

2009 - N. 1

ISSN: 2036-4873

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

www.rtde.luiss.it

La Sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci
F. Capriglione - R. Masera - G. Montedoro

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi

Consulenza ICT ed Organizzativa

N. Casalino

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

SOMMARIO

PARTE PRIMA

Presentazione 1

ARTICOLI

GIORGIO COSTANTINO, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*..... 7

ANTONELLA ANTONUCCI, *Banche e nuovo diritto societario: problemi e prospettive* 46

GIANCARLO MONTEDORO, *Economia della crisi, trasformazioni dello Stato, governo dei giudici* 59

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

ELEONORA VENTURI, *L'adeguatezza delle operazioni di intermediazione finanziaria nelle prescrizioni della disciplina speciale e nell'orientamento della Cassazione (C. Cassazione 25 giugno 2008, n. 17340)* 1

ANDREA TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento (Trib. Monza, 4 giugno 2008 e Trib. Forlì, 12 settembre 2008)* 21

PRESENTAZIONE

1 *Quale significato è possibile ascrivere oggi alla nascita di un nuova Rivista, finalizzata alla diffusione dell' informazione, alla disamina di problemi, di tematiche orientate alla valutazione del ruolo attuale del «diritto» in un sistema globale, in un contesto destinato a recepire e a rielaborare gli impulsi propulsivi rivenienti dal mondo capitalistico?*

E' difficile dirlo. Per certo, a base di un' iniziativa siffatta v'è la consapevolezza del crescente rilievo che, al presente, assumono questioni di variegata natura che convergono nel comune riferimento al diritto dell'economia; v'è l'intento, assunto in piena buona fede, di attivare uno strumento d'ausilio nella comprensione di eventi complessi della realtà relazionale nella quale siamo inseriti; v'è l'impegno a ribadire, in relazione alla salvaguardia dei diritti fondamentali, l'importanza della funzione di mediazione svolta dalla legislazione, a tener conto dei limiti che emergono dal mero riferimento alla tecnica come criterio disciplinare.

Ed invero, costituisce ormai un dato di comune e generalizzata condivisione l'esigenza di ricondurre l'analisi dei fenomeni che si dibattono in ambito giuridico ai fondamenti della razionalità economica. Del pari, fa parte dell'immaginario collettivo di noi tutti il convincimento secondo cui solo l'ordine che viene da «regole giuste» può eliminare gli squilibri, le an-

tinomie che alterano l'andamento dei mercati, condizionando lo sviluppo della collettività.

Da qui la ragione che induce ad individuare nella ricerca attuata con metodo interdisciplinare la forma di indagine ottimale, consona con l'adozione di adeguati «meccanismi decisionali», sollecitati da una architettura di sistema particolarmente complessa. In sintonia con la «eterogeneità dei processi» indotti dai tempi attuali si rende, infatti, necessaria un'analisi che tenga conto delle molteplici componenti che danno contenuto ai differenti settori della realtà economica.

A ben considerare, già nel passato venne avvertita l'esigenza di approfondire gli aspetti tecnici sottostanti a talune problematiche giuridiche, avendo riguardo alle peculiarità della materia oggetto di regolazione. In particolare, il ricorso alle valutazioni tipiche dell'analisi economica del diritto da anni consente di valutare gli effetti dell'impatto di nuovi complessi dispositivi, sì da fornire utili spunti per la comprensione delle difficoltà di messa a regime di nuove procedure.

Un ulteriore, delicato compito sembra oggi debba essere assegnato agli studi di diritto dell'economia ed alla ricerca volta ad approfondirne gli ambiti ed a svilupparne la portata. Esso deriva dall'ineludibile bisogno di conoscenza delle variegate e composite ragioni che sono alla base di una realtà in rapida trasformazione; si individua nella capacità di innovare gli strumenti interpretativi che, nel rispetto dei canoni tradizionali dell'ermeneutica giuridica, consentono di semplificare i processi e di definire i modelli di riferimento o in fieri.

2. *La predisposizione di appropriate forme di tutela sempre più rivolte alla trasparenza dei rapporti, la riduzione dei vincoli e la conseguente liberalizzazione dell'agere che caratterizza*

il cambiamento recato dall'integrazione europea, il crescente ridimensionamento dei poteri autoritativi del «vertice» dei sistemi economico finanziari identificano gli obiettivi primari di un'indagine che vuole essere determinante nella sua destinazione funzionale.

La «specializzazione» di una ricerca realizzata nei termini testé precisati è sostenuta dalla considerazione che nel momento presente - più di quanto non fosse dato riscontrare in epoche passate - assumono rilievo la «fluidità» e la «flessibilità» dei confini tra i diversi saperi; a queste si ricollega la possibilità di previsioni condivisibili, realizzate mediante lo scambio dei risultati propri di una pluralità di scienze cognitive, che si confrontano tra loro in vista del comune obiettivo della massimizzazione del benessere sociale.

In tale contesto, si delineano soluzioni che incidono, in via immediata, sulle possibilità di sviluppo futuro dei singoli ordinamenti: l'approfondita conoscenza dei fenomeni consente di governarli, evitando le sopraffazioni. Il rapporto norma - fatto viene riguardato in un'angolazione che dà specifico rilievo alle profonde trasformazioni del quadro giuridico complessivo indotte dagli effetti economici di una realtà in continua evoluzione.

La ricostruzione a sistema del complesso dispositivo vigente non si esaurisce, pertanto, in una dimensione concettuale e dogmatica: su di essa esplicano un ruolo sempre più ampio e più incisivo il legame tra il diritto e la storia, la faticosa apertura ad un'interpretazione coerente con le significative innovazioni che caratterizzano l'era presente. La funzione del diritto finisce con l'essere sempre meno neutra, il suo essere correlato al potere gli conferisce una vettorialità strumentale al superamento delle incertezze e delle difficoltà che si evidenziano nella complessa dinamica della vita.

Diviene, altresì, possibile affiancare al rigore delle regole la eticità dei comportamenti: si apre una prospettiva nella quale autodisciplina e correttezza divengono i capisaldi di una normativa che affida il raggiungimento di più elevati livelli di salvaguardia, di integrità e di stabilità dei sistemi a meccanismi di autogoverno ed al senso di responsabilità degli operatori. Tale forma di ricerca, dunque, indica la via da percorrere nel tentativo di superare le avversità derivanti dal progresso e dall'ampliamento delle relazioni (che, con terminologia moderna, definiamo globalizzazione); essa avvicina l'ambito traguardo costituito dalla diffusione dei benefici rivenienti dalla socialità, intesa quale comunanza di vita, prospetticamente protesa alla «crescita d'insieme».

3. *Naturalmente, affrontare l'analisi della realtà giuridico economica che ci circonda assegna alla ricerca - di cui si fa portatrice la Rivista - un ruolo cruciale. Quest'ultimo appare preordinato all'acquisizione di informazioni, da elaborare e concettualizzare in schemi, nonché alla definizione di ipotesi ricostruttive della disciplina di riferimento dei fenomeni in osservazione. In altri termini, si è in presenza di un impegno che, in conformità ai criteri cui è protesa ogni attività interpretativa, si pone l'ambizioso obiettivo di evidenziare la verità, secondo scienza e convinzione; verità che, nella moderna dimensione dei rapporti intersoggettivi, va accertata dando significativo spazio al legame individuo-collettività, realizzato attraverso forme di interazione sempre più strette tra diritto ed economia.*

Va da sé che tale finalità potrà essere perseguita non solo mediante studi condotti nel riferimento a tecniche esegetiche incentrate sul carattere interdisciplinare della ricerca, bensì

ospitando nella Rivista contributi su materie ed argomenti di carattere economico finanziario (dai quali trarre spunto per gli approfondimenti che necessitano in vista della «risoluzione» di specifiche problematiche giuridiche).

E' evidente come sotteso all'indicato contenuto programmatico della Rivista si rinvenga l'intento di pervenire a risultati che consentano interazioni strategiche tra regolazione e sviluppo, libertà e sottoposizione a vincoli, autonomia e controllo. In altri termini, v'è l'aspettativa ... la speranza di attivare un nuovo filone di studi le cui radici dovranno essere ricondotte, per un verso, al funzionamento dei meccanismi economici, per altro alla valutazione dei criteri disciplinari che su di essi incidono. Da qui una prospettiva d'analisi che va oltre l'approccio tradizionale ai temi rilevanti per il diritto dell'economia, secondo una dinamica relazionale che supera le questioni contingenti per estrapolare da queste criteri ermeneutici di carattere generale.

In questo disegno - che tende ad assicurare una variegata riflessione sugli aspetti concreti dell'ordine economico, interno ed internazionale, nonché sulla connessione tra questo e le vicende attraversate dalla società - acquista, come si è già detto, un'ampia e significativa presenza lo spazio riservato al sistema finanziario. L'esigenza di far luce, chiarezza nella comprensione dei profili organizzativi, delle linee comportamentali del mondo della finanza diviene incontrovertibile presupposto della ricerca che la Rivista si propone di svolgere, incardinando l'indagine negli schemi tipici dei tradizionali percorsi dediti alla materia giuridico economica.

Consequenziale appare la necessita di assicurare la più ampia diffusione possibile ai risultati dei lavori così realizzati. Al tal fine, per ampliare in maniera innovativa gli orizzonti di fruizione degli studi che si intendono pubblicare - ed in con-

formità con gli scopi di solidarietà sociale cui s'ispira l'Ente promotore della Rivista – la diffusione del messaggio culturale proposto avverrà gratuitamente ed in modalità on line che ne facilitino la consultazione.

Francesco Capriglione

ECONOMIA E PROCESSO:
CONTRIBUTO ALLA DEFINIZIONE DELLE REGOLE PROCESSUALI
NEI CONFLITTI ECONOMICI *

SOMMARIO: 1. Premessa: processo e tecnica.- 2. Gli obiettivi della tutela giurisdizionale civile.- 3. I tentativi di fuga dalla giurisdizione e dalla giurisdizione ordinaria: alcuni esempi.- 4. I costi della giustizia.- 5. I tentativi di fuga dal processo.- 6. Cenni ad altre esperienze. - 7. Disciplina processuale e prassi applicative.- 8. Cenni alla genesi delle ultime riforme.- 9. Conclusioni.

1. La nascita di una nuova Rivista significa l'apertura di una nuova sede di dibattito e di confronto, di un nuovo veicolo per la circolazione delle idee.

Ho, quindi, apprezzato e gradito l'invito a contribuire al primo numero con alcune riflessioni sui rapporti tra economia e processo civile.

A ben vedere, si tratta di offrire un contributo alla definizione delle regole processuali idonee a comporre i conflitti economici, in base ai dati ed agli elementi che possono essere dedotti dalla analisi e dalla esperienza, non anche, ovviamente, in base alle personali aspirazioni ed alla visione del mondo di chi scrive.

La precisazione, ovvia e scontata, non appare superflua.

Sebbene, infatti, i due termini siano considerati equivalenti, il *processo* non coincide con il *giudizio*: il processo precede il giudizio ed è lo strumento perché questo non sia un favore concesso dal giudicante, ma l'applicazione di regole pre-

* Queste pagine sono dedicate, con gratitudine e commosso rimpianto, alla memoria di Luigi Montesano.

determinate con la tecnica del contraddittorio, e dovrebbe servire a rendere prevedibile la decisione, rendendo verificabili e trasparenti le regole del *giudizio*. Oggetto dell'attenzione, pertanto, è il processo, quale serie di atti preordinati ad un unico scopo, che è, per quelli di cognizione, la decisione di merito e, per quelli di esecuzione, la realizzazione coattiva del diritto dedotto nel titolo esecutivo.

Il processo è tecnica. Le questioni processuali sono questioni tecniche. Come tali possono e devono essere affrontate prescindendo da ogni suggestione ideologica.

Il che, peraltro, non significa affatto che esse prescindano o siano indifferenti a giudizi di valore. Ma questi ultimi e le scelte ideologiche riguardano soprattutto il risultato o l'obiettivo perseguito. Spetta, quindi, all'interprete individuare quelle del legislatore e, nell'assenza o nell'ambiguità di esse, esplicitare quelle che compie.

Nei confronti degli strumenti processuali, la prima e fondamentale questione consiste nel verificare se funzionano, se sono idonei allo scopo per il quale sono stati predisposti. Lo scopo può essere, o no, condiviso. E qui entrano in gioco le inclinazioni ideologiche o le preferenze di ciascuno. Queste debbono comunque fare i conti con le opzioni del legislatore: «*Legum servi sumus ut liberi esse possimus*»¹.

Se il processo è tecnica e se le questioni processuali sono, innanzi tutto, questioni tecniche, il loro esame presuppone ed implica che le si affrontino con professionalità.

Senonché costituisce un dato di comune esperienza che, di fronte alla grave e profonda crisi della giustizia e della giustizia civile in Italia, si moltiplichino le ricette palingenetiche, apparentemente idonee a risolvere rapidamente, se non addirittura

¹ M.T. CICERONE, *Oratio Pro A. Cluentio Habito*

tura immediatamente, ogni problema e a ridare dignità ad un sistema ben oltre l'orlo del collasso.

A questo proposito, vale la pena di ricordare che è in via di conclusione l'*iter* parlamentare di un disegno di legge intitolato «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile» (d.d.l. n. 1082/S/XVI, già n. 1441-bis/C/XVI). L'art. 55, co. 5° e 6°, abroga gli artt. 1- 33 del d.leg. 17 gennaio 2003, n. 5, sul processo commerciale o societario; l'art. 48, co. 2°, abroga l'art. 366 *bis* c.p.c., sui quesiti nel ricorso per cassazione; l'art. 54, co. 1°, abroga l'art. 3 l. 21 febbraio 2006, n. 102, che aveva esteso il rito del lavoro alle «cause relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali». Questa riforma del processo civile succede a quelle avviate con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con l. 14 maggio 2005, n. 80, pure intitolato alla «competitività»²; in quella occasione è stato abrogato l'art. 180 c.p.c., introdotto con i dd.l. 21 aprile 1995, n. 121, 21 giugno 1995, n. 238, 9 agosto 1995, n. 347, 18 ottobre 1995, n. 432, quest'ultimo convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534³. Con il decreto *correttivo* 12 settembre 2007, n. 169, è stata profondamente modificata la riforma del fallimento attuata con il d.leg. 9 gennaio 2006, n. 6: è stato abrogato l'art. 24, co. 2°, per il quale alle controversie nascenti dal fallimento avrebbe dovuto applicarsi il rito camerale di cui agli artt. 737

² Anche per indicazioni, cfr. F. CIPRIANI, G. MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova, 2007; S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007; A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Milano, 2007.

³ Si rinvia a *La giustizia civile e Biancaneve: secondo episodio. Prime note sulla introduzione della causa nel processo ordinario di cognizione dallo «scambio di cioccolatini» al «minestrone»*, in *Rassegna forense*, 2005, p. 847 ss.

ss. c.p.c.⁴; è stata riscritta la disciplina sull'accertamento del passivo.

Il processo commerciale o societario era stato presentato come uno strumento risolutivo dei conflitti economici, come una anticipazione «di una riforma organica di tutto il processo civile» e come «una sperimentazione generalizzabile in un futuro prossimo»⁵. Il quesito di diritto di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. era stato previsto per «meglio finalizzare l'attività della Corte alla decisione delle questioni di diritto e di evitare che il ricorso si limiti ad una mera ripetizione degli argomenti sostenuti nelle precedenti fasi»⁶. Analoghe ragioni efficientiste sono state in-

⁴ V. soprattutto M. GRADI, *Il rito camerale per le azioni che derivano dal fallimento fra disciplina transitoria e «giusto processo»*, in *Dir. fall.*, 2007, II, 436.

⁵ Così il Comunicato n. 88 del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2003. Si rinvia, anche per indicazioni, a *Il processo commerciale, Commento agli artt. 1 – 33 d. leg. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Commentario al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, (in corso di stampa) Padova, 2009; *La trattazione davanti al giudice nel processo commerciale*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 161; *La responsabilità degli organi societari. Profili processuali*, in *Società*, 2007, 2, 207; *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, 273; *Note sulle proposte di accelerazione dei giudizi di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari*, in *Società*, 2000, 5, 520 ss.; voce *Societario (processo)*, in *Enc. giur. «il Sole-24Ore»*, Milano, 2007, XV, 197; *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Società*, 2000, 2, 161 ss.

⁶ Così la Relazione al d. leg. 2 febbraio 2006, n. 40. Cfr. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione sullo stato della giurisprudenza n. 22 del 13 febbraio 2009, e n. 25 del 3 marzo 2008, Formulazione del quesito di diritto ai sensi del nuovo art. 366 bis cod. proc. civ. – Stato della giurisprudenza* (red. A. Carrato), in www.cortedicassazione.it; R. CAPONI, *Formulazione del quesito di diritto e indicazione del fatto controverso nel ricorso per cassazione (art. 366 bis c.p.c.): aggiornamenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2008, I, 522; B. CAPPONI, *Formulazione del quesito di diritto e questioni rilevabili anche d'ufficio nel giudizio di cassazione*, *ibidem*, 232; F. CIPRIANI, *Il quesito sintetico, il quesito multiplo e le preoccupazioni dei ricorrenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 901; *Ricorsi alla cassazione e quesito di diritto*, in *Foro it.*, 2008, 117; ID., *Ricorso per cassazione e quesito di diritto*, in *Prev. Forense*, 2008; M. FABIANI, *Riflessioni inattuali su formalismo giudiziario e quesito di diritto*, in *Foro it.*, 2008, V, 226; R. FRASCA, *Intorno a talune questioni sul nuovo processo di cassazione*, in *Foro it.*, 2008, V, 143; G. OLIVIERI, *Il quesito di diritto nel procedimento davanti alla corte di cassazione*, in *Giur.it.*, 2008, 1578; R. POLI, *Specificità, autosufficienza e quesito di diritto nei motivi di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1249 ss;

vocate per l'estensione del rito del lavoro alla infortunistica stradale e per quella del rito camerale alle controversie nascenti dal fallimento. L'art. 180 c.p.c. era stato introdotto, nel 1995, contro la riforma attuata con la l. 26 novembre 1990, n. 353, ed è stato eliminato a far tempo dal 1° marzo 2006.

Il dibattito su ciascuna di queste riforme ha avuto forti caratterizzazioni ideologiche; ha messo in sordina gli aspetti tecnici, relativi alla congruità dei mezzi ai fini. Ma il fallimento di ciascuna di esse è stato determinato proprio dalla inidoneità degli strumenti rispetto agli obiettivi enunciati.

Anche in riferimento a queste recenti esperienze, pertanto, può non essere considerata banale e superflua la constatazione che il processo è tecnica, che le questioni processuali so-

A. BRIGUGLIO, *La cassazione e i quesiti*, in *Giust. civ.*, I, 2007, 2736; R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I 1387 ss.; A. CARRATO, *Prime questioni conseguenti all'applicazione del nuovo art. 366 bis c.p.c. nel giudizio di cassazione*, in *Corriere giur.*, 2007, 1280; G. IANNIRUBERTO e U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007; G. NELA, *Primi insegnamenti della corte di cassazione sulla inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2007, 1993; R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 9 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di Cassazione riformato*, in *Giusto processo*, 2007; A. CARRATO, *Il quesito di diritto nel ricorso per cassazione: istruzioni per l'uso - Problemi applicativi dell'art. 366 bis c.p.c. modificato dal d.leg. 40/2006*, in *Dir. e giustizia*, 2006, 53; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1105, 1117; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 943; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 217; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 755, 764; S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sulla delega per la riforma del procedimento in Cassazione*, in *Rass. forense*, 2005, 847; M. DE CRISTOFARO, *L'edificazione della Corte suprema tra risolutezza e «timidezze» del legislatore delegato*, in *Corriere giur.*, 2005, 1760; A. PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, 252; G. TARZIA, *Il giudizio di Cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 201 ss.; F. TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia?*, in *Giur. it.*, 2003, 827; E. LUPO (G. MANZO), *Il funzionamento della cassazione civile (Relazione alla Assemblea generale della Corte del 23 aprile 1999)*, in www.cortedicassazione.it; A. BRANCACCIO, *Problemi attuali della Corte suprema di cassazione*, in *Foro it.*, 1989, V, 205.

no questioni tecniche e devono essere affrontate con professionalità, che si tratta, pertanto, di verificare, in primo luogo, se gli strumenti processuali funzionano e se sono idonei allo scopo per il quale sono stati predisposti, prescindendo da ogni suggestione ideologica.

Partendo da questa premessa metodologica, nelle pagine che seguono si intende, in primo luogo, ricordare gli scopi della tutela giurisdizionale civile; in secondo luogo, saranno menzionati alcuni recenti tentativi di fuga dalla giurisdizione; in riferimento al problema dei costi dei servizi legali, ne sarà, quindi, indicato uno dei fondamenti; saranno, poi, indicati i limiti dei tentativi di fuga dal processo e si farà cenno ad alcune esperienze di altri ordinamenti; sarà, infine, messa in evidenza la rilevanza delle prassi applicative e si darà conto delle genesi delle recenti riforme.

2. In generale, l'efficienza della giustizia, in funzione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, costituisce un valore fondamentale ed un preciso impegno internazionale, ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché ai sensi della Costituzione europea, ratificata con la l. 2 agosto 2008, n. 130.

Chiamata a pronunciarsi sulle forme di tutela utilizzabili dai detenuti contro la «determinazione della direzione dell'istituto penitenziario che non consentiva loro di ricevere, in istituto, riviste spedite in abbonamento ovvero da parte di familiari, in ragione del loro contenuto asseritamente osceno», la Corte costituzionale, già prima della novella dell'art. 111 Cost. e, quindi, in base alla nozione di «giusto» processo allora deducibile dal sistema, ha affermato che «l'azione in giudizio

per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione e caratterizzanti lo stato democratico di diritto: un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute»⁷.

Dal suo canto, le sezioni unite della Corte di cassazione, nell'affrontare la questione relativa alla qualificazione del requisito dimensionale in funzione della attribuzione del relativo onere della prova, hanno rilevato che «l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost., secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale»⁸.

In riferimento alla sovranità degli stati, la Corte ha negato l'immunità, che «non può ... essere invocata in presenza di comportamenti ... che, in quanto lesivi dei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità»⁹.

Le esigenze della economia non possono ritenersi prevalenti rispetto alla sovranità degli stati.

⁷ Così, in motivazione, Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Foro it.*, 1999, I, 1118.

⁸ Così, in motivazione, Cass., ss.uu. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704.

⁹ Così, in motivazione Cass., ss.uu., 29 maggio 2008, n. 14201, in *Resp. civ.*, 2008, 2255.

Ne consegue che, anche nei rapporti economici, occorre riconoscere il diritto di ciascuno ad ottenere attraverso il processo tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale.

Anche questo secondo rilievo può apparire banale e scontato, perché prende atto di principî generali e fondamentali dell'ordinamento positivo vigente.

Senonché, in un recente passato, travolto dalla crisi economica in atto, in funzione delle esigenze della economia, è stata sventolata la bandiera della *deregulation*, l'economia è stata contrapposta al diritto, i bisogni del mercato ai valori della giurisdizione.

La *opinion* del giudice Becker nella decisione della Corte di appello del terzo circuito che ha profondamente segnato l'evoluzione delle *class actions* negli Stati Uniti esordisce rilevando che «Every decade presents a few great cases that force the judicial system to choose between forcing a solution to a major social problem on the one hand, and preserving its institutional values on the other»¹⁰. Quella decisione, sulla base dei valori istituzionali («*institutional values*»), negò la *certification*, chiesta dalle imprese convenute in funzione della predeterminazione dei danni provocati dall'uso dell'amianto, e revocò l'*injunction* che aveva arrestato tutte le cause individuali pendenti.

Appare ragionevole dubitare che, in uno Stato di diritto, mercato e giurisdizione implicino esigenze e valori contrapposti e non siano conciliabili. L'economia non può prescindere dalle regole e queste devono poter essere attuate e fatte rispettare anche contro la volontà dei consociati. Non appare, infatti,

¹⁰ Così U.S. Court Of Appeals For The Third Circuit, 10 maggio 1996, n. 94-1925, *Georgine e altri c. Amchem Products e altri*.

possibile fare a meno delle regole di comportamento, né rinunciare ad esigere la loro osservanza.

Dal punto di vista processuale, il problema non consiste nel «se», ma nel «come». E' un problema tecnico *et quidem* di un problema di tecnica processuale. Ma non appare infondato il sospetto che questo approccio non sia condiviso e l'obiettivo consista nella esclusione o nella limitazione degli spazi di tutela.

Dal punto di vista formale o dei principî generali, occorre prendere atto che questo è il migliore dei mondi possibili, perché, mai, finora, nella storia dell'umanità, ciascun individuo ha avuto a disposizione tante garanzie, considerate assolutamente irrinunciabili. E' un percorso che è partito da molto lontano: nel 450 a.C., Appio Claudio fece pubblicare nel foro le leggi delle dodici tavole, affinché le decisioni giudiziali non fossero manifestazione di arbitrio e ciascuno potesse conoscere le leggi che i giudici erano chiamati ad applicare; nel 1215, nella *Magna Charta Libertatum*, fu stabilito che «*nulli negabimus justitiam*»; dal 1927 al 1939, nelle pagine della *Rivista di diritto processuale* (allora soltanto) *civile*, Antonio Segni segnalava i provvedimenti legislativi di «esclusione della tutela giurisdizionale».

Oggi, in nessun caso, la tutela giurisdizionale può essere esclusa o limitata; i giudici sono soggetti soltanto alla legge; il processo deve essere «giusto».

Ma costituisce un dato di comune esperienza che tra il dover essere e la realtà vi è una contraddizione così profonda da indurre a dubitare che questi principî siano generalmente condivisi.

3. In questa prospettiva, in primo luogo, appare esemplare il dibattito che ha preceduto e che ha accompagnato la riforma

delle procedure concorsuali, di cui al d.leg. 9 gennaio 2006, n. 6, e al decreto *correttivo* 12 settembre 2007, n. 169¹¹: le esigenze del mercato e dell'economia sono state contrapposte a quelle della giurisdizione.

La piena autonomia privata è stata sostituita al controllo giudiziale, considerato inefficiente e fonte di ingiustificati ritardi. Nella amministrazione straordinaria, le valutazioni politiche ed amministrative sono state sostituite a quelle dei giudici, ritenuti inidonei a gestire vicende complesse ed economicamente rilevanti. Basti ricordare la disciplina dettata per Parmalat s.p.a.: d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39, d.l. 3 maggio 2004, n. 119, conv. in l. 5 luglio

¹¹ Cfr., senza pretese di completezza, L. LANFRANCHI, *Civile giurisdizione e procedure concorsuali*, in *Corr. giur.*, 2007, 877; M. FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225 ss.; L. PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, www.ilfallimentoonline. Anche per ulteriori indicazioni, cfr. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, in *Fall.*, 2006, 105; M. FABIANI, *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, V, 173; G. SCARSELLI, *Procedimento prefallimentare e procedimenti in camera di consiglio*, *ibidem*; I. PAGNI, *L'accertamento del passivo nella riforma del diritto fallimentare*, *ibidem*; G. TRISORIO LIUZZI, *La ripartizione dell'attivo*, *ibidem*; A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *Commentario della riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006; A. JORIO, M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006; M. FERRO, (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2007; F. SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006; S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006; A. CAIAFA, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006; A. CARRATTA, voce *Procedure concorsuali (riforma delle)*. II. *Profili processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 2006; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*⁴, Milano, 2007; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006. V. anche, G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 361; S. FORTUNATO, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2005, 597; per le proposte immediatamente precedenti, v. A. JORIO, S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004. V. anche A. CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 1. Si rinvia anche ai miei *Note sui profili processuali della delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2005, 9, 995; *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, in *Atti del XXVI Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Napoli, 26 – 27 ottobre 2007, Bologna, 2008, 25 ss.

