

ISSN 2704-8667
[online]

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science



con il patrocinio
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

Anno III
Numero 2-2021
MAGGIO – AGOSTO

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali
International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza
e documentazione pubblicato all'indirizzo:

URL <https://www.istituzionidirittoeconomia.eu>

Editore (*Publisher*):

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del
Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)
C.F. 95228970638

Sede, Redazione e Direzione della Rivista:

c/o IERDISAF
Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

Contatti:

Tel. (+39) 371 11 96 605
Email: redazione@istituzionidirittoeconomia.eu

Direttore Responsabile:

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

Data pubblicazione web:

AGOSTO 2021

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - EMILIO PAGANO, *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUVOLI, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck,*

*Austria - SILVIA TRIFONOVA, University of National and World Economy
Sofia, Bulgaria - MATTHIAS THEODOR VOGT, Hochschule Zittau-
Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

RAPPORTI INTERNAZIONALI

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

COMITATO DI REDAZIONE

ANGELINA CIRILLO, ROSSELLA CISCOGNETTI
MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO
JEAN PAUL DE JORIO, MARCELLA FERRANTE
MICHELE MICCOLI, SARA PIANCASTELLI

SEGRETERIA DI REDAZIONE

FRANCESCO CAMPLANI, CARMINE A. A. QUERCIA
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO

DIRETTORE RESPONSABILE

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



* * * * *

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori

dei servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

Peer review.

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

Avvertenza.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

INDICE

CONTRIBUTI E RICERCHE

STEFANO CAPACCIOLI

Note brevi sulle criptovalute..... » 3

IVAN CUOCOLO

*Considerazioni a margine della legislazione carolina a tutela del
patrimonio archeologico* » 49

PIETRO MANCINI

La monarchia nelle culture del medio e vicino oriente antico » 63

MARIA ZINNO

Appunti sulla quantificazione del danno ex art. 2486, 3° comma, c.c...... » 81

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

CARMINE A. A. QUERCIA

*Brevi notazioni sul principio del raggiungimento dello scopo nel
processo telematico tributario* (Nota a Commissione Tributaria
Provinciale di Napoli, Sez. 32, 13 luglio 2020, n. 5408 -
Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19, 22 marzo
2021, n. 2717) » 107

RECENSIONI

KLEMENS VON METTERNICH, *Il mio testamento politico*
(trad. it. di Gherardo Casini), Bonacci Editore, Roma, 1991,
pp. 32.

(a cura di PIETRO MANCINI) » 130

Contributi e Ricerche



STEFANO CAPACCIOLI *

NOTE BREVI SULLE CRIPTOVALUTE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Introduzione. - 3. Concettualizzazione e funzionamento. - 4. Dinamica del sistema. - 5. Reazioni dell'interprete. - 6. Prime riflessioni. - 7. Possibilità di interpretazione. - 8. Definizione dei nuovi attori. - 9. Approccio soggettivo. - 10. Stato attuale. - 11. Conclusioni.

1. Premessa

Il *bitcoin*, le criptovalute e le criptoattività stanno generando un forte dibattito in dottrina e tra gli operatori del settore, con ipotesi, tesi e posizioni talvolta contrastanti e contraddittorie. In tanti, forse troppi, si sono cimentati nella spiegazione del fenomeno, partendo da solide basi giuridiche, ma con fragili conoscenze tecniche. Per quest'ultimi, l'innovazione delle criptovalute¹ ha portato contraddizioni e cambi di

* Dottore Commercialista, Revisore Legale, Giornalista Pubblicista, Cultore in Informatica Giuridica Avanzata all'Università Statale di Milano.

¹ Il presente scritto si concentrerà sulle criptovalute (prevalentemente il *Bitcoin*), intese come quelle forme di criptoattività la cui funzione si esaurisce in sé stessa. Nel caso della prima criptovaluta, il *bitcoin*, il sistema decentralizzato viene denominato *Bitcoin* con la lettera maiuscola e le singole unità di conto vengono indicate con la lettera minuscola (*bitcoin*) per distinguere il sistema dall'unità di conto per evitare confusione. Per approfondimenti, dello stesso autore: S. CAPACCIOLI, (a cura di), *Criptoattività, criptovaluta e bitcoin*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, ISBN 978-88-28-82715-3, XII 9, pag. 423, S. CAPACCIOLI, G. VACIAGO, V.E. VERTUA, *Le trappole dell'Antiriciclaggio*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, ISBN 978-88-28-81455-9, pag. 106, S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: Un'analisi Giuridica*, Giuffrè Editore, 2015, ISBN 978-88-14-20698-6, XVI – pag. 288, S. CAPACCIOLI, *Voci: Bitcoin; Criptovalute; Criptoattività; Blockchain; Valute Virtuali; Wallet; Regtech; OTP; Ledger; Distributed Ledger Technologies*, in "Dizionario Legal Tech", cura di G. Ziccardi, e P.L. Perri, , Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., 2020, ISBN: 978-8828821564, S. CAPACCIOLI, *Le Criptovalute*, Capitolo XXVIII, in "Tecnologia e Diritto - Volume II" a cura di Ziccardi, G. e Perri, P.L., Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., (2019), ISBN: 978-8828810353, pp. 385-393, S. CAPACCIOLI, *La blockchain*, Capitolo XXVIII, in "Tecnologia e Diritto - Volum3 II" a cura di G. Ziccardi, e P.L. Perri, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., (2019), ISBN: 978-8828810353, pp. 371-384, S. CAPACCIOLI, M.T. GIORDANO, *Distributed ledger technology, criptoattività, blockchain e GDPR*, Capitolo 24, in "Manuale di diritto alla protezione dei dati personali", a cura di Tilli, N., Maglio, M.,

paradigmi concettuali che qualunque interprete deve necessariamente tenere in considerazione. Approfondendo emerge che la rivoluzione concettuale è talmente dirompente che il ricorso agli schemi conosciuti,

Pollini, M., Maggioli Editore, 2019, SBN-13: 978-8891631169, pag. 800, S. CAPACCIOLI, *Bitcoin e criptovalute*, Capitolo Nono in “Tutele e risarcimento nel diritto dei mercati e degli intermediari”, a cura di: G. Cassano, N. Tilli, G. Vaciago, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.a, 2018, (pp. 445-515): ISBN: 978-88-28-80411-6, S. CAPACCIOLI, *Blockchain, bitcoin and stigmery: an explanation and a new perspective for regulation*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 02/2020, ISSN 2284-4503, pp. 467-476, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3645044, S. CAPACCIOLI, *VAT & bitcoin*, su EC Tax Review, Kluwer Law, Volume 23 (2014), Issue n. 6, ISSN 0928-2750, S. CAPACCIOLI, *Aspetti operativi e ricadute giuridiche delle crypto-attività*, su Diritto di Internet, PagineGiuridica, 2019, pag. 591-599, ISSN: 2612-4491. S. CAPACCIOLI, *Rappresentazione di criptovaluta nel bilancio d'esercizio*, in Rivista del Notariato, Anno LXXII, Fasc. 6, 2018, pp. 1319-1325, ISSN 0391-1888, S. CAPACCIOLI, *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, su “Il Fisco”, n. 37/2016 Editto da Il Fisco - WKI Ipsa, pp. 3538-3544, ISSN 1124-9307, S. CAPACCIOLI, *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, su Ciberspazio e diritto, vol. 17, n. 55 (1/2 - 2016), pp. 25-46, ISSN 1591-9544, S. CAPACCIOLI, *Nota a Sentenza della Corte di Giustizia UE C-264/14*, su “Il Fisco”, n. 44/2015, pp. 4270-4277, ISSN 1124-9307, S. CAPACCIOLI *Riciclaggio, Antiriciclaggio e bitcoin*, su “Il Fisco”, n. 46/2014 Editto da Il Fisco - WKI Ipsa, pp. 4561-4569, ISSN 1124-9307, S. CAPACCIOLI, *Criptovalute, bitcoin e IVA* su “Il Fisco”, n. 27/2014 Editto da Il Fisco - WKI Ipsa, pp. 2671-2678, ISSN 1124-9307, S. CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, su “Diritto e Pratica Tributaria Internazionale”, Edizioni CEDAM, – n. 1/2014, pp. 27-68, ISSN 1826-6770; di altri autori, G. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Giappichelli, 2019, 978-88-7524446-0, G. SOANA, *Cripto-valute e riciclaggio. Modus operandi e tentativi regolatori*, Diritto di Internet, 4, pp. 671-680, F. DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2018, 86, R. HOUBEN, A. SNYERS, *Cryptocurrencies and Blockchain: Legal Context and Implications for Financial Crime, Money Laundering and Tax Evasion*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2018, R. LUCEV, F. BONCOMPAGNI, *Criptovaluta e profili di rischio penale nell'attività degli exchanger*, in GiurisprudenzaPenaleWeb, 2018, I. BIXIO, *Valute virtuali e adempimenti antiriciclaggio: riflessi sui soggetti obbligati*, nuovi e non, Corriere Tributario, 34, 2017, R. HOUBEN, A. SNYERS, *Crypto-assets – Key developments, regulatory concerns and responses*, Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, European Parliament, Luxembourg, 2020, J. G. ALLEN, M. RAUCHS, A. BLANDIN, K. BEAR, *Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets*, October 15, 2020, Cambridge Center for Alternative Finance, CCAF Publications, 2020, F. DAILATI, *Cripto-valute e abusivismo finanziario: crypto-analogia o interpretazione estensiva*, Sistema Penale, 1/2021, pp. 37-70.

pur portando interprete e lettore in una area di comfort, risulta infeconda.

L'interprete deve cedere il passo alla tecnica, conoscere le determinanti, il funzionamento tecnico effettivo, in assenza del quale rischia di creare torri di avorio.

Le criptovalute hanno rivoluzionato il paradigma corrente attraverso decentralizzazione e disintermediazione: non esiste più in questo sistema un ente centrale, un soggetto di ultima istanza, un demiurgo, un centro di comando o, addirittura neanche un gruppo di persone.

Tale aspetto può apparire poco rilevante, volendosi concentrare sulle manifestazioni estrinseche: tale analisi denota i suoi limiti, dato che il diritto è stato costruito su alcuni archetipi fondamentali, vale a dire la distinzione tra *personae*, *res*, *actiones* e molte normative ne richiedono la necessaria presenza.

A ben osservare, le caratteristiche estrinseche delle criptovalute, valutate in senso statico, ingannano, conducono verso lidi confortevoli: appena viene introdotta la dinamicità, tali certezze si dissolvono come neve primaverile al sole.

Occorre quindi entrare nella tecnicità e comprendere ciò che è diverso perché nasce diverso, poiché il differente paradigma porta a livelli diversi di comprensione.

La dottrina, nell'affrontare le nuove forme relazionali derivanti dall'avvento di *internet* e del *World Wide Web*, ha discusso su possibili riformulazioni degli schemi tradizionali di diritto privato², con risultati soddisfacenti, essendo sempre presente una piattaforma, un intermediario, un prestatore di servizi. La rete permette nuove forme di comunicazione, pur mantenendo inalterata la struttura relazionale tra gli individui.

Nel sistema delle criptovalute il punto centrale diventa non indispensabile, con un diverso sistema relazionale, di identità e di consenso.

² F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; F. GALGANO, *Prefazione. Il volto giuridico della globalizzazione* e G. Alpa, *Postfazione*, entrambi in "Il contratto telematico", a cura di Ricciuto e Zorzi, in Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ., diretto da F. Galgano, Padova, 2002, vol. XXVII.

In tale paradigma, l'atteggiamento sintetico che riteneva sufficiente, “*la fisica di un ignorante, quella che si mostra negli effetti e nelle applicazioni, non quella che ricerca le cause e le leggi*”³, non è adeguato, anzi diventa sbrigativo, dato che “l'informatica di un ignorante” potrà portare solamente a soluzioni incomplete e fuorvianti.

2. Introduzione

Nel mondo delle criptovalute, l'elemento di rottura consiste nella presenza di un sistema decentralizzato e disintermediato che scambia, come vedremo, mere stringhe di testo senza alcun valore.

Tale punto di partenza deve essere tenuto in considerazione poiché le criptovalute nascono senza alcuna materialità e senza alcun valore, intrinseco o estrinseco, facendo venire meno sia la possibilità di apprensione sia quella di valorizzazione.

Non solo: le regole di “dominio” e di “trasferimento” sono diverse rispetto al sistema “materiale”: non vi è un bene, un credito, un debito, un titolo con la conseguente assenza di punti di riferimento e di appiglio che sgomenta. Purtuttavia il sistema ha un suo funzionamento con possibilità di apertura di ordinamenti giuridici paralleli, realizzando il pensiero di Santi Romano⁴.

A ben osservare, la struttura delle criptovalute si sviluppa in una area, protetta dalle Costituzioni moderne, in cui l'individuo può muoversi senza che lo Stato possa ingerirsi, poiché in tali zone non esiste né valore né relazioni né questioni rilevanti, ma esclusivamente forme di comunicazione e di relazione sociale, senza di per sé alcun valore, senza alcun sottostante. Tali zone fuori dal controllo statale permettono la creazione di comunità virtuali le cui regole di funzionamento possono porsi fuori dei normali schemi concettuali, anche da quelli del diritto privato che presuppongono l'assiomatica distinzione, derivante dal diritto romano (Gaio, *Institutiones*), in *res*, *personae* e *actiones*. Il sistema delle criptovalute supera, di fatto, tale distinzione, confondendo la transazione e l'oggetto della transazione, e finanche lo stesso individuo

³ P. BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione dell'elettricità*, in Riv. dir. Comm., 1904, 497 citato in G. BEFANI, *Contributo allo studio sulle criptovalute come oggetto di rapporti giuridici*, In Il diritto dell'economia, anno 65, n. 100 (3 2019), pp. 203-243.

⁴ S. ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, 1946.

che diventa un concetto ambiguo: in tale maniera le stesse *res, personae* e *actiones* si sfumano, si confondono, si mescolano, diventando quasi indistinguibili, ancorché non totalmente.

3. Concettualizzazione e funzionamento

L'assenza dell'ente centrale e la presenza di un'organizzazione senza organizzatore determina la necessaria rivisitazione e rivalutazione del sistema interpretativo attuale. L'interprete si trova di fronte ai propri *bias* cognitivi, inquinando la percezione e la comprensione dello strumento, attraverso una cecità disattenta di ciò che è sotto gli occhi.

Secondo alcuni semiologi, *“L'uomo vive in un mondo significante. Per lui il problema del senso non si pone, il senso è posto, s'impone come un'evidenza, come una "sensazione di compresenza" del tutto naturale”*⁵, quindi occorre cercare di scomporre il fenomeno per poterne avere successo attraverso una sua comprensione.

Il passo da compiere è quello di comprendere la genesi e il collocamento di questo nuovo sistema nell'ordinamento giuridico nazionale e sovranazionale, rilevando come le criptovalute nascano e si sviluppino fuori dal conosciuto e dal controllabile, usando un varco costituito dal diritto di comunicazione tra individui. In questa area “libera” si innesta l'innovazione concettuale delle criptovalute, con la creazione di comunità virtuali e interrelazioni autonome scisse da strutture fisiche o sociali che non siano la mera trasmissione di dati.

La volontà di creazione di un sistema che non richieda un emittente, un controllore ovvero un ente terzo costruito in maniera totalmente decentralizzata resistente, resiliente e che permetta lo scambio diretto, sicuro, senza delegare tale ruolo all'esterno del rapporto, si sviluppa nelle comunità criptoanarchiche e cypherpunk⁶, movimenti di attivisti del software libero e della riservatezza delle comunicazioni sorti alla

⁵ A. J. GREIMAS, *Del senso*, traduzione di Stefano Agosti, Bompiani, Milano, 1974, ISBN 88-452-2502-X.

⁶ U. W. CHOHAN, *Cryptoanarchism and Cryptocurrencies*, 27.11.2017 su <https://ssrn.com/abstract=3079241>, MAY, T., *The Crypto Anarchist Manifesto* del 22.11.1992, su <http://nakamotoinstitute.org/crypto-anarchist-manifesto/>, DAI, W., B-money, <http://www.weidai.com/bmoney.txt>.

fine degli anni 80, congiuntamente allo sviluppo delle prime comunità virtuali.

La comprensione deve essere approcciata su due diversi livelli in maniera progressiva: uno tecnico-statico, che afferisce alle soluzioni informatiche individuate per il funzionamento, ed uno sociale-dinamico, che rimanda alla nascita e allo sviluppo del sistema.

Tutte le esperienze pre-*bitcoin* di valute virtuali e/o digitali prevedevano la presenza di un ente centrale che nello scambio gestiva il *database* con il bilancio e i dati degli utenti: per trasferire le unità di conto (moneta) l'utente si autenticava presso l'ente centrale (in tal caso un *server*) e richiedeva il trasferimento ad un altro utente⁷. Il sistema centralizzato diminuiva dell'importo richiesto il conto dell'utente ed incrementava il conto dell'altro utente, garantendo che durante il trasferimento non venissero mai generate o distrutte unità di conto.

L'eliminazione del punto centrale (*server*) genera il problema dell'autenticazione, vale a dire il problema di garantire che solo quell'utente sia in grado di essere riconosciuto come tale dal sistema, per poi poter trasferire le proprie disponibilità. L'autenticazione in rete rimanda all'identità digitale, proiezione informatica di quella fisica, attraverso un sistema deterministico in cui si verifica l'univocità del dato, con la necessità susseguente di costosa protezione di tutto il procedimento.

L'identificazione in un sistema senza un ente centrale appariva impossibile da raggiungere: solo la crittografia a doppia chiave asimmetrica (privata e pubblica)⁸ ha permesso di superare questo

⁷ A. NARAYANAN, J. BONNEAU, E. FELTEN, A. MILLER, S. GOLDFEDER, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies*, Princeton University Press, 2016.

⁸ La crittografia asimmetrica è conosciuta come crittografia a coppia di chiavi, a chiave pubblica/privata o a doppia chiave, ed è un tipo di crittografia dove ad ogni attore è associata una (i) chiave pubblica, che deve essere distribuita e una (ii) chiave privata, appunto personale e segreta.

In tale maniera lo scambio della chiave utile alla cifratura/decifratura superando i rischi insiti nella crittografia simmetrica connessi allo scambio della chiave.

Nella crittografia asimmetrica, se con una delle due chiavi si cifra (o codifica) un messaggio, allora quest'ultimo sarà decifrato solo con l'altra.

In un sistema di crittografia a chiave pubblica, chiunque può cifrare un messaggio usando la chiave pubblica del destinatario, ma tale messaggio può essere decifrato solo con la chiave privata del destinatario.

ostacolo. Ovviamente la protezione della singola chiave privata viene lasciata alla responsabilità dell'utente.

Nel paragrafo *Privacy* del *white paper* di Satoshi Nakamoto viene spiegata la necessità di impedire la riconducibilità al singolo individuo.

“Il modello bancario tradizionale riesce ad assicurare una certa privacy limitando l'accesso alle informazioni ai soli soggetti coinvolti, oltre che al terzo garante. La necessità di annunciare tutte le transazioni pubblicamente impedisce questo metodo, tuttavia si può ancora mantenere la privacy interrompendo il flusso di informazioni in un altro punto: mantenendo anonime le chiavi pubbliche. Tutti possono vedere che qualcuno sta spendendo un importo a qualcun altro, ma senza poter legare le informazioni della transazione a un soggetto particolare. Ciò è simile al livello di informazione pubblicato dalle borse valori, dove il momento e la dimensione delle singole transazioni, il "nastro", viene pubblicato senza dire chi erano i soggetti coinvolti.

Come ulteriore protezione, si dovrebbe utilizzare una nuova coppia di chiavi per ciascuna transazione, in modo da evitare che diverse chiavi siano riconducibili ad un unico proprietario. Alcuni collegamenti sono ancora inevitabili nel caso di transazioni molteplici, che necessariamente rivelano che i loro punti di partenza erano posseduti dallo stesso proprietario. Il rischio è che se viene rivelato il proprietario di una chiave, i collegamenti possano rivelare altre transazioni fatte dallo stesso proprietario.”.

La conoscenza di tale chiave è uno degli elementi basilari del sistema, il suo vantaggio e il suo punto debole allo stesso tempo. La chiave privata genera quindi una proiezione univoca dell'individuo sul sistema delle criptovalute e tale proiezione può essere qualificabile quale identità digitale e, conseguentemente, tutelabile anche con sanzioni penali (494 c.p. e 640-ter c.p.)⁹.

In tale sistema deve essere computazionalmente facile per un utente generare una coppia di chiavi pubblica e privata da utilizzare per cifrare e decifrare, mentre la robustezza è direttamente proporzionale alla difficoltà di ricostruire la chiave privata corrispondente alla chiave pubblica.

La sicurezza dipende, poi, solo dal mantenere la chiave privata segreta, mentre la chiave pubblica può essere pubblicata senza compromettere la sicurezza.

La crittografia a chiave pubblica viene utilizzata come metodo per assicurare la riservatezza, l'autenticazione e il non ripudio delle comunicazioni e per la memorizzazione dei dati, e quindi anche per una forma di identità.

⁹ Art. 494 Codice Penale - Della falsità personale.

La soluzione dell'identità con la crittografia non è sufficiente per risolvere i trasferimenti di valore: per questo le criptovalute non funzionano in maniera tradizionale, né hanno unità di conto separate dalla base di dati in cui sono contenute né tantomeno vi è una netta separazione tra i soggetti partecipanti a una transazione. Il sistema si basa sulle transazioni non spese e non sulle quantità, con la logica conseguenza che *res* e *actiones* sono "confuse": ogni transazione è divisibile o aggregabile ad altre, in una nuova transazione.

Il sistema si basa sulle transazioni non spese ed i *bitcoin* esistono come mere registrazioni.

Dal paragrafo "2. Le Transazioni" del *white paper* di Satoshi Nakamoto: *"Definiamo come valuta elettronica (bitcoin) una catena di firme digitali. Ciascun proprietario trasferisce valuta al successivo firmando digitalmente un hash della transazione precedente e la chiave pubblica del proprietario successivo e aggiungendo le stesse alla fine della valuta. Colui che riceve un pagamento può verificare le firme digitali per validare la catena di proprietà."*

I *bitcoin* non "esistono" di per sé: non ci sono *bitcoin* fisici, né i proprietari di *bitcoin* hanno un "account". Invece, c'è una base di dati, organizzata a blocchi, di tutte le transazioni che hanno avuto luogo tra indirizzi *bitcoin*¹⁰.

1. Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino ad un anno(6).

Art. 640-ter c.p. Frode informatica.

1. Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da lire centomila a due milioni.

2. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire seicentomila a tre milioni se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del secondo comma dell'articolo 640, ovvero se il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

3. La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti.

¹⁰ L'indirizzo pubblico, derivato dalla chiave pubblica, è una stringa di lunghezza variabile utilizzata per ricevere trasferimenti di criptovaluta: praticamente è l'informazione necessaria e sufficiente per permettere al disponente di una transazione di indirizzarla correttamente, per trasferire la possibilità di disporre.

Gli indirizzi *Bitcoin* vengono quindi utilizzati solo ed esclusivamente per ricevere pagamenti, ma non per inviarli: in *Bitcoin* non esiste il concetto di indirizzo "da" un indirizzo. Orbene dato che *Bitcoin* non ha un "indirizzo del mittente", il sostituto più vicino in pratica è l'indirizzo di ricezione precedente.

Satoshi Nakamoto nel paragrafo "9. *Aggregare e Suddividere Valore*" evidenzia la soluzione tecnica sottostante alle transazioni:

"Anche se fosse possibile movimentare le monete individualmente, non sarebbe saggio effettuare una transazione separata per ogni centesimo coinvolto in un trasferimento. Per far sì che il valore possa essere aggregato e suddiviso, le transazioni contengono molteplici input ed output. Normalmente ci sarà un singolo input a partire da una grande transazione precedente o più input che raggruppano quantità più piccole, e al massimo due output: uno per il pagamento, e uno per dare un eventuale resto al mittente."

Per spiegare tale soluzione nel funzionamento di *Bitcoin* è necessario esemplificare:

Tizio vuole inviare 1 *bitcoin* a Caio.

Per fare ciò, usa la sua chiave privata per "firmare" un messaggio con i dettagli specifici della transazione. Questo messaggio, che deve essere trasmesso alla rete, conterrà quanto segue:

- *INPUT*: Il messaggio contiene le informazioni sui *bitcoin* precedentemente inviati all'indirizzo di Tizio. Ad esempio, immagina che Tizio abbia ricevuto in precedenza 0,6 *bitcoin* da Sempronio e 0,6 *bitcoin* da Mevio. Ora, per inviare 1 *bitcoin* a Tizio, sono presenti due *input*: un *input* di 0,6 *bitcoin* in precedenza da Sempronio e un *input* di 0,6 *bitcoin* in precedenza da Mevio, dato che deve "spendere" tutta la transazione.

- *OUTPUT*: In questo caso, l'importo che Tizio vuole inviare è di 1 *bitcoin*, quindi avrà due indirizzi cui sono inviati i *bitcoin*, di cui il primo di 1 *bitcoin* (0,6 *bitcoin* + 0,4 *bitcoin*) all'indirizzo pubblico di Caio e il secondo di 0,2 *bitcoin* restituito a Tizio, che lo potrà spendere di nuovo.

Quindi la transazione contiene la quantità, e nel caso in cui si intenda trasferire una quantità inferiore occorrerà dividere quella transazione in due parti, di cui il "resto" da inviare ad un indirizzo sotto il controllo del mittente stesso. Tale aspetto confonde ulteriormente le capacità analitiche dall'esterno, dato che tutte le transazioni appariranno uguali,

mentre in realtà ve ne è un flusso che rientra verso lo stesso individuo che le trasferisce.

Ogni transazione contiene, quindi, almeno un indirizzo di destinazione, l'ammontare di criptovaluta trasferita (nel *bitcoin* è espresso in *satoshi*, unità minimale) e le istruzioni per poterne disporre (lo *script*).

La criptovaluta altro non è che quel numero associato a quella transazione in quel determinato blocco inserito nel registro pubblico, con la logica conseguenza che quella informazione è presente esclusivamente nella *blockchain* (base di dati) e non è fisicamente né tantomeno logicamente riferibile a nessuno.

Il sistema di identificazione e trasmissione si basa, quindi, su tre elementi:

1. chiave privata, conosciuta esclusivamente dal soggetto, utilizzata per la firma delle transazioni;
2. chiave pubblica, derivata asimmetricamente dalla chiave privata, conosciuta da terzi solo in fase di firma di transazione;
3. indirizzo pubblico, derivato dalla chiave pubblica e costituente l'unica informazione pubblica e nota ai terzi, cui vengono associate le criptovalute.

Le chiavi vengono usate attraverso il *wallet*, insieme degli strumenti e delle soluzioni utilizzate per la gestione delle stesse e per generare gli indirizzi. Il *wallet* non va confuso con l'indirizzo (*address*), dato che il *wallet* è una soluzione per amministrare uno o più indirizzi e che permette d'inviare e ricevere transazioni, mentre l'indirizzo è la singola unità di ricezione ed invio, né tantomeno ha alcun senso considerare un trasferimento di criptovaluta, come spostamento di quantità tra un *wallet* ed un altro.

Tutte le transazioni sono pubbliche e sorge l'ulteriore problema, relativamente all'ordine delle transazioni e ad una forma di consenso per evitare che la stessa quantità possa essere spesa due o più volte: il metodo con cui raggiungere il consenso è l'attività più complicata in un sistema decentralizzato.

Nel sistema centralizzato la fiducia è riposta nell'ente centralizzato, soprattutto per la sua capacità di protezione da manomissioni quale garanzia dei partecipanti. In tali casi il dato viene (i) registrato, (ii) protetto (iii) sorvegliato, (iv) trattato e (v) modificato dall'ente centrale

attraverso le regole di cui si doterà con tecniche di conservazione dei dati chiuse, ad accesso controllato e con protocolli per la modifica. L'insieme dei dati, il *database*, potrà essere conservato in un singolo "nodo", replicato o distribuito in vari "nodi", sempre con logica "chiusa", soggetta ad autorizzazione.

Il passaggio ad un sistema decentralizzato porta, quindi, con sé la difficoltà di individuare un sistema di consenso sui dati e sulle modifiche in assenza di un ente centrale, senza un ente di ultima istanza.

La creazione di un protocollo di trasmissione tra utenti deve generare fiducia, dalla formalizzazione del sistema al procedimento di raggiungimento del consenso. Quest'ultimo deve essere praticamente immutabile, vale a dire, qualunque modifica non può e non deve essere fatta, non essendoci un ente centrale responsabile per le modifiche successive.

Il *Bitcoin* individua un sistema ingegnoso, combinando numerose tecnologie e tecniche, per avere il consenso sul dato: tutti i nodi (*peer*), superando la necessità di un'autorità centrale che fornisca il servizio di camera di compensazione (*clearing house*), verificano e liquidano tutte le transazioni.

Ogni nodo ha l'intero registro delle transazioni (una specie di base dati), quindi pubblico e autentico, nella forma di una *blockchain*, una catena di blocchi di transazioni legate le une alle altre.

Il meccanismo decentralizzato consiste, però, in un sistema emergente, vale a dire senza l'esistenza di un momento individuato o individuabile o un sistema elettivo. L'interazione asincrona di migliaia di nodi indipendenti (*full node*) genera consenso attraverso semplici regole condivise che consistono in:

- Verifica di ogni transazione trasmessa seguendo determinati criteri;
- Aggregazione di tali transazioni in nuovi blocchi, attività svolta dai *miners* (nodi che uniscono tali transazioni attraverso un algoritmo di *proof-of-work*). L'algoritmo di *proof-of-work* consiste nell'individuare un risultato crittografico costoso da raggiungere ma facile da verificare. Nel blocco viene inserita anche una transazione verso l'*address* del *miner* che costituisce il premio (incentivo) per aver risolto la sfida crittografica, congiuntamente alle *fees* volontarie.

- Verifica formale dei nuovi blocchi da ogni nodo, con l'unione dell'ultimo alla catena di blocchi.

- Selezione della catena di blocchi più lunga, quindi con più calcolo cumulativo, quale catena che raggiunge il consenso.

È immediato comprendere come tale sistema di consenso emergente non abbia alcuna tutela teorica di completezza, dato che non esiste il momento del consenso, che quindi non è collocabile in un determinato “momento”, ma solamente in un determinato spazio temporale.

Detto aspetto genera perplessità da un punto di vista del diritto, dato che la transazione non è immediatamente immutabile da un punto di vista teorico, ma lo è da un punto di vista pratico data la sua irretrattabilità: la transazione non è generata né autorizzata da tale sistema di consenso: il protocollo è relativo esclusivamente alla tenuta del *database*, che segue quindi questo meccanismo di consenso emergente.

La transazione, in realtà, altro non è che un messaggio tra i due pseudonimi generati in fase di autenticazione dell'identità, messaggio che viene firmato attraverso il sistema di crittografia asimmetrica.

Transazione e quantità oggetto della stessa sono la stessa cosa, senza alcuna distinzione. Non esiste una quantità di criptovaluta, bensì un messaggio non speso che determina la possibilità per il soggetto di trasferirlo, messaggio che contiene e costituisce la quantità, peraltro divisibile e sommabile. Il messaggio contiene la firma di sblocco del precedente destinatario pseudonimo, con catena delle quantità che può essere ricostruita fino all'origine della stessa, origine che si trova nel blocco risolto dal *miner*.

Tale meccanismo risolve il problema del *double-spending*, vale a dire la certezza che deve avere il ricevitore relativamente al fatto che il mittente non abbia inviato l'unità di conto a più persone.

La rete prevede degli incentivi perché i *miners* non possono svolgere detto lavoro senza remunerazione. Alla creazione di ogni blocco corrisponde una ricompensa in *bitcoin* remunerando i *miners* per il lavoro svolto tramite emissione di nuove unità di conto. La quantità di *bitcoin* emessi per la soluzione di un blocco è predeterminata e si riduce geometricamente col passare del tempo, dimezzandosi ogni 210.000 blocchi (circa ogni 4 anni). Il *miner* può essere anche incentivato dalla *fee*, una sorta di commissione che il mittente può pagare per velocizzare l'inserimento della propria transazione nel blocco.

4. *Dinamica del sistema*

L'analisi tecnico-statica evidenzia delle determinanti sconosciute da approfondire: eppure è necessario recuperare la parte sociale-dinamica per comprendere il funzionamento, che ulteriormente sconvolge: il *bitcoin* è il primo esempio di sistema di criptovaluta decentralizzato e disintermediato funzionante.

La ricerca del punto di innesco della dinamica diventa attività fondamentale per la comprensione in quanto nei sistemi di interazione umana, è sempre presente la figura di un coordinatore, di un organizzatore, di un ente di ultima istanza, anche perché occorre prevedere un metodo di soluzione dei conflitti ovvero delle inadempienze.

Il sistema delle criptovalute prescinde da tale aspetto: è un sistema autonomo, organizzato e perfettamente funzionante, senza un elemento centrale.

Orbene, in ogni caso, un elemento organizzativo che pone ordine è necessario, anche se non dovesse basarsi né su un consenso, né su un contratto, né su un accordo né tantomeno su una gerarchia.

In tali sistemi, l'elemento organizzativo è costituito da un'istruzione, da uno *script*: un elemento che permette ai singoli che partecipano di generare il sistema organizzato

L'organizzazione non è quindi spontanea né tantomeno auto-organizzata, ma generata da quell'elemento aggregante del comportamento del singolo che segue l'istruzione, dando alla luce una organizzazione senza organizzatore.

Tale aspetto coglie di sorpresa ed occorre recuperare schemi concettuali da altri campi¹¹ per poter abbozzare un modello di riferimento.

Gli unici sistemi conosciuti che sono dotati di un'autonomia senza alcun elemento centrale, sono costituiti dai sistemi auto-organizzati nei quali un'azione complessa deriva da un'intelligenza collettiva, come accade in natura nel caso di colonie di insetti o stormi di uccelli, oppure banchi di pesci, o mandrie di mammiferi.

¹¹ W. J. J. GORDON, *Synectics: The Development of Creative Capacity*, London, Collier-MacMillan, 1961.

Gli studi su tali sistemi hanno delineato alcune caratteristiche ed elementi in comune, studi iniziati con la *swarm intelligence*¹² (traducibile come *intelligenza dello sciame*), termine coniato per la prima volta nel 1988 e che può essere definita come la “*proprietà di un sistema in cui il comportamento collettivo di agenti (non sofisticati) che interagiscono localmente con l'ambiente produce l'emergere di modelli funzionali globali nel sistema*”¹³.

Tali sistemi sono caratterizzati dai seguenti elementi:

- (i) ogni unità del sistema dispone di “capacità limitate”;
- (ii) ogni unità del sistema non conosce lo stato globale del sistema e;
- (iii) è del tutto assente un ente coordinatore (ad esempio in uno sciame di api, l'ape regina non coordina l'attività delle altre api).

Gli studiosi hanno individuato nel *feromone*, un elemento fondamentale per il funzionamento dei sistemi autorganizzati. Il termine deriva dall'unione dei termini greci *phero* “portare” e *orme* “eccitamento”, nome dato a sostanze biochimiche (definibili anche semiochimiche¹⁴) emesse dagli organismi viventi che generano, al contatto da parte di singoli della stessa specie, comportamenti e reazioni fisiologico-comportamentali¹⁵.

¹² G. BENI - J. WANG, J., *Swarm Intelligence in Cellular Robotic Systems*. Proceed. NATO Advanced Workshop on Robots and Biological Systems, Tuscany, Italy, June 26–30 (1989), E. BONABEAU - M. DORIGO - G. THERAULAZ, *Swarm Intelligence: From Natural to Artificial Systems*, Oxford University Press, Oxford, 1999, H. MARSH, *Binding Chaos: Mass collaboration on a global scale*. CreateSpace, Independent Publishing Platform. ISBN 9781489527684, Bonabeau, Eric, ed. (Spring 1999) "Special issue on Stigmergy". Artificial Life. MIT Press. 5 (2). ISSN 1064-5462, D J MARGERY – L. MARSH, *Special issue: Stigmergy in the Human Domain*, Cognitive Systems Research. Elsevier. 21: 1-74. ISSN 1389-0417

¹³ G. BENI - J. WANG, J., *Swarm Intelligence in Cellular Robotic Systems*. Proceed. NATO Advanced Workshop on Robots and Biological Systems, Tuscany, Italy, June 26–30 (1989).

¹⁴ Semiochimico (dal greco antico *σημειον semeion* "segnale"), nome dei composti chimici che regolano le interazioni tra gli organismi viventi, in grado di determinare modificazioni di carattere etologico, fisiologico o anatomico. I semiochimici vengono classificati in due gruppi: feromoni e allelochimici, quest'ultimi classificati in relazione all'interazione tra il ricevente il segnale e l'emittente.

¹⁵ Si veda: S. CAPACCIOLI, (a cura di), *Criptoattività, criptovaluta e bitcoin*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, ISBN 978-88-28-82715-3, XII 9, pag. 423, S. CAPACCIOLI, M.T. GIORDANO, *Distributed ledger technology, cryptoattività, blockchain e GDPR*, Capitolo 24, in "Manuale di diritto alla protezione dei dati personali", a cura di Tilli, N., Maglio, M., Pollini, M., Maggioli Editore, 2019, SBN-13: 978-8891631169, pag. 800, e S.

Traslando questi elementi ad un sistema totalmente decentralizzato è possibile individuare, quale elemento aggregante, un *feromone virtuale* che permette agli individui di comunicare senza una struttura organizzata, inducendo determinati comportamenti, anche se le traiettorie generate non sono prevedibili né determinabili, essendo generate da un insieme di meccanismi dinamici di basso livello senza, peraltro, essere esplicitamente codificate a livello individuale.

Il feromone virtuale è individuabile nella parte del codice che:

- (i) consente agli individui di comunicare tra loro senza alcun controllo centrale o senza alcuna struttura organizzata e;
- (ii) induce determinati comportamenti.

Il feromone virtuale facilita quindi l'interazione tra gli utenti e se tale interazione genera un coordinamento comune, creando una rete, anche instabile, l'ambiente iniziale è stato modificato creando un fenomeno di *stigmergia virtuale*, fenomeno che è indipendente dal successo o meno della rete creata: la sola nascita del sistema determina questo fenomeno.

La capacità di sopravvivenza della nuova organizzazione modificante l'ambiente virtuale è il fattore chiave del suo successo; da un punto di vista teorico, l'elemento base è la sua nascita, il solo fatto che anche per un solo momento è esistito.

