n. 24779.

¹⁰⁶ Art. 7, co. 5 bis, d.lgs. n. 546/1992: “L’amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l’atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l’atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l’irrogazione delle sanzioni...”. in un quadro ermeneutico in fase di consolidamento, la giurisprudenza di legittimità, in alcune sue pronunce, ancorché *incidenter tantum*, ha inteso precisare che l’introduzione della regola sancita dal nuovo comma 5-bis non comporterebbe un onere

base del criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio; formula foriera di notevoli concrete implicazioni, posto che ben può accadere che in sede penale non vi sia quel corredo di elementi imposti dalla legge per poter condannare, differentemente di quanto accade invece, in sede tributaria, per ritenere fondata la pretesa dell'Erario.

A tal proposito, quindi, non sembra fuor di luogo ipotizzare la posizione di due contribuenti, sottoposti a giudizio nelle due sedi giurisdizionali (*i.e.* penale e tributaria), con presidi di tutela diversi, atteso che l'imputato, evidentemente, potrà beneficiare di garanzie¹⁰⁷, di cui il contribuente sottoposto al solo giudizio tributario non potrà avvalersene.

Epperò, rimanendo immutato l'art. 654 c.p.p., e preso atto delle modifiche apportate alla disciplina probatoria del processo tributario dalla legge n. 130/2022, introducendo all'art. 7, co. 4 d.lgs. n. 546/1992, la prova testimoniale scritta, principale baluardo ostativo all'estensione degli effetti di giudicato della sentenza penale irrevocabile all'interno del processo tributario¹⁰⁸, si rinvigorisce condivisibilmente, il dibattito sulla portata extrapenale della sentenza

probatorio diverso o più gravoso per il Fisco rispetto ai principi previgenti in materia (Corte di Cass., ord. 8/01/2024, n. 534; Corte di Cass., ord. 5/12/2023, n. 34029; Corte di Cass., ord. 28/12/2022 n. 37985). Non di regola avente ad oggetto l'*onus probandi*, ma la formazione e la sussistenza della prova ritiene parte della dottrina (S. MULEO, *Onere della prova, disponibilità e valutazione delle prove nel processo tributario rivisitato*, in A. CARINCI – F. PISTOLESI (a cura di), *La riforma della giustizia e del processo tributario. Commentario alla legge 31 agosto 2022, n. 130*, Milano, 2023, p.83. A. GIOVANNINI, *L'onere della prova*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti*, II, Pisa, 2024, p. 262. Non sembra tralasciare, invece, il profilo della ripartizione dell'onere probatorio, GLENDI, *L'istruttoria del processo tributario riformato. Una rivoluzione copernicana!* in *Ipsa quotidiano*, 22/09/2022, secondo cui siamo in presenza “senz'ombra di dubbio (di) una regola d'incombenza sull'Amministrazione, quale parte, pressoché necessitata, di ogni processo tributario, dell'onere di provare in tale giudizio “le violazioni contestate con l'atto impugnato...”. Resta inteso che il nuovo comma 5-bis “non si pone in contrasto con la persistente applicabilità delle presunzioni legali che, nella normativa tributaria sostanziale, impongano al contribuente l'onere della prova contraria” (cfr. Corte di Cass. ord. n. 2746/2024).

¹⁰⁷ A questo punto, non sembri troppo eccentrica avanzare una ipotesi di surrettizia introduzione di “pregiudiziale penale” anche in previsione non del tutto peregrina, di una possibile sospensione del processo ex art. 39, co. 1 bis, d.lgs. n. 546/1992, nel caso di svolgimento di un simultaneo processo. La stessa Corte di Cass. sent. del 25/03/2024 n. 7952 (sulla provocatoria ipotesi di pregiudiziale penale, cfr. SANTORIELLO, *Rapporti fra processo penale e giudizio tributario: verso un punto di equilibrio? in il fisco*, 2024, p. 1391 ss).

¹⁰⁸ È opportuno evidenziare come secondo autorevole dottrina l'esclusione della prova testimoniale dalla disciplina processuale tributaria non si basava su motivazioni strutturali afferenti alla materia tributaria. In tal senso si rinvia a F. Tesauro, *Sulla esclusione della testimonianza nel processo tributario*, in *il fisco*, 2002, p.23. Per completezza, ricordiamo come l'esclusione della prova testimoniale abbia superato anche il sindacato di legittimità costituzionale con cui si chiarisce che “...l'art. 24 Cost. non esclude che le modalità dell'esercizio del diritto di difesa possono essere dal legislatore, nella sua discrezionalità, diversamente regolate in funzione delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti (Corte cost. ord. 11/11/1987, n. 506).

irrevocabile¹⁰⁹, ancorché doverosamente registriamo giurisprudenza di legittimità fermamente ancorata al suo orientamento ostativo¹¹⁰.

In ogni caso, è opportuno osservare che, l'aver esteso l'efficacia del giudicato penale nel processo tributario, ai sensi dell'art. 21-bis d.lgs. n. 74/2000, valorizza quella tesi che conferisce operatività dell'art. 654 c.p.p. in sede extrapenale, pur in assenza di una norma di coordinamento, anche nei confronti del processo tributario, estendendone **la piena efficacia**, anche in caso di **sentenza di condanna irrevocabile** a seguito di dibattimento (fermo restando l'identità soggettiva, imputato-contribuente e quella oggettiva circa la medesimezza dei fatti materiali)¹¹¹.

Ma vieppiù, giacché se il legislatore ha stabilito che la sentenza irrevocabile di assoluzione fa stato nel processo tributario, quanto ai fatti materiali accertati, sembrerebbe non correttamente calibrata la limitazione della norma al solo esito dibattimentale, con esclusione di quanto accertato con giudizio abbreviato, considerando le regole probatorie poste a fondamento del giudizio alternativo, ritenuto da parte di autorevole dottrina sovrapponibile a quello ordinario, tanto da

¹⁰⁹ A proposito degli effetti dell'art. 654 c.p.p. estensibili anche al processo tributario, all'indomani della legge di riforma del processo tributario n. 130/2022, alla luce della rilevante modifica apportata alla relativa disciplina, con l'introduzione della prova testimoniale scritta (ex art. 7, 4° co., d.lgs. n. 546/1992, come sostituito dall'art. 4, lett. c), l. n. 130 del 2022), la giurisprudenza, invero, aveva individuato la suddetta legge quale discrimine a partire dal quale il panorama "normativo di riferimento è stato radicalmente modificato con evidenti ripercussioni sul rapporto tra giudicato penale e processo tributario e, in particolare, sul valore da attribuire alla sentenza penale irrevocabile che non assume più efficacia probatoria, bensì efficacia di giudicato automaticamente rilevabile nel processo tributario (...)viene meno il c.d. doppio binario tra processo penale e processo tributario"(così CGT II grado Puglia, 21/08/2023,n.2445). In dottrina si veda, LOVISOLO, *La sentenza penale irrevocabile ha efficacia di giudicato nel processo tributario*, in *Giur. Trib.*, 12/2023, p.986.

È doveroso registrare anche quella giurisprudenza di legittimità che si era espressa positivamente in merito all'efficacia, nel processo tributario, della sentenza penale irrevocabile di assoluzione, riguardo all'accertamento dei fatti in sede penale, nel caso di formula adottata dal giudice penale "perché il fatto non sussiste" e sempre che i fatti siano i medesimi su cui si controverte in sede tributaria (cfr. Sez. V, 22/09/2021, n. 25632; *eadem* Corte di Cass. civ., Sez. V, 22/04/2022, n. 12854).

In dottrina approfondiscono il tema delle prove legali nel processo tributario così come modificato dalla legge n. 130/2022: S. MULEO, *Riflessioni sull'onere della prova, disponibilità e valutazione della prova nel processo tributario rivisitato*, in A. CARINCI – F. PISTOLESI (a cura di), *La riforma della giustizia e del processo tributario, Commento alla Legge 31 agosto 2022*, n. 130, Milano, 2022, p.97 ss.; N. SARTORI, *I limiti probatori nel processo tributario*, Torino, 2023, p.62 ss.

¹¹⁰ Corte di Cass. 30814 del 2/12/2024 secondo cui antecedentemente all'introduzione dell'art. 21 nel d.lgs. n. 74/2000 ad opera del d.lgs. n. 87/2024, sussiste la non automaticità di efficacia delle sentenze penali irrevocabili di assoluzione da reati tributari nel processo tributario, per i limiti di prova previsti dall'art. 7 d.lgs. n. 546/1992 e per la sussistenza di presunzioni semplici, ex art. 39 D.P.R. n.600/1973.

¹¹¹ LOVISOLO, "Doppio binario" fra esiti del processo penale e tributario: necessità di un coordinamento normativo e inconfigurabilità di automatici effetti delle sentenze penali nel processo tributario; (limitata) rilevanza nel processo penale delle sentenze e "definizioni" tributarie, in *Dir. e Prat. Trib.*, 4/2024, p. 1310

caratterizzarsi come una modalità “semplificata” di svolgimento del dibattimento¹¹².

Permangono, dubbi condivisibilmente, a proposito della limitazione, alla sola fase dibattimentale, del riconoscimento dei fatti accertati in sede penale, nel processo tributario, posto che è verosimile che spesso il procedimento penale possa essere definito dinanzi al giudice dell’udienza preliminare, ex art. 425 c.p.p., anche con la medesima formula prevista dal nuovo art. 21-bis d.lgs. n. 74/2000 (*i.e.*, il fatto non sussiste o l’imputato non ha commesso i fatti materiali).

Gravitiamo intorno ad una possibile violazione del principio di ragionevolezza, laddove con la medesima formula che sancisce l’innocenza per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste, ancorché pronunciata dinanzi al G.U.P., anziché all’esito della fase dibattimentale, il legislatore **ne attribuisce una diversa valenza giuridica** in termini di vincolatività nel processo tributario¹¹³.

In assenza di chiare argomentazioni a supporto di tale scelta legislativa non rimane che pensare ad una opzione effettuata sulla base di un più intenso accertamento probatorio svolto in fase dibattimentale, il cui esito si riverbera sul livello di certezza del giudizio rispetto al procedimento concluso dinanzi al G.U.P. Tuttavia, permane il profilo di criticità condivisibile, rinvenibile nel differente effetto prodotto a seguito di una declaratoria di innocenza, perchè l’imputato non ha commesso il fatto o il fatto contestato non sussiste, a seconda della fase in cui il giudice l’ha pronunciata, atteso l’identico valore assunto dall’inesistenza dell’elemento oggettivo in entrambe le situazioni.

Focalizzando l’attenzione ai decreti di archiviazione letteralmente non richiamati dalla novella legislativa, sono state evidenziate criticità sulla loro netta mancata

¹¹² TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent’anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, p. 649. Evidentemente, permangono talune differenze rispetto al procedimento ordinario (*e.g.*, in tema di diritto alla prova, prescindendo anche dal c.d. rito “secco ovvero puro”) che tuttavia non sembrano avvalorare del tutto l’esclusione del giudizio abbreviato dall’area di operatività dell’art. 21-bis d.lgs. n. 74/2000.

¹¹³ Si tralasciano in questa sede alcune osservazioni rilevabili a proposito di differenze sostanziali tra giudizio svolto dinanzi al G.U.P. e quello dibattimentale, che tuttavia non sembrerebbero intaccare alcuni dubbi sollevati da parte della dottrina a proposito della formula limitativa adottata a legislatore riformatore con l’art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000. Sul punto CAPOLUPO, *Restano irrisolti alcuni profili tra processo penale e processo tributario*, in *il fisco*, 26/2024, pp 2467 ss.

A proposito del canone di ragionevolezza, quale presidio di tutela di possibili arbitrarietà da parte del legislatore qualora carente di pregnanti argomentazioni da parte del legislatore, la Corte costituzionale la definisce la “razionalità pratica” (Corte cost. n. 172/1996), in altri termini, intendendo il principio, come «l’uso della ragione che si avvicina al “senso comune” per moderare la discrezionalità del legislatore» (cfr. Corte costituzionale, Servizio Studi, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee*, Roma, 25-26 ottobre, 2013).

valorizzazione, *a fortiori*, alla luce della riforma c.d. “Cartabia” in ambito penale (*i.e.*, d.lgs. n. 150 del 10/10/2022)¹¹⁴, avendo potuto il legislatore, con la cautela del caso, adottare comunque una formula gradata rispetto alla rilevanza della *res iudicata*, vincolando il giudice tributario ad esempio, ai soli i fini della prova del fatto accertato.

La Corte di cassazione sembrerebbe avere chiaro il quadro normativo, giacché, richiamando letteralmente la previsione stabilita dall’art. 21-bis, ha escluso l’efficacia di giudicato (evidentemente, non poteva che essere in tal senso), ad un procedimento penale conclusosi nella fase delle indagini preliminari con provvedimento di archiviazione¹¹⁵.

Non sembra inverosimile, tuttavia, ritenere nella pratica che all’esito dei suddetti procedimenti, il giudice tributario possa ritrovarsi a non poter non tener conto di tali decisioni predibattimentali, ai fini del proprio autonomo processo valutativo dei medesimi fatti da accertare¹¹⁶.

Volgendo lo sguardo sempre alla formula adottata dal legislatore riformatore, una esegesi letterale della norma esclude dal campo di applicazione dell’art. 21-bis, co.1, le sentenze penali che definiscono il procedimento con formule assolutorie quali “il fatto non costituisce reato”, oppure “l’imputato non è punibile o non è imputabile”, o ancora sono certamente escluse sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia.

Detto ciò, è interessante esaminare il coordinamento della portata della nuova previsione normativa con i primi due commi dell’art. 530 c.p.p.