2004, n. 166, d.l. 29 novembre 2004, n. 281, conv. in l. 28 gennaio 2005, n. 6, e d.l. 28 febbraio 2005, n. 22, convertito in l. 29 aprile 2005, n. 71; e quella dettata per Alitalia s.p.a.: d.l. 23 aprile 2008, n. 80, conv. in l. 23 giugno 2008, n. 111, e d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in l. 27 ottobre 2008, n. 166.

La individuazione delle fonti delle regole di comportamento e la loro valutazione costituiscono problemi sostanziali e di politica del diritto.

Ma, quale che sia la fonte delle regole di comportamento dei soggetti coinvolti nelle procedure concorsuali e quali che siano le opinioni sulla qualità di esse, dal punto di vista processuale, occorre disporre di strumenti idonei ad attuarle in caso di inadempimento.

L'esigenza, ad esempio, di restituire verginità al fallito mediante la estinzione di tutti i crediti pregressi può essere o no condivisa dal punto di vista politico; dal punto di vista giuridico, in generale, non si può non prenderne atto. Dal punto di vista processuale, sarebbe stato necessario disporre di strumenti idonei a contemperare l'interesse perseguito con i diritti dei creditori insoddisfatti. In riferimento al procedimento di esdebitazione di cui all'art. 143 l.f., tra la soluzione più semplice e, probabilmente, formalmente più corretta di ritenere il provvedimento inefficace nei confronti dei creditori che non avessero partecipato al procedimento ovvero impugnabile da questi ultimi per revocazione¹², la Corte ha scelto quella più drastica che rende l'istituto di difficile applicazione: ha imposto la partecipazione di tutti i creditori¹³. La scarsa attenzione ai profili processuali rischia di cancellare un istituto considerato fondamentale nell'ambito della riforma delle procedure concorsuali.

¹² Si rinvio al mio *La esdebitazione*, in *Foro it.*, 2006, V, 208.

¹³ Corte cost. 30 maggio 2008, n. 181, in *Foro it.*, 2008, I, 2070.

Le esigenze di una efficiente tutela del credito, considerate fattore cruciale di competitività del sistema economico ed incentivo per gli investimenti, avrebbero implicato la predisposizione di adeguati strumenti per l'accertamento del passivo. Pur prescindendo dalle numerose e complesse questioni interpretative ed applicative degli artt. 93 ss. della legge fallimentare, occorre constatare che la materia è attualmente regolata da tre diversi modelli procedimentali, a seconda che la procedura concorsuale si sia aperta prima del 16 luglio 2006, dopo tale data ma prima del 31 dicembre 2007 e dopo il 1° gennaio 2008; preso atto dei vizi e delle lacune della riforma, con il decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169, sarebbe stato ragionevole e comunque opportuno prevedere l'operatività delle correzioni anche ai procedimenti pendenti. Non si è intervenuti in questo senso.

In secondo luogo, analoghe considerazioni possono essere svolte in riferimento alla tutela collettiva e, in particolare, a quella risarcitoria, attualmente all'esame del Parlamento.

La l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha aggiunto l'art. 140 bis al codice del consumo di cui al d.leg. 6 settembre 2005, n. 206, ed ha introdotto nell'ordinamento italiano la tutela collettiva risarcitoria; il comma 447 prevedeva una *vacatio legis* di centottanta giorni. L'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, sotto la rubrica «*class action*», ha stabilito: «Anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, all'articolo 2, comma 447, della legge 4 dicembre 2007, n. 244, le parole “decorso centottanta giorni” sono sostituiti dalle seguenti: “decorso un anno”». L'art. 19 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 14, ha ancora modificato il termine: «le parole “decorso un anno” sono sostituite dalle seguenti : “de-

corsi diciotto mesi”». L’entrata in vigore, prevista per luglio 2008, è stata differita a gennaio 2009 e, quindi, a luglio 2009. Durante la *vacatio legis*, sono state esaminate più proposte di riforma: la Commissione Giustizia della Camera ha esaminato i d.d.l. n. 410, 1845 e 1824 ed è pervenuta alla elaborazione di un testo unificato; il Governo ha presentato un emendamento al d.d.l. n. 1195, all’esame del Senato; un’altra proposta governativa è stata accolta dall’art. 4 l. 4 marzo 2009, n. 15. E’ probabile che l’art. 140 *bis* del codice del consumo sia abrogato o che la sua entrata in vigore sia differita *sine die*.

La tutela collettiva dovrebbe (avrebbe dovuto) soddisfare e conciliare diversi interessi: dovrebbe (avrebbe dovuto) in primo luogo, contribuire a ristabilire fiducia nel mercato, rassicurando i consumatori e gli utenti con la previsione di efficaci strumenti di protezione; dovrebbe (avrebbe dovuto) anche assicurare protezione ad altre situazioni soggettive, indubbiamente rilevanti, suscettibili di essere lese da comportamenti plurioffensivi: basti pensare alla tutela, in generale, del diritto alla salute, alla tutela dei diritti civili, alla tutela dei diritti della persona; in secondo luogo, la tutela collettiva dovrebbe (avrebbe dovuto) soddisfare l’interesse del convenuto alla predeterminazione dei danni, sottraendolo alla ripetuta aggressione delle iniziative individuali; dovrebbe (avrebbe dovuto) tener conto dell’esigenza di valutare preventivamente il rischio d’impresa; in terzo luogo, la tutela collettiva dovrebbe (avrebbe dovuto) contribuire alla deflazione del contenzioso, consentendo la concentrazione in un unico processo delle controversie individuali, assicurando la definizione, rapida ed efficace, di una pluralità di pretese in un’unica soluzione; in quarto luogo, la tutela collettiva dovrebbe (avrebbe dovuto) consentire l’emersione di una domanda di giustizia altrimenti inespressa ed offrire nuove occasioni professionali al ceto forense; in quinto luogo, la tutela

collettiva dovrebbe (avrebbe dovuto) reggere la concorrenza tra ordinamenti, orientando verso gli uffici giudiziari italiani il *forum shopping*; in sesto luogo, la tutela collettiva soddisfa gli interessi e la vanità di coloro che se ne occupano perché costituisce un nuovo giocattolo ed offre occasioni di visibilità e di turismo processuale. A ben vedere, la disciplina introdotta con la l. 24 dicembre 2007 n. 244, ed il dibattito sulla sua riforma hanno contribuito a soddisfare soltanto l'ultimo degli interessi indicati¹⁴.

¹⁴ V., senza pretese di completezza, G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, *Contratti*, 2008, 545; D. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, www.judicium.it; M. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, *Guida al diritto – Sole-24 Ore*, 2008, 4, 11 ss.; A. BRIGUGLIO, *La nuova azione collettiva risarcitoria: ventuno domande e ventuno risposte*, Torino, 2008; R. CAPONI, *Litiscorsorio «aggregato» L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 819; ID., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile»*, in *Foro it.*, 2008, V, 200; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 723; S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, 1842; C. CONSOLO, *E' legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell' "opt-in" anziché quella danese dell' "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, 1 ss.; ID., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. "filtro" giurisdizionale sulla ammissibilità dell'azione collettiva*, in *Foro it.*, 2008, V, 205; D. DALFINO, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, *ibidem*, 191; A. D. DE SANTIS, *L'azione risarcitoria collettiva*, in G. CHINÈ, G. MICCOLIS, *Class actions e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, 125 ss.; ID., *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, in *Foro it.*, 2008, V, 209; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, *passim*; G. FINOCCHIARO, *Class action: una chance per i consumatori*, *Guida al diritto – Sole-24 Ore*, 2008, 4, 21 ss.; A. GIUSSANI, *Situazioni soggettive superindividuali, azioni collettive e class actions: contributo alla teoria generale*, Torino, 2008, 107 ss.; ID., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 465; S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in www.judicium.it; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Studi in onore di C. Punzi*, Torino, 2008, I, 455; L. TAVORMINA, *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori: tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 201. Cfr. anche i miei *La tu-*

In terzo luogo, merita di essere ricordato l'art. 4 d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123, emanato «per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania»; esso stabilisce che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati» e che «la giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati»; ai sensi del secondo comma, contro il principio della *perpetuatio jurisdictionis* e, probabilmente, contro la garanzia del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost., «le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo».

La disposizione appare in linea con la decisione della Cassazione, che, pronunciandosi nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ha affermato che, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale, questo ha giurisdizione anche qualora siano coinvolti diritti fondamentali, quale, appunto, il diritto alla salute¹⁵. Non sembra, invece, che

tela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140 bis del codice del consumo, in *Foro it.*, 2008, V, 17; *ADR e tutela collettiva* in *Diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2007, 88; *Dibattito. Voglia di azioni collettive*, *Questione giustizia*, 2007, 751; *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140; *La tutela dei risparmiatori: i nuovi orizzonti della tutela collettiva*, in *Società*, 2005, 325 ss. *Note sulle tecniche di tutela collettiva (a proposito dei disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1009.

¹⁵ Cass. 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, 766, in *Giur. it.*, 2008, 2055, e in *Giust. civ.*, 2008, I, 1437.

possa utilmente invocarsi Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140¹⁶, nella parte in cui ha ritenuto compatibile con i principî costituzionali la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle azioni risarcitorie proposte a tutela di diritti fondamentali quale il diritto alla salute; il giudice delle leggi, infatti, si è occupato della tutela risarcitoria chiesta per la violazione di diritti fondamentali, non anche della ammissibilità della giurisdizione esclusiva per la loro tutela.

Era considerato, infatti, principio pacifico quello per il quale «l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute (Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172) o l'integrità personale»¹⁷. La stessa Corte, infatti, ha ribadito il principio in relazione alla immunità di stati stranieri nelle controversie concernenti diritti fondamentali e la dignità umana¹⁸.

Non sembra possa fondatamente dubitarsi che la tutela offerta dal giudice amministrativo equivalga a quella del giudice ordinario: lo ha diffusamente dimostrato il Consiglio di Stato con la Adunanza plenaria n. 1 del 2000¹⁹. Ma resta una significativa differenza: le decisioni dei giudici speciali possono essere impugnate soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione; nei confronti delle decisioni dei giudici speciali, non è esperibile il ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, co. 7°, Cost.

¹⁶ In *Foro it.*, 2008, I, 436.

¹⁷ Così Cass., ss.uu., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1259.

¹⁸ Cass. 14201/2008, cit.

¹⁹ Cons. Stato, ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 365; in *Giust. civ.*, 2000, I, 1292 e 2163, in *Corriere giur.*, 2000, 594.

L'isolato *revirement* del dicembre 2007 ed il successivo intervento del legislatore sono stati nel senso di ritenere prevalente l'esigenza di fronteggiare l'emergenza di smaltire i rifiuti in Campania rispetto al principio di legalità ed a quelli, fino ad allora condivisi, sul riparto di giurisdizione.

Le esigenze del mercato e della economia sono state contrapposte ai valori istituzionali ed alla giurisdizione nell'ambito delle procedure concorsuali e, in particolare, nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

I timori di abusi frenano l'introduzione della tutela collettiva risarcitoria.

4. Al fondo dei tentativi di fuga dalla giurisdizione e dalla giurisdizione ordinaria, dei quali si è fatto qualche esempio, anche in base a suggestioni provenienti da oltre oceano, dove i rimedi sono esplicitati senza infingimenti, soprattutto nell'attuale crisi economica, sembra si faccia strada il convincimento che, poiché il costo dei servizi legali è elevato e scarsamente produttivo, se ne possa fare a meno²⁰. Brutalmente: la reazione è quella di buttare il bambino con l'acqua sporca ovvero di mutilarsi per fare un dispetto al partner.

La questione merita di essere affrontata svelando il vestito dell'imperatore.

Fuori dal mondo degli operatori del diritto, vi è la sensazione che i servizi legali assolvano prevalentemente la funzione di remunerare chi se ne occupa, senza fornire significativi vantaggi agli utenti.

²⁰ V. gli Atti del Seminario «*Il costo dei servizi legali per le imprese*», Roma, 10 ottobre 2007, in www.consiglionazionaleforense.it; nonché, anche per indicazioni, G. SCARSELLI, *Il decreto Bersani e le tariffe forensi*, in *Foro it.*, 2007, V, 24; ID., *Il nuovo patrocinio a spese dello stato nei processi civili ed amministrativi*, Padova, 2003; e, soprattutto, ID., *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998.

Probabilmente, questa sensazione corrisponde, in parte, alla realtà, ma le soluzioni si manifestano all'evidenza inadeguate e pericolose.

Si può riconoscere che i servizi legali girino a vuoto ed abbiano una funzione prevalentemente autoreferenziale soprattutto in due ambiti, ai quali potrebbe aggiungersene un terzo, presentato, invece, quale rimedio.

Il primo ambito riguarda il contenzioso di alto livello, nel quale, nel contesto di inchieste penali e contabili, è sovente emerso che il conferimento di incarichi professionali, la richiesta di consulenze, l'utilizzazione di arbitrati costituisce lo strumento per l'acquisizione di benefici privati; alcuni responsabili della gestione del danaro pubblico sono stati scoperti a distribuire incarichi all'esclusivo fine di percepire una percentuale della retribuzione del professionista, compartecipe del misfatto e disinteressato alla realizzazione del risultato.

La reazione, nel settore pubblico, è stata quella di tentare di proibire ogni esternalizzazione ovvero di fissare, per ciascuna di esse, un tetto di spesa. Le ultime leggi finanziarie contengono numerose disposizioni in questo senso. Ma gli artt. 8 d.l. 30 giugno 2008, n. 113, non convertito, 4 *bis*, co. 12°, d.l. 3 giugno 2008, n. 971, conv. in l. 2 agosto 2008, n. 129, 1 *ter* d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, conv. in l. 22 dicembre 2008, n. 201, e 29 d. l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 14, hanno via via rinviato i termini per l'applicazione del divieto di accesso all'arbitrato per le pubbliche amministrazioni, per le società a partecipazione pubblica e per gli enti pubblici economici, che, attualmente, è inoperante fino al 31 dicembre 2009. Non è diversa la situazione nel settore privato: nel contesto del complessivo riassetto del sistema bancario, è stato affrontato anche in questa prospettiva il problema del costo dei servizi legali.

Il secondo ambito riguarda i settori di nicchia, frutto della proliferazione dei microsistemi. Gli attacchi alla irragionevole proliferazione dei riti e alla frammentazione legislativa si scontrano con le esigenze dei professionisti (avvocati e magistrati) che se ne occupano. Un intero ceto di professionisti è stato spazzato via dalla riforma fallimentare: poiché il fallimento, in base alle prassi diffuse in molti uffici, più che alla tutela dei crediti era funzionale alla remunerazione di ceti professionali, la riforma ha eliminato le occasioni di lavoro per un intero ceto professionale.

Sembra semplicistico rilevare che i fenomeni indicati nel primo e nel secondo ambito costituiscono casi di malcostume giudiziario: i primi interessano frequentemente la magistratura penale e contabile, i secondi sono al centro dei dibattiti sulla efficienza della giustizia civile. Entrambi concorrono alla inefficienza del sistema e all'incremento dei costi.

Allorché si discute dei rapporti tra economia e giurisdizione, del costo dei servizi legali per le imprese e per le amministrazioni, non appare possibile ignorare questi fenomeni. Esistono; costituiscono probabilmente la principale ragione della lievitazione dei costi dei servizi legali. Non possono essere eliminati con strumenti meramente repressivi, né con la fuga dalla giurisdizione.

Né appare coerente con i propositi ripetutamente enunciati predisporre strumenti che li favoriscono. A tal proposito, merita di essere ricordato che, per reagire ai fenomeni di malcostume giudiziario nel settore previdenziale, l'art. 20, co. 7°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, ha stabilito che «a fronte di una pluralità di domande o di azioni esecutive che frazionano un credito ... la riunificazione è disposta d'ufficio» ai sensi dell'art. 151 disp. att. c.p.c.; ha sanzionato, in mancanza di riunione, con l'improcedibilità, le do-

mande successive alla prima e, con la nullità, i pignoramenti successivi²¹. Ma l'art. 46, co. 1°, del d.d.l. 1082B/S/XVI, modifica l'art. 7 c.p.c. ed attribuisce alla competenza del giudice di pace «le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali». La disposizione certamente libera i giudici del lavoro di un contenzioso spesso artificiosamente gonfiato, ma appare ragionevole dubitare che sia idonea a reagire ai fenomeni di malcostume ripetutamente denunciati.

5. Ricordati i doverosi obiettivi della tutela giurisdizionale civile ma nella consapevolezza delle contraddizioni presenti nel sistema e del rischio di una regressione al sistema feudale, nel quale prevale la logica dell'appartenenza ad un gruppo e viene mortificata la dignità dell'individuo, è ora opportuno liberarsi di alcuni *idola fori*, ricorrenti nel dibattito sulle regole processuali dei conflitti economici.

Come si manifestano velleitari e incompatibili con il quadro costituzionale i tentativi di fuga dalla giurisdizione e dalla giurisdizione ordinaria, così appaiono poco utili i tentativi di fuga dal processo e, in particolare, dalla cognizione piena.

In generale, il criterio discretivo tra tutela ordinaria e tutela sommaria è individuato non nella qualità del giudizio, sovente migliore nella seconda per la immediatezza del contatto tra giudice e parti, quanto nella circostanza per la quale, nella prima, sono predeterminati dalla legge vuoi i modi e le forme di attuazione del contraddittorio, vuoi i modi e le forme di forma-

²¹ V. D. DALFINO, *Processo del lavoro: note a prima lettura su alcuni recenti interventi di riforma*, in *Foro it.*, 2008, V, 305; ID., *Processo del lavoro, misure di razionalizzazione e prospettive di riforma. Le macro-aree di intervento*, *ibidem*, 25 e 65. V. anche i miei *Presentazione*, in A. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Le controversie di lavoro privato e pubblico. Commentario*, IV, Milano, 2008, 1; *Intervento*, in *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, a cura di A. ALLAMPRESE e L. FASSINA, Roma, 2007, 101 ss.

zione del convincimento del giudice: nei processi a cognizione piena ed esauriente è la norma generale ed astratta che detta le cadenze delle attività processuali, nonché i criteri di giudizio; in quelli sommari, le prime ed i secondi sono affidati a formule generiche («convocate le parti», «assunte informazioni»), che lasciano ampi spazi all'esercizio dei poteri discrezionali del singolo giudice.

Senonché la sommarizzazione e la cameralizzazione dei procedimenti non si manifestano, in generale, come risposte adeguate perché, anche prescindendo dalla implicita rinuncia ad un processo «regolato dalla legge» ai sensi dell'art. 111 Cost., il problema della efficienza della giustizia si pone più che in riferimento alla disciplina, alla concreta prassi applicativa della stessa, e, quindi, appare ragionevole dubitare che la soluzione consista nell'affidarsi totalmente ai poteri discrezionali del giudice²².

Tradizionalmente si ritiene che i procedimenti sommari abbiano prevalentemente la funzione di ripartire diversamente l'onere di sopportare i tempi ed i costi del processo ordinario²³: normalmente tale onere incombe a chi lamenta la lesione di un diritto; l'anticipazione della tutela fa sì che esso ricada sull'altra parte.

Nei casi in cui sia prevista l'applicazione del procedimento camerale a materie contenziose, invece, i procedimenti sommari sono affatto succedanei della tutela ordinaria: la tutela di diritti è affidata alla previsione di cui agli artt. 737 sgg. c.p.c., in base ai quali la domanda si propone «con ricorso al giudice

²² Anche per ulteriori indicazioni, v. A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, V, 53; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, *id.*, 2002, 65.

²³ Anche per indicazioni, v., da ultimo, A. CARRATTA, voce *Processo sommario*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 1, Milano, 2009, 877 ss.

competente»; questi provvede «con decreto motivato» e «può assumere informazioni».

Al cospetto della evanescente disciplina positiva, infatti, l'elaborazione delle regole del gioco è affidata alla giurisprudenza additiva della Corte di cassazione²⁴.

Se appare assolutamente compatibile con i principi costituzionali la previsione di forme e modi diversi per l'attuazione del contraddittorio e per l'esercizio dei diritti di azione e di difesa, appare allo stesso tempo essenziale che tali modi e tali forme siano preventivamente conosciuti dalle parti, affinché l'uguaglianza e la parità, non solo formali ma anche sostanziali, siano effettive e non affidate alla buona volontà del giudicante. È ben singolare che, mentre per l'attività amministrativa, e quindi in un contesto nel quale non sono in gioco diritti soggettivi né vi è una controversia, il legislatore, con la L. 7 agosto 1990, n. 241, abbia ritenuto necessario imporre la preventiva indicazione delle regole del gioco, questa esigenza non abbia ancora trovato adeguate risposte nell'ambito del processo civile ed occorra affidarsi alla giurisprudenza additiva della Corte di cassazione.

²⁴ Cfr. soprattutto gli *Atti del XVII Convegno Nazionale della Associazione tra gli Studiosi del processo civile*, Palermo, 6-7 ottobre 1989, «*I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*», Milano, 1991, con le relazioni di E. Fazzalari, V. Dentì, E. Grasso e L. Lanfranchi. Adde, A. PROTO PISANI, *Possibile contributo del notariato alla crisi della giustizia civile*, relazione al XXXVII Congresso nazionale del notariato, Catania, 20-23 ottobre 1999, Roma, 1999; L. LANFRANCHI, *Costi sociali della crisi della giustizia civile e degiurisdizionalizzazione neoliberista*, in *Legalità e giustizia*, e in *Giur. it.*, 1996, IV, 158; L. P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719; G. ARIETA, *Procedimenti in camera di consiglio*, in *Digesto civ.*, Torino, 1996, vol. XIV, 435; D. MALTESE, *I procedimenti in camera di consiglio: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 565; M. PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli, 1996; M.G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, TORINO, 1994. Con specifico riferimento alla tutela dei rapporti familiari e dei minori, cfr. A. PROTO PISANI, *Procedura camerale e tutela degli interessi dei minori*, in *Foro it.*, 1996, V, 65; M.G. CIVININI, *I procedimenti camerali in materia familiare e di protezione degli incapaci*, in *Famiglia e dir.*, 1996, 161.

L'aspirazione di ogni operatore giuridico è quella di affacciarsi in un'aula giudiziaria sapendo già quello che potrà accadere; «They wanted lawyers who went into any federal courts (...) to know what to expect and not to have to undergo a initiation period or to rely on the wisdom of local practitioners»²⁵.

La predeterminazione dei modi e delle forme di attuazione del contraddittorio e di formazione del convincimento del giudice non è soltanto una questione di garanzie, ma contribuisce alla efficienza della giustizia, nella parte in cui favorisce la prevedibilità della decisione e realizza, quindi, un effetto deflattivo, mentre l'assoluta discrezionalità del giudice, anche nella gestione del processo, ne rende gli esiti aleatori ed incrementa il contenzioso²⁶.

In generale, un sistema efficiente dovrebbe riuscire a definire le controversie prima della decisione, grazie soprattutto alla prevedibilità di questa. Ma la prevedibilità dell'esito dipende solo in parte dalla disciplina del processo; è prevalentemente il frutto della organizzazione. La normativa processuale dovrebbe contribuire ad orientare l'attenzione sul conflitto di interessi sostanziali, piuttosto che sui modi e sulle forme per risolverlo: il migliore processo è quello che fa meno parlare di sé.

A ben vedere, qualunque sistema di giustizia civile deve necessariamente prevedere un modello di processo a cognizione piena ed esauriente e a contraddittorio pieni, un modello di procedimento cautelare, processi esecutivi differenziati in relazione alla tipologia dei beni da trasformare in danaro e dei diritti di cui si vuole la realizzazione coattiva. Accanto a questi strumenti ed in alternativa almeno al primo, in considerazione del

²⁵ Così D. SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, cit., in *137 U. Pa. L. Rev.*, 1989, 1974.

²⁶ In questo senso, diffusamente, R. BONE, *Civil procedure: Economics of Civil Procedure*, New York, 2003, specialmente p. 125 ss.

principio di autonomia privata, può ritenersi anche necessaria la previsione dell'arbitrato. Non è necessaria, ma opportuna, e comunque generalmente presente, la previsione di strumenti di tutela sommaria non cautelare, nonché quella di strumenti conciliativi. A tutto ciò possono aggiungersi i procedimenti giurisdizionali nelle materie non contenziose.

Ogni processo di cognizione, quale che ne sia la disciplina, si snoda attraverso una serie di passaggi obbligati, che non possono essere ignorati o pretermessi. La normativa può fissare diversi tempi e scadenze, può concentrare o diluire le diverse attività; non può ignorarle.

In primo luogo, sono necessarie alcune verifiche formali. Compite queste attività, che solo eventualmente richiedono un autonomo e specifico *spatium deliberandi*, il passaggio successivo consiste nella definizione del *thema decidendum*, ossia nella individuazione dei fatti rilevanti ai fini del decidere, ovvero dei termini della controversia.

Tale attività presuppone la tradizionale opera di ricognizione della fattispecie. A seconda del rapporto dedotto in giudizio o della pretesa fatta valere, tale attività può essere più o meno complessa, perché implica una ricognizione degli elementi costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Si tratta, comunque, di un'attività tradizionale e fisiologica per il giurista, tenuto a scomporre la fattispecie per individuarne i singoli elementi costitutivi: un primo momento valutativo è, quindi, possibile già in base alla mera prospettazione dell'attore; indipendentemente dalla strategia difensiva del convenuto, il giudice è tenuto a verificare la sufficienza o l'idoneità dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondare la pretesa dedotta in giudizio.

Le strategie di difesa del convenuto possono consistere: nella negazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore, nella allegazione di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi e nella

proposizione di domande riconvenzionali. La prima attività, consistente nelle mere difese, assume rilevanza soprattutto in riferimento alla pianificazione della istruzione probatoria.

Il terzo momento valutativo, relativo alla rilevanza dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, è quello più complesso e delicato nella gestione delle attività processuali e nella direzione del processo: è possibile omettere l'accertamento dei fatti costitutivi, allorché sussistano fatti estintivi, modificativi ed impeditivi. Nello stabilire se la causa sia matura per la decisione prima dell'accertamento dei fatti costitutivi controversi e indipendentemente dai risultati della istruzione probatoria ad essi relativa, infatti, il giudice è tenuto ad una prognosi della presumibile ed apparente fondatezza delle eccezioni proposte, ossia della presumibile ed apparente sussistenza dei fatti estintivi, impeditivi e modificativi allegati dal convenuto e, quindi, della sufficienza di questi ultimi a fondare il rigetto della domanda, indipendentemente dall'accertamento dei fatti costitutivi.