L'istruzione contenuta nel codice è semplice, facile e senza alcun disegno esplicito del sistema; l'attività virtuale messa in atto induce gli altri a porre in essere determinati comportamenti che generano interazioni. Queste si muovono in modo imprevedibile e indeterminabile perché è impossibile comprendere il sistema risultante dall'analisi del codice o dal comportamento a livello individuale: è come cercare di capire un essere umano partendo dal suo DNA o una comunità analizzando un singolo individuo.

L'individuo che agisce, seguendo il feromone virtuale, non è quindi né a conoscenza della rete globale, né del contributo delle altre parti, e non è nemmeno consapevole del proprio contributo alla rete, agendo senza alcuna consapevolezza e seguendo il feromone virtuale.

CAPACCIOLI, *Blockchain, bitcoin and stigmergy: an explanation and a new perspective for regulation*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 02/2020, ISSN 2284-4503, pp. 467-476.

Il *Bitcoin* si sviluppa e vive su una rete *peer-to-peer*¹⁶ che permette un sistema di comunicazione tra individui senza un ente centrale, senza una piattaforma di proprietà di qualcuno, bensì basandosi esclusivamente sulla standardizzazione del protocollo di scambio dei dati.

Il feromone virtuale alla base dello sviluppo è contenuto nell'algoritmo (*Bitcoin core*¹⁷) che ha generato energia imitativa e ha permesso lo sviluppo organizzato del sistema, orientando il comportamento degli individui (nodi).

Le criptovalute (ed il *Bitcoin* in particolare) nascono intorno al proprio algoritmo, feromone virtuale, che auto-organizza l'intero sistema intorno alla catena più lunga e alla fiducia generata in un ambiente decentralizzato¹⁸.

Il *Bitcoin* può essere visto come il risultato di tali semplici regole di comportamento non codificate a livello individuale che permettono la costruzione di una rete per scambiare valore decentralizzata.

È indubbio che tale forma di organizzazione senza organizzatore (o di monopolio senza un monopolista¹⁹) generi un nuovo paradigma estremo in cui il comportamento individuale non ha nemmeno la consapevolezza né tantomeno l'intenzione di porre in essere azioni

¹⁶ Vedi sopra.

¹⁷ Bitcoin Core è un software gratuito e open source che funge da nodo bitcoin (l'insieme dei quali forma la rete Bitcoin) e fornisce un wallet bitcoin che verifica le transazioni. Inizialmente, il software è stato pubblicato da Satoshi Nakamoto con il nome "Bitcoin", e in seguito ridenominato in "Bitcoin Core" per distinguerlo dalla rete. Vedi A. M. ANTONOPOULOS, *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, O'Reilly Media, Inc. pp. 31–32. ISBN 1491902647, 2014.

¹⁸ Interessante l'analisi dello sviluppo del prezzo e delle quotazioni del bitcoin in G. LEMME - S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 43, 2016. È evidente che per 10 mesi il bitcoin non ha avuto alcuna quotazione né alcun valore, fino alla prima transazione del 12.10.2009, anche se le prime quotazioni sono della metà del 2010, quindi dopo 18 mesi. Quindi la stigmurgia, il comportamento imitativo era già presente da oltre 18 mesi, con generazione della costruzione che costituisce l'ossatura del bitcoin, basata sul feromone virtuale.

¹⁹ G. HUBERMAN - J. D. LESHNO - C. MOALLEMI, *Monopoly without a monopolist: An economic analysis of the bitcoin payment system*, Research Discussion Papers 27/2017, Bank of Finland.

tendenti ad un fine, quanto di partecipare ad un sistema sulla base di imitazione o di rinforzi positivi o negativi.

Il *white paper* di Satoshi Nakamoto e il rilascio della prima versione dell'algoritmo hanno dimostrato che era possibile creare una rete decentralizzata, permettendo numerosi tentativi per migliorare i protocolli, la rete o talvolta per massimizzare la propria utilità.

Le evoluzioni sono avvenute attraverso *forks*²⁰, creazione di nuove *altchain* e *altcoin*, attraverso modifiche all'algoritmo (feromone virtuale).

Le modifiche all'algoritmo originano dagli sviluppatori che non possono imporle, ma solo suggerirle attraverso una proposta di modifica.

Tali proposte possono essere accettate o rifiutate tramite consenso dei partecipanti; purtroppo nel caso in cui il consenso non venga raggiunto è possibile che alcuni le accettino ed altri le rifiutino dando vita ad una biforcazione (*fork*), con la scissione in due sistemi differenti. In altri casi gli sviluppatori propongono un nuovo *script*, un nuovo algoritmo che, se usati, possono dare vita a sistemi alternativi nella forma di *AltChain*.

L'ecosistema si evolve con una nuova forma di darwinismo virtuale con accettazione e consenso su alcuni algoritmi piuttosto che su altri, e quindi la creazione di varie criptovalute, in concorrenza tra loro.

Il passare del tempo e la presenza di migliaia di protocolli ha determinato che ottenere il consenso su nuovi protocolli decentralizzati diventi sempre più difficile e a tal fine, per sviluppare nuove applicazioni ed innovazioni, senza dover passare dalla creazione di una nuova rete/algoritmo, sono stati introdotti i *token*, rappresentazioni

²⁰ In un sistema decentralizzato l'algoritmo deve avere l'accordo della comunità: qualora vi siano divisioni nel consenso si ha un *fork* (termine ripreso dallo sviluppo del *software open source* intendendo un nuovo progetto software che parte dal codice sorgente di un altro già esistente, a opera di un programmatore), biforcazione che può assumere la forma *hard fork* e *soft fork*.

Semplificando, l'*hard fork* è una biforcazione (scissione) senza retrocompatibilità, vale a dire che esiste una frattura dei due algoritmi che renderanno impossibili/incompatibili scambi di dati tra i due sistemi, mentre nel *soft fork*, la retrocompatibilità è mantenuta, con la possibilità per i nodi non aggiornati di elaborare transazioni e aggiungere blocchi.

digitali costruite su un sistema già esistente: un sistema centralizzato sopra uno decentralizzato!²¹

5. *Reazioni dell'interprete*

La situazione descritta, sia nella fase statica sia in quella dinamica, rende l'interprete disarmato e con pochi punti di riferimento portando verso tre possibili soluzioni interpretative:

1. Scorciatoia concettuale.
2. Elaborazione di una nuova categoria concettuale.
3. Frammentazione.

La scorciatoia concettuale consiste nella via di fuga utilizzata per non affrontare la parte tecnica e la rivoluzione del cambio di paradigma: inizialmente è stata sottolineata l'illegalità dello strumento, concentrando le attenzioni sul “presunto” utilizzo criminale con conseguente disinteresse da parte dell'interprete²² sulle eventuali configurazioni giuridiche.

Alla fase del “rifiuto” è seguita la fase della banalizzazione, della ricerca di una risposta semplice alla domanda complessa, dando risalto alle caratteristiche che l'osservatore percepiva, caratteristiche inquinate dalla sua struttura mentale e dalla sua formazione.

La scorciatoia consiste nel focalizzarsi su qualche singola caratteristica, ritenuta rilevante per la ricostruzione induttiva.

L'atteggiamento dell'uomo di fronte a un fenomeno sconosciuto è descritto mirabilmente da Umberto Eco in “*Kant e l'ornitorinco*” dove spiega come si reagisca per approssimazione cercando quel “ritaglio di

²¹ Il sistema basato sui *token* inizia con un organizzatore, un emittente, un ente centrale che si appoggia su un sistema decentralizzato (*Bitcoin, Ethereum, Ark*, ecc.) per l'emissione della propria rappresentazione digitale: la parte centrale è il *framework* iniziale dopodiché, in molti casi, il sistema diventa decentralizzato.

Questo passaggio complica l'analisi in quanto è possibile creare un nuovo sistema su un altro in modo decentralizzato come sperimentato con il fenomeno delle *Initial Coin Offerings* (ICO).

²² M. STEFANINI, *Il bitcoin? Un'invenzione criminale*, su “Il Foglio” del 10.04.2018, in <https://www.ilfoglio.it/economia/2018/04/10/news/il-bitcoin-un-invenzione-criminale-188396/>.

contenuto, già presente nella nostra enciclopedia, che bene o male sembra rendere ragione del fatto nuovo”²³.

I giuristi hanno un'innata focalizzazione sul pagamento quale conseguenza dell'esistenza della funzione liberatoria di qualsivoglia strumento quindi ogni qualvolta è presente un mezzo che assolve quella funzione, vien presa la comoda scorciatoia dell'assimilazione a valuta, associazione mentale che poi si rafforza nel tempo, creando una camera dell'eco, anche in relazione alla denominazione (criptovalute, valute virtuali, valuta digitale...).

La prima assimilazione effettuata è stata quella alle valute, vedendo esclusivamente la funzione di “pagamento” e ritenendo quella come significativa ed assorbente²⁴, sposata in parte dalla Giurisprudenza Commerciale²⁵.

La banalizzazione della soluzione si scontra contro le evidenze empiriche, partendo in primis, dall'assenza di mercati regolamentati e quindi della presenza di un prezzo o di un valore condiviso²⁶, con la difficoltà di individuazione di valori in molti casi di valori di scambio²⁷.

²³ Il ragionamento seguirà l'inferenza del tipo “se io nell'oscurità scorgo una forma animale imprecisa, al successo della percezione (al giudizio quello è un cane) presiede uno schema cognitivo, qualcosa che già conosco del cane, e che può essere legittimamente considerato come parte del contenuto che assegno di solito alla parola cane. In tal caso io avrei fatto un'inferenza: avrei ipotizzato che la forma imprecisa che scorgevo nell'oscurità era un'occorrenza del tipo cane” U. ECO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano, Settembre 1997.

²⁴ Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 72/E del 02.09.2016, Risposta all'interpello n. 14 del Settembre 2018 e Risposta all'interpello n. 110 dell'Aprile 2020.

²⁵ Tribunale di Brescia, 25 luglio 2018 e Corte d'App. Brescia n. 26 del 30 ottobre 2018, commentate da F. MURINO, *Conferimento di criptoattività in società*, in “Criptoattività, Criptovalute e bitcoin”, di Capaccioli S. (a cura di) Giuffrè 2021 e dottrina e giurisprudenza citate nelle note.

²⁶ Su tutte, SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Release No. 34-80206; File No. SR-BatsBZX-2016-30*, in <https://www.sec.gov/rules/sro/batsbzx/2017/34-80206.pdf>.

²⁷ Esistono migliaia di tipologie diverse di criptoattività e per nessuna esiste una quotazione ufficiale del prezzo, il “valore” è unicamente attribuito dalla disponibilità all'acquisto da parte di qualche altro utente, per tale ragione esso fluttua sensibilmente in base a mode cicliche. Il “prezzo” che viene attribuito alle valute virtuali è dato unicamente dal fatto che la maggior parte di esse esiste in misura finita, sono infatti asset digitalmente scarsi e irripetibili. Ciò tuttavia non ne altera la caratteristica di strumento essenzialmente di comunicazione: l'utilità delle criptoattività è unicamente la loro attitudine al trasferimento (soprattutto per le criptovalute la cui funzione si esaurisce in sé stessa), il loro “valore” è rappresentato solo dalla somma che qualcuno

L'assenza di corso legale e delle funzioni della moneta rendono le criptovalute aliene al concetto di valuta estera, dato che tutte le definizioni rimandano al corso legale all'estero.

La definizione di valuta o moneta, peraltro, non esiste nel nostro ordinamento, dato che costituisce un concetto comune, di esperienza, che non necessitava di una definizione positiva.

L'ordinamento italiano, peraltro, non contempla alcuna normativa generale in tema di denaro, limitandosi a disciplinare le obbligazioni pecuniarie.

Stante questa lacuna concettuale, comune alla maggior parte degli ordinamenti giuridici, il denaro, la valuta e la moneta costituiscono dei postulati su cui sono stati costruiti i sistemi legali e giuridici.

La mancata definizione non impedisce l'utilizzo del concetto, dato che gli ordinamenti moderni contengono il principio di sovranità monetaria cui consegue la presenza di una sola moneta in un determinato territorio riconosciuta a fini legali.

La costruzione giuridica sottostante a tale monopolio è di interesse limitato in questo scritto, poiché nessun paese riconosce o utilizza una criptovaluta quale moneta di Stato.

I diritti di libera circolazione di capitali e di conseguenza la possibilità di detenere il proprio patrimonio in valute diverse da quella a corso legale generano la possibilità di investire, indebitarsi, speculare su valute non aventi corso legale.

Si pone il problema di verificare se esistono definizioni per le valute che non hanno corso legale nello Stato ovvero per quelle definibili estere.

6. *Prime riflessioni*

Il primo aspetto su cui soffermarsi, è il concetto di valuta estera, che pare sottendere che abbia in una qualche maniera un corso legale in qualche Stato.

Purtuttavia, l'articolo 1278 non fa alcun riferimento al corso legale

è disposto a spendere per servirsene. Non possono essere equiparate ad investimenti o attività di natura finanziaria in quanto rappresentano unicamente un mezzo tecnologico finalizzato all'invio, attraverso una rete peer-to-peer, di rappresentazioni digitali.

all'estero e quindi l'applicabilità di detto articolo alla criptovalute è ammessa da una parte della dottrina²⁸, secondo cui, “*Se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento [1182]*”. La dottrina pertanto ritiene che la mancanza del termine “*estero*” nella norma possa consentire di ammettere le monete “*private*” o accettate su base volontaria, con la possibilità dell'apposizione della clausola “*effettivo*” di cui al 1279 del c.c..

Tuttavia non è decisiva ai fini in questione, poiché la mancanza di un espresso riferimento alle valute estere non risolve il problema definitorio. Peraltro in Italia, le valute estere sono state oggetto di monopolio statale dagli anni trenta del secolo scorso fino al 1990. La normativa valutaria residua è contenuta nel decreto del presidente della Repubblica del 31 marzo 1988, n. 148, “Approvazione del Testo unico delle norme di legge in materia valutaria” che prevede la definizione di valute estere²⁹.

Art. 2. Valute estere e lire di conto estero.

Valute estere sono:

- a) i biglietti di banca e di Stato esteri aventi corso legale;*
- b) i titoli di credito, che servono per effettuare pagamenti, estinguibili in monete aventi corso legale all'estero o in ECU;*
- c) i titoli di credito di natura obbligazionaria in scadenza entro un termine non superiore a sei mesi, estinguibili all'estero e denominati in monete aventi corso legale all'estero o in ECU;*
- d) i crediti liquidi ed esigibili derivanti da conti aperti presso le banche od*

²⁸ M. PASSARETTA, *Le valute virtuali in una prospettiva di diritto privato: tra strumenti di pagamento, forme alternative di investimento e titoli impropri*, in CAPACCIOLI, S. (a cura di), *Criptoattività, criptovaluta e bitcoin*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, ISBN 978-88-28-82715-3, XII 9 pp. 95, V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, «Banca, borsa e titoli di credito», VI, 2018, (747-761): 747 e C. PERNICE, *Digital currency e obbligazione pecuniarie*, Napoli, 2018, 237, sulla differenza tra *money* e *currency*.

²⁹ Il D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148 ribadisce il monopolio all'art. 6 “Monopolio e gestione dei cambi”.

Il monopolio e la gestione dei cambi comportano per i residenti gli obblighi:

- a) di versare o cedere le valute estere nei termini previsti dal Ministro del commercio con l'estero, di concerto con il Ministro del tesoro;
- b) di depositare i titoli e gli altri valori mobiliari esteri presso gli intermediari ammessi, nei termini e con le modalità previsti dall'art. 10.

altri intermediari finanziari estinguibili in monete aventi corso legale all'estero o in ECU (...).

Dall'analisi testuale e storica delle norme appare chiara l'esistenza di:

- *Valute non avente corso legale nello Stato*, che sottende a qualunque forma monetaria, privata e pubblica, che non ha corso legale nello Stato e che in una qualche comunità siano accettate come tali e sia possibile reperirle (artt. 1278 e seguenti);
- *Valute estere*, intese come i biglietti di banca e di Stato esteri aventi corso legale in uno Stato Estero, (Art. 2 del decreto del presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148, in vigore).

Il corso legale può essere definito, in prima battuta, come quella valuta la cui offerta da parte del debitore per estinguere un debito genera un obbligo di accettazione da parte del creditore, in un determinato territorio.

La definizione, però, non appare univoca e, partendo da un'analisi dell'ELTEG (Euro Legal Tender Expert Group), la Commissione Europea, nella Raccomandazione 2010/191/UE del 22 marzo 2010, indica tre criteri:

- a) *l'obbligo di accettazione: il creditore di un'obbligazione di pagamento non può rifiutare le banconote e le monete in euro, eccettuato il caso in cui le parti abbiano convenuto mezzi di pagamento diversi;*
- b) *l'accettazione al valore nominale pieno: il valore monetario delle banconote e delle monete in euro è pari all'importo indicato su di esse;*
- c) *il potere di estinguere l'obbligazione di pagamento: un debitore può liberarsi dall'obbligazione di pagamento proponendo al creditore banconote e monete in euro.*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella Sentenza (Grande Sezione) del 26.01.2021 nelle cause riunite cause riunite C-422/19 e C-423/19 (ECLI:EU:C:2021:63), ha rilevato come:

46. *A tale riguardo, occorre rilevare che la nozione di «corso legale» di un mezzo di pagamento denominato in un'unità monetaria significa, nella sua accezione corrente, che tale mezzo di pagamento, in generale, non può essere rifiutato in pagamento di un debito espresso nella stessa unità monetaria, al suo valore nominale pieno, con effetto di estinguere l'obbligazione di pagamento.*

A ben vedere, ogni Stato, nell'esercizio della propria sovranità, conferisce il corso legale ad una valuta nell'interesse del debitore, che in assenza di pattuizioni, potrà offrirla per estinguere la sua obbligazione, ed il creditore non potrà rifiutarla.

Le valute virtuali possono rientrare quindi nelle valute non avente corso legale nello Stato: purtuttavia è evidente come il discrimine tra le due sia costituito dalla presenza di corso legale in uno Stato Estero, non apparendo decisivo il caso di El Salvador³⁰, ove a seguito della pubblicazione del decreto 57/2021³¹ dell'08.06.2021 è stato conferito al *bitcoin* una specie di “*corso legale*”, anche se in un paese che dal 2001 ha rinunciato alla propria sovranità monetaria³².

La seconda scorciatoia concettuale conduce verso il concetto di strumento finanziario/prodotto finanziario, ritenendo la caratteristica di strumento di investimento assorbente di ogni altra, come presente in alcuni autori e supportata da alcune sentenze³³. Anche in questo caso si riempie di contenuto un vuoto interpretativo attraverso la banalizzazione di una singola caratteristica (la finalità di investimento) peraltro né ipotizzata né voluta dall'ideatore del *Bitcoin* e delle criptovalute, ma avvenuta per cause accidentali estranee sia al protocollo sia al rapporto.

Come è evidente, la visione statica del fenomeno, intesa come osservazione in un determinato momento, per determinati attori e per determinati usi, porta fuori strada.

Basta pensare che se il genus porta allo strumento finanziario, il fork (la generazione di un altro sistema esattamente identico, senza una

³⁰ Per il caso dello stato di El Salvador si veda: S. CAPACCIOLI, *El Salvador: tutti abbagliati dal bitcoin: faccio chiarezza*, in *Econopoly*, edito da Il Sole 24 Ore del 05.07.2021 <https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2021/07/05/bitcoin-elsalvador-bukele/>.

³¹ Il Decreto è stato pubblicato nella Gaceta Oficial della Repubblica di El Salvador del 9 Giugno 2021.

³² La Repubblica di El Salvador nel 2000, con la Ley de Integracion Monetaria (Ley 201 del 30 Novembre 2000) ha fissato un cambio fisso (8,75) tra Colon (valuta locale che nominalmente ha il corso legale) e dollaro statunitense, conferendo a quest'ultimo la capacità liberatoria.

La Ley de Integracion Monetaria prevede che le obbligazioni possano essere fissate in qualunque moneta a corso legale all'estero, con obbligo di pagamento in quella determinata moneta anche per via giudiziale, nonché i prezzi (possano essere espressi in colones o in dollari al cambio fissato per legge (lasciando sottintendere che il colon resta l'unità di conto ufficiale).

³³ Tribunale di Verona, n. 954 del 21 gennaio 2017, Ordinanza del Tribunale del Riesame di Milano del 21.01.2020, Cassazione seconda penale, Sentenza n.26808 del 25/09/2020 (ECLI:IT:CASS:2020:26808PEN), udienza del 17/09/2020 e Cassazione. seconda penale, Sentenza n.26807 del 25/09/2020 (ECLI:IT: CASS: 2020:26807PEN), udienza del 17/09/2020.

quotazione) comporta la necessaria applicazione delle stesse norme, con contraddizione evidente³⁴.

La scorciatoia verso il prodotto finanziario non entra nella natura della criptovaluta, né tantomeno soddisfa gli scambi privati o la detenzione personale di criptovaluta, ma si limita ad una funzione, peraltro parziale e limitata, con l'interprete che inquina con i propri pregiudizi, percependo esclusivamente la parte speculativa, peraltro accidentale e non riferibile agli attori essenziali del sistema.

Il TUF prevede la nozione di “strumento finanziario”, che è tipizzata e chiusa, e di “prodotto finanziario”³⁵, ampia e che include i precedenti, relativa all'assoggettamento alle normative di protezione dell'investitore per la vendita al di fuori dei locali e per la sollecitazione di pubblico risparmio.

L'estensione di quest'ultima genera una definizione dai confini troppo sfumati e per questo contrastante con i principi di legalità e tipicità degli illeciti amministrativi, con conseguente censura (Cass. civile, sez. II, 17.4.2009, n. 9316) in caso di definizione ampia per “estrema genericità”.

La dottrina e la prassi consolidata indicano che la causa contrattuale di investimento di natura finanziaria qualifica il prodotto finanziario, la cui nozione implica la compresenza di: (i) un impiego di capitale; (ii) un'aspettativa di rendimento di natura finanziaria; (iii) l'assunzione di un rischio connesso all'impiego di capitale³⁶.

³⁴ Si riporta l'elenco dei principali *hard fork* di *Bitcoin*:

- *Bitcoin Cash: fork* al blocco 478558, 1 agosto 2017, per ogni *bitcoin* (BTC) si è ottenuto gratuitamente 1 *bitcoin Cash* (BCH).

- *Bitcoin SV: fork* al blocco 556766, il 15 novembre 2018, per ogni *bitcoin Cash* (BCH) si è ottenuto gratuitamente 1 *Bitcoin SV* (BSV).

- *Bitcoin Gold: fork* al blocco 491407, il 24 ottobre 2017, per ogni *bitcoin* (BTC) si è ottenuto gratuitamente 1 *Bitcoin Gold* (BTG).

Questi sono i principali *fork* (biforcazioni) di *Bitcoin*, che ne ha subite e continuerà a subirne infinite, essendo il protocollo *open source*, come del resto anche le altre criptovalute.

³⁵ Art. 1, co. 1, lett. u) TUF, "gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria").

³⁶ Comunicazioni Consob nn. DAL/RM/96009868 del 4 novembre 1996; DAL/97006082 del 10 luglio 1997; DIS/98082979 del 22 ottobre 1998; DIS/99006197 del 28 gennaio 1999; DIS/36167 del 12 maggio 2000; DEM/1043775

I contratti di investimento devono avere, quindi, una causa finanziaria. Come statuito dalla Corte di Cassazione “*La causa negoziale è finanziaria [allorquando] la ragione giustificativa del contratto, e non il suo semplice motivo interno privo di rilevanza qualificante, consiste proprio nell'investimento del capitale (il "blocco" dei risparmi) con la prospettiva dell'accrescimento delle disponibilità investite, senza l'apporto di prestazioni da parte dell'investitore diverse da quella di dare una somma di denaro*” (Cass., Sez. II Civ., Sent. n. 2736 del 2013). Da ciò la logica conseguenza che il prodotto finanziario non assume connotazioni tipiche, bensì natura aperta e a-tecnica e costituisce la risposta del Legislatore alla creatività del mercato con le molteplici forme e modalità eterogenee offerte al pubblico, risposta finalizzata all'esigenza di tutela degli investitori di forme innominate di investimenti, talvolta anche sfumate ma con la presenza di un rischio, fosse anche solo quelli dell'emittente.

L'elemento nodale consiste, quindi, nella causa contrattuale che è determinata, non dal prodotto finanziario in sé, quanto dal motivo per il quale quel prodotto è stato acquistato, soprattutto per quanto concerne l'offerta al pubblico di prodotti finanziari: a tal fine assume rilievo la circostanza che l'attività di collocamento sia rivolta al pubblico, residente in Italia, con la presenza di una comunicazione volta a far comperare o sottoscrivere un determinato prodotto finanziario e contenente, di conseguenza, quantomeno la rappresentazione delle caratteristiche e delle condizioni essenziali dello stesso.

La comunicazione assume, perciò, rilievo autonomo e preponderante rispetto al contenuto dell'offerta da cui se ne può dedurre la causa contrattuale.

Al tal fine si rileva come non rientrino nella nozione di sollecitazione “*le operazioni di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio, sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore stesso*³⁷” e che “*si è in presenza di un investimento finanziario, come contrapposto ad un*

del 1° giugno 2001 e DCL/DEM/3033709 del 22 maggio 2003; n. 0385340 del 28 aprile 2020

³⁷ *Ex multis* Consob Comunicazione DIN DIN/12079227 del 4-10-2012).

investimento di consumo, tutte le volte in cui il risparmiatore [...] conferisce il proprio denaro con un'aspettativa di profitto, vale a dire di accrescimento delle disponibilità investite³⁸”.

L'aspettativa di profitto è (i) la conseguenza del rischio sostenuto e (ii) di regola sotto il controllo di chi ha proposto l'investimento: l'aumento del valore del capitale investito in relazione all'alea è e deve essere un elemento intrinseco dell'operazione.

Da ciò deriva che il concetto di prodotto finanziario è alieno alle operazioni di mero acquisto di beni allo scopo di fruizione diretta o di consumo, pur con finalità di investimento non finanziario, vale a dire non inserito in una iniziativa economica condotta da altri.

Appare quindi alieno alla natura e alle forme in cui il possesso con cui la criptovaluta si manifesta del concetto di prodotto finanziario³⁹, se non in configurazioni particolari in cui la criptovaluta diventa prodotto finanziario coinvolgente un'aspettativa di rendimento.

7. Possibilità di interpretazione

L'utilizzo della logica induttiva o abduttiva per le scorciatoie concettuali conduce a soluzioni probabili (o meglio possibili), assolutamente aleatorie: se poi, come già spiegato, anche la percezione

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Le criptovalute sono estranee agli strumenti finanziari. Non per altro la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2020) 593 final, definisce nell'art. articolo 3:

1. *Ai fini del presente regolamento si applicano le definizioni seguenti: (...)*

(2) *"cripto-attività": una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga;*

(3) *"token collegato ad attività": un tipo di cripto-attività che intende mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di diverse monete fiduciarie aventi corso legale, di una o più merci o di una o più cripto-attività, oppure di una combinazione di tali attività;*

(4) *"token di moneta elettronica": un tipo di cripto-attività il cui scopo principale è quello di essere utilizzato come mezzo di scambio e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una moneta fiduciaria avente corso legale;*

(5) *"utility token": un tipo di cripto-attività destinato a fornire l'accesso digitale a un bene o a un servizio, disponibile mediante DLT, e che è accettato solo dall'emittente di tale token.*

del fenomeno (caso) è sfuocata, occorre recuperare una visione di insieme.

Le determinanti e le regole sono diverse e si basano sulla “accettazione” da parte di una comunità, senza che la parte tecnica possa incidere su essa: è possibile duplicare in qualunque momento il protocollo *Bitcoin* o della maggioranza delle criptovalute, generando cloni assolutamente identici, con medesime caratteristiche e sarebbe possibile, addirittura, in una comunità chiusa, conferirgli un qualunque valore fisso o variabile: le caratteristiche sembrerebbero le medesime, come le dinamiche. Purtroppo sono due sistemi diversi, essendo uno decentralizzato e l'altro con elementi di centralizzazione che non lo rendono dissimile al conosciuto⁴⁰.

La sfida interpretativa non è nazionale, bensì sovranazionale⁴¹, con le principali istituzioni internazionali che hanno iniziato a cercare di definire il contenuto, ognuno dal suo punto di vista e per i suoi scopi, ancorché utili a vederne l'intorno. La maggior parte delle definizioni a livello internazionale sono relative alle valute virtuali, considerate il *genus*, senza giungere a nulla di definito, anche se qualche ordinamento lo sta definendo come una forma nuova di proprietà⁴².

Ad oggi non è stata elaborata alcuna categoria concettuale, valida e comprensibile e tutti gli enti internazionali ovvero sovranazionali sono ben lungi dall'aver iniziato tale percorso.

L'impossibilità di assimilazione a categorie concettuali conosciute, congiuntamente all'incapacità di una definizione dogmatica conduce ad un approccio pragmatico, quasi frammentario, volto ad individuare le caratteristiche rilevanti in ogni sistema analizzato, inquadrando la

⁴⁰La promozione di valute virtuali centralizzate, ad esempio, che fondano il proprio valore sull'aspettativa di una futura accettazione e, quindi, basandosi esclusivamente sul valore creato dall'ingresso di nuovi partecipanti, può integrare vari reati. Su tutti il caso *OneCoin*, in United States Department of Justice. U.S. Attorney's Office, Southern District of New York. 8 March 2019, in <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/manhattan-us-attorney-announces-charges-against-leaders-onecoin-multibillion-dollar>.

⁴¹ Si veda per una rassegna fino al 2014, S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 73 per una rassegna fino al 2020. S. CAPACCIOLI (A CURA), *Criptoattività, Criptovalute e bitcoin*, Giuffrè, Milano, 2021, pag. 17.

⁴² England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions, *AA v. Persons Unknown e altri Re Bitcoin*, [2019] EWHC 3556 (Comm) in <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3556.html>.

criptovaluta nella maniera più consona in quel punto di osservazione, nella consapevolezza della visione parziale.

Tale sistema può apparire esotico, mentre in realtà, viene già utilizzato per l'interpretazione dell'oro: difatti il metallo prezioso assume le vesti di moneta, valuta, capitale, commodity, prodotto finanziario, materia prima, prodotto finito e rifiuto, senza mai perdere né modificare l'aspetto esteriore né le proprie qualità fisiche⁴³.

La mappa concettuale su cui muoversi è ancora incompleta, poiché le dimensioni tecnico statica e socio dinamica necessitano di ulteriori approfondimenti.

Il wallet, non ha un'unica configurazione, ma può essere distinto in base alle modalità di utilizzo, di accesso e di gestione delle chiavi private, tra:

- *wallet online*⁴⁴;
- *wallet desktop*⁴⁵;
- *wallet mobile*⁴⁶;
- *wallet hardware*⁴⁷;

⁴³ S. CAPACCIOLI, *Analisi ragionata sulla definizione giuridica di oro da investimento in prospettiva comunitaria e riflessi interni*, in L'Accertamento, n. 4/2018, Eutekne, pp. 98-112, S. CAPACCIOLI, *Commercio all'ingrosso di metalli preziosi: inquadramento Amministrativo e Tributario*, in Diritto e Pratica Tributaria, Edizioni CEDAM, Vo. LXXXI – n. 5/2011 pp. 1025-1047, ISSN 0012-3447, S. CAPACCIOLI, *VAT Taxation of Gold in the European Union*, su EC Tax Review, Kluwer Law, Volume 23 (2014), Issue n. 2, pp. 85-101, ISSN 0928-2750.

⁴⁴ I *wallet online* sono servizi utilizzabili tramite qualsiasi *web browser* e il cui accesso è gestito, in genere, tramite comuni credenziali come avviene per qualsiasi altro servizio online, ad esempio le caselle di posta elettronica.

⁴⁵ I *wallet desktop* sono dei *software* normalmente installabili su qualsiasi tipo di PC. Offrono uno *standard* di sicurezza e di controllo molto più elevato, ma richiedono un minimo di esperienza e capacità tecnica in più per poterli gestire consapevolmente ed essere in grado di sfruttarne a pieno le potenzialità. Di base ne esistono di due tipi, *full node* e *light wallet*.

⁴⁶ I *wallet mobile* hanno un funzionamento praticamente analogo a quello dei *wallet desktop*, ma sono stati pensati per funzionare su dispositivi mobili come *smartphone* o *tablet*.

⁴⁷ I *wallet hardware* si distinguono perché detengono le informazioni sensibili come le chiavi private degli indirizzi gestiti su un apposito supporto fisico. I *wallet* di questo tipo si possono raggruppare in due principali categorie, quelli che si limitano a custodire le informazioni in modo sicuro e quelli che consentono anche di gestire le

– *brain wallet*⁴⁸.

La definizione tecnica è rinvenibile nei documenti degli organi di normazione tecnica internazionale:

1. l'*International Standard Organization* ha reso pubblico l'ISO 22739:2020 su *Blockchain and distributed ledger technologies*⁴⁹ che contiene: “3.84 *wallet*: application used to generate, manage, store or use private (3.62) and public keys (3.65) Note: A wallet can be implemented as a software or hardware module”.

2. il *National Institute of Standard and Technology* ha posto in consultazione il documento NIST-NISTIR 8301⁵⁰ relative alle definizioni *Blockchain* che contiene la seguente: “*Wallet* [20] An application used to generate, manage, store or use private and public keys. A wallet can be implemented as a software or hardware module”.

Entrambe le definizioni tecniche sottendono al *wallet* come ad una applicazione (*software*) usata per generare, gestire, archiviare o utilizzare chiavi pubbliche e private.

La normale traduzione letterale di *wallet* in italiano è portafoglio: purtuttavia nulla condivide con la normale percezione del concetto di contenitore di monete o banconote. Il Dizionario Marriam-Webster definisce il *wallet* in due diverse maniere di cui la principale afferisce a “a bag for carrying miscellaneous articles while traveling”, quindi quale “contenitore flessibile per il trasporto di vari articoli durante i viaggi”. Tale definizione di *wallet* appare come quella che più si attaglia alla nozione: mentre si naviga in rete è il contenitore che può essere utile per trasportare vari oggetti (tra cui le proprie chiavi private).

In realtà, la traduzione più corretta di *wallet* connessa alla criptovalute è quella di *portachiavi*, invece che portafoglio ed è quella più in linea con la sostanza costitutiva dell'oggetto.

La sostanza costitutiva del *wallet* è chiara: servizio per generare, gestire, custodire o usare le proprie chiavi private, chiavi pubbliche e

proprie criptovalute, generando autonomamente nuovi indirizzi e firmando transazioni.

⁴⁸ Il *brain wallet* è presente solo nella mente di una persona, che memorizza la *passphrase*, ovvero il *seed*, dal quale potrà recuperare tutte le sue chiavi private (ad esempio importando il *seed* su un *software wallet*). Se un'unica persona conosce il *seed*, con la sua morte, o un vuoto di memoria, i *bitcoin* vengono persi per sempre.

⁴⁹ <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:22739:ed-1:v1:en>.

⁵⁰ <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2020/NIST.IR.8301-draft.pdf>.

indirizzi pubblici senza necessariamente la presenza di un soggetto terzo né tantomeno di un rapporto contrattuale.

L'esplorazione della nozione di wallet conduce a concentrare l'attenzione sui prestatori di servizi, vale a dire i soggetti che propongono soluzioni di *wallet* agli utenti.

L'elemento fondamentale di distinzione da introdurre consiste nell'individuazione del soggetto che controlla (avendone la conoscenza ovvero l'utilizzo esclusivo) la chiave privata, con l'angolo di visuale puntato sul prestatore di servizio.

La distinzione rilevante avviene tra i fornitori di servizi di *wallet custodian* e *non custodian*⁵¹, distinzione che determina una serie di conseguenze giuridiche le cui implicazioni sono infinite, non solo per il fornitore ma anche per le terze parti che poi li utilizzano all'interno del servizio offerto (*Exchanger*, piattaforme di *trading*, soluzioni di *Decentralized Finance*, etc.).

A tal fine è possibile contraddistinguere i:

1. fornitori di *custodian wallet*, quali prestatori di servizi che prendono in custodia le chiavi crittografiche di un utente (compresi i portafogli multi-firma);
2. fornitori di *wallet non custodian* (*hardware* e *software*), quali soggetti che non detengono le chiavi crittografiche per conto dei loro clienti, ma forniscono loro gli strumenti per proteggere da soli le loro criptovalute.

Diventa chiaro come i fornitori di *custodian wallet* hanno la possibilità di disporre delle criptovalute autonomamente senza alcun necessario intervento del cliente, dato che hanno la disponibilità delle chiavi crittografiche private per conto dei propri utenti (che peraltro potrebbero non averne alcuna conoscenza), per detenere, archiviare e trasferire criptovalute.

Tale aspetto è alla base della V direttiva antiriciclaggio (Direttiva (UE) 843/2018) e delle normative in corso di discussione in Unione Europea (Proposta di Regolamento COM(2020) 593 del 24.09.2020), che individua il discrimine sulla gestione delle chiavi:

- la Direttiva 849/2015 introduce la definizione di prestatore di servizi di portafoglio digitale “*quale soggetto che fornisce servizi di*

⁵¹ S. CAPACCIOLI, *Wallet*; in “Dizionario Legal Tech”, cura di G. Ziccardi e P.L., Perri, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., (2020), ISBN: 978-8828821564 pag. 987.

salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali”;

- la proposta di Regolamento COM(2020) 593 del 24.09.2020, ove si tenta di definire e regolare il rapporto tra utente e fornitore di servizi di "custodia e amministrazione di cripto-attività per conto di terzi", quale la custodia o il controllo, per conto di terzi, delle cripto-attività o dei mezzi di accesso a tali cripto-attività, se del caso sotto forma di chiavi crittografiche private, prevedendo regole e tutele.

Nel caso di *custodian wallet* (custodia di chiavi) assume, quindi, rilievo la presenza di un soggetto terzo che detiene le chiavi private e svolge un servizio per conto dell'utente. Tale configurazione di custodia può assumere varie sfaccettature, ma è possibile ulteriormente tassonomizzare tra:

- *proper custodian*, coloro che svolgono il servizio di mera custodia (eseguono esclusivamente le istruzioni dei clienti alla stregua di un servizio fiduciario);
- *full custodian*, coloro che attraverso questo sistema entrano nella disponibilità delle criptovalute, gestendo chiavi private proprie nell'interesse altrui.

Le definizioni, pur arbitrarie e necessariamente semplificatorie, aiutano a raffinare la comprensione per giungere ad individuare gli istituti giuridici che, eventualmente, possono essere applicati.