La suddetta disposizione prevede un ventaglio di formule assolutorie poste in ordine gerarchico riguardo all’ampiezza dell’assoluzione, procedendo così dalla formula del “*fatto non sussiste*”, o “*l’imputato non l’ha commesso*”, in cui viene a mancare il presupposto del fatto storico e l’assoluzione è rappresentata nella sua

¹¹⁴ Critico in tal senso, GALIENI, *La riforma penal-tributaria “dimentica” di valorizzare l’archiviazione nel giudizio tributario*, in *il fisco*, 28/2024, pp. 2663 ss. sulla base del mutato presupposto di archiviazione ex art. 408 c.p.p., dopo la riforma “Cartabia” non più basata sulla previgente formulazione di elementi acquisiti nel corso delle indagini non idonei a sostenere l’accusa in giudizio, ma di elementi che “*non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna (...)*” con ricadute sull’attività prognostica a cui è chiamato ora il P.M. dovendo stabilire la verosimile condanna dell’imputato secondo la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento.

¹¹⁵ Corte di Cass. ord. del 7/08/2024, n. 22321; Corte di Cass. ord. 6/08/2024, n. 22278.

¹¹⁶ Invero, sia pure, *incidenter tantum*, la Corte di cassazione sembra avallare quanto statuito dalla C.T.R. Puglia a proposito della irrilevanza della sentenza di assoluzione pronunciata dal G.U.P. ai fini dell’applicazione del nuovo art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000 (cfr. Corte di Cass., Sez. V, sent., del 10/10/2024, n. 26482).

massima ampiezza, per essere poi graduate in ordine di importanza discendente, prevedendo l'assoluzione con la formula *“il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato”* ed infine *“se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione”*.

È opportuno ricordare, inoltre, che il giudice pronuncia sentenza di assoluzione con le formule di cui al comma 1 dell'art. 530 c.p.p., anche *“quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile”*. Una formulazione prevista dal comma due dell'art. 530 c.p.p., che ribadisce la Corte di cassazione, *“non comporta una minore pregnanza della pronuncia assolutoria, né segnala residue perplessità sulla innocenza dell'imputato, né spiega minore valenza con riferimento ai giudizi civili, come comprovato dal tenore letterale degli art. 652 e 654 c.p.p.; pertanto, essa non può in alcun modo essere equiparata all'assoluzione per insufficienza di prove prevista dal previgente codice di rito”*¹¹⁷, anche avuto riguardo agli effetti extrapenali¹¹⁸.

In altri termini, il Giudice di legittimità chiarisce che non sussiste alcuna sostanziale differenza in termini giuridici tra le due formule assolutorie ai fini degli effetti nei confronti di altri processi non penali, posto che i primi due commi dell'art. 530 c.p.p. delineano canoni di giudizio il cui valore finale è equivalente; inoltre *la prassi di specificare, nel dispositivo assolutorio, il primo o comma 2 dell'art. 530 c.p.p. corrisponde solo ad un'esigenza (non necessaria ex lege) di rendere esplicito al momento della decisione il canone di giudizio adottato dal Giudice, ma non attribuisce un valore giuridico diverso alla pronuncia assolutoria, che resta piena in entrambi i casi”*¹¹⁹. Epperò è opportuno evidenziare anche, che ai fini dell'applicazione degli artt. 652, 653, 654 c.p.p. (efficacia della sentenza penale di assoluzione, rispettivamente, nel giudizio di danno, nel giudizio disciplinare e in altri giudizi civili o amministrativa), la giurisprudenza non penale, invero, ha ritenuto l'autorità extrapenale di giudicato nei procedimenti disciplinari e civili, limitata alle sole sentenze di assoluzione ex art. 530, co.1 c.p.p.¹²⁰

¹¹⁷ Corte di Cass. pen., sez. V, 26/09/2014, n. 49580; *Ex multis*, Corte di Cass., pen. sez. III, 27/10/2022, n. 43598; Corte Cass. sez. II, 5/09/2018, n. 39960.

¹¹⁸ Corte Cass. pen., sez. III, 15/08/2016, n. 51445

¹¹⁹ Corte di Cass n. 43598/2022

¹²⁰ C.d.S., sez. II, 15/3/2014, n. 2509: *“l'efficacia vincolante del giudicato penale è configurabile solo allorché la sussistenza dei reati contestati sia stata esclusa ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p., vale a dire*

Riconducendo la questione all'ambito tributario, va ricordato, come chiarito innanzi, che la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato l'autonomia decisionale del giudice tributario chiamato a decidere sui medesimi fatti, rispetto ad una sentenza penale irrevocabile di assoluzione dal reato tributario, ancorché i fatti accertati in sede penali possano assurgere a *fonte di prova dal giudice tributario, il quale, nell'esercizio dei propri poteri di valutazione, deve verificarne la rilevanza nell'ambito specifico in cui detta decisione è destinata ad operare*¹²¹.

Dunque, si pone evidentemente, la questione dell'ampiezza operativa del nuovo art. 21-bis d.lgs. n. 74/2000, alla luce della ritenuta più o meno piena equiparazione delle due formule dettate dall'art. 530 co. 1° e co. 2° e che la giurisprudenza di legittimità chiamata ad esprimersi in materia tributaria, facendo applicazione della recente novella legislativa, sembra aver risolto positivamente, confermando l'orientamento della giurisprudenza penale, estendendone l'efficacia anche al comma due dell'art. 530 c.p.p.¹²² e al contempo puntualizzando che la disposizione, *"(...) non si accompagna alla previsione di una sospensione obbligatoria del processo tributario in pendenza di quello penale e l'efficacia del giudicato attiene quindi agli "stessi fatti materiali", il che ha indotto i primi commentatori ad evidenziare che quando si discute di efficacia della sentenza penale nel giudizio tributario non ci si riferisce al giudicato penale in sé e per sé, ma all'accertamento dei fatti contenuti nella relativa decisione*¹²³.

quando all'esito del dibattimento è stata raggiunta la prova positiva dell'insussistenza dei fatti o della loro non attribuibilità all'imputato".

In tema di rapporti tra giudizio penale e giudizio civile, il Giudice di legittimità ha precisato che la sentenza penale di assoluzione *"ha effetto preclusivo nel processo civile (sia ex art. 652 c.p.p. che ex art. 654 c.p.p.) solo nel caso in cui contenga un effettivo e specifico accertamento circa l'insussistenza o del fatto o della partecipazione dell'imputato, e non anche nell'ipotesi in cui sia stata pronunciata a norma dell'art. 530, comma 2, c.p.p., per inesistenza di sufficienti elementi di prova circa la commissione del fatto o la sua attribuibilità all'imputato"* (così, Corte Cass. civ. sez. III, 15/2/2024, n. 4201).

¹²¹ Corte di Cass. sent. n. 30814/2024; *contra*: Corte di Cass. Sez. V, 22/09/2021, n. 25632; Corte di Cass. civ., Sez. V, 22/04/2022, n. 12854

¹²² Corte di Cass. ord. del 3/09/2024 n. 23570

¹²³ Corte di Cass. sent. n. 30814/2024 in un caso di riconoscimento di efficacia di giudicato nel processo tributario alla sentenza penale dibattimentale irrevocabile di assoluzione in relazione al reato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000; orientamento avviato dalla Corte di Cass. ord. del 3/09/2024 n. 23570 chiamata a pronunciarsi a seguito di ricorso di un contribuente avverso la sentenza della C.T.R. Lombardia, e accogliendolo sulla base dello *ius superveniens*, rappresentato dal nuovo art. 21-bis. D.lgs. 74/2000, in quanto soggetto giudicato per i medesimi fatti e già assolto con sentenza penale dibattimentale di assoluzione dal reato di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 74/2000, ai sensi dell'art. 530, co.2, c.p.p, perché il fatto non sussiste.

In altri termini, l'applicazione del nuovo art. 21-bis del d.lgs. n. 74/2000 non trova ostacolo per la giurisprudenza di legittimità, configurandosi quale “*ius superveniens*”, sempre che:

- i) l'assoluzione dibattimentale irrevocabile in sede penale sia stata pronunciata perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso nella duplice articolazione del comma uno e due dell'art. 530 c.p.p.,
- ii) si tratti del medesimo soggetto e degli stessi fatti materiali oggetto del processo tributario,
- iii) l'efficacia sia limitata evidentemente ai medesimi fatti,

Cosicché, avuto riguardo ai termini a partire dai quali far valere gli esiti delle sentenze assolutorie, si puntualizza che l'art. 21-bis del d.lgs. n.74/2000 si applica anche ai casi in cui la sentenza penale dibattimentale di assoluzione con una delle specifiche formule di merito previste, sia divenuta irrevocabile prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto legislativo, a condizione che, a tale data, sia ancora pendente il giudizio di cassazione contro la sentenza tributaria d'appello che ha condannato il contribuente in relazione ai medesimi fatti¹²⁴.

Per quanto concerne la portata del succitato art.21-bis, ricordato che il giudicato concerne solo i fatti materiali, il comma tre espressamente stabilisce, limitatamente alle sole ipotesi di sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste che gli effetti di giudicato penale si applicano sia a favore della persona fisica nell'interesse della quale ha agito il dipendente, sia all'ipotesi in cui trattasi di rappresentante legale o negoziale ed esteso anche nei confronti dell'ente e delle società siano esse dotate ovvero prive di personalità giuridica nell'interesse dei quali ha agito il rappresentante o l'amministratore anche di fatto nonché nei confronti dei loro soci o associati.

Prove di applicazione del ne bis in idem sostanziale

La disciplina sanzionatoria disegnata dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 87/2024 ruota intorno al principio di **proporzionalità** a cui soggiace il cumulo di sanzioni irrogate a seguito dei due procedimenti, penale e amministrativo; grimaldello con cui, una volta accantonata la dimensione esclusivamente processuale del *ne bis in idem*, si legittima la coesistenza della doppia sanzione.

¹²⁴ Corte di Cass. sent. n. 30814/2024; Corte di Cass. ord. n. 23570/2024.

In termini generali, la Corte di Giustizia UE (NE, causa C-205/20), ha affermato che il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, par. 3, della Carta – è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri, cosicché il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto UE, è tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur “*nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*”.

Un “*framework*”, invero, dai confini alquanto fluidi, dettato dal *leading case* “*A. e B. c. Norvegia*” deciso dalla Corte EDU nel 2016, con cui si tenta puntellare normativamente attraverso l'espedito della “*close connection in substance and in time*” la deroga al divieto del *bis in idem* caratterizzato dal soddisfacimento di una serie di criteri, tra cui la presenza di meccanismi di coordinamento procedurale e sostanziale tra le autorità intervenienti. Quest'ultimo presupposto posto a chiusura della verifica, si esplica sul piano procedurale evitando una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, e sul **piano sostanziale, attraverso la doverosa considerazione del secondo giudice della sanzione imposta dal primo giudice.**

Principio di proporzionalità, d'altra parte, che sembra trascendere gli stessi confini, entro cui è dato muoversi l'applicazione del *ne bis in idem*, quantomeno concepito nella sua dimensione sostanziale, per divenire regola di più ampia portata all'interno della disciplina tributaria prevista dalla legge delega n. 111/2023 (e.g., la previsione ex art. 10-ter dello Statuto del contribuente, o sotto forma di misure e rimedi, come la accentuata valorizzazione di forme di resipiscenza del trasgressore).

Così, con il nuovo art. 21-ter del d.lgs. n.74/2000 “*Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative*”, si porta a compimento la previsione contenuta nell'art. 20, co.1 lett.a), n.1, secondo cui, per gli aspetti comuni alle sanzioni amministrative e penali, si chiede al legislatore delegato di razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del **completo adeguamento al principio del *ne bis in idem***. La disposizione si pone in linea di continuità con quanto affermato dalle Corti sovranazionali, introducendo un meccanismo di compensazione, di cui si ignorano tuttavia le concrete modalità applicative, che integra i due sistemi sanzionatori, così da imporre al giudice o alla Autorità

amministrativa di tener conto, in fase di irrogazione della sanzione, quella già comminata con provvedimento o sentenza definitiva, anche nel caso di sanzione per l'illecito dipendente da reato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, così da essere computata ai fini di una eventuale riduzione.

L'art.21-ter sembra essere norma posta ad ultimo caposaldo previsto dal legislatore riformatore nel disegno generale volto a disinnescare il divieto ed introdotto a termine dell'articolato posto in essere a garanzia della stretta connessione tra procedimento, processo, fattispecie illecite e pene, sia materiale che temporale, in ossequio ai canoni convenzionali e prescritti anche dalla stessa Corte di Giustizia UE.

Così è demandata al giudice o all'autorità amministrativa l'obbligo giuridico di tener conto, in fase di determinazione della misura sanzionatoria di propria competenza e sempre che si verta in costanza di "*idem factum*" assoggettato a sanzione penale ovvero amministrativa o amministrativa dipendente da reato, quella già irrogata con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva.

Ebbene, non vi è chi non veda, come la disposizione manchi di specifici addentellati tecnici-normativi a cui il giudice può o deve far riferimento per poter "tenere conto" delle sanzioni già irrogate, al fine di calibrare la propria, divenendo così regola, caratterizzata, invero, da un tasso di vaghezza, la cui indeterminata sfera applicativa rischia di inficiarne il fine originario ed attribuendo allo stesso giudice l'ingrato compito di destreggiarsi con discrezionalità in un ampio raggio applicativo non basandosi su una fonte legislativa espressamente positivizzata¹²⁵.

Con riferimento invece a materia afferente all'Unione europea (*e.g.*, IVA), abbiamo innanzi già accennato al potere del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna ritenuta in contrasto con il diritto eurounitario, così come riconosciuto dall'art. 50 della CDFUE (*e.g.*, in materia di IVA).