L'esperienza indica che, sovente, anche tali possibilità non vengono colte. Non sono infrequenti i casi in cui, nonostante la manifesta infondatezza della domanda o la manifesta fondatezza delle eccezioni proposte dal convenuto, il processo prosegua per l'accertamento dei fatti costitutivi e addirittura si apra e si svolga l'istruzione probatoria su tali fatti e, al momento della decisione, tale attività si riveli affatto inutile. La possibilità di definire immediatamente le controversie nelle quali si pongano questioni preliminari di rito aventi carattere impediante, di rigettare subito le domande manifestamente infondate, di evitare l'accertamento dei fatti costitutivi in presenza di questioni preliminari di merito aventi carattere assorbente, costituisce un potere-dovere del giudicante in ciascun modello processuale.

L'attenzione tradizionalmente dedicata alla fase introduttiva dei processi di cognizione riflette l'esigenza di realizzare un effetto deflattivo definendo le controversie *in limine litis*: non essendo possibile incidere sui flussi in entrata, l'impegno riformatore si è sempre orientato su quelli in uscita, in base all'ovvio presupposto che è più semplice definire una causa correttamente impostata, piuttosto che cercarne il bandolo in un fascicolo farraginoso.

La difficoltà di incidere sui flussi in entrata, infatti, dipende dalla constatazione che gli strumenti alternativi di composizione delle controversie (Adr), quale che ne sia la forma, sono naturalmente destinati ad affiancarsi, non a sostituire la tutela giudiziale.

L'efficienza e l'utilità degli strumenti di Adr, infatti, non possono prescindere dalla efficienza delle forme di tutela giudiziale, perché la parte che ritiene di avere torto, se non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, non avrà alcun incentivo alla definizione altrimenti della controversia.

In realtà, paradossalmente, l'efficienza della tutela giudiziale costituisce il maggior incentivo alla utilizzazione degli strumenti di Adr, i quali, peraltro, sono stati sovente illusoriamente pensati in funzione della efficienza della prima.

Se questa elementare constatazione pratica impedisce di considerare alternativi alla giurisdizione la conciliazione e l'arbitrato, tale conclusione, sul piano formale, è confermata dalle norme costituzionali, quali sono state interpretate ed applicate dalla giurisprudenza.

Nonostante l'espressione tradizionalmente usata, infatti, gli strumenti alternativi di composizione delle controversie in realtà non possono essere tali, non solo perché chi viola il diritto altrui, se è consapevole di restare impunito e non ha interesse alla prosecuzione del rapporto con l'altra parte, non sarà dispo-

sto né ad alcuna conciliazione, né a sottoporsi al giudizio degli arbitri, ma soprattutto perché non possono essere tali rispetto all'esercizio della giurisdizione.

In realtà l'efficienza degli strumenti alternativi di composizione delle controversie si apprezza non in riferimento alla obbligatorietà della previsione, ma in base alla capacità di essi di attrarre le parti per il prestigio dell'organo, per l'affidabilità della decisione o della proposta conciliativa, per la prevedibilità dei tempi e dei costi.

La negativa esperienza delle conciliazioni in materia di lavoro è indicativa: la previsione legislativa si traduce nella maggior parte dei casi in un differimento dei tempi per l'inizio della controversia.

La delega all'esterno di attività proprie della giurisdizione, indipendentemente dai limiti costituzionali, inoltre, si manifesta come un fenomeno negativo, perché gli studiosi delle organizzazioni complesse hanno da tempo posto in evidenza che l'esternalizzazione di funzioni non è di per sé risolutiva; impone, poi, una serie di controlli ovvero determina l'abbandono di settori di attività.

6. A ben vedere, le esigenze di assicurare effettività alla disciplina sostanziale nonché prevedibilità dei tempi e dei risultati dell'intervento del giudice, di disporre di un giudice professionalmente attrezzato e di strumenti processuali coerenti con le esigenze di certezza e celerità sono comuni a tutti i settori dell'ordinamento. La complessiva efficienza del sistema processuale e la professionalità del giudice costituiscono il fondamento e la *ratio* di ogni tentativo di riforma processuale, quale che sia il settore sostanziale considerato.

Senonché la libera circolazione dei capitali, nonché delle persone, fisiche e giuridiche, ha aperto nuove prospettive alla

concorrenza: nel marzo del 1999 la Corte del Lussemburgo ha sancito definitivamente la libertà di stabilimento delle società: «Gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo»²⁷. Fu prospettato il rischio di un «*darwinismo societario*».

Negli Stati Uniti²⁸, molte *companies* hanno la sede nello stato del Delaware, in considerazione appunto della disciplina e, soprattutto, dei servizi giudiziari.

I termini della questione furono chiaramente indicati, nel 1996, nella relazione del Lord Cancelliere sulla giustizia civile nel Regno Unito: «(...) in areas of commercial litigation where

²⁷ Così Corte CE 9 marzo 1999, 212/97, Centros Ltd c/ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, in *Foro it.*, 2000, IV, 317, in *Giur.it.*, 2000, 767, in *Riv. dir. comm.* 2000, II, 73.

²⁸ Oltre oceano si è pervenuti gradatamente a successive riforme delle Federal Rules «to encourage pretrial management that meets the needs of modern litigation»: così la Advisory Committee's Note agli amendments del 1983. Si rinvia al mio *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.; cfr., inoltre, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa, I: Il modello statunitense*, Padova, 1991; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 787; M. DE CECCO, *Case-management, la riforma del processo civile in California*, in «*Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*», a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, Milano, 2000; F. CORSINI, *Le proposte di "privatizzazione" dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della "discovery" anglosassone*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2002, 1273 ss.; nonché, anche per ulteriori indicazioni, M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, 355 ss. e in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 67 ss. V. anche il *Civil Litigation Management Manual 2001*, www.fjc.gov. V. anche, R. BONE, *op. cit.*

this country is in competition with other jurisdictions, a comparison of the respective costs involved will increasingly deter prospective litigants from using the English courts. 28. An international financial centre has to provide many services for its international operators, including an efficient legal system for resolving the legal disputes which will inevitably arise. The representatives of a leading international bank informed me that they were finding the costs of conducting litigation in the Commercial Court totally beyond reason. Because of this the bank was giving serious consideration to changing the venue for resolving legal disputes from London to New York. This is, therefore, a matter of considerable importance to the City of London and the economy of the country. The Patents judges, recognising the attraction of significantly lower costs in Germany and Holland, have recently proposed rule amendments to limit the scale and cost of discovery in intellectual property cases»²⁹.

Mentre in Italia si celebra il centenario del futurismo, nel Regno Unito si festeggia il decennale di quella riforma.

7. In realtà, l'efficienza della giustizia dipende più dai profili strutturali che dalla disciplina processuale. Assume, quindi, fondamentale importanza lo studio degli effetti sul funzionamento del processo della informatizzazione, della organizzazione degli uffici giudiziari, nonché della predisposizione dei protocolli d'udienza.

Dal punto di vista scientifico, l'analisi non può che partire dai provvedimenti ordinatori e dalla ammissibilità della rilevanza e della efficacia degli accordi processuali.

I provvedimenti meramente ordinatori, infatti, sono insindacabili in sede di impugnazione e sono affidati alla mera

²⁹ Così LORD WOOLF, *Access to Justice*, CHAPTER 3, § 27 s.

discrezionalità del singolo giudice. Si tratta di verificare, allora, se la volontà delle parti, nel processo civile, rimesso comunque alla loro disponibilità, sia idonea a indirizzare l'attività ordinatoria del giudice, nell'ambito di un modello organizzativo scervro da logiche meramente burocratiche ed attento alla cultura del risultato.

L'ormai risalente attenzione al *court* e al *case management*, alle esperienze degli Osservatori della giustizia, all'ufficio per il processo, alla informatizzazione degli uffici giudiziari presuppone appunto la acquisita consapevolezza che la insindacabilità dei provvedimenti ordinatori non implica affatto assoluta discrezionalità del singolo giudice, ma richiede uno sforzo organizzativo in attuazione della cultura del risultato³⁰.

In realtà, occorre prendere atto che l'efficienza della giustizia, e di quella civile in particolare, dipende prevalentemente dai profili strutturali, più che dalla disciplina processuale. Quest'ultima costituisce una variabile, importante, ma non decisiva.

Anche le esperienze di altri ordinamenti indicano che tra le regole processuali generali ed astratte e il funzionamento del processo esistono spazi che possono e devono essere colmati, che non serve tanto auspicare una palingenesi della normativa e, in particolare, di quella processuale, quanto piuttosto tentare di verificare quello che si può fare con le risorse disponibili, perché la

³⁰ Anche per indicazioni, si rinvia ai miei *Tra processo e organizzazione: per una giustizia civile tempestiva ed efficace*, in *Dem. Dir.*, 2005, 125; *Note sulla struttura della decisione nei processi a cognizione piena. Un modello per la consolle del giudice*, in *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia*, a cura di Stefano Zan, Bologna, 2004, 191; *L'esperienza del processo nell'assetto attuale. Le prassi esistenti e quelle possibili*, in *Processo ed organizzazione*, a cura di G. Gilardi, Milano, 2004, 23 ss.; *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, cit.

cattedrale della giustizia è un edificio comune, alla manutenzione del quale tutti possono e debbono contribuire in funzione della attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In questo contesto, le riforme del processo e della giustizia non sono un evento straordinario.

In una società complessa ed in rapida evoluzione, esse sono una reazione fisiologica ai mutamenti sociali ed economici. Una società complessa richiede, per la gestione dei conflitti, strumenti complessi. Questi ultimi, a loro volta, richiedono una continua opera di manutenzione.

Appare, invece, inevitabile che, in un contesto normativo lacerato e in costante rinnovamento, la prevalente attenzione sia dedicata alle questioni di coordinamento tra i diversi testi normativi, ai problemi processuali, piuttosto che al conflitto di interessi sostanziali; che si perda di vista l'obiettivo della tutela giurisdizionale civile per dedicarsi a *puzzles* più o meno complicati. Anche queste energie, tuttavia, vengono distolte dal dibattito sul futuribile, conseguente alla presentazione di proposte di riforma della disciplina processuale: come è inutile ricercare soluzioni operative che garantiscano qualche margine di efficienza se le regole generali possono essere cambiate, così è inutile tentare di ricostruire la sinopia di un mosaico lacerato se altre lacerazioni sono attese.

La vicenda del processo commerciale, da questo punto vista, è esemplare: si volevano introdurre nel sistema «strumenti processuali coerenti con le esigenze di certezza e celerità in modo da migliorare l'affidabilità dei rapporti commerciali senza ostacolarne la fluidità»; le norme di procedura di cui al d.lgs. 5/2003, invece, non sono state uno strumento specifico per soddisfare le esigenze degli operatori economici, ma il frutto di un tentativo di accelerare una riforma complessiva del processo civile, prescindendo dal dibattito scientifico e, soprattutto, da

quello parlamentare. E il fenomeno è risalente: lo strumento specifico per i conflitti di lavoro è stato via via esteso, senza alcuna preventiva valutazione della congruità del mezzo al fine, alle controversie locative, a quelle agrarie, fino alle azioni di responsabilità nell'ambito della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e della liquidazione coatta amministrativa e alle controversie per il risarcimento dei danni alla persona provocati dalla circolazione dei veicoli. Il procedimento esecutivo esattoriale, fondato sulla professionalità del procedente, introdotto nel 1866 e successivamente riformato, venne esteso, nel 1910, con alcune modificazioni, alla riscossione delle pubbliche entrate. Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale è stato copiato nel 1977 per la repressione delle discriminazioni sessuali. Il processo di opposizione alle sanzioni amministrative costituisce il modello per la tutela dei dati personali.

In realtà, l'inefficienza della giustizia non è curabile con i tentativi di creare isole felici. Il disordine normativo contribuisce, invece, alla inefficienza della giustizia, ma l'efficienza della giustizia non dipende soltanto dalla disciplina processuale, ma, soprattutto, dalla motivazione degli operatori.

L'inefficienza dipende soprattutto dalla mentalità burocratica, dall'idea che rendere giustizia significhi liberarsi di un fascicolo. Basti pensare, ad esempio, che, se il giudice non valuta preventivamente, come la disciplina positiva gli impone, l'ammissibilità e la rilevanza dei mezzi di prova ed ammette tutto, riservandosi di valutare in sede di decisione ciò che è utile e ciò che non lo è, allunga a dismisura i tempi del processo; ugualmente, se, come in taluni uffici sta avvenendo, nel timore della durata irragionevole del processo, non ammette alcun mezzo di prova, e si libera del fascicolo, impone al giudice di appello di fare ciò che avrebbe dovuto fare in primo grado ed

allunga a dismisura i tempi del processo. Fa ormai parte del comune sentire che una eccellente disciplina del processo non garantisce affatto l'efficienza della giustizia, né che disposizioni raffazzonate impediscono un soddisfacente equilibrio tra efficienza e garanzie.

Un ruolo determinante è dato dalle prassi operative e dalla capacità organizzativa che il sistema giustizia nel suo complesso è in grado di darsi. E' un'illusione, pericolosa e deresponsabilizzante, che i problemi della inefficienza della giustizia civile possano essere superati soltanto con interventi normativi.

In questa direzione è orientata l'attività di enti in Italia e all'estero: il Centro per l'Organizzazione, il Management e la Informatizzazione degli Uffici Giudiziari (COMIUG)³¹, la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ)³², l'*Institute for Civil Justice (ICJ)*³³.

Grazie a tale ormai diffusa consapevolezza, in più sedi gli *Osservatori* sulla giustizia hanno promosso «protocolli d'udienza»; è in corso un diffuso confronto sulle prassi di gestione del processo civile; il processo civile telematico è in avanzata fase di sperimentazione in diversi tribunali³⁴. Era stato aperto un vivace dibattito sull'«ufficio per il processo», sulle funzioni del personale amministrativo e su quelle dei magistrati onorari.

8. Queste considerazioni, apparentemente ovvie, sembravano condivise in sede politica.

³¹ www.comiug.it

³² www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/default_EN.asp.

³³ [In rand.org/icj](http://rand.org/icj)

³⁴ S. BRESCIA P. LICCARDO, voce *Processo telematico*, in *Enc. giur.* Treccani, Aggiornamento, XIV 2006; e v. anche in www.processotelematico.giustizia.it.

Nell'illustrare le *Linee programmatiche* del ministero all'inizio della XV Legislatura, il 27 giugno 2006, infatti, il ministro della Giustizia aveva dichiarato: «Nella materia del diritto processuale civile va dedicata particolare attenzione a tutte le misure idonee ad incidere sulla durata dei procedimenti. Misure che non devono risolversi soltanto in interventi normativi di riforma, giacché il tumultuoso incedere degli interventi del legislatore può essere, a sua volta, causa di crisi del sistema».

Sulla stessa linea si è aperta la XVI Legislatura: il 4 giugno 2008, il ministro della giustizia, tra l'altro, affermava che «le linee guida della riforma del processo civile che si intendono perseguire sono quelle di rendere effettiva la garanzia dei cittadini ad un processo giusto, che si svolga in termini ragionevoli e, a tal fine, si preferisce - piuttosto che procedere a un'ulteriore riforma organica del codice di procedura civile - intervenire su specifici punti del rito civile e prevedere misure organizzative al fine di ridurre i tempi processuali».

Nonostante queste enunciazioni di principio, vuoi nel corso della XV, vuoi nel corso della corrente XVI Legislatura repubblicana, si è posto mano alla disciplina processuale³⁵.

Il 21 dicembre 2006, infatti, a Strasburgo, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva esaminato ancora una

³⁵ Si rinvia a *Rassegna di legislazione (1° giugno – 30 settembre 2005)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1277; *(1° ottobre – 31 dicembre 2005)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 181; *(1° gennaio – 31 marzo 2006)*, *id.*, 2006, 617; *(1° aprile – 30 giugno 2006)*, *id.*, 2006, 935; *(1° luglio – 30 settembre 2006)*, *id.*, 2006, 1273; *(1° ottobre – 31 dicembre 2006)*, *id.*, 2007, 261; *(1° gennaio – 28 febbraio 2007)*, *id.*, 2007, 797; *(1° marzo – 30 giugno 2007)*, *id.*, 2007, 1089; *(1° luglio – 31 agosto 2007)*, *id.*, 2007, 1367; *(1° settembre – 30 ottobre 2007)*, *id.*, 2007, 1677; *(1° novembre – 31 dicembre 2007)*, *id.*, 2008, 289; *(1° gennaio – 30 aprile 2008)*, *id.*, 2008, 869; *(1° aprile – 30 giugno 2008)*, *id.*, 2008, 1169; *(1° luglio – 31 ottobre 2008)*, *id.*, 2008, 1785. *Le riforme della giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Riv.dir. proc.*, 2005, 15 ss.; *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, in *Questione giustizia*, 2005, 6, 1167 ss.; *Giustizia e principio di legalità Contributo al dibattito sulla giustizia civile nella XIV Legislatura*, in *Questione-giustizia*, 2002, 4, 749; *Scritti sulla riforma della giustizia civile (1982 - 1995)*, Giappichelli, Torino, 1996.

volta la situazione della giustizia in Italia; ha richiamato la Risoluzione del 2005; aveva preso atto dell'impegno in tal senso del Governo italiano: in particolare della intenzione di adottare «un certo numero di riforme legislative sulle procedure giudiziarie», nonché degli sviluppi del progetto sul processo civile telematico; aveva rinviato ogni valutazione alla riunione del 13 - 14 febbraio 2007.

A conclusione dell'incontro del 13 - 14 febbraio 2007, i ministri dell'Unione avevano stimolato le autorità italiane a risolvere il problema della giustizia civile e le avevano invitate ad affrontarlo sul piano effettuale; avevano deciso di rinviare ogni decisione al 1° novembre 2008.

L'ampio termine ottenuto avrebbe consentito di orientare l'attenzione sulle «misure che non devono risolversi soltanto in interventi normativi di riforma», come annunciato nelle Linee programmatiche del Ministero della Giustizia.

Il comunicato stampa del dicembre 2006, tuttavia, ridestava l'illusione che la questione della inefficienza del processo civile potesse essere risolta con riforme delle «procedure giudiziarie», in luogo di una doverosa opera di coordinamento e razionalizzazione.

Puntualmente, infatti, il 23 ed il 24 gennaio 2007 il Ministro della giustizia annunciava la riforma. Conclusasi anticipatamente la XV Legislatura repubblicana, il 18 giugno 2008, il Consiglio dei ministri approvava un decreto legge ed un disegno di legge, recanti, l'uno e l'altro, disposizioni «per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria». Per quanto riguarda la giustizia e, in particolare, la giustizia civile, nel decreto e nella proposta di legge era raccolta parte di molti progetti elaborati e discussi nel corso della Legislatura precedente.

Il 4 dicembre 2008, in riferimento ai 2183 casi pendenti innanzi alla Corte di Strasburgo contro l'Italia per la eccessiva durata dei procedimenti giudiziari, le istituzioni europee «considering that the results of the reforms will only be measurable in the medium term, invited the Italian authorities to draw up a timetable for the results anticipated. In the medium term, to assess them as the reforms proceed, and to adopt a method for analysing these results in order to make any necessary adjustments, If necessary»³⁶.

Il 4 marzo 2009, le riforme della giustizia civile sono state approvate dal Senato e rimandate alla Camera in seconda lettura.

«Si tratta di una vittoria straordinaria che assicura una forte accelerazione dei giudizi, snellendone le varie fasi e garantendo una decisione più rapida delle controversie. In quest'ottica, la riforma assicura una migliore efficienza dell'attività giurisdizionale e introduce strumenti alternativi per la risoluzione delle liti rispetto al ricorso al giudice»³⁷.

L'esperienza applicativa consentirà di verificare se l'entusiasmo del ministro meriti di essere condiviso.

9. La definizione delle regole processuali idonee a comporre i conflitti economici non è questione che possa essere affrontata e risolta al di fuori del contesto generale della giustizia e della giustizia civile.

L'idea di creare isole felici isolate dal contesto complessivo si è rivelata una illusione.

E' anche una illusione quella per la quale la crisi della giustizia possa essere risolta grazie ad interventi normativi e palingenetici.

³⁶ In www.echr.coe.int/echr/.

³⁷ Così il Comunicato stampa del Ministero della giustizia del 4 marzo 2009.

L'efficienza della giustizia è un problema tecnico, per affrontare il quale occorre capacità professionale e non dipende soltanto dalla disciplina processuale.

Un ruolo determinante gioca la motivazione degli operatori, come risulta dalla profonda differenza dei dati statistici provenienti dai diversi uffici giudiziari.

In questa prospettiva, piuttosto che pensare ad ulteriori interventi normativi, che, come gli stessi ministri della giustizia hanno rilevato all'inizio della corrente e della precedente legislatura, potrebbero aggravare la situazione, le imprese interessate al funzionamento della giustizia e di quella civile in particolare potrebbero farsi promotori delle *best practices*, stipulando anche convenzioni con gli uffici giudiziari disposti ad applicarle ed ad utilizzarle.

Basti pensare che la durata media dei processi di cognizione nel tribunale di Torino è compatibile con la durata ragionevole del processo³⁸.

I processi di esecuzione, a Bologna, da quasi venti anni, manifestano risultati ampiamente positivi; a Monza, hanno una durata media di diciassette mesi; a Roma, negli ultimi due anni, si è passati da oltre trecento giorni, a meno di duecento³⁹. A tal

³⁸ M. BARBUTO, *L'«emergenza Pinto» e l'esperienza del tribunale di Torino*, in *Rass. forense*, 2008, 41. I tentativi di esportazione del modello non sempre, tuttavia, hanno avuto successo e sono stati accolti positivamente: v. A. M. GRECO, *Il lavoro non è uguale per tutti*, in *Panorama* 28 febbraio 2009.

³⁹ Anche per indicazioni, da ultimo, v. G. MICCOLIS, C. PERAGO (a cura di), *L'esecuzione forzata riformata*, Torino, 2009. E v. anche i miei *Inefficienze, ritardi dai costi elevati*, in *Sole-24 ore*, 15 maggio 2006; voce *Crediti speciali. II) Profili processuali* (Aggiornamento), in *Enc.giur.it.*, X, Roma, 2002; *La tutela del credito nel processo esecutivo*, in *Atti del Convegno «La tutela del credito negli ordinamenti giuridici moderni»*, Milano, 1993; *Degiurisdizionalizzazione della espropriazione immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 1057 ss.; *Reflections on the means available to realise creditor rights in enforcement proceedings*, in *Italian yearbook of Civil Procedure*, Milano, 1991, p. 491 ss.; *Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 123 ss.; *Le espropriazioni forzate speciali. Lineamenti generali*, Milano, 1984.

fine, l'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana) ha stipulato una convenzione con il ministero della giustizia⁴⁰ e l'esperimento sta andando avanti in quattordici tribunali, manifestando risultati positivi.

Nel Veneto, grazie alle sinergie realizzate tra ordini degli avvocati (uniti nella Unione Triveneta), uffici giudiziari, associazioni degli industriali e istituzioni pubbliche, in alcuni tribunali, la giustizia civile presenta accettabili margini di efficienza.

A Milano, l'esperimento del procedimento di ingiunzione telematico ha avuto un grande successo ed ha ottenuto riconoscimenti a livello europeo⁴¹.

Il concordato preventivo della Parmalat è stato omologato in tempi relativamente rapidi; la percentuale di opposizioni si è rivelata irrisoria, mentre, oltre oceano, il caso Enron, di rilevanza economica di gran lunga inferiore, è ancora pendente.

La procura di Bolzano costituisce un esempio europeo.

Come, sul piano industriale, i successi della Ferrari si contrappongono a situazioni di crisi, anche nel campo della giustizia civile, utilizzando la medesima disciplina, si possono conseguire margini di efficienza.

In funzione della effettività della tutela giurisdizionale, i soggetti economici possono farsi promotrici delle prassi virtuose, utilizzando al meglio le professionalità esistenti, seppure non pubblicizzate. Gli utenti del servizio giustizia possono contribuire al suo funzionamento, stimolando l'iniziativa o denunciando l'inerzia di coloro che vi sono specificamente addetti.

⁴⁰ In www.giustizia.it.

⁴¹ V. A. TORRICE, *Il decreto ingiuntivo telematico: innovazione tecnologica, normativa, sociale organizzativa. L'esperienza del tribunale di Milano*, in www.giustizia.it. E v. anche, per ulteriori indicazioni, A. D. DE SANTIS, *Questioni in tema di procura alle liti e processo civile telematico*, in nota a Trib. Milano, 1° febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 962

Senonché, in funzione della motivazione degli operatori è fondamentale la chiarezza e la condivisione degli obiettivi. Questi costituiscono la base portante dello Stato di diritto nella civiltà occidentale, figlia della rivoluzione del 1789, al pari della libertà del mercato e della concorrenza.

Ma al di là del formale riconoscimento di questi principî e di questi valori vi è la sensazione di una deriva verso un sistema feudale, nel quale prevale la logica della appartenenza ed ogni dibattito sul rapporto dialettico tra diritto di azione e di difesa e sul processo «giusto» rischia di apparire come una sterile esercitazione accademica.

Ma «anelare ed attendere non basta e ci comporteremo in altra maniera: ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al “compito quotidiano” nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale»⁴², tentando di far fruttare i talenti che ci sono affidati, perché il «servo inutile sarà gettato nelle tenebre dove è pianto e stridor di denti»⁴³.

Giorgio Costantino

Ordinario di Diritto processuale civile
nell'Università di Roma Tre

⁴² Così M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. Torino, 1967, p. 43.

⁴³ Mt, 25, 30.

BANCHE E NUOVO DIRITTO SOCIETARIO: PROBLEMI E PROSPETTIVE *

SOMMARIO: 1. Il quadro dell'innovazione normativa. - 2. L'impatto della riforma societaria sulle società bancarie. - 3. La problematica definizione del ruolo del consiglio di sorveglianza. - 4. Sistemi di amministrazione e autonomia statutaria delle banche: il completamento del percorso normativo. - 5. Su alcuni problemi aperti.

1. La ricerca che oggi è presentata s'apprezza – anche prima di scorrerne i densi risultati – per il metodo con cui è impostata: il monitoraggio delle evoluzioni determinate o collegate a mutamenti normativi, che risulta utile soprattutto in prolungate fasi di cambiamento, originate da fonti di matrice e di portata profondamente disomogenee.

Accanto alla riforma societaria, la *governance* bancaria deve infatti, contestualmente, misurarsi con l'implementazione del 'secondo pilastro' di Basilea 2 e del complesso normativo originato dai diversi livelli di regolazione della Mifid.

Si tratta di fenomeni diversi, all'evidenza, per l'ambito disciplinare d'incidenza, ma tutti convergenti verso un significativo punto di congiunzione: la regolazione dei requisiti organizzativi degli intermediari con specifica attenzione a competenze e responsabilità dei diversi organi societari¹, che finisce

* Relazione al convegno *L'impatto della riforma del diritto societario sulle banche*, Firenze, 11 giugno 2008, promosso dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri e dall'Associazione Disiano Preite per la presentazione di una ricerca curata dal Dipartimento di Diritto dell'Economia dell'Università di Firenze in collaborazione con l'ABI.