Il *wallet* (portachiavi) ed i prestatori di servizi di *wallet* non possono essere inquadrati in maniera automatica, dato che tale configurazione non è prevista dal nostro ordinamento: voler ricondurre ad un istituto o ad un altro costituisce un arbitrio, tanto errato quanto fuorviante, dato che è incerta la qualificazione giuridica di criptovaluta, quale bene, valuta, prodotto finanziario, strumento finanziario o altro.

Ad ogni buon conto, il Tribunale di Firenze (Sentenze nr. 17/2019 e 18/2019 del 21.01.2019) riconosce la natura di beni alle criptovalute e individua nel contratto di deposito irregolare quello instaurato tra piattaforma e utente⁵², comportando il trasferimento della disponibilità

⁵² Tribunale di Firenze, n. 18 del 21.01.2019: “Dalla consulenza, in definitiva, risulta che il rapporto tra piattaforma e consulenza avesse natura mista, di deposito e trading (non potendoci essere commercio in difetto del correlato deposito per tutte le caratteristiche di funzionamento del commercio di criptovaluta e della piattaforma descritte analiticamente dal CTU).

dei beni fungibili in capo al fornitore di servizi, con la conseguente insorgenza dell'obbligo restitutorio di beni della stessa natura. Le Sentenze ipotizzano come, avrebbe potuto configurarsi anche il contratto di deposito regolare, qualora le criptovalute non fossero confluite nel medesimo indirizzo⁵³.

8. Definizione dei nuovi attori

Le riflessioni conducono a verificare attentamente l'utilizzo e la forma di "dominio" sulle criptovalute poiché, qualora affidate a terzi, il concetto di rischio dell'emittente (in questo caso il depositario), sotteso al prodotto finanziario può prendere forma.

La distinzione, o meglio l'approccio interpretativo sul singolo caso, sulla base dell'utilizzo delle criptovalute che viene fatto dall'utente costituisce una prima bussola che può aiutare ad orientarsi in questo eterogeneo sistema, ma non è sufficiente poiché non tiene conto della

Proprio in ragione della loro fungibilità, una volta che le criptovalute degli utenti erano convogliate sull'indirizzo principale (...) (ovviamente divise per specie) non recavano elementi distintivi circa la loro appartenenza ai singoli utenti, dando così luogo ad un deposito irregolare, cui consegue lo specifico obbligo per il depositario di mantenere sempre a disposizione dei depositanti la quantità integrale, con un coefficiente di cassa del 100%.

Si osservi che lo spostamento in un unico indirizzo dell'exchange assolve per le criptomonete alla medesima funzione economica di ogni deposito irregolare, ossia alla maggiore efficienza nel custodire insieme i beni di diversi depositari, per i quali è irrilevante l'identità della singola criptomoneta, purché sia sempre a loro disposizione la quantità, recluso il valore, di loro titolarità".

⁵³ Commento di G.M. MAZZOLI, *Criptovaluta Nano, fallisce la piattaforma Bitgrail*, 07.02.2019, Altalex, <https://www.altalex.com/documents/news/2019/02/07/criptovaluta-nano-fallisce-la-piattaforma-bitgrail> da cui risulta:

"1) la piattaforma aveva nel caso specifico certamente il pieno ed esclusivo controllo delle criptovalute ad essa affidate dagli utenti e finanche la facoltà di servirsi di tali criptovalute in autonomia;

2) il rapporto negoziale tra exchange e utente doveva perciò essere qualificato in termini di deposito, con l'aggiunta che tale deposito si dovrebbe propriamente qualificare come irregolare e conseguente applicabilità dell'art. 1782 c.c.;

3) quand'anche tale rapporto fosse qualificato quale deposito regolare resterebbe intatta la responsabilità del gestore della piattaforma potendo trovare infatti applicazione l'art. 1780 c.c. secondo cui la perdita della disponibilità della cosa determina la liberazione del depositario da ogni obbligo verso il depositante solo qualora (i) detta perdita sia dipesa da fatto non imputabile al primo e (ii) il medesimo abbia provveduto a denunciarla immediatamente; condizioni che, nella specie, per le circostanze di fatto sopra riportate, non sarebbero state soddisfatte;"

decentralizzazione e disintermediazione, e quindi è opportuno recuperare una seconda dimensione consistente nel rapporto tra gli attori e l'algoritmo, anche per prendere coscienza dell'esistenza di attività e di azioni che cadono fuori della territorialità e delle norme.

Nel caso di un sistema autonomo decentralizzato puro è possibile dividere gli attori in:

- Attori primari o attori essenziali.
- Attori secondari o attori nativi.
- Attori terziari o attori metamorfici.

La consapevolezza delle attività svolte, la connessione al sistema, il controllo sugli effetti sono le caratteristiche alla base della tassonomia proposta.

Gli attori essenziali sono indispensabili affinché un organismo di cripto-attività esista e sia mantenuto, pertanto, possono essere identificati in quegli attori che sono vitali per il sistema: l'assenza o la debolezza di un solo attore provoca il rischio di collasso dell'intera struttura. La loro congiunta presenza costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'esistenza, dato che la sola assenza di un attore porta all'inesistenza del sistema ovvero al collasso dello stesso.

Tale tipologia di attori non sono a conoscenza e non controllano nessuna parte del sistema con cui interagiscono. Sono esecutori meccanici che seguono il feromone virtuale⁵⁴ e agiscono senza alcuna consapevolezza della configurazione finale.

In un puro sistema senza autorizzazione, gli attori principali sono:

- Utenti (*Users*).
- Nodi (*Nodes*).
- Minatori (*Miners*).
- Sviluppatori (*Devs*).

Gli utenti appartengono a questa categoria perché la loro attività è limitata al mero uso del sistema, generandone la vitalità, dato che senza di essi, qualunque sistema resta inanimato.

I nodi, nell'ecosistema senza autorizzazione, sono liberi di partecipare o meno e ricevono e trasmettono solo i dati delle transazioni.

⁵⁴ Vedi sopra.

Qualsiasi computer che si collega alla rete è un nodo. In *Bitcoin*, i nodi che verificano e applicano completamente tutte le regole di consenso sono chiamati full nodes (nodi completi).

I nodi applicano il meccanismo di consenso sul quale esiste un accordo, ma da una prospettiva pratica, ricevono e trasmettono dati, seguendo esclusivamente regole algoritmiche. Questa attività è un'attività di semplice trasporto dati (*mere conduit*), esente da responsabilità ai sensi della maggior parte delle leggi in tutto il mondo perché trasmettono solo dati.

I minatori sono nodi completi con la particolarità che elaborano l'aggiunta al registro pubblico delle transazioni passate: l'attività consiste solo nel risolvere un problema matematico (problema di calcolo) e ricevere criptovaluta come ricompensa. L'attività consiste esclusivamente in elaborazione dei dati, senza essere interessati ai dati contenuti in un blocco ad eccezione delle commissioni contenute (*fees*) nelle transazioni. I minatori seguono rigorosamente le regole, poiché i nodi accettano solo blocchi conformi e, in caso di rifiuto, i minatori non potranno ottenere la criptovaluta in ricompensa, o per essere più precisi, quella ricevuta non sarà spendibile e sarà considerata invalida.

Gli sviluppatori lavorano per il miglioramento del software fondato su una logica *open source*, pertanto la proposta può essere accettata o rifiutata dai nodi. In questo modo, i Devs possono solo proporre senza altre possibilità di intervento.

Il comportamento degli attori essenziali è determinato dal feromone virtuale ed essi seguono esclusivamente quello. Per gli attori essenziali l'affermazione di Lessig “*code is law*” è assolutamente vera e non può essere violata, dato che qualunque deviazione dal seguire il codice determina la totale inutilità dell'attività svolta.

Gli attori essenziali seguono, quindi, il feromone virtuale e ottengono la ricompensa virtuale, senza valore: tuttavia la ricompensa virtuale può avere un valore economico che non è intrinseco nel protocollo, bensì esterno e altrove. Tale aspetto costituisce un ulteriore rottura negli schemi normali ove il valore, il prezzo è causato (in tutto o in parte) dagli stessi agenti che lo utilizzano: in questo caso non vi è alcuna relazione di causa effetto, né tantomeno di impegno da parte di questi per il valore che trova la sua ragione in altre determinanti.

Gli attori nativi (o secondari), invece, non sono vitali per il funzionamento del sistema, svolgendo compiti o fornendo servizi utili agli attori primari, con due limitazioni: al di fuori di questi sistemi non possono esistere, né svolgere compiti, né, tantomeno, fornire servizi. Difatti, questi sono autoctoni, nascono per creare attività economiche ed esistono solo in questo settore ricevendo principalmente pagamenti per i loro servizi in criptovaluta⁵⁵.

Gli attori metamorfici forniscono servizi agli attori essenziali o nativi, con l'unica innovazione che utilizzano le criptovalute poiché la loro attività è simile a quella svolta da attori analoghi al di fuori di questo sistema. La carenza di applicabilità delle norme avviene per la differenza nel paradigma tecnologico che impedisce la sussumibilità nei sistemi esistenti⁵⁶.

Il principio del "codice è legge" non influisce sugli attori metamorfici perché hanno solo la particolarità che la loro attività utilizza criptovalute, pertanto le leggi pertinenti potrebbero non essere applicabili a causa della natura ambigua della criptoattività, ma la loro attività ha caratteristiche di normalità (compra e vendita, deposito e così via).

9. *Approccio soggettivo*

La classificazione degli attori pone un altro tassello interpretativo finalizzato ad evitare creazioni teoriche tanto eleganti quanto inutili, poiché non applicabili.

Nessuna regola può influire sugli attori essenziali e modificarne il comportamento perché non possono discostarsi dal codice. L'unica attività che possono svolgere è seguire rigorosamente il codice e ottenere la ricompensa virtuale: è pertanto possibile individuare le norme da applicare per l'effetto economico ottenuto, in materia di fiscalità, contabilità e rappresentazioni nelle situazioni finanziarie,

⁵⁵ Alcuni esempi di attori nativi sono le *mining pool* (tecnicamente un consorzio di minatori che condividono la loro potenza di elaborazione su una rete, per poi condividere la criptovaluta ottenuta sulla base degli accordi), alcuni fornitori di portafogli (desktop, mobile) e fornitori di *software*.

⁵⁶ Alcuni esempi di attori metamorfici sono gli *Exchangers* (cambiavalute virtuali), i fornitori di portafogli di custodia (servizi fiduciari).

nonché nella individuazione degli strumenti nelle relazioni tra privati e per raggiungere questo scopo, occorre individuare l'interpretazione delle criptovalute in base al diritto privato, diritto tributario e norme contabili.

Gli attori nativi hanno un impatto diverso poiché la loro attività può essere regolata dalla legge, siccome agiscono in maniera consapevole. Purtroppo eventuali impatti normativi potrebbero portare a sistemi organizzativi diversi dell'attività, con una variabilità di forma o di flussi. La difficoltà che si incontra è che alcune attività sono simili ad attività regolamentate o a normali attività, ma esistono solo ed esclusivamente nel sistema delle criptovalute e ottengono solo cripto-attività in cambio dei loro servizi seguendo regole volontarie o di mercato, rischiando di trovarsi in una terra di nessuno.

Gli attori metamorfici svolgono attività con criptoattività, attività pienamente comprensibili con gli schemi mentali per sistemi centralizzati ed intermediati. La natura ambigua e ibrida delle criptoattività rende necessario uno sforzo interpretativo, anche estensivo delle norme per cercare di attrarre questa particolare tipologia di imprese nel perimetro regolamentato.

È evidente che questa novità apra nuovi scenari e che le osservazioni che in dottrina vengono svolte con approcci bottom up, quindi basati sugli effetti, pur utili su altri contesti, rischiano di essere fuorvianti per avvicinarsi al fenomeno, se non nella parte degli attori metamorfici.

10. *Stato attuale*

La comprensione del fenomeno delle criptovalute diventa attività complessa, dato che deve percorrere strade contro-intuitive, affrontandone tutte le caratteristiche e le dinamiche.

Il *Bitcoin* ha: (i) creato *scarsità digitale*, attraverso regole di emissione impresse nell'algoritmo (alias *regola del consenso*), proteggendo il sistema con l'utilizzo di una grande quantità di energia (sotto forma di *proof-of-work*) in una rete decentralizzata di computer concorrenti che svolgono attività di mining che finché la rete è sufficientemente decentralizzata è praticamente (ancorché non teoricamente) impossibile modificare la regole di emissione o far collassare la rete, (ii) permesso la *trasferibilità* attraverso catene di firme digitali a chiave asimmetrica, con possibilità

di disporre delle criptovalute connesse ad una chiave pubblica corrispondente, solo attraverso l'utilizzo della chiave privata corrispondente.

Il sistema *Bitcoin* introduce, pertanto, una forma di “dominio”⁵⁷ su un’unità matematica crittografica che prescinde da qualunque giurisdizione ovvero territorio, dato che le chiavi private (e dei *bitcoin* controllati) generano un controllo di fatto, non di diritto, peraltro non tutelabile con alcuna norma imperativa, se non eventualmente quella alla base della protezione dell’identità digitale⁵⁸.

Le analisi devono tenere conto dello stato dell’arte su norme di diritto positivo, il cui punto di partenza deve essere rinvenuto nella Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea relativa alla Causa C-264/14 (*Hedqvist*) del 22 ottobre 2015 (con Conclusioni dell’Avvocato Generale del 14 luglio 2015), limitatamente all’applicabilità dell’IVA ovvero l’esenzione di cui all’art. 135 della direttiva 112/2005/CE ai servizi di cambio tra *bitcoin* e valuta a corso legale⁵⁹.

I profili rilevanti sono delineati da parte dell’Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni, ed in particolare al punto 14 ove si sottolinea come: “*Gli attuali mezzi di pagamento legali non hanno però, in linea di massima – diversamente dall’oro o dalle sigarette, che sono o sono stati utilizzati direttamente o indirettamente anche come mezzi di pagamento –, alcun’altra possibilità pratica di impiego se non quella di un mezzo di pagamento. La loro funzione si limita, con riguardo ad un’operazione, a rendere più agevole lo scambio di beni all’interno di un sistema economico; essi non sono però, come tali, né consumati né utilizzati come beni*”.

⁵⁷ In questa fase viene ritenuto preferibile i termini “dominio”, “controllo”, “sovranià” e “disponibilità” piuttosto che “proprietà” e “possesso”, dato che siamo in fase pregiudiziale di comprensione concettuale, senza voler, per ora, entrare in disquisizioni giuridiche.

⁵⁸ Sull’argomento della suscettibilità del concetto di bene a fini penali del file informatico veggasi, Cass. Pen. Sez. 2 Sentenza n. 11959/2020 (Ud. 07/11/2019): “*i dati informatici (files) sono qualificabili cose mobili ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer "formattato"*”.

⁵⁹ Per un’ampia disamina si veda, R. IAIA, *Imponibilità e disciplina delle operazioni di cambio e pagamento con criptomonete nel sistema europeo dell’IVA*, Rivista di Diritto Tributario, Rivista bimestrale, Vol. XXXI - Agosto 2021, 273-326.

Appare chiaro che la disponibilità di un messaggio non speso non ha alcuna possibilità di consumo né di utilizzo se non quella di modificare il soggetto che ne ha la disponibilità, esercitata attraverso la conoscenza della chiave privata.

L'Avvocato Generale riconosce al *bitcoin* la finalità di mezzo di pagamento, la cui funzione si esaurisce in se stessa, dato che i *bitcoin* possono avere un effetto liberatorio, qualora sia in tal senso convenuto dalle parti, non aparendo differenze sostanziali con i mezzi di pagamento legali.

La Corte di Giustizia, aderendo alla Conclusioni, emette alcuni principi che devono essere tenuti in debito conto per qualunque successiva riflessione giuridica in merito, ed in particolare al punto 42 della sentenza si legge come “*la valuta virtuale bitcoin, essendo un mezzo di pagamento contrattuale, non può essere considerata, da una parte, né come un conto corrente né come un deposito di fondi, un pagamento o un versamento. D'altra parte, a differenza dai crediti, dagli assegni e dagli altri effetti commerciali, (...), essa costituisce un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano*” ed al punto 55 si afferma come sia evidente che la “*valuta virtuale bitcoin non costituisca né un titolo che conferisce un diritto di proprietà su persone giuridiche né un titolo di natura comparabile*”, ritenendo pacifico il fatto che la valuta virtuale *bitcoin* non abbia altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento e che essa sia accettata a tal fine da alcuni operatori, dato che ha altre finalità oltre a quella di un mezzo di pagamento⁶⁰.

Tale impostazione conduce, in virtù del principio di neutralità fiscale sul quale è fondato il sistema comunitario dell'imposta sul valore aggiunto, all'esenzione prevista dall'art. 135, par. 1, lett. e) della direttiva 2006/112/CE dell'attività di conversione data la finalità di mezzo di pagamento che connota i *bitcoin*.

La Corte di Giustizia europea pone indubbiamente in risalto la funzione di mezzo di pagamento, ritenendola assorbente rispetto alle altre componenti, ai fini della propria decisione. Infatti, la funzione quale mezzo di pagamento viene analizzata e sottolineata prevalentemente per il rispetto del principio di neutralità, rispetto ai mezzi di pagamento legali, senza però esprimere alcuna equiparazione alla moneta o alla valuta.

⁶⁰ Tale sentenza è stata criticata da C. TRENTA, *Bitcoin and virtual currencies. Reflections in the wake of the CJEU's bitcoin VAT judgement*, in Riv. trim. dir. trib., 2016, pp. 949 ss.

Tale pronuncia ha individuato nel concetto di “mezzo di pagamento”, la partenza della proposta relativa alla modifica della IV direttiva antiriciclaggio COM(450) del 5 luglio 2016, poi approvata con modifiche nella direttiva (UE) 843/2018 (“Quinta Direttiva Antiriciclaggio”) del 30 maggio 2018.

Nell’iter di approvazione della Quinta Direttiva la Banca Centrale Europea⁶¹ ha sollevato alcune perplessità sulla prevalenza della finalità quale mezzo di pagamento, dato che le valute virtuali possono essere utilizzate a fini diversi dal pagamento e possono anche comprendere prodotti di riserva di valore a fini di risparmio e investimento, come prodotti relativi a strumenti derivati, materie prime e titoli. Tale perplessità sono state recepite in fase di approvazione della direttiva con il testo che introduce una definizione di valuta virtuale⁶² quale *“rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente”*, da interpretarsi alla luce del considerando 10 della stessa direttiva (UE) 843/2018⁶³.

⁶¹ Banca Centrale Europea, *Parere della Banca centrale europea, del 12 ottobre 2016, su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica la Direttiva 2009/10/CE (CON/2016/49), 016/C 459/05 CON/2016/49*, Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea C 459 del 9 dicembre 2016.

⁶² Nuovo nr. 18 del paragrafo 1 dell’articolo 3 della direttiva (UE) 849/2015, così come modificata dalla direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

⁶³ Considerando 10: *“Le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la moneta elettronica quale definita all’articolo 2, punto 2, della direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, con il più ampio concetto di “fondi” di cui all’articolo 4, punto 25, della direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, con il valore monetario utilizzato per eseguire operazioni di pagamento di cui all’articolo 3, lettere k) e l), della direttiva (UE) 2015/2366, né con le valute di gioco che possono essere utilizzate esclusivamente all’interno di un determinato ambiente di gioco. Sebbene le valute virtuali possano essere spesso utilizzate come mezzo di pagamento, potrebbero essere usate anche per altri scopi e avere impiego più ampio, ad esempio come mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o essere utilizzate in casinò online. L’obiettivo della presente direttiva è coprire tutti i possibili usi delle valute virtuali”*.

Il testo approvato dal Parlamento Europeo tiene in considerazione la circostanza che le valute virtuali siano suscettibili di ampi scenari di utilizzo, privandole altresì di qualsiasi accezione “monetaria” o “valutaria”, rispetto alla quale esse sono e devono essere ontologicamente difformi.

La dimostrazione decisiva di quanto fino a qui sostenuto è nella scelta tra la proposta e la direttiva approvata, di sostituire l'espressione contenuta nella proposta di “mezzo di pagamento” con quella “mezzo di scambio”, presente nel testo finale. Il concetto di mezzo di scambio, difatti, è una delle tre facce della tripartizione classica delle funzioni del denaro, congiuntamente alla funzione di unità di conto e di riserva di valore, elaborata dalla letteratura economica e recepita sostanzialmente anche dalla scienza giuridica.

L'ordinamento italiano, mediante il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90 e il decreto legislativo 4 ottobre 2019, n. 125 che hanno modificato il decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, ha introdotto tale definizione di valuta virtuale all'art. 1, co. 2, lett. qq), che la identifica come: *“la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente”*.

La norma interna, purtuttavia, sconta delle censure di incostituzionalità, in quanto emanata senza una specifica legge delega che ne permettesse la regolazione dato che la legge 170 del 2016 non prevedeva alcunché in merito a tale aspetto e l'introduzione del decreto legislativo è stato effettuato quando ancora la V direttiva antiriciclaggio non era stata approvata ed il testo poi introdotto anche con il successivo decreto legislativo è difforme dal testo comunitario.

La difformità del testo di introduzione apre l'ambiguità semantica sulla concezione a fini tributari dato che l'assenza della frase *“non possiede lo status giuridico di valuta o moneta”* e l'aggiunta *“o per finalità di investimento”* paiono scelte del Legislatore delegato italiano, quando né la legge delega né tantomeno i principi della direttiva permettono.

Il Legislatore Europeo ha poi confermato tale definizione nella direttiva (UE) 2019/713 del 17.04.2019 relativa alla lotta contro le frodi di mezzi di pagamento diversi dai contanti, in cui all'art. 2, paragrafo 1,

lettera d) prevede per valuta virtuale: “*una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente*”, non considerandole quali fondi ed introducendo la protezione attraverso l'introduzione di un reato per le perdite patrimoniali causate intenzionalmente.

11. Conclusioni

La comprensione del fenomeno delle criptovalute è attività complessa, dato che deve percorrere strade contro-intuitive, affrontandone tutte le caratteristiche, con l'interprete che deve calarle in una veste giuridica.

La distinzione di analisi può avvenire in due diversi livelli:

1. Analisi funzionale (Utilizzo).
2. Branchia del diritto (Attore Interessato).

Per quanto concerne l'utilizzo assume rilievo disporre della criptovaluta/criptoattività tramite un *custodial wallet* o un *non-custodial wallet*. Nel primo caso la parte “finanziaria” assumerà connotati più rilevanti, mentre nel secondo caso l'aspetto della disponibilità assume più importanza.

Gli attori interessati possono risultare utili per inquadrare le varie problematiche e la teleonomia della norma, cercando di mantenere la neutralità tecnologica⁶⁴, inquadrando la criptovaluta nella maniera più consona in quel dato momento, nella consapevolezza della visione parziale.

⁶⁴ Più in generale per neutralità tecnologica, si intende l'assenza di discriminazione di un processo, qualunque esso sia, che possa essere implementato attraverso soluzioni tecniche diverse: in tale maniera lo stesso servizio non viene discriminato per l'utilizzo di una tecnologia rispetto ad un'altra.

Purtuttavia, come già evidenziato, in tale sistema la neutralità tecnologica spesso si infrange (per i servizi esistenti) con il cambio di paradigma e con un sistema legale e regolatorio che si basa su paradigma precedente.

La sfida interpretativa non è nazionale, bensì sovranazionale⁶⁵, con le principali istituzioni internazionali che hanno iniziato a cercare di definirne il contenuto, ognuno dal suo punto di vista e per i suoi scopi, ancorché utili a vederne l'intorno.

Pur non avendo risolto la qualificazione giuridica del *bitcoin* e delle criptovalute, l'interprete si trova già ad affrontare ulteriori evoluzioni, ampliando i termini del problema, dovendo effettuare un ulteriore sforzo, dato che la prospettiva si è allargata alle cripto-attività, il *genus* che, per ora, le contiene tutte e che, attualmente, è alla base di una Proposta di Regolamentazione della Commissione Europea⁶⁶ a seguito di una consultazione della DG FISMA⁶⁷ e di uno studio apparso da parte del Parlamento Europeo⁶⁸.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEN, J. G., RAUCHS, M., BLANDIN A., BEAR, K., *Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets*, October 15, 2020, Cambridge Center for Alternative Finance, CCAF Publications, 2020; ANTONOPOULOS, A. M., *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, O'Reilly Media, Inc., 2014, pp. 31–32; BENI, G., WANG, J., *Swarm Intelligence in Cellular Robotic Systems*. Proceed. NATO Advanced Workshop on Robots and Biological Systems, Tuscany, Italy, June 26–30 (1989); BIXIO I, *Valute virtuali e adempimenti*

⁶⁵ Si veda per una rassegna fino al 2014, S. CAPACCIOLI, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015, pag. 105.

⁶⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2020) 593 final, del 24.09.2020, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593>.

⁶⁷ Il 13 dicembre 2019, l'EXPERT GROUP ON REGULATORY OBSTACLES TO FINANCIAL INNOVATION (Gruppo di esperti sugli Ostacoli Regolatori all'Innovazione Finanziaria – FinTech) istituito presso la DG FISMA ha pubblicato il proprio Final Report in https://ec.europa.eu/info/files/191113-report-expert-group-regulatory-obstacles-financial-innovation_en e la stessa ha effettuato una consultazione su una possibile direttiva.

⁶⁸ R. HOUBEN - A. SNYERS, *Crypto-assets – Key developments, regulatory concerns and responses*, Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020 in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf).

antiriciclaggio: riflessi sui soggetti obbligati, nuovi e non, Corriere Tributario, 34, 2017, BONABEAU, E., DORIGO, M., THERAULAZ, G., *Swarm Intelligence: From Natural to Artificial Systems*, Oxford University Press, Oxford, 1999; H. MARSH, *Binding Chaos: Mass collaboration on a global scale*. CreateSpace, Independent Publishing Platform; BONABEAU, E., ed. (Spring 1999) "*Special issue on Stigmergy*". Artificial Life. MIT Press. 5 (2). ISSN 1064-5462, D J MARGERY – L. MARSH, *Special issue: Stigmergy in the Human Domain*, Cognitive Systems Research. Elsevier. 21: 1-74. ISSN 1389-0417; BONFANTE, P., *Natura del contratto di somministrazione dell'elettricità*, in Riv. dir. Comm., 1904, 497 citato in G. BEFANI, *Contributo allo studio sulle criptovalute come oggetto di rapporti giuridici*, In Il diritto dell'economia, anno 65, n. 100 (3 2019), pp. 203-243; CAPACCIOLI S., *Aspetti operativi e ricadute giuridiche delle crypto-attività*, su Diritto di Internet, PagineGiuridica, 2019, pp. 591-599, ISSN: 2612-4491; ID., *El Salvador: tutti abbagliati dal bitcoin: facciamo chiarezza*, in Econopoly, edito da Il Sole 24 Ore del 05.07.2021 <https://www.econopoly.ilssole24ore.com/2021/07/05/bitcoin-elsalvador-bukelea/>; ID., *La blockchain*, Capitolo XXVIII, in "Tecnologia e Diritto - Volum3 II" a cura di Ziccardi, G. e Perri, P.L., Giuffré Francis Lefebvre S.p.A., 2019, ISBN: 978-8828810353, pp. 371-384; ID., *Le Criptovalute*, Capitolo XXVIII, in "Tecnologia e Diritto - Volume II" a cura di Ziccardi, G. e Perri, P.L., Giuffré Francis Lefebvre S.p.A., (2019), ISBN: 978-8828810353, pp. 385-393; ID., *Voci: Bitcoin; Criptovalute; Criptoattività; Blockchain; Valute Virtuali; Wallet; Regtech; OTP; Ledger; Distributed Ledger Technologies*, in "Dizionario Legal Tech", cura di Ziccardi, G. e Perri, P.L., Giuffré Francis Lefebvre S.p.A., 2020, ISBN: 978-8828821564; ID., (a cura di), *Criptoattività, criptovaluta e bitcoin*, Giuffré Francis Lefebvre, 2021, ISBN 978-88-28-82715-3, XII 9, pp. 423; ID., *Blockchain, bitcoin and stigmergy: an explanation and a new perspective for regulation*, in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 02/2020, ISSN 2284-4503, Pag. 467-476, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3645044; ID., *Analisi ragionata sulla definizione giuridica di oro da investimento in prospettiva comunitaria e riflessi interni*, in L'Accertamento, n. 4/2018, Eutekne, pp. 98-112; ID., *Bitcoin e criptovalute*, Capitolo Nono in "Tutele e risarcimento nel diritto dei mercati e degli intermediari", a cura di: G. Cassano, N. Tilli, G. Vaciago, Giuffré Francis Lefebvre S.p.A., 2018, (pagg 445-515): ISBN: 978-88-28-80411-6; ID., *Commercio all'ingrosso di metalli preziosi: inquadramento Amministrativo e Tributario*, in Diritto e Pratica Tributaria, Edizioni CEDAM, Vo. LXXXI – n. 5/2011 pp. 1025-1047, ISSN 0012-3447; ID., *Criptovalute e bitcoin: Un'analisi Giuridica*, Giuffré Editore, 2015, ISBN 978-88-14-20698-6, XVI – pp. 288; ID., *Criptovalute, bitcoin e IVA*, su "Il Fisco", n. 27/2014 Editto da Il Fisco - WKI Ipsa pp. 2671-2678, ISSN 1124-9307; ID., *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, su "Diritto e Pratica Tributaria

Internazionale”, Edizioni CEDAM, – n. 1/2014, pp. 27-68, ISSN 1826-6770; di altri autori; ID., *Nota a Sentenza della Corte di Giustizia UE C-264/14*, su “Il Fisco”, n. 44/2015 pp. 4270-4277, ISSN 1124-9307; ID., *Rappresentazione di criptovaluta nel bilancio d'esercizio*, in *Rivista del Notariato*, Anno LXXII, Fasc. 6, 2018, pp. 1319-1325, ISSN 0391-1888; ID., *Regime impositivo delle monete virtuali: poche luci e molte ombre*, su “Il Fisco”, n. 37/2016 Editore da Il Fisco - WKI Ipsoa, pp. 3538-3544, ISSN 1124-9307, ID., *Riciclaggio, Antiriciclaggio e bitcoin*, su “Il Fisco”, n. 46/2014 Editore da Il Fisco - WKI Ipsoa pp. 4561-4569, ISSN 1124-9307; ID., *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, su *Cyberspazio e diritto*, vol. 17, n. 55 (1/2 - 2016), pp. 25-46, ISSN 1591-9544; ID., *VAT & bitcoin*, su *EC Tax Review*, Kluwer Law, Volume 23 (2014), Issue n. 6, ISSN 0928-2750; ID., *VAT Taxation of Gold in the European Union*, su *EC Tax Review*, Kluwer Law, Volume 23 (2014), Issue n. 2., pp. 85-101, ISSN 0928-2750; ID., *Wallet*, in “Dizionario Legal Tech”, cura di Ziccardi, G. e Perri, P.L., Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., (2020), ISBN: 978-8828821564; CAPACCIOLI, S., VACIAGO, G., VERTUA, V.E., *Le trappole dell'Antiriciclaggio*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, ISBN 978-88-28-81455-9; CAPACCIOLI, S., GIORDANO, M.T., *Distributed ledger technology, cryptoattività, blockchain e GDPR*, Capitolo 24, in “Manuale di diritto alla protezione dei dati personali”, a cura di Tilli, N., Maglio, M., Pollini, M., Maggioli Editore, 2019, ISBN-13: 978-8891631169; CHOCHAN, U. W., *Cryptoanarchism and Cryptocurrencies*, 27.11.2017 su <https://ssrn.com/abstract=3079241>; DAI, W., *B-money*, <http://www.weidai.com/bmoney.txt>; DAILATI, F., *Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva*, *Sistema Penale*, 1/2021, pp. 37-70; DE STASIO, V., *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, «Banca, borsa e titoli di credito», VI, 2018, (747-761): 747; DI VIZIO, F., *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 86; ECO, U., *Kant e l'ornitorinco*, Milano, Settembre 1997; GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; ID., *Prefazione. Il volto giuridico della globalizzazione* e G. ALPA, *Postfazione*, entrambi in “*Il contratto telematico*”, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2002, vol. XXVII; GORDON, W. J. J., *Synectics: The Development of Creative Capacity*, London, Collier-MacMillan, 1961, GREIMAS, A. J., *Del senso*, traduzione di Stefano Agosti, Bompiani, Milano, 1974. ISBN 88-452-2502-X; HOUBEN R., SNYERS A., *Cryptocurrencies and Blockchain: Legal Context and Implications for Financial Crime, Money Laundering and Tax Evasion*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, 2018; HOUBEN, R., SNYERS, A., *Crypto-assets – Key developments, regulatory concerns and responses*, Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of

Life Policies, European Parliament, Luxembourg, 2020 in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf); HOUBEN, R., A. SNYERS, A., *Crypto-assets – Key developments, regulatory concerns and responses*, Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, European Parliament, Luxembourg, 2020; HUBERMAN, G., LESHNO, J. D., MOALLEMI, - C., *Monopoly without a monopolist : An economic analysis of the bitcoin payment system*, Research Discussion Papers 27/2017, Bank of Finland; IAIA, R., *Imponibilità e disciplina delle operazioni di cambio e pagamento con criptomonete nel sistema europeo dell'IVA*, Rivista di Diritto Tributario, Rivista bimestrale Vol. XXXI - Agosto 2021; LEMME, G., PELUSO, S. *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 43, 2016; LUCEV, R., BONCOMPAGNI F., *Cripto valuta e profili di rischio penale nell'attività degli exchanger*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018; MAY, T., *Cripto-Anarchist Manifesto*, del 22.11.1992, su <http://nakamotoinstitute.org/crypto-anarchist-manifesto/>; MAZZOLI, G.M., *Cripto valuta Nano, fallisce la piattaforma Bitgrail*, 07.02.2019, Altalex, <https://www.altalex.com/documents/news/2019/02/07/cripto valuta-nano-fallisce-la-piattaforma-bitgrail>; MURINO, F. *Conferimento di cryptoattività in società*, in *Criptoattività, Criptovalute e bitcoin*, di Capaccioli S. (a cura di) Giuffré, 2021; NARAYANAN, A., BONNEAU, J. FELTEN, E. MILLER, A. GOLDFEDER, S. *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies*, Princeton University Press, 2016; PASSARETTA, M., *Le valute virtuali in una prospettiva di diritto privato: tra strumenti di pagamento, forme alternative di investimento e titoli impropri*, in CAPACCIOLI, S. (a cura di), *Criptoattività, cripto valuta e bitcoin*, Giuffré Francis Lefebvre, 2021, ISBN 978-88-28-82715-3, XII 9 pp. 423; PERNICE, C., *Digital currency e obbligazione pecuniarie*, Napoli, 2018, 237; ROMANO, S., *L'Ordinamento Giuridico*, Firenze, 1946; SICIGNANO, G., *Bitcoin e riciclaggio*, Giappichelli, 2019. 978-88-7524446-0; SOANA, G., *Cripto-valute e riciclaggio. Modus operandi e tentativi regolatori*, Diritto di Internet, 4, 671-680; STEFANINI, M., *Il bitcoin? Un'invenzione criminale*, su "Il Foglio" del 10.04.2018, in <https://www.ilmagnum.it/economia/2018/04/10/news/il-bitcoin-un-invenzione-criminale-188396/>; TRENTA, C., *Bitcoin and virtual currencies. Reflections in the wake of the CJEU's bitcoin VAT judgement*, in Riv. trim. dir. trib., 2016.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Tribunale di Firenze, Sez. Fallimentare, n. 18 del 21.01.2019.

United States Department of Justice, U.S. Attorney's Office, Southern District of New York. 8 March 2019, in <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/manhattan-us-attorney-announces-charges-against-leaders-onecoin-multibillion-dollar>.

England and Wales High Court (Commercial Court) Decisions, AA v. Persons Unknown e altri Re Bitcoin, [2019] EWHC 3556 (Comm).
Tribunale di Verona, n. 954 del 21 gennaio 2017.
Tribunale di Brescia, 25 luglio 2018.
Corte d'App. Brescia n. 26 del 30 ottobre 2018.
Cass. Pen. Sez. 2 Sentenza n. 11959/2020 (Ud. 07/11/2019).
Ordinanza del Tribunale del Riesame di Milano del 21.01.2020.
Cassazione seconda penale, Sentenza n. 26808 del 25/09/2020 (ECLI:IT:CASS:2020:26808PEN), udienza del 17/09/2020.
Cassazione seconda penale, Sentenza n. 26807 del 25/09/2020 (ECLI:IT:CASS:2020:26807PEN), udienza del 17/09/2020.

ABSTRACT

L'avvento di *Internet*, dei *social network*, della connessione globale a costo marginale sostanzialmente nullo, della crittografia e della possibilità di comunicare direttamente tra gli individui ha generato un ambiente da cui sono nate numerose innovazioni.

Tra queste, lo pseudonimo Satoshi Nakamoto ha proposto il 31 ottobre 2008 un nuovo sistema di transazioni elettroniche, introducendo per la prima volta la possibilità di poter trasferire “valore” in maniera decentralizzata e disintermediata, senza la presenza di un ente centrale o di un intermediario. Il nuovo impianto concettuale permette di creare protocolli che consentano l'esclusività e la trasferibilità.

Il presente lavoro cerca di rappresentare le determinanti filosofiche e tecniche, prima che giuridiche, cercando di evitare scorciatoie e banalizzazioni, tanto rapide quanto inconsistenti e controproducenti, individuando alcuni schemi di riferimento interpretativi.

The advent of the Internet, of the social networks, of the global connection at substantially zero marginal cost, of the cryptography, and of the ability to communicate directly between individuals generated an environment in which numerous innovations have born.

Among these, the pseudonym Satoshi Nakamoto proposed on October 31, 2008 a new system of electronic peer-to-peer transactions, introducing for the first time the possibility of being able to transfer "value" in a decentralized and a disintermediated manner, without the presence of a central body or an intermediary. The new conceptual framework allows you to create protocols that allow exclusivity and transferability.

The present essay tries to represent the specific philosophical and technical issues, rather than juridical, trying to avoid shortcuts and trivializations, as fast as they are inconsistent and counterproductive, identifying some interpretative frameworks.

IVAN CUOCOLO*

CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA LEGISLAZIONE
CAROLINA A TUTELA DEL PATRIMONIO ARCHEOLOGICO

SOMMARIO: 1. *I presupposti della prima legislazione borbonica.* - 2. *La legislazione carolina.* - 3. *Conclusioni.*

1. *I presupposti della prima legislazione*

Nel lungo periodo che va dalla ritrovata indipendenza del Regno alla sua annessione *tout court* allo Stato sabaudo, si sviluppò, soprattutto in virtù delle scoperte di Ercolano (1738) e Pompei (1748), una consapevolezza affatto nuova del valore dei beni non solo archeologici, ma anche artistici, culturali e architettonici dello Stato. In particolare, la riconquista dell'indipendenza politica (1734) faceva nascere nuove istanze politiche, legate soprattutto all'identità della «nazione napoletana»¹, che avevano nella sfera culturale un punto di riferimento precipuo e imprescindibile.