¹²⁵ In ambito nazionale, è doveroso citare il decreto ex art. 58, d.lgs. n. 231/2001 con cui la Procura di Milano ha archiviato l'indagine per dichiarazione fraudolenta nei confronti di una società di distribuzione, ravvisando in effetti, il rischio che la prosecuzione del procedimento penale comportasse un potenziale *bis in idem* alla luce di sanzione amministrativa già in sé proporzionata al disvalore complessivo del fatto e pertanto, la celebrazione del procedimento ex d.lgs. n. 231/2001 a carico dell'ente sarebbe stato illegittimo, giacché la pena eventualmente irrogata all'esito di un accertamento di responsabilità sarebbe risultata eccessiva e sproporzionata. (sul caso, cfr. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sist. pen.*, 28/11/2022).

Nel corso della presentazione della Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2024 da parte del Primo presidente della Suprema Corte di cassazione (Roma, 24 gennaio 2025), un breve capitolo è stato dedicato alle riforme in ambito tributario.

La lettura dedicata specificatamente alla nuova disciplina dei rapporti tra processo penale e giudizio tributario, lascia trasparire profili di criticità interpretativi e applicativi condivisi, tra l'altro, in questo elaborato. È il caso innanzi evidenziato dell'assenza “*di parametri generali per orientare il giudice nella compensazione tra sanzione penale e sanzione amministrativa, imposta dal rispetto del principio del ne bis in idem*”.

Soffermandoci sul tema, che sin qui abbiamo analizzato, la riforma posta in essere dal legislatore, sebbene introduca nuova luce sull'operatività del *ne bis in idem*, presenta, tuttavia, ombre che rappresentano il rilevante rischio di una ineluttabile immutabilità del sistema: apprezzabile il tentativo, sia pur timido di addivenire ad una rivisitazione del c.d. “regime a doppio binario”, invero, troppo radicato nel nostro ordinamento, così da richiedere una ben più ampia, puntuale e coordinata rivisitazione della normativa.

Lo specifico richiamo, nella Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 87/2024, alle coordinate tracciate dalle sentenze della Corte EDU quale *benchmark* giuridico per calibrare l'operatività del divieto di *bis in idem*, illude più di quanto concretamente il legislatore delegato abbia inteso introdurre nella disciplina, posto che nulla vi è, con specifico riguardo ai criteri imposti dalla “*close connection*”, se non appunto la generica e indeterminata operatività del principio di proporzionalità e una apparente accentuata interazione tra i due processi, e così per ora, appare distante il divisato obiettivo della legge delega, del completo adeguamento del sistema sanzionatorio amministrativo e penale al principio del *ne bis in idem*.

Le Sezioni Unite sul mutuo con deposito cauzionale tra l'autosufficienza del titolo e l'irrinunciabile realtà contabile.

Di Dario Nardone

Le SS.UU. n. 5968 del 6 marzo 2025 hanno proferito la parola definitiva sul contrasto avviato da Cass. n. 12007 del 3 maggio 2024, sancendo la piena efficacia esecutiva dei mutui con la clausola del deposito cauzionale o pegno, senza necessità di ulteriore atto in forma solenne ex art. 474 c.p.c. attestante il definitivo svincolo della somma mutuata in favore del mutuatario.

Gli Ermellini, però, hanno anche definitivamente consacrato che gli scambi di denaro, in un'epoca in cui i pagamenti sono elettronici, debbano essere sostituiti dalle relative contabili: ciò indubbiamente vale anche – e soprattutto – per i mutui, atteso le stringenti normative antiriciclaggio e limitative dell'uso dei contanti.

Ecco, quindi, che sorge la necessità di verificare caso per caso, a mezzo della documentazione contabile, se la traditio da attuarsi a mezzo del deposito cauzionale sia realmente e contestualmente avvenuta con la stipula del mutuo; la verifica, nei mutui notarili, si profila essenziale, perché, se il mutuo non documenta con certezza il credito, non può assurgere a titolo esecutivo.

L'analisi, in definitiva, affronta le varie criticità sotto il profilo della esecutività di siffatti mutui, soffermandosi sull'irrinunciabilità alla effettiva realtà contabile, sulla necessità che la fictio iuris della traditio rei rispetti la verità storica dei movimenti contabili, sulla necessaria contestualità, ai fini della vis esecutiva, tra erogazione e vincolo cauzionale e sulla revocabilità per errore di fatto della quietanza del mutuatario che si riveli contraria alla verità storica-contabile.

SOMMARIO: 1. La *traditio* contabile nella progressiva dematerializzazione negli scambi del denaro. – 2. La contabile attestante l'erogazione/costituzione del vincolo cauzionale quale *facere* irrinunciabile. – 3. *Fictio iuris* e quietanza, condizioni e limiti operativi. – 4. Conclusioni

1. La *traditio* contabile nella progressiva dematerializzazione negli scambi del denaro.

Le SS.UU. n. 5968 del 6 marzo 2025 hanno proferito la parola definitiva sul contrasto avviato dal Cass. n. 12007 del 3 maggio 2024¹, sancendo la piena efficacia esecutiva dei mutui con la clausola del deposito cauzionale o del pegno, senza necessità di ulteriore atto in forma solenne ex art. 474 c.p.c. attestante il definitivo svincolo della somma mutuata in favore del mutuatario.

È di immediata evidenza che il massimo Consesso abbia spostato decisamente l'ago della bilancia verso la consensualità dell'atto di mutuo e l'obbligo restitutorio del mutuatario, offuscando – ma solo in apparenza, come si vedrà – la realtà².

Questa viene definitivamente collocata al di fuori del perimetro formalistico dell'atto pubblico, perdendo – a favore, appunto, della mera consensualità e dell'obbligazione del mutuatario – la storica dogmatica autoreferenzialità del contratto reale; e ciò tanto in chiave perfezionistica dell'atto, quanto in quella fondante e documentante – con autosufficienza referenziale, appunto – l'obbligazione attuale del mutuatario alla restituzione della somma mutuata; *conditio sine qua non* per l'esigibilità del credito vantato dal mutuante e la *vis executiva* dell'atto stragiudiziale.

In tale ricostruzione nomofilattica, ne fanno le spese il deposito cauzionale (ovvero, deposito bancario) irregolare ed il pegno (anch'esso irregolare): benché perfezionati, al pari del mutuo, nel medesimo atto pubblico, vengono svuotati del loro contenuto sostanziale e – soprattutto – del loro automatico effetto traslativo della proprietà della somma dal mutuatario al mutuante, immolati sull'altare del predominante obbligo restitutorio assunto dal mutuatario.

La soluzione offerta, pragmatica e risolutiva – se vista acriticamente dall'unidirezionale prospettiva del prosieguo delle esecuzioni e della ripristinata

¹ Qui si dà per conosciuta la questione controversa, già commentata dallo scrivente su questa Rivista, *Inefficacia esecutiva del mutuo notarile con deposito cauzionale o pegno delle somme mutate (ex Cass. n. 12007/2024)*.

² Il “contratto reale” è espressamente evocato in parte motiva al capo 17.

serenità del ceto bancario *latu sensu* – presenta, tuttavia, dall’ottica del debitore-esecutato e, più in generali, in termini di tenuta dello Stato di diritto, alcune questioni irrisolte che l’interprete non può ignorare, rischiandosi, altrimenti, l’insorgenza (non solo teorica) di *vulnera* forieri di squilibri finanche paradossali e la demolizione operativa del mutuo notarile quale titolo esecutivo stragiudiziale. È noto (ci verrà perdonata la breve retorica, tuttavia opportuna per un corretto prologo sistematico) che il mutuo viene collocato nell’archetipo dei contratti c.d. reali, nei quali viene a sovrapporsi all’elemento della consensualità, ovvero alla manifestazione delle reciproche volontà dei contraenti, quello della realtà, ovvero della consegna della *res*, che assurge ad elemento perfezionativo dell’accordo negoziale.

In altre parole, in assenza della *traditio rei* il mutuo non può dirsi perfezionato, non essendo sufficiente la sola esternazione della volontà contrattuale³; inoltre, se non contempla la consegna della somma, non può *ex se* documentare la sussistenza di una obbligazione attuale in capo al mutuatario di restituire la somma mutuata alla banca e, perciò, non può avere forza esecutiva.

Meno banali, invece, sono le riconosciute modalità attraverso le quali operativamente *la traditio* può realizzarsi⁴, sorte nell’evolversi delle contrattazioni negoziali⁵. La consegna materiale del denaro oggi rappresenta solo un’ipotesi scolastica, tanto più nel mutuo bancario avente ad oggetto somme di rilevante importo.

³ Una significativa distinzione tra contratto reale, quale opposto a consensuale, è stata illustrata dalla Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2005, n. 13294, la quale evidenzia come i contratti si perfezionino, di regola, con la semplice manifestazione del consenso delle parti (c.d. principio consensualistico); per alcuni contratti, però, il consenso, pur sempre necessario, non è sufficiente, in quanto il contratto è perfetto soltanto con la consegna della *res*: prima della consegna, dunque, non c’è contratto. Anche in dottrina si sostiene solidamente che la *traditio* è elemento indispensabile per il perfezionamento del contratto, di guisa che non può parlarsi di mutuo in assenza di essa: cfr. Sacco R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, 613; Giampiccolo G., voce *Mutuo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977, 447 e ss; Cascella G., *La verifica dell’idoneità del titolo esecutivo alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali*, Osservazioni a margine di Trib. Torre Annunziata, 3 maggio 2013, in *IlCaso.it*, 18 febbraio 2015; Teti R., *Il mutuo*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, XII, Torino, 1992, 671, etc.

⁴ Cfr. Capitolo XV *L’EROGAZIONE, Mutuo e Sistema delle tutele*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, di D. Nardone, al quale si rimanda per più esaustiva dissertazione.

⁵ Come ci ricorda G. Bozzelli ne *Il contratto bancario è ancora titolo esecutivo?*, 12 marzo 2025, edito in Risk & Compliance, “Da oltre vent’anni, il contratto di mutuo bancario non si perfeziona più con la consegna materiale di denaro, bensì si realizza attraverso operazioni di natura contabile, che si svolgono sul conto corrente bancario, mediante accredito o addebito meramente virtuale e la modifica dei valori numerici indicati nell’estratto conto. In epoca di moneta elettronica — è stato affermato — qualsiasi solutio si riduce ad una “partita contabile”, come ad es., il pagamento eseguito con carta di credito, carta di debito, carta revolving o PayPal (Cass. civ., ord. 23149/2022)”.

Sia la normativa antiriciclaggio che le progressive misure normative atte a scoraggiare e limitare l'uso di denaro contante nelle transazioni commerciali hanno imposto il ricorso a strumenti alternativi di trasferimento del denaro.

Si ricorda, in termini, **Cass. n. 17194/2015**, la quale ha ripercorso il viatico nomofilattico in punto di *traditio*, di efficacia esecutiva dei mutui redatti per atto notarile e di modalità idonee per l'erogazione della somma.

Gli Ermellini dapprima rilevano il dato di fatto della progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e della loro sostituzione con annotazioni contabili, che non si accompagna alla scomparsa di strumenti di tradizionale utilizzazione nella pratica degli affari e nella vita sociale in genere quali il contratto di mutuo, ma ne impone una rilettura dei caratteri essenziali che tenga conto dell'evolversi della realtà fattuale, senza peraltro stravolgerli.

In quest'ottica, pur ribadendo la tesi tradizionale per la quale il contratto di mutuo è un contratto reale perfezionantesi con la consegna della somma data a mutuo, la Cassazione predica che la *traditio* sia compiuta anche quando il mutuatario acquisisca la disponibilità - non più materiale, ma anche solo - giuridica della somma, attraverso, cioè, modalità di erogazione ritenute equipollenti alla consegna materiale⁶.

Oppure, si è legittimato che la *tradito rei* possa essere **realizzata** attraverso la consegna dell'assegno circolare intestato alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo "come denaro contante", rilasciandone quietanza a saldo (**Cass. n. 14/2011**).

Ancora, si è affermato che l'esecuzione dell'ordine, proveniente da un istituto bancario, di versare un importo determinato a un terzo, realizzato mediante un mandato emesso sulla propria cassa, cui segua un "atto di quietanza finale di mutuo fondiario", integri il perfezionamento del contratto di mutuo (**Cass. n. 25569/2011**).

Si è dato atto, infine, della reciproca integrazione dell'atto di mutuo con l'atto di erogazione e quietanza, il quale può contenere anche la specificazione di alcuni elementi contenuti nel contratto di mutuo, come, ad esempio, il criterio per la

⁶ Di ciò si dà chiaramente atto nella massima di Cass. n. 2483/2001: "*Il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario; ne consegue che la tradito rei può essere realizzata attraverso l'accreditamento in conto corrente della somma mutuata a favore del mutuatario, perché in tal modo il mutante crea, con l'uscita delle somme dal proprio patrimonio, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario*". Confermano ciò le SS.UU. n. 5841 del 5 marzo 2025, *postea* citate.

quantificazione degli interessi: **Cass. n. 18325/2014**, infatti, fornisce un ulteriore tassello nella operazione di scomposizione e ricomposizione di una lettura del contratto di mutuo, che sia compatibile con il progressivo e irrimediabile processo di dematerializzazione del denaro in atto, in quanto ha ritenuto legittima l'operazione interpretativa del Giudice di merito che, al fine di verificare se fosse o meno interamente definito tra le parti l'oggetto del contratto di mutuo fondiario intercorso tra le parti, quanto ai suoi contenuti essenziali (ovvero alla somma erogata, alle modalità e ai tempi di restituzione, alla misura degli interessi), ha preso in considerazione unitariamente, in quanto l'uno integrava l'altro, dettandone le modalità operative, il contratto di mutuo e l'atto di erogazione e quietanza; la Corte ha ritenuto che fosse corretta la valutazione di merito secondo la quale i due atti, unitariamente considerati, contenevano tutte le previsioni essenziali del rapporto di mutuo (e ne ha tratto la conclusione che l'acquisizione della provvista mediante un prestito in E.C.U. a tasso variabile da parte dell'istituto mutuante, non comportava il recepimento del contenuto di un diverso contratto non sottoscritto dalla parte mutuataria, ma dell'assunzione dello stesso a presupposto del mutuo, con conseguente possibile variazione del tasso di interesse, accettata dalla parte, agganciata non ad un diverso contratto ma a variazioni oggettive relative alla oscillazione delle valute).