¹ Sul coinvolgimento degli organi di governo societario nel processo di valutazione dei rischi v. CAROSIO G., *L'applicazione di Basilea 2 alla prova dei fatti*, Roma, 22 aprile 2008, al sito www.bancaditalia.it; per il rilievo dei requisiti organizzativi nel 'si-

per disegnare una rete trasversale di punti di riferimento e di conformazione nell'organizzazione della *governance* societaria.

Fenomeni diversi ancora - e forse soprattutto - per la divaricazione di tecnica normativa. Al metodo Lamfalussy, al contempo 'contrattato' ed estremamente vischioso e penetrante, che si svolge fra autonomia e omogeneizzazione, con step di riscontro e possibilità di costante modifica della disciplina di secondo livello², si contrappone la tecnica della riforma societaria che, pur essendo stata varata nei primi anni del 2000, è ancora una riforma del secolo scorso, un intervento di 'grande modernizzazione' del diritto societario teso a rimuovere rigidità, ad offrire opzioni plurali, capaci di conformarsi alle diverse dimensioni aziendali, ai diversi tipi di composizione proprietaria, a dare risposta all'eterno problema dell'eccessiva dipendenza dall'intermediazione bancaria del sistema impresa e quant'altro.

Il tutto - esaltando le prospettive della valorizzazione dell'autonomia statutaria e del *favor* proconcorrenziale - da un canto evidenziando il limite, pesante e trasversale, dato da "la mancanza di standardizzazione delle regole"³, d'altro canto avallando le commistioni di gestione nei gruppi, la rete tessuta

stema Mifid' v. il mio *Regole di condotta e conflitti d'interesse*, in Banca, borsa titoli di credito, 2009, I, pp. 9 ss.

² Ciò a seguito della recente abolizione - con un turno di direttive del marzo 2008 - della *sunset clause* che, per espressa condizione posta dal Parlamento europeo (e vedine i motivi 'istituzionali' nel progetto di parere 2002/0298 del 30 gennaio 2003), limitava temporalmente i poteri della Commissione nelle direttive approvate - nei settori finanziario, bancario e assicurativo - con applicazione del metodo Lamfalussy.

³ Sottolinea con forza il profilo, in sede di primo commento alla riforma, CAPRIGLIONE F., *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione F., Cedam, 2003, 18, il quale così argomenta la negatività della rilevata mancanza: "Quest'ultima elimina la possibilità di far riferimento, come per il passato, a modelli disciplinari classici, dando spazio a valutazioni nelle quali il 'valore' dell'impresa (costituita in forma societaria) finisce con l'essere correlato alla portata delle sue clausole statutarie; ciò, con ovvi riflessi in ordine alla certezza dei rapporti (che vengono ora determinati sulla base di giudizi rimessi ai singoli e assunti con riguardo alle conoscenze particolari di questi)".

fra partecipazioni e patti di sindacato, il deprezzamento – concettuale e disciplinare - del rilievo del conflitto d'interessi⁴, in ciò ritrovando una profonda sintonia con la Mifid⁵.

2. Nel momento in cui – secondo diffusa valutazione - si stima il ridotto impatto della riforma societaria sulle banche, allora bisogna tener presente il modificato ambiente di norme *a fruizione non opzionale* secondo cui la società bancaria opera: non a caso citavo profili che a me paiono profondamente organici con taluni assetti istituzionali e operativi delle banche e che involgono ambiente più ampio dell'area degli adeguamenti statutari “obbligatorî” che venivano individuati all'indomani della riforma⁶, dai quali comunque è partito il mutamento.

Per il resto – per i profili su cui oggi riflettiamo, più strettamente legati all'opzione per i sistemi di gestione ‘alternativi’ – l'impatto della riforma è ridotto.

È ridotto nella generalità delle imprese, che restano fortemente intermedie e legate a sistemi tradizionali di amministrazione. Del resto, non va trascurato il rilievo che il duale è diffuso in Germania, dov'è presente da fine '800, mentre in Francia, dov'è frutto della riforma del '66 (l. 66-537 du 24 juillet), registra tuttora scarsa penetrazione⁷.

⁴ Il divieto paralizzante – di voto – è sostituito oggi “da doveri generici d'informazione e da divieti specifici, per settori di operazioni, per ciò stesso eludibili”. VISENTINI G., *La competitività del mercato finanziario italiano*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 706.

⁵ ANTONUCCI A., *Regole di condotta*, cit.

⁶ MORERA U., *Gli adeguamenti dell'atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni in materia di s.p.a.* (art. 223-bis, disp. att. c.c.), in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, I, pp. 704 ss.

⁷ Resta, quindi, un percorso ancora poco esplorato quello che tocca le banche in qualità di finanziatrici delle imprese, individuato dall'ABI nel corso dei lavori preparatori della riforma (audizione del 27 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 1599 ss.), che prefigurava un allargamento dei parametri di valutazione del merito di credito delle

È ridotto nelle società bancarie, che proseguono nel ricorso massivo alle emissioni obbligazionarie⁸ e nel mantenimento della precedente struttura organica, con consigli di amministrazione ampi e ricorso ‘chirurgico’ alle deleghe.

In realtà, non saprei stimare con certezza se il dato offerto dalla ricerca sia destinato a stabilizzarsi oppure no.

È noto che i radi esempi di ‘modelli alternativi’ di gestione realizzati⁹ (e in parte già tramontati!) si sono inseriti in operazioni di concentrazione significative che hanno richiesto una delicata costruzione di equilibri fra tutti i soggetti coinvolti – direttamente o indirettamente – nei nuovi assetti, da cui discende un nuovo disegno della rete di governo del capitalismo finanziario nazionale. E non credo che il fenomeno possa leggersi solo come mera moltiplicazione di poltrone – secondo una critica che ha trovato molta eco populista – ma piuttosto come un momento di compensazione del peso di una pluralità di poli, di aggregati di riferimento.

Si tratta di processo di modifica sul quale l’autorità di vigilanza ha ritenuto di intervenire con mano talora pesante in interventi singolari, quali la sollecitazione relativa ad astenersi dall’uso di potere (afferente a presidente di consiglio di sorveglianza) derivante, prima ancora che dallo statuto (sia pur con tutte le peculiarità della sua formulazione), da una norma di legge (art. 2409 *terdecies*, 4° co., c.c.). Tale iniziativa di vigilanza, metodologicamente ‘estrema’, non si comprende fino in fondo; non si comprende quanto dovuta a coeve vicende giudi-

imprese da affidare teso ad includere le opzioni compiute - nell’ambito della riforma - sia per le linee di governance, sia per il ricorso alle differenziate possibilità di organizzazione patrimoniale ora previste.

⁸ Il dato mi pare esprima implicazioni più di disciplina di mercato che societaria, si collega a profili di organizzazione delle reti di distribuzione, di regole di collocamento, di trattamento fiscale.

⁹ Per le società bancarie si tratta, com’è noto, di Mediobanca, Intesa San Paolo, UBI Banca e Banco Popolare.

ziarie, o collegata alla situazione in Generali¹⁰ oppure, ancora, frutto di una messa a punto – strada facendo – della lettura del ruolo del consiglio di sorveglianza, che in effetti costituisce il nodo problematico del nuovo sistema. E in generale, non solo limitatamente alle banche.

3. Il punto è stato oggetto di molteplici approfondimenti¹¹, che non posso certo qui malamente sunteggiare¹², limitandomi piuttosto ad affrontarlo nei limiti di questa ‘prognosi di modificabilità’ degli attuali assetti di *governance* delle banche che sto cercando di proporvi.

Brevemente: l’ideazione del duale all’italiana è fin dal suo avvio un po’ confusa. Molto si è scritto sulla storia della norma *clou* (art. 2409 *terdecies*, 1° co., c.c.) che parte dise-

¹⁰ Il dubbio sull’ipotizzabilità del collegamento origina da una situazione anomala, posta all’indice dal sen. Cossiga che, all’indomani dell’assemblea Generali, ha presentato un d.d.l. (AS 2 maggio 2008, n. 310), portante ‘Disposizioni relative ad azioni, obbligazioni e quote detenute dalla Banca d’Italia’, che ne prevede la cessione obbligatoria e il congelamento del voto finchè la cessione non si realizza. Ne è seguita la risposta in un lungo passo di apertura delle Considerazioni Finali, che apre più problemi di quanti non ne risolva, specie nel passo ove s’afferma che la Banca vota secondo “criteri ispirati alle migliori prassi internazionali e volti a potenziare il ruolo delle minoranze” (p.3). Il passo preannuncia comunque l’avvio di un programma di ristrutturazione delle partecipazioni, con riduzione del peso delle azioni italiane.

Certo è che, se ci si trova un gestore rampante in casa, si può seriamente pensare a depotenziare l’assemblea col ricorso al duale ... sempreché il soggetto ‘rampante’ non debba apprezzarsi come ‘minoranza qualificata’, per la quale le recenti istruzioni di vigilanza – di cui fra poco dirò - richiedono che le modalità di nomina assicurino un’adeguata rappresentanza negli organi (punto 3, principi generali, in fine).

¹¹ Con particolare attenzione alle società bancarie, il tema è oggetto di un percorso di riflessione svolto dalla rivista, ispirata dall’Associazione Disiano Preite, Analisi Giuridica dell’Economia, e non solo nel numero monografico 2/2007 dedicato a *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, curato da Cera M. e Presti G..

¹² In altra e più dettagliata prospettiva abbiamo concordato che il tema sia poi affrontato dalla prof. Brescia Morra, che tra breve ascolteremo e che ha dei ‘precedenti specifici’ sul tema, in particolare maturati in *Società per azioni bancaria: proprietà e gestione*, Milano, 2000.

gnando una sorta di super-collegio sindacale, poi arricchendosi della lett. *f-bis*, anch'essa tormentata nella definizione dell'oggetto della competenza d'indirizzo del consiglio di sorveglianza (i 'piani strategici' del d. lg. 37/2004 divengono 'operazioni strategiche e piani' col d. lg. 310/2004, articolando quindi più specifici poteri) che resta però comunque condizionata all'attribuzione discendente da apposita previsione statutaria.

Ciò crea una rilevante diversità rispetto a quanto si riscontra negli altri sistemi giuridici che presentano la possibilità di far ricorso al duale.

Per la comparazione mi limito a riferire un paio di considerazioni del prof. Portale¹³ : “non esiste nei paesi dell'Unione un'omogeneità del modello”¹⁴ ; esistono peraltro dati comuni e ricorrenti nei diversi ordinamenti, che convergono verso la configurazione dell'organo come “‘beratend-begleitender Stratege’ (= stratega consigliere accompagnatore) dell'organo amministrativo”.

Tale ruolo si collega alla prospettiva, ricorrente nel duale, di integrazione del *management* nel consiglio di gestione, che diventa anch'esso un po' anomalo quando replica ricorrenti modelli di pletorici consigli d'amministrazione, facendo ampio ricorso al sistema delle deleghe¹⁵. Anomalia che si amplifica spe-

¹³ La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive), contributo che inaugurava la nuova Rivista di diritto societario (1/2007), diretta fra gli altri dal prof. Abriani, che ha animato la ricerca i cui risultati oggi vengono presentati. Le citazioni sono tratte, rispettivamente, dalle pp. 9 e 7 della parte I.

¹⁴ Rilievo che rende opinabile l'orientamento (espresso anche dalle istruzioni del marzo scorso, punto 1, principi generali) a guidare la scelta dei vigilati in ragione della maggiore o minore internazionalizzazione dell'attività.

¹⁵ Rilevata analiticamente la presenza di deleghe nelle società, anche bancarie, che hanno fatto ricorso al duale, articola numerose perplessità sul possibile ruolo dei componenti non esecutivi del consiglio di gestione GHEZZI F., *Consiglieri di sorveglianza “esecutivi” e componenti del consiglio di gestione “non esecutivi”*, in AGE, 2/2007, pp. 328 ss.

cie ove si consideri che anche quest'ultimo istituto risente del nuovo ambiente creato dalla riforma societaria, in particolare con riferimento alla posizione degli amministratori privi di deleghe, i cui oneri e responsabilità finiscono per risultare alquanto 'alleggeriti'¹⁶.

Peculiare è dunque, nell'ordinamento nazionale, la geometria variabile della configurazione del consiglio di sorveglianza, che però comunque – quale che sia la veste statutariamente assunta - assorbe le più significative competenze assembleari.

Dal che logicamente discende che gli input strategici – ove non vi sia attribuzione all'organo di competenza di indirizzo – rischiano di passare, *silenziosi*, attraverso la catena delle nomine. Simile risultato può essere apprezzato o criticato (in fatto apprezzato/formalmente criticato), ma la potenziale opacità resta un dato normativo, velato dal fatto che lo stesso *nomen* indica due distinte realtà giuridiche e sostanziali, due sistemi ben diversi fra loro.

Sistemi la cui scelta il codice rimette all'autonomia statutaria.

4. La - così rilevante nel sistema della riforma societaria - autonomia statutaria viene, per le banche, pesantemente guidata dalla normazione secondaria (dalle istruzioni di vigilanza, basando su precisa indicazione del d.m. 5 agosto 2004), forse oltre i limiti necessari a garantire la funzionalità del rapporto vigilante/organo di controllo interno, che pone solo l'esigenza di indi-

¹⁶ Come sottolineato dalla Cassazione penale (sez. V, 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 369 ss., con nota di SACCHI R., *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*) in pronuncia resa con riferimento alle vicende del gruppo BIPOP-CARIRE.

viduare chiaramente l'attribuzione delle competenze interne di controllo¹⁷.

Si registra, infatti, una posizione di continuismo, rispetto alle previgenti istruzioni di vigilanza, che rischia di distorcere le potenzialità del modello duale proprio sul punto in cui si condensa la chiave di volta dell'innovazione, che a mio parere si gioca su una diversa configurazione del concetto di controllo.

Tradizionalmente, infatti, il concetto di controllo si sostanzia nella valutazione *ex post* dei comportamenti gestori, tipica del collegio sindacale, concetto che si inserisce in un sistema in cui il consiglio d'amministrazione è nominato dall'assemblea e l'assemblea approva il bilancio, in un rapporto diretto sul quale complessivamente vigila il collegio sindacale. Il consiglio di sorveglianza, invece, ha un ruolo più complesso, che certo include i controlli *ex post*, ma parte dall'interlocuzione nella impostazione delle politiche gestionali, la quale si configura come un controllo *ex ante* sui comportamenti gestori (la cui responsabilità ricade comunque sempre sugli amministratori), che vengono indirizzati dall'organo che è in rapporto fiduciario con l'assemblea (dico meglio: con i soci, visti i modi in cui possono configurarsi i sistemi di nomina).

Questo diverso ruolo del consiglio di sorveglianza rispetto al collegio sindacale può ingenerare confusioni? Non devastanti, ritengo, e certo meno dell'alternativa dello svuotamento – formale - dei poteri di indirizzo!

L'ampiezza dei problemi, teorici e applicativi, crea comunque un'area d'incertezza che non sollecita al cambiamento, a meno che non vi siano – come nei casi di duale ad oggi presenti - esigenze specifiche che inducano a lanciarsi nella speri-

¹⁷ Analoga perplessità, che sfuma verso l'ostilità, nei confronti dell'attribuzione al consiglio di sorveglianza di una funzione di indirizzo ritenuta troppo ampia nelle esperienze pilota, che hanno riguardato soprattutto le banche, è stata manifestata dal presidente Cardia nella lettura della Relazione annuale per il 2006 (p. 18).

mentazione, peraltro compiutasi secondo processi svolti con l'interlocuzione dell'autorità di vigilanza.

Il dato è rilevante perché non bisogna dimenticare che la Banca d'Italia è prontamente intervenuta (circolare 22 dicembre 2003, emanata mentre era in discussione al Consiglio dei Ministri lo schema di decreto legislativo di coordinamento della riforma societaria con i testi unici bancario e finanziario) ad invitare decisamente le banche ad astenersi dal promuovere modificazioni statutarie relative ai modelli di amministrazione e controllo ed alla struttura finanziaria.

È poco dopo emanato il d. lg. 37/2004, nella cui Relazione illustrativa si proclama che la linea ispiratrice del decreto "è stata quella di cercare di garantire il massimo grado di applicabilità della riforma del codice alle società bancarie ... ciò con il dichiarato obiettivo di offrire anche a queste imprese la possibilità di sfruttare a pieno le potenzialità di sviluppo e di incremento della competitività che la riforma ha inteso mettere a disposizione del mercato, attraverso la riduzione delle complessità e la maggiore duttilità delle forme societarie". La stessa Relazione immediatamente precisa che tale obiettivo va coordinato "con le ragioni della peculiare disciplina che governa le società bancarie ... disciplina che, oltre ad avere storicamente giustificato un trattamento speciale, ha disegnato un sistema di controlli e di garanzie la cui peculiarità e funzionalità va indubbiamente preservata".

Dal coordinamento logicamente discende la scelta - compiuta con l'art. 6 - che congela l'accesso ai nuovi sistemi di amministrazione, subordinandolo all'emanazione di disposizioni attuative e regolamentari, da realizzare entro sei mesi (per questa parte) dalla data di pubblicazione del decreto.

Successivamente, nel marzo 2004, interviene altra circolare della Banca d'Italia che fornisce 'indicazioni di vigilanza' in

ordine all'applicazione della riforma per una serie di profili diversi da quelli per cui si prevede normazione secondaria.

Col d. m. Economia 5 agosto 2004 (emanato sul filo della scadenza del termine di cui al riferito art. 6) prende avvio l'intervento conformativo sui nuovi statuti cui, a distanza di quasi quattro anni (4 marzo 2008), seguono le istruzioni di vigilanza.

5. È solo ora, dunque, che il quadro normativo – limitatamente all'aspetto fin qui considerato - si perfeziona, pur rimanendo aperto un altro versante che, per quanto sistematicamente discendendo da altra norma, ha marcato peso nel delineare i nuovi scenari operativi. Mi riferisco al regolamento del Ministro dell'Economia previsto dall'art. 26 tub, modificato anch'esso nell'ambito della riforma societaria, che deve definire i requisiti di indipendenza specifici degli esponenti bancari. E, nelle istruzioni del marzo scorso sulla *governance*, gli esponenti indipendenti sono ampiamente disseminati e collocati in ruoli delicati: nel comitato per il controllo interno, nel comitato per la remunerazione...

Già la tardività dell'intervento regolatore mostra la difficoltà di costruire un percorso che deve collocarsi in un quadro articolato, dominato da profonde incertezze che fanno echeggiare lo stridore di svariati livelli d'intreccio, in parte comuni ad altre realtà, in parte tipiche di quella nazionale.

Le fonti di ispirazione non mancano¹⁸: abbiamo dei riferimenti codificati del grado di indipendenza codicistico di chi esercita funzioni di controllo¹⁹, abbiamo una serie di regole ti-

¹⁸ Percorre i diversi 'gradi' di indipendenza SALANITRO N., *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in Banca borsa tit. cred., 2008, I, pp. 1 ss.

¹⁹ Riferimenti legati alla considerazione di rapporti patrimoniali e professionali e di rapporti familiari – solo quelli formalizzati, il che è lacuna di non poco momento

piche per gli amministratori delle società quotate. Ma è proprio la faticosa pluralità che appalesa non solo le accennate difficoltà ma anche, per diverso aspetto, rischi di appiattimento e di indebita generalizzazione dell'una o dell'altra disciplina.

Forse la via può essere quella proposta di recente dal prof. Ferro-Luzzi²⁰ che, criticate le individuazioni in negativo, ricorrenti nelle diverse fonti che ho evocato, individua il *plus* dell'indipendenza nel 'valore reputazionale', inteso come 'valore professionale e personale proprio'. Non è certo agevole, però, trasferire in requisiti *oggettivamente* riscontrabili un 'valore' di questo genere.

Un indice cui si potrebbe pensare è l'esperienza maturata, ma con ciò si va a ricadere in ulteriore profilo problematico, legato a rischio che menzionavo - la tendenza alla generalizzazione ed all'appiattimento su diversi corpi normativi - per di più concretizzato nel quadro di interventi pervasivi, svolti su alcune linee d'elezione.

Le istruzioni del marzo, infatti, prevedono uno specifico vaglio del cumulo di incarichi per *tutti* gli esponenti aziendali (punto 3, linee applicative, lett. *b*); e vaglio pesante, perchè l'organo d'appartenenza ne è responsabile (lett. *a*).

Ora, nel sistema normativo, il limite del cumulo è posto *esclusivamente* in relazione a coloro che esplicano funzioni di controllo. Il limite è facoltativo nelle società chiuse²¹, vinco-

nell'indicazione di parametri di indipendenza. Chissà che non s'apra via 'bancaria' al riconoscimento delle coppie di fatto!

²⁰ *Indipendente...da chi; da cosa?*, in Riv. soc., 2008, p. 204.

²¹ Dove lo statuto può prevedere 'limiti e criteri' di cumulo per i sindaci (art.2399, 3° co., c.c.), mentre è comunque dovuta un'informativa all'assemblea al momento della nomina dei sindaci (art. 2400, 4° co.), con richiamo di quest'ultima norma nell'art. 2409 *quaterdecies*, 1° co. per i componenti del consiglio di sorveglianza e con la sua replicazione per i consiglieri d'amministrazione nel sistema monistico (art. 2409 *septiesdecies*, 3° co.)

lante nelle società quotate²², nelle quali è solo il perimetro oggettivo del cumulo che ricomprende anche gli incarichi di amministrazione. In ogni caso, il limite al cumulo è riferito alla funzione di controllo.

Compiendo, secondo metodo corrente d'indagine giuridica, la ricerca della *ratio* nei lavori preparatori delle norme, s'incontra il silenzio – peraltro ricorrente su molti punti cruciali della riforma societaria - della Relazione al d. lg. 6/2003, mentre si sofferma sul tema la Relazione di accompagnamento alla legge risparmio (che ha introdotto nel tuf la norma d'interesse), fornendone *ratio* puntuale ed esauriente: se “l'idoneità professionale dei soggetti cui sono attribuiti gli incarichi di amministrazione attiene all'interesse della società, che ragionevolmente sceglierà i propri amministratori fra persone che siano effettivamente in grado di esercitare in modo proficuo l'ufficio, per quanto riguarda i titolari degli incarichi di controllo ricorre anche un interesse pubblico affinché la scelta cada su soggetti cui l'eccesso di occupazioni non impedisca di adempiere effettivamente alle funzioni di controllo”.

Nelle istruzioni di vigilanza, invece, la valutazione del cumulo non è funzionalmente limitata al controllo, ma è assolutamente indiscriminata. E ciò senza base normativa: a meno che non si prenda per buona la tesi che il criterio della sana e prudente gestione copra assolutamente tutto, legittimi ogni ingerenza nell'autonomia gestionale, prescindendo dalla riconoscibilità dello specifico fine di ciascuna misura.

In simile quadro, dove già bisognerà far necessariamente fronte ad una serie di modifiche discendenti dalle nuove istruzioni, quale può essere la propensione delle banche a transitare

²² Art.148 *bis*, 1° co., tuf, che ne rimette la regolamentazione alla Consob, da cui gli artt. 144 *duodecies* ss. reg. emittenti, il sistema (parziale!) di tabelline dell'allegato 5 bis reg. emittenti e l'archivio informatico che la Consob ha dovuto approntare per gestire la massa di dati e adempiere quindi alla funzione che la norma le attribuisce.

in un nuovo sistema di amministrazione? Nuove grandi aggregazioni non mi paiono all'orizzonte, sul mercato nazionale. Né so quanto alcune situazioni di *governance* critica possano trovare risposta idonea nel duale, che non è di per sé preferibile ad altri sistemi, anche se – nelle ‘debite’ forme - non pare sgradito all'organo di vigilanza, che sembra rivendere un vecchio amore.

Forse qualcuno fra voi ricorderà che, nel Libro bianco sull'ordinamento degli enti pubblici creditizi del 1981, la Banca d'Italia costruiva una sorta di idealtipo di articolazione degli organi che si ispirava al modello societario tedesco.

Commentandolo, il prof. Minervini criticava ‘l'inutile barocchismo’ di alcuni appesantimenti (collegio sindacale, tre organi gestori, problema del ruolo dell'assemblea perchè lì proprietario era il Tesoro), ma al contempo considerava che la via di un duale ‘depurato’ da queste contaminazioni “probabilmente è la soluzione che ha dalla sua l'avvenire”²³.

E i nostri amici, che hanno avviato il percorso d'indagine, sono nei fatti titolari del *munus* di compiere una verifica, fra qualche anno.

Antonella Antonucci

Ordinario di diritto dell'economia
nell'Università di Bari

²³ *Una rivoluzione silenziosa per la banca pubblica*, in Pol. ec. 1982, n. 2, p. 54.

ECONOMIA DELLA CRISI, TRASFORMAZIONI DELLO STATO, GOVERNO DEI GIUDICI

SOMMARIO: 1. La depressione economica rimette al centro lo Stato. - 2. Le analisi della crisi e la centralità del giudiziario. - 3. Regolazione, deregolazione, riregolazione. - 4. Le trasformazioni della forma di Stato ed il rilancio dello Stato amministrativo nel governo dell'economia.

“La storia recente ci insegna dove porta, in tempi lunghi o brevi, l'intervento statale nell'economia : alla rovina delle nazioni. Non è il liberalismo ad essere andato in crisi; sono le istituzioni finanziarie, il loro funzionamento, le loro regole o la loro mancanza di regole, i loro tanti piccoli Madoff. Pensare di riempire questo vuoto con lo Stato sarebbe un rimedio peggiore del male.”

M. Vargas Llosa

1. Secondo letture in voga fino a poco tempo fa delle vicende in corso nell'epoca della globalizzazione, l'Occidente era al centro di una grande trasformazione, seguita alla caduta del muro di Berlino e dell'ideologia comunista, alla diffusione universale dei principi dell'economia di mercato, al crollo di barriere e confini nel commercio, all'apertura degli scambi, alla diffusione di nuove tecnologie, all'affermazione del paradigma della rete e del potere reticolare come cifra del tempo storico, alla crisi del modello di Stato borghese istituito nella modernità, al prevalere della società sullo Stato e dell'economia sul diritto, alla fiducia nella capacità di autoregolazione dei produttori.

Non mancavano i critici di queste prospettive pronti a sottolineare i pericoli di perdita delle identità legate al cosmopolitismo ed alle migrazioni, le minacce di guerre interculturali, la volatilità delle basi imponibili con la connessa crisi finanziaria degli Stati e delle amministrazioni del benessere, la insostenibilità di un ordine del mondo basato su una visione unilaterale delle relazioni internazionali, la storicità e pluralità inconciliabile delle diverse concezioni dei diritti umani, le disuguaglianze indotte dalla enorme concentrazione della ricchezza prodotta dallo sviluppo dei mercati finanziari, la sostanziale incontrollabilità delle dinamiche dei mercati evolutisi tecnologicamente al di fuori di ogni connessione con i meccanismi di produzione e riproduzione della ricchezza reale.

Ora l'avvento della grande depressione mondiale o globale costringe a rivedere gli schemi interpretativi.

Non si tratta più di cantare lodi o elaborare critiche rispetto allo sviluppo incontrastato di un modello economico, basato sulla finanza e sui beni immateriali, e sulla sua insofferenza rispetto ad ogni limes ma di comprendere – ad un livello più profondo e strutturale - cosa sta succedendo nel nodo dei rapporti fra economia e diritto e soprattutto quali trasformazioni - legate alla crisi economica - sono già visibili nella forma di Stato dominante in Occidente perché indotte dalla necessità di governare la crisi economica.