Già Carlo di Borbone, nella prima metà del Settecento, iniziò a conferire a Napoli l'immagine fastosa ed elegante di una capitale di orizzonte europeo. Durante il suo regno furono costruiti, tra le altre cose, l'Albergo dei Poveri², il Teatro di San Carlo³, vennero create importanti strade di

* Dottore di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università di Napoli "Parthenope".

¹ La locuzione «nazione napoletana» ha una tradizione secolare. A mero titolo esemplificativo cfr. P. LA PLACA, *La reggia in trionfo per l'acclamazione, e coronazione della sacra real maestà di Carlo infante di Spagna*, Palermo 1736: «La fedelissima Nazione Napolitana non fu lenta a manifestare le sue magnificenze in ossequio del comune Sovrano», p. 119. Un re «proprio e nazionale» secondo la celebre definizione che ne diede P. GIANNONE, *Vita scritta da lui medesimo*, a cura di S. Bertelli, Milano 1960, p. 261. Cfr. anche E. PAPAGNA, *La corte di Carlo di Borbone il re «proprio e nazionale»*, Napoli 2011.

² Progettato da Ferdinando Fuga nel 1751.

³ Nel 1736 Carlo di Borbone pensa di far costruire un teatro e ne dà l'incarico al Brigadiere Medrano, il quale ne realizza il progetto. Il Re approva i disegni e affida l'esecuzione ad Angelo Carasale: l'opera viene portata a termine in 270 giorni. Al teatro è attribuito il nome del Sovrano ed è inaugurato con solenne spettacolo la sera del 4 novembre 1737, giorno in cui si festeggia S. Carlo, C. N. SASSO, *Storia de' monumenti di Napoli e degli architetti che li edificavano: dallo stabilimento della Monarchia sino ai nostri giorni <1801-1851>*, Napoli 1858, 1992 (ed. consult.), vol. I, p. 357.

comunicazione, si migliorarono i porti, con frequenti interventi di miglioramento, ampliamento ed abbellimento⁴. Durante l'intero periodo del Regno, da Carlo di Borbone a Francesco II, assistiamo alla attuazione di un piano di opere pubbliche e di risistemazione urbanistica che rispondeva al desiderio di dare alla città l'aspetto grandioso di capitale, con tutte le contraddizioni che caratterizzavano le grandi capitali del tempo⁵.

Allo stesso tempo, l'affiorante consapevolezza dell'importanza 'politica' del bene culturale si confrontava dialetticamente con contemporanee istanze privatistiche e di intangibilità della proprietà privata, per cui la legislazione in materia di tutela seguì un articolato sviluppo non sempre lineare⁶. Durante il Settecento i provvedimenti di tutela furono rivolti principalmente al patrimonio archeologico ed artistico, con un legislatore che aggiungerà, di volta in volta, categorie sempre nuove di beni materiali suscettibili di tutela. Contemplando inizialmente solo le «antichità» archeologiche, percepite, per la loro origine e il loro prestigio monumentale, come beni privilegiati, la legislazione in materia di tutela si sarebbe estesa a comprendere, via via, anche altre tipologie di oggetti⁷. La categoria stessa di 'monumento' subì nel corso del tempo una significativa evoluzione ed espansione, giungendo a includere diversi tipi di beni mobili e immobili, come ponti, chiese rustiche, ruderi, bassorilievi, statue, affreschi e quadri⁸. Esemplificativo della *forma mentis* dell'epoca è il fatto che ancora, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, oggetto unico della conservazione restasse l'opera d'arte intesa come prodotto di eccezionale valore estetico⁹.

Nella Napoli carolina la legislazione a tutela del patrimonio artistico e archeologico si concretizzò nelle prammatiche del 1755, il cui modello era

⁴ R. DI STEFANO, *Storia, architettura e urbanistica*, in *Storia di Napoli*, Cava de' Tirreni 1972, vol. IX, pp. 667-668; S. CASIELLO, *La cultura del restauro a Napoli tra la fine del secolo XIX e l'inizio del XX e l'influenza del pensiero di Giovannoni*, in *Restauri a Napoli nei primi decenni del Novecento*, in «Restauro», n. 68-69, 1983, p. 7.

⁵ R. DI STEFANO, *Storia*, cit., p. 667.

⁶ Cfr. E. GARZILLO, *Presentazione*, in A. EMILIANI, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani (1571-1860)*, Bologna 1978, (1996 ed. consult.).

⁷ R. SPADACCINI, *Gli «Atti di consegna dei monumenti di storia e di arte» del Regno*, in «Beni culturali a Napoli nell'Ottocento» Atti del Convegno di studi, 5-6 novembre 1997, Roma 2000, p. 180.

⁸ *Ibidem*.

⁹ R. DI STEFANO, *Monumenti e valori*, Napoli 1996, p. 76.

rappresentato dall'Editto Valenti del 5 gennaio 1750, che, a sua volta, sviluppava gli Editti del cardinale Annibale Albani del 1726 e del 1733¹⁰. In questi ultimi il cardinale cercava di porre un argine all'esportazione e alla vendita indiscriminata del patrimonio archeologico e artistico romano – tanto che nel 1729 lo stesso Montesquieu scriveva nel suo *Voyage d'Italie* che «la nuova Roma vende pezzo a pezzo l'antica»¹¹ – formulando esplicitamente il concetto di *utilitas publica* del bene culturale. L'editto apportava un notevole sviluppo nell'etica della tutela, indicando espressamente fra i propri motivi ispiratori, oltre al «pubblico decoro di quest'alma città di Roma», anche «il gran vantaggio del pubblico, e del privato bene»¹².

L'editto del cardinale Silvio Valenti, segretario di Stato di benedetto XIV, rappresentò quindi la *summa* della legislazione settecentesca sulla tutela dei beni culturali nello Stato pontificio e il modello delle normative immediatamente successive: quella del Granducato di Toscana, con l'editto del 26 dicembre 1754 del Consiglio di Reggenza, e della citata prammatica carolina del 1755. L'editto Valenti rispondeva all'urgenza di dare una sistemazione e una attualizzazione coerente e organica della materia. Le finalità dell'editto Valenti sono dichiarate sin dall'*incipit* del primo paragrafo: *in primis* per la conservazione delle testimonianze d'arte del passato, per il loro valore monumentale e di tutela della memoria storica; *in secundis* per il valore che queste posseggono nell'attrarre a Roma studiosi ed eruditi da ogni parte d'Europa; infine, per il ruolo di 'modello' che l'opera d'arte antica possedeva per gli artisti dell'epoca, secondo una visione già esplicitamente 'neoclassica'¹³.

Anche Napoli subì questa esiziale spoliazione da parte di collezionisti da tutta Europa. In particolare si vogliono ricordare due episodi che suscitarono maggiore preoccupazione e sdegno fra i dotti dell'epoca, già

¹⁰ T. FOFFANO, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in «Aevum» anno 77, fasc. 3 (Settembre - Dicembre 2003), p. 720.

¹¹ C.L. DE MONTESQUIEU, *Viaggio in Italia*, in *Scritti postumi (1757-2006)*, Milano 2017, p. 597.

¹² S. SETTIS, *La tutela del patrimonio culturale*, in «Dizionario di Storia», Roma 2011, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, consultabile *online* all'indirizzo:

http://www.treccani.it/enciclopedia/la-tutela-del-patrimonio-culturale_%28Dizionario-di-Storia%29/; ID., *Il Giornale dell'Arte*, n. 324, ottobre 2012, consultabile *online* all'indirizzo <https://www.ilgiornaledellarte.com/articoli/2012/10/114543.html>

¹³ T. FOFFANO, *Tutela e valorizzazione*, cit. p. 720.

sensibili all'importanza e al valore, non solo economico, ma prima di tutto identitario, dei beni artistici e culturali. Il primo, risalente all'anno 1709, quando il principe austriaco D'Elboeuf causalmente si imbatté nella scena del Teatro di Ercolano. Allora egli poté depredare il monumento, togliendo marmi e asportando statue: furono spedite in Francia sette statue greche e a Vienna altre sette statue marmoree di un tempio¹⁴. Il secondo, di pochi anni dopo, quando si pose in vendita la collezione raccolta da Giuseppe Valletta¹⁵, il grande giurista e intellettuale napoletano di fine Seicento. Secondo la testimonianza di Apostolo Zeno ricavata da una sua lettera del 24 agosto 1720, la collezione di statue antiche fu venduta dagli eredi a un medico inglese per la modesta cifra di 1100 ducati, senza che si facesse nulla per impedirlo¹⁶. Dopo l'indipendenza politica riacquisita dal Regno e le scoperte delle città sepolte di Ercolano e Pompei, simili episodi non potevano più essere tollerati.

2. La legislazione carolina

Com'è noto, intricate vicende geopolitiche e dinastiche avevano portato il giovane *infante Don Carlos*, figlio del re di Spagna Filippo V e della seconda moglie, la volitiva Elisabetta Farnese, a prendere inizialmente possesso dei ducati di Parma e Piacenza e del Granducato di Toscana¹⁷. Lo scoppio poi di una nuova guerra europea per la successione al trono di Polonia, unitamente all'accorta e combattiva strategia geopolitica di Elisabetta Farnese, avevano condotto il giovane Carlo alla conquista della

¹⁴ C. CESCHI, *Teoria e storia del restauro*, Roma 1970, p. 32.

¹⁵ Sulla collezione di G. Valletta si veda almeno V.I. COMPARATO, *Giuseppe Valletta: un intellettuale napoletano alla fine del Seicento*, Napoli 1970; e V. TROMBETTA, *Storia e culture delle biblioteche napoletane. Librerie private, istituzioni francesi e borboniche, strutture post unitarie*, Napoli 2002, pp. 326-344.

¹⁶ A. ZENO, *Lettere*, Venezia 1785, III, p. 168; G. CASTALDI, *Della Regale Accademia ercolanese dalla sua fondazione sinora con un cenno biografico de' suoi soci ordinari*, Napoli 1840, pp. 245-246; M. SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari*, vol. I, *L'età delle riforme*, Milano 1988, p.81.

¹⁷ Cfr. R. AJELLO, *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone. «La fondazione ed il tempo eroico» della dinastia*, in «Storia di Napoli» vol. IV, Napoli 1976, pp. 447-474; ID., *Carlo di Borbone, re di Napoli e di Sicilia*, in «Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 20», Roma 1977, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, consultabile *online* all'indirizzo: http://www.treccani.it/enciclopedia/carlo-di-borbone-re-di-napoli-e-di-sicilia_%28Dizionario-Biografico%29/.

corona indipendente del Regno di Napoli. All'acquisizione del trono il sovrano aveva portato con sé a Napoli da Parma la Quadreria, gli oggetti d'arte, la Biblioteca ducale, l'Archivio Farnese e la scala marmorea del Palazzo ducale. Nel giugno 1735 re Carlo chiamò a Napoli anche Bernardino Lolli, che per oltre trent'anni aveva coperto a Parma il ruolo di custode delle Collezioni Farnesiane, con l'incarico di sistemare nel Palazzo Reale di Napoli la Quadreria, il Medagliere e la Biblioteca. Con Lolli collaborarono inoltre il toscano Marcello Venuti, il Medrano e G. Bernardino Voschi. Il 22 aprile 1739 al Venuti fu dato l'incarico di redigere un «indice puntuale di tutte le Medaglie e di ciò che rappresentano»¹⁸. Fino al 1755 la Quadreria e le altre collezioni di Casa Farnese furono dislocate nel Palazzo Reale, successivamente furono sistemate nella Reggia di Capodimonte. Non prima del 12 gennaio 1756 P. Giovanni Maria della Torre, già direttore della Stamperia reale, ebbe l'incarico di ordinare a Capodimonte il Museo Farnesiano¹⁹.

Per quanto riguardava i preziosi reperti archeologici rinvenuti negli scavi di Ercolano e Pompei, il sovrano dispose che fossero portati nel Real Palazzo di Portici, dove poi, nel 1751, fu istituito un vero e proprio museo, ospitato in un'ala della reggia, il Palazzo Caramanico, acquistato nel 1746 dal Principe di Caramanico Don Giacomo d'Aquino²⁰. Nel 1753 il pittore romano Camillo Paderni fu incaricato di assumere la direzione del Museo di Antichità Pompeiane ed Ercolanensi²¹.

Il Golfo della città partenopea, tappa imprescindibile del *Grand tour* degli studiosi e dei giovani aristocratici del continente, subiva, soprattutto dopo le grandi scoperte archeologiche degli anni '30 e '40 del Settecento, anche la dannosa moda della spoliazione di reperti archeologici, portati a casa come veri e propri *souvenir*: «non fa meraviglia se qualcuno tentò, e gli riuscì, di portarsi a casa un vivo *souvenir* di Pompei e di Ercolano»²². A causa di tale sconsiderata e deleteria pratica, l'attenzione del legislatore borbonico venne indirizzata soprattutto ad arginare il moltiplicarsi di iniziative private che portassero all'esportazione di preziose testimonianze del passato. Mentre

¹⁸ M. SCHIPA, *Il regno di Napoli al tempo di Carlo Borbone*, Milano 1923, vol. I, p. 254.

¹⁹ F. STRAZZULLO, *Tutela del patrimonio artistico nel Regno di Napoli sotto i Borboni*, in «Atti della Reale Accademia Pontaniana», Napoli 1972, vol. XXI, p. 7.

²⁰ A. ALLROGGEN-BEDEL, H. KAMMERER-GROTHAU, *Il Museo ercolanese di Portici*, in *La Villa dei Papiri «Cronache Ercolanesi»*, t. 13, supplemento 2, Napoli 1983, p. 85.

²¹ F. STRAZZULLO, *Tutela*, cit., p. 2.

²² Ivi, p. 4.

gli scavi di Ercolano, Pompei, Stabiae avvenivano per iniziativa pubblica e sotto il rigido controllo dello Stato, nei fondi privati tendevano a moltiplicarsi ricerche individuali, al fine di trovare reperti da vendere a collezionisti ed eruditi giunti da tutto il continente.

Per mettere fine all'esiziale commercio di reperti, il 24 luglio 1755 re Carlo inviò alla Camera della Sommaria un sovrano dispaccio in cui lamentava la spoliazione dei beni archeologici del Regno:

«La Maestà del re Nostro Signore si è degnata rimettere a questo Tribunale un suo Sovrano Dispaccio [...] in data de' 24 Luglio del corrente anno [1755, ndr.] del tenor seguente cioè. Le Province, onde questo Regno di Napoli è composto, essendo nei tempi antichi abitate da' Greci e da' Romani, che allettati dalla fertilità ed amenità del suolo e dell'aria ne fecero le loro maggiori delizie; hanno in ogni tempo somministrato in grandissima copia de' rari monumenti d'antichità agli uomini di quella studiosi, di statue, di tavole, di medaglie, di vasi, e d'istrumenti o per sacrifici, o per sepolcri, o per altri usi della vita, o di marmi, o di terra, o di metalli. Ma perché niuna cura e diligenza è stata per l'addietro usata nel raccogliarli e custodirli, tutto ciò che di più pregevole è stato dissotterrato, s'è dal Regno estratto, onde il medesimo ne è ora assai povero; dove altri stranieri de' lontani paesi se ne sono arricchiti, e ne fanno i loro maggiori ornamenti, grandissimi profitti traendone, e per intelligenza dell'antichità, e per rischiaramento dell'istoria e della cronologia, e per perfezione di molte arti. Il Re nostro Signore tutto ciò nella sua mente con rammarico rivolgendo, e considerando, che negli Stati più culti dell'Europa l'estrazione di sì fatte reliquie d'antichità, senza espressa licenza de' Sovrani è stata vietata, e la loro proibizione osservata esattamente; ha deliberato a sì fatto male si ponghi una volta rimedio, acciò questo Regno non vada sempre più impoverendosi di ciò che abbonda, per farsene abbondanti l'altre provincie di Europa, che ne sono povere da loro stesse»²³.

Con questa premessa Carlo di Borbone apriva la strada a importanti

²³ L. GIUSTINIANI (a cura di), *Bando da parte della prefata Maestà, e del suo Tribunale della Regia Camera della Sommaria. Prammatica LVII*, in *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, Napoli 1804, Tomo IV, p. 201.

provvedimenti di tutela del patrimonio archeologico e artistico del Regno²⁴.
Con tale dispaccio il sovrano sanciva che:

«nessuna persona di qualunque stato, grado, e condizione, che sia, ardisca da ora in avanti estrarre, o far estrarre, o per mare, o per terra, dalle provincie del Regno per Paesi esteri, qualunque monumento antico [...] grande o piccola, che sieno, di [...] ogni altra cosa antica, [...] senza che preceda l'espressa licenza di S. M., e ciò sotto la pena della perdita della roba che s'estrae, e d'anni tre di galea per gl'Ignobili, e d'anni tre di relegazione per li Nobili»²⁵.

Per distinguere gli oggetti d'arte ritenuti importanti per «eccellenza di lavoro, ed artificio, o per altre rarità» da quelli che non avevano «pregio tale», il sovrano stabiliva che fossero incaricati esperti di comprovata competenza e «rettitudine». Il Tribunale individuava a tal fine tre periti per il rilascio delle relative licenze²⁶: il filologo e antichista di chiara fama D. Alessio Simmaco Mazzocchi²⁷ per le «medaglie, statue, tavole, dove sieno incisi caratteri, vasi istrumenti, e qualunque altro monumento di antichità»; il pittore Giuseppe Bonito²⁸ per le «pitture antiche, o sieno in tele, o in tavole, o di legno, o di rame, o d'argento, o tagliate dai muri»; ed infine lo scultore Giuseppe Canart per le sculture, già personalità di spicco fra i responsabili degli scavi²⁹, e probabilmente con un ruolo non marginale nel suggerire al sovrano una legge che prevedesse la tutela delle antichità

²⁴ A Carlo di Borbone si deve il primo scavo sistematico di Ercolano (1738) affidato all'ingegnere militare spagnolo Roque Joaquín de Alcubierre (1702-1780), assistito dal 1764 da Francesco La Vega (1735-1804), e dal 1780 fino alla sua morte, direttore degli scavi di Ercolano e di Pompei. Nel 1748 si diede inizio agli scavi di Pompei.

²⁵ *Prammatica LVII*, cit., p. 202.

²⁶ Ivi, p. 203.

²⁷ Cfr. P. BORRARO (a cura di), *A.S.M. e il Settecento meridionale*, Salerno 1979; A. PERCONTE LICATESE, *Alessio Simmaco Mazzocchi*, S. M. Capua Vetere 2001.

²⁸ Cfr. R. ENGASS, *Bonito, Giuseppe*, in «Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 12», Roma 1971, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, e l'ampia bibliografia citata; A. DELLA RAGIONE, *Giuseppe Bonito. Opera completa*, Napoli 2014.

²⁹ Cfr. M. TOSCANO, *Giuseppe Canart da scultore a conservatore (1738/1790). Un percorso biografico e professionale*, in «Riconoscere un Patrimonio. Storia e critica dell'attività di conservazione del patrimonio storico-artistico in Italia Meridionale (1750-1950)» Atti del convegno Lecce 17-19 Novembre 2006, Galatina 2007, pp. 43-75.

scoperte³⁰. La ripartizione delle competenze fra i commissari rievocava la suddivisione degli assessori del Commissario pontificio sopra le antichità³¹.

Un altro bando dello stesso giorno stabiliva, inoltre, che per ogni oggetto lecitamente estratto si sarebbe dovuto pagare un diritto di tratta, stabilito sulla base del valore assegnato ai singoli oggetti dagli esperti nominati dal Tribunale della Sommaria³².

Un elemento che sembrava risaltare in modo precipuo nel dispaccio del sovrano era la preoccupazione del re per la perdita di beni che ‘identificavano’ il Regno di fronte agli altri paesi, che invece ne risultavano privi³³. I beni archeologici, di cui la terra del Regno era ricca, assumevano quindi un valore che andava ben al di là del semplice valore artistico e culturale. Essi avevano la determinante funzione di beni ‘identitari’, elementi di identificazione politica e nazionale. Una consapevolezza che proprio in quegli anni cominciava ad affacciarsi nelle coscienze dell’Europa colta. Se prendiamo in considerazione il sostantivo ‘nazione’ ci accorgiamo che il termine, nel corso del XVIII secolo, conosceva un significativo arricchimento semantico: oltre al tradizionale significato di comunità ‘nativa’ linguistica, etnica, culturale e storica, assumeva anche quello di comunità politica di uno Stato territoriale³⁴. Se consultiamo l’*Encyclopédie* di D’Alembert e Diderot alla voce ‘Nation’ riscontriamo la seguente definizione:

«Mot collectif dont on fait usage pour exprimer une quantité

³⁰ P. D’ALCONZO, *La tutela del patrimonio archeologico nel Regno di Napoli tra Sette e Ottocento*, in «Mélanges de l’école française de Rome» Année 2001, 113-2, p. 509.

³¹ T. FOFFANO, *Tutela e valorizzazione*, cit. p. 722.

³² *Prammatica LVIII*, cit., p. 204.

³³ Cfr. P. D’ALCONZO, *La tutela*, cit., p. 508.

³⁴ Il sostantivo *nationes* si riscontra sin dal Medioevo, lo si usava nelle Università, divise infatti per *nationes*, nei grandi concili o in altre situazioni, come, per esempio, quando si parlava dei mercanti di nazione «lombarda» nella Francia del Duecento. Lo si ritrova nel XII, nella celebre apostrofe di Giovanni di Salisbury contro Federico Barbarossa: «Quis Teutonicos constituit iudices nationum?» (*Epistola LIX ad Randalphum de Serris*, in J.P. MIGNE, *Patrologia Latina*, t. CXCIX, p. 39). La utilizzava anche Guglielmo di Ockham, ed in senso ‘politico’, a proposito della *traslatio Imperii* se «nullum ius habeant in imperio plus quam ceterae nationes», esaminando i modi «ut statuatur quod de certa natione vel gente imperator eligatur» (*Dialogus*, liber I, cap. XXIX). Al di là dei diversi esempi, è in ogni caso certo che la «nazione» del Basso Medioevo non è quella che divulgherà il Romanticismo ottocentesco. Cfr. F. CHABOD, *L’idea di nazione*, Roma-Bari 2019, in part. pp. 19-21.

considérable de peuple, qui habite une certaine étendue de pays, renfermée dans de certaines limites, & qui obéit au même gouvernement. Chaque nation a son caractère particulier [...]. Le mot de nation est aussi en usage dans quelques universités pour distinguer les supôts ou membres qui les composent, selon les divers pays d'où ils sont originaires»³⁵.

Nella definizione dell'*Encyclopédie* si palesa come l'arricchimento semantico del sostantivo fosse già in atto.

Il problema identitario, oltretutto, si imponeva particolarmente urgente all'attenzione di un sovrano che rappresentava il primo re «proprio e nazionale» – secondo la celebre espressione di Pietro Giannone³⁶ – di uno Stato che aveva ritrovato la propria indipendenza politica dopo gli oltre due secoli di sudditanza vicereale, prima spagnola, poi austriaca. Il bando del 16 ottobre inoltre, ribadiva le disposizioni precedenti³⁷.

In quello stesso anno veniva fondata anche l'Accademia Ercolanese. L'interesse degli eruditi di tutta Europa per le scoperte napoletane, infatti, aveva indotto il sovrano a far compilare un catalogo con le illustrazioni delle antichità recuperate e delle scoperte effettuate.

Dopo alcuni tentativi di riproduzione grafica ritenuti insoddisfacenti³⁸, dietro suggerimento del Tanucci³⁹, re Carlo fondava proprio a tal scopo l'Accademia Ercolanense tramite decreto reale del 13 dicembre 1755. L'Accademia doveva essere composta da 15 'saggi', sotto la direzione dello stesso Tanucci⁴⁰:

«Servitosi il Re N. S. di prendere a cuore la possibile sollecitudine nella dilucidazione delle antichità Ercolanesi coerentemente alle vive premure del Pubblico, affinché in questa guisa possa ritrarne la Repubblica Letteraria quell'utile, e diletto, che nel generoso animo di S. M. è stato

³⁵ J. LE ROND D'ALEMBERT, D. DIDEROT, *Encyclopédie*, 1^{re} éd. Paris 1765, Tome XI, p. 36.

³⁶ P. GIANNONE, *Vita scritta da lui medesimo*, cit., p. 261.

³⁷ *Prammatica LVI*, in *Pragmaticae edicta decreta interdicta regiaeque sanctiones Regni Neapolitani*, Napoli 1772, Tomo I, p. 589.

³⁸ M. PAGANO, *Storia degli scavi*, in M. PAGANO (a cura di), *Gli antichi ercolanesi. Antropologia, società, economia*, Napoli 2000, pp. 24-25; E. RISSER, D. SAUNDERS, *The Restoration of Ancient Bronzes. Naples and Beyond*, Los Angeles 2013, p. 33.

³⁹ G. CASTALDI, *Della Regale Accademia ercolanese*, cit., p. 33.

⁴⁰ M. PAGANO, *Storia degli scavi*, cit., p. 25.

l'oggetto di tanto suo dispendio, ed applicazione nel sottrarle dal sotterraneo del già rovinato Ercolano; ha col suo alto discernimento riconosciuto espediente ottimo al suddetto fine, che tra gli eruditi, di cui non è scarsa codesta Capitale de' suoi Regni, si scegliessero quindici idonei soggetti, i quali si applicassero alla spiegazione di tali antichi monumenti. Ha S. M. voluto la vicendevole comunicazione de' lumi, e delle rispettive cognizioni in una ricerca congetturale, e che i medesimi debbano ogni quindici giorni unirsi in codesta Segreteria di Stato di mio carico, per discorrere sul soggetto, che in ciascuna assemblea verrà proposto a spiegarsi. Ed avendo la M. S. per un tale erudito incarico scelta anche V. S. Illustrissima cogli altri indicati nell'annessa nota; le ne prevengo di Real ordine l'avviso; nell'intelligenza, che resterà ella a suo tempo avvertita del giorno prefisso per la prima adunanza, in cui verrà regolato il metodo da tenersi nelle successive Giunte, giusta le sovrane determinazioni, che S. M. si è degnata comunicarmi. Caserta 13 dicembre 1755. Bernardo Tanucci»⁴¹.

Come segretario perpetuo dell'Accademia era stato inizialmente scelto il giurista Francesco Valletta, nipote del grande intellettuale di fine Seicento Giuseppe Valletta, ma, a causa dell'età avanzata e della salute malferma, l'incarico venne affidato a un altro giureconsulto, Pasquale Carcani, stretto collaboratore di Tanucci, il quale lo volle anche come ufficiale della Segreteria degli affari esteri e della Real Casa⁴².

Fra il 1757 ed il 1792 furono pubblicati otto volumi *in folio* di incisioni dei reperti provenienti dagli scavi di Ercolano col titolo *Delle Antichità di Ercolano*⁴³. A dispetto del titolo, le *Antichità di Ercolano* mostravano oggetti provenienti da tutti gli scavi intrapresi dai Borbone nel Golfo di Napoli. Per cui venivano raffigurati anche i tesori archeologici ritrovati a Pompei e Stabia.

L'Accademia incaricò venticinque artisti di spicco per preparare i disegni e le incisioni dei reperti, tra cui Giovanni Elia Morghen, Carlo Nolli e Giovanni Battista Casanova⁴⁴. Agli incisori di maggior talento furono dati i pezzi ritenuti più interessanti, e per garantire una più salda coerenza

⁴¹ *Real Dispaccio. Prammatica XI*, in *Nuova collezione*, cit., Tomo XIII, p. 73.

⁴² C.A. DE ROSA DI VILLAROSA, *Ritratti poetici di alcuni uomini di lettere antichi e moderni del Regno di Napoli*, vol. II, Napoli 1834, pp. 66-67.

⁴³ F. STRAZZULLO, *Tutela*, cit., p.3, nota n. 4.

⁴⁴ E. RISSER, D. SAUNDERS, *The Restoration*, cit., p. 36.

grafica a ciascun incisore venivano forniti tutti i pezzi di un determinato stile⁴⁵. L'opera non venne messa in vendita ma donata solo a determinati studiosi di ogni parte d'Europa⁴⁶. Del volume I furono stampate 2100 copie, sotto la costante supervisione dell'onnipresente Tanucci, il quale rilasciava personalmente le autorizzazioni di visita del museo allestito nel palazzo reale di Portici⁴⁷.

3. Conclusioni

È stato giustamente sottolineato che la legislazione del 1755 fosse indirizzata soprattutto ad arginare l'esportazione di beni archeologici, non contemplando una restrizione della categoria giuridica della proprietà privata per quanto riguarda l'attività di estrazione dei beni da fondi privati⁴⁸. Le idee di limitazione al diritto assoluto di proprietà privata e del suo godimento sono principi che si imporranno a livello giuridico solo in anni molto successivi. Sia nel pensiero dell'Illuminismo, sia nell'Idealismo tedesco – al di là delle divergenze dottrinali che ne identificavano in un senso o in un altro l'origine, il fondamento e la giustificazione – non si erano imposte dottrine giuridiche che negassero, o quantomeno limitassero in maniera significativa, il diritto di proprietà. Una posizione 'ideologica' che si sarebbe attestata con ancora maggiore intensità con l'affermarsi delle teorie economiche liberiste e della società borghese-capitalistica.

Tuttavia non si può negare che, pur nella loro genericità, le *Prammatiche* settecentesche rappresentino comunque un deciso passo in avanti nella formulazione del concetto di 'bene pubblico'. Quelle disposizioni legislative, infatti, sebbene facessero assoluto divieto all'attività di «estrarre, o far estrarre, o per mare, o per terra, dalle provincie del Regno per Paesi esteri, qualunque monumento antico», grande o piccolo che sia, nel contempo prevedevano come «consumato il delitto» non solo quando «le robe suddette si troveranno già imbarcate, ma anche allorché si saranno ritrovate vicino le marine, i luoghi d'imbarco, in atto che si trasportano per imbarcarsi; e per terra, allorché l'Estraente sarà ritrovato vicino ai confini,

⁴⁵ V.C. GARDNER COATES, J.L. SEYDL, *Antiquity Recovered. The Legacy of Pompeii and Herculaneum*, Los Angeles 2007, p. 63.

⁴⁶ G. BLIX, *From Paris to Pompeii. French Romanticism and the Cultural Politics of Archaeology*, Philadelphia 2009, p. 12.

⁴⁷ E. RISSER, D. SAUNDERS, *The Restoration*, cit., p. 37.

⁴⁸ Cfr. P. D'ALCONZO, *La tutela*, cit., pp. 509 ss.

o avrà voltate le spalle alle Regie Casse, in cammini, ed in circostanze tali, per cui verisimilmente si debba credere che le robe erano per estraersi dal Regno»⁴⁹. Appare evidente – ad avviso di chi scrive –, dunque, la previsione di un ‘limite’ alla stessa categoria giuridica di ‘proprietà privata’, nella misura in cui si identificava un legame della *res* con il concetto di ‘bene pubblico’, e dell’usufrutto di essa esclusivamente all’interno dei confini politici del Regno. Un bene appartenente alla storia, alla memoria e alla identità politica e nazionale del Paese, anche quando rinvenuto in un fondo privato, per cui esso non poteva essere liberamente goduto fuori dal suo luogo ‘naturale’ di appartenenza pubblica. Siamo quindi di fronte a una prima, chiara prospettiva di ‘bene pubblico’ svincolato anche dalla significativa categoria di bene privato del re. Né ci sembra che possa essere fondata l’opinione che vorrebbe considerare le *Prammatiche* del 1755 come prese «poco sul serio»⁵⁰, a causa dell’esistenza di un mercato clandestino di beni archeologici. Mercato criminale a tutt’oggi fiorentissimo, nonostante ben più efficaci mezzi di controllo e repressione⁵¹. Lo si riscontra, in maniera incontrovertibile, anche in un famoso episodio del 1759. Com’è noto, in quell’anno Carlo di Borbone, succedeva al trono di Spagna. Tuttavia, il sovrano, nulla volle portare con sé dei beni della corona, volendo descritte e consegnate le gemme, le ricchezze, i fregi della sovranità e perfino l’anello che portava al dito, da lui trovato negli scavi di Pompei, di nessun pregio per materia e lavoro, ma proprietà, egli diceva, dello Stato⁵².

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Pragmaticae edicta decreta interdicta regiaeque sanctiones Regni Neapolitani, Napoli 1772. R. AJELLO, *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone. «La fondazione ed il tempo eroico» della dinastia*, in «Storia di Napoli» vol. IV, Napoli 1976. R. AJELLO, *Carlo di Borbone, re di Napoli e di Sicilia*, in «Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 20», Roma 1977, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani. A. ALLROGGEN-BEDEL, H. KAMMERER-GROTHAU, *Il Museo ercolanese di Portici*, in *La Villa dei Papiri «Cronache Ercolanesi»*, t. 13, supplemento 2, Napoli 1983. G. BLIX, *From*

⁴⁹ *Prammatica LVII*, in *Nuova collezione*, cit., Tomo IV, p. 202.

⁵⁰ P. D’ALCONZO, *La tutela*, cit., p. 513.

⁵¹ Cfr. esclusivamente a titolo esemplificativo <https://www.linkiesta.it/it/article/2013/08/07/dopo-droga-e-armi-il-business-delle-mafie-e-larte/15653/>.

⁵² F. MARIOTTI, *La legislazione delle belle arti*, Roma 1892, p. XXXVIII.

Paris to Pompeii. French Romanticism and the Cultural Politics of Archaeology, Philadelphia 2009. P. BORRARO (a cura di), *A.S.M. e il Settecento meridionale*, Salerno 1979. S. CASIELLO, *La cultura del restauro a Napoli tra la fine del secolo XIX e l'inizio del XX e l'influenza del pensiero di Giovannoni*, in *Restauri a Napoli nei primi decenni del Novecento*, in «Restauro», n. 68-69, 1983. G. CASTALDI, *Della Regale Accademia ercolanese dalla sua fondazione sinora con un cenno biografico de' suoi soci ordinari*, Napoli 1840. C. CESCHI, *Teoria e storia del restauro*, Roma 1970. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari 2019. V.I. COMPARATO, *Giuseppe Valletta: un intellettuale napoletano alla fine del Seicento*, Napoli 1970. J. LE ROND D'ALEMBERT, D. DIDEROT, *Encyclopédie*, 1^{re} éd. Paris 1765. P. D'ALCONZO, *La tutela del patrimonio archeologico nel Regno di Napoli tra Sette e Ottocento*, in «Mélanges de l'école française de Rome» Année 2001. C.A. DE ROSA DI VILLAROSA, *Ritratti poetici di alcuni uomini di lettere antichi e moderni del Regno di Napoli*, vol. II, Napoli 1834. R. DI STEFANO, *Storia, architettura e urbanistica*, in *Storia di Napoli*, Cava de' Tirreni 1972, vol. IX. A. EMILIANI, *Leggi, bandi e provvedimenti per la tutela dei beni artistici e culturali negli antichi stati italiani (1571-1860)*, Bologna 1978. R. ENGGASS, *Bonito, Giuseppe*, in «Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 12», Roma 1971, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani. V.C. GARDNER COATES, J.L. SEYDL, *Antiquity Recovered. The Legacy of Pompeii and Herculaneum*, Los Angeles 2007. P. GIANNONE, *Vita scritta da lui medesimo*, a cura di S. Bertelli, Milano 1960. L. GIUSTINIANI (a cura di), *Bando da parte della prefata Maestà, e del suo Tribunale della Regia Camera della Sommaria. Prammatica LVII*, in *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, Napoli 1804, Tomo IV. P. LA PLACA, *La reggia in trionfo per l'acclamazione, e coronazione della sacra real maestà di Carlo infante di Spagna*, Palermo 1736. F. MARIOTTI, *La legislazione delle belle arti*, Roma 1892. C.L. DE MONTESQUIEU, *Viaggio in Italia*, in *Scritti postumi (1757-2006)*, Milano 2017. M. PAGANO (a cura di), *Gli antichi ercolanesi. Antropologia, società, economia*, Napoli 2000. E. PAPAGNA, *La corte di Carlo di Borbone il re «proprio e nazionale»*, Napoli 2011. A. PERCONTE LICATESE, *Alessio Simmaco Mazzocchi*, S. M. Capua Vetere 2001. E. RISSE, D. SAUNDERS, *The Restoration of Ancient Bronzes. Naples and Beyond*, Los Angeles 2013. C. N. SASSO, *Storia de' monumenti di Napoli e degli architetti che li edificavano: dallo stabilimento della Monarchia sino ai nostri giorni <1801-1851>*, Napoli 1858. M. SCHIPA, *Il regno di Napoli al tempo di Carlo Borbone*, Milano 1923. S. SETTIS, *La tutela del patrimonio culturale*, in «Dizionario di Storia», Roma 2011, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani. R. SPADACCINI, *Gli «Atti di consegna dei monumenti di storia e di arte» del Regno*, in «Beni culturali a Napoli nell'Ottocento» Atti del Convegno di studi, 5-6 novembre 1997, Roma 2000. M. SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari*, vol. I, *L'età delle riforme*, Milano 1988. F. STRAZZULLO, *Tutela del patrimonio artistico nel Regno di Napoli sotto i Borboni*, in «Atti della Reale Accademia Pontaniana», Napoli 1972. T. FOFFANO, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in «Aevum» anno 77, fasc. 3 (Settembre-Dicembre 2003). M. TOSCANO, *Giuseppe Canart da scultore a conservatore*

(1738/1790). *Un percorso biografico e professionale*, in «Riconoscere un Patrimonio. Storia e critica dell'attività di conservazione del patrimonio storico-artistico in Italia Meridionale (1750-1950)» Atti del convegno Lecce 17-19 Novembre 2006, Galatina 2007. V. TROMBETTA, *Storia e culture delle biblioteche napoletane. Librerie private, istituzioni francesi e borboniche, strutture post unitarie*, Napoli 2002. A. ZENO, *Lettere*, Venezia 1785.

ABSTRACT

Il presente contributo, partendo dall'analisi della legislazione carolina a tutela dei beni archeologici rinvenuti ad Ercolano e Pompei, intende mostrare la formazione di una nuova concezione di 'bene culturale', inteso come 'bene pubblico', che trascende la sfera esclusivamente giuridica, estendendosi anche alla sfera politica in quanto legato indissolubilmente al territorio e alla comunità politica di appartenenza.