Più recentemente, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il deposito cauzionale è sintomo e conferma del perfezionamento del mutuo che assurgeva, di tal guisa, a titolo esecutivo⁷.

Ebbene, oggi le SS.UU. in commento hanno confermato detto recente orientamento, sancendo il noto principio di diritto per il quale *“Il contratto di mutuo integra titolo esecutivo a favore del mutuante in tutti i casi in cui la somma mutuata sia stata effettivamente, quand'anche con mera operazione contabile, messa a disposizione del mutuatario e questi abbia assunto l'obbligazione - univoca, espressa ed incondizionata - di restituirla. Pertanto, costituisce valido titolo esecutivo, di per sé solo e senza che occorra un nuovo atto pubblico o scrittura privata autenticata che attesti l'erogazione dell'avvenuto svincolo, anche quando vi sia contestualmente pattuizione di costituzione della somma mutuata in deposito o pegno irregolari e assunzione dell'obbligazione della mandante di svincolarla direttamente al verificarsi di quanto convenuto”*; specificando, in parte

⁷ Cfr. Cass. n. 5654/2023; Cass. n. 9299/2022; Cass. n. 38334/2021; Cass. n. 383331/2021.

motiva, come *“la messa a disposizione può essere solo ficta o giuridica o figurativa o meramente contabile, corrispondendo pure allo stato attuale dell’evoluzione degli strumenti correnti di pagamento la sostituzione dei trasferimenti di denaro fisico con le operazioni contabili corrispondenti ed hanno evidenziato che «la messa a disposizione è resa evidente dal fatto che la disposizione vi è stata davvero, sia pur in unico contesto, tanto che il mutuatario ha appunto disposto di quella per una successiva operazione (non rilevando, per analoghe ragioni, che anch’essa possa essere meramente contabile)».*

Poco prima, sulla questione del mutuo solutorio, le **SS.UU. n. 5841 del 5 marzo 2025** hanno loro volta consegnato il seguente principio di diritto: *“Il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente nascita dell’obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario medesimo, attraverso l’accredito su conto corrente, non rilevando in contrario che le somme stesse siano immediatamente destinate a ripianare pregresse esposizioni debitorie nei confronti della banca mutuante, costituendo tale destinazione frutto di atti dispositivi comunque distinti ed estranei alla fattispecie contrattuale. Anche ove si verifichi tale destinazione, il contratto di mutuo (c.d. mutuo solutorio), in presenza dei requisiti previsti dall’art. 474 cod. proc. civ., costituisce valido titolo esecutivo”.*

2. La contabile attestante l'erogazione/costituzione del vincolo cauzionale quale *facere* irrinunciabile.

Orbene, traspare evidente un comune filo conduttore dell’intero percorso nomofilattico che si è occupato della validità dei mutui notarili sotto il peculiare aspetto della *vis executiva*: l’irrinunciabilità alla *“messa a disposizione del mutuatario”* della somma mutuata la quale, *“quand’anche con mera operazione contabile”*, deve essere *effettiva*: nella *evoluzione degli strumenti correnti di pagamento*, essa si realizza attraverso *la sostituzione dei trasferimenti di denaro fisico con le operazioni contabili corrispondenti*.

La *traditio* materiale del denaro, come si diceva in apertura, non solo non è stata offuscata o, ancor peggio, eliminata, bensì è stata – inevitabilmente – sostituita da una *traditio* che potremmo definire “contabile”, e, soprattutto, rimarcata quanto a sua indefettibile effettività.

In altri termini, la realtà del mutuo non è stata “soppressa” - come pure taluni hanno affermato - per via giurisdizionale dalle Sezioni unite (le quali anzi, al capo

n. 17 delle motivazioni, fanno esplicito riferimento al mutuo quale “contratto reale”) ma da queste è stata, in continuità argomentativa con le precedenti Sezioni semplici sopra ricordate, semplicemente riveduta in necessaria aderenza all’evoluzione degli scambi di denaro.

Sicché, per quanto ovvio, senza contabile che attesti il trasferimento del denaro/costituzione del vincolo cauzionale, non v’è *traditio*: al fine d’immettere il mutuatario nella diponibilità giuridica delle somme, la consegna dovrà consistere in un *facere* quale un bonifico, un assegno circolare, in un ordine di versare l’importo ad un terzo successivamente quietanzato, o in una disposizione contabile attestante l’effettiva costituzione del deposito cauzionale/pegno.

Ad avviso di chi scrive, va dunque stigmatizzata quella corrente di pensiero che ritiene, anche alla luce delle ultime Sezioni unite, sufficiente, ai fini della *traditio* e connessa *vis executiva*, il solo *dicere*, ovvero le locuzioni contrattuali fonti delle reciproche obbligazioni e la quietanza rilasciata dal mutuatario, pretermettendo del tutto il *facere*.

La *traditio*, invero, è attività umana che appartiene al mondo fenomenico e non può essere realizzata tramite una mera manifestazione della volontà negoziale; il denaro non viene ricevuto dal mutuatario solo perché v’è un *dicere* in tal senso, la volontà negoziale dei contraenti il mutuo non è “telecinetica”.

Perché il denaro passi effettivamente da un soggetto ad un altro, occorre un atto materiale che concretizzi l’effetto fenomenico della consegna, nella fattispecie un atto di disposizione contabile che, come tale, lascia traccia documentabile – cosa banalmente ovvia, atteso che una delle parti del mutuo è una banca la quale, soggetto professionale esercente il credito e soggetto a vigilanza, deve tener traccia di tutte le operazioni che compie o dichiara di compiere.

Nello specifico caso in cui nel mutuo si attesti che le somme vengano immediatamente restituite al mutuante in deposito cauzionale (o pegno), occorre indagare in via prodromica se tale forma di *traditio* sia stata effettivamente realizzata; acciò, come in tutti gli altri casi di consegne “smaterializzate”, occorre verificare l’esistenza delle relative contabili.

Tale indagine (sulla esistenza di contabile consacrante la costituzione del deposito cauzionale) è imprescindibile, per il semplice fatto che sarebbe illogico, perché impossibile fisicamente, che il mutuatario possa restituire al mutuante – per il deposito cauzionale/pegno - una somma che non abbia prima ricevuto: occorre il

facere, la consegna, che, non dimentichiamo, è finanche elemento costitutivo del mutuo, oltre che il fatto storico necessario affinché il mutuo possa documentare una obbligazione attuale di restituzione delle somme in favore del mutuante; senza la *traditio*, quanto meno nelle suddette forme riconosciute equipollenti a quella materiale, non può che concludersi nel senso che le somme non siano state consegnate e, anzi, che il mutuo non si sia perfezionato.

D'altra parte, è innegabile che, prima di verificare “*le vicende relative all'imperfetto od eventualmente mancato adempimento dell'obbligazione del mutuante di svincolare la somma mutuata a favore del mutuatario*” (capo 22 della sentenza in commento), occorre in via prodromica accertarsi che il mutuante abbia ricevuto indietro la somma dal mutuante (dunque, verificare la *traditio* “al contrario”, dal mutuatario al mutuante).

3. *Fictio iuris* e quietanza, condizioni e limiti operativi.

Né la *fictio iuris* può prescindere dalla indagine sulla effettiva consegna-riconsegna contabile del denaro (dal mutuante al mutuatario e del mutuatario al mutuante per il vincolo cauzionale): se “*la messa a disposizione* [dal mutuante al mutuatario, ndr] *è resa evidente dal fatto che la disposizione vi è stata davvero, sia pur in unico contesto, tanto che il mutuatario ha appunto disposto di quella per una successiva operazione (non rilevando, per analoghe ragioni, che anch'essa possa essere meramente contabile)*”, detta evidenza presuppone, ancora una volta ed indefettibilmente, che la *traditio prima* - dal mutuante al mutuatario - si sia anch'essa effettivamente verificata ed anch'essa in via contabile.

In altre parole, la *fictio iuris* deve essere intercalata in un contesto in cui entrambe le *traditiones* siano effettivamente avvenute in via contabile, sicché l'effettiva immissione del mutuatario nella disponibilità giuridica non può tautologicamente ed aprioristicamente affermarsi sul fatto che questi abbia restituito la somma al mutuante (“*non rilevando, per analoghe ragioni, che anch'essa possa essere meramente contabile*”), senza prima indagare se lo stesso abbia effettivamente prima ricevuto, e sempre per via contabile, la somma mutuata⁸; altrimenti si scambiano causa ed effetto, con indebita inversione logica e metodologica.

⁸ Va anche detto che la effettiva costituzione del deposito cauzionale ordinariamente è normalmente attestata, anziché da due contabili di opposte consegne, da una unica scrittura interna della banca, generalmente mai consegnata alla parte mutuataria. Una siffatta scrittura contabile, in termini elastici sicuramente soddisferebbe la doppia *traditio* e la *fictio iuris*.

Quanto sopra emerge in tutta la sua evidenza laddove il mutuatario eccepisca che, alla data del mutuo, ad onta delle locuzioni contrattuali, nessun vincolo cauzionale fosse stato effettivamente costituito in quanto non trova, nella disamina delle successive comunicazioni contabili offerte dalla banca, nessun movimento in tal senso recante la medesima data storica del mutuo.

E la cosa diventa ancor più critica laddove il mutuatario produca finanche contabili di erogazioni della somma successive alla data della stipula notarile.

Tale evenienza (nella pratica nient'affatto scolastica, per quanto mi consti) corrobora quanto su affermato, ovvero che la *fictio iuris* non può prevalere sulla diversa veridicità del fatto storico della consegna contabile. L'Ordinamento non può legittimare una finzione giuridica sino al punto di considerare verificato un fatto in una determinata data storica (nello specifico, quella del mutuo) che, *per tabulas*, risulta oggettivamente verificatosi in un'epoca successiva: diversamente, verrebbe grottescamente a legittimarsi una dichiarazione falsa, peraltro resa avanti un Pubblico ufficiale, all'evidenza finalizzata alla illegittima pretesa della *vis executiva* del titolo stragiudiziale (ciò che potrebbe finanche avere risvolti penalistici, a ben vedere).

Dunque: *fictio iuris* sì, ma non avulsa dalla (o contraria alla) veridicità contabile.

Laddove, a fronte di tali eccezioni, la banca non provi a mezzo di contabili coeve al mutuo la effettiva costituzione del vincolo integrante la *traditio*, non può che dedursene che nessun deposito cauzionale/ pegno delle somme mutate sia stato costituito il giorno della stipula e che le locuzioni in tal senso adoperate nell'atto costituiscono solo un artificio estetico dell'atto, enfaticamente ostentato per offrire una parvenza esteriore di avvenuta consegna al solo fine di far apparire il mutuo perfezionato e dotato di *vis executiva*.

E allora, in tale casistica, la mancanza di contestualità tra stipula ed erogazione (seppur sotto forma di costituzione di deposito cauzionale/pegno) non può che privare il titolo della forza esecutiva⁹: è principio pacifico (*ex multis cfr. Cassazione Civile, Sez. III, 27 agosto 2015, n. 17194*) che “*Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga*

⁹ In tal senso da ultimo v. il puntuale contributo di A. Sorgentone – *L'esecutività di un mutuo condizionato va riconosciuta solo con la contestualità del trasferimento delle somme*, in *Diritto del Risparmio*.

pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge...

La realtà del mutuo non si configura esclusivamente mediante la materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente la creazione di un autonomo titolo di disponibilità in favore di quest'ultimo e la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore...".

In un tale contesto, non si può riconoscere valore assoluto e dirimente – ai fini della realizzazione della effettiva consegna e, dunque, ai fini dell'esecutività del mutuo – alla quietanza di ricezione della somma mutuata rilasciata dal mutuatario nell'atto.

Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad un *dicere* il quale, seppur foriero di pregnanti effetti sotto il probatorio-confessorio, opera in un campo diverso dalla realtà, ovvero dal *facere* – nello specifico inteso come *traditio rei* per via contabile. Appare lapalissiano che una contabile di erogazione non coeva al mutuo, in quanto documento contabile formato successivamente alla quietanza del mutuatario e avente natura confessoria (oltre all'efficacia probante ex art. 2709 c.c. contro l'imprenditore mutuante) sulla assenza di immediatezza e contestualità dell'erogazione della stipula, verrebbe ad elidere l'efficacia probatoria della precedente quietanza resa dalla parte mutuataria nel mutuo.

D'altra parte è finanche oggettivamente impossibile e, comunque, è un non senso quietanzare oggi la ricezione di somme che vengono corrisposte nel futuro.

In altre parole, la quietanza – che, operando su un piano assertivo e non fenomenico, già non può tenere il luogo della *traditio* intesa come fatto storico – viene a perdere qualsiasi rilevanza anche sotto il profilo sostanziale e probatorio, e ciò proprio attraverso una contabile confessoria riconducibile allo stesso mutuante che di quella quietanza vorrebbe giovare ai fini esecutivi.

Alcuna attenta giurisprudenza ha enfatizzato tali discrasie.