Infatti nonostante la crisi dello Stato sia stata considerata una caratteristica dell'età della globalizzazione nell'epoca dei suoi fasti, la depressione economica riporta – con certezza - lo Stato al centro della scena e con ciò l'eco dei dibattiti politico-giuridico- economici del pensiero della crisi degli inizi del Novecento¹.

¹ Nel decennio 1921 -1931 apparvero oltre allo studio del LAMBERT citato più avanti, il fondamentale saggio de KELSEN sulla giustizia costituzionale (1928) ed il “custode”

In questa chiave la riproposizione dell'alternativa fra Stato e mercato, fra regolazione ed autoregolazione, fra intervento pubblico nell'economia e liberismo, fra meccanismi social-securitari e speranze da un lato e frammentazione individuale e paure irrazionali dall'altro non appare più utile ad uscire dall'impasse teorica ed a soddisfare le esigenze di un'analisi aggiornata.

Così, per comprendere la crisi, accade che si rispolveri – da sostenitori di politiche colbertiane od interventistiche² - il

della costituzione di SCHMITT (1931). Quando c'è crisi nasce il diritto dell'emergenza e densi interrogativi si formulano sulla struttura del potere giudiziario e dei controlli. Cfr. anche A. FIORITTO *L'amministrazione dell'emergenza fra autorità e garanzie*, Bologna, 2008 ove un'analisi dell'emergenza come fenomeno giuridico.

² G. TREMONTI, *La paura e la speranza*, Milano, 2008 per cui “E' finita in Europa l'«età dell'oro». È finita la fiaba del progresso continuo e gratuito. La fiaba della globalizzazione, la «cornucopia» del XXI secolo.

Una fiaba che pure ci era stata così ben raccontata. Il tempo che sta arrivando è un tempo di ferro.

I prezzi — il prezzo delle merci e del petrolio, il prezzo del denaro e degli alimentari — invece di scendere, salgono.

Low cost può ancora essere un viaggio di piacere, ma non la spesa di tutti i giorni. Un viaggio a Londra può ancora costare meno di 20 euro, ma una spesa media al supermercato può costare ben più di 40 euro. Come in un mondo rovesciato, il superfluo viene dunque a costare assurdamente meno del necessario.

Cosa è successo? È successo che in un soffio di tempo, in poco più di dieci anni, sono cambiate la struttura e la velocità del mondo. Meccanismi che normalmente avrebbero occupato una storia di lunga durata, fatta da decenni e decenni, sono stati prima concentrati e poi fatti esplodere di colpo. Come si è già visto in tante altre rivoluzioni, quella della globalizzazione è stata preparata da illuminati, messa in atto da fanatici, da predicatori partiti con fede teologica alla ricerca del paradiso terrestre.

Il corso della storia non poteva certo essere fermato, ma qualcuno e qualcosa — vedremo chi e che cosa — ne ha follemente voluto e causato l'accelerazione aprendo come nel mito il «vaso di Pandora», liberando e scatenando forze che ora sono difficili da controllare.

È così che una massa di circa un miliardo di uomini, concentrata prevalentemente in Asia, è passata di colpo dall'autoconsumo al consumo, dal circuito chiuso dell'economia agricola al circuito aperto dell'economia di «mercato». È una massa che prima faceva vita a sé: coltivava i suoi campi e allevava i suoi animali per nutrirsi; raccoglieva la sua legna per scaldarsi; non aveva industrie. Ora è una massa che non è più isolata, che comincia a vivere, a lavorare, a consumare più o meno come noi e insieme a noi,

Marx di Marshall Berman³ (quello del Manifesto che affermava

attingendo a quella che una volta era la nostra esclusiva riserva alimentare, mineraria, energetica.

È una massa che non ha ancora il denaro necessario per comprare un'automobile, ma ha già il denaro sufficiente per comprare una moto, un litro di benzina o di latte, un chilo di carne. I cinesi, per esempio, nel 1985 consumavano mediamente 20 chilogrammi di carne all'anno, oggi ne consumano 50.

Se il numero dei bovini da latte o da carne che ci sono nel mondo resta fisso, ma sale la domanda di latte o di carne, allora i prezzi non restano uguali, ma salgono anche loro. E lo stesso vale per i mangimi vegetali con cui si allevano gli animali e, via via salendo nella scala della rilevanza economica, per quasi tutti i prodotti di base tipici del consumo durevole e poi per tutte le materie prime necessarie per la nascente e crescente produzione industriale: l'acciaio, il carbone, il petrolio, il gas, il cotone, le fibre, la plastica per far funzionare le industrie.

La squadratura che si sta così determinando, tra offerta che resta fissa e domanda che cresce, ha avuto e avrà nel mondo un effetto strutturale sostanziale: la salita globale dei prezzi. E dunque del costo della vita.”

³ MARSHALL BERMAN, *L'esperienza della modernità*, Bologna, 1999. La postmodernità potrebbe significare la fine della modernità, ma per Berman non è così: quanti, come Foucault, denunciano l'avvento dell'istituzione totale e dichiarano aperta la postmodernità, non fanno che riesumare un ruolo già a più riprese assunto da modernismi monolitici e assolutizzanti - Cernyscevskij, Howard, Weber, il Bauhaus, Le Corbusier, Leger, McLuhan, Moses, Marcuse - che hanno voluto semplificare, in un verso o nell'altro, la dialettica di accettazione-rifiuto dell'autentico grande modernismo - Marx, Nietzsche, Dostoevskij.

Il post-modernismo non sarebbe dunque che una variante aberrante del modernismo, che non esce dall'orizzonte della modernità. Il libro di Berman tuttavia non vuole tanto dimostrare una tesi, che resta implicita (la modernità è ancora aperta) quanto rendere allettante una proposta: riprendere nella nostra esperienza della modernizzazione, che pare inequivocabilmente procedere, le forme del grande modernismo.

"L'esperienza della modernità" è perciò organizzato come un vocabolario modernista di opposizione

È, repertorio di immagini ed emozioni della volatilità moderna, da usare contro la suggestione dell'istituzione totale e dei suoi teorici.

Berman risale innanzitutto alla metà del secolo scorso - momento in cui si afferma la consapevolezza dei caratteri nuovi e specifici della modernizzazione, e in cui quindi modernizzazione e modernismo si differenziano come assi autonomi della modernità - per cogliere due immagini come archetipi della modernità. La prima (Cap. I. "Il Faust di Goethe: la tragedia dell'evoluzione") è quella di Mefistofele che distrugge la casetta di Filemone e Bauci per far luogo alla torre di osservazione progettata da Faust. L'impresa assassina ha già i caratteri tipici della modernità: dissolve un residuo del passato e fa nascere in Faust, sulla voluttà del cambiamento, l'indignazione per la violenza indispensabile al cambiamento. Il cantiere di Faust è tuttora aperto, l'impresa della modernizzazione continua, l'ambivalenza del sentimento, insieme di critica e di accetta-

con spirito profetico, che, nel mondo capitalistico, “tutto ciò che è solido si dissolve nell’aria”) per tornare a qualcosa di solido come l’economia reale e la buona amministrazione o che, all’opposto, temendo gli eccessi di ogni statalismo si invochi un cambio di paradigma (con la teoria della decrescita e l’insistenza sul pensiero ecologico radicale di Serge Latouche⁴) perché ormai si viaggia in terre incognite e ciò che è immediatamente visibile all’orizzonte, per cambiare, è puramente e semplicemente l’inversione del mito del progresso e della crescita illimitata (con approdo di ogni progettualità sociale su una riva anarcoide e minimalista).

Ciò che può e deve affermarsi, senza soverchie preoccupazioni di essere smentiti (perché si tratta di un’illusione della quale sarà comunque positivo essersi nutriti), è che la modernità

zione, è divenuta l'anima del modernismo. Il secondo archetipo (Cap. II. "Tutto ciò che è solido si dissolve nell'aria. Marx, il modernismo e la modernizzazione ") è identificato attraverso il "Manifesto del Partito Comunista", in questa chiave assunto come la prima grande opera d'arte modernista

Nell'immagine apollinea della borghesia, prototipo del soggetto storico volatilizzatore, si supera il passato dandogli un prezzo e incorporandolo nel mercato e nel presente.

⁴ Serge Latouche è tra gli avversari più noti dell'occidentalizzazione del pianeta e un sostenitore della decrescita conviviale e del localismo.

Conosciuto per i suoi lavori di antropologia economica, Serge Latouche critica il concetto di economia intesa in *modo formale*, ossia come attività di mera scelta tra mezzi scarsi per poter raggiungere un fine. Rifacendosi in tal senso al pensiero di Karl Polanyi egli mira a proporre nelle sue opere il concetto dell'*economico*, rifacendosi alla definizione di *economia sostanziale*, intesa come attività in grado di fornire i mezzi materiali per il soddisfacimento dei bisogni delle persone.

Critica, attraverso argomentazioni teoriche solide e con un approccio empirico comprensivo di numerosi esempi, il concetto di sviluppo e le nozioni di razionalità ed efficacia economica.

Nemico del consumismo e della razionalità strumentale, Latouche è un intellettuale che presenta tratti assai personali ed è stato introdotto nel dibattito italiano da case editrici e gruppi culturali della sinistra radicale.

Latouche è uno dei critici più acuti della ideologia universalista dalle connotazioni utilitariste: rifacendosi anche alle concezioni di Marcel Mauss e di Ivan Illich, rivendica la liberazione della società occidentale dalla dimensione universale economicista.

è una forma dell'esperienza vitale ancora aperta innanzi a noi, nell'economia come nel diritto.

Il suo tratto fondamentale è l'apertura dell'uomo (come individuo e come essere sociale) alla progettualità e la mancanza di fondamento metafisico e trascendentale dell'esperienza umana (che lascia senza soluzione il problema del perché essere buoni, problema legato alla crisi sistemica della finanza che stiamo attraversando).

La modernità poi è caratterizzata da un atteggiamento ambivalente di accettazione-rifiuto, nei confronti della "modernizzazione" di quel complesso processo economico, sociale e politico che con intensità crescente è in atto da tre-quattro secoli e instancabilmente volatilizza quel che è consolidato.

Nel "modernismo", nelle forme d'arte, di cultura e della sensibilità in generale che lo costituiscono, la modernità ha trovato e trova espressione ed ispirazione.

Nel modernismo dei mercati finanziari occorre sceverare il grano dal loglio ciò che è vitale da ciò che è caduco.

T. Padoa Schioppa⁵ ha notato che i derivati svolgono un'utile funzione assicurativa; ciò che sembra essere inaccettabile è l'idea – o l'illusione maliziosa od ingenua - che tali strumenti finanziari possano eliminare il rischio delle banche distribuendolo collettivamente senza fine sui mercati; così le nuove tecnologie mediche sono benefiche, ma non cancellano la prospettiva della morte e l'idea del limite insita nell'umana natura.

Né il confronto con l'idea del limite deve far resuscitare, avventura già vissuta dall'uomo moderno, il rassicurante fantasma dell'autorità.

"Il nostro secolo – Berman scrive nel Novecento - può definirsi a buon diritto il secolo più brillantemente creativo nella storia del mondo", eppure la nostra esperienza vitale, insidiata

⁵ Cfr. PADOA SCHIOPPA, *La veduta corta*, Bologna, 2009.

dall'ombra delle istituzioni totali, sembra sottrarsi, a partire dagli anni 70, al modernismo di tale straordinaria creatività.

E' un pericolo non nuovo – quello dell'autoritarismo – purtroppo inscritto nella natura della crisi ed in alcune delle soluzioni che si lasciano traguardare all'orizzonte (basate sulla rinascita del religioso come fondamento del politico ; sull'uso religioso della politica e sul controllo ossessivo dei corpi ; su messaggi tranquillizzanti incentrati su una sorta di neo-autoritarismo e su una rivalutazione acritica del ruolo dello Stato , utilizzato anche al fine di coprire con i mezzi dei contribuenti insieme rischi sistemici e rischi privati), se non si saprà riscoprire il gusto delle regole , la centralità dell'etica negli affari, l'attualità dell'interesse pubblico, l'equilibrata preminenza del bene comune – quando occorre - rispetto al mercato, congiunta all'assoluto rispetto per l'autonomia dell'individuo e della persona che connota le società liberali.

2. Occorre soffermarsi - prima di analizzare i mutamenti e le torsioni che sta subendo la forma di Stato, nel rapporto fra legge, amministrazione e giurisdizione , fra sfera pubblica e sfera privata, fra economia e diritto, fra autonomia individuale e sociale e principio di autorità - su alcune letture della crisi circolanti nella pubblicistica economico-giuridica.

In primo luogo c'è chi osserva che *la ragione della crisi non risiederebbe nella invadenza del mercato ma nella sua debolezza*: mercato debole è un mercato non sufficientemente regolato, ciò che avrebbe determinato l'inizio del tracollo sarebbe una carenza di regole e controlli pubblici , non la mancanza di (teorica) attitudine dei mercati a svolgere in modo ottimale il ruolo di creatori della ricchezza.

Se così è, si conclude, patologie momentanee non debbono comportare alcun cambio radicale di passo (o paradigma) ma solo l'affinamento dei sistemi di controllo.

In primo luogo secondo il principio di adeguatezza – che tipicamente struttura le forme organizzative del diritto pubblico (art. 118 Cost.) – ciò comporterebbe la necessità di allocare il potere pubblico prevalentemente in una dimensione sopranazionale.

Poi occorrerebbe rafforzare, ove necessario, la tecnicità e l'indipendenza dei regolatori (dalla politica), e disciplinare ciò che finora è stato affidato alla spontaneità della *lex mercatoria*, se è possibile, con regole valide in ogni spazio del mondo globale (la nuova Bretton Woods ⁶).

⁶ La conferenza di Bretton Woods, che si tenne dal 1° al 22 luglio 1944 nell'omonima cittadina appartenente alla giurisdizione della città di Carroll (New Hampshire, USA), stabilì regole per le relazioni commerciali e finanziarie tra i principali paesi industrializzati del mondo.

Gli accordi di *Bretton Woods* furono il primo esempio nella storia del mondo di un ordine monetario totalmente concordato, pensato per governare i rapporti monetari fra stati nazionali indipendenti.

Mentre ancora non si era spento il *secondo conflitto mondiale*, si preparò la ricostruzione del sistema monetario e finanziario, riunendo 730 delegati di 44 nazioni alleate per la *conferenza monetaria e finanziaria delle Nazioni Unite (United Nations Monetary and Financial Conference)* al *Mount Washington Hotel*, nella città di Bretton Woods (*New Hampshire*). Dopo un acceso dibattito, durato tre settimane, i delegati firmarono gli Accordi di Bretton Woods.

Gli accordi erano un sistema di regole e procedure per disciplinare la politica monetaria internazionale.

Le caratteristiche principali di *Bretton Woods* erano due; la prima, l'obbligo per ogni paese di adottare una politica monetaria tesa a stabilizzare il tasso di cambio ad un valore fisso rispetto al dollaro, che veniva così eletto a valuta principale, consentendo solo delle lievi oscillazioni delle altre valute; la seconda, il compito di equilibrare gli squilibri causati dai pagamenti internazionali, assegnato al Fondo Monetario Internazionale (o FMI).

Il piano istituì sia il FMI che la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (detta anche Banca mondiale o World Bank). Queste istituzioni sarebbero diventate operative solo quando un numero sufficiente di paesi avesse ratificato l'accordo. Ciò avvenne nel 1946.

La crisi sarebbe quindi essenzialmente una crisi di fiducia superabile mediante nuove regole.

Ma quali regole? La regolazione è cambiata sicuramente nel tempo.

Gli studiosi di diritto pubblico dell'economia sanno che l'armamentario tradizionale della disciplina è quello basato su permessi, autorizzazioni, concessioni, restrizioni quantitative al commercio, dazi.

Queste cose sono recessive e sono poche le voci che incentrano la risposta alla crisi sul modello (obsoleto) della ripresa di tale strumentario.

La regolazione che si andrebbe a rafforzare – ove si desse per non riproponibile l'armamentario gianniniano del *Krisisma-management*⁷ - è in primo luogo quella che ha come obiettivo la concorrenza. Ma la concorrenza non appare lo strumento attraverso il quale l'economia possa riprendere la strada della crescita.

Ne viene allora che si potrebbe agire sulle regole di trasparenza, con il risultato, più apprezzabile, di rinsaldare la fiducia degli attori del mercato nella fluidità degli affari e nella correttezza dei comportamenti degli operatori, ma senza che possano, anche in questo caso, ritenersi con sicurezza producibili effetti di ripresa della domanda aggregata e di rilancio degli investimenti.

La strada sanzionatoria delle condotte non corrette è senz'altro percorribile ma sconta l'ostacolo difficilmente superabile dell'inefficienza o della tardività delle risposte giudiziarie che (incentrate su tecniche risarcitorie) intervengono quando ormai gli illeciti sono stati consumati.

Nel 1947 fu poi firmato il GATT (General Agreement on Tariffs and Trade - Accordo Generale sulle Tariffe ed il Commercio) che si affiancava all'FMI ed alla Banca mondiale con il compito di liberalizzare il commercio internazionale.

⁷ Su cui si veda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

In Italia poi la cronica lentezza dei processi (con l'unica lodevole eccezione dei processi amministrativi in rito speciale che hanno il limitato oggetto di servizi ed appalti pubblici e – no casualmente - degli atti di regolazione) rende la strategia incentrata sulla rimodulazione delle regole particolarmente a rischio di ineffettività.

Di qui l'altra gamba delle politiche anti-crisi imperniata sulla corresponsione di sussidi pubblici ed aiuti di Stato.

E' la soluzione offerta da chi ritiene che la crisi non trovi le sue ragioni nella debolezza dei meccanismi di mercato ma nell'*insufficienza dell'intervento pubblico*.

Si tratta della strada massicciamente intrapresa dagli Stati Uniti e basata su un keynesismo aggiornato, che tuttavia cura – come è stato con icastica efficacia – il debito con il debito, e, quindi , rischia di aggravare la radice del male.

L'Europa stenta a seguire gli Stati Uniti su questa strada, per la lentezza delle sue procedure e le carenze della sua architettura amministrativa , tuttavia un atteggiamento più prudente e temporeggiatore potrebbe essere meno rischioso ed, in definitiva, più lungimirante .

La storia dirà quale via si rivelerà più produttiva.

L'una o l'altra delle risposte passano, sia pure con modalità diverse , per un'opera intensa del sistema giudiziario.

La enorme diffusione delle chartulae che è all'origine della crisi ha invertito – di per sé – il rapporto fra diritto ed economia, poiché i documenti – o le scritture dematerializzate contengono segni (obbligazioni) che vanno regolate in un giuoco che non è a somma zero – come è ovvio – avendo vincenti o perdenti.

Il punto è il tempo necessario per la regolazione giudiziaria dell'ammasso delle chartulae che potremmo definire il tempo dell'incertezza o del nostro scontento: il tempo della crisi di

fiducia che dissangua l'economia, restringe il credito, rende le banche e gli intermediari finanziari sospettosi, crea difficoltà all'economia reale che si riverberano ancora , moltiplicando la crisi in un circolo vizioso, sulla accessibilità del credito.

La crisi è crisi di fiducia ed il suo tempo – il tempo dell'incertezza e del nostro scontento – dura quanto dura il tempo giudiziario necessario per ridare certezza ai rapporti giuridici sorti dalla finanziarizzazione dell'economia.

Una risposta basata sulla riforma delle regole cura il futuro , ma sarà necessario comunque tirare una linea sul passato, segregando i rapporti giuridici incerti separandoli dai nuovi, in modo che non si possano alterare improvvisamente le aspettative sulla solvibilità e le condizioni della responsabilità patrimoniale degli attori del sistema.

Il punto è che la segregazione non può avvenire senza un'imputazione di responsabilità, che sarebbe ancora una volta compito da affidare al giudiziario (la politica potendo al più definire il quadro regolatorio necessario per ristabilire una accettabile governance delle banche e delle società finanziarie che agiscono nel mercato globale).

Il giudiziario dovrà anche applicare le nuove regole di flessibilità nella concessione degli aiuti di Stato, in tutti i punti del sistema in cui ciò sarà necessario, per consentire sicurezza ai rapporti e sostegno pubblico alle imprese in difficoltà, senza che ne segua un conflitto sulle alterazioni del giuoco concorrenziale indotte dalle politiche incentrate sui sussidi.

Si delinea un diritto dell'economia della eccezione, della disparità e della specialità, in cui la concorrenza rimane sullo sfondo.

Cosa ne sarà del mercato una volta consumatesi queste vicende è difficile dirlo, la riforma delle regole tendendo a guardare il futuro in una prospettive più lunga, la politica degli aiuti

evitando l'aggravamento delle conseguenze sociali della crisi poiché nei tempi lunghi siamo keynesianamente tutti morti.

Il giudiziario ebbe inoltre, è necessario ricordarlo, un ruolo fondamentale anche nella crisi del 1929: classica è l'analisi di Edouard Lambert su "il governo dei giudici" dedicato ad un'ampia analisi, ormai di interesse prevalentemente storico, di cases della giurisprudenza statunitense e dell'alterazione che derivava dalla centralità del giudiziario nel rapporto fra funzione di indirizzo politico (nell'epoca dell'affermarsi della legislazione sociale negli Stati Uniti) e funzione giudiziaria (avente caratteri di vera e propria, occulta, funzione di governo).

Occorre ricordare che la Corte Suprema americana, nell'epoca del New deal, in anni di accentuato sviluppo della società americana e di reazione alla crisi, ha svolto il ruolo di un giudice sostanzialmente conservatore (memorabili le figure di Brandeis, Cardozo e Stone) e di contrappeso al governo, avviandosi allo scontro con la politica sociale roosveltiana, quando il Presidente minacciò di fare approvare il Court packing plan, determinando uno dei momenti di maggiore tensione fra potere giudiziario e potere politico nella storia americana.

La crisi del 1929 era una crisi classica da deficit della domanda, che aveva le sue ragioni tutte nelle dinamiche economiche del primo dopoguerra e che è stata superata - dopo i primi errori - segnalati da P. Krugman - tesi a riportare, con Hoover, i bilanci in pareggio in epoca di piena recessione o a difendere lo standard aureo a spese dell'economia nazionale, o ad evitare sostegno alle banche anche quando il loro default avrebbe potuto determinare ondate di panico nel pubblico dei risparmiatori - con lo strumento dell'intervento finanziario dello Stato

nell'economia e della nascita della legislazione sociale di diffusione del benessere e la crescita della leva fiscale⁸.

Questa crisi appare qualcosa di più complesso, essa ha le sue ragioni in un'inversione improvvisa della fiducia nel dominio dell'economia sul diritto, determinata dalla crescita incontrollata della finanza a dispetto dell'economia reale, che non poteva non condurre al *momento veritativo della verifica giudiziaria* della sostenibilità degli impegni assunti a cascata dal sistema in un giuoco che per sua natura non poteva essere a somma zero perché è impossibile assicurarsi da tutti i rischi.

Inversione della fiducia significa emersione del segno ovvero del significante rispetto al significato, valenza simbolica dell'arresto.

Ciò richiede per il futuro, la saggezza dell'accettazione dell'esistenza di rischi non prevenibili, la pazienza della attesa della regolazione giudiziaria – lenta ma inesorabile – dei rapporti costituitisi nei mercati finanziari e definibili come attivi incerti (o “titoli tossici”), l'accompagnamento del processo, con regole ad hoc , necessarie per evitare che il tempo del processo si trasformi in tempo di arresto dell'economia.

Per chiudere la crisi immediatamente, con un tratto di penna, occorrerebbe immaginare – astrattamente - che i negozi e gli impegni conseguenti assunti nell'ambito dei mercati finanziari non controllati dalle banche centrali non valgano più, non solo sospendere i mercati, ma attestare la non vincolatività delle parole date, ma chi potrebbe ancora credere nel mercato dopo una tale catastrofe non è dato sapere, per cui tale via non appare percorribile.

Ed allora la crisi non si potrà che attraversarla tutta senza sconti, ma predisponendo i cambiamenti anche nell'assetto dei

⁸ Sul tema KRUGMAN, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Milano, 1999-2009.

poteri statuali che consentano di non avere più sfiducia nella corrispondenza dei segni o simboli economici all'economia reale.

Per stare nella metafora occorre tempo per “disintossicarsi” e le cure shock non sono raccomandabili.

Quando si parla di simboli in economia l'inevitabile approdo è poi la moneta, riserva di valore, strumento di scambio, mistero della sovranità ed in fondo punto di congiunzione della politica e dell'economia.

La moneta custodisce le ragioni di scambio dell'economia planetaria e lì occorrerà guardare – alla fine – per disegnare i nuovi equilibri che J. Attali⁹ vede spostati ad Est, sull'asse del Pacifico, fra Stati Uniti ed Asia, con l'Europa in ruolo ancillare (il rapporto centrale è ancora quello fra dollaro e renminbi , l'euro è stabile ma non viene assunto come moneta di riserva dal sistema economico globale perché mancano le condizioni politiche di tale evenienza).

All'Europa , specie se non riuscirà ad ammodernare la sua struttura istituzionale, potrebbe riservarsi il ruolo di chi apprende l'arte di scomparire (è già successo con imperi del mondo antico) ma consegnando un lascito, anche importante per l'economia del pianeta, e consistente nel messaggio per il quale i giuochi con i segni ed i simboli hanno un limite , la moneta segno per eccellenza è collegata alla sovranità e va difesa soprattutto con la moderazione finanziaria ed i bilanci in ordine: la restaurazione delle regole è talvolta più importante della sopravvivenza a tutti i costi.

Certo l'architettura istituzionale europea incentrata sul giudiziario, con un Parlamento debole, una commissione guardiano tecnico dei Trattati, un consiglio dominato dalla logica delle contrattazioni intergovernative ma una Corte di Giustizia

⁹ ATTALI, *Breve storia del futuro*, Roma, 2007.

rivelatasi vero e proprio motore della Costituzione in fieri, appare non avere un locus decidendi capace di assumere il ruolo guida nella gestione della crisi.

Paradosso del giudiziario di essere potere neutrale ed acefalo, *imperium* senza centro, *iurisdictio* e non *gubernaculum*, ciò che condanna la gestione della crisi alla diffusività ed alla frammentazione.

Destino dell'Europa di non poter andare oltre il coordinamento (e si veda lo European Economic Recovery Plan del 26 novembre 2008) laddove sarebbe necessaria l'emersione di un potere schmittiano di decisione sullo stato d'eccezione.¹⁰

3. G. Amato, nel discutere il libro di M. D'Alberti su "Poteri pubblici, mercati e globalizzazione"¹¹, ha criticato gli eccessi di regolazione che "ci sono stati, ci sono tuttora, ed hanno provocato azioni di semplificazione su larga scala volti a ridurli" ma ha notato anche che il punto centrale dei processi di trasformazione che hanno connotato il mondo globalizzato risiede nel "ruolo giocato dall'interesse pubblico nei confronti delle attività private", ruolo che si deve analizzare in chiave storica e che si disvela nel progressivo "unbundling di interessi pubblici inizialmente confusi ed indistinti nella ragion di Stato e poi via via costretti a disgelarsi e a dar ragione di sé ad uno ad uno come fini specifici di specifici atti. La vicenda ebbe il suo snodo

¹⁰ Una certa importanza per cogliere le linee di tendenza della politica dell'UE in materia di crisi finanziaria riveste anche il rapporto De Larosiere ove si segnala che "too much of the European Union's framework today remains seriously fragmented." E si rileva: "In essence, we have two alternatives: the first *"chacun pour soi"* beggar-thy-neighbour solutions; or the second - enhanced, pragmatic, sensible European cooperation for the benefit of all to preserve an open world economy. This will bring undoubted economic gains, and this is what we favour."