The present paper, starting from the analysis of the Caroline legislation for the protection of archaeological heritage found in Herculaneum and Pompeii, intends to show the formation of a new concept of 'cultural property', understood as a 'public good', which transcends the exclusively legal sphere, extending also to the political sphere as it is inextricably linked to the territory and the political community to which it belongs.

PIETRO MANCINI*

LA MONARCHIA NELLE CULTURE DEL MEDIO E VICINO ORIENTE ANTICO**

SOMMARIO: 1. Premessa: sulla uniformità spaziale dell'istituto della Monarchia. - 2. Le ragioni di un modello organizzativo nel contesto del vicino oriente antico. - 3. Analisi comparata e differenziazioni della formula. - 3.1. La visione monarchica in Egitto. - 3.2. La versione monarchica in Mesopotamia. - 3.3. Il “re-uomo” nella regione siro-palestinese. - 3.4. Il Re-Pastore della monarchia israelitica. - 4. La prospettiva escatologica della monarchia: l'elemento sapienziale per il popolo.

1. *Premessa: l'uniformità spaziale dell'istituto della Monarchia*

Lo Stato costituzionale di diritto non può rivelarsi come l'unica ed indiscutibile elaborazione formale, in senso assoluto, della moderna organizzazione democratica, soprattutto guardando fuori dal contesto della democrazia occidentale.

La dinamica del divenire della storia umana non segue linee e direzioni uniformi in ogni dimensione spaziale, giacché in ogni Stato, regione, unità territoriale anche elementare, le costruzioni sociali e politiche costituiscono il prodotto di un processo lungo e complesso.

Nella consolidata ed unanimemente riconosciuta partizione degli eventi della storia umana in due agglomerati spaziali, “oriente” ed “occidente”, anche la concezione della monarchia come istituto e formula politica, differente geneticamente dallo Stato costituzionale di diritto, assume una declinazione orientata a seconda della porzione di spazio presa ad oggetto di analisi od interpretazione.

* Avvocato del Foro di S. M. Capua Vetere.

** Il presente lavoro non avrebbe visto la luce senza l'apporto del caro Don Cesare, cui va la gratitudine dell'Autore per i fraterni consigli, per la paziente ed operosa opera di supervisione del testo e, soprattutto, per l'instancabile entusiasmo nell'incitamento alla ricerca ed allo studio.

Vale la pena, comunque, evidenziare che tutte le civiltà, poiché appartenenti alla medesima razza e consistenza umana, nell'attraversamento delle fasi storiche hanno preferito, seppur in tempi diversi, organizzare la società secondo il modello politico dello Stato Monarchico, secondo sfumature e declinazioni originate da concrete esigenze politiche ovvero dalle proprie irrinunciabili tradizioni religiose e culturali.

Come i regni occidentali anche nel Vicino Oriente, con largo anticipo, si è conosciuto il modello della monarchia come forma di organizzazione della società.

Del resto, ogni popolo struttura le sue funzioni sociali secondo tradizione e secondo natura, senza mai perdere di vista il rapporto tra politica e teologia, tra ambito sacrale e ragion di Stato, tra etica, politica e fenomeno religioso.

Senza approfondirne scrupolosamente le ragioni storiche, data la *sedes materiae*, l'alterità tra Impero (Regno) e Chiesa è forma identificatrice del potere politico e della potestà spirituale, e del dualismo tra sacro e potere di imperio.

Le circostanze che hanno consentito all'Occidente di conquistare diritti e libertà ispirate anche dal fenomeno illuministico, ne fanno un modello dominante.

Sono fenomeni che l'Oriente ha conosciuto solo in epoca moderna, con conseguenti rivolgimenti sull'attuale configurazione dei rapporti tra autorità civili e religiose, tra laicità delle prime ed arretramento o interventismo delle seconde¹.

Le civiltà del Vicino Oriente Antico presentano tratti comuni pur se, nel viaggio compiuto, tale omogeneità non riflette sempre la distanza storica che separa i singoli e specifici contesti.

All'istituzione monarchica viene affidato un difficile compito di mediazione tra il mondo umano e quello divino oltre alla necessaria funzione di governo dei cicli cosmici e naturali, onde propiziarsi il volere degli dei.

¹ NICOLETTI M., *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990.

2. *Le ragioni di un modello organizzativo nel contesto del Vicino Oriente Antico*

Quando si realizza, per effetto della secolarizzazione, il fenomeno della separazione tra Chiesa ed Impero, simboli della dialettica tra potere temporale e potere spirituale che in Occidente comporta la nascita degli Stati assoluti, nel mondo culturale del Vicino Oriente la società conserva una organizzazione secondo il modello monarchico, sia come forma di governo che soprattutto come forma di stato.

Certamente ha avuto un ruolo centrale il fenomeno religioso – divino, in particolare l'elemento del sacro, con simboli e liturgie che, a differenza di quanto accaduto nel contesto occidentale, non rivivono parzialmente nel mondo politico, mescolandosi a riti pagani, ma conservano una autonomia ed indistinta indipendenza tale da convivere con e nel contesto socio - politico, attraversandolo e spesso provocandone una sintesi per incorporazione.

Il re orientale, a differenza del re cristiano medievale, assume il ruolo di *re cosmico*.

Per effetto della relazione triangolare che si stabilisce tra la divinità e la natura – su quest'ultima è chiamato a governare - talvolta egli stesso rimane “oggetto” delle logiche del determinismo dei cicli naturali, degli eventi umani, della provvidenza o “*fortuna*”.

Divinizzato in vita oppure venerato dopo la morte, il re orientale viene “ideologizzato” e sacralizzato, celebrato come un *santo patrono* in terra per effetto dell'investitura regale ricevuta, anche a motivo della sua devozione filiale nella divinità².

Una vera e propria antropomorfizzazione del re divino.

A parte qualche leggera difformità, il paradigma regale del Vicino Oriente Antico si caratterizza per la continua ricerca, da parte del sovrano, del propiziarsi l'armonia cosmica, che coincide con la bontà della natura e del bene per i propri sudditi, oltre che per la continuità della propria dinastia.

Questo rapporto viscerale con la divinità, per mezzo del sovrano mediatore, innalzato a *primus inter pares*, coincide con l'esaltazione degli dei.

² SEMBRANO L., *La regalità di Dio. Metafora ebraica e contesto culturale del vicino Oriente antico*, Bologna, Edizioni Dehoniane Bologna, 1997.

Pertanto, la simmetria tra cose divine e cose umane trova sintesi ed esaltazione nella figura carismatica del sovrano che rappresenta il vertice della piramide sociale.

E costituisce il legame unico ed ultimo con la divinità, fino a che il potere non gli venga tolto dalla divinità stessa.

Spetta al re, così, conoscere e penetrare il volere degli dei per assicurare a sé ed al popolo pace e prosperità, indagando e scrutando i messaggi, i segni, affidandosi alla memoria od alla tradizione, agli aruspici, e spesso officiando cerimonie e riti come capo sacerdote, *pontifex*.

Da questo emerge la visione orientale della Monarchia.

Essa costituisce la base stessa della civiltà, da un lato replicando schemi e forme divine, dall'altro garantendo a tutta la società una organizzazione funzionale, fondata su ruoli e ceti definiti che consente un ordinato svolgimento della vita.

Sicurezza, pace e giustizia potevano essere garantite solo da un sovrano, *pontifex*, il quale rendeva stabili il senso di fragilità e insicurezza dei sudditi, attraverso il governo dei cicli naturali delle stagioni, mediante quei riti e quelle liturgie che ne facevano un eletto, ispirato dalla divinità.

3. *Analisi comparata e differenziazioni della formula*

Ora diamo uno sguardo più da vicino, sia pure sintetico ma non superficiale, alle principali esperienze monarchiche del Vicino Oriente Antico.

3.1 *La visione monarchica in Egitto*

Il re d'Egitto è «un dio mediante il cui agire si vive, è il padre e la madre di tutti gli uomini, solo con se stesso, senza eguali»³.

L'archeologo Gardiner sostiene questa tesi dopo la scoperta del cosiddetto *Documento di Menfi*, un testo cosmologico antico che pone l'Egitto come parte di un ordine naturale della creazione.

³ GARDINER A.H., *The autobiography of Rekhmere*, in *Ancient Egyptian Onomastica*, 62-76, London, 1947.

Il documento permette di comprendere la visione egiziana della monarchia, declinandone il senso secondo categorie non propriamente politologiche.

Nelle sei sezioni⁴ di cui è composto, il documento sembra alludere, secondo Sembrano e la maggioranza degli studiosi dell'Antico Egitto, alle credenze cosmologiche e astrologiche egiziane dalla nascita dell'universo sino alla genesi del regno come continuità dell'elemento divino nella realtà.

Al di là della narrazione mitologica e cosmologica, la *Teologia di Menfi* unifica, fino alla uniformità, mito e realtà.

Nella successione divina al trono, si consuma il dramma della morte del dio, di un *Dio*, come nella sepoltura di *Osiride* e nell'inizio del regno di *Horus*.

⁴ Nella *prima sezione*, si concentra l'attenzione sul fenomeno della genesi della collina primordiale. *Ptah*, la terra fertile, è un tutt'uno con questa collina e rappresenta l'inizio della vita. La terra è considerata una divinità maschile, equiparata ad *Osiride*.

Nella *seconda sezione* si descrive la fine del caos e della guerra tra *Horus* e *Seth* per la conquista dell'Egitto ed il ristabilimento dell'equilibrio grazie alla mediazione di *Geb*. Dal capo di *Horus* originano due corone, rappresentazione del basso e dell'alto Egitto. Egli assume il titolo di *Menes* che ogni futuro re d'Egitto acquisisce all'atto della incoronazione.

All'atto della divisione della terra, *Seth* e *Horus* si spartiscono l'Egitto ma *Geb*, mediatore ed equilibratore del caos, agendo da capofamiglia con autorità primitiva universalmente riconosciuta, cambiando parere, assegna l'intero paese a *Horus* acclamandolo come primogenito del suo predecessore.

Da tale versione mitologica si spiega l'equilibrio statico di forze confliggenti, rappresentata dal basso ed alto Egitto, che, per garanzia di pace e stabilità, viene assegnato ad un solo ed unico monarca.

La terza sezione si concentra sul rapporto tra *Osiride*, padre di *Horus*, con *Ptah*. La quarta sezione racconta della costruzione del castello di Menfi, luogo della sepoltura di *Osiride*.

La *quinta sezione* espone l'argomento della centralità teologica di *Ptah*, unico e solo creatore, che dal suo cuore ha originato il mondo visibile ed invisibile, creando una teogonia venerata e replicata sulla terra.

La *sesta sezione* riprende quanto narrato nella terza, con al centro il poema della vita di *Osiride*, la cui morte genera vita, come il Nilo che ritirandosi fertilizza la terra arida. Cfr. SEMBRANO L., *La regalità di Dio. Metafora ebraica e contesto culturale del vicino Oriente antico*, Bologna, Edizioni Dehoniane Bologna, 1997, 46-49.

L'abbraccio tra i due, nel momento del trapasso, rappresenta una comunione di spirito, una incarnazione dell'investitura filiale.

È rappresentazione plastica dell'ascesa al trono del nuovo re per deposizione del predecessore.

La commistione tra l'umano ed il divino, che si esprime nel testo cosmologico e teologico da cui origina il pensiero politico a base della costruzione monarchica, si spiega proprio con l'immanenza nel mondo fenomenologico dell'elemento divino.

Nella *Teologia di Menfi* si dimostra, quindi, che l'unità dell'Egitto è compimento di un disegno divino per ristabilire l'ordine cosmico ed evitare il caos, il disordine.

In essa, la natura del mondo risiede in un ordine preesistente, che ne costituisce, per derivazione, il presupposto, l'elemento genetico ed ontologico irrinunciabile per il buon funzionamento della società.

Così, la monarchia egizia, "*divina per natura*", si fonda sull'elemento della divinità del re e sul compimento di un disegno che coinvolge due generazioni, in una successione legittima al trono che confonde elemento umano (successore e predecessore) con elemento divino (fonte primigenia di potere assegnato dall'ordine naturale del cosmo che produce stabilità ed equilibrio).

Dunque ogni successione replica quella tra *Horus* e *Osiride*.

La sovranità è, pertanto, negata a tutti ma non agli eletti.

Non può essere infatti segnata da meccanismi democratici poiché il sovrano è intermediario tra uomo e natura, partecipando in potenza dell'elemento divino per nascita, per derivazione originaria, per sostanza ontologica.

Anche dopo la morte, lo spirito del sovrano continua ad operare a vantaggio della sua comunità.

Nella *Teologia di Menfi* si scoprono anche i titoli del re-faraone, la cui regalità e le cui liturgie, dall'investitura alla sepoltura, costituiscono motivo ed oggetto di analisi teologico e politico.

Proprio la titolatura separa il re dagli altri uomini.

Cinque predicati dell'essere re-faraone declinano la statura e levatura del sovrano che si erge come un dio a motivo della sua natura.

- *Horus*, il dio primigenio, colui che ha eretto la stirpe, divinità intangibile e inintelligibile alla comprensione della natura umana.

Il re è incarnazione di questa divinità, antropomorfizzazione della sua potenza e grandezza. La supremazia divina del re è consegnata all'appellativo di *Horus*.

Lo *status* filiale, di paladino e mediatore dell'ordine cosmico, chiamato a stabilizzare ed ordinare il caos, che esprime l'intimità col supremo ed unico Dio, impone la titolatura di - *Figlio di Re* a partire dalla quarta dinastia in poi.

Come il dio originario ha creato il mondo così il re appare sul trono per governare ed ordinare il suo regno.

La pienezza e la dignità del suo potere discendono, per derivazione naturale, dall'essere intimo col Dio.

- *Favorito delle due dee della corona e Re dell'alto e del basso Egitto* esprimono il fatto che il re è a capo di una doppia monarchia e che assume il ruolo di federatore delle parti, di centro di unità.

- *Horus aureo*, invece, qualifica la sostanza, la natura, la vera ed intrinseca essenza del dio re.

Sulla natura della monarchia egizia fornisce utili informazioni la *fiesta di Sed*,⁵ della durata di cinque giorni, che svela la doppia natura del dio, umano - divina, la cui staticità non si consuma nel divenire cosmico degli eventi, ma diffonde armonia ed equilibrio al regno.

Questo evento esprime la presa di possesso, il riappropriarsi del mondo naturale, il nuovo incontro, una rinnovata alleanza tra il faraone ed il suo popolo.

3.2. *La versione monarchica in Mesopotamia*

La simbiosi tra umano e divino assume un carattere recessivo nella monarchia della Mesopotamia, nella cui cultura il re non è divinizzato né rappresentazione dell'incarnazione divina, piuttosto un eletto, un uomo scelto al quale il dio conferisce il potere di governo.

⁵ Sed era una divinità la cui origine permane incerta benchè vi siano attestazioni risalenti al periodo predinastico e fino all'epoca tolemaica. Discussa è anche la periodicità della festa: per alcuni faraoni dopo trent'anni di regno, per altri dopo un tempo più breve e comunque non si rintracciano fonti precise sulla periodicità. Cfr H. FRANKFORT, *Kingship and the Gods. A study of Ancient Near Eastern Religion as the Integration of Society and Nature*, Chicago 1948.

Piuttosto che una narrazione teo-cosmica che esprimesse le radici e l'eziogenesi della monarchia, in Mesopotamia la necessità dell'opzione monarchica trova fondamento nell'avere un condottiero che difenda il popolo dalle invasioni esterne.

La monarchia delle origini è quindi una struttura temporanea, primitiva, essenziale in cui il sovrano, uomo distintosi per valore in guerra, è chiamato a governare fenomeni umani, rimanendo egli stesso vittima e soggetto alle incognite della natura⁶.

Ha una funzione di mediazione nelle e delle cose umane, nella spartizione delle terre e nel dirimere controversie.

Al re spettava, altresì, officiare i culti, le feste sacre, le cerimonie di ringraziamento agli dei, secondo la tradizione.

In questo contesto si sviluppa l'arte della divinazione, dell'amministrazione degli auspici divini, della interlocuzione con la divinità.

Se in una prima fase il sovrano diventa interlocutore della divinità per mezzo di segni e sogni, prodigi, in una fase successiva si serve di una classe di sacerdoti esperta nel linguaggio e nella interpretazione delle cose divine, che coadiuva il sovrano, assieme alla burocrazia di corte, per governare il regno.

Nell'esperienza della Mesopotamia antica, priva di una struttura sociale stratificata, la concentrazione nella persona del re di ogni potere rappresenta una novità.

Detentore ultimo della volontà del popolo in pace ed in guerra, il sovrano attrae a sé il mondo fenomenico nella sua interezza, essendo egli il tramite con il mondo divino.

Nella visione mesopotamica il mondo diventa una forma di stato in cui il potere spetta agli dei, con compiti vasti di governo delle città e dei templi.

Nel terzo millennio con le guerre tra popoli vicini per il controllo di risorse e terre fertili, costanti minacce alla sicurezza degli stati, col

⁶ La metafora del sovrano padrone, signore, guerriero si adatta bene alla potenza del fenomeno naturale in cui si sperimenta il divino. L'universo e la natura tutta diviene così una forma di stato in cui il potere spetta agli dei di cui i sovrani, in questa prima fase, rappresentano le incarnazioni. Cfr. SEMBRANO L., *La regalità di Dio. Metafora ebraica e contesto culturale del vicino Oriente antico*, Bologna, Edizioni Dehoniane Bologna, 1997, 59-61.

crollo dei piccoli villaggi ed il rifugiarsi nelle grandi città, la monarchia cessa di essere un ufficio temporaneo.

La paura della schiavitù e della morte per mano degli invasori fa emergere la figura del sovrano guerriero, capace di sfidare anche gli dei nel compiere gesta epiche.

Divenuto stabilmente guida del suo popolo, il re assume i contorni della divinità senza però essere divinizzato come in Egitto, un *primus inter pares* che non partecipa della sostanza divina.

Dalla prima fase ispirata dal *re guerriero* che sfida anche il volere degli dei per la supremazia ed il controllo delle terre, mostrandosi talvolta irriverente, nel primo millennio si giunge alla metafora del “re saggio” che ama il diritto e disprezza il male, mantiene ordine e giustizia, preoccupandosi non più solo della guerra ma di condurre il popolo come un pastore.

Egli rappresenta il popolo davanti agli dei occupandosi del benessere di chi abita il suo regno.

Nel passaggio dalla embrionale democrazia del terzo millennio alla monarchia stabile del primo millennio, per effetto dei mutamenti sociali, storici ed evolutivi delle esigenze umane, i re assumono differenti titolature, soprattutto se si considera la differenza tra i regni mesopotamici.

Tutte, però, ricalcano la grandezza, la filiazione ed origine divina, la potenza del sovrano.

In Mesopotamia, però, il re non è considerato figlio del dio, né detentore o compartecipe di poteri ultraterreni ma un uomo che, per volontà e capacità, si è propiziato il volere della divinità, a differenza dell’Egitto dove è un dio in terra, mediatore tra l’umano ed il divino⁷.

Il *favor dei*, così, gli consente di governare i cicli della vita e della natura, che, nella visione cosmica, si fondano su regole deterministiche ed oggettive, replicando sulla terra ciò che accade nel mondo soprannaturale.

⁷ La venerazione del re diventa un culto dal valore e dalla finalità politica. Egli punta, infatti, ad acquisire presso il popolo potere e sacralità per mezzo del governo delle tradizioni e dei fenomeni naturali. Vedi A.L. OPPEHEIM, *L’Antica Mesopotamia. Ritratto di una civiltà scomparsa*, Roma, 1980, 96.

Solo penetrando i segreti della volontà divina il sovrano può indirizzare la vita del suo regno e del suo popolo verso la prosperità, la pace, la giustizia, ricevendo forza e saggezza.

3.3. Il “re-uomo” nella regione siro-palestinese

Accenti differenti riporta la monarchia nella regione siro-palestinese, laddove il re non assume alcuna influenza né investitura dal divino.

Si ha qui una netta separazione tra il mondo politico umano e la sfera religiosa e del sacro, ambedue coesistendo in maniera indipendente ed autonoma.

Alcuni autori accedono alla tesi che, proprio per questa netta separazione tra i due centri di legittimazione ed esercizio del potere, si possa parlare di laicità dei regni eblaitici.

Dai documenti e reperti archeologici ritrovati in scavi nella regione, si può affermare che la monarchia siro-palestinese sia un esempio moderno di *res publica* nella gestione del potere⁸.

Il re è davvero un *primus inter pares*, un sovrano che coordina e presiede i soprintendenti delle varie regioni o regni sottoposti, senza mantenere alcun accento di assolutismo come in Mesopotamia, ovvero di deificazione alla stregua degli egizi.

Soprattutto ad Ebla, da una indagine storica, si è rilevato il carattere non ereditario della monarchia bensì elettivo con mandato a tempo limitato.

In questo contesto di *monarchia democratica* non si hanno notizie di un culto della persona del sovrano, il quale, nei documenti ufficiali compare solo con il titolo relativo alla funzione ed all’incarico, di rado col suo nome proprio.

Pur non ricevendo investitura divina, non significa che nella regione siriana non si abbia un culto divino. La laicità ed il rispetto

⁸ Se il sovrano è un *primus inter pares*, a Ebla il vero potere è nelle mani dei *lugal*, ovvero i tesoriери della città. Ai primi spetta la potestà di concludere accordi internazionali, ai secondi di amministrare le finanze e la tesoreria, oltre che a gestire l’amministrazione interna. Nelle città eblaitiche ed in quasi tutti i regni siro – palestinesi il ruolo della donna è centrale al pari dei maschi, con privilegi simili e funzioni differenziate nella società. Cfr G. PETTINATO, *Ebla. Nuovi orizzonti della storia*, Milano, 1986, 337.

delle confessioni plurime esistenti non significano assenza di elementi religiosi e divini.

La società eblaita esprime il bisogno del divino nelle scelte e decisioni collegiali pubbliche e nella sfera privata, dovendo con sapienza mediare e sintetizzare le spinte dei due mondi, temporale e sacrale⁹.

La posizione strategica di regione commerciale ne fa un crocevia culturale tra oriente ed occidente ed un esempio di gestione e coesistenza, moderna, tra vari aspetti della vita umana.

Ad Ugarit, invece, città portuale e centro di scambi ed intreccio di popoli e culture, la visione monarchica si associa alla versione mesopotamica del re mediatore tra l'umano ed il divino, assicurando il corretto funzionamento dei fenomeni naturali.

La legittimità del sovrano consiste nella sua capacità di garantire il funzionamento della natura nel suo insieme, lasciando agli altri membri della comunità l'organizzazione dei singoli settori.

Il regno terreno replica la gerarchia celeste, divina, alla quale si ispira per la gestione del potere.

La simmetria ed il parallelismo tra i regni consentono di costruire un modello interpretativo della regalità applicabile alla maggioranza dei regni orientali, basato su elementi di ispirazione teologici e cosmologici.

La visione d'insieme della monarchia del Vicino Oriente, in chiave comparata, consente di accostarsi alla tesi di una ideologizzazione del re terreno temperata da una antropomorfizzazione del re divino.

Linguaggi e liturgie della regalità orientale assumono la medesima origine cosmologica, in ragione della quale il re si presenta come mediatore, talvolta divino per sostanza ontologica e incarnazione del sacro, intento a propiziarsi il volere della divinità per l'armonia naturale ed il benessere del popolo.

⁹ Gli studiosi hanno individuato ben cinque interpretazioni della storia delle società eblaitiche: 1) *interpretazione stagionale*: il ciclo come espressione mitica dell'iter delle stagioni nell'anno rurale; 2) *interpretazione rituale*: l'origine delle stagioni e del culto viene spiegato mediante riti naturali e tradizionali; 3) *interpretazione cosmogonica*: si basa sulla fondazione e mantenimento dell'universo; 4) *interpretazione conflittuale*: esiste un conflitto tra le forze della vita e quelle della morte e del caos; 5) *interpretazione regale*: intronizzazione di Ba'al e contestazione tra gli dei per il potere. In G. PETTINATO, *Semiramide*, Milano, 1985.

3.4. *Il Re – Pastore della monarchia israelitica*

La novità nell'analisi del contesto evolutivo dell'istituto monarchico, senza accedere a premesse di carattere teologico né inserzioni di Sacra Scrittura, è rappresentata dal regno israelitico, la cui unicità manifesta si compiace del rapporto tra sfera politica e sfera religiosa.

Israele non fu uno stato unitario, ma, dopo la conquista della terra di Palestina, si organizzò più che altro come una confederazione di tribù, accomunate da comune storia e da alcune tradizioni religiose e culturali¹⁰.

La prima forma statale degna di questo nome che Israele assunse fu indubbiamente quella monarchica, quando con Saul e soprattutto con Davide le tribù di Israele divennero un vero e proprio regno unitario.

Il criterio fondamentale che dice la positività o la negatività di un'organizzazione statale è la sua fedeltà alle norme e ai precetti divini.

Ecco perché, in tutti i libri storici dell'Antico Testamento, fonte necessaria per la comprensione della formula monarchica israelitica, la capacità e il valore di un re saranno sempre giudicati a partire dalla sua fedeltà alla Legge divina: i re che osserveranno e faranno osservare ai loro sudditi i precetti divini sono sempre additati come sovrani graditi a Dio e abili politicamente, che assicurano la stabilità del loro regno e la prosperità dei loro sudditi.

Al contrario, i sovrani che permettono la penetrazione in Israele di culti idolatrici sono di solito presentati come sovrani deboli e malvagi.

Il criterio teologico è decisivo per qualsiasi valutazione politica. La profonda unione tra politica e religione che i testi dell'Antico Testamento sembrano prospettare è pienamente coerente con le concezioni dello Stato presenti nelle culture antiche, specie nel Vicino Oriente.

La novità d'Israele risiede nella circostanza che il sovrano giusto e pio è visto come un autentico mediatore tra Dio e gli uomini.

¹⁰ R. DE VAUX, *Le istituzioni dell'Antico Testamento*, Torino, pp. 101 ss.

Da una parte, egli rappresenta l'intero popolo davanti a Dio, dall'altra il re rappresenta l'unico Dio in mezzo agli uomini: ecco perché egli era chiamato a osservare i comandamenti di Dio.

In tal senso, a nome di Dio, il re ideale che molti testi biblici tracciano (in particolare i Salmi) deve prendersi cura dei più poveri e dei più deboli all'interno della società.

Nella concezione biblica del monarca, a differenza di quanto avveniva nelle culture circostanti, la sua figura non è mai divinizzata.

Il sovrano è visto come un rappresentante di Dio, non come Dio stesso.

La religione di Israele, con la sua fede in *Jahwé*, Dio personale e trascendente, rendeva impossibile ogni divinizzazione del re.

Troviamo invece affermata l'idea che il re entra in un rapporto speciale con *Jahwé*: viene adottato come figlio¹¹.

¹¹ In Sal. 2,7 *Jahwé* dichiara che nel giorno della consacrazione (oggi) riconosce il re come suo figlio. Anche nella profezia di Natan tutta la dinastia davidica viene adottata: «*Io sarò per lui un padre ed egli sarà per me un figlio*» (2 Sam. 7,14). Tuttavia, il re rimane un uomo come gli altri. Anzi, il suo particolare rapporto con Dio e il popolo mette in evidenza che la regalità e ogni potere gli sono conferiti da Dio. *Jahwé* è la fonte del regno.

La storia di Israele può essere divisa in due periodi: quello dei Giudici, momento premonarchico e quello dei Re, con l'inizio della Monarchia.

Gli Ebrei, trasformati da pastori in agricoltori, mantennero tuttavia a lungo le loro strutture politiche su base tribale. La lega delle 12 tribù era incentrata su un santuario federale presso il quale si discutevano periodicamente i problemi riguardanti l'intera comunità. Non era quindi ammesso l'istituto monarchico, in quanto per antico precetto, si riteneva che solo Dio potesse essere re del suo popolo. Solo in casi di emergenza il comando di tutto il popolo veniva assunto da un giudice. Gli screzi sempre più violenti con le popolazioni confinanti convinsero tuttavia gli ebrei della necessità di un baluardo di difesa contro le minacce esterne e di un comando unificato permanente.

Tale trasformazione politica così rilevante non poteva che avvenire col consenso divino e, infatti, la Bibbia narra come Dio inviò l'ultimo dei giudici, Samuele, a "ungere", ossia consacrare re di Israele, Saul, della tribù di Beniamino.

Saul (1020-1000 a.C.) combatté a lungo contro i Filistei, ma sarà David, suo successore, a sconfiggerli e a strappare ai Cananei una delle loro ultime roccaforti, Gerusalemme, che diverrà capitale del regno. Il primo tempio di Gerusalemme verrà edificato sotto Salomone (970-930 a.C. ca.), figlio di David. Il regno di Salomone fu essenzialmente pacifico e volto al consolidamento dei territori e dell'economia del paese. La fama della potenza del nuovo regno travalicò i confini della regione, estendendosi a terre lontane: l'esempio più noto è la visita resa a

La Bibbia costituisce, dunque, un monito contro ogni tentativo di divinizzazione dello Stato, che può sfociare in forme di totalitarismo.

Già nell'Antico Testamento, il governo del sovrano è visto soprattutto come servizio di responsabilità nei confronti di tutti¹². Al pari di Dio, l'autorità politica è chiamata a prendersi cura di quanti nella società sono più poveri e deboli.

Per la prima volta in Israele la giustizia, la “legge”, viene sottratta al potere e riposta nella sfera del trascendente.

Mentre il faraone incorpora la giustizia nella sfera sociopolitica sottoposta alla sua sovranità, in Israele essa viene sottratta alla sfera politica per sussunzione in quella teologica.

Accanto al sovrano, depositario del dovere, poiché unto dal Signore ma non divinità tra gli uomini, si erge la figura del profeta, uomo pienamente radicato nella storia.

Pur avendo ricevuto da Dio una missione di tipo religioso, essi non si disinteressano delle vicende del loro tempo, ma tentano di interpretarle e prendono posizione riguardo a esse.

Sono uomini impegnati politicamente, anche se non arrivano mai a ricoprire incarichi amministrativi. Talvolta, invece, rappresentano voci di opposizione al potere.

La politica diventa per i profeti il modo in cui opporsi all'ingiustizia e con cui offrire una visione al popolo, anche a costo della propria reputazione e persino della propria vita, per garantire la fedeltà al monoteismo ed il benessere di tutti, specie dei più poveri.

In definitiva, nella concezione escatologica della storia, ed in particolare del regno, il sovrano assume su di sé il disegno di Dio per il suo popolo, amministrando con giustizia e con dignità l'incarico ricevuto secondo l'insegnamento sapienziale.

4. *La prospettiva escatologica della monarchia orientale*

L'elemento di unicità della versione monarchica orientale, rispetto alla variante occidentale, non può comprendersi se non alla luce

Salomone dalla regina di Saba, una regione dell'Arabia sud-occidentale corrispondente all'attuale Yemen.

¹² J. CROATTO, *Storia della salvezza*, cit., pp. 98-118; G. BOGGIO, *La nascita della monarchia*, in «Studi biblici» (At. 9), Roma; Id., *La storia dei re*, in «Studi biblici» (At. 10), Roma.

dell'applicazione, in combinato disposto tra loro, di categorie di analisi sia riferibili alla scienza politica ed al diritto, sia alla teologia.

Il nesso tra “sacro” e “politico” impone che elementi del primo, di rivelazione profetica, di annuncio, siano trasposti in fattori costitutivi dell'agire politico, così da comprendere tutto quanto sia consistente nella dinamica delle forme di organizzazione sociale.

Se troppo in fretta l'Occidente, per effetto di fenomeni secolarizzanti, si è determinato ad espellere ogni riferimento alla sostanza prepolitica, a prescindere dalla natura etica o religiosa, cosmologica o tradizionale e sapienziale, le culture orientali hanno convenuto nel senso di un mantenimento, non solo in termini di liturgie, simboli, linguaggi, strutture, ma soprattutto con riferimento al contenuto, della sfera sacrale e religiosa.

E proprio delle cose ultime della monarchia, antica forma di organizzazione della società e delle sue dinamiche, non possiamo tacere il senso, col rischio, altrimenti, di una comprensione parziale e fallace.

Sebbene mutevoli siano stati i rapporti tra politico e sacro nei vari regni orientali, una comune lettura escatologica appare come spettro interpretativo soddisfacente.

In conclusione della nostra riflessione, si intende muovere dall'assunto che l'*auctoritas* intesa come potere secolare appartenente alla sfera pubblica, propria di ogni costruzione statale, sia legittima solo se qualificabile come incarnazione e *parusia* di un senso profondo di attesa paziente verso una condizione mutevole e futuribile.

Ogni sovrano non è in gradi di autorappresentarsi né di rappresentare, poiché esso non può con-tenere tutto ciò che insiste nella realtà, della quale anche egli è schiavo, come dei cicli cosmologici o naturali¹³.

¹³ Il riferimento è al famoso saggio di E. PETERSON, *Il monoteismo come problema politico* (1935; trad. it., Brescia, 1983), dove si afferma l'indisponibilità per una teologia trinitaria al compromesso con una autorità politica intesa come contenente, nel senso dell'Impero. Questa forma politica trova fondamento proprio nel presupposto di annettere e contenere ogni altra entità, anche teologica, opposta e teleologicamente orientata ad una dimensione di alterità.

Se l'Impero non può contenere la realtà nella sua interezza neppure le forme pensate dalla teologia possono, se non per effetto di una naturale secessio, inglobare per incorporazione quanto *ex se* assuma forme differenti.

Persino l'esaltazione egizia dell'uomo - re che "*si fa dio*" nutre dubbi sulla possibilità che egli possa incidere, senza propiziarsi il volere divino, sul ciclo naturale del tempo e della storia, che come un meccanismo in divenire perenne non riesce a trattenere.

Il re, comunque uomo, non può abbandonarsi alla *libido dominandi* poiché non ha potestà di controllo sul fato, sulla sorte, alla quale neppure riesce a sfuggire.

È con questi argomenti che la cultura semitica, ripresa poi da quella cristiana delle origini, induce a considerare il potere, l'*auctoritas*, come azione in un tempo non cronologico, un tempo lineare che attraversa le vite e le epoche, ma anche un tempo provvidenziale, *καρπός*, misurabile secondo sensibilità profetiche, in termini di prospettive ed orizzonti di là da venire¹⁴.

Solo la coscienza di esercitare il potere, in una prospettiva escatologica, che impone ad ogni costruzione politica, monarchia compresa, una via d'uscita dal tempo, in senso finalistico, può trovare accoglimento¹⁵.

La vocazione universalistica della monarchia, soprattutto declinata secondo l'esperienza israelitica, di un regno per il Regno, di una anticipazione iconica della verità rivelata, riesce a condizionare direzione e senso dell'azione¹⁶.

Essa non è mai per sé, ma solo per il popolo.

In questa prospettiva, la regalità, dall'investitura alla successione, impone al suo detentore, "*unto dal Signore*" di condurre – buon Pastore - il gregge secondo giustizia e sapienza, contro il dilagare dall'anomia e dall'apostasia, dell'ingiustizia e della instabilità.

Nella monarchia orientale si confrontano così due tensioni, quella del potere che si fa conflitto, secondo la declinazione umana della potestà che avanza e che governa e quella dell'anticipazione della rivelazione in senso biblico, dell'autorità delle cose ultime che si fa Evo, che tende a mostrare i segni di ciò che sarà.

¹⁴ M. PESCE, *Marginalità e sottomissione. La concezione escatologica del potere politico in Paolo*, in *Cristianesimo e potere*, a cura di P. Prodi e L. Sartori, Bologna, 1986.

¹⁵ M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013.

¹⁶ Junger, al pari di Schmitt, condivide l'idea che la fine di tutte le forme catecontiche, come Impero e Monarchia, coinciderebbe col regno dell'anarchia e dell'anomia diffusa, cui solo può dare una risposta il finalismo escatologico.

Queste due tensioni sono mediate dal buon sovrano, il “buon pastore” delle sacre scritture antiche, il quale conosce la caducità, la finitezza, la temporaneità della storia e delle sue forme di potere, di rappresentazione e rappresentanza, sapendo in sapienza interpretare il fine buono della sua potestà.

In questa sacra alleanza tra missione provvidenziale e “*nomos terreno*” si disvela la vera natura della monarchia, intesa come strumento transeunte che fa l’uomo prossimo al Regno, essendo il potere costretto a riconoscere la sua impotenza se non all’interno di un orizzonte escatologico, l’anticipazione terrena del bene.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOGGIO G., *La nascita della monarchia*, in «Studi biblici» (At. 9), Roma; Id., *La storia dei re*, in «Studi biblici» (At. 10), Roma; CACCIARI M., *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013; DE VAUX R., *Le istituzioni dell’Antico Testamento*, Torino; FRANKFORT H., *Kingship and the Gods. A study of Ancient Near Eastern Religion as the Integration of Society and Nature*, Chicago 1948; GARDINER A.H., *The autobiography of Rekhmere*, in *Ancient Egyptian Onomastica*, 62-76, London, 1947; NICOLETTI M., *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990; OPPEHEIM A.L., *L’Antica Mesopotamia. Ritratto di una civiltà scomparsa*, Roma, 1980; PESCE M., *Marginalità e sottomissione. La concezione escatologica del potere politico in Paolo*, in *Cristianesimo e potere*, a cura di P. Prodi e L. Sartori, Bologna, 1986; PETERSON E., *Il monoteismo come problema politico* (1935; trad. it., Brescia, 1983; PETTINATO G., *Semiramide*, Milano, 1985; ID., *Ebla. Nuovi orizzonti della storia*, Milano, 1986; SEMBRANO L., *La regalità di Dio. Metafora ebraica e contesto culturale del vicino Oriente antico*, Edizioni Dehoniane Bologna, 1997.

ABSTRACT

Nel presente lavoro, a partire dall’esegesi di fonti storico-archeologiche e bibliche, è prospettata una analisi comparata delle antiche monarchie orientali, con particolare riguardo ai regni di Egitto, Mesopotamia, sirio-palestinesi e Israele.

A ben vedere, se nel potere dell’uomo che la incarna, in termini di regalità e sovranità, trova legittimazione e traduzione la monarchia occidentale, la versione orientale dell’istituto riposa su elementi teologico-cosmologici, per effetto dei quali il sovrano è tale se “unto” da e “partecipe” di sostanza

divina, non solo e non tanto per sé, ma per il regno ed il popolo che egli è chiamato a condurre.

In this work, starting from the exegesis of historical, archaeological and biblical sources, a comparative analysis of the ancient Eastern monarchies is proposed, with particular regard to the kingdoms of Egypt, Mesopotamia, the Syro-Palestinians and Israel.