Si ricorda **Tribunale di Frosinone, sentenza n. 1071 del 15 novembre 2024, Est. Masetti¹⁰**, per il quale “*qualora, pur essendovi formale atto di quietanza delle somme ricevute dal mutuatario, nel mutuo è riportato che la banca tratterrà, contestualmente all'erogazione, gli importi dovuti per imposte, tasse, oneri e spese – anche*

¹⁰ Edito in questo Portale.

assicurative – deve concludersi che non vi sia stata contestualità tra la stipula del contratto e l'erogazione della somma. Ciò viene avvalorato quando, dagli estratti del conto di appoggio del mutuo, risulta che l'accredito della somma mutuata, al netto dei costi trattenuti, non sia stato disposto alla data della stipula bensì alla successiva data di iscrizione dell'ipoteca – ciò che lascia definitivamente intendere come l'erogazione fosse subordinata al buon esito dell'iscrizione. A nulla rileva la data di valuta della erogazione, coincidente con quella del contratto, atteso che l'antergazione della valuta, rispetto alla effettiva data storica dell'accredito, è un mero artificio contabile finalizzato a segnare unicamente il momento a partire dal quale, nel rapporto di conto corrente, si producono gli interessi sugli addebiti e sugli accrediti. In ogni caso, l'estratto conto bancario non può tenere luogo di un atto notarile di erogazione, per difetto della forma richiesta dall'art. 474 c.p.c. (atto pubblico o scrittura privata autenticata), sicché un siffatto contratto di mutuo non può costituire titolo esecutivo idoneo a fondare l'esecuzione forzata” (Massime in Diritto del Risparmio).

Nello stesso senso già **Tribunale di Padova, sentenza n. 2082 del 29 novembre 2019, Est. Santel¹¹** che ha annullato l'atto di precetto per assenza di un titolo esecutivo avente i requisiti di cui all'art., 474 c.p.c.: *“Gli oppositori, hanno documentalmente dimostrato come, in realtà, al momento della sottoscrizione dei mutui, la Banca non abbia operato alcuna traditio di somme in favore del mutuatario, ovvero, alcuna messa a disposizione giuridica della res, in quanto non venne effettuata nessuna erogazione né, tantomeno, vennero costituiti depositi cauzionali. In particolare, dagli estratti conto in atti emerge che la Banca non ha erogato alcuna somma né ha costituito alcun deposito cauzionale infruttifero, con la conseguenza che, le somme di denaro, non uscirono dalla disponibilità giuridica della Banca mutuante, né vennero creati autonomi titoli di disponibilità in favore del mutuatario. Le rispettive erogazioni avvennero solo in un momento successivo... quando la Banca venne posta in grado di verificare l'adempimento delle condizioni indicate...”*.

E se la consegna a mezzo accredito in conto (o con altro strumento), nel senso chiarito di immissione nella disponibilità giuridica (**Cass n. 2483/2001**), avvenne in un momento successivo alla data del mutuo, risulta lapalissiano come costituisca

¹¹ Editto in *studiolegalenardone.it*.

una mera clausola di stile quella relativa alla ricezione delle somme di cui viene data formale quietanza nei mutui in parola; quietanza che, come qualsiasi mutuatario avrà provato, si è costretti a sottoscrivere unitamente all'atto perché in esso contenuta, pena la mancata concessione del finanziamento.

Difatti, per Tribunale di Ferrara, sentenza del 2 luglio 2020, Est Giusberti¹², *“si deve ritenere che la quietanza contenuta nell'atto notarile abbia ad oggetto un fatto non corrispondente alla verità processuale e che l'importo sia stato messo a disposizione della mutuataria solo dopo la sottoscrizione del mutuo, il quale pertanto, non può costituire valido titolo esecutivo”*.

Ancora più emblematico è Tribunale di Grosseto, ordinanza del 13 dicembre 2020, Est. Forastiere¹³: *“Ed invero, nel caso in esame, pur avendo il contratto formalmente previsto la consegna della somma alla parte mutuataria con rilascio di formale quietanza da parte della stessa, non può ritenersi originariamente e definitivamente acquisita da parte di quest'ultima la effettiva disponibilità giuridica della somma... Nella fattispecie, quindi, non solo la somma non risulta essere stata accreditata in favore della mutuataria... Ne consegue che il contratto di finanziamento a medio/lungo termine azionato in executivis, ad una delibazione sommaria propria di questa fase cautelare, non risulta costituire titolo idoneo all'esecuzione forzata. Come osservato da questo Tribunale in contenzioso analogo, poi, **le suindicate conclusioni non possono essere inficiate dalla natura confessoria e fidefacente della quietanza rilasciata dalla parte mutuataria all'atto della stipula**. Ed infatti, come noto, l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, delle dichiarazioni al medesimo rese e degli altri fatti dal medesimo compiuti o che questi attestino essere avvenuti in sua presenza. **L'efficacia privilegiata non si estende invece alla intrinseca veridicità delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale dalle parti o alla loro rispondenza all'effettiva intenzione delle stesse**”*.

In tempi ancor più recenti cfr. Tribunale di Teramo, ordinanza del 19 settembre 2024, Est. Conciatori¹⁴: *“Quando nel contratto di mutuo è indicato, in modo del tutto generico, che parte mutuataria ha già ricevuto la somma mutuata, **senza alcuna indicazione delle modalità e della data (che dovrebbe necessariamente essere***

¹² Editto in *expartedeibitoris.it*.

¹³ Editto in *studiolegalenardone.it*.

¹⁴ Editto in questo Portale.

precedente o, al più, contestuale) e senza che nell'atto sia specificato che tale consegna sia avvenuta alla presenza del notaio rogante; quando, ancora, al contratto stesso non risulti allegata né una contabile di erogazione precedente o contestuale alla stipula, né una quietanza di erogazione delle somme successiva in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata ex art. 474 c.p.c., se ne deve trarre che il mutuo non costituisca valido titolo esecutivo, di talché va disposta l'estinzione della procedura esecutiva.

*In tal senso depone il **consolidato condivisibile orientamento della Suprema Corte** che esclude l'esistenza di un contratto (reale) di mutuo valido come titolo esecutivo laddove non risulti che “anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata” (Cass., sez. III, 5921/2023; Sez. III 41791/2021; Sez. III 17194/2015; Sez. I 14/2011).*

*Peraltro, se il creditore ha prodotto unicamente una scrittura privata testimoniante il trasferimento delle somme in data successiva alla stipula del mutuo, deve trarsi che, ad onta delle locuzioni contrattuali, **le somme non sono state né contestualmente o precedentemente erogate, né appostate in deposito cauzionale in attesa dell'espletamento delle incombenze ricadenti sul mutuatario**”. (massime in Diritto del Risparmio).*

4. Conclusioni.

In conclusione, si crede che, per tutte le ragioni sopra esposte, ai fini della esecutività dei mutui notarili non possa prescindere dalla verifica delle effettive movimentazioni contabili e, a monte, dei relativi documenti che le attestino; ciò soprattutto alla luce delle ultime Sezioni unite, che hanno rimarcato proprio l'effettività della *traditio* e la “*sostituzione dei trasferimenti di denaro fisico con le operazioni contabili corrispondenti*”, dunque indefettibilmente documentabili, se realmente avvenute.

Il tutto, come chiunque può intuire, ruota proprio attorno a questo se...

Pertanto (e salvo che l'esecutato non sollevi alcuna obiezione sulla contestualità tra stipula e costituzione del vincolo cauzionale), qualora tale contestualità sia contestata e la banca non produca contabili attestanti l'effettivo accantonamento della somma in deposito cauzionale/pegno in data coeva alla stipula; quando, a

fortiori, la deficienza di *traditio* immediata e contestuale al mutuo sia finanche provata da contabili (con valore confessorio e probatorio ex art. 2709 c.c.) attestanti erogazioni successive alla data del mutuo, deve concludersi che nessuna *traditio* o costituzione del deposito cauzionale sia stata effettuata il giorno della stipula.

Rebus sic stantibus, non può dubitarsi che il mutuatario sia stato indotto in errore dalla banca mutuante che sottoscrive – e in realtà, unilateralmente predispone ed impone al Cliente – un mutuo di tal fatta.

Egli, confidando, al momento della stipula, nella veridicità sostanziale della clausola del deposito cauzionale (e, dunque, nella effettiva-reale-contestuale creazione del vincolo), in un secondo momento si avvede che, nella realtà (contabile), nessun vincolo venne realizzato alla data della stipula e che la prima, unica reale ed effettiva erogazione avvenne solo una volta soddisfatte le condizioni prefissate per lo svincolo (vocabolo improprio ed anch'esso ingannatore) della somma.

Se ciò può essere indifferente sotto il profilo degli obblighi restitutori, non lo è senz'altro sotto quello della idoneità del mutuo ad assurgere a titolo esecutivo, attesa l'esigenza garantista richiesta dall'Ordinamento per la quale gli indicati titoli stragiudiziali debbono documentare *ex se* con certezza il credito affinché possano sorreggere l'esecuzione senza una previa cognizione giudiziale.

Da tanto, deriva che il mutuatario è immesso nella facoltà ex art. 2732 c.c. di revocare per errore di fatto – indotto dalla banca – la quietanza rilasciata nel mutuo.

Sicché, come ultimo approdo, non essendo mai esistita alcuna *traditio tantomeno contabile* contestuale al mutuo volta “*a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata*” (cfr. *ex ultimis* **Cass. 17194/2015**), neanche sotto forma di costituzione del vincolo di garanzia; non essendovi più neanche una valida quietanza di ricezione della somma che possa avere un riconoscimento probatorio circa la *traditio* immediata e contestuale al mutuo; essendo, invece, necessario un accertamento esterno al mutuo in ordine alla successiva reale ed effettiva consegna contabile, ne consegue l'archetipo di mutuo qui in esame non documenta, con autoreferenziale sufficienza, la sussistenza di una obbligazione attuale in capo al mutuatario di restituire la somma mutuata alla banca; *ergo*, non può assurgere a titolo esecutivo.

Approfondimenti

***Il diritto alla trasmissione extra iudicium della delibera bancaria:
una diversa prospettiva in seguito all'avvenuta trasmissione in
ottemperanza a decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo.***

Di Giulia Turato

This work follows two resolutions of mortgage loan renegotiation, which were issued by a credit institution in compliance with an immediately enforceable injunction. In view of the fact that the resolutions were issued, It is interesting to point out the objective difficulty of obtaining this result, both in and out of court, due to the restrictive interpretation of art. 119, c. 4 TUB given by the ABF Colleges. The abovementioned issuance of an immediately enforceable injunction was justified by the Customer's right to receive such documentation, in compliance with the obligations imposed by the general principles of Italian law, with regard to fairness and bona fide in the execution of the contract, and by a different interpretation of art. 119, c. 4 TUB which focuses on the legal nature of the resolutions of mortgage loan approval (renegotiation, in this case).

Il presente contributo prende le mosse dall'avvenuta trasmissione da parte di un istituto di credito in ottemperanza a decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo di due delibere di rinegoziazione di mutuo ipotecario. La disamina è imposta dall'avvenuta trasmissione in contrasto all'oggettiva difficoltà dell'ottenimento della trasmissione in via stragiudiziale e in via monitoria a causa dell'interpretazione restrittiva dell'art. 119, c. 4 TUB da parte dei Collegi ABF. L'emissione del decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo è giustificata dal diritto del Cliente alla consegna sulla scorta degli obblighi imposti dai principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto e da una prospettata diversa interpretazione del 119, c. 4 TUB anche in relazione alla natura giuridica della delibera di approvazione (rinegoziazione) del mutuo.

SOMMARIO: 1. la natura giuridica della delibera dell'istituto di credito. 2. La richiesta di trasmissione extra iudicium. 3. La richiesta ai sensi degli artt. 1175, 1375 CC. 4. la richiesta ai sensi dell'art. 119, c 4 TUB. 5. Lo stato della giurisprudenza arbitrale sull'art. 119, c. 4 TUB. 6. la richiesta, l'ottenimento e la trasmissione mediante decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo.

1. La natura giuridica della delibera dell'istituto di credito.

La delibera di approvazione del mutuo è l'atto con il quale l'istituto di credito al culmine di un processo valutativo su reddito, patrimonio e garanzie offerte dal cliente per valutare la capacità di rimborso, dichiara la propria disponibilità a concedere il mutuo alle condizioni indicate. Come noto, la qualificazione giuridica ci impone di riportare gli atti o i fatti agli schemi tipici previsti dal nostro codice. Nel caso di specie l'operazione di qualificazione da compiere è relativa alla delibera di approvazione del mutuo. Per arrivare al fine preposto nel presente contributo dobbiamo interrogarci come la dottrina ha fatto più volte sulla natura della promessa di mutuo. La discussione in ordine a tale qualificazione faceva seguito alla non univoca natura attribuita alla "promessa di mutuo" da risalente giurisprudenza¹ che identificava tale promessa quale preliminare di mutuo, identificato ovvero l'art. 1822 c.c. come figura autonoma. Parte della dottrina distingueva tre distinte figure: il mutuo reale (1813 c.c.), il mutuo consensuale (argomentabile ai sensi del 1822 c.c.) e la promessa di mutuo (chiaramente 1822 c.c.) che corrispondevano a: contratto con cui si consegna a titolo di mutuo, contratto in cui ci si obbliga a consegnare a titolo di mutuo e contratto preliminare in cui ci si obbliga a concludere un mutuo².

Invece, recepita poi dalla giurisprudenza, altra dottrina inquadrava le due norme quali due diversi contratti e tipi di mutuo: uno di natura reale (1813 c.c.) ed uno (art. 1822 c.c.) di natura consensuale³.