¹¹ Si veda la discussione nella Rivista Trimestrale di diritto pubblico, 2008, p. 851 e ss. ivi interventi di A. MARZANO; S. CASSESE; G. AMATO; G. TESAURO e le conclusioni di M. D'ALBERTI.

decisivo nell'opera meritoria del giudice amministrativo francese del XIX secolo e portò al radicamento del principio di tipicità, che è divenuto pare essenziale del nostro rule of law. Per interferire con la sfera giuridica del privato non bastava più accampare l'interesse pubblico ma occorreva di volta in volta dimostrare quale interesse venisse concretamente perseguito attraverso ciascun provvedimento”.

Anche le regole poste ai regolatori (attraverso il RIA Regulatory impact assessment) avevano in fondo la stessa finalità costringere anche l'atto di posizione della regola alla dimostrazione della sua necessità.

Non è il sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo ma un sistema di accountability del regolatore.

Il processo vissuto fino alla crisi non è figlio, secondo G. Amato, a bene vedere, delle dottrine di Ronald Reagan e Margaret Thatcher ma “l'approdo della talpa che da due secoli ha preso ad impostare i rapporti fra individuo ed autorità sul filo, sempre più robusto, dell'affermazione dei diritti e delle libertà del primo e quindi della caduta delle presunzioni cui era usa la seconda”.

L'azione del diritto antitrust è stata allineata alle “ragioni della talpa”.

A partire da qui si comprende che ciò che è in giuoco nel processo della ridefinizione delle regole e delle istituzioni di governo dei mercati finanziari è un filo rosso che connota la modernità e che va diritto al cuore del rapporto fra individuo e comunità.

Il diritto dell'emergenza – strumento invocato dai governi per affrontare la crisi - è infatti il regno dell'atipicità, dell'interesse pubblico evidenziato in chiave decisionistica, sganciato dalla normatività, ridotto alla sua nuda dimensione politica.

Esso costringe – per sua natura – attraverso la lettura che i giudici danno della temperie delle età storiche, il diritto anti-trust ad una dimensione più politica, più arbitrale, più portata alla grande mediazione che alla sanzione ed al controllo para-giurisdizionale.

Mentre il problema non risiede nell'impaccio creato dalle garanzie, ma nel sottodimensionamento dei regolatori (confinati negli Stati nazionali) rispetto ai fenomeni da regolare (globali).

L'emergenza rischia di provocare un arresto del lavoro incessante della talpa della modernità: è un rischio che occorre non dimenticare.

L'alternativa non è fra regolazione e deregolazione, ma fra regolazione spazialmente adeguata (sovra-nazionale) e non adeguata (nazionale).

La mancanza delle regole di governance globale accentua la differenza fra un imprenditore industriale (soggetto ad es. in tema di rispetto degli standards ambientali a controlli severi e sanzioni penali) e soggetti operanti sui mercati finanziari che hanno potuto porre in essere condotte fraudolente (mettendo sul mercato titoli – mediante le tecniche legate alle transazioni su derivati finanziari – rispondenti a mutui non garantiti) trattate con eccessivo garbo dai controllori nazionali.

Dopo i sub prime – nota G. Amato – si arriverà anche in materia finanziaria a qualche forma di secolarizzazione.

Anche il giudiziario dovrebbe in questo senso fare la sua parte, nelle sue varie branche, penale, civile, amministrativa.

Ma un ruolo cruciale spetterà alle banche centrali, che su questo argomento si giocano reputazione e credibilità.

Fra le ragioni dell'inadeguatezza dei controlli dei regolatori nazionali Amato elenca: 1) accentuata tecnicità della materia finanziaria; 2) insufficienza del principio di trasparenza a colmare le asimmetrie informative; 3) prioritario rilievo del

principio di stabilità che andrebbe ridimensionato a scopo repressivo dei più gravi crimini finanziari ; 4) rischi sistemici legati al fallimento degli imprenditori disinvolti (che andrebbero valutati in sede amministrativa e non giudiziaria perché eccedono le dimensioni della classica “lite”).

Ciò pone interrogativi sulla necessità di ripensare anche i sistemi nazionali della regolazione.

Va anche rilevato che ormai sono maturi i tempi per lo sviluppo di azioni risarcitorie per omessa vigilanza.

Si è facili profeti ad ipotizzare che la crisi economica condurrà ad una reviviscenza di tale filone del contenzioso, in Italia, impantanato nelle subtilitates del riparto di giurisdizione (ma ormai spettante al giudice ordinario , salvo diverso avviso del legislatore che ben potrebbe sul punto costituire un campo di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo , quale punto di equilibrio fra esigenze della finanza pubblica e di tutela dei privati nella temperie della crisi).¹²

4. A fronte del ruolo – ineludibile ma sommerso - del potere giudiziario nella gestione e soluzione della crisi i governi svolgono una funzione securitaria , affidata soprattutto – ed anche in Italia - alla decretazione urgente.

Si tratta di continue manovre anticrisi, connotate da un affastellarsi di norme spesso di non grande fattura perché concepite frettolosamente in funzione anticongiunturale, sulla spinta delle necessità della politica e delle urgenze della comunicazione (altra vera e propria decisiva variabile di decelerazione o accelerazione della crisi non così decisiva nel 1929), di efficacia più simbolica che pratica (ora consistenti in iniezioni di capitale

¹² Cfr. sulla ravvisabilità di interessi legittimi in materia MONTEDORO, *Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle autorità di vigilanza sui mercati*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, pt. 2, pp. 33-50.

nelle società bancarie ora in prestiti alle banche da destinarsi a sostegno delle imprese, ora in agevolazioni fiscali alle imprese o ai consumatori, ora in vere e proprie nazionalizzazioni tutte decise dal giorno alla notte).

Schmitt ricorda , nel “custode”, che ci sono Stati di giustizia, o, più esattamente, di giurisdizione, Stati che sono essenzialmente di governo o di esecuzione, ed, infine Stati di legislazione.

Nel succedersi delle forme di Stato abbiamo lo Stato medievale, incentrato sulla giurisdizione, lo Stato assoluto, ossia lo Stato amministrativo o di esecuzione, ed infine, lo Stato legislativo o Stato borghese di diritto.

La crisi restaura alcuni tratti delle forme pre-borghesi di statualità.

D'altra parte essa – nella vita reale - falciava la classe media ed erode il ruolo dei Parlamenti: quando la casa brucia la classe “discutidora” non gode di un grande prestigio (specie quando essa si è costituita cospicue rendite di posizione a margine dello sviluppo delle classi dirigenti apolide dell'età dell'oro della globalizzazione ed è stata indulgente con il lobbismo si vedano in tal senso anche recenti denunce di più di un Commissario europeo).

La classe grande –borghese emergente ha lo stile dei consigli di amministrazione, un tono non professorale, l'asciuttezza tipica del mondo degli affari: in breve nel Parlamento vede un orpello non sempre necessario.

Dello Stato di giurisdizione abbiamo già detto, rimane da discorrere dello Stato di amministrazione.

Cina e Russia ne sono esponenti emergenti.

Ma anche in Occidente, le forme del liberalismo classico subiscono torsioni.

Le regole finanziarie globali vengono elaborate nel chiuso dei Gabinetti e dei Governi e “sanzionate” nel corso dei G8 divenuti G20 per effetto dei cambiamenti geo-politici in corso.

Non casualmente al centro del dibattito costituzionale torna la questione del decreto legge, che il Governo deve assumere (art. 77 Cost.) sotto la sua responsabilità, echeggia così, nell’agone fra Presidente del Consiglio e Presidente della Repubblica sui rispettivi poteri in materia di urgenza, fra *auctoritas* e *veritas*, il tono delle misure weimariane¹³ di gestione emergenziale dell’economia, la sfiducia nella capacità del potere diffuso di reggere l’impatto della crisi, la necessità di trovare un decisore di ultima istanza in funzione securitaria¹⁴ (ancora il problema della rassicurazione e della paura), i tentativi di trovare le basi di una costituzione economica oscillanti fra soluzioni tecnocratiche e politiche.

Lo Stato dei partiti non trova una sintesi, di qui il ruolo crescente dei governi in tutto l’Occidente e , più in generale , nel mondo avanzato e del loro potere più specifico quello di emanare ordinanze aventi forza di legge con le quali come ricorda la dottrina tedesca si può prescrivere o vietare “tutto quello per cui è richiesta ed è sufficiente una legge ordinaria che non modifica la costituzione”.

¹³ SCHMITT cita i compendi del Poetzsch-Heffter (*Jarbuch des offentlichen Rechts*, Bd. 1925, p.141-157; Bd. 17, 1929, p. 99-101) per documentare la vasta prassi di decreti legge adottati in materia economica durante la Repubblica di Weimar.

¹⁴ Uno dei libri più belli e più animati da una grande passione civile che possa capitare di leggere è certamente *The Economic Consequences of the Peace* scritto da John Maynard Keynes nel 1919, all’indomani del suo polemico abbandono dei lavori della Conferenza di Pace di Versailles che poneva fine a quella mattanza di massa che era stato il primo conflitto mondiale, un testo da lui scritto per protestare contro le assurde pretese degli alleati nei confronti della Germania sconfitta, pretese che contrastavano nettamente con gli impegni previsti nell’atto di resa e che crearono le condizioni più adatte all’avvento del nazionalsocialismo dopo il disastro iperinflattivo che aveva caratterizzato la Repubblica di Weimar. In quello sfondo va letto il custode di Schmitt.

Ma se emerge un ruolo degli esecutivi e delle burocrazie ad essi collegate¹⁵, se è innegabile la funzione che, nel lungo periodo, sarà svolta dal giudiziario ci si deve chiedere che ne è del Legislativo, vero e proprio invitato di pietra dell'odierna divisione dei poteri.

Tanto più che la crisi è crisi di regolazione, che, pertanto, reclamerebbe una guida politico-legislativa illuminata ed attenta all'interesse generale.

Proprio la questione dei mutui sub-prime e della finanza derivata e di tutto ciò che ne è seguito sembra richiedere, anche a chi in passato è stato un fautore della deregolamentazione dei mercati (lo scrivente non è fra questi), una regolamentazione più accurata in favore della trasparenza dei dati.

Gli economisti si sono inventati nuove tecniche di copertura dei rischi – i derivati sono questo, nuove tecniche di copertura dei rischi – e molte banche, ma anche intermediari finanziari non bancari, quindi non soggetti a controlli di stabilità tesi ad evitare rischi sistemici, si sono più avventurati verso il rischio.

¹⁵ L. TORCHIA, *Il finanziamento dell'economia ed i prefetti ovvero dell'eterogeneità dei mezzi*, in www.astrid.it osserva che le misure sinora adottate dal governo italiano per far fronte alla crisi economica e finanziaria presentano, pur nella varietà e frammentarietà che le contraddistinguono, due caratteri comuni ricorrenti.

Sotto il profilo economico, si tratta di misure di garanzia, piuttosto che di misure di intervento diretto, con la conseguenza positiva di incidere solo limitatamente sul debito pubblico e lo svantaggio, invece, di non fornire effettivamente risorse aggiuntive significative ed immediatamente utilizzabili.

Sotto il profilo giuridico-istituzionale, si tratta di misure che accentuano ed enfatizzano oltre misura la discrezionalità del governo e dell'amministrazione, che possono scegliere senza troppi vincoli i beneficiari di inventivi, bonus e sconti, mentre si vanno cancellando i meccanismi oggettivi ed automatici.

L'aumento della discrezionalità è un fenomeno sempre connesso alle crisi, poiché queste, per definizione, dimostrano

l'insufficienza e l'inadeguatezza degli strumenti di previsione, di regolazione, di decisione e di controllo preesistenti e richiedono soluzioni nuove e diverse da quelle perseguibili con gli strumenti disponibili.

Gli operatori finanziari non bancari non sono soggetti alle stesse previsioni prudenziali cui sono soggette le banche.

Di qui la necessità di nuove regolamentazioni, uniformi nelle varie aree del mondo se vogliamo mantenere i vantaggi della globalizzazione e della circolazione dei capitali.¹⁶

Materia che non sembra , tuttavia , toccare i Parlamenti, che sono chiusi negli angusti e provinciali confini dello Stato-nazione.

Materia che riguarda i Governi che si riuniscono nelle formule G8 e G20 per elaborare documenti destinati a ri-orientare le singole “giurisdizioni” nazionali (non si usa il termine discipline legislative nazionali a conferma dell’irrelevanza della dimensione legislativa classica come decisione sul conflitto di classe all’interno di una comunità di destino).

Il declino dei Parlamenti costituisce un punto problematico nell’approccio alla crisi poiché lascia il sistema economico in una forte oscillazione fra cure emergenziali e soluzioni giuridiche dei conflitti.

Specie in Europa emerge la drammatica carenza della debolezza del ruolo del Parlamento e l’assenza di poteri emergenziali.

Residuano ordinanze di urgenza e sentenze.

In mezzo rischia di esserci troppo poco per legittimare le decisioni nel momento in cui la crisi dovesse farsi drammatica.

Quel troppo poco che potremmo chiamare crisi della democrazia (se ancora ci si crede , se non si accetta la critica radicale che della democrazia fa Luciano Canfora¹⁷, alla luce dei

¹⁶ Si va verso una distinzione fra vigilanza macro-prudenziale che riguarderebbe tutti e vigilanza microprudenziale da riservarsi all’ordinamento bancario tout court.

¹⁷ Cfr. CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Bari, 2002. Più di recente, ID., *La natura del potere*, Bari, 2009, ove Canfora instilla più di un dubbio sui travestimenti del potere: un dominio di pochi - anche quando sembra essere di uno solo - che però non sussiste se non sa creare consenso, restando, beninteso, a tutti gli effetti dominio.

tempi lunghi della storia, della teoria delle elites e di una indubbia coerenza ideologica) e che potrebbe indurci al pessimismo ed al disincanto.

Tuttavi il nesso fra democrazia ed economia torna a rivelarsi nelle maglie della crisi: e l'origine della tolleranza, che risiede nel gesto di fiducia dell'uomo di affari, va ricordata perennemente, per evitare che la fiducia nel mercato venga restaurata non con la forza autonoma del diritto ma con l'imposizione delle scelte contingenti ed occasionali dell'amministrazione, che, alla lunga, hanno sempre un prezzo elevato per le nostre libertà.

La crisi economica rimanda alle modalità di soluzione della crisi del politico nella modernità, e, per alcuni, si intreccia con un tentativo – illiberale - di rifondazione del “politico” al di fuori della sfera economica (nella rinascita del religioso ecc.).

Per una visione coerentemente liberale invece la soluzione della crisi politica si intreccia con quella della crisi economica ed il modo in cui se ne verrà fuori – regressivo o progressivo, rispettoso o meno delle ragioni della civiltà del diritto e delle tanto decantate “regole” – ci darà la cifra del futuro, predisporrà la vivibilità del mondo, il tanto o poco di concretamente umano che sarà possibile dispiegarvi.

Il diritto ed i giuristi su tutto questo hanno qualcosa da dire anche come custodi dei valori, dworkinianamente “presi sul serio”.

Giancarlo Montedoro

Consigliere di Stato

Docente di Istituzioni di diritto pubblico
presso l'Università Luiss G. Carli di Roma

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

I

CORTE DI CASSAZIONE

25 giugno 2008, n. 17340

Intermediazione finanziaria – Contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento – Singoli contratti scritti di negoziazione – Ammissibilità.

Nella prestazione del servizio di mera esecuzione degli ordini, cui siano riferibili strumenti finanziari non adeguati (avuto riguardo alla natura ed alle conoscenze dell'investitore, nonché alla tipologia, all'oggetto, alla frequenza ed alla dimensione dell'operazione da porre in essere) l'intermediario finanziario è tenuto a dare corso all'operazione solo a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore. Per trattare il cliente alla stregua di un operatore qualificato non è sufficiente la circostanza secondo cui questi abbia in precedenza acquistato altri titoli a rischio.

(D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, deliberazione Consob 1 luglio 1998, n. 11522, art. 30)

[omissis]

Fatto

1. [S.A. e A.L.] convennero in giudizio dinanzi al Tribunale di Avezzano la s.p.a. Banca del Fucino, esponendo: che nel maggio 1998 si erano recati presso la succursale di Avezzano della Banca per effettuare un'operazione "pronti contro termine" con scadenza 20 settembre 1998, avendo già in precedenza preferito operazioni di quel tipo a rendita sicura piuttosto che forme di investimento speculativo; che, su suggerimento dei dipendenti della Banca D.G.F. e C. G., i quali avevano garantito un rendimento pari all'8,75% netto senza alcun rischio per il capitale, e rassicurati anche dal direttore, avevano sottoscritto il diverso investimento loro proposto senza ricevere alcuna specifica informazione; che i dipendenti della Banca del Fucino, lasciando intendere che l'investimento effettuato era in linea con le direttive impartite dagli attori, avevano acquistato titoli emessi da Stati sudamericani senza consegnare agli attori il relativo contratto; che il 21 settembre 1998, essendo tornati in banca per il riaccredito delle somme investite, avevano saputo di avere subito una perdita di oltre lire cento milioni, in linea capitale; che - poiché ad essi attori non era stato fatto sottoscrivere prima dell'investimento il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (che la Banca aveva inviato loro solo un mese dopo pretendendone la sottoscrizione senza prima dare spiegazioni) e l'operazione suggerita e portata a compimento doveva essere definita non adeguata - chiesero la condanna della Banca al risarcimento dei danni conseguenti all'operazione stessa.

Si costituì la Banca del Fucino, resistendo alla domanda attrice. Precisò di avere rispettato pienamente i doveri di diligenza e correttezza di cui al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, approvato con il D.Lgs.

24 febbraio 1998, n. 58, informando gli attori sulla reale natura dell'investimento e dei rischi che esso presentava e sconsigliandoli dal compiere l'operazione.

Con sentenza in data 28 dicembre 2000, l'adito Tribunale di Avezzano rigettò la domanda di risarcimento dei danni, ponendo a carico degli attori soccombenti le spese del giudizio.

2. - Tale pronuncia è stata confermata dalla Corte d'appello di L'Aquila con sentenza in data 31 ottobre 2003.

2.1. - Così come il primo Giudice, la Corte territoriale ha dato rilievo alla circostanza che, contrariamente agli assunti della citazione, il S. e l' A., già prima di acquistare, nel maggio 1998, le obbligazioni Mexico 10% per un controvalore di L. 260 milioni, (operazione cui si imputa la perdita per cui è processo), avevano acquistato altri titoli a rischio (le obbligazioni Telecom Argentina, con ordine dell'8 aprile 1998). Di qui il motivato, condivisibile convincimento del primo Giudice circa la propensione degli attori a forme di investimento finanziario, non già di sicura conservazione del capitale investito (come, appunto, le operazioni di pronti contro termine e su titoli di Stato, ove il rischio di perdita del capitale è inesistente a fronte della modestia della remunerazione), ma di fatto speculativi, perchè finalizzati a elevata remunerazione, epperò a rischio. Secondo i Giudici del gravame, correttamente il Tribunale ha disatteso la deposizione testimoniale del funzionario bancario D.G., sia perchè in contrasto con le risultanze documentali (avendo costui riferito soltanto di operazioni su titoli di Stato e di pronti contro termine), sia perchè in posizione di conflitto con la Banca convenuta, contro la quale - dopo le dimissioni - pendeva giudizio di risarcimento danni.

La Corte d'appello ha inoltre sottolineato che, al di là della sottoscrizione formale della scheda rischi (prima del disinvestimento), gli appellanti erano stati specificamente informati del rischio dell'operazione finanziaria non solo all'atto dell'investimento, ma anche al momento del disinvestimento, avvenuto non per autonoma scelta della Banca, ma in virtù di espresso ordine del cliente, nell'ambito di un contratto di deposito a custodia con amministrazione dei titoli, senza conferimento di poteri di gestione del patrimonio, per cui la Banca risultava vincolata alle istruzioni del cliente. Secondo la Corte territoriale, nella specie non è configurabile alcuna responsabilità della Banca, né ai sensi dell'art. 1710 c.c., né sotto il profilo della violazione degli obblighi di diligenza e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., come richiamati dal cit. T.U. art. 21, avendo la Banca adempiuto, nella sostanza, a tali obblighi mediante adeguata informazione ai clienti e, nondimeno, volontariamente disattesa.

3. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello il S. e l' A. hanno proposto ricorso, con atto notificato il 10 maggio 2004, sulla base di due motivi. Ha resistito, con controricorso, la Banca del Fucino. In prossimità dell'udienza la Banca ha depositato una memoria illustrativa.

Diritto

1. - Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione, a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 3, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21, e succ. modif., e dell'art. 29, del regolamento CONSOB n. 11522), i ricorrenti precisano che, con la proposta azione risarcitoria, essi, che avevano sempre diretto i propri investimenti verso forme assolutamente non propense al rischio

capitale, hanno lamentato la mancata informazione da parte della Banca al momento in cui erano stati indotti ad acquistare titoli su mercati finanziari sudamericani che, se da un lato offrivano la possibilità di potere effettuare consistenti guadagni, dall'altro comportavano il rischio - poi verificatosi - di veder ridotto in modo considerevole il capitale investito a causa della eccessiva instabilità dei mercati.

Le operazioni suggerite dovevano ritenersi, a norma dell'art. 29, del regolamento CONSOB n. 11522, assolutamente non adeguate alla tipologia dei clienti, avuto riguardo alla loro propensione al risparmio e alla loro conoscenza degli strumenti finanziari. Tale disposizione regolamentare - si osserva - non ammette deroghe e non potrebbe essere superata, come invece ha riconosciuto la Corte di merito, da una prova testimoniale (peraltro resa da soggetti a credibilità "ridotta" per essere dipendenti della Banca) che semplicemente riferisca sul fatto che vi è stata la dovuta informazione.

Al contrario, tale circostanza deve risultare da elementi obiettivi previsti dalla normativa regolamentare CONSOB: in particolare, dalla consegna del documento informativo predisposto dalla banca (la c.d. scheda rischi).

2. - Il secondo mezzo denuncia insufficienza e contraddittorietà della motivazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., numero 5. Con esso i ricorrenti si dolgono che la Corte di merito abbia ritenuto che le informazioni rese dai dipendenti si erano rivelate sufficienti a fornire tutti i chiarimenti necessari per compiere operazioni finanziarie. Se esiste un obbligo (quello della consegna della scheda rischi), esso non può essere ignorato né sostituito da una informazione orale che, per quanto corretta, non consente di superare il ragionevole dubbio in ordine alla sua recepibilità da parte del cliente. La Corte si sarebbe "limitata a recepire

le considerazioni già espresse dal primo Giudice in merito alla credibilità dei testi assunti, dimenticando di approfondire un passaggio importante, quale quello legato alla data delle dimissioni del teste D.G., che rendevano la sua testimonianza non contrastante con la documentazione prodotta e, comunque, di dare un'adeguata motivazione sul ragionamento logico - giuridico seguito per accreditare i testi dipendenti della Banca anche se in contrasto con la disciplina dettata dal testo unico". La sentenza impugnata sarebbe inoltre contraddittoria. La Corte d'appello, infatti, dopo avere confermato che anche il disinvestimento deve essere preceduto da una corretta informazione del cliente in ordine ai rischi connessi con l'operazione stessa, ha ritenuto che sconsigliare l'operazione poteva essere sufficiente ad integrare la corretta informazione richiesta dalla norma. I Giudici del gravame, senza soffermarsi sulla personalità dei clienti e sul loro grado culturale, avrebbero erroneamente considerato che il semplice consiglio di non compiere l'operazione potesse sostituire tutto il materiale informativo che la banca avrebbe dovuto consegnare.

3. - I due motivi - i quali, stante la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente - sono fondati, nei termini di seguito precisati.

3.1. - Ai sensi del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria approvato con il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21, (che riproduce l'identica disposizione già prevista dal D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, art. 17, recante il recepimento, tra l'altro, della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993), nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono "acquisire le informazioni

necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati” (comma 1, lett. b).

Questa regola - nell’assoggettare la prestazione dei servizi di investimento ad una disciplina diversa e più intensa rispetto a quella discendente dall’applicazione delle regole di correttezza previste dal c.c., impone all’operatore il dovere sia di farsi parte attiva nella richiesta all’investitore di notizie circa la sua esperienza e la sua situazione finanziaria, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio, sia di informare adeguatamente il cliente, al fine di porre il risparmiatore nella condizione di effettuare consapevoli e ragionate scelte di investimento o disinvestimento. Il duplice riferimento alle informazioni adeguate e necessaria e la direzione dell’obbligo nei confronti del cliente inducono a ritenere che le informazioni debbano essere modellate alla luce della particolarità del rapporto con l’investitore, in modo da soddisfare le specifiche esigenze proprie di quel singolo rapporto. L’obbligo di informazione nella prestazione dei servizi di investimento ha ricevuto una specificazione di dettaglio nella disciplina regolamentare introdotta dalla CONSOB: prima con la Delib. 30 settembre 1997, n. 10943, applicabile *ratione temporis* al momento dell’acquisto (maggio 1998) dei titoli Mexico 10% da cui è sorta la presente controversia - poi con la Delib. 1 luglio 1998, n. 11522. La disciplina regolamentare prevede tra l’altro: *a)* che l’intermediario autorizzato non può effettuare operazioni se non dopo aver fornito all’investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o di disinvestimento (Delib. CONSOB n. 10943, art. 5, comma 2; Delib. CONSOB n. 11522, art. 28, comma 2); *b)* che l’intermediario, quando riceve da un investitore disposizioni relative ad un’operazione non a-

deguata, lo informa di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione; e che qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, l'intermediario può eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto (ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico), in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute (Delib. n. 10943, art. 6, comma 3; Delib. n. 11522, art. 29, comma 3).