On closer inspection, if the power of the man who embodies it, in terms of royalty and sovereignty, finds legitimacy and translation of the Western monarchy, the Eastern version of the institution rests on theological and cosmological elements, as a result of which the sovereign is such if "anointed" by and "participant" of divine substance, not only and not so much for himself, but for the kingdom and the people he is called to lead.

MARIA ZINNO*

APPUNTI SULLA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO
EX ART. 2486, 3° COMMA, C.C.

SOMMARIO: 1. Premessa. La quantificazione del danno nel c.d. codice della crisi. – 2. Il criterio dei netti patrimoniali «rettificati». – 2.1 *Segue*. Il criterio di normalità e i doveri di gestione conservativa. – 3. Il criterio del *deficit* fallimentare. – 4. Profili critici e ricadute applicative. – 5. Crisi e impresa, diligenza e precauzione.

1. *Premessa. La quantificazione del danno nel c.d. codice della crisi*

Nel panorama della responsabilità civile, il ruolo degli amministratori di società di capitali ha da sempre suscitato l'interesse degli interpreti: la gestione della società è infatti attività dinamica, in cui ogni operazione interagisce con le altre, complicando l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno, nonché l'individuazione del pregiudizio concretamente imputabile ai gestori.

Con riferimento alla quantificazione del danno, il vivace dibattito, solo in parte sopito dal consolidato orientamento di legittimità¹, ha

* Ricercatore di Diritto privato presso Sapienza Università di Roma.

¹ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. it.*, 2015, 1413, con nota di M. SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*; in *Danno resp.*, 2016, 1071, con nota di S. CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*. F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, in *Fall.*, 2019, 1289, spec. 1295, ridimensiona l'impatto della sentenza per la specificità delle premesse fattuali. Nel caso di specie la curatela aveva citato l'ex amministratore unico di una s.r.l., chiedendone la condanna per violazioni connesse all'incarico, tra cui omessa tenuta dei libri contabili, ma anche distrazione di beni sociali e mancato adempimento delle dichiarazioni fiscali. L'amministratore era stato condannato nei primi gradi di giudizio al risarcimento del danno pari alla differenza tra passivo e attivo fallimentare, in ragione dell'impossibilità di ricostruire la situazione patrimoniale della fallita a causa della mancanza, a lui imputabile, delle scritture contabili. Per osservazioni e spunti di riflessione all'indomani della pronuncia, cfr. i contributi di A. BASSI, G. CABRAS, M. CIAN, S. FORTUNATO, D. GALLETTI, A. JORIO, P. MONTALENTI, G. RACUGNO e R. SACCHI, tutti dal titolo *Differenza tra attivo*

sollecitato l'intervento del legislatore: l'art. 378, 2° comma, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, in breve c.c.i.i.)², ha, quindi, modificato l'art. 2486 c.c., aggiungendovi un 3° comma³, che prevede, per tutte le società di capitali, criteri per la liquidazione del danno nell'ipotesi di violazione dei doveri di gestione conservativa dell'integrità e del valore del patrimonio sociale al verificarsi di una causa di scioglimento⁴.

Il tema, di portata trasversale, si rivela interessante angolo di visuale da cui indagare le finalità e gli obiettivi del codice della crisi⁵, anche al

e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, in *Giur. comm.*, 2015, II, 651.

² La relazione al c.c.i.i. ha espresso l'esigenza di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica assai frequenti, in cui manchino le scritture contabili o le stesse siano state tenute in modo irregolare. Del resto la legge delega (art. 14, lett. e, l. 19 ottobre 2017, n. 155), a fronte delle sollecitazioni di dottrina e giurisprudenza, aveva richiesto espressamente la previsione di «criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo amministrativo della società fondata sulla violazione di quanto previsto dall'art. 2486».

³ La norma, ex art. 389, 2° comma, c.c.i.i., è entrata in vigore il 30° giorno successivo alla pubblicazione in G.U. (16 marzo 2019).

⁴ Dal verificarsi di una causa di scioglimento, da accertare «senza indugio», deriva, infatti, l'obbligo di gestione conservativa del valore e dell'integrità del patrimonio sociale: a prescindere da un mero riferimento cronologico, sono vietate quelle operazioni che, in quanto speculative, risultino incompatibili con lo stato di liquidazione perché determinano o rischiano di determinare un pregiudizio alla consistenza patrimoniale della società; sicuramente ammesse, ed anzi dovute, sono quelle necessarie per non disperdere il valore. In proposito di recente v. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2021, spec. 135 ss.

⁵ Tra i molti contributi sulla Riforma, cfr. N. ABRIANI - A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 393; M. ARATO - M. FABIANI - G. D'ATTORRE, *Le nuove regole societarie dopo il Codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2020; A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 298; T. CAVALIERE, *Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, 2046; G. D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 461; M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 162; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019; F. LAMANNA - D. GALLETTI, *Il primo correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CDM il 13 febbraio 2020*

fine di verificarne la tenuta, teorica e applicativa, rispetto al sistema della responsabilità civile.

2. Il criterio dei netti patrimoniali «rettificati»

Le operazioni di accertamento dell'*an* e di determinazione del *quantum*, sia pur logicamente distinte, partecipano ambedue all'individuazione del danno risarcibile, rivelando di volta in volta la funzione perseguita e gli interessi tutelati.

In generale, nell'attuale sistema codicistico, nel rispetto del meccanismo causale⁶, il risarcimento è destinato a reintegrare per intero⁷ i danni conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso,

con tavola sinottica, Milano, 2020; A. MAFFEI ALBERTI, *Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 801; P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829; A. NIGRO, *I principi generali della nuova riforma "organica" delle procedure concorsuali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2020, 11; R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 129; M. SPIOTTA, *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, in *Fall.*, 2020, 124; L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, 449; R. VECCHI, *La crisi dell'impresa e dell'insolvenza nel nuovo Codice*, Napoli, 2020.

⁶ Sulla scia della tradizionale distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, la giurisprudenza di legittimità, distinguendo le due fasi del meccanismo eziologico, rileva la necessità che l'accertamento del nesso di causalità materiale preceda quello di causalità giuridica e chiarisce i criteri applicabili ai due segmenti. Tra le sentenze più significative Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Giur. it.*, 2014, 40, con nota di B. TASSONE, *L'arresto finale sul caso Cir-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*; Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2496; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. it.*, 2008, 1653, con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 612, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*.

⁷ A prescindere dalle declamazioni della giurisprudenza, che spesso ne fa uso per rafforzare la persuasività di dispositivi e motivazioni, nell'eterogeneità di prospettive e significati, il principio della riparazione integrale finisce per acquisire carattere indeterminato e marginale e finanche pleonastico, potendo venire impiegato, tra le altre cose, per giustificare, alternativamente, un'interpretazione restrittiva delle regole di evitabilità o prevedibilità del danno, per prediligere una valutazione soggettiva fondata sull'interesse del danneggiato (c.d. *id quod interest*) o sul valore oggettivo del bene (c.d. *aestimatio rei*), o ancora per evitare distorsioni caratterizzate

viene ridotto in caso di colpa concorrente del danneggiato, è escluso per i pregiudizi evitabili con l'ordinaria diligenza ed è liquidato in via equitativa laddove i danni siano di incerto ammontare, secondo un criterio residuale che, al verificarsi di determinati presupposti, evita, a scopi perequativi e, in qualche modo, deterrenti, che le difficoltà probatorie ricadano sul danneggiato⁸.

Con riferimento alla responsabilità degli amministratori per illecita prosecuzione dell'attività d'impresa a fronte di una causa di scioglimento⁹, il codice della crisi ha assunto come regola il criterio c.d. dei netti patrimoniali (o della «perdita incrementale»), relegando a parametro sussidiario il criterio c.d. del *deficit* fallimentare (danno corrispondente alla differenza tra passivo accertato e attivo liquidato

da un costo globale del risarcimento superiore al danno effettivamente subito (c.d. *overcompensation*). Stante la limitata portata precettiva, in concreto sono impiegati altri criteri (tra cui, certezza, prevedibilità, evitabilità del danno e concorso di colpa) per fissare l'entità del pregiudizio risarcibile, secondo la logica distributiva che governa il meccanismo di tutela.

⁸ Acquisita la prova del pregiudizio imputabile al convenuto, il giudizio equitativo ex art. 1226 c.c. consente di determinare il *quantum* del risarcimento, ove non sia possibile provare il danno nel suo preciso ammontare o ciò risulti estremamente difficoltoso (cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2021, n. 5422, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., 13 settembre 2016, n. 17953, in *Giur. it.*, 2017, 2618, con nota di G. VULPIANI, *Valutazione equitativa del danno: presupposti e limiti*; Cass., 24 maggio 2010, n. 12613, in *Foro it.*, 2010, I, 2018, con nota di G. GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*). L'art. 2056, 2° comma, c.c. regola espressamente il criterio equitativo rispetto al lucro cessante, ma è pacifico che il rinvio all'art. 1226 c.c. abbia portata generale e che, pertanto, riguardi anche il danno emergente (naturalmente il ricorso all'equità è più frequente ove il danno assuma contorni sfumati difficilmente traducibili in denaro secondo calcoli puramente matematici, come nel caso di danni alla persona e futuri, oltre che della liquidazione, appunto, del lucro cessante o della perdita di *chance*).

⁹ Secondo l'orientamento maggioritario, le limitazioni ai poteri gestori operano dal momento in cui gli amministratori hanno avuto (o avrebbero dovuto avere con la diligenza professionale) conoscenza della causa di scioglimento, a prescindere dal relativo adempimento pubblicitario di iscrizione nel registro delle imprese (per il quale potrebbe sussistere un'eventuale responsabilità da ritardo o omissione ex art. 2485, 1° comma, c.c.). Ciò, del resto, è coerente con la *ratio* di tutela degli interessi dei creditori sociali e dei soci ad un proficuo esito della liquidazione: posticipare il sorgere del dovere all'adempimento pubblicitario consentirebbe agli amministratori di mantenere la gestione piena, decidendo arbitrariamente quando iniziare ad essere responsabili per il compimento di atti non conservativi.

nella procedura).

Ai sensi del nuovo art. 2486, 3° comma, c.c., ove vi siano scritture contabili regolarmente tenute¹⁰ e purché, a monte, sia accertata la responsabilità in capo al convenuto, scatta una presunzione relativa di quantificazione del danno, non subordinata alle condizioni di cui all'art. 1226 c.c.: il danno risarcibile corrisponde alla differenza tra il patrimonio netto al momento dell'effettivo verificarsi della causa di scioglimento e quello al momento della cessazione della carica dell'amministratore o dell'avvio della procedura concorsuale¹¹. La *ratio* di tale disciplina risiede nella circostanza che l'aggravamento delle perdite, determinato dalla prosecuzione dell'attività secondo modalità non meramente conservative del valore e dell'integrità del patrimonio¹², deriva non da singoli atti, ma da una gestione,

¹⁰ Ragionando *a contrario* in base all'ultimo capoverso della norma, non si tratta di un parametro equitativo utilizzabile in via sussidiaria, ma di un criterio da applicare immediatamente in caso di scritture contabili complete ed attendibili (F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, cit., spec. 1298).

¹¹ Stando al tenore letterale, la norma sembra trovare applicazione nelle sole azioni di responsabilità collegate alla violazione dei doveri di gestione conservativa (M. ROSSI, *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2486, comma 1°, cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1137, paventa il rischio -sia pur marginale- di squilibri applicativi ove si tratti di valutare la responsabilità nella gestione e, prima ancora, nella rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, senza che si configuri una causa di scioglimento; cfr. anche V. DI CATALDO - S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, 318 ss.).

¹² Già prima della novella, questo era il criterio più diffuso, soprattutto laddove la ricostruzione analitica delle conseguenze dannose di ogni operazione fosse oltremodo difficoltosa per la complessità dell'attività e il rilevante numero di nuove operazioni, o in caso di perdite assai anteriori alla dichiarazione di insolvenza o alla formale messa in liquidazione (Trib. Milano, 7 ottobre 2015, in *Danno resp.*, 2016, 870, con nota di G. FACCI, *La valutazione del danno in via equitativa, il criterio della differenza dei netti patrimoniali e la responsabilità degli amministratori*), ma in ogni caso «secondo logica e buon senso» (Trib. Milano, 22 gennaio 2015, in *Soc.*, 2016, 609, con nota di V. BISIGNANO, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare: profili processuali e risarcitori*; la pronuncia riprende i rilievi di A. MAMBRIANI, *La prova del danno nelle azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare ex art. 146 l.f.*, in *odcec.mi.it*, 7 ss.). Non vi era tuttavia uniformità di vedute sui presupposti: alcune pronunce consideravano il parametro di natura equitativa, applicabile in via sussidiaria, ex art. 1226 c.c., quando il danno non poteva essere provato nel suo

complessivamente intesa, non orientata alla liquidazione e non connotata dalle relative cautele.

Ai fini del calcolo si considera anzitutto la situazione patrimoniale al momento in cui la causa di scioglimento era conosciuta dagli amministratori o conoscibile con l'ordinaria diligenza¹³, anche tenuto conto dell'obbligo di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Il relativo bilancio sarà, quindi, oggetto di rettifiche di «funzionamento» per far emergere la perdita applicando correttamente i principi contabili, e di rettifiche di «liquidazione» per eliminare quelle voci dell'attivo che si giustificano solo in una prospettiva di continuità aziendale (ad es., avviamento, immobilizzazioni immateriali e materiali, ammortamenti) e, al tempo stesso, tener conto della consistente svalutazione degli *asset* in fase liquidatoria: lo storno di poste attive e l'emersione di particolari poste passive, anche alla luce del principio contabile OIC 5¹⁴, si spiegano proprio in ragione del mutamento dello scopo sociale successivo al verificarsi della causa di scioglimento¹⁵.

preciso ammontare, per l'assenza di contabilità o la sua grave inattendibilità, determinandosi altrimenti una semplificazione eccessiva degli oneri probatori in capo alla curatela (Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Soc.*, 2018, 765; Trib. Milano, 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2008, 1441); altre, al contrario, richiedevano piena o tendenziale attendibilità delle scritture (Trib. Milano, 3 febbraio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 2352); altre ancora lo impiegavano come metodo cui ricorrere in via immediata, giacché la continuazione dell'attività, dopo l'intervenuta causa di scioglimento, è di per sé complessivamente fonte di responsabilità.

¹³ Tale momento, a seconda delle circostanze, è ricondotto alla predisposizione del bilancio annuale o altra situazione patrimoniale da cui emerga o sarebbe dovuta emergere, applicando le corrette regole di redazione, la causa di scioglimento. Da tener presente che solitamente quest'ultima non viene accertata al suo verificarsi, ma all'indomani dell'apertura della procedura concorsuale all'esito della retrodatazione della perdita operata dal curatore (N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 407).

¹⁴ Come in altre parti del c.c.i.i. (v. gli «indicatori» o «indici» della crisi di cui all'art. 13) il legislatore ricorre alle scienze aziendalistiche; in particolare il principio OIC 5 è uno dei principi contabili nazionali emanati dalla Fondazione OIC (Organismo Italiano Contabilità), dedicato appunto al bilancio di liquidazione.

¹⁵ Con l'aggravarsi della crisi la gestione va orientata verso l'interesse dei creditori che, da vincolo, ne diviene scopo (così R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 669, spec. 672): in termini di analisi economica, il mutamento dell'interesse prevalente si spiega con l'obiettivo di

Il risultato di esercizio di tale bilancio (così doppiamente rettificato) dovrà poi essere confrontato con il bilancio, sempre di liquidazione, al momento della cessazione della carica o dell'avvio della procedura concorsuale¹⁶, per ricavare la differenza tra i due patrimoni netti.

2.1 Segue. *Il criterio di normalità e i doveri di gestione conservativa*

Nel recepire il criterio dei netti patrimoniali «rettificati», la norma prevede una non semplice operazione di detrazione dei «costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione»¹⁷: occorre, in altri termini, estrapolare quei costi che la società avrebbe dovuto, comunque, ragionevolmente sostenere se la liquidazione fosse stata aperta tempestivamente, tenendo conto, ovviamente, dell'oggetto e delle dimensioni dell'impresa¹⁸. Si tratta, in definitiva, di un corollario del dovere di tempestiva attivazione per

disincentivare iniziative ad alto rischio che i soci, protetti dalla limitazione di responsabilità, potrebbero essere indotti ad intraprendere a scapito del ceto creditorio (cfr. art. 4, 2° comma, lett. c, d.lgs. n. 14/2019).

¹⁶ A tale secondo bilancio dovranno applicarsi le stesse rettifiche operate sul primo. Nella prassi il principale limite risiede proprio nel rischio di confrontare situazioni patrimoniali non omogenee: la prima costruita sul presupposto della continuità aziendale, la seconda legata ad una prospettiva di liquidazione (cfr. F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, cit., 1293; G. LIBERATORE - E. TITI, *I criteri di valutazione d'azienda a supporto della stima dei danni societari a carico di amministratori e sindaci*, in *Riv. dott. comm.*, 2020, 35, dove anche riferimenti comparatistici alla giurisprudenza statunitense).

¹⁷ Tra questi sono ricompresi anche gli oneri sostenuti per i tentativi di risanamento, ancorché non andati a buon fine: la responsabilità per il cattivo esito sarebbe configurabile solo in ipotesi di non corretta tenuta delle scritture contabili o altri fatti dipendenti da cattiva organizzazione, in relazione all'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati (così R. RORDORF, *op. ult. cit.*, 675).

¹⁸ Secondo N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 409, la norma ripropone le *best practice* già adottate nella formulazione dei quesiti ai c.t.u.: vengono esclusi dal saldo differenziale, ad esempio, i costi che sarebbero stati ugualmente sostenuti o gli effetti di operazioni non imputabili, tra cui la svalutazione di partecipazioni conseguente all'approvazione dei bilanci delle controllate. Per V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 5, spec. 16 s., gli aggiustamenti devono riguardare, in generale, le perdite e le minusvalenze patrimoniali inevitabili anche con una gestione conservativa, che, pur non rientrando tra i «costi» in senso stretto, incidano sul netto patrimoniale.

l'adozione e l'attuazione degli strumenti di prevenzione della crisi e recupero della continuità aziendale, nonché dei doveri di attivazione delle procedure di allerta.

Sotto altro profilo, si è visto che il presupposto per l'applicazione del criterio consiste nella mancata riprogrammazione dell'attività d'impresa in funzione della sua conservazione: svanite le prospettive di continuità aziendale (c.d. *going concern*), gli amministratori, pur mantenendo le loro prerogative, devono gestire l'immediato in modo da conservare l'integrità e il valore del patrimonio sociale, al contempo compiendo quanto necessario al fine di porre la società in liquidazione, oppure avviando una procedura di composizione o regolazione della crisi.

Ciò non significa, tuttavia, che, al verificarsi della causa di scioglimento, l'attività debba improvvisamente cessare: alla luce dell'art. 211 c.c.i.i. (come già degli artt. 2487, 1° comma, c.c., e 104 l. fall.), la gestione liquidatoria non è di per sé incompatibile con l'attività d'impresa. Conseguentemente, ai fini della responsabilità, dovrà essere innanzitutto accertato, considerata la discrezionalità gestoria e all'esito di una valutazione *ex ante*, che la situazione economica e finanziaria della società avrebbe effettivamente imposto la cessazione dell'attività al verificarsi della causa di scioglimento¹⁹.

3. Il criterio del deficit fallimentare

Il criterio del *deficit* fallimentare ha avuto alterne fortune: dapprima applicato in casi limite di vistose violazioni dei doveri gestori, poi aspramente criticato, in ossequio alla necessaria individuazione del nesso causale tra condotta e danno, quindi valorizzato nell'ambito della liquidazione equitativa, poi nuovamente ripreso in virtù dell'asserita presunzione di causalità dovuta a mancanza o assoluta inattendibilità delle scritture contabili e conseguente inversione dell'onere della prova²⁰.

¹⁹ In questi termini N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 408 s.

²⁰ Come ricordato dalle Sezioni Unite, il criterio è stato utilizzato con un certo automatismo a fronte di inadempimenti più o meno qualificati con conseguenze sull'intero patrimonio sociale (*ex multis*, Cass., 23 giugno 1977, n. 2671, in *pluriscedam.utetgiuridica.it*). All'orientamento dell'automatismo (così indicato da Cass., 15

Ai sensi del nuovo 3° comma dell'art. 2486 c.c., il criterio trova applicazione in via sussidiaria laddove, aperta una procedura concorsuale, per mancanza o irregolarità delle scritture contabili o per «altre ragioni»²¹, i netti patrimoniali «non possono» essere determinati: in questi casi il danno derivante dalla violazione dell'obbligo di gestire la società «ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» al verificarsi di una causa di scioglimento è liquidato, pare finanche senza possibilità di prova contraria, «in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura».

La regola, nella sua rigidità, si discosta dall'orientamento di legittimità, che aveva ribadito con enfasi la necessità di verificare il rapporto causale tra gli inadempimenti gestori ed il danno, precisando condizioni e limiti di applicabilità del metodo: esso, sia pur utilizzabile in mancanza delle scritture contabili, doveva essere in ogni caso mediato dalla valutazione equitativa del giudice²². Con la novella, per

febbraio 2005, n. 3032, in *Foro it.*, 2006, I, 1898) sono poi subentrate decisioni tese a valorizzare la prova del nesso causale (Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, 75, con nota di V. SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*), richiedendo la dimostrazione del dissesto come conseguenza immediata e diretta delle violazioni contestate (Cass., 8 febbraio 2000, n. 1375, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 37, con nota di I. MECATTI), ovvero ad adoperare il deficit come parametro per la liquidazione equitativa, ove fosse accertata e motivata l'impossibilità di quantificare analiticamente i pregiudizi arrecati (Cass., 23 giugno 2008, n. 17033, in *Fall.*, 2009, 565, con nota di G.M. ZAMPERETTI, *La prova del danno da gestione non conservativa nella società disciolta per perdita del capitale*). Fra le ragioni giustificatrici dell'impiego ha assunto un ruolo sempre più rilevante l'impossibilità di ricostruire la situazione contabile per fatti imputabili agli amministratori (Cass., 8 luglio 2009, n. 16050, in *Soc.*, 2010, 407, con nota di S. CASSANI, *La quantificazione del risarcimento nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*), al punto da determinare un'inversione dell'onere della prova a loro discapito (Cass., 4 aprile 2011, n. 7606, in *Danno resp.*, 2012, 48, con nota di C. DI PALMA, *Omessa o incompleta tenuta della contabilità sociale: responsabilità dell'amministratore*).

²¹ Dato il vago riferimento testuale, in dottrina si è ipotizzato che, parlando di «regolarità» della contabilità, la norma faccia riferimento a quella formale, e che le ulteriori «ragioni» comprendano quindi tutte le ipotesi intermedie in cui le scritture contabili siano state formalmente tenute, ma risultino nel loro complesso sostanzialmente inattendibili e quindi non possano essere utilizzate (F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, cit., 1289; in giurisprudenza, Trib. Firenze, Sez. spec. imprese, 13 maggio 2020, in *Soc.*, 2020, 897).

²² Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 9100/2015) avevano precisato che

un verso, si dà per scontata, sul piano causale, l'imputabilità ai convenuti dell'inutilizzabilità della documentazione contabile, per altro verso, il criterio non viene considerato nell'ambito di una valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c. con i relativi correttivi, apparendo decisamente rigido e adombrando il rischio di risultati iniqui²³.

Nonostante l'evidente comodità d'impiego²⁴, esso appare, in definitiva, inidoneo a rappresentare l'effettivo danno sofferto dalla società: da un lato, il calcolo potrebbe rivelarsi errato per difetto giacché si rischia di non considerare tutti i danni ascrivibili agli amministratori (come in caso di rinuncia da parte di alcuni creditori ad insinuarsi allo stato passivo), dall'altro, errato per eccesso, facendo gravare ingiustamente sui gestori perdite a loro non ascrivibili e non considerando la svalutazione che sconta l'attivo in sede di

soltanto violazioni del dovere di diligenza assai generalizzate e gravi atti di *mala gestio* potevano giustificare l'impiego, poco rilevando l'esito negativo della gestione: a fronte di inadempimenti concernenti specifici atti censurabili (ad es., irregolare tenuta delle scritture contabili), si sarebbe dovuto comunque provare il depauperamento del patrimonio sociale imputabile agli amministratori, escludendosi la risarcibilità del danno da *deficit*, per sua natura non specifico. Ciò non impediva, nella ricostruzione della Corte, che, nel rispetto del meccanismo causale (artt. 1223 ss. c.c.), il criterio potesse essere utilizzato quale parametro per una valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c. (sussistendone i presupposti e con i relativi temperamenti), purché ciò risultasse «logicamente plausibile», in rapporto alle circostanze del caso concreto, fosse stato allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del pregiudizio e fossero state indicate le ragioni che impedivano l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta gestoria.

²³ V. CALANDRA BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit., 17 s., ricorda che, nello schema di decreto delegato, con una più equilibrata valutazione degli interessi in gioco e nel rispetto dei principi in tema di responsabilità civile, la norma era stata così concepita; nella versione finale il testo ha virato verso un carattere punitivo, che, ad avviso dell'A., conferma la deriva sanzionatoria di diversi aspetti della Riforma.

²⁴ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929, spec. 946, parla di politica legislativa palesemente volta ad agevolare le curatele, da un lato, rendendo più facile prevedere sin dall'inizio l'ammontare del danno risarcibile, così favorendo eventuali accordi transattivi, dall'altro, alleggerendo un onere probatorio ritenuto eccessivamente gravoso ed evitando in definitiva che gli amministratori si avvantaggino della loro stessa scorrettezza.

liquidazione, così come l'aumento del passivo per effetto, ad esempio, delle sanzioni connesse ai debiti fiscali e previdenziali, nonché per il maturare di interessi su crediti esigibili. Da ultimo, il criterio in parola finirebbe per addossare sui convenuti finanche gli esiti della procedura concorsuale in termini di capacità del curatore o degli altri organi concorsuali nella liquidazione dell'attivo²⁵.

4. *Profili critici e ricadute applicative*

La novella in esame ha inevitabilmente suscitato delle critiche, pur rispondendo in qualche misura ai timori di chi riteneva che la rigorosa applicazione delle regole ordinarie rendesse difficili, se non di fatto impossibili, le iniziative delle curatele²⁶.

Con riferimento al criterio dei netti patrimoniali, in assenza di specifici motivi che ne giustifichino l'impiego in via equitativa, si contesta l'automatismo del calcolo²⁷, che sembra trascurare l'effettivo apporto causale imputabile al convenuto²⁸, esonerando l'attore dalla

²⁵ Così N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 411.

²⁶ N. RONDINONE, *Illecita prosecuzione dell'attività d'impresa ex art. 2486 c.c. e quantificazione del danno in assenza di scritture contabili*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario nella "giurisprudenza delle imprese"*, Milano, 2017, 110, paventava il rischio di «favorire la diffusione di pratiche gestorie poco commendevoli o se non altro di lasciare la loro prevenzione all'unico presidio della giustizia penale». In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 24 agosto 2011, n. 10697, in *Soc.*, 2012, 493, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*.

²⁷ Alcune pronunce avevano ritenuto le considerazioni sul *deficit* fallimentare (sulla «necessità che il ricorso ad un criterio equitativo costituisca criterio residuale, da impiegarsi solo a fronte dell'impossibilità di giungere ad una determinazione del danno maggiormente accurata», e quindi, sostanzialmente, solo in caso di documentazione contabile incompleta o inattendibile) valide anche per il metodo dei netti, «trattandosi -anch'esso- di criterio di determinazione del danno in via equitativa» (Trib. Catania, 15 maggio 2017, n. 2287, in *dejure.it*).

²⁸ Per N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 409, la norma, da un lato, onera i convenuti della prova che il danno generato dal loro comportamento sia inferiore a quello risultante dall'applicazione del criterio legale, dall'altro, evita ai giudici gravose riflessioni e motivazioni sul nesso eziologico tra la prosecuzione di un'attività d'impresa non riprogrammata in chiave conservativa ed il danno che ne sia conseguenza immediata e diretta. V. anche D. GALLETTI, *Ancora sulla valutazione del danno nelle azioni di responsabilità: un banco di prova per la coerenza dei concetti*, in *ilfallimentarista.it*, 2018.

prova dell'entità del danno e del relativo nesso di causalità, e incidendo, in definitiva, sull'accertamento dell'inadempimento, anche ove sia possibile ricostruire gli esiti economici dei fatti di gestione sulla base dei dati contabili²⁹. Per quanto si tratti testualmente di una presunzione semplice³⁰, ciò non toglie un inevitabile aggravamento della posizione processuale dell'amministratore, il quale, in ultima analisi, per ottenere il ridimensionamento della pretesa risarcitoria avversaria, deve sobbarcarsi la prova dell'esatta quantificazione del danno³¹.

D'altro canto, il sistema differenziale pare trascurare il 1° comma dello stesso art. 2486 c.c., che non vieta la prosecuzione della gestione

²⁹ Ricordati i principi generali in tema di responsabilità civile (e richiamato un noto precedente su responsabilità della struttura sanitaria e del medico, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.), la citata pronuncia delle Sezioni Unite si era discostata dall'orientamento che, nelle azioni di responsabilità, riteneva sufficiente dimostrare l'esistenza del rapporto di gestione ed allegare genericamente la violazione dei doveri: la Corte aveva precisato che, anche con riferimento alla responsabilità dell'amministratore, sul quale gravano sia obblighi specifici (c.d. *rules*, tra cui, l'obbligo di tenere le scritture contabili), sia doveri comportamentali generici (c.d. *standard*, tra cui, in primo luogo, il dovere di diligenza), non sia sufficiente un qualsiasi inadempimento, occorrendo individuare «inadempimenti efficienti», prima in senso logico che normativo, rispetto al dissesto e comunque al pregiudizio subito dalla società; dovrà, quindi, in concreto dimostrarsi l'efficienza causale, attraverso la prova della concatenazione tra i fatti addebitati ai gestori e la crisi (cfr. I. PAGNI, *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 599). Sulla scia delle Sezioni Unite, tra le altre, Cass., 30 gennaio 2019, n. 2659, in *Soc.*, 2019, 649; Cass., 1° febbraio 2018, n. 2500, in *Quot. giur.*, 2018; Cass., 2 ottobre 2015, n. 19733, in *Dir. giust.*, 2015, 41; Trib. Firenze, 12 giugno 2017, in *Giur. it.*, 2018, 130, con nota di F. RIGANTI, *Appunti in tema di amministratori, responsabilità e quantificazione del danno*; Trib. Milano, 28 novembre 2017, in *Soc.*, 2018, 703, con nota di D. CARMINATI, *Responsabilità dell'amministratore e liquidazione del danno per differenza tra netti patrimoniali*.

³⁰ App. Catania, 16 gennaio 2020, n. 136, in *Soc.*, 2020, 821, con nota di S. MONTI, *Violazione del dovere di gestione conservativa e danno: "an, quantum" e... quando?*, parla espressamente di presunzione semplice con riferimento alla quantificazione secondo il criterio dei netti patrimoniali, mentre indica come presunzione *iuris et de iure* quella che impone l'adozione del criterio del *deficit*. Sul punto anche Trib. Palermo, 27 maggio, 2020, in *Fall.*, 2020, 1151.

³¹ Con esiti discutibili anche per le largamente auspiccate soluzioni transattive, già ostacolate da una solidarietà passiva, che solo in sede di regresso distingue tra le condotte dei vari convenuti.

in sé³²: l'accertamento del danno esigerebbe, in ogni caso, a carico della curatela, la necessaria individuazione delle specifiche operazioni contrarie alla finalità conservativa, nonché la prova delle relative conseguenze dannose immediate e dirette³³.

Perplexità sorgono anche con riferimento all'individuazione dei termini temporali: si rischia di non tenere debitamente conto del comportamento tenuto dall'amministratore tra l'inveramento della causa di scioglimento e la cessazione dalla carica³⁴ o l'apertura della procedura, né dei tempi fisiologicamente necessari per qualsiasi

³² Non si può escludere, infatti, che anche dopo il verificarsi della causa di scioglimento siano attuate operazioni (ad es., esecuzione di forniture, ultimazione di commesse, cessione di cespiti, definizione di contenziosi o di rapporti con il personale) da considerarsi legittime ove i relativi costi non siano superiori a quelli che si sarebbero prodotti in caso di tempestiva liquidazione. Non a caso, a fronte della prosecuzione dell'attività in violazione dell'art. 2486 c.c., le corti territoriali avevano elaborato diversi metodi di quantificazione del danno, anche combinando il criterio dei netti con quello del *deficit*. Per una sintesi dei diversi orientamenti ed ulteriori spunti si rinvia a M. ARATO – M. FABIANI – G. D'ATTORRE, *Le nuove regole societarie dopo il Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 142 ss.; F. DIMUNDO, *Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile*, cit., 1291 ss.

³³ Impegno, a dire il vero, gravoso ove si tratti di una pluralità di atti o fatti diluiti nel tempo, che, pur specificamente sanzionati, solo nel loro complesso determinano il pregiudizio. Ciò ancor più considerando che spesso gli amministratori ostacolano o rendono impossibile la ricostruzione dell'attività gestoria, e che le azioni di responsabilità vengono avviate a distanza di anni dai comportamenti censurati.

³⁴ Per R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 946 s., sarebbe stato più opportuno considerare il momento in cui la causa di scioglimento diventa percepibile: il colpevole ritardo potrebbe essere addebitato al gestore, pur trattandosi di violazione diversa dalla mancata astensione da attività meramente conservative, ma non può escludersi che, anche con la massima diligenza, intercorra del tempo tra il verificarsi della causa di scioglimento e il momento in cui è possibile percepirla. N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 410 s., ritenendo la norma applicabile anche ai sindaci, ravvisano nella rigorosa individuazione di tale *dies ad quem* un «incentivo ad abbandonare la nave che affonda», adombrando il rischio di sparizione del presidio endosocietario. In generale, l'enfatizzazione degli obblighi in capo all'organo di sorveglianza rischia, infatti, di produrre un eccesso di segnalazioni difensive, anche non necessarie, al solo fine di non incorrere in responsabilità, compromettendo in definitiva l'efficacia dei sistemi di allerta (così anche R. RORDORF, *op. ult. cit.*, 941 ss., il quale ricorda in proposito anche l'art. 14, 3° comma, c.c.i.i.).

processo decisionale societario³⁵. Per altro verso, il tenore letterale della norma sembra escludere l'applicazione in caso di domanda di accesso al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione³⁶.

Ancor più si contesta la rigidità e l'inadeguatezza causale del criterio del *deficit*, che sembra non ammettere prova contraria né correttivi *ex art.* 1226 c.c. (inapplicabile a fronte di un parametro legale di quantificazione)³⁷: come anticipato, esso rischia di non essere rappresentativo dell'inadempimento gestorio giacché, tra le altre cose, parte del passivo ben può essere maturata prima del verificarsi della causa di scioglimento, mentre la scarsa valorizzazione dell'attivo può dipendere dall'introduzione dell'azione poco dopo la dichiarazione di fallimento o comunque dalle scelte degli organi concorsuali.

A prescindere da ulteriori rilievi, si è notato che, pur ritenendosi

³⁵ Così A. BARTALENA, *op. cit.*, 306 s. L'A., premesse alcune riserve sulla redazione della norma (i termini -iniziale e finale- risultano invertiti), fa l'esempio dell'amministratore che, sia pure con ritardo (o meglio non «senza indugio»), abbia attivato i rimedi di cui agli artt. 2447 c.c. o 2482-*ter* c.c., convocando l'assemblea per la deliberazione sullo scioglimento anticipato e la messa in liquidazione (in alternativa alla ricapitalizzazione o alla trasformazione): vi è responsabilità, ma si arresta alla data dell'attivazione tardiva, dal momento che l'avvio della procedura di liquidazione della società interrompe, sul piano della causalità giuridica e materiale, il nesso con i danni ulteriori prodottisi successivamente fino all'apertura della procedura concorsuale. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 19 aprile 2018, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

³⁶ In questo senso N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 410. L'art. 20 c.c.i.i. prevede la sospensione degli effetti della causa di scioglimento per perdita del capitale nel procedimento di composizione assistita della crisi e fino alla sua conclusione; gli artt. 64 e 89 c.c.i.i. dispongono la sospensione in caso di accordo di ristrutturazione e di concordato preventivo, dal deposito della domanda e sino all'omologazione. Questo, del resto, era già l'orientamento della giurisprudenza (Trib. Milano, 7 ottobre 2015, *cit.*). Secondo R. RORDORF, *op. ult. cit.*, 947 s., sarebbe stato più opportuno fare riferimento espressamente all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, che tiene luogo del fallimento, dovendosi negli altri casi far riferimento alla proposizione della domanda di omologazione.

³⁷ Il meccanismo equitativo, lungi dal sovvertire le regole che presidono la liquidazione del danno o sopperire all'inerzia delle parti, presuppone l'esame di tutte le circostanze della fattispecie concreta, che devono essere puntualmente allegare e provate dal danneggiato, al quale spetta anche la prova della stessa impossibilità o eccessiva difficoltà incolpevole di provare il pregiudizio con gli ordinari mezzi istruttori.

acquisita l'idea della polifunzionalità della responsabilità civile³⁸, essa vada combinata con i principi di ragionevolezza e proporzionalità: l'applicazione della norma, sostanzialmente punitiva, in quanto volta a sanzionare la violazione dell'obbligo di tenuta delle scritture contabili, presuppone che venga quantomeno accertata l'imputabilità di detta violazione, così come anche delle «altre ragioni» di impossibile determinazione dei netti, agli amministratori, ai quali dovrebbe essere in ogni caso concessa la possibilità di prova contraria³⁹.

In ogni caso, se è vero che la norma pare aver alleggerito l'onere

³⁸ Le Sezioni Unite nella citata pronuncia (n. 9100/2015) avevano escluso l'applicazione del criterio in assenza di condotta astrattamente idonea a cagionare un danno, quest'ultima di per sé non identificabile con la mancanza delle scritture contabili: invertendo l'onere probatorio, si attribuirebbe alla responsabilità una connotazione sanzionatoria, estranea alla funzione (risarcitoria) dell'azione del curatore, ancorata al principio di equivalenza tra l'entità del pregiudizio effettivamente patito e debitamente dimostrato e il danno risarcibile eziologicamente riconducibile alla condotta contestata. Sulla stessa linea, la Corte aveva altresì rifiutato la regola della vicinanza della prova in virtù della quale l'attore potrebbe, in teoria, non essere tenuto a provare il danno, limitandosi a invocare il *deficit* e ribaltando l'onere a carico degli amministratori, gravati dal dover dimostrare la mancanza del nesso di causalità tra la loro condotta e il pregiudizio.