¹ La Cassazione sul punto "con riguardo al contratto di mutuo è configurabile un contratto preliminare consistente in una promessa di mutuo dando e di mutuo accingendo, che la legge prevede e disciplina, a determinati effetti, all'art. 1822 c.c. e che, anche se non dà titolo - stante l'insuscettibilità dell'obbligazione del promittente di esecuzione specifica - ad ottenere la sentenza prevista dall'art. 2932 c.c., è pur sempre produttivo di un rapporto giuridico, generatore di diritti ed obblighi tra le parti" (Cass. Civ., 18.6.81, n. 3980, in Giust. Civ., 1982, I, 202).

² Morelli, Sulla ammissibilità del preliminare e su altri aspetti della problematica attuale del contratto di mutuo, in Giust. civ., 1982, I, 202 ss.

³ Teti, il mutuo, in Tratt. Rescigno, XII, Torino, 1985.

Orbene, l'art. 1822 c.c., come si evince chiaramente dal tenore della norma, stabilisce quale campo di applicazione il mutuo a titolo oneroso. La norma prevede che il mutuante può legittimamente non adempiere (non stipulare, dunque, il definitivo) solo nell'ipotesi prevista, ovvero in caso di modifica delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e in assenza di idonee garanzie. Le conseguenze, molto diverse, della qualificazione corrispondono nel primo caso alla configurazione di un preliminare di mutuo ovvero l'obbligo di concludere il contratto definitivo pur in assenza della possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica mentre nel secondo caso, a fronte della promessa corrisponde l'obbligo di versare direttamente la somma.

La giurisprudenza, prudentemente, ha fatto propria la teoria che individua nella promessa di mutuo un contratto preliminare pur in presenza dell'impossibilità di ottenere il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c.

La conseguenza dell'impostazione recepita dalla giurisprudenza è che, in caso di mancata erogazione del mutuo in seguito alla delibera positiva, il promissario può agire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno⁴.

La giurisprudenza più recente, sempre affrancandosi alla bipartizione proposta dalla dottrina, è arrivata a qualificare nella maggior parte dei casi la promessa di mutuo (che si estrinseca mediante la delibera) quale contratto preliminare⁵.

Si contrappone, comunque, a tale impostazione, qualche pronuncia che in ossequio a quella che appare la giurisprudenza arbitrale sul punto e che si rinviene nelle pronunce in tema di 119, c. 4 TUB (su cui si dira meglio *infra*) che qualifica le delibere quale mero atto interno. Ebbene se la delibera (positiva) è un mero atto interno, la conseguenza non può che essere quella di assenza di obblighi per la Banca e specularmente diritti per il Cliente. È d'uopo specificare però che tale ricostruzione, contrasta, comunque, con la qualificazione proposta dalla dottrina.

⁴ La recente Corte d'Appello di Napoli, n. 5079/2024 del 10.12.2024 pubblicata il 11.12.2024 ripercorre chiaramente l'iter dottrinale sul punto e arriva alla conclusione di qualificare la delibera di approvazione del mutuo quale contratto preliminare pur limitando il danno risarcibile nel maggiore interesse pagato per ottenere il mutuo da un altro soggetto.

⁵ vedasi la stessa Corte d'Appello di Napoli, n. 5079/2024 del 10.12.2024 pubblicata il 11.12.2024; Trib. Milano, n. 4429/2021; Corte d'Appello di Bologna, n. 94/2025 del 15.01.2025 tutte edite in Banca Dati di Merito.

La promessa di mutuo rappresenta comunque assunzione di impegni anche reciproci e scambio di consensi ⁶.

2. La richiesta di trasmissione extra iudicium

Quindi, fatta la doverosa premessa sulla natura giuridica della delibera positiva di concessione del mutuo e che sarà preliminare al punto che segue: ci chiediamo ora quando corrisponde al Cliente il diritto di trasmissione della copia della delibera? In primo luogo poniamo una macro distinzione. Come noto la richiesta di trasmissione/esibizione documentazione bancaria può avvenire in diverse sedi. Tali sedi come intuitivamente si può immaginare sono quella stragiudiziale ex art. 119, c. 4 TUB e quella giudiziale ex art. 210 c.p.c. il cd ordine di esibizione nel contenzioso bancario.

In giurisprudenza ampio è stato il dibattito in relazione ai rapporti tra i due rimedi. Possiamo sintetizzare i tre orientamenti emersi così come segue. Un primo orientamento riteneva che la richiesta ex art. 210 c.p.c. non poteva essere preclusa dal precedente invio ai sensi del 119, c. 4 TUB della documentazione con logica conseguenza di non richiedere la prova di un eventuale smarrimento della documentazione in quanto l'ordine di esibizione di documentazione bancaria sarebbe il corrispondente processuale della norma sostanziale di cui al 119 TUB. Un secondo orientamento, invece, negava la possibilità di ottenere l'ordine di esibizione proprio sul presupposto dell'esistenza e indispensabilità del 119 TUB. Un terzo e intermedio orientamento sosteneva la tesi della cd pregiudizialità della richiesta ai sensi della norma sostanziale⁷.

Ad ogni modo, non possiamo esimerci dal segnalare la pronuncia della Suprema Corte che nel 2017 ha ritenuto che il potere (diritto) di richiedere la documentazione ai sensi del 119, c. 4 TUB, può essere esercitato anche in corso di causa ed attraverso qualunque mezzo di mostri idoneo allo scopo⁸.

La giurisprudenza, in seguito, ha virato, nuovamente, sulla possibilità di richiedere in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'art. 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi

⁶ vedasi Corte d'Appello di Roma, n. 2850/2021 del 16.04.2021, in Banca Dati di Merito.

⁷ Aratari Francesco, Romano Guido, AA.VV., Il diritto bancario oggi: aspetti sostanziali e processuali, Wolters Kluwer, 2023

⁸ Cass. Civ. N. 11554/2017 del 11.05.2017

abbia ottemperato e che la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile⁹. E qui, anche se può apparire superflua, una doverosa precisazione: la Suprema Corte nell'esprimere il principio che precede ha specificato che il Cliente, una volta introdotta la causa, può sempre e comunque chiedere alla banca la trasmissione della documentazione ai sensi del 119, c.4. Il diritto potestativo attribuito al cliente dalla norma non può essere negato solo perché pendente una lite. È chiaro che l'attore (*rectius* il cliente) non potrà invocare l'intervento del giudice senza preventivamente aver richiesto in via stragiudiziale la trasmissione e aver ottenuto diniego o mancato riscontro. In caso di inadempimento, poi, l'attore avrà accesso alle strade alternative.

E tra le strade non possiamo che specificare che la richiesta può essere fatta direttamente ad un Collegio ABF. E qui pacificamente, a pena di irricevibilità del ricorso, la richiesta può essere rivolta al Collegio solo nel momento in cui la banca abbia omesso di adempiere alla richiesta di consegna della documentazione in seguito al reclamo previamente esperito.

3. La richiesta ai sensi degli artt. 1175, 1375 CC.

Tornando alla richiesta della trasmissione della delibera di mutuo in assenza della pendenza della lite, oggetto e finalità del presente contributo, le basi giuridiche che possono motivare la richiesta in via stragiudiziale (e poi, in caso di diniego, in sede monitoria) sono le seguenti: 1175 c.c. e 1375 c.c.; 117 TUB per quanto riguarda copia dei contratti e 119, c.4 TUB. Nello specifico, per la consegna delle delibere le norme di riferimento paiono essere 1175 c.c. e 1375 c.c. e 119, c.4 TUB. Veniamo ora alle motivazioni che ci portano ad affermare ciò.

Il principio di correttezza e buona fede presuppone, nell'esecuzione del rapporto obbligatorio un contenuto di solidarietà *“che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente. Trasferito tale concetto di solidarietà nell'ambito del rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*¹⁰”.

⁹ Cass. Civ. n. 24641/2021 del 08.06.2021

¹⁰ relazione ministeriale al c.c.

I Collegi ABF hanno in diverse occasioni¹¹ riconosciuto che l'obbligo di consegna della documentazione discende direttamente dal dovere generale, in questo caso dell'intermediario, di comportarsi secondo correttezza nell'esecuzione del rapporto contrattuale. La Corte di Cassazione¹² è, altresì, intervenuta sul punto precisando che in tema di esecuzione del contratto la buona fede impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, pur non esplicitamente previsti dagli obblighi contrattuali e dal dovere generale extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare senza apprezzabile sacrificio di una delle parti, l'interesse dell'altra. Nello specifico nel caso di richiesta di esibizione (o meglio trasmissione) della documentazione da parte della banca non è ravvisabile alcun effetto pregiudizievole attribuibile alla parte che deve trasmettere la documentazione al di là del relativo costo materiale che resta, comunque, sempre a carico del richiedente.

In caso contrario, invece, risulterebbe ingiustamente compromesso l'interesse di chi richiedere la trasmissione tanto che che la Cassazione ha ritenuto sussistere oggettivamente l'utilità giuridicamente rilevante di entrare cioè in possesso dei documenti a prescindere dalle finalità per le quali vengono richiesti¹³.

Tale obbligo è, evidentemente, indipendente dalla richiesta eventualmente effettuata ai sensi del 119, c. 4 TUB e risulta, dunque, slegato altresì dal limite temporale decennale previsto dalla normativa a tutela della trasparenza. D'altronde la *ratio* delle due norme, come appare chiaro, è completamente diversa. Il diritto sostanziale alla richiesta della copia della documentazione che nasce dalla richiesta ai sensi dell'art. 1175-1375 c.c. discende dalla ordinaria disciplina delle obbligazioni in generale ovvero dal principio di buona fede che accorda al Cliente il diritto di ottenere la documentazione oltre il dovere di informazione/trasparenza alla base della disciplina prevista dal TUB. Ed è perciò che le limitazioni (non solo temporali) previste (e poi si tornerà sul punto) per la richiesta formulata ai sensi del 119, c. 4 TUB non possono e non devono applicarsi quando la richiesta viene effettuata in presenza, alla base, di un rapporto contrattuale. Torniamo, qui, dunque, alla natura giuridica della delibera di approvazione del mutuo. Come specificamente indicato nel breve *excursus*

¹¹ il riferimento è a decisione Collegio di Milano n. 2318 del 24 gennaio 2019; decisione Collegio di Torino n. 4424 del 11 aprile 2024.

¹² Cass. Civ. Sez I, 27.09.2001 n. 12093

¹³ il riferimento è sempre a Cass. Civ. Sez I, 27.09.2001 n. 12093

dottrinale in apertura. Se è vero che la delibera positiva di approvazione del mutuo corrisponde, nella prudente ipotesi accolta dalla giurisprudenza, ad un contratto preliminare che impone l'obbligo di contrarre il mutuo, non potrà esimersi l'istituto di credito dalla consegna della delibera in quanto corrispondente proprio alla promessa di mutuo (1822) e, dunque, documentazione contrattuale. E a sostegno di ciò dobbiamo ora, con l'ausilio della giurisprudenza, capire per quale motivo, invece, la delibera non può essere qualificata quale mero atto interno. Tale ultima qualificazione, come anticipato, viene incidentalmente proposta in alcune pronunce.

4. la richiesta ai sensi dell'art. 119, c 4 TUB

Veniamo, ora, come anticipato, a trattare anche la questione relativa al diritto attribuito al cliente ai sensi dell'art. 119, c. 4 TUB. Per quanto riguarda la citata disposizione la ratio è quella di assicurare la trasparenza della banca nei rapporti con il cliente. L'articolo rubricato "comunicazioni periodiche alla clientela" è composto da quattro commi. Il primo comma specifica relativamente ai contratti di durata che il cliente ha diritto ad una comunicazione chiara relativamente allo svolgimento del rapporto; al secondo comma relativamente agli estratti conto dispone la comunicazione periodica; al terzo comma, sempre con riguardo ai rapporti di conto corrente gli estratti conto e le comunicazioni periodiche si intendono approvate trascorso il termine di sessanta giorni dal ricevimento in mancanza di opposizione; al quarto e ultimo comma è previsto che il cliente, colui che gli succede a qualcuno titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, hanno diritto ad ottenere a proprie spese e non oltre novanta giorni dalla richiesta, copia della documentazione relativa alle singole operazioni.

La Suprema Corte riferendosi alla norma ha specificato che la disposizione è tra i più importanti strumenti di tutela che la normativa ispirata alla trasparenza quale è il TUB vigente conferisce al Cliente. Il diritto previsto dalla citata normativa riconosce non solo al Cliente, ma anche ai soggetti che si trovino a dover effettuare la predetta richiesta così come legittimati dalla norma, la facoltà di chiedere la trasmissione della documentazione. Tale facoltà non appare soggetta a particolari restrizioni se non quelle già previamente specificate dalla norma. E ciò perché la banca è chiamata ad assolvere lo specifico dovere di protezione, pure oltre la durata

del rapporto¹⁴. La particolarità della disciplina sta nella natura dei rapporti banca-cliente. Il legislatore ha inteso, data la particolare debolezza del contraente consumatore e l'asimmetria informativa, pretendere dalla banca un elevato grado di trasparenza superiore a quello che il diritto comune prevede in genere¹⁵.

Pertanto, tale norma volta a tutelare le esigenze di trasparenza nei rapporti banca-cliente consente a quest'ultimo di avere contezza in qualsiasi momento di tutti gli elementi del rapporto in essere. L'intento del legislatore è, dunque, pacificamente quello di soddisfare tout court l'esigenza informativa del cliente¹⁶.

E ciò appare confermato dall'ampiezza della formulazione normativa.

Nonostante la premessa, però, il raccordo tra la disposizione e la possibilità di ottenere ai sensi della citata disciplina la trasmissione della delibera di approvazione del mutuo, viene negato da sparuta giurisprudenza di merito e dalle pronunce dei Collegi arbitrali che liquidano velocemente la questione.