3.2. - Nella specie la Corte d'appello ha escluso qualsiasi negligenza in capo alla Banca, rilevando che il funzionario addetto aveva informato il cliente del rischio dell'operazione finanziaria de qua (acquisto e successivo disinvestimento delle obbligazioni Mexico 10%). La motivazione contenuta nella sentenza impugnata è, al riguardo, insufficiente. Al di là dell'aspetto relativo alla consegna o meno del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (adempimento che non era nella specie, *ratione temporis*, necessario prima dell'investimento, dato che, quanto ai rapporti in corso, la Delib. CONSOB 25 febbraio 1993, n. 11254, ha differito al 30 giugno 1998 l'obbligo di consegna di detto documento), l'argomentazione dei Giudici del gravame, nella sua genericità, non da conto di quali concrete avvertenze e specifiche indicazioni sul tipo di rischio sotteso all'operazione siano state date agli investitori e nulla dice circa l'adeguatezza dell'informazione fornita dall'intermediario, se cioè essa sia stata tale da soddisfare le esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria dei clienti; e, soprattutto, non indica se, a fronte di un'operazione ritenuta dalla stessa Banca non adeguata, questa abbia osservato la norma che consente di darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto in cui sia fatto esplicito riferimento alle

avvertenze ricevute. La decisione della Corte territoriale è altresì erronea in diritto. Invero - diversamente da quanto lascia implicitamente intendere la sentenza impugnata (nella quale si sottolinea che l'operazione è avvenuta "non per autonoma scelta della banca, ma in virtù di espresso ordine del cliente, nell'ambito di un contratto di deposito a custodia con amministrazione dei titoli, senza conferimento di poteri di gestione del patrimonio") - l'ambito oggettivo delle disposizioni concernenti le informazioni e le operazioni non adeguate è destinato a trovare applicazione anche là dove il servizio prestato dall'intermediario consista nell'esecuzione degli ordini dell'investitore.

Il Collegio ritiene infatti che la regola in base alla quale in presenza di un'operazione non adeguata l'intermediario deve astenersi dal dare esecuzione all'operazione se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente sulla base di un ordine contenente l'esplicito riferimento alle informazioni ricevute, trova applicazione con riferimento a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificatore sia con riguardo ai servizi di investimento nei quali sia ravvisabile una discrezionalità dell'intermediario, come ad esempio nel caso di contratti di gestione di portafogli di investimento, sia là dove l'operazione avvenga su istruzione del cliente, come, appunto, quando venga prestato il servizio di negoziazione o di ricezione e di trasmissione di ordini.

Tale interpretazione pare preferibile sia in ragione della natura e delle finalità sottostanti ai doveri di informazione imposti agli intermediari nei servizi di investimento (servizi nel cui ambito rientra, accanto alla gestione di portafogli, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti: del cit. Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, art. 1, comma 5, sulla

scia di quanto già previsto dal D.Lgs. n. 415 del 1996, art. 1, comma 3), sia in considerazione del tenore letterale della, già ricordata, normativa regolamentare proveniente dalla CONSOB, la quale, per un verso, richiede che siano fornite informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione non solo prima di consigliare operazioni o di prestare il servizio di gestione, ma anche di effettuare operazioni con o per conto dell'investitore, e, per l'altro verso, fa esplicito riferimento al caso in cui l'intermediario abbia ricevuto dall'investitore una disposizione per effettuare una operazione non adeguata. Né, a questo riguardo, rileva la circostanza che, in epoca immediatamente precedente all'effettuazione in questione (appena un mese prima), il cliente avesse acquistato altri titoli a rischio (obbligazioni Telecom Argentina): giacché il dovere di fornire informazioni appropriate e l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensioni, se non sulla base di un ordine impartito dall'investitore per iscritto contenente l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute, sussiste in tutti i rapporti con operatori non qualificati, e tale è anche chi - non rientrante in una delle speciali categorie di investitori menzionate nei regolamenti CONSOB (Delib. n. 10943, art. 8, comma 2; Delib. n. 11522, art. 31, comma 2), abbia in precedenza occasionalmente investito in titoli a rischio.

4. - Il ricorso è accolto per quanto di ragione. La sentenza impugnata è cassata e la causa è rinviata alla Corte d'appello di L'Aquila. Il Giudice del rinvio - che provvedere anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione - si adeguerà al seguente principio di diritto: "in tema di servizi di investimento, la banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, ha l'obbligo di fornire all'investitore una informazione adeguata in con-

creto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente; e, a fronte di un'operazione non adeguata (nella specie, avente ad oggetto obbligazioni Mexico 10%), può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di detta regola - applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nella esecuzione di ordini - non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio (nel caso: obbligazioni Telecom Argentina), perché ciò non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla CONSOB".

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di L'Aquila, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 28 maggio 2008.

Depositato in Cancelleria il 25 giugno 2008

L'ADEGUATEZZA DELLE OPERAZIONI DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA NELLE PRESCRIZIONI DELLA DISCIPLINA SPECIALE E NELL'ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE

1. La sentenza in commento appare di particolare rilievo in quanto – intervenendo nel noto dibattito concernente la problematica riguardante la *nullità virtuale* (ex art. 1418 c.c.) dei contratti di intermediazione finanziaria (posti in essere in vio-

lazione degli obblighi comportamentali che fanno carico ai soggetti abilitati) - sembra discostarsi dalle conclusioni cui di recente è pervenuta la Cassazione (SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26274 e n. 26275).

Trattasi di una fattispecie nella quale la giurisprudenza di merito ha perseguito la tutela degli investitori *non professionali* (ad essi accordata da regole di normazione primaria e secondaria) procedendo ad una declaratoria di nullità dei contratti di acquisto di strumenti finanziari, ove stipulati in contrasto con le modalità fissate in materia dalla normativa¹. L'orientamento giurisprudenziale in esame conduce alla "evidente forzatura nell'interpretazione dell'art. 1418 c.c., al quale (...) è estranea la finalità di proteggere una delle parti negoziali in ragione della sua debolezza"².

Come si tenterà di evidenziare qui di seguito, nella lettura della normativa previgente, la Cassazione – nel tener conto delle recenti indicazioni recate dalla MiFID (*Market in financial instruments directive*, corpo di regole di derivazione comunitaria che si compone delle direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE, nonché del Regolamento (CE) n. 1287/2006) e dal relativo decreto di recepimento (d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164) – ne supera la *genericità* di fondo, pervenendo ad una interpretazione della stessa che appare riconducibile alle indicazioni offerte dalla nuova regolazione speciale (in particolare, con riguardo al test di adeguatezza tipico di alcune particolare forme operative).

¹ Cfr. PELLEGRINI, *La prestazione dei servizi finanziari*, in AA.VV., *Gli incontri autunnali*, Seminario organizzato dal Gruppo Cabel presso la BCC di Fornacette, 27 ottobre 2007, p. 59; SALVATORE, *Servizi di investimento e responsabilità civile*, in *Il Diritto privato oggi*, a cura di Paolo Cendon, Milano, 2004.

² Cfr. CAPRIGLIONE, *La tutela dell'investitore nell'orientamento della Corte di Cassazione*, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Mondo Bancario*, 2008, n. 4, p. 37.

2. Nella sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da un investitore avverso la sentenza di appello, che aveva confermato la pronuncia di primo grado.

La parte attrice aveva proposto domanda di risarcimento dei danni a fronte di una consistente perdita del capitale investito, alla medesima derivante da un'operazione di *pronti contro termine* a sei mesi (con rendimento netto garantito pari all'8,75 per cento e per un controvalore di 260 milioni di lire). A fondamento della richiesta erano adottati due specifici motivi: *a)* la mancata sottoscrizione, prima dell'acquisto, del *documento sui rischi generali* (inviato al cliente un mese dopo il compimento dell'operazione); *b)* l'inosservanza dell'obbligo di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione di acquisto degli strumenti finanziari, che avrebbe dovuto condurre l'intermediario – secondo la prospettazione di parte attrice – a ritenere *non adeguata* l'operazione, rispetto al profilo del cliente.

La Banca convenuta in giudizio aveva resistito, adducendo di avere osservato i doveri di diligenza e correttezza di cui al Testo unico della finanza (D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e succ. modif.), avendo fornito all'investitore adeguate informazioni circa la reale natura dell'investimento ed i rischi ad esso sottesi. L'intermediario aveva, inoltre, rappresentato di essersi prontamente adoperato nel tentativo di dissuadere il proprio cliente dal compiere l'operazione in parola.

Il Giudice di prime cure e la Corte d'appello, nel rigettare la domanda di risarcimento, avevano motivato la loro decisione osservando che l'investitore, in tempi estremamente recenti rispetto all'operazione oggetto della controversia, aveva acquistato altri titoli a rischio (nello specifico obbligazioni Telecom Argentina). Più in particolare, la Corte d'appello aveva sottolineato come, “al di là della sottoscrizione formale della scheda

rischi (prima dell'investimento), gli appellanti (fossero) stati specificatamente informati (...) del rischio dell'operazione finanziaria (sia) all'atto dell'investimento (che a quello) del disinvestimento, avvenuto non per autonoma scelta della Banca, ma in virtù di un espresso ordine del cliente, nell'ambito di un contratto di deposito a custodia con amministrazione dei titoli, senza conferimento di poteri di gestione del patrimonio”.

Muovendo da queste considerazioni, le corti di merito non avevano riscontrato alcuna responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione delle norme poste a carico del mandatario (art. 1710 c.c.) e degli obblighi di diligenza e correttezza nell'ambito della prestazione di servizi di investimento (art. 21 t.u.f., le cui norme sono ritenute applicazione particolare, *in subiecta materia*, dei principi generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.).

3. La Corte di Cassazione, di contro, ha accolto il ricorso dell'investitore, ritenendo insufficienti le motivazioni contenute nella sentenza impugnata. I motivi della decisione sono ricondotti, come già anticipato, al mancato rispetto degli obblighi di comportamento posti a carico degli intermediari finanziari, il cui operato avrebbe dovuto essere primariamente rivolto a rendere sempre *adeguatamente* edotti i propri clienti circa le caratteristiche, i rischi e le specifiche conseguenze delle operazioni da compiere. Orienta, in tal senso, la considerazione (formulata dalla Suprema Corte) nella quale si ribadisce la necessità di consentire agli investitori di “effettuare consapevoli e ragionate scelte di investimento o disinvestimento”³.

³ In tal senso orientano anche le disposizioni di cui all'art. 17 del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, che ha recepito la cd. *Investment services directive* (ISD), n. 93/22/CEE. Queste sono state successivamente trasposte nel citato art. 21 del Testo unico della Finanza.

Detta costruzione ha riguardo, altresì, alla normativa regolamentare emanata dalla Consob. Secondo le disposizioni appena richiamate, infatti, l'intermediario non può dar corso ad alcuna attività di investimento per conto del cliente se non dopo aver fornito al medesimo “*informazioni adeguate* in concreto, tali cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente (stesso)”.

Alla luce di quanto precede si comprende la ragione per cui, ad avviso del Supremo Collegio, l'informativa debba risultare da “elementi obiettivi previsti dalla normativa” e, nello specifico, “dalla consegna del documento informativo predisposto dalla banca (la cd. scheda rischi)”. L'obbligo - imposto dalla regolazione ai soggetti abilitati - di astenersi dall'effettuare con o per conto della propria clientela “operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione” si pone al centro di un *iter* valutativo che conferisce peculiare rilievo alla necessità che gli intermediari, qualora ricevano da un investitore disposizioni relative ad una operazione *non adeguata*, “lo inform(i)no di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione”. Ciò, nell'evenienza in cui l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, si traduce nell'esecuzione dell'operazione stessa “solo sulla base di un ordine impartito per iscritto” (ovvero nelle altre forme previste dalla legge, vale a dire registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente; in tale ordine deve farsi “esplicito riferimento alle avvertenze ricevute”).

Detto obbligo, ad avviso della Cassazione, non può essere disatteso né sostituito “da un'informazione orale che, per quanto corretta, non consente di superare il ragionevole dubbio in ordine alla sua *recepibilità* da parte del cliente”. Nel rappresentare ciò, tuttavia, la Corte riconosce che, *ratione temporis*,

l'adempimento summenzionato, relativo alla "consegna o meno del documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (...) non era nella specie (...) necessario prima dell'investimento, dato che, quanto ai rapporti in corso, la Delib. Consob 25 febbraio 1997, n. 11254, (aveva) differito al 30 giugno 1998 l'obbligo di consegna di detto documento (...)".

Per converso, risulta chiara la correttezza dell'*agere* della Banca, che aveva inviato al proprio cliente la scheda rischi un mese dopo l'acquisto dei titoli oggetto della controversia; scheda regolarmente consegnata, nei termini di cui sopra si è detto, e sottoscritta dall'investitore, nonostante la mancanza (lamentata dal medesimo solo successivamente, in sede di giudizio) di ulteriori spiegazioni da parte dell'intermediario.

La ricostruzione logica seguita dalla Corte di Cassazione ruota sui profili dell'intervento che dà contenuto all'azione degli intermediari finanziari; ne qualifica la portata in chiave di rigido formalismo giuridico, da cui discende il giudizio di illegittimità delle operazioni realizzate in assenza di un preventivo *ordine scritto* del cliente. E' evidente come, in tale contesto, si trascuri di considerare che la normativa speciale non offre elementi sufficienti per addivenire ad una definizione univoca ed oggettiva del concetto di *operazione non adeguata*. La Cassazione, tuttavia, non tiene in debita considerazione tale circostanza e si concentra sulla riferibilità all'ordine impartito per iscritto dal cliente, laddove questo – pur rilevando ai fini dell'esonero da responsabilità dell'intermediario – non può ritenersi esaustivo delle verifiche riguardanti il riscontro dell'*adeguatezza* (e dei comportamenti ad essa conseguenti), né può rivestire quella valenza decisiva che la Corte sembra volerli riconoscere.

La sentenza in commento prosegue osservando che "le operazioni suggerite dovevano ritenersi (...) *assolutamente* non

adeguate alla tipologia dei clienti, avuto riguardo alla loro propensione al risparmio e alla loro conoscenza degli strumenti finanziari”; elementi, questi ultimi, con tutta evidenza ritenuti *insufficienti* ai fini di cui trattasi. Irrilevante appare, in tale contesto, la circostanza secondo cui i medesimi soggetti avessero già provveduto, in un passato estremamente recente, all’acquisto di altri titoli altamente rischiosi e avessero destinato all’operazione (oggetto della pronuncia in epigrafe) una somma rilevante a fronte di un rendimento che, con una minima conoscenza della materia finanziaria, poteva definirsi elevato. Tali rilievi non sono stati ritenuti sufficienti, da soli, a definire l’investitore come soggetto qualificato e, dunque, ad esentare l’intermediario che con esso interagisce dagli obblighi di cui all’art. 29 del citato Regol. Intermediari Consob.

A nostro avviso, invece, la condotta dell’intermediario risulta improntata alle prescrizioni normative e l’acquisto dei titoli in esame appare coerente con le caratteristiche dell’investitore interessato, in linea, cioè, con l’obbligo, che l’ordinamento riconduce in capo all’intermediario finanziario, di valutare adeguatamente il profilo di investimento del cliente (da cui discende il rischio, sostenuto dal primo, dell’operazione realizzata a seguito di una errata *profilatura* del secondo)⁴. Ed invero, la conclusione testé formulata ha riguardo alle considerazioni circa la *tipologia*, l’*oggetto*, la *frequenza* e la *dimensione* dell’acquisto in parola; elementi del rapporto di intermediazione finanziaria in linea con la tipologia di investitore il quale, a fronte di una perdita inattesa, chiede un risarcimento fondato non tanto su eventuali vizi del contratto, quanto sulla presunta violazione (ad opera della Banca) delle regole di condotta poste a carico dei soggetti abilitati.

⁴ Al riguardo cfr. PELLEGRINI, *La prestazione dei servizi finanziari*, in AA.VV., *Gli incontri autunnali*, Seminario organizzato dal Gruppo Cabel presso la BCC di Fornacette, 27 ottobre 2007, p. 67.

4. La tematica qui dibattuta, dunque, riporta all'attenzione un problema che, da molti anni, è oggetto di un impegnativo dibattito dottrinale tuttora *in fieri*⁵ e su cui la Cassazione (con la nota pronuncia a SS.UU. del 19 dicembre 2007, n. 26725⁶) si è recentemente espressa riprendendo una sua precedente posizione sul punto⁷.

La sentenza in esame sembra, dunque, riproporre il dualismo, già evidenziato in numerose circostanze da parte della dottrina⁸, fra *norme di validità* del contratto e *norme di comportamento* degli intermediari. A tal proposito inequivoca appare la posizione delle SS. UU. della Corte di Cassazione che, nella sentenza n. 26275/07, evidenzia l'impossibilità di rinvenire nel settore dell'intermediazione finanziaria "indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti"; da qui le note conclusioni in ordine

⁵ Si vedano, tra gli altri, CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, Investitori, Mercati*, Padova, 2008, p. 51 ss.; DOLMETTA, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.; GOBBO-SALODINI, *I servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 5 ss.; MISSAGLIA, *Rassegna di giurisprudenza sulla tutela del risparmiatore*, in *Consumatori, diritto e mercato*, 2006, p. 136 ss.; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, 1996, pp. 15 ss e 169; PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 327 ss.; SANGIOVANNI, *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e responsabilità*, 2006, n. 8, p. 874 ss.

⁶ Per commenti critici della sentenza della Cassazione si veda, fra gli altri, SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in www.ilcaso.it, p. 5

⁷ Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Mondo Bancario*, 2006, n.1, p. 53 ss., con nota di LEMMA, *Violazione delle regole di condotta nello svolgimento dei servizi di intermediazione finanziaria e tutela giurisdizionale*.

⁸ Sul punto, v. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I.

all'inapplicabilità del principio della cd. *nullità di protezione*, attivabile *ex art.* 1418 c.c.⁹.

5. Alla luce di quanto precede, la decisione della Corte di Cassazione sembra destinata a mantenere inalterata quella logica di *compensazione sociale*, che – in considerazione delle critiche di parte della giurisprudenza stessa e della quasi totalità della dottrina – doveva auspicabilmente vedersi superata¹⁰.

Si è in presenza, dunque, di un orientamento che si pone in contrasto con le indicazioni della stessa Cassazione a SS.UU., qui più volte richiamata; queste sembrano in linea con le più recenti statuizioni comunitarie (finalizzate a ridisegnare il percorso da seguire sulla via di una *congrua armonizzazione* della regolazione in parola). La sentenza in commento – a fronte dei numerosi indirizzi giurisprudenziali e legislativi di segno opposto - induce a ritenere che la giurisprudenza non riesca a venir fuori dalle secche di un'equivoca alternanza tra l'affermazione di una responsabilità degli intermediari fondata solo su chiare forme di inadempimento (relazionate agli obblighi che ai medesimi fanno carico) ed il recupero dei toni giustizialisti che di certo mortificano l'essenza della funzione giurisdizionale.

⁹ La Cassazione, con la sentenza sopra richiamata, si pone su un piano di coerenza con numerosi indirizzi giurisprudenziali, tra i quali si vedano Trib. Milano, 29 giugno 2005, n. 8671, in *Giur. Merito*, 2006, n. 3, p. 612; Trib. Milano, 20 marzo 2006, n. 3575 e 26 aprile 2006, n. 4882, in *Danno e responsabilità*, n. 8/9, 2006, rispettivamente p. 874 ss. E 876 ss., con nota di SANGIOVANNI, *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e responsabilità*, 2006, n. 8; Trib. Viterbo 7 dicembre 2004, n. 1059, in *Banca e borsa*, 2005, II, p. 679 ss., con nota di PELLEGRINI, *Brevi note sulla vexata quaestio dei bonds argentini*.

¹⁰ Cfr. PELLEGRINI, *Giurisdizione, diritto ed inaccettabile "compensazione sociale"*, in *Mondo bancario*, 2005, fasc. 6, p. 22 ss.; ID., *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca e borsa*, 2008, II).

Ancora una volta si auspica che la concreta applicazione del *corpus* disciplinare rappresentato dalla MiFID¹¹ possa essere di guida e di stimolo per una revisione dei caratteri cui far riferimento nella definizione degli equilibri negoziali *in subiecta materia*.

Eleonora Venturi

Dottoranda in Diritto degli Affari
Università Luiss Guido Carli di Roma

11 Per uno studio approfondito delle disposizioni in parola si vedano CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati*, Padova, 2008; per la letteratura internazionale SKINNER, *The future of investing in Europe's markets after MiFID*, Chichester, 2007)

I

TRIBUNALE DI MONZA

4 giugno 2008

Intermediazione finanziaria – Contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento – Singoli contratti scritti di negoziazione – Ammissibilità.

In mancanza di espressa disposizione non è possibile sostenere che la conclusione di sporadici mandati di negoziazione in assenza di un contratto quadro di riferimento sia per ciò solo affetta da nullità, essendo peraltro evidente che in simili evenienze gli ordini dovranno essere necessariamente impartiti per iscritto, in ottemperanza al dettato della legge. Anche alla luce della rafforzata tutela degli investitori può quindi ancora ammettersi la possibilità di singoli mandati di negoziazione ove gli stessi siano conferiti per iscritto e fermo restando l'obbligo per l'intermediario di adempiere parallelamente ai doveri di trasparenza e di informazione posti a suo carico dal legislatore e dalla Consob.

(D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, deliberazione Consob 1 luglio 1998, n. 11522, art. 30)

II

TRIBUNALE DI FORLÌ

12 settembre 2008

Intermediazione finanziaria – Contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento – Forma scritta – Preesistenza agli ordini – Necessità – Redazione per iscritto degli ordini – Sanatoria – Esclusione.

Il contratto quadro di negoziazione, che deve avere forma scritta ad substantiam, deve preesistere alle operazioni di negoziazione ed è errato ritenere che il mancato rispetto di tale onere possa essere sanato dalla redazione in forma scritta di ordini di acquisto che rechino indicazione dei soli elementi dell'operazione e null'altro prevedano in ordine al carattere dei servizi di investimento con particolare riferimento alle informazioni.

(D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, deliberazione Consob 1 luglio 1998, n. 11522, art. 30)

I

[*Omissis...*]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ex art. 2 D. lgs. n. 5/2003, notificato in data 20.12.2006, A. e B. hanno convenuto in giudizio innanzi al Tribunale di Monza la Banca, chiedendo, in via gradata, la declaratoria di nullità, l'annullamento o la risoluzione dell'ordine

di acquisto di obbligazioni Argentina 99/10.06.02 7.125 XS0098314874-per l'ammontare di euro 20.000,00, conferito dal signor A in data 4.6.1999, con conseguente condanna della convenuta, previa retrocessione alla stessa dei titoli, alla restituzione del capitale investito, oltre agli interessi legali dal suo versamento al saldo e in subordine (in relazione alla domanda di risoluzione), al risarcimento del danno in misura pari all'importo versato, maggiorato della rivalutazione monetaria e degli interessi legali. A sostegno delle domande svolte gli attori hanno allegato:

- di essere pensionati, l'uno, A., ex dipendente ATM e, l'altra, B., precedentemente esercente attività di confezionamento di cravatte a domicilio per conto terzi, entrambi con titolo di licenza elementare;
- di essere clienti della Banca sin dal 1993, quali suoi correntisti;
- di aver da sempre impiegato i risparmi derivanti dall'attività lavorativa e, quindi, dal trattamento previdenziale in investimenti di basso profilo di rischio e, principalmente, in titoli del tesoro (BOT/CCT/BTP) ed obbligazioni bancarie, in un'ottica prudentiale e conservativa;
- di aver a tal fine aperto presso la Banca un corrente deposito cointestato per la custodia e amministrazione dei titoli identificato al n. 6590:
- che, in data 4.6.1999 il signor A., recatosi presso la sede per investire la liquidità presente sul conto corrente (pari all'importo di euro 20.000,00) in titoli di Stato, era stato consigliato dal [...], promotore finanziario alle dipendenze della convenuta, di acquistare obbligazioni dello Stato Argentino, dallo stesso presentate come titoli assolutamente sicuri, dal buon rendimento, a rischio zero, nonché a breve scadenza e, in quanto tali, di pronta redditività;

- che, persuaso dal funzionario, il signor A. era stato indotto a sottoscrivere il sopra indicato ordine di acquisto, con contestuale autorizzazione all'addebito del relativo controvalore di euro 20.000,00 sul conto corrente;
- di non aver mai sottoscritto alcun contratto di acquisto/negoziazione dei titoli, né alcun documento informativo sui rischi generali;
- di non essere mai stati interrogati in ordine alla propria propensione al rischio;
- di non avere, nel caso specifico, ricevuto alcun avvertimento in ordine all'inadeguatezza dell'operazione, né circa l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi in capo alla Banca rispetto all'operazione d'investimento in questione.

Ciò premesso relativamente ai fatti, in punto di diritto alla Banca viene rimproverato di non aver ottemperato agli obblighi di informazione e di protezione sanciti dal T.U.F. (arti. 21 e 23 D. Lgs. n. 58/98) e dalla Consob. (artt. 26, 28, 29, 32 Delib, Consob n. 11522/1998), nonché, *in primis*, di non aver fatto previamente sottoscrivere agli attori il contratto quadro relativo alla prestazione del servizio di negoziazione, da redigersi per iscritto e da consegnarsi in copia al cliente prima di ricevere e dar corso ai singoli ordini.

La convenuta, ritualmente costituitasi in giudizio, ha eccepito, preliminarmente, l'incompetenza per territorio del Tribunale di Monza, invocando, a tal fine, l'art. 15 del contratto quadro di negoziazione, contenente elezione di foro esclusivo in favore del Tribunale di Milano, che, nella specie, dovrebbe comunque ritenersi competente in via esclusiva quale foro di residenza degli attori, in applicazione della disciplina a tutela dei consumatori.

La Banca ha, inoltre, resistito nei merito alle pretese avversarie, eccependone, innanzi tutto, la tardività, stante la mancata tem-

pesta contestazione dell'operazione, e contestandone, quindi, anche l'intrinseca fondatezza in ragione dell'asserito corretto adempimento, da parte sua, degli obblighi di informazione e di forma e considerato, inoltre, che -avuto riguardo all'epoca della sua esecuzione e al diversificato portafoglio dei clienti- l'ordine censurato non appariva inadeguato e non rispondeva, inoltre, ad interessi diretti o indiretti della Banca nell'operazione. Eccepite nel contempo anche il concorso di colpa del i sensi dell'art. 1227 c.c., per elidere o comunque ridurre la condanna risarcitoria, la convenuta, in via subordinata, ha avanzato domanda di restituzione dei titoli e delle relative cedole (percepiti per complessivi euro 2.757,06), oltre interessi legali.

[*omissis*]

MOTIVI DELLA DECISIONE

[*omissis*]

§ 3.- *L'assenza del contratto quadro di negoziazione.*

Come già anticipato, nel caso di specie gli attori negano che sia mai stato fatto loro sottoscrivere il contratto quadro di negoziazione, mentre l'assunto della convenuta, secondo cui il predetto contratto sarebbe stato sottoscritto dai signori sin dal gennaio del 1992, è rimasto privo di dimostrazione.

Trattandosi di contratto da concludere per iscritto a pena di nullità (come sancito via via nel tempo dall'art. 6, comma 1, lett. e), l. n. 1/1991, dall'art. 18, comma 1°, D. Lgs. n. 415/1996 e, da ultimo, dall'art. 23, comma 1, D. Lgs. n. 58/1998), l'interrogatorio formale e la prova testimoniale al riguardo dedotti dalla Banca, per sopperire alla mancata produzione del documento, sono infatti sicuramente inammissibili ai sensi degli artt. 2733, comma secondo, e 2725 c.c. (non essendone neppure stata prospettata la perdita incolpevole).

Se, quindi, nella fattispecie esaminata la mancanza del c.d. contratto quadro di negoziazione deve considerarsi un dato defini-

tivamente acquisito, tuttavia -a giudizio di questo Tribunale- ciò non comporta automaticamente la nullità dei singoli ordini di negoziazione, ove gli stessi, come nel caso di specie, siano stati conclusi per iscritto, con indicazione degli elementi essenziali della negoziazione, ossia del tipo di operazione ("*acquistare*"), del titolo ("*Rep. Argentina J0/6/99-J0/6/2002 7,125% fisso*") e della quantità (20.000,00euro).