³⁹ «Altrimenti verrebbe meno qualsiasi plausibile giustificazione logica della norma»: così R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 948 s., il quale, citando Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, ricorda che la tutela risarcitoria ben può assolvere a finalità non solo strettamente restitutorie ma anche general-preventive o schiettamente punitive, purché vi sia espressa previsione di legge e vi sia proporzionalità tra la sanzione e il fatto illecito. È nota l'apertura della giurisprudenza di legittimità ai danni punitivi (*rectius* risarcimenti punitivi), ritenuti non incompatibili con il nostro ordinamento giacché espressione della funzione sanzionatoria e dissuasiva insita nella responsabilità civile; tra i più recenti contributi, v. G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, 1084; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai "punitive damages" ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289; P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687; per una sintesi del dibattito e numerosi spunti cfr. U. PERFETTI (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019.

probatorio in capo alle curatele, la quantificazione del danno non appare del tutto agevole per l'organo giudicante, solitamente privo delle necessarie competenze aziendali, che rischia in definitiva di veder compressa la propria discrezionalità valutativa, senza potersi sottrarre alla consueta ammissione di consulenza tecnica d'ufficio⁴⁰.

5. Crisi e impresa, diligenza e precauzione

Senza dubbio in una situazione di *default* o in prossimità della stessa, l'esigenza di evitare condotte opportunistiche o rischiose comporta una ridotta operatività della c.d. *business judgment rule*⁴¹: il venir meno

⁴⁰ Così N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 409: il più delle volte la prosecuzione dell'attività presuppone violazione delle norme di redazione del bilancio, spesso per mancata svalutazione di cespiti dell'attivo giustificabili solo alla luce di una continuità aziendale, ormai perduta; s'imporrà, quindi, la consulenza anzitutto per stabilire il *dies a quo* della retrodatazione della perdita, previa rettifica dei bilanci. Con riferimento alla discussa applicabilità ai processi in corso v., in giurisprudenza, Cass., 30 settembre 2019, n. 24431, in *Soc.*, 2019, 1431; App. Catania, 16 gennaio 2020, n. 136, cit., che ha escluso l'applicazione ai giudizi pendenti giacché ciò renderebbe deteriore la posizione processuale del convenuto, imponendogli un onere probatorio, cui non sapeva di andare incontro all'inizio del processo, con evidenti conseguenze sulla strategia difensiva.

⁴¹ La *business judgment rule*, regola giurisprudenziale di origine anglosassone, tutela la discrezionalità imprenditoriale, presumendo la razionalità delle scelte gestorie: il giudice, dovendosi limitare ad un controllo di legittimità (c.d. *rule of law*), non può sindacare il merito della gestione, pur dovendo controllare l'*iter* che ha condotto a determinate decisioni, al fine di accertare che, adottate le dovute verifiche e cautele, le scelte non siano manifestamente irrazionali, poggino su basi quantomeno plausibili e rispondano ad una visione complessiva e prospettica (peraltro richiesta anche in sede di predisposizione del bilancio dal criterio del c.d. *going concern*). Essa ovviamente vale nella sua massima estensione per le decisioni strettamente gestionali riguardanti le condotte di mercato, per le quali anche strategie audaci e rischiose possono ritenersi legittime, se non addirittura apprezzabili. Senza pretesa di addentrarsi nell'amplessissima letteratura sulla responsabilità degli amministratori, oltre ai noti volumi F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, e ID., *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, si ricordano, tra gli altri, C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XVI, Torino, 2013; L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413; V. DI CATALDO - D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative*,

della continuità aziendale e il profilarsi dell'insolvenza impongono maggior rigore nella definizione della *governance* societaria e nell'esecuzione degli incarichi ed assottigliano la discrezionalità gestoria, con inevitabili riflessi sul generale assetto organizzativo e profonde ricadute sui poteri e le responsabilità dei gestori, la cui attività muta significativamente obiettivi e funzioni⁴².

D'altro canto, i doveri di diligenza e vigilanza impongono, già nella fase di gestione ordinaria, un monitoraggio costante, affinché, alle prime avvisaglie della crisi, gli amministratori si orientino nel senso della conservazione e promozione dell'impresa o della sua

dimensioni dell'impresa e business judgment rule, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69; M. FRANZONI, *Della società per azioni*, III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2008; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006; G.G. PERUZZO, *Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Roma, 2016; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla "business judgment rule": spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, I, 206.

⁴² In generale sul rischio e la crisi di impresa, tra i molti contributi, cfr. F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015; G. CABRAS, *L'impresa al tempo della crisi, davanti alla legge*, Padova, 2019; V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014; F. GUERRERA, *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in M. VIETTI (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013; C.F. GIAMPAOLINO, *Fallimento e responsabilità gestoria*, in C. IBBA - G. MARASÀ (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2020; P. KINDLER, *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 439; P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62; A. NIGRO - D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021; A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, in *Riv. soc.*, 2018, 1207; M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La responsabilità degli amministratori durante la crisi societaria (scritti)*, Bari, 2018; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007; S. TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012; U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014.

liquidazione, scegliendo all'uopo gli strumenti più idonei⁴³. Quest'ultimo profilo è destinato ad assumere rilievo crescente anche alla luce del nuovo 2° comma dell'art. 2086 c.c. (aggiunto dall'art. 375, 2° comma, d.lgs. n. 14/2019)⁴⁴, che impone ad ogni imprenditore di istituire un adeguato assetto organizzativo anche ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e della conseguente assunzione di idonee iniziative, arricchendo il ruolo degli organi di gestione attraverso la previsione di strumenti di monitoraggio e procedure di composizione della crisi⁴⁵. L'obiettivo, certamente

⁴³ L'obbligo grava anche sugli amministratori non operativi: cfr. Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Soc.*, 2017, 218; Trib. Milano, 31 ottobre 2016, in *Soc.*, 2017, 881.

⁴⁴ Si tratta di un dovere di adeguatezza degli assetti organizzativi che, in definitiva, specifica il dovere di corretta gestione. A ben vedere, con riguardo ad obblighi e responsabilità degli amministratori, l'innovatività della Riforma è minore di quanto possa sembrare: in base ai principi generali, molte regole erano già state elaborate sul piano interpretativo. In particolare, il dovere di adeguare l'organizzazione alle peculiarità dell'impresa e di istituire assetti strutturali e funzionali consoni ad una gestione efficiente era latente nel sistema, sia pur rimesso all'autonomia privata quanto all'effettiva implementazione (così P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274; cfr., tra gli altri, V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 5). Secondo R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929, spec. 933, il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi risponde ad un'esigenza generale, insita nella natura stessa dell'attività imprenditoriale in qualunque forma espletata, come si evince dall'art. 2082 c.c. che definisce l'impresa «un'attività economica organizzata». Più in generale sull'adeguatezza dell'organizzazione, anche a fronte della normativa sulla c.d. responsabilità amministrativa delle società e degli enti, v. E. GINEVRA, *Identità e rilevanza della persona giuridica alla luce del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. soc.*, 2020, 72.

⁴⁵ N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 394, parlano di progressiva consacrazione della «regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria». In argomento anche P. BENAZZO, *op. cit.*; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, spec. 23 ss.; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. fall.*, 2020, 541; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253. Nel prevedere l'obbligo anche «in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa», il legislatore ha implicitamente considerato l'adeguatezza

apprezzabile, è di favorire l'emersione del dissesto nel presupposto che, pur nella concreta difficoltà di individuare il momento in cui suonare il “campanello d'allarme”, le possibilità di salvare i valori di un'impresa siano direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento, senza prescindere, naturalmente, dalle caratteristiche della società, dalle sue dimensioni, dalla natura dell'attività e dei relativi rischi. Il timore, forse frutto di un limitato confronto con le categorie professionali coinvolte, è di aver allestito un sistema di soluzione della crisi particolarmente costoso, soprattutto per le realtà medio-piccole⁴⁶.

In generale nella gestione dell'impresa valgono le regole della discrezionalità privatistica⁴⁷: la fissazione dello scopo delimita l'ambito del dovere di diligenza; correttezza e buona fede sono i criteri di valutazione delle scelte, unitamente all'adeguatezza ed alla proporzionalità, che commisurano l'intensità dell'impegno rispetto all'attitudine a perseguire gli obiettivi⁴⁸. La questione può essere anche affrontata alla luce del principio di precauzione, che emerge quando non c'è certezza del rischio e che, rispetto al problema della

finanziaria, che si aggiunge a quella organizzativa, amministrativa e contabile, imponendo, al fine di valutare il grado di solidità dell'impresa, non solo la corretta formazione del bilancio, ma anche l'esatta rilevazione e valutazione degli indici contabili e degli indicatori della crisi definiti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (C.N.D.C.E.C.).

⁴⁶ In dottrina si è sottolineato il rafforzamento del ruolo del giudice, lamentando il mancato recepimento degli approdi del dibattito europeo, volto ad incentivare la contrattazione; così L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, cit., 455 s., per il quale il legislatore si è limitato a riprodurre strumenti già esistenti, salvo ritrarli in senso meno favorevole al debitore.

⁴⁷ I fenomeni gestori sono, come noto, il terreno elettivo della discrezionalità, disponendo solitamente il gestore di un margine di autonomia circa le modalità di adempimento. Ciò ovviamente rileva anche ai fini dell'accertamento della diligenza, da valutare non secondo rigide alternative, ma sulla base di criteri elastici che tengano conto delle circostanze concrete e delle finalità in relazione alle quali decidere di continuare o interrompere la gestione (cfr. E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 403, spec. 422, ora in ID., *L'ente privato come atto. Saggi di diritto civile*, Torino, 2015).

⁴⁸ Insiste sul parametro di ragionevolezza A. NIGRO, *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 457.

responsabilità, si sviluppa sui profili della colpa e della prova del nesso causale: il principio porta, nella dimensione privatistica, ad individuare regole di diligenza specificamente plasmate sul tipo di attività esercitata e sulle competenze tecniche soggettive, richiedendo talora doveri finanche più intensi di quelli normativamente prescritti ove lo impongano particolari circostanze della fattispecie concreta⁴⁹.

Con specifico riferimento alla responsabilità per violazione dei doveri di gestione conservativa, pur considerando tutte le variabili in gioco, non può che richiedersi rigore anzitutto nell'onere di allegazione delle condotte asseritamente dannose, tenendo anche conto di eventuali concause idonee ad incidere sull'imputabilità del danno e, in definitiva, valorizzando l'*incipit* della norma («Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo»), per cui l'accertamento della responsabilità è il presupposto, logico prima che giuridico, per la successiva quantificazione del danno: l'attore dovrà allegare le condotte attive od omissive degli amministratori che hanno cagionato il danno e fornire la dimostrazione del nesso di causalità che lo lega alla condotta, senza limitarsi alla constatazione della continuazione dell'attività dopo il verificarsi della causa di scioglimento, ma impegnandosi nella rigorosa dimostrazione che tale prosecuzione ha prodotto perdite che si sarebbero evitate con la tempestiva liquidazione⁵⁰.

⁴⁹ Si tenga presente che, a prescindere dalla responsabilità, i doveri precauzionali assumono rilevanza autonoma quando il danno non si è ancora verificato e tuttavia non vengono adottate misure idonee a prevenirlo: essi giustificano, quindi, l'attivazione di una tutela preventiva da parte degli interessati, risolvendosi in inadempimento rilevante a prescindere dal danno (per questi ed altri spunti, E. DEL PRATO, *Precauzione e obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 1; ID., *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, I, 2008, 545, ora entrambi in ID., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018).

⁵⁰ R. ROSAPEPE, *Responsabilità degli amministratori per la prosecuzione dell'attività successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento e criteri di determinazione del danno risarcibile*, in *Dir. fall.*, 2019, 1205, spec. 1211, sottolinea come «il nuovo 3° comma dell'art. 2486 c.c. interviene unicamente sull'individuazione dei criteri di determinazione del danno e non certo sulle condotte generatrici dello stesso, che devono comunque essere accertate in base ai principi generali». In via interpretativa, come anticipato, dovrebbe poi ritenersi salva la facoltà per gli amministratori convenuti di offrire la prova contraria anche in caso di applicazione del criterio del

La crisi, insomma, non può condurre ad eccessivi sviamenti dai principi generali⁵¹, il che, anche nel caso di azioni promosse dagli organi concorsuali, significa non soltanto garantire l'attuazione del principio di riparazione integrale, ma ancor prima il rispetto del meccanismo causale che, con i criteri di certezza, prevedibilità ed evitabilità del pregiudizio delimita l'estensione dell'obbligo risarcitorio, conferendovi contenuto effettivo⁵². D'altro canto, un eccessivo aggravamento della posizione degli organi sociali⁵³ e una eccessiva macchinosità di procedure, seppur dettati dai migliori intenti di salvaguardia, avrebbero il difetto di confliggere con i principi che governano l'esercizio dell'attività imprenditoriale, portando con sé il rischio di gestioni «difensive» o finanche di fughe dei migliori dagli incarichi, il tutto, in definitiva, a detrimento dell'impresa e del valore della partecipazione sociale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABRIANI N. - ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Soc.*, 2019, 393; ALPA G., *La responsabilità civile*.

deficit concorsuale, a prescindere dalla mancata riproposizione dell'inciso testualmente riferito al criterio dei netti patrimoniali. Del resto, anche la pretesa attorea potrebbe discostarsi dal differenziale fra attivo e passivo ove fosse dimostrato che questo è inferiore all'effettiva entità del pregiudizio dovuto alla dissipazione del patrimonio sociale e al protrarsi dell'attività gestoria (Cass., 8 ottobre 2020, n. 21730, in *Quot. giur.*, 2020).

⁵¹ In definitiva nella crisi operano le medesime regole di comportamento che valgono per la gestione di patrimoni altrui ed in particolare per la gestione dell'impresa, sia pure ovviamente plasmate sulla specifica contingenza.

⁵² Nella sconfinata letteratura, v. G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, 2ª ed., Milano, 2018; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 3ª ed., Milano, 2021; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018; M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 2010; C. SALVI, *La responsabilità civile*, 3ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2019; G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile: fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, 3ª ed., Napoli, 2019.

⁵³ Come anticipato, la questione coinvolge anche i sindaci, spesso indiscriminatamente convenuti come responsabili in solido nelle azioni di responsabilità promosse contro gli amministratori (N. ABRIANI - A. ROSSI, *op. cit.*, 411 s.).

Principi, 2^a ed., Milano, 2018; ALPA G., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, 1084; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643; S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XVI, Torino, 2013; ARATO M. - FABIANI M. - D'ATTORRE G., *Le nuove regole societarie dopo il Codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2020; BARTALENA A., *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 298; BASSI A., CABRAS G., CIAN M., FORTUNATO S., GALLETTI D., JORIO A., MONTALENTI P., RACUGNO G. e SACCHI R., tutti dal titolo *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 651; BENAZZO P., *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274; BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413; BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 3^a ed., Milano, 2021; BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992; BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991; BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015; BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 5; CABRAS G., *L'impresa al tempo della crisi, davanti alla legge*, Padova, 2019; G. CALANDRA BUONAURA V., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 5; CALANDRA BUONAURA V., *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in AA.VV., *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014; CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018; CAVALIERE T., *Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, 2046; D'ATTORRE G., *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021; G. D'ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, 461; DEL PRATO E., *Principi e metodo nell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018; DEL PRATO E., *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 403; DEL PRATO E., *Precauzione e obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 1; DEL PRATO E., *Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, I, 2008; V. DI CATALDO - D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 69; DI CATALDO V. - ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in AA.VV., *La*

nuova disciplina delle procedure concorsuali, Torino, 2019; DIMUNDO F., Responsabilità degli amministratori per violazione dell'art. 2486 c.c. e danno risarcibile, in *Fall.*, 2019, 1289; FABIANI M., *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 162; FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019; FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283; FRANZONI M. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, 2ª ed., Milano, 2010; FRANZONI M., *Della società per azioni*, III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2008; GALLETTI D., *Ancora sulla valutazione del danno nelle azioni di responsabilità: un banco di prova per la coerenza dei concetti*, in *ifallimentarista.it*, 2018; GHIONNI CRIVELLI VISCONTI P., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2021; GIAMPAOLINO C.F., *Fallimento e responsabilità gestoria*, in IBBA C. - MARASÀ G. (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2020; GINEVRA E., *Identità e rilevanza della persona giuridica alla luce del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. soc.*, 2020, 72; GUERRERA F., *Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Milano, 2013; INZITARI B., *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. fall.*, 2020, 541; KINDLER P., *La responsabilità degli organi di amministrazione nella crisi dell'impresa. Note a margine del piano d'azione della Commissione UE alla luce della crisi finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 439; LAMANNA F. - GALLETTI D., *Il primo correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza: commento analitico al testo approvato dal CDM il 13 febbraio 2020 con tavola sinottica*, Milano, 2020; LIBERATORE G. - TITI E., *I criteri di valutazione d'azienda a supporto della stima dei danni societari a carico di amministratori e sindaci*, in *Riv. dott. comm.*, 2020, 35; MAFFEI ALBERTI A., *Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 801; MAMBRIANI A., *La prova del danno nelle azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare ex art. 146 l.f.*, in *odcec.mi.it*; MONTALENTI P., *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829; MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62; MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in ABBADESSA P. - PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006; NAVARRETTA E., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 6; NIGRO A. - VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021; NIGRO A.,

I principi generali della nuova riforma “organica” delle procedure concorsuali, in *Dir. banca merc. fin.*, 2020, 11; NIGRO A., *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti?*, in *Riv. soc.*, 2018, 1207; NIGRO A., *“Principio” di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 457; PAGNI I., *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 599; PERFETTI U. (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2019; PERUZZO G.G., *Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Roma, 2016; RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004; ROCCO DI TORREPADULA N., *La responsabilità degli amministratori durante la crisi societaria (scritti)*, Bari, 2018; RONDINONE N., *Illecita prosecuzione dell'attività d'impresa ex art. 2486 c.c. e quantificazione del danno in assenza di scritture contabili*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario nella “giurisprudenza delle imprese”*, Milano, 2017; RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012; RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929; RORDORF R., *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 129; RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Soc.*, 2013, 669; ROSAPEPE R., *Responsabilità degli amministratori per la prosecuzione dell'attività successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento e criteri di determinazione del danno risarcibile*, in *Dir. fall.*, 2019, 1205; ROSSI M., *Prime note sulla quantificazione del danno per violazione dell'art. 2486, comma 1°, cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1137; SALVI C., *La responsabilità civile*, 3ª ed., in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2019; SCARCHILLO G., *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai “punitive damages” ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289; SEMEGHINI D., *Il dibattito statunitense sulla “business judgment rule”: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, I, 206; SPIOTTA M., *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, in *Fall.*, 2020, 124; SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253; STANGHELLINI L., *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, 449; STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007; TOMBARI U. (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014; TRIMARCHI P., *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687; TURELLI S., *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012; VECCHI R., *La crisi dell'impresa e dell'insolvenza nel nuovo Codice*, Napoli, 2020; VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile: fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, 3ª ed., Napoli, 2019.

ABSTRACT

La quantificazione del danno, campo elettivo del diritto vivente, è una delle questioni più dibattute nell'ambito delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori. Concentrandosi sulle ipotesi di violazione dei doveri di gestione conservativa, il contributo si sofferma sui criteri di liquidazione previsti dal nuovo art. 2486, 3° comma, c.c., considerandone profili critici e ricadute applicative, anche alla luce dei principi generali in tema di responsabilità civile.

In case law the quantification of damages is one of the most debated topics about directors' liability. Focusing on violation of duties of conservative management, the paper examines the criteria provided by the new Article 2486 of the Italian civil code, considering critical issues and specific implications, also regarding general principles about tort and liability.

Giurisprudenza annotata



Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 32, 13 luglio 2020, n. 5408 (ud. 22 giugno 2020) - Pres. Giulio Gomez D'Ayala - Rel. Tommaso Maglione – Giud. Gian Piero Scoppa

INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER DIFETTO DI NOTIFICA (EX ART. 16 BIS, D.LGS. 546/1992) – NUOVO PROCESSO TRIBUTARIO TELEMATICO – PRINCIPIO GENERALE DEL RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO DELL'ATTO PROCESSUALE EX ART. 156, COMMA 3 C.P.C – NULLITÀ SANABILE DEL VIZIO DELL'ATTO PROCESSUALE.

In tema di difetto di notifica e di deposito degli atti processuali trovano applicazione i principi generali di diritto processuale in tema di sanabilità del vizio, in particolare il principio del “raggiungimento dello scopo dell'atto”, ex art. 156, comma 3, c.p.c.

Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19, 22 marzo 2021, n. 2717 (ud. 25 gennaio 2021) – Pres. Felicità Pugliese – Rel. Antonella Ciccarella – Giud. Raffaella Miranda

INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER DIFETTO DI NOTIFICA (EX ART. 16 BIS, D.LGS. 546/1992) – NUOVO PROCESSO TRIBUTARIO TELEMATICO – DECLARATORIA DI INAMMISSIBILITÀ.

La violazione dell'obbligo di notifica e di deposito con modalità telematiche degli atti del processo tributario sancito nell'art. 16, comma 1 lett. a), n. 4 del decreto legge n. 119/2018 convertito in legge n. 136/2018, assurge ad elemento fondante per una declaratoria di inammissibilità del ricorso per i giudizi instaurati a decorrere dal 1 luglio 2019 sulla base delle modifiche apportate all'art. 16 bis, comma 3, del D. Lgs. n. 546/1992, prescindendo dagli effetti, in termini di raggiungimento dello scopo prodotti dall'atto processuale posto in essere.

* * *

CARMINE ALDO AGNELLO QUERCIA*

BREVI NOTAZIONI SUL PRINCIPIO
DEL RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO
NEL PROCESSO TELEMATICO TRIBUTARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il processo tributario telematico e l'obbligo di notifica e di deposito con modalità digitali degli atti del processo. — 3. Il difetto di notifica e l'invalidità degli atti del processo tributario. - 3.1 La nullità degli atti processuali. - 3.2 La sanabilità dei vizi di nullità. Il principio del raggiungimento dello scopo. - 4. Approcci giurisprudenziali differenti verso una tematica comune. - 5. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

L'ultimo decennio si è caratterizzato per un grande impegno legislativo verso la digitalizzazione del processo tributario, anche in attuazione degli obiettivi di efficienza e di celerità nella definizione giudiziale nonché di economia gestionale del settore della giustizia fissati in sede comunitaria.

La transizione dalle modalità analogiche a quelle digitali, tuttavia, ha presentato non poche difficoltà attuative e con riferimento alla regolarità delle comunicazioni e delle notifiche degli atti fiscali e processuali.

In merito va detto, però, che non sempre il ricorso ai principi generali del sistema giuridico e, in particolare, al principio processuale del raggiungimento dello scopo (*ex art. 156, comma 3, c.p.c.*) si è rivelato risolutorio. Ed invero, non sono mancate al riguardo pronunce discordanti rese loro da parte delle Commissioni tributarie provinciali e Commissioni regionali.

In altri termini il raggiungimento del fine della notifica di un atto processuale e, quindi, la conoscenza del suo contenuto da parte del destinatario, non sempre è stato considerato un correttivo sufficientemente applicabile ai vizi di cui è affetto l'atto di notifica telematica.

* Cultore della materia in Scienze delle finanze, Dipartimento di Scienze politiche, Università degli Studi di Napoli Federico II.

Analoghe criticità sono sorte dall'applicazione dell'art. 16, comma 1, n. 4 del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, che ha esteso l'obbligo di deposito e di notifica telematico a tutti gli atti processuali concernenti i giudizi tributari instaurati a decorrere dal 1° luglio 2019.

Ciò premesso, le due pronunce in rassegna rappresentano una primissima occasione per la giurisprudenza di affrontare tale tematica da cui discendono importanti effetti e conseguenze in termini di interpretazione dei principi fondamentali di diritto processuale.

L'esame delle motivazioni di tali provvedimenti offre quindi lo spunto per svolgere alcune osservazioni sull'argomento della sanabilità dei vizi di nullità degli atti processuali in materia tributaria e sulla esigenza dell'ordinamento giuridico di applicare anche nel passaggio dalle modalità analogiche a quelle digitali del processo tributario i principi generali del diritto in quanto capisaldi di uniformità dell'ordinamento giuridico.

Orbene, per vagliare la correttezza delle tesi contenute nelle due pronunce processuale dei giudici tributari parteneopei, nei paragrafi che seguono esamineremo anzitutto la valenza del principio di raggiungimento dello scopo *ex* art. 156, comma 3, c.p.c. nel diritto processuale tributario quale principio generale dell'ordinamento giuridico, e in secondo luogo, se l'atto notificato in violazione dell'art. 16 bis del D.Lgs. n. 546/1992, sia da considerarsi o meno affetto da invalidità sanabile.

2. Il processo tributario telematico e l'obbligo di notifica e di deposito con modalità digitali degli atti del processo

Con l'art. 39, comma 8, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, (in particolare, attraverso il D.M. 23 dicembre 2013, n. 163 emanato in attuazione dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400) si è provveduto a introdurre specifiche disposizioni per una completa informatizzazione del processo tributario telematico (c.d. PTI).

Il citato Regolamento ha previsto, altresì, la progettazione di un calendario attuativo per la concretizzazione del processo di digitalizzazione e l'estensione progressiva sul territorio nazionale della riforma telematica divenuto operativo in tutte le Commissioni tributarie provinciali e regionali a partire dal 15 luglio 2017.

La transizione tecnologica del PTT è stata da ultimo completata, in chiave dispositiva, dal decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136, con cui sono state dettate le nuove linee guida ad integrazione di quelle già predisposte con la circolare n. 2 del 11 maggio 2016.

Nel comma 1, lett. a) e b) dell'articolo 16 del decreto legge n. 119/2018, si prevede che:

- a decorrere dal 1° luglio 2019, la notifica e il deposito degli atti nel processo tributario avviene esclusivamente con modalità telematica sulla base delle modifiche apportate all'articolo 16-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 546/92 dall'articolo 16, comma 1, lettera a), n.4) del citato decreto legge n. 119/2018. Inoltre, anche i soggetti che si difendono personalmente possono avvalersi delle modalità telematiche per la notifica e il deposito degli atti;
- a decorrere dal 24 ottobre 2018:
 - le comunicazioni effettuate dalle Commissioni tributarie si perfezionano con l'avvenuta ricezione da parte di almeno uno dei difensori in virtù delle nuove disposizioni contenute nell'articolo 16-bis, comma 1, quarto periodo, del D.Lgs. n. 546/92, come modificato dall'articolo 16, comma 1, lettera a), n. 2) del suddetto decreto legge n. 119/2018;
 - nelle ipotesi di mancata indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore o della parte ed ove lo stesso non sia reperibile da pubblici elenchi, ovvero nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, le comunicazioni potranno avvenire esclusivamente mediante deposito in segreteria della Commissione tributaria, così come prescritto dall'articolo 16-bis, comma 2, primo periodo, del D.Lgs. n. 546/92, che risulta modificato dall'articolo 16, comma 1, lettera a), n. 3) del decreto legge n. 119/2018;
 - i difensori delle parti, degli enti impositori e dei soggetti della riscossione possono attestare la conformità agli originali o copia conforme della copia analogica o digitale degli atti prelevati dal fascicolo processuale informatico o ricevuti tramite notifica telematica ovvero detenuti in originale o in copia conforme, sulla base delle nuove disposizioni contenute nell'articolo 25-bis del D.Lgs. n. 546/92, introdotto

dall'articolo 16, comma 1, lettera b) del citato decreto legge n. 119/2018. I difensori, inoltre, possono fornire la prova dell'avvenuta notificazione e comunicazione degli atti processuali via PEC, laddove risulti impossibile fornire tale prova con modalità informatiche, in ottemperanza delle disposizioni previste dall'art. 9, commi 1-bis e 1ter della legge 21 gennaio 1994, n. 53. In tali casi il difensore deposita in formato cartaceo il messaggio PEC, i suoi allegati e le ricevute di accettazione e di avvenuta consegna previa attestazione della loro conformità all'originale informatico¹.

Con le disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 16 del decreto legge n. 119/2018 viene introdotta una norma di interpretazione autentica del comma 3 dell'art. 16-bis del D.Lgs. n. 546/1992, ante modifica, diretta a garantire la legittimità della scelta di una parte processuale di aderire alle modalità telematiche del deposito degli atti e documenti prescindendo dalla scelta effettuata dalla controparte con modalità analogiche.

Infine, il comma 4 del citato articolo 16 prevede che l'udienza di discussione possa svolgersi a distanza, su richiesta di almeno una delle parti, mediante l'adozione di regole tecnico-operative che consentono il collegamento via web, da definire con apposito decreto².

Con precipuo riferimento alle modalità di presentazione del ricorso va poi detto che esso deve essere proposto entro sessanta giorni dalla data di notificazione dell'atto. In caso di rifiuto tacito della restituzione di tributi, sanzioni pecuniarie ed interessi o altri accessori non dovuti, invece, può essere proposto ricorso dopo novanta giorni dalla domanda di restituzione.³

¹ Cfr. Circolare n. 1/DF del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del 4/07/2019, Processo tributario telematico – Nuove disposizioni in materia di giustizia tributaria digitale – articolo 16 del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136, riportante le Modalità operative delle notifiche e dei depositi telematici obbligatori degli atti e documenti processuali.

² Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento delle finanze, Direzione della giustizia tributaria, Direzione dei sistemi informatici della fiscalità - Circolare n. 1/DF, 4 luglio 2019, Roma, Prot. n. 5764.

³ Cfr. art. 21, D. Lgs. n° 546/92.

La notifica del ricorso all'ente impositore da parte del ricorrente deve avvenire a mezzo posta elettronica certificata (PEC);⁴ l'indicazione dell'indirizzo PEC ha valore di elezione di domicilio a tutti gli effetti.⁵

L'obbligo della notifica del ricorso a mezzo PEC non sussiste per i soggetti che non si avvalgono della difesa tecnica ovvero nelle cause di valore inferiore ai tremila euro.

Le notifiche sono eseguite ai sensi dell'articolo 16 del D. Lgs. n° 546/92 anche nei casi di mancata indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore o della parte.

Qualora non sia possibile fornire la prova della notifica o della comunicazione per i quali la legge prevede l'adempimento delle formalità telematiche, è necessario provvedere ai sensi dell'articolo 9, commi 1 bis e 1 ter della legge 21 gennaio 1994, n° 53.⁶ In particolare l'avvocato dovrà estrarne copia del messaggio di posta elettronica certificata (dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna) su supporto analogico ed attestarne la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte⁷.

3. *Il difetto di notifica e l'invalidità degli atti del processo tributario*

In linea generale, l'invalidità dell'atto processuale consiste nell'impossibilità per lo stesso di realizzare la finalità cui è preordinato,⁸ e consegue alla difformità tra l'atto compiuto concretamente e il paradigma astrattamente delineato dalla fattispecie normativa.

Il tema della gradazione dell'invalidità ha impegnato il dibattito fin dalla costruzione del codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865, laddove ci si interrogava sulla tecnica più opportuna per assicurare che tutte le formalità previste dalla legge per gli atti di procedura fossero rispettate apparendo l'applicazione della sanzione

⁴ Cfr. art. 16 bis, comma 3, D. Lgs. n° 546/92.

⁵ Cfr. art. 16 bis, comma 4, D. Lgs. n° 546/92.

⁶ Cfr. articolo 16, comma 3, D.L. n° 119/2018.

⁷ Cfr. artt. 20 e ss., del D. Lgs. 7 marzo 2005, n° 82.

⁸ V. *amplius* G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Volume 1 - Parte generale, V, 2017, p. 279 ss.

della nullità come una soluzione troppo grave al problema e quindi ritenuta “...*ingiust[a] perché soverchi[a]*”,⁹ rispetto alla gravità del fatto.

Eppertanto, “rifiutata l’idea che alla inosservanza di qualunque precetto dovesse conseguire un giudizio di invalidità dell’atto, il progetto accolse la soluzione, già maturata con riferimento al sistema delle nullità delineato dall’art. 1030 del codice napoleonico del 1806, offerta dalla distinzione – propria del diritto comune – tra elementi essenziali e meramente accidentali dell’atto, lasciando che la nullità affiorasse solo dal difetto dei primi, anche in assenza di previsione legale, e non anche dalla mancanza dei secondi, salva espressa e differente dichiarazione di legge”¹⁰.

Come è noto, nel diritto tributario opera un rinvio alle norme del Codice di procedura civile per quanto non espressamente disposto dal D.Lgs. 546/1992 (il c.d. Codice di diritto tributario)¹¹.

Nel codice di rito l’invalidità è trattata specificamente negli artt. 156 e ss.

In particolare, va precisato che il difetto di notifica inficia la validità dell’atto processuale quando incide sulla stessa regolarità della procedura, che risulterà, quindi, viziata da nullità ovvero inesistenza.

La nullità e l’inesistenza degli atti processuali sono due concetti affini, ma che divergono in modo sostanziale con riferimento alla idoneità dell’atto a produrre effetti seppur in modo limitato e alla suscettibilità di sanatoria dei vizi dello stesso¹².

⁹ Relazione sul progetto del Codice di Procedura Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863, n. 63, Torino, Stamperia Reale, 1864, p. 20.

¹⁰ Cfr. A. L. BONAFINE, *Annotazioni sullo scopo dell’atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, Judicium, Pacini Giuridica – rivista online, 2018.

¹¹ Cfr. art. 1, comma 2, D.Lgs. 546/92.

¹² Le Sezioni Unite hanno, poi, di recente tracciato la distinzione tra inesistenza e nullità dell’attività notificatoria, restringendo la nozione di inesistenza ai casi in cui l’atto manchi degli elementi essenziali per essere riconducibile all’attività di notificazione, ed espungendo il mancato rispetto dei luoghi ove notificare dagli elementi essenziali della notifica: “l’inesistenza della notificazione del ricorso per Cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell’atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un’attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella

Un orientamento giurisprudenziale consolidato fa salvi gli effetti della notifica nelle sole ipotesi di nullità della stessa per il raggiungimento dello scopo mentre lo nega per le ipotesi di inesistenza¹³.

3.1. La nullità degli atti processuali

Il legislatore fa riferimento espressamente alla nullità, quale forma di invalidità degli atti (art. 156 c.p.c.). Altre disposizioni del codice di rito civile si occupano, poi, di singole forme di nullità (es., artt. 158, 160 c.p.c.) e di altre specifiche cause di invalidità, come l'inammissibilità (es., art. 342 c.p.c.) e l'improcedibilità (es., art. 369 c.p.c.)¹⁴.

L'art. 156 c.p.c. chiarisce in primo luogo che: *“Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge”*, sebbene va da osservato come la tassatività in questo caso risulti comunque limitata, perché è sempre fatto salvo il potere del giudice di pronunciare la nullità in tutti i casi in cui l'atto precisamente si manifesti mancante dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo al quale è preordinato¹⁵.

categoria della nullità. Tali elementi consistono: a) nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, "ex lege", eseguita), restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa. " (Cass. S.U. n. 14916 del 2016).

¹³ Corte Cass., SS.UU. sent. n. 14916 del 20 luglio 2016.

¹⁴ V. *amplius* G. VERDE, Diritto processuale civile, Volume I, cit, p. 279 ss.

¹⁵ Causa di nullità è anzitutto la mancanza o l'assoluta incertezza di uno o più requisiti formali che assumono rilevanza esteriore per la tipicità dell'atto, sia nei casi espressamente previsti dalla legge (es., artt. 164, 480, co. 2, c.p.c.), o in applicazione dell'art. 156, co. 2, c.p.c. Causa di nullità è anche la mancanza dei requisiti che, pur non appartenendo alla veste esteriore dell'atto, rappresentano elementi essenziali della sua fattispecie legale (es., volontarietà dell'atto, capacità e legittimazione processuale). Causa di nullità è ancora la violazione di una norma di procedura finalizzata a scandire i modi e l'ordine delle singole fasi processuali (il riferimento ai termini spaziali e temporali riveste la sua importanza in quanto requisiti formali dell'atto processuale),

Devesi osservare che l'atto nullo può produrre gli effetti tipici correlati ai requisiti formali in concreto esistenti, mentre non produce quelli correlati ai requisiti in concreto mancanti. In base ai principi della nullità parziale (art. 159, co. 2, c.p.c.) e della conservazione degli effetti dell'atto (art. 159, co. 3, c.p.c.)¹⁶.

Il giudice, una volta riscontrato un vizio di nullità degli atti del procedimento, deve limitarsi a rilevarlo, chiudendo così il processo in rito (con possibilità però, per la parte attrice di riproposizione della domanda in un successivo processo, salve eventuali decadenze).

Ciò nondimeno, va ricordato che, per il principio di conservazione degli effetti degli atti giuridici, nonché per esigenze di economia processuale, il processo prevede degli espedienti tecnici (c.d. cause di sanatoria) finalizzati ad eliminare la rilevanza degli inadempimenti formali e a rimediare agli eventuali errori commessi dalle parti nel compimento degli atti processuali, affinché lo stesso procedimento originariamente avviato possa raggiungere il suo scopo.

Ne deriva che solo nel caso in cui uno di questi rimedi non sia applicabile (ad es. per mancanza dei presupposti oggettivi o per mera inattività della parte onerata) e il procedimento rimanga viziato, la nullità si presenta al giudice come una questione pregiudiziale di rito, idonea a definire il giudizio per *absolutio ab instantia*¹⁷.

sicché la loro violazione comporta la nullità dell'atto, (es., artt. 112, 158 e 160, c.p.c.), anche se la nullità non è comminata espressamente dalla legge. Cfr. R. POLI, voce: "Nullità degli atti processuali" [dir. proc. civ.], Treccani - Diritto on line, 2016. V. amplius R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, Torino, 2012.

¹⁶ Al riguardo la dottrina rileva la fondamentale distinzione tra nullità per - mancanza dei requisiti di esistenza e di certezza del potere esercitato - da un lato, e nullità per - illegittimo esercizio del potere esercitato - dall'altro: nel primo caso l'atto non produce alcun effetto dell'esercizio del potere collegato ai requisiti mancanti di esso, sicché la relativa pronuncia di nullità non ha carattere costitutivo ma opera con carattere dichiarativo; nel secondo caso l'atto produce provvisoriamente ed in via precaria gli effetti collegati all'esercizio del potere, fino alla pronuncia di nullità (che acquista in questo caso carattere costitutivo, e non meramente dichiarativo) o alla sanatoria del vizio, momento in cui tali effetti si stabilizzano. Cfr. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, Torino, 2012, 174 ss.

¹⁷ Sul punto v. ancora G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Volume I, cit, p. 279 ss.; Proto Pisani, A., *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1719 ss., e, ancora, F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000.