5. Lo stato della giurisprudenza arbitrale sull'art. 119, c. 4 TUB

La giurisprudenza arbitrale in ordine alle richieste ex art. 119, c. 4 TUB effettuate per la trasmissione delle delibere di approvazione di mutuo è tranciante: la delibera è un atto meramente interno e non può, per questo unico ma assorbente motivo, essere oggetto di richiesta ai sensi della predetta normativa.

I collegi ABF bipartiscono la documentazione: atti con valenza esterna passibili di essere trasmessi e atti meramente interni per i quali l'applicazione della disciplina viene negata. È da specificare che tale bipartizione è frutto dell'interpretazione restrittiva data dai Collegi alla norma in quanto non si rinviene nel dettato normativo una siffatta limitazione.

Tornando alla giurisprudenza dei Collegi la limitazione di cui sopra appare di più ampia portata. Non solo le delibere di approvazione del mutuo sono ritenute atti meramente interni ma svariata e variegata è la casistica. A titolo esemplificativo è stata negata la possibilità di trasmissione dei file di log¹⁷, comunicazioni, intervenute tra l'intermediario e la banca del beneficiario del bonifico¹⁸, della perizia¹⁹ e così via.

¹⁴ Sul punto Cass. Civ., sez. I, n. 11554/2017

¹⁵ R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 700 e ss.

¹⁶ M. Natale, *Rivista di Diritto Bancario*, ottobre/dicembre 2021

¹⁷ ABF, Collegio di Bologna, n. 3554/2023

¹⁸ ABF, Collegio di Bologna n. 6289/2024

¹⁹ ABF, Collegio di Roma n. 375/2023

Nelle menzionate pronunce il Collegio si limita all'esame del tipo di documentazione richiesta ravvisando nella valenza esterna il presupposto oggettivo necessario per l'applicazione della disciplina. Eppure, come previamente segnalato, non si rinviene nel dettato normativo una limitazione di questo genere. L'ampia formulazione della norma lascia campo aperto.

Il presupposto della qualificazione della delibera quale promessa di mutuo ovvero contratto preliminare di mutuo, pare essere alla base delle pronunce dei Tribunali che paiono d'altro avviso rispetto ai Collegi ABF quando è necessario qualificare tale documentazione in relazione ad altri diritti controversi. Svariate le pronunce che trattano il tema e il comune denominatore è considerare la delibera un obbligo formale. Come si può, quindi, ritenere, che la delibera sia un atto meramente interno? Solo a titolo esemplificativo: secondo la Corte d'Appello di Bologna è evidente che fino al momento in cui la procedura non è completata in tutte le sue fasi, la banca non è tenuta o obbligata a concedere il mutuo attraverso la delibera definitiva²⁰; secondo il Tribunale di Milano l'impegno a concedere il finanziamento deriva dalla delibera²¹; secondo il Tribunale di Monza la banca assume l'impegno formale di erogare la somma nei tempi e nei modi concordati²²; secondo ancora il Tribunale di Milano la delibera è suscettibile di formare il legittimo affidamento a conseguire la somma²³ e così via.

6. La richiesta, l'ottenimento e la trasmissione mediante decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo.

E proprio sulla scorta di queste premesse veniva chiesto e poi emesso dal tribunale di Lecco decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo²⁴. L'istituto di credito poi in ottemperanza all'ingiunzione senza opporre qualsivoglia rimostranza trasmetteva tempestivamente le delibere richieste.

La richiesta veniva avanzata in base all'asserito duplice diritto ai sensi degli artt. 1175-1375 c.c. e 119, c. 4 TUB per le ragioni che, in conclusione, brevemente si ripercorrono.

²⁰ Corte d'Appello di Bologna n. 94/2025

²¹ Tribunale di Milano n. 1514/2020

²² Tribunale di Monza n. 211/2020

²³ Tribunale di Milano n. 4429/2021

²⁴ i riferimenti sono: decreto ingiuntivo n. 115/2025 del 13.02.2025 Tribunale di Lecco.

La base giuridica del diritto ad ottenere la consegna in via monitoria è, quindi, duplice. Col primo motivo in aderenza alla prospettazione dottrinale accolta dalla giurisprudenza venivano qualificate le delibere come documenti contrattuali e, considerato, dunque, il rapporto sottostante la necessaria applicazione del principio di correttezza e buona fede. Col secondo motivo, invece, veniva indicato l'ulteriore diritto sostanziale alla trasmissione ai sensi della disciplina a tutela della trasparenza bancaria data la certa rilevanza esterna della delibera.

Il Tribunale accogliendo integralmente la richiesta avanzata emetteva decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo. Quanto alla banca poi *nulla quaestio*.

In definitiva conclusione pare che la breve quanto puntuale disamina della *ratio* delle norme potrebbe essere un punto d'inizio per ottenere in alcuni casi una prospettiva funzionale ad una maggiore trasparenza, chiarezza e collaborazione nei rapporti banca-cliente.

Sul tasso effettivo di un prestito ("TAEG").

Di Fabrizio Cacciafesta

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Una prima precisazione - 3. I limiti dell'interesse semplice - 4. La questione è irrilevante - 5. Alcune osservazioni - 6. L'interesse semplice col pagamento periodico degli interessi.

1. Introduzione.

In un articolo apparso di recente su questa Rivista¹, gli Autori ripercorrono la storia della scelta, da parte della Commissione Europea, del TAEG in interesse composto (d'ora in avanti, TAEG *sic et simpliciter*) come indicatore sintetico di costo ufficiale ed obbligatorio per le operazioni di credito; e criticano la delibera, esprimendo l'opinione che il "TAEG in interesse semplice"² (d'ora in avanti: TAEGis) avrebbe migliori qualità informative.

Dalla lettura ci sembra però che si possano trarre conclusioni non corrette. Crediamo opportuno evidenziarle, visto che l'argomento, connesso con la pratica dei contratti di prestito, pare destinato a restare di attualità, e attira l'interesse di molti non specialisti. Informazioni inesatte, o mal interpretate, possono alimentare una conflittualità pretestuosa, e dannosa per gli attori.

In sintesi, e come illustreremo nei prossimi paragrafi: contrariamente a quanto affermato nell'articolo, il TAEG non è stato inventato nel 1984 da un economista belga, ma è in uso da sempre (v. par. 2); la sua sostituzione con un TAEGis è concettualmente impensabile (par. 3), e - soprattutto - non sarebbe di alcun vantaggio per gli utilizzatori del credito (par. 4): i contratti non risulterebbero né più convenienti, né meglio comprensibili. Non è affatto vero che, fuorviata, la Comunità Europea abbia con la sua decisione autorizzato le banche ad applicare l'interesse composto nei loro rapporti con la clientela. Come, per ottime ragioni, si insegna a fare nelle università, gli operatori

¹ Il riferimento è a G. ARETUSI-A. TANZA, *TAEG, interesse semplice, interesse composto e anatocismo: i documenti inediti della Commissione Europea*, in Rivista di Diritto del Risparmio, Approfondimenti, gennaio 2024, [G. Aretusi e A. Tanza – TAEG, interesse semplice, interesse composto e anatocismo: i documenti inediti della Commissione Europea – Diritto del Risparmio](#).

² In realtà, è possibile definire più di un "tasso effettivo in interesse semplice". Non approfondiremo la questione, e ci limiteremo a riferirci senz'altro a quello considerato nell'articolo, del resto il più ovvio.

impiegano la legge dell'interesse composto per effettuare le loro valutazioni, ma questo non implica che facciano pagare interessi anatocistici quando concedono un prestito.

Dobbiamo però ammettere, lo diciamo con imbarazzo, che i colleghi incaricati dal Parlamento Europeo di riferire sull'argomento (nel seguito, "i Consulenti"; tra quelli nominati nell'articolo citeremo Kirschen, Seckelman e Soto) avrebbero potuto svolgere il loro compito in modo più soddisfacente. Precisiamo che non abbiamo letti per intero i loro contributi: il nostro giudizio si basa solo sui brani riportati, alquanto deludenti e non privi di errori anche rilevanti (par. 5). Ciò, comunque, nulla toglie alla validità delle loro conclusioni: che sono, correttamente, per l'assoluta irrinunciabilità e validità dello strumento TAEG.

2. Una prima precisazione.

Il par. 2.1 dell'articolo si apre con l'affermazione che la formula per il TAEG in regime composto sarebbe stata proposta per la prima volta nel 1984: *Gli studi della Commissione prendono l'avvio dal noto ... "rapporto KIRSCHEN" (dal nome dell'Autore) del 1984 che per la prima volta propone una formula per il TAEG, esprimendola in regime composto.* Non intendiamo compiere ricerche bibliografiche, ma facciamo notare che almeno sessant'anni fa quella formula già compariva nei testi universitari. Etienne Sadi Kirschen, economista belga nato nel 1913, si è limitato ad illustrarla a beneficio della Commissione. La quale si sarebbe occupata della questione, nell'intento di omogeneizzare la normativa in materia vigente nei diversi Paesi della Comunità Europea.

Peraltro, chi pensasse che la eterogenità riguardasse il regime finanziario da impiegare per il calcolo del tasso effettivo sbaglierebbe: come illustreremo nel prossimo paragrafo, ed è noto da circa 350 anni, l'interesse semplice non può razionalmente impiegarsi per le operazioni di valutazione. Le differenze tra i Paesi riguardavano solo le voci da considerare. La "G" finale dell'acronimo indica che deve trattarsi di una misura "globale", che tenga cioè conto di "tutti i costi". Ma questa definizione è solo ingannevolmente chiara: quali siano, infatti, i costi che vanno considerati attinenti al prestito è questione che presenta un margine di opinabilità. Non molto dissimile da

quella, resa d'attualità dalla recente "sentenza Lexitor", sulla distinzione tra costi fissi e ricorrenti.

3. I limiti della legge dell'interesse semplice.

Sembra diffuso, tra gli orecchianti della Matematica Finanziaria, il convincimento che le leggi dell'interesse semplice e composto siano strumenti intercambiabili, alternativamente utilizzabili a libera scelta. Le stesse persone immaginiamo riconoscano che gli zoccoli da spiaggia e gli scarponi per gli sci, entrambi appartenenti alla categoria delle calzature, sono pensati per scopi molto diversi e non possono essere impiegati al di fuori di essi.

La legge dell'interesse semplice possiede due caratteristiche che la rendono inadatta, l'una, a modellizzare la maggior parte delle applicazioni pratiche, l'altra, ad essere impiegata per scopi di valutazione.

La prima di dette caratteristiche è che essa descrive un investimento nel quale gl'interessi prodotti dal capitale si limitano ad accumularsi passivamente. Come osserva uno dei Consulenti (Seckelmann) la distinzione tra "capitale" ed "interesse", formalmente di rilievo per le scritture contabili, per i rapporti con il fisco, per alcuni aspetti giuridici, è sostanzialmente artificiale, perché l'uno e l'altro hanno la stessa identica natura di grandezze monetarie. Mantenere sterile una parte della propria ricchezza è una scelta poco razionale: ciò fa sì che gl'impieghi nel regime³ semplice siano limitati a durate quanto possibile brevi, o si proceda ad un distacco periodico degl'interessi via via generati. Nasce, in questo modo, il regime semplice con pagamento periodico degli interessi, che è quello secondo il quale si svolgono tutte le operazioni di prestito reali, ed al quale dedicheremo il par. 6. Non risulta che gli Autori pensino a tassi effettivi calcolati secondo questa modalità.

Ma oltre ad essere pochissimo usato, l'interesse semplice è anche (veniamo alla sua seconda peculiarità) del tutto inadatto a scopi di valutazione. Non stiamo con ciò, è ovvio, negando che si possano calcolare "valori attuali" in interesse semplice, ma solo discutendo il significato finanziario di tale operazione algebrica.

³ Usiamo questo termine in alternativa a "legge": la differenza di significato tra i due è, qui, irrilevante.

Al tasso annuo del 10%, il fattore di sconto semplice annuale è $1/1,1$; quello biennale è $1/1,2$. Ne segue che il valor attuale adesso di 100 euro tra due anni è $100/1,2 = 83,33$, e il loro valor attuale tra un anno è $100/1,1 = 90,91$. D'altra parte, il valor attuale adesso di 90,91 tra un anno è $90,91/1,1 = 82,65$. E' chiara l'assoluta inutilità pratica di questi risultati teorici, che sono finanziariamente incoerenti tra loro: qual è il "valore" oggi di quei 100 euro (= il prezzo razionalmente da pagare per acquistarli)? 83,33 o 82,65?

Con un ragionamento più o meno simile Leibniz⁴, alla ricerca di una formula per scontare in interesse semplice, arrivava (nel 1683!) alla conclusione che occorre farlo in interesse composto: creando non poco imbarazzo tra quei (pochi) suoi lettori sensibili a tale genere di questioni⁵.

Ragionando nei moderni termini di arbitraggio: se quelli indicati fossero tre prezzi di mercato, si potrebbe vendere per 83,33 euro il diritto di riceverne 100 tra due anni, acquistare a pronti, per 82,65 euro, quello di riceverne 90,91 tra uno e acquistare a termine, per questo ammontare, quello di riceverne 100 tra due anni. Il guadagno immediato di 0,68 sarebbe ottenuto senza investire un centesimo di capitale proprio.

Dovrebbe essere, ci auguriamo, a questo punto chiaro che se non ha senso usare l'interesse semplice per calcolare valori che abbiano una logica finanziaria, non ne ha neppure usarlo per determinare il tasso effettivo di un prestito: che è, per definizione, quello in base al quale sono uguali (appunto!) i valori degli impegni delle due parti. Si può scrivere in termini d'interesse semplice anziché composto l'equazione che dà il TAEG, ma la sua soluzione è un numero privo di significato.

Gli Autori sostengono che il TAEG⁶ ottenuto come appena descritto⁶ avrebbe migliori capacità informative rispetto al TAEG. Per asseverare questa loro opinione, propongono l'esempio di un prestito di 1.000 euro per 4 anni al 10% annuo, "tipo ZCB in interesse composto": il finanziato riceve 1.000 euro, e ne paga 1.464,10 dopo 4 anni. Purtroppo, questo contratto è irrealizzabile, perché anatocistico. L'esempio (su cui gli Autori

⁴ G. Leibniz (1683) *Meditatio juridico-mathematica de Interusurio simplice*, facilmente reperibile in Internet (anche in una traduzione francese).

⁵ S. Behringer (2016), *The Development of the Net Present Value (NPV) Rule – Religious Prohibitions and Its Evolution*

<https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/202456.pdf>

von Bortkiewicz L. (1907) *Wie Leibniz die Diskontierungsformel begründete*. In: Festgabe für Wilhelm Lexius zur siebzigsten Wiederkehr seines Geburtstages, G. Fischer, Jena, pp. 59 - 96.

⁶ Cfr. la nota 3.

insistono più volte) potrebbe dunque, al più, mostrare che, in alcuni casi impossibili, il TEAGis è migliore del TAEG.

Allo stesso modo: a pag. 31 dell'articolo⁷ troviamo affermato che *il TAEG espresso in regime composto non è in grado di cogliere il costo degli interessi composti su base ultrannuale e, quindi, non misura tutti i costi dell'operazione*. Non intendiamo obiettare che il TAEG, invece, li misura proprio tutti (non a caso è "globale"...), ma solo far notare che, in un'operazione di prestito, non si può dar luogo ad alcuna capitalizzazione: annuale, infra- o ultrannuale che sia. L'osservazione è dunque priva d'interesse.

Esaminiamo invece un caso reale: supponiamo che il prestito di cui sopra (1.000 euro, 10% annuo, 4 anni) si svolga secondo la modalità oggi detta *bullet*: il rimborso avviene alla fine del quart'anno, il debitore paga - fino ad allora - gl'interessi annui, ed è dunque tenuto a fornire il flusso {100; 100; 100; 1.100}. Il TAEG di questo prestito è il 10%, il suo TEAGis è l'11,45%. Ogni lettore è in grado di giudicare se, a fronte dell'obbligo di pagare 100 euro all'anno per 1.000 presi in prestito, sia più chiaro parlare di un tasso annuo del 10% o di uno dell'11,45%.

Secondo gli Autori, inoltre, il TAEG sarebbe *un indicatore di costo che sottostima il costo complessivo dell'operazione*. Per controllare se questa affermazione corrisponde a verità, consideriamo il prestito di 1.000 euro per sei mesi, al tasso annuo del 10%: il finanziato riceve 1.000 e paga 1.050. Il TAEG è il 10,25%, il TAEGis il 10%. Se il TAEG sottostima il costo, il TEAGis lo fa in misura maggiore!⁸.

4. L'irrelevanza pratica della questione.

Al di là dei fatti, argomentati nel paragrafo precedente, che l'idea di sostituire al classico TAEG il TEAGis è formalmente valida sul piano algebrico, ma indifendibile su quello matematico-finanziario, e che l'opinione essere il TEAGis "più informativo" del TAEG è, appunto, un'opinione, l'osservazione fondamentale che facciamo è che la questione è comunque di nessuna rilevanza pratica. E questa, non è un'opinione, ma una realtà.

⁷ Tutti i rinvii a pagine distinte per numero s'intenderanno, nel seguito, all'articolo: non ripeteremo pertanto più questa precisazione.

⁸ Nel par. 5 ricorderemo l'accusa (questa sì, legittima) che il tasso nominale del prestito ne sottostimi il peso reale, espresso invece dal TAEG.

Infatti, il tasso d'interesse effettivo è calcolato dopo che il prestito è stato concordato in tutti i suoi aspetti: dunque, lo si calcoli in interesse composto (come si è sempre, per ottime ragioni, fatto) o in interesse semplice (secondo la stravagante idea adombrata nell'articolo), il dovuto per interessi non cambia affatto, e il debitore non ne ritrae alcuna conseguenza.

In particolare, escludiamo nella maniera più assoluta che l'utilizzo della formula di calcolo del TAEG in interesse composto possa provocare alcun *effetto anatocistico* (come paventato a pag. 20). Se anatocismo c'è, esso ha causato una indebita lievitazione del dovuto per interessi nella fase di calcolo di questi ultimi: la quale, come appena detto, precede l'entrata in scena del tasso effettivo.

E alla domanda (pag. 27) *Siamo sicuri che il TAEG ... in regime composto, sia effettivamente in grado di misurare tutti i costi degli interessi sugli interessi collegati all'operazione?* La risposta è: interessi su interessi, se il prestito è legittimo, non ce ne sono; ma se ce ne fossero il TAEG ne darebbe pienamente conto, perché è calcolato a partire dai dati lordi complessivi ("a valle" dell'eventuale effetto anatocistico).

5. Alcune osservazioni.

Adempiamo in questo paragrafo allo sgradevole (ma, riteniamo, necessario) compito di evidenziare almeno alcune delle inesattezze che abbiamo rilevato nell'articolo, e nei testi dei Consulenti in esso citati.

Per quanto riguarda Kersten, gli è attribuita l'affermazione (pag. 8) che «*I mercati finanziari europei sono caratterizzati attualmente dalla applicazione generalizzata di un sistema di interesse composto.*». La verità, alquanto diversa, è che tutti gli operatori di tutti i mercati usano, da sempre, la legge dell'interesse composto per effettuare le loro valutazioni. Il che, non significa che quando prestano si facciano pagare interessi anatocistici.

Molto più rilevante è, però, quanto segue.

Leggiamo, dello stesso Consulente (pag. 9): «*Permettere al prestatore di non specificare che la capitalizzazione degli interessi è calcolata ad intervalli inferiori all'anno, significa pregiudicare la trasparenza;* e, nello stesso spirito (pag. 8): *Se questa trasformazione degli intervalli di capitalizzazione inferiori all'anno in intervalli annui non è chiaramente spiegata,*

il consumatore potrebbe essere ingannato.». Si allude qui al fatto che parlare, ad esempio, di tasso nominale annuo del 10% pagabile semestralmente non spiega a sufficienza che si dovrà pagare il 5% ogni sei mesi. L'osservazione, sacrosanta, è da condividere: con i dati ora elencati, il TAE⁹ (10,25%) è superiore al TAN (10%), donde l'opportunità di riferirsi a tassi effettivi anziché nominali (rimane peraltro oscura l'affermazione - ancora a pag. 9 - che questa «*sottovalutazione del tasso effettivo annuo vada sempre a vantaggio del prestatore*¹⁰»). Ben maggiore peso va però attribuito all'errore commesso nel parlare di “*capitalizzazione degli interessi*” e di “*intervalli di capitalizzazione*”: con l'eccezione ben circoscritta e rigorosamente regolamentata degli interessi passivi nei rapporti di conto corrente bancario, gl'interessi dovuti dal debitore a titolo di canone per la locazione del capitale non ancora rimborsato non sono mai capitalizzati ma, proprio al contrario, pagati.

L'errore di Kersten non è rilevato dagli Autori, che anzi lo condividono quando gli obiettano (pag. 13) «*egli non si accorge che in un prestito l'effetto della capitalizzazione si può osservare anche su base ultrannuale.*». Ripetiamo ancora: prestiti in cui si verifichi una capitalizzazione annuale, infra- o ultrannuale che sia, non ne esistono (almeno, alla luce del sole...), perché risultano anatocistici, e dunque illegittimi.

Infine: sbaglia ancora Kersten quando scrive (nota 15 dell'articolo) che «*Il tasso effettivo globale differisce dal tasso effettivo unicamente a motivo dell'inclusione, nella somma prestata K, della totalità o della maggior parte degli oneri finanziari.*». Tutti i costi di contorno (non solo la loro “maggior parte”!) vanno presi in considerazione, ma non certo “inclusi nella somma prestata”: semmai sottratti da essa (ma anche questa nostra formulazione è largamente imprecisa).

Per parte sua, Soto scrive (pag. 21) che, in un impiego in regime semplice, l'interesse *viene sempre pagato non appena viene generato*: ciò non corrisponde a verità. Nel modello matematico, l'interesse si genera istante per istante (per la nostra legge, “di giorno in giorno”): non risulta che i pagamenti avvengano mai con questa frequenza. Al contrario, e come già ricordato nel par. 3, in una tipica operazione in regime semplice gl'interessi vengono liquidati solo al termine.

⁹ Senza la “G” finale: è, qui, il tasso effettivo netto.

¹⁰ Di un'altra accusa di “sottovalutazione” ci siamo già occupati nel par. 3.

Ancora a carico di Soto va messa l'affermazione (pag. 24) «*the APR might be defined as a simple, nominal or effective rate of charge*». Se l'acronimo designa, come dovrebbe, il "tasso percentuale annuo", lo si può qualificare "nominale" o "effettivo", ma mai "semplice". Per gli Autori, invece, "APR" significa "TAEG" (pag. 20): si sentono dunque in diritto di parlare (pag. 25) di *TAEG semplice, nominale o effettivo*. Non sappiamo se restare più stupiti dall'espressione "tasso annuo effettivo globale nominale", che equivale esattamente a "peso lordo netto", o da quella "tasso annuo effettivo globale effettivo": che equivale invece a "peso lordo lordo".

A questo punto, alla domanda che nell'articolo si pone: «*se il Parlamento europeo abbia mai ricevuto dalla Commissione i documenti inediti messi a disposizione in questo lavoro*», è lecito rispondere: visto il numero di imprecisioni/errori che essi contengono, speriamo di no. L'affermazione degli Autori (pag. 11), che «*nei contratti di credito al consumo non viene quasi mai specificata l'applicazione del regime composto e ciò non consente al mutuatario di valutare correttamente le conseguenze patrimoniali dell'operazione*» porta al di fuori dei limiti di questo scritto, perché sembra ci si riferisca non al metodo di calcolo del tasso effettivo, ma a quello della determinazione degli oneri. Ricordiamo, comunque, che il regime composto è sempre usato per il primo scopo, e mai per il secondo: o il contratto risulterebbe illegittimo. E notiamo che per valutare le conseguenze patrimoniali di un'operazione basta conoscere quanto si dovrà pagare, non le modalità seguite per determinare quelle quantità.

Quanto alla frase iniziale del par. 4 dell'articolo, essa ha senso solo se riferita all'esempio teorico (anatocistico) riportato nel nostro par. 3. Eccola: «*Nel quadro appena delineato il contratto bancario strutturato con l'utilizzo dell'interesse composto, nel silenzio di qualsivoglia previsione contrattuale, appare viziato dalla circostanza che il cliente della banca viene tenuto all'oscuro circa un elemento fondamentale della prestazione a suo carico e, cioè, la modalità di calcolo degli interessi ... calcolo sensibilmente più gravoso rispetto al pagamento dell'interesse semplice*». Nessun contratto bancario reale è mai «*strutturato con l'utilizzo dell'interesse composto*», né è mai previsto il pagamento di interessi più gravosi rispetto a quelli "semplici"; la loro modalità di calcolo è facilissima e ben nota: si fa, periodo per periodo, il prodotto tra il tasso concordato e il debito ancora da rimborsare. Questo procedimento elementare è precedente alla formalizzazione del concetto di legge finanziaria, e stupisce

davvero leggerlo classificato (pag. 28) tra le «*pattuizioni complesse e di difficile intellegibilità*».

6. L'interesse semplice col pagamento periodico degli'interessi.

Abbiamo illustrato, nel par. 3, come l'interesse semplice nella sua versione "nuda e pura" sia di limitatissima applicazione; molto più frequente è la sua versione *soft*: gl'interessi si generano linearmente (è in ciò, ricordiamo, l'essenza del regime "semplice"), ma vengono resi periodicamente disponibili, per il consumo o per un nuovo investimento. E' il regime nel quale si svolgono tutti i prestiti realmente in uso.

Ritorniamo sull'argomento per contestare l'opinione degli Autori che esso produca «*lo stesso montante del regime composto*» (pag. 22). Ciò è sbagliato, anche se rappresenta un passo avanti rispetto a quando uno di essi sosteneva la sua inesistenza¹¹.

Invero, in relazione all'esempio di un prestito di 100 euro al 12%, con pagamento annuo degli'interessi e rimborso dopo 2 anni, essi parlano di un montante finale dell'operazione pari a 125,44, che è lo stesso prodotto da un impiego per due anni in interesse composto. In realtà, si perviene al loro risultato aggiungendo disinvoltamente, al prestito propriamente detto, una ulteriore e del tutto distinta operazione di investimento per un anno, al 12%, degli'interessi pagati dal debitore alla prima scadenza.

La verità è che il regime semplice con pagamento periodico degli'interessi può produrre, se si è competenti e fortunati, lo stesso montante del regime composto. Che è cosa ben diversa da quella affermata.

Del resto, gli Autori vorranno osservare che il TAEGis per il prestito è pari al 12,67%, mentre quello dell'operazione di scambio di 100 contro 125,44 dopo 2 anni è pari al 12,72%. Dovranno quindi ammettere che il TAEGis non è un buon indicatore, o che le due operazioni che essi descrivono sono sostanzialmente diverse (in realtà, sono vere entrambe le cose)¹².

¹¹ Si veda l'articolo dall'elegante titolo *Sulla modellizzazione dei prestiti: errori, nonsense e mistificazioni nello scritto di F. Cacciafesta*, a firma di C. Mari e G. Aretusi, apparso su Il risparmio, 2023, I, e citato dagli Autori. Quella Rivista ha rifiutato (senza presentare alcuna giustificazione) di pubblicare la ovvia replica, leggibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4742031.

¹² Il TAEG delle due operazioni è, per entrambe, il 10%.