In merito alla rilevabilità del vizio de quo l'art. 157, co. 1, c.p.c., stabilisce che “Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio”¹⁸.

3.2. *La sanabilità dei vizi di nullità. Il principio del raggiungimento dello scopo*

Per sanabilità dei vizi di nullità si intende l'esistenza di un meccanismo processuale in forza del quale un atto del processo viziato (e quindi compiuto in violazione delle norme che ne prevedono i requisiti formali e sostanziali per la sua esistenza giuridica) può produrre, anche solo in modo parziale, gli stessi effetti che la legge ricollega al corrispondente atto processuale “perfetto” (vale a dire compiuto secondo il modello legale previsto dalla norma).

Limitando l'analisi alla categoria delle cause di sanatoria generali, ovvero regolate nell'ambito delle disposizioni sulle nullità in generale, una particolare attenzione merita la questione dell'incidenza della sanatoria sugli effetti dell'atto viziato, in cui assume rilievo la distinzione tra nullità per mancanza dei requisiti di esistenza e di certezza del potere esercitato, da un lato, e nullità per illegittimo esercizio del potere esercitato, dall'altro¹⁹.

La prima causa di sanatoria dei vizi di nullità è il c.d. passaggio in giudicato della sentenza. Ai sensi dell'art. 161 c.p.c. se la parte interessata non propone impugnazione avverso la sentenza, questa passa in giudicato, restando così preclusa la possibilità di rilevare gli eventuali motivi di nullità, che in questo senso possono considerarsi sanati. Costituiscono eccezione alla regola *ex* art. 161 c.p.c., sopravvivendo al passaggio in giudicato della sentenza, le nullità per difetto del potere giurisdizionale (art. 161, co. 2, c.p.c.) e le nullità per indeterminazione del provvedimento (ad es. nel caso di sentenza dal contenuto non determinabile, ecc.).

¹⁸ Sono rilevabili d'ufficio le nullità per mancanza dei requisiti di esistenza e di certezza del potere esercitato; mentre sono rilevabili solo su eccezione di parte le nullità per illegittimo esercizio del potere esistente ed individuabile, in quanto di regola impediscono o limitano un potere processuale di altri soggetti del processo che rientra nella loro esclusiva disponibilità. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 192 ss.

¹⁹ Sulla distinzione si rinvia, per tutti, a R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 192 ss.

Analoga per funzionamento è poi la causa di sanatoria per acquiescenza parziale ricavabile dal combinato disposto degli artt. 329, comma 2, e 161, comma 1, c.p.c.

Ai sensi di quest'ultima disposizione in particolare, come detto, i vizi di nullità della sentenza devono essere fatti valere con l'impugnazione della stessa, in caso contrario è precluso il loro rilievo nella successiva fase del processo.

Questa regola non si applica può alle nullità che sopravvivono al passaggio in giudicato della sentenza e a quelle rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo (difetto di giurisdizione, ecc.), sempre che sul punto non si sia già consolidato il giudicato interno²⁰.

L'acquiescenza con effetto sanante di carattere preclusivo è prevista espressamente dall'ordinamento anche con riferimento agli atti del processo nel caso di mancata eccezione del vizio disciplinata dall'art. 157, co. 2, c.p.c., secondo cui la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può eccepire la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso, ma deve farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto stesso o alla notizia di esso.

Il mancato rilievo della nullità opera alla maniera di una rinuncia tacita - da parte di colui nel cui interesse è stabilito un requisito dell'atto dalla cui mancanza deriva il vizio di nullità - agli effetti che la verifica ed il rilievo del vizio di nullità comporta sull'atto e sul procedimento nella sua interezza, tra cui lo stesso potere di far disporre sulla nullità dell'atto viziato e la conseguente applicazione degli effetti della nullità agli atti dipendenti da quello nullo²¹.

Ne deriva che nei casi in cui operino tali meccanismi di sanatoria, il vizio non ostacola la produzione degli effetti dell'atto (viziato) che opereranno con efficacia *ex tunc*.

²⁰ Brevemente sul tema del giudicato interno è possibile ricordare che nell'ambito del giudicato sostanziale, ove a differenza di quello formale ex art. 324 c.p.c. si ci riferisce alla situazione sostanziale oggetto del processo, è possibile distinguere il giudicato interno e il giudicato esterno: si definisce giudicato interno quello formatosi nello stesso processo, mentre esterno quello formatosi in un processo diverso. Sul punto, amplius, G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Volume 2 - Parte generale, V, 2017, p. 291 e ss., e ancora, tra i tanti, V. L. PICCININNI, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Jovene, Napoli, 2016.

²¹ Cfr. art. 159, co. 1, c.p.c.

Nella categoria delle cause di sanatoria dei singoli atti processuali è fondamentale il raggiungimento dello scopo dell'atto siccome prescritto dalla norma.

Nonostante la verifica di un vizio di nullità, infatti, il raggiungimento dello scopo assume un'efficacia sanante e consente, quindi, agli altri soggetti del processo di esercitare quei poteri processuali che la norma attribuisce loro nella fase di procedimento che consegue al compimento del singolo atto sanato, secondo i tempi ed i modi previsti dalla legge stessa²².

Il principio della generale sanabilità delle nullità per il raggiungimento dello scopo si applica a tutti gli atti processuali e a tutte le forme di difformità dal modello legale diverse dalle nullità in senso stretto (e quindi anche all'inammissibilità ed all'improcedibilità).

Tale principio costituisce un corollario del più generale principio di strumentalità delle forme²³.

Tuttavia sulla applicabilità di questo principio alle ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità delle impugnazioni la giurisprudenza ha mantenuto nel tempo un andamento oscillante²⁴.

Il principio di strumentalità delle forme può operare secondo due schemi di funzionamento:

- un primo schema, in cui pur in presenza di un atto privo di taluni elementi che la legge in astratto ritiene essenziali ai fini della sua validità ed efficacia, lo scopo della norma è pienamente raggiunto perché la carenza di quegli elementi formali previsti *ex lege* non ha in concreto impedito o, comunque, limitato l'esercizio dei poteri degli altri soggetti del processo, secondo i tempi e i modi previsti dalla

²² Cfr. art. 156, co. 3, c.p.c.

²³ Cfr. artt. 121 e 131 c.p.c.

²⁴ La giurisprudenza di legittimità ha valorizzato il principio del raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c. in tutti i casi in cui la notificazione dell'atto abbia presentato vizi non integranti la categoria dell'inesistenza, intendendo per inesistenza quell'ipotesi residuale di derivazione giurisprudenziale e dottrinale, che si caratterizza per l'inefficienza dell'atto a produrre qualsiasi effetto giuridico e per l'insuscettibilità di sanatoria. Sulla categoria dell'inesistenza si ricorda la giurisprudenza della Suprema Corte, SS.UU. sent. n. 14916 del 20 luglio 2016. Con riferimento all'interpretazione del principio del raggiungimento dello scopo si segnalano, altresì, recenti pronunce della Corte di cassazione in cui si richiama l'applicazione del principio in questione: sent. n. 5556 del 26 febbraio 2019; sent. n. 6417 del 5 marzo 2019; sent. n. 6743 del 8 marzo 2019; sent. n. 1156 del 17 gennaio 2019; sent. n. 8245 del 22 marzo 2019.

legge (ad es: in tema di impugnazioni nel giudizio di cassazione, l'omesso deposito dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio del precedente grado di giudizio esclude la declaratoria di improcedibilità del ricorso solo se l'esame di detto se gli elementi necessari per la decisione sono comunque presenti agli atti, e conseguentemente l'esame del fascicolo mancante non risulti indispensabile ai fini della decisione del giudice di legittimità. La sanatoria per raggiungimento dello scopo opera in questi casi tendenzialmente *ex tunc*, sicché, nonostante la difformità dal modello legale, esso in questo caso produce in questo caso tutti i suoi effetti tipici sin dalla sua formazione²⁵.

- un secondo schema, invece, prevede l'integrazione o la concretizzazione progressiva dell'atto data dalla combinazione dell'atto invalido con un atto ulteriore, da cui si origina un atto diverso, ma dotato della medesima efficacia della fattispecie tipica (ad es., nel caso dell'integrazione spontanea del contraddittorio da parte dell'attore)²⁶. Nei casi di integrazione o compimento successivo della fattispecie, invece, la sanatoria opera *ex nunc*, considerando che l'atto nullo produce sin dall'origine, anche se solo in forma precaria, gli effetti correlati ai requisiti in concreto presenti.²⁷ Se il vizio di nullità riguarda l'esistenza o la certezza del potere esercitato, il raggiungimento dello scopo determina la produzione degli effetti dal momento in cui il potere è venuto ad esistenza ed è individuabile; viceversa, se il vizio è relativo al modo di esercizio del potere esistente ed individuabile, il raggiungimento dello scopo va a riconfermare gli effetti già prodottisi al momento del compimento dello stesso atto di esercizio del potere²⁸.

²⁵ Cfr. art. 369 c.pc.

²⁶ Cfr. art. 102, comma 2, c.p.c.

²⁷ Cfr. art. 159, comma 3, c.p.c. Va precisato che nei casi di raggiungimento del risultato pratico nel processo (provato dall'esercizio della facoltà cui l'atto nullo è finalizzato o comunque attraverso il compimento di un atto del processo dipendente dall'atto viziato), la sanatoria opera dal momento in cui il raggiungimento del risultato pratico può dirsi provato. Il vizio perde qualsiasi rilevanza *ex tunc*, nel caso in cui salvo che operi anche il meccanismo della mancata opposizione ex art. 157, comma 2, c.p.c.

²⁸ Cfr. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza*, cit., 463 ss.

Infine, per completezza di trattazione un breve cenno va fatto alla rinnovabilità dell'atto viziato, di cui l'art. 162 c.p.c.

La norma *de qua* stabilisce che il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando sia possibile, la rinnovazione degli atti ai quali la nullità si estende. Ciò impone all'organo giudicante imponendo al primo, nel caso sia possibile, l'emanazione di un provvedimento che elimini il vizio stesso e consenta pertanto al processo di proseguire.

Per quanto riguarda il modo di operare del meccanismo della rinnovazione, va detto che, quando si tratta di un vizio della domanda (rivelatesi nel giudizio di primo grado o d'impugnazione), per inesistenza o mancanza di certezza del potere esercitato, la rinnovazione opera sempre *ex nunc* rispetto agli effetti della domanda stessa²⁹. In ogni caso, deve osservarsi che la rinnovazione opera lasciando impregiudicato le decadenze maturate e facendo salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o alla integrazione³⁰.

Quando invece si tratta di una nullità di atti del procedimento diversi dalla domanda per esercizio illegittimo del potere esercitato, la rinnovazione invece opera *ex nunc* rispetto al vizio del procedimento, andando così a rimuovere l'impedimento alla decisione della causa nel merito.

4. *Approcci giurisprudenziali differenti verso una tematica comune*

Rigettando parzialmente le pretese dell'Agenzia delle Entrate che aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso, la Commissione tributaria provinciale di Napoli, con la sentenza n. 5408 del 13 luglio 2020 la Sez. 32^a, ha fornito un'interpretazione della regola di cui all'art. 16, comma 1, n. 4 del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, che si promette di contemperare il rispetto dei principi generali e l'esigenza di unitarietà esegetica dell'ordinamento giuridico in considerazione delle altre norme processuali vigenti.

Nel giudizio indicato il ricorrente impugnava l'estratto di ruolo dal quale emergeva la presunta debenza di cartella di pagamento del 2013 relativa ad un Avviso di accertamento per i tributi Irpef ed IVA relativi agli anni 2006 e 2008, eccependo la prescrizione del diritto (la

²⁹ Cfr. artt. 159 e 164 c.p.c.

³⁰ Cfr. art. 164, comma 5, c.p.c.

decorrenza del termine breve quinquennale e la non interruzione)³¹, nonché la decadenza tardiva dell'Ufficio per l'iscrizione a ruolo.

Si costituiva l'Agenzia delle Entrate, eccependo l'inammissibilità del ricorso perché prodotto in forma cartacea, anziché elettronica (così come previsto dall'art. 16, comma 1, n. 4 del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, per i giudizi instauratisi a decorrere dal 1° luglio 2019), nonché regolare notifica sia dell'accertamento che della cartella esattoriale.

La Commissione tributaria provinciale di Napoli, Sez. 32^a, con la sentenza citata dichiarava ammissibile il ricorso presentato dal ricorrente definendo lo stesso solo parzialmente fondato nel merito, in relazione all'annualità 2006 e rigettandone il resto della domanda, e compensando le spese tra le parti.

La stessa Commissione tributaria provinciale nella motivazione del provvedimento precisava, altresì, che: *"...in merito alla ammissibilità del ricorso, essendo esso stato notificato successivamente al 1 luglio 2019 in forma cartacea ed essendo la sua inammissibilità stata espressamente invocata dal costituito ufficio..., giova ricordare che l'articolo 16 del D.L. n. 119 del 2018, convertito dalla L. n. 136 del 2018, al comma 1, lett. a) e b), ha disposto che, a decorrere dal 1 luglio 2019, la notifica e il deposito degli atti nel processo tributario avviene esclusivamente con modalità telematica, sulla base delle modifiche apportate all'articolo 16-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 546 del 1992 e si precisa che anche i soggetti che si difendono personalmente, pur non avendone l'obbligo, possono avvalersi delle modalità telematiche per la notifica e il deposito degli atti.*

La modalità elettronica è dunque esclusiva per le parti che, come nella fattispecie, sono assistite da difensore tecnico. La norma, tuttavia, da un lato consente, in casi "eccezionali", che la Commissione, nella persona del suo Presidente o in quello di Sezione, possa autorizzare preventivamente la presentazione di atti processuali cartacei; dall'altro, non è assoluta, consentendo, ai soggetti non assistiti, di continuare ad utilizzare la forma cartacea, da ciò discendendo che il ricorso cartaceo ben continui ad avere la propria efficacia e a poter essere trattato dalla Commissione; da ultimo, e tale circostanza appare dirimente, non prevede espressamente la sanzione della inammissibilità del ricorso in caso di violazione di tale modalità. Questa Commissione ritiene dunque che, anche alla luce dell'art. 27 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (1. Il Presidente della Sezione, scaduti i termini per la costituzione in giudizio delle parti, esamina preliminarmente il ricorso e ne dichiara

³¹ Sul punto v. Corte Cassazione, SS.UU. sent. n. 23397 del 17 novembre 2016.

l'inammissibilità nei casi espressamente previsti, se manifesta), non possa pronunciarsi l'inammissibilità del ricorso, che costituisce la più estrema misura sanzionatoria processuale, in quanto non espressamente prevista dalla norma. Militano peraltro a favore di tale soluzione ermeneutica anche ... e, soprattutto, la disposizione recata dall'art. 156 del codice di rito - codice applicabile, come noto, al processo tributario, in quanto compatibile - in base al quale "Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge" e comunque essa "non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato". Nella fattispecie, ricorrono ambedue le circostanze, non essendo espressamente prevista dalla norma l'inammissibilità ed avendo l'atto, evidentemente, raggiunto lo scopo cui esso era destinato, come desumibile dalla costituzione in giudizio dell'Ufficio impositore. Il ricorso è pertanto ammissibile".³²

Di segno opposto appare, invece, la sentenza n. 2717 del 22 marzo 2021, della Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19^a, che invece propende per l'inammissibilità del ricorso proposto dal ricorrente per difetto di notifica, con specifico riguardo all'art. 16 bis del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Con tale pronuncia la Commissione ha rigettato la domanda del ricorrente che con ricorso eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano nella materia del contendere e si opponeva altresì al pagamento della somma indicata nell'avviso di accertamento contestando che la natura delle somme accertate dall'Ente ed indicate nell'avviso è esente da tassazione ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. c) D.P.R. 2083/1962. L'Agenzia delle Entrate si costituiva eccependo la legittimità del proprio operato e preliminarmente l'improcedibilità del giudizio, per violazione dell'art. 16 bis del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 in quanto il ricorso era stato notificato in formato cartaceo mediante servizio postale e non in via telematica (per mezzo di posta elettronica certificata) come previsto dalla normativa vigente.

La Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19, con la citata pronuncia specificava, altresì, che: *"Le disposizioni contenute nell'art. 16 del decreto legge n. 119/2018, convertito dalla legge n. 136/2018, infatti, prevedono che a decorrere dal 1° luglio 2019, la notifica e il deposito degli atti nel*

³² Estratto sent. Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 32, n. 5408 del 13 luglio 2020.

processo tributario avvenga esclusivamente con modalità telematica sulla base delle modifiche apportate all'articolo 16 bis, comma 3, del D.lgs. n. 546/92 dall'articolo 16, comma 1, lettera a), n. 4) del citato decreto legge n. 119/2018. Tale regime di obbligatorietà si applica dal 1° luglio 2019 e riguarda i giudizi instaurati, in primo e secondo grado a decorrere da tale data. Dal 1° luglio 2019, quindi, gli atti introduttivi del giudizio devono essere notificati alla controparte tramite posta elettronica certificata (PEC) e, nel termine dei successivi 30 giorni, depositati in Commissione tributaria con modalità telematiche. Tale obbligo riguarda le parti, i consulenti e gli organi tecnici dell'amministrazione dello Stato o di altri enti pubblici. Dal combinato disposto dei commi 1, 2 e 9 dell'articolo 12 e dell'articolo 16 bis, commi 3 e 3 bis, del D.Lgs. n. 546/1992 si evince che sono sempre obbligati alla notifica e al deposito telematico degli atti e documenti: l'ente impositore e gli enti di riscossione, il difensore abilitato all'assistenza tecnica in possesso del mandato rilasciato dal contribuente (come in caso di trattazione); il difensore abilitato all'assistenza tecnica che sta in giudizio personalmente. Invero, il ricorrente ha effettuato la notifica del ricorso attraverso l'uso del Servizio Postale con raccomandata A.R. come da ricevuta della spedizione presente negli atti, anziché via PEC. Tale regime..." precisa la Commissione nelle sue motivazioni, "...continua a sopravvivere, con particolare (ed esclusivo) riferimento agli atti dei contribuenti che stanno in giudizio senza assistenza tecnica... [e], poi, per quei ricorsi preceduti da istanze di reclamo notificate prima del primo luglio a mezzo raccomandata postale..."³³

5. Osservazioni conclusive

Alla luce degli approfondimenti riportati finora nei precedenti paragrafi e degli elementi caratterizzanti le due pronunce in rassegna, appare oltremodo doveroso fin da subito dichiarare la condivisibilità della soluzione adottata nella sentenza n. 5408 del 2020, dalla Commissione tributaria provinciale di Napoli, Sez. 32, e quindi concentrare l'analisi sulle motivazioni della sentenza n. 2717 del 22 marzo 2021, con cui la Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19, ha invece dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di notifica, per violazione dell'art. 16 bis del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

³³ Estratto sent. Commissione Tributaria Provinciale di Napoli, Sez. 19, n. 2717 del 22 marzo 2021.

Al riguardo, si rende necessario preliminarmente vagliare la portata della categoria concettuale dell'inammissibilità, che è sicuramente tra le forme di invalidità più indeterminate e, allo stesso tempo, controverse.

Lo stesso termine di inammissibilità non riscontra in dottrina una comunanza di vedute, se non con riferimento ad alcuni aspetti generali: in primo luogo, l'inammissibilità, è da considerarsi una categoria logico-giuridica processuale generale e rappresenta una *species* del *genus* dell'invalidità; in secondo luogo, essa è conseguenza che afferisce agli atti di parte, in particolare alle istanze e alle domande rivolte al giudice; infine, l'inammissibilità è la conseguenza che colpisce l'atto di parte quando questo difetta di un presupposto o comunque di un elemento indispensabile per inserirsi validamente nel procedimento e consentire una decisione nel merito della domanda³⁴.

Tralasciando il dibattito sull'autonomia concettuale della categoria dell'inammissibilità rispetto alla categoria della nullità degli atti processuali,³⁵ vale la pena ricordare che l'inammissibilità costituisce un'ipotesi di invalidità dell'atto prevista dall'ordinamento giuridico a carattere tassativo e per lo più riferibile alle impugnazioni. Ne deriva, con riferimento al difetto di notifica per violazione dell'art. 16 bis del D.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, l'impossibilità di inquadrare tale violazione nell'ambito dei vizi di inammissibilità data l'assenza di qualsiasi previsione normativa in merito, e quindi l'applicabilità della disciplina generale in tema di nullità (art. 156 e ss. c.p.c.).³⁶

³⁴ Cfr. R. POLI, voce: "Inammissibilità e improcedibilità" [dir. proc. civ.], Treccani - Diritto on line, (2016). V. *amplius*, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 2012. Per una trattazione manualistica dell'argomento si v. per tutti G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Volume, I, cit.

³⁵ Si ricorda che in via generale i parametri per discriminare le varie specie di invalidità sono, in linea generale, il regime di sanabilità ed il regime di rilevabilità delle stesse.

³⁶ A ben vedere a livello generale, inoltre, tale scelta analitica (ovvero quella di negare l'autonomia concettuale della categoria dell'inammissibilità rispetto a quella della nullità) è suffragata dal dato che nell'ordinamento quale che sia lo specifico trattamento normativo che si ritiene caratterizzare i vizi (formali e testuali) di inammissibilità, il trattamento (normativo) relativo è comunque ricompreso tra quelli che il legislatore ha predisposto per i vizi di nullità, quale categoria ove confluiscono le difformità dell'atto giuridicamente rilevanti, compresa tra la categoria dell'irregolarità, che qualifica l'imperfezione giuridicamente irrilevante ai fini della sua efficacia, e la categoria dell'inesistenza, propria dell'atto che non ha rilevanza giuridica. Per un approfondimento sull'inammissibilità si v. tra i tanti, GIOVANARDI, C.A.,

Nel caso di specie, in considerazione degli effetti spiegati dal ricorso proposto dal ricorrente, appare possibile individuare nel difetto di notificazione “con modalità telematica” (ex art. 16 bis del D.lgs. 546/92), una carenza dei requisiti formali dell’atto, dato il suo carattere materiale e non indispensabile al raggiungimento dello scopo dell’atto stesso – e ciò anche in considerazione del fatto che il ricorso, nonostante il difetto di notifica dell’atto introduttivo del giudizio (*rectius*: l’irregolarità della stessa consistenza nella notifica effettuata con modalità analogiche anziché digitali), nella causa esaminata, aveva compiutamente raggiunto il suo scopo, dando la possibilità all’Agenzia delle entrate di costituirsi regolarmente.

Ai sensi dell’art. 156, comma 2, c.p.c., al di là delle ipotesi in cui è espressamente comminata dalla legge, la nullità dell’atto può pronunciarsi solo “*quando... [lo stesso atto] manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo*”, ricordando, invece, che l’atto irregolare, come più volte ribadito sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina, è quell’atto carente di requisiti formali - non indispensabili - al raggiungimento dello scopo.

Ciò premesso, non c’è chi non veda che, nella fattispecie, l’atto in questione debba essere qualificato come “atto irregolare” – e non atto inammissibile, ovvero tutt’al più, come atto processuale affetto da vizio di nullità sanabile - posto che l’atto in questione, come già ricordato, aveva certamente prodotto i suoi effetti in merito del giudizio del pieno contraddittorio del giudizio.

Qualora in subordine, si voglia poi propendere per la tesi del vizio di nullità sanabile vale la pena osservare che anche le norme di diritto tributario, non si sottraggono alla logica giuridica, né al valore dei principi generali dell’ordinamento processuale, in particolare al principio generale di economia processuale del “raggiungimento dello scopo dell’atto” (ex art. 156, comma 2, c.p.c.).

Si tratta di un orientamento avallato dalla giurisprudenza e ribadito in una recente pronuncia della Cassazione del 2019, per la quale la nullità della notifica è sempre sanata dal raggiungimento dello scopo dell’atto.

Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità, in Giur. it., 1986, I, 2, 665 ss., 672 – 675.

Sul punto la Suprema Corte riporta quanto sostenuto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 14916 del 2016, in base alla quale l'inesistenza della notificazione è configurabile nelle sole ipotesi in cui *“venga posta in essere una attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità”*³⁷.

Parimenti si evince che la CTP di Napoli con la pronuncia n. n. 2717 del 25 gennaio 2021 non ha tenuto in conto che non di “inesistenza” della notifica (nel senso *ut supra* considerato) si trattava, ma caso mai di nullità e che questa era in ogni caso stata sanata dal raggiungimento dello scopo, essendosi costituita in giudizio la controparte, peraltro tempestivamente e quindi idoneamente attinta dalla notifica.

Conclusivamente va osservato come non possa mai essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo tributario, qualora se la nullità non sia comminata dalla legge e comunque espressamente non possa mai essere pronunciata, ove l'atto abbia raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Nella fattispecie, appaiono ricorrere ambedue le circostanze indicate nei commi 2 e 3, art. 156 c.p.c., non essendo espressamente prevista dall'art. 16, comma 1 lett. a), n. 4 del decreto legge n. 119/2018 l'inammissibilità ed avendo l'atto, evidentemente, raggiunto lo scopo cui esso era destinato, come desumibile dalla costituzione in giudizio dell'Ufficio impositore con la conseguenza che il ricorso era, pertanto, da considerarsi pienamente ammissibile.

A suffragare infine a più ampio raggio, ove la logica giuridica lo richiedesse, la tesi della valenza anche in ambito tributario dei principi generali dell'ordinamento giuridico di economia processuale del “raggiungimento dello scopo dell'atto”, è la stessa analisi che si ricava dalla lettera della Circolare n. 1/DF del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del 4/07/2019, contenente le disposizioni attuative ed

³⁷ Cfr. ordinanza del 23/09/2019 n. 23593/6 - Corte di Cassazione. Sulla base dell'orientamento specificato la Suprema Corte ha accolto l'appello del contribuente avverso la sentenza della CTP che aveva ritenuto inesistente la notifica nonostante la parte appellata si fosse regolarmente costituita in giudizio. Nel caso di specie, dunque, la CTP, secondo la stessa Suprema Corte, non ha tenuto in conto che non poteva trattarsi di inesistenza della notifica, ma di nullità e che la stessa era stata sanata dal raggiungimento dello scopo, essendosi la controparte costituita in giudizio tempestivamente.

esplicative del Processo tributario telematico, in materia di giustizia tributaria digitale, art. 16 del decreto legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito alla legge 17 dicembre 2018, n. 136.

In particolare, nella Circolare de qua è precisato che la disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 16 bis del D.Lgs. 546/92, in deroga al regime di obbligatorietà della notifica e del deposito degli atti e dei documenti processuali con modalità telematiche, prevede che in alcuni casi è possibile notificare e depositare detti atti con modalità analogiche:

- con riguardo alle controversie instaurate dal contribuente che decide di stare in giudizio personalmente, quindi senza l'assistenza tecnica di un professionista; si tratta di cause di minore entità (fino a tremila euro circa);
- con riguardo a quei ricorsi preceduti da istanze di reclamo notificate prima del primo luglio 2019 a mezzo di raccomandata postale;
- e con riguardo, infine, a casi eccezionali, in cui il giudice (Presidente del Commissione tributaria nella fase antecedente all'iscrizione a ruolo del ricorso/appello, Presidente di Sezione nel caso di ricorso/appello già iscritto a ruolo e assegnato alla sezione, Collegio nell'ipotesi in cui la questione sia già stata sollevata in udienza) con provvedimento motivato, può autorizzare il deposito con modalità diversa da quella telematica (esempi: blocco giornaliero della funzionalità del PTT, documentazione cartacea particolarmente voluminosa, ecc.). In quest'ultimo caso l'autorizzazione può essere concessa anche in sanatoria o d'ufficio.³⁸

Ne deriva che la tesi della piena applicabilità dei principi di economia processuale nelle loro varie dichiarazioni è testimoniata proprio dalla "possibilità", prevista in casi eccezionali, che il giudice possa disporre con autorizzazione – anche in sanatoria o d'ufficio – la notifica e il deposito con modalità analogica (ovvero, cartacea); previsione certamente non configurabile altrimenti nell'impianto del nuovo processo tributario telematico (introdotto con il decreto legge 23 ottobre 2018, n. 118, convertito in dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136), senza che si consideri sussistente la valenza anche in materia tributaria dei principi generali richiamati.

³⁸ Cfr. Circolare n. 1/DF del Ministero dell'Economia e delle Finanze, del 4/07/2019, cit.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOCCAGNA S., *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005; BONAFINE A. L., *Annotazioni sullo scopo dell'atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, Judicium, Pacini Giuridica, 2018; GIOVANARDI C.A., Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità, in *Giur. it.*, 1986, 672 – 675; MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000; PICCININNI V. L., *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Jovene, Napoli, 2016; POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, Torino, 2012; ID., voce: “Inammissibilità e improcedibilità” [dir. proc. civ.], Treccani - Diritto on line, (2016); ID., voce: “Nullità degli atti processuali” [dir. proc. civ.], Treccani - Diritto on line, 2016; PROTO PISANI A., *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992; VERDE G., *Diritto processuale civile*, Volume 1 - Parte generale, V, 2017; ID., *Diritto processuale civile*, Volume 2 - Parte generale, V, 2017.

Recensioni



KLEMENS VON METTERNICH, *Il mio testamento politico*, (trad. it. di Gherardo Casini), Bonacci Editore, Roma, 1991, pag. 32.

Comune a molti uomini di potere, che non abbiano incontrato prematuramente la morte in circostanze inaspettate e dolorose, è l'idea di raccogliere le proprie memorie al termine della carriera politica facendone un testamento da consegnare ai posteri.

Così non è stato per lo statista austriaco Klemens von Metternich il cui Testamento politico, scritto negli anni in cui non si era ritirato dalle cariche pubbliche, ha fondamento non nella volontà di ricostruzione biografica a scopo edificatorio né in uno sforzo apologetico, quanto nella necessità di confutazione dell'interpretazione del suo operato politico, spregiativamente denominato sistema Metternich.

L'eredità lasciata dallo statista assume i caratteri della testimonianza di un vissuto che si fa epoca, di un uomo che ha interpretato e guidato l'Europa in anni turbolenti, dalla Rivoluzione francese all'ascesa di Napoleone.

In tutto il libello Metternich mira a giustificare le scelte politiche partendo dall'analisi del contesto storico attraversato, senza la cui conoscenza ogni azione concreta sarebbe scellerata ed irragionevole.

Se lo storico, però, è responsabile del proprio giudizio, la cui attendibilità deve essere misurata sulle valutazioni compiute dei fatti accaduti, il politico risponde solamente delle proprie azioni.

In un contesto nel quale il sogno medievale dell'universalismo cattolico stava tramontando perché nessun grande statista – Imperatore, Papa o Re – era riuscito mai a tradurlo in pratica fino in fondo, al contrario, l'assoluto genio politico di un Bismarck o

perfino il cinismo imperturbabile di un Talleyrand, colpiscono per la totale mancanza di una bussola etica o di un principio cardine in grado di dare alla forza ed alle abilità machiavelliche un significato più elevato.

Questa è la regola, finché nel panorama settecentesco delle relazioni interstatali non appare, come una luce che si staglia al centro del palcoscenico catturando tutte le attenzioni, l'eccezione: un conte renano, divenuto ambasciatore, Primo Ministro, Principe e infine Cancelliere dell'Impero asburgico, Klemens von Metternich (1773-1859).

Un uomo che seppe declinare, come recita lo stemma araldico di famiglia, “La Forza nel Diritto”.

La sua formazione fu tipica della Renania, terra di frontiera per antonomasia. Educato a parlare perfettamente francese e tedesco, i suoi precettori furono un cattolico e un protestante; compì gli studi diplomatici in area francofona, per poi offrire i suoi preziosi servizi alla Corte di Vienna, a quella Casa d'Austria che sarebbe diventata la sua principale ragione di vita.

In gioventù si trovò a stretto contatto con la tempesta della Rivoluzione francese, che per lui era solo un'altra puntata di quella “rivoluzione diplomatica” che con la Guerra dei Sette Anni (1756-1763) aveva imposto con forza la Prussia di Federico il Grande all'attenzione del mondo tedesco ed europeo.

Politico razionale e realista, conservatore e brillante, immune per principio dalla sindrome dell'utopia e insofferente per carattere alla temperie del Romanticismo, che fu per contro il periodo che gli toccò in sorte di vivere.

«Ho riconosciuto il dovere del governo e la vera salute per i governati, non nei penosi sforzi della società per realizzare dei progressi, ma nell'ardore di conquistare i veri beni, - la libertà considerata come la conseguenza

inevitabile dell'ordine; la sola uguaglianza possibile, vale a dire l'uguaglianza dinanzi alla legge; il benessere, che non si potrebbe concepire senza la base del riposo morale e del riposo materiale; il credito, che non può basarsi altro che sulla fiducia, - nel perseguire questi scopi, io ho riconosciuto il dovere del governo e la versa salute dei governati».

Con queste parole si delinea la figura del Principe cresciuto in un contesto saldamente illuminista, in cui “Ragione e Umanità” rappresentano i valori di riferimento.

Da buon illuminista, sebbene in un senso molto differente dai Lumières di Francia, amava l'ordine e reputava l'universo sede di un'armonia di origine divina che corrispondeva alle più nobili aspirazioni umane.

Di conseguenza nutriva un profondo disprezzo per la rivoluzione e il liberalismo, non tanto perché fossero malvagi - mai, infatti, la sua fede cattolica si colorì di tinte fanatiche, puritane o moraliste - quanto perché erano contrarie alla natura ordinata delle cose.

Nell'analisi dei fatti storici contenuta nelle sue memorie Metternich ragiona sull'alternativa tra Monarchia e Repubblica, nevralgico nodo filosofico e politico del suo tempo.

L'opzione a favore della prima si può comprendere solamente alla luce dell'esperienza di Primo Ministro e Cancelliere.

«La forma monarchica possiede il vantaggio di una maggiore stabilità; è un fatto constatato dalla storia».

L'idea di ordine e stabilità rappresentano le chiavi interpretative per comprendere la politica del Principe che ritiene il “riposo” il primo vero bisogno degli Stati che vogliono vivere e prosperare.

Pace e armonia diventano strumenti di perpetuazione del potere, non del proprio ma dello Stato.

«Come basi della politica, riconosco le idee di diritto e di equità, e non i semplici calcoli dell'interesse, mentre considero la politica capricciosa come un turbamento di spirito che trova in se stesso il proprio castigo».

Convinto osservatore dei fenomeni che si producono nella società Metternich può a ben vedere essere annoverato nella categoria dei realisti, capace di distinguere l'elemento conservatore dall'elemento distruttore.

L'idea che pervade il sentimento più autentico di Metternich, che si fa concreta azione politica, si rinviene nella convinzione che base di ogni libertà è l'ordine, senza il quale l'aspirazione alla libertà non è che «lo sforzo di un partito qualsiasi per attingere allo scopo che esso persegue».

L'ordine si fa ordinamento giuridico e diviene "Costituzione" che consacra in atti lo spirito nazionale e si fa concreta espressione dell'ethos del popolo.

Henry Kissinger, che più di molti altri comprese e condivise le emozioni più autentiche del Principe tanto da essere definito il "Metternich americano", sintetizza così la sua filosofia: "La rivoluzione era un'affermazione di volontà e di forza, ma l'essenza del vivere era la misura, la sua espressione era la legge, il suo meccanismo era l'equilibrio".

La Rivoluzione francese, la sua esportazione violenta al suono della Marsigliese e il sogno imperiale di Napoleone non andavano osteggiati in virtù di una lotta manichea tra il Bene e il Male: nel solco del più inveterato realismo, era compito della diplomazia austriaca, di concerto con le Corti del Nord e con la Gran Bretagna, opporvisi in virtù dell'equilibrio delle forze, quel balance of power che si era affermato sul continente a partire dalle Paci della Westfalia (1648) e grazie all'opera di Guglielmo III d'Orange.

Ostile alla Rivoluzione anticristiana, di cui vedeva i prodromi nella Riforma protestante, una ferita sempre aperta nel mondo tedesco, Metternich era parimenti scevro da ogni tentazione crociata: da qui il sospetto verso il crociato per eccellenza di ogni causa, lo zar Alessandro I, fautore prima di un liberalismo universale e poi di una diffusione messianica della fede di Cristo mediante la Santa Alleanza (1815-1854), coalizione metafisica che il freddo Principe si peritò di disinnescare facendone una più umile collaborazione di polizia europea in funzione antisovversiva.

Metternich era senz'altro un buon discepolo del Machiavelli: seguendo il burocrate fiorentino, infatti, fondava la sua azione sulla "verità effettuale" e praticava abilmente le doti del leone e della volpe, cioè la forza – come *extrema ratio* – e soprattutto l'astuzia.

«Io parto da una serena contemplazione degli affari di questo mondo, non di quelli di un altro del quale non so nulla e che sono oggetto di fede, cioè l'esatto contrario della conoscenza».

Parole forti per un cattolico, ma assai pertinenti per un diplomatico.

La fede e gli ideali, che pure lo animavano e di cui avrebbe fatto tesoro dopo la vittoria contro l'Imperatore dei francesi, non eclissavano affatto il principio di realtà.

Le necessità dell'equilibrio e il rispetto formale dei trattati non potevano essere sacrificati sull'altare della difesa di una concezione filosofica o religiosa: anche perché da questi due pilastri dipendeva la sopravvivenza dell'Impero degli Asburgo, del quale il Principe era fedelissimo servitore.

«Io oso dire che ho capito la situazione, ma confesserò anche la mia impotenza ad elevare un nuovo edificio nel nostro Impero ed in Germania; ecco perché mi sono adoperato prima di tutto a conservare ciò che esisteva».

Con queste parole Metternich dichiarava, alla fine, la sua impotenza allorquando la costruzione europea che lui stesso aveva voluto iniziò a vacillare.

Nonostante non fosse stato mai colto da “romantico ardore” le ultime parole del suo testamento piuttosto che ispirate alle sicurezze del sistema illuministico sembrano dettate dal più amaro e incerto dei destini per il suo Impero.

«Io dovevo subire la medesima sorte, questo era inevitabile. Ma fra i destini strani bisogna annoverare il mio: io ho vissuto durante la crisi suprema che il mondo attraversava e gli ho sopravvissuto».

In conclusione, Metternich fu un conservatore senza essere un reazionario, sfidò la Rivoluzione senza essere un controrivoluzionario, affrontò la modernità pur essendo figlio dell'Illuminismo e seppe garantire, a modo suo, all'Europa un periodo di equilibrio, limitandosi, per sua stessa ammissione a conservare l'esistente laddove non si poteva costruire un nuovo ordine, rifuggendo, come sempre, ogni utopia irrazionale.

PIETRO MANCINI