L'art. 18, comma primo, del D. Lgs. n. 415/1996 (vigente all'epoca della conclusione dell'ordine di negoziazione qui contestato e successivamente sostituito, con disposizione pressoché identica, dall'art. 23, comma I, del D. Lgs. n. 58/1998), si limita, invero, a stabilire che: "*I contratti relativi ai servizi previsti dal presente decreto sono redatti in forma scritta e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*".

Con la predetta disposizione il legislatore ha imposto per i contratti relativi ai servizi di intermediazione finanziaria, ivi inclusi quelli di negoziazione, l'obbligo di forma scritta, sanzionando la sua eventuale inosservanza con la nullità. La Consob, nel dare attuazione al precetto di legge, ha correttamente inteso che l'obbligo di forma scritta si riferisce in prima istanza al c.d. "contratto quadro", ossia al contratto destinato a regolamentare nel tempo i servizi d'investimento fomenti dall'intermediario al cliente.

Ciò si evince dal riferimento dell'obbligo di forma scritta ai contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento e non già alle singole operazioni poste in essere in attuazione del predetto servizio.

Coerentemente con tale impostazione la fonte secondaria dispone che le modalità di conferimento degli ordini e delle istruzioni devono essere indicate nel contratto quadro d'intermediazione finanziaria, il quale assurge a mandato generale con contenuti tipicamente normativi rispetto ai successivi mandati a negoziare conferiti di volta in volta dal cliente (cfr. art. 7 deliberazione Consob n. 10943/1997 e art. 30 della deliberazione Consob n. 11522/1998 attualmente vigente). Va a questo punto osservato che, se è che il regolamento Consob, nel disporre che *"gli intermediari autorizzati non possono fornire servizi di investimento se non sulla base di un apposito contratto scritto"*, configura il contratto quadro come presupposto indefettibile delle successive operazioni di negoziazione, nondimeno -in assenza di una previsione espressa in tale senso non rinvenibile né nella fonte primaria né in quella secondaria- non è possibile affermare che la conclusione di sporadici mandati di negoziazione in assenza di un contratto quadro di riferimento sia per ciò solo affetta da nullità, essendo peraltro evidente che in simili evenienze gli ordini dovranno essere necessariamente impartiti per iscritto, in ottemperanza al dettato della legge.

Anche alla luce della rafforzata tutela degli investitori, introdotta nel tempo dalla legislazione in materia di intermediazione finanziaria (L. n. 1/1991, dal D. Lgs. n. 415/1996 e dalla legge n. 58/1998), può quindi ancora ammettersi la cittadinanza di singoli mandati di negoziazione, ove gli stessi siano conferiti per iscritto e fermo restando l'obbligo, per l'intermediario, di adempiere parallelamente ai doveri di trasparenza e di informazione posti a suo carico dal legislatore e dalla Consob.

Va, infine e solo per inciso, evidenziato che l'interpretazione prospettata dagli attori, ove accolta e portata alle sue coerenti conseguenze, condurrebbe alla caducazione di tutte le operazioni di negoziazione poste in essere nel corso del rapporto (e,

quindi, anche degli investimenti dall'esito proficuo), in quanto, sebbene la nullità possa essere fatta valere solo dal cliente (art. 18 D. Lgs. n. 415/1996), ciò non significa che sia in sua facoltà scegliere quali ordini porre nel nulla secondo il suo interesse. Una simile applicazione della normativa si porrebbe infatti in palese contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

§ 4.- *L'inadempimento degli obblighi di informazione.*

L'art 6 della deliberazione Consob n. 10943 del 1997 (qui applicabile *ratione temporis*) recita: "1. *Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensioni.* 2. *Ai fini di cui al comma i, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'ari. 5 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati.* 3. *Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni*

relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, in caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute".

Nel caso di specie le prescrizioni sopra riportate sono state disattese.

La convenuta, non avendo a disposizione esplicite dichiarazioni dei clienti in ordine all'esperienza in materia di strumenti finanziari, agli obiettivi d'investimento ed alla propensione al rischio, avrebbe dovuto agire con particolare cautela, considerando gli

attori come investitori non esperti e con basso profilo di rischio, salvo che dalla loro pregressa operatività o da altri dati in suo possesso non fosse possibile pervenire ad una diversa conclusione.

Nella fattispecie esaminata, l'esame dell'estratto conto titoli dei coniugi relativo al periodo in cui è stato posto in essere l'ordine di negoziazione per cui è causa (dal 1.1.1999 al 30.6.1999), lungi dal rivelare una particolare esperienza o propensione al rischio degli attori, conferma che le loro intenzioni di investimento erano di tipo fondamentalmente conservativo.

All'epoca il loro portafoglio era infatti composto, in misura nettamente prevalente, da titoli obbligazionari (per il valore complessivo di euro 56.807,36, dedotte le obbligazioni dello Stato Argentino) e, in particolare, da titoli di Stato (BOT-BTP), obbligazioni della stessa BCC ed altre emissioni obbligazionarie a lungo termine (Council 97/22.5.07 8.25% - BEI 98/15.2.20018 5,5%, Deutsche F. 98/26.2.08), la cui redditività risulta legata non già all'intrinseca rischiosità dei titoli, ma alla durata dell'investimento.

La presenza di 5.000 azioni ordinarie Montedison non vale certo a modificare la valutazione sopra espressa, trattandosi d'investimento azionario in linea con la bassa propensione al rischio propria del piccolo risparmiatore.

Per contro le obbligazioni dello Stato Argentino sono state sempre classificate dalle principali agenzie internazionali di *rating* come titoli di natura speculativa (ossia della categoria "*non investment grade*") e, pur essendo all'epoca ancora collocati all'interno della migliore tra le categorie speculative (Ba3 Moody's - BB Standard and Poor's e Fitch), presentavano, comunque, sin dalla loro emissione un rilevante grado di rischio di perdita del capitale.

Va, in particolare, evidenziato che il predetto *rating*, confermato nel febbraio del 1999 con previsioni negative, nel giugno del 1999 era sotto osservazione e nell'ottobre del 1999 (ossia pochi mesi dopo l'ordine per cui è causa) ha subito il primo declassamento da parte della Moody's (la relativa notizia può ritenersi ormai di pubblico dominio, in quanto riferita dalla Consob alla Commissione Finanze della Camera dei Deputati nell'ambito dell'audizione informale del 27.4.2004 circa "*La diffusione in Italia di Obbligazioni Pubbliche Argentine*").

In tale contesto, la Banca avrebbe pertanto dovuto segnalare al signor A. l'inadeguatezza dell'operazione in relazione non tanto alla sua dimensione, quanto piuttosto al suo oggetto, ossia alla tipologia dei titoli acquistati che, pur essendo obbligazioni statali, non potevano certo essere assimilati ai titoli dello Stato italiano,

essendo emessi da Paese c.d. Emergente e, conseguentemente, connotati da un apprezzabile rischio di mancato recupero del capitale, proprio degli investimenti speculativi.

Nel modulo d'ordine in atti non è dato rinvenire siffatto avvertimento e tale carenza non può certo essere colmata mediante la prova orale articolata dalla convenuta, in quanto lo stesso deve essere necessariamente dato per iscritto.

La Banca si è quindi resa inadempiente agli obblighi sulla stessa gravanti *ex lege* nella prestazione del servizio di negoziazione.

Come da ultimo chiarito dalle S.U. della Cassazione nella sentenza n. 26724/2007, anche in materia di intermediazione finanziaria la violazione delle cosiddette "norme di comportamento", quali sono quelle qui considerate, non comporta la nullità del contratto, in difetto di una previsione espressa in tal senso da parte del legislatore, ma genera piuttosto responsabilità risarcitoria per inadempimento contrattuale e può giustificare

l'eventuale risoluzione del contratto ove ricorrano gli estremi di gravità richiesti dall'art. 1455 c.c. (in senso conforme già Cass. n. 19024/2005).

Nel caso di specie l'inadempimento è senz'alto da considerarsi di rilevante importanza, non essendovi elementi per affermare ed anzi dovendosi escludere alla luce dei pregressi investimenti, che il signor A, ove esplicitamente avvertito dell'inadeguatezza dell'operazione al suo profilo di rischio, si sarebbe comunque

determinato ad impartire il relativo ordine.

Considerato che l'inadempimento dell'intermediario preclude al cliente di procedere all'investimento con il corredo di informazioni necessario perché la relativa decisione possa dirsi assunta con piena consapevolezza, è impossibile configurare a carico di quest'ultimo un concorso di colpa.

Il mandato d'acquisto va, pertanto, risolto per inadempimento della convenuta, con conseguente piena *restituito in integrum* degli attori che, in forza dell'art. 1458 c.c., hanno diritto, come da domanda, alla restituzione, da parte della Banca, della somma di euro 20.000,00, versata per l'acquisto dei titoli, oltre agli interessi dal relativo addebito in conto corrente (ossia dal 10.6.1999) sino al saldo.

Trattandosi di credito originariamente pecuniario, anche se l'obbligo restitutorio è originato dall'inadempimento della controparte, la rivalutazione monetaria non può invece essere automaticamente riconosciuta a titolo di maggior danno, in quanto l'interesse legale è già di per sé normalmente idoneo a coprire il danno subito per il ritardato recupero del capitale investito, ove non sia dimostrato che l'attore sarebbe stato in grado di investire con una maggiore redditività.

In accoglimento della domanda riconvenzionale svolta in via subordinata dalla Banca, gli attori sono a loro volta tenuti a re-

stituire alla convenuta i titoli e le cedole percepite che, come risulta dagli estratti conto prodotti dalla Banca [...], risultano pari a complessivi euro 2.669.96, di cui euro 1.425,00 accreditati il 13.6.2000 ed euro 1.244,96 il 12.6.2001, con gli interessi dai relativi accrediti sino al saldo (cfr. Cass. n. 95/2135, secondo la quale "nel caso in cui la prestazione ricevuta abbia avuto per oggetto una cosa fruttifera, ciascun contraente, indipendentemente dalle inadempienze a lui eventualmente imputabili, ha l'obbligo di restituire i frutti (naturali e civili) percepiti"; nello stesso senso v. anche Cass. n. 4465/1997 e 5143/1987).

La retrocessione delle cedole non può che avvenire al netto degli oneri fiscali, in quanto, per effetto della risoluzione, gli stessi avrebbero dovuto essere versati dalla convenuta che, pertanto, non può ripetere dal cliente il corrispondente importo.

Le spese processuali -in applicazione del principio di soccombenza- si pongono a carico della convenuta nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M

Il Tribunale di Monza, sez. I civile, in composizione collegiale, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa o assorbita, definitivamente pronunciando nella causa R.G. n. 13785/2006 promossa da A e B contro la Banca nel contraddittorio delle parti, così provvede:

- 1) rigetta l'eccezione d'incompetenza per territorio sollevata dalla convenuta;
- 2) dichiara la risoluzione per inadempimento della convenuta del mandato di acquisto di obbligazioni "Argentina 99/30.06.02 7.125 XS0098314874" conferito da lin data 4.6.1999;
- 3) condanna la convenuta a restituire agli attori la somma di euro 20.000,00, oltre interessi legali dal 10.6.1999 al saldo;
- 4) condanna gli attori a restituire alla convenuta i titoli oggetto di negoziazione, nonché la somma di complessivi euro

2.669,96, pari alle cedole percepite, oltre interessi legali dall'epoca dei relativi accrediti in conto corrente, come meglio indicati in motivazione, sino al saldo;

5) condanna la convenuta a rifondere agli attori le spese processuali, liquidate in euro 420,00 per esborsi, euro 1.476,00 per diritti, euro 2.400,00 per onorari ed euro 484,50 per rimborso spese generali ex art. 14 t.f.. oltre CPA e IVA.

Monza, 22.5.2008.

II

[*omissis*]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato e convenivano in giudizio [CASSA DI RISPARMIO s.p.a.] al fine di sentir pronunciare, alternativamente, la nullità, l'annullamento o la risoluzione del contratto di acquisto di titoli obbligazionari emessi dalla Repubblica Argentina per € 12.911,42, concluso con la convenuta nel febbraio 1998, ed adottare ogni conseguente statuizione di condanna.

Premessa, infatti, la circostanza dell'intervenuto *default* del titolo, esponevano di non aver ricevuto, né all'atto dell'acquisto né successivamente, alcuna informazione sui caratteri dell'investimento, in specie con riferimento alle sue caratteristiche di intrinseca rischiosità.

Lamentavano inoltre di aver richiesto alla convenuta, dopo il *default* dei titoli, copia del cd. contratto-quadro per la negoziazione di strumenti finanziari, ricevendone una successiva di quattro anni all'operazione in questione; da tanto, conseguentemente, faceva discendere la nullità della negoziazione in questione invocando il disposto di cui all'art. 23 T.U.F. Si costituiva la convenuta contestando ogni assunto avversario a fonda-

mento delle petizioni di invalidità o risolubilità del contratto; a tale riguardo, evidenziava che:

- Gli attori erano stati debitamente informati delle caratteristiche di rischiosità del titolo, cui nulla avevano obiettato essendo propensi ad operazioni rischiose, come dimostrava il percorso storico dei loro investimenti;
- I termini dell'operazione erano stati, in ogni caso, loro compiutamente illustrati;
- Le caratteristiche dell'investimento effettuato risultavano inoltre da una nutrita documentazione (in particolare; documento sui rischi generali, foglio di informazioni relative ai servizi di investimento);
- Alla data di perfezionamento dell'ordine non era prevedibile il *default* dei titoli obbligazionari argentini.

Sulla base di tali argomenti la convenuta chiedeva dunque il rigetto della domanda.

Dopo il contraddittorio cartolare di rito, il Collegio fissava udienza di discussione senza dar luogo ad incumbenti istruttori ed all'esito tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è fondata e merita accoglimento per quanto di ragione. Osserva al riguardo il Collegio che dal novero degli argomenti posti dagli attori a fondamento della loro pretesa una questione, quella concernente il cd. contratto-quadro, abbia carattere dirimente e vada perciò esaminata con precedenza.

Sul punto, le contrapposte posizioni possono essere sunteggiate nei termini che seguono.

L'attrice, dando atto della mancanza di tale contratto all'epoca del perfezionamento, poiché è in atti una sola copia risalente all'anno 2002, ne deduce la nullità per difetto di forma scritta all'epoca dell'acquisto, con ogni conseguente effetto in punto all'operazione in questione.

La convenuta non svolge specifiche difese sull'argomento, e tuttavia pare dedurre l'irrilevanza poiché assume d'aver in ogni caso *aliunde* adempiuto agli obblighi connessi alla sua posizione di intermediario.

Ora, osserva, il Collegio che la questione sollevata dagli attori ha certamente valenza decisiva, poiché ove fondata comporterebbe la declaratoria di nullità del contratto di negoziazione dedotto in lite, senza, necessità di disamina delle altre questioni prospettate.

E invero, in fatto quanto affermato dagli attori-trova conferma dalla documentazione di causa; risulta, infatti, ch'essi acquistarono i titoli argentini il 25.2.1998 (docc. 1-2 attorei), mentre il cd. contratto-quadro reca data successiva di circa quattro, anni (doc., 6 di parte convenuta). Ciò posto, in diritto è pacifico che il contratto-quadro di negoziazione deve rivestire forma scritta *ad substantiam actus*, siccome previsto dall'art. 18 d.lgs. 415/96 (vigente all'epoca della negoziazione) con disposizione poi trasfusa nell'art. 23 T.U.F.; ed è altrettanto, pacifico, e questo Ufficio non ha mancato di rilevarlo in precedenti statuizioni, che il contratto reso per iscritto deve preesistere alle negoziazioni, poiché in caso contrario ne resterebbe frustrata la funzione regolatrice del complessivo rapporto.

Ciò posto, non sfugge al Tribunale che talune corti di merito hanno sostenuto che la mancanza del contratto-quadro non comporterebbe automaticamente la nullità dei singoli ordini di negoziazione ove gli stessi, come nel caso di specie, siano stati conclusi per iscritto con indicazione degli elementi essenziali della negoziazione, ossia del tipo di operazione, del titolo e della quantità acquistata in termini di controvalore monetario; tale assunto, però, non merita di essere condiviso. In tal senso, è opportuno premettere alcune considerazioni in ordine alla natura ed alla funzione del contratto-quadro.

Invero, la previsione di forma scritta *ad substantiam* di cui all'art. 23 T.U.F. non si fonda su ragioni di intrinseco formalismo o su esigenze di certezza del rapporto; come infatti ritenuto dalla prevalente giurisprudenza e dalla migliore dottrina (che parlano di "*forma funzionale all'informazione*"), essa è invece volta alla protezione del risparmiatore, ovviando alla sua intrinseca debolezza conoscitiva. Prova ne sia il fatto che il Reg. Consob 11522, che attribuisce specificità e puntualità al contenuto precettivo del T.U.F., contiene previsioni relative al contenuto del dovere informativo dell'operatore che, secondo l'interpretazione ormai comunemente accolta, non è più attinente alla fase anteriore alla formazione del contratto ma è fatta oggetto di obblighi inerenti la prestazione contrattuale.

Il legislatore ha dunque previsto che i servizi di investimento siano necessariamente prestati nell'ambito di un regolamento contrattuale di tipo normativo che disciplini le modalità da osservare nella conclusione delle singole, successive operazioni ad esso collegate.

Quanto alla ricostruzione sistematica di tale complessivo rapporto negoziale, il Tribunale ritiene - con la prevalente giurisprudenza di merito - di assimilarlo al rapporto di mandato: l'incarico, con il quale è definito il contenuto delle attività commissionate, viene conferito al momento della conclusione del contratto-quadro e le singole operazioni d'investimento e disinvestimento assumono il valore di atti esecutivi e attuativi dell'incarico.

È dunque il contratto quadro la principale fonte dei rispettivi diritti e doveri, tant'è che tutti gli obblighi di comportamento che l'intermediario deve osservare quanto all'informazione nascono già al momento in cui viene perfezionato il contratto normativo, di cui essi sono parte integrante in base a quanto disposto dall'art. 1374 c.c..

Non a caso, la giurisprudenza afferma costantemente che gli ordini d'acquisto successivi al contratto-quadro, donde non sorgono in capo alle parti gli effetti obbligatori che presiedono all'intero rapporto, non devono gestire la forma scritta prevista dall'art. 23 T.U.F., e che tale onere le parti possono solo (eventualmente) prevedere ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1352 c.c.

È errato, pertanto, ritenere che il mancato rispetto di tale onere possa in certa misura esser sanato dalla redazione in forma scritta di ordini d'acquisto che rechino indicazione dei soli elementi dell'operazione e null'altro prevedano in ordine al carattere dei servizi d'investimento, ed in particolare alle informazioni a questi correlate in ragione delle loro diverse tipologie, come definite dall'art. 5 T.U.F., poiché così facendo si viola lo scopo della norma, riconducendola- nella sostanza- ad un precetto senza funzione.

Né può ritenersi, così come opinato dalla convenuta, che le particolari condizioni soggettive degli attori rendessero superfluo l'adempimento agli obblighi informativi, trattandosi di questione che afferisce al piano dell'esecuzione del rapporto- cioè all'adempimento del contratto- e non alla validità dello stesso.

Peraltro, e per completezza, sul punto il Collegio osserva che la convenuta fonda tale assunto essenzialmente sul rilievo del fatto (cfr. doc. 7 Carisp) che gli attori, all'atto della sottoscrizione, dichiararono di avere una "media propensione al rischio" e- barrando l'apposita casella su modulo prestampato rifiutarono di fornire informazioni sulla loro esperienza finanziaria e sui loro obiettivi di investimento.

Ebbene, la giurisprudenza condivisa da questo Ufficio ha da tempo chiarito che la banca non è esentata dall'adempimento ai propri obblighi informativi per il sol fatto che il risparmiatore ha dichiarato di possedere certe caratteristiche, peraltro sotto-

scrivendo la modulistica d'uso; tale dichiarazione, infatti, dev'essere corroborata da elementi di positivo ed obiettivo riscontro e non è di per sé sola sufficiente ad esonerare l'intermediario dal rispetto dei doveri di informazione e di protezione dell'investitore.

Diversamente opinando, infatti, si verrebbe ad ammettere che i diversi *standard* di comportamento degli intermediari e l'eventuale applicazione di uno statuto protezionistico in favore degli operatori non qualificati sia fondata non sull'obiettiva "qualità ed esperienza professionale" degli investitori, bensì su di un giudizio reso da questi, vale a dire da coloro le cui qualità dovrebbero invece essere verificate dalla banca.

Dunque, poiché all'epoca del perfezionamento dell'ordine non risultava concluso un valido contratto per iscritto, va accolta l'eccezione di nullità rilevata da parte attrice.

Il carattere assorbente di tale statuizione, come si è detto, rende superflua la disamina delle ulteriori questioni dedotte in lite.

Alla declaratoria di nullità consegue il diritto degli attori di ripetere quanto versato a corrispettivo dell'acquisto, con gli interessi al saggio legale dalla negoziazione al saldo e detratte le cedole *medio tempore* percepite per evitare un'indebita *overcompensation*, fermo altresì l'obbligo di restituzione dei titoli

La convenuta va altresì condannata a rifondere agli attori le spese di lite, che si liquidano in dispositivo.

P.Q.M

Il Tribunale, definitivamente decidendo nella causa promossa da [...] contro [...], ogni contraria domanda, istanza ed eccezione disattesa, in accoglimento della domanda per quanto di ragione, dichiara la nullità del contratto di acquisto di titoli obbligazionari argentini reso tra gli attori e la banca - convenuta; condanna la convenuta a restituire agli attori l'importo di €12.911,42 percepito a titolo di corrispettivo, con gli interessi

come in motivazione e detratte le cedole *medio tempore* incassate dagli attori, ferma la restituzione dei titoli; pone a carico della convenuta le spese

*IL PROBLEMA DELLA FORMA DEI CONTRATTI
RELATIVI ALLA PRESTAZIONE DEI SERVIZI DI INVESTIMENTO.*

1. Le sentenze in epigrafe si inseriscono nell'alveo dell'ormai copiosa giurisprudenza relativa alla violazione delle norme che regolano la prestazione dei servizi di investimento.

Le vicende sottoposte all'esame dell'organo giudicante sono pressoché identiche nei due casi. La negoziazione di strumenti finanziari (*bonds* argentini) era avvenuta in assenza di un precedente "contratto quadro"; donde la pretesa restitutoria degli investitori-attori, incentrata sull'asserita nullità dell'ordine di acquisto, *ex art. 23, co. 1, T.U.F.* In via subordinata, gli attori lamentano la violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario convenuto (art. 21 T.U.F.), chiedendo la risoluzione del contratto e la restituzione delle somme versate.

Entrambe le sentenze accolgono la domanda restitutoria, ma a diverso titolo. Il Tribunale di Monza ha, infatti, rigettato la domanda principale di nullità per difetto di forma e ha accolto quella subordinata di risoluzione per grave inadempimento. Il Tribunale di Forlì, per contro, ha accolto la domanda principale, dichiarando, di conseguenza, assorbita la domanda subordinata.

La possibilità di ottenere la risoluzione del contratto adducendo la violazione delle regole di condotta di cui all'art. 21 T.U.F. è affermata dalla giurisprudenza di gran lunga prevalente ed è accolta, pur se con talune riserve, dalla dottrina maggioritaria. A seguito della nota pronuncia delle Sezioni Unite, può

dirsi, in effetti, che l'azione di risoluzione costituisca, ormai, la *via brevis* per l'investitore che intenda agire in restituzione, sempre che, evidentemente, non ricorrano vizi genetici che giustificino una domanda di annullamento¹.

Il problema della nullità per difetto di forma sembra meritevole di qualche ulteriore riflessione, anche in considerazione del perdurante contrasto nella giurisprudenza di merito, sebbene di gran lunga maggioritaria sia la tesi che ravvisa nella stipulazione di un contratto quadro in forma scritta un requisito per la valida conclusione dei successivi contratti aventi a oggetto strumenti finanziari.

¹ Il riferimento è alla nota sentenza di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (ma si tratta, a rigore, di due sentenze "gemelle", nn. 26724 e 26725), che si legge, fra l'altro, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 353, con nota di COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, I, p. 691 ss., con nota di MAZZINI, *L'ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell'intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite*, e in *Danno e responsabilità civile*, 2008, p. 525 ss. (dove si cita), con nota di ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*. Sulle problematiche connesse all'applicazione dei rimedi civilistici nel caso di violazione delle regole di condotta da parte degli intermediari cfr. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 896 ss.; PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Rivista delle Società*, 2005, p. 1017 ss.

Quest'ultimo Autore, peraltro, esprime perplessità in merito al rimedio della risoluzione; perplessità, da ultimo, ribadite, proprio con riferimento alla menzionata sentenza delle Sezioni Unite. Cfr. PERRONE, *La responsabilità degli intermediari: tutela del risparmiatore incolpevole o «copertura assicurativa» per investimento sfortunato?*, in *Banca Impresa Società*, 2008, p. 398, nota 25. Il rimedio della risoluzione, in effetti, ha destato qualche imbarazzo in dottrina, per la difficoltà di conciliare la violazione di obblighi *pre-contrattuali* con un rimedio che riguarda il profilo patologico del *successivo* rapporto. Sul punto cfr., su posizioni diverse, ROPPO, *La tutela dei risparmiatori fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 628; ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati*, in *I soldi degli altri*, a cura dello stesso Perrone, Milano, 2008, p. 45 ss. Per un'ampia rassegna ragionata dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto cfr. INZITARI – PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Il diritto degli affari*, a cura di Inzitari, Padova, 2008, spec. p. 159 ss.

Non sempre limpido appare, tuttavia, il percorso argomentativo che conduce alla soluzione sopra sintetizzata².

Nella sentenza del Tribunale di Monza si afferma che la pur riscontrata assenza del contratto quadro non comporta automaticamente la nullità dei singoli ordini di negoziazione, purché questi siano stati redatti per iscritto e rechino gli “elementi essenziali della negoziazione”, consistenti nel “tipo di operazione” (nel caso di specie: acquisto), nel titolo (*i.e.*, lo strumento finanziario negoziato) e nella “quantità”.

Il Tribunale non nega che la legge³ imponga la forma scritta per i contratti relativi ai servizi di investimento, sanzionando il difetto di forma con la nullità (relativa). La locuzione “contratti relativi ai servizi di investimento” dovrebbe essere riferita al c.d. contratto quadro, destinato a regolare nel tempo i servizi di investimento che saranno forniti dall’intermediario al

² In giurisprudenza, in effetti, la frequente statuizione della necessità di un contratto quadro coesiste con una diffusa incertezza in merito alla stessa nozione del contratto in questione, talora del tutto genericamente identificato con quel contratto “con il quale l’istituto di intermediazione riceve dal cliente l’incarico generale di curare l’allocazione del proprio patrimonio mobiliare” (Trib. Asti, 29 marzo 2007, in *Corriere del merito*, 2007, p. 1023). In dottrina cfr. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass, sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 944, muovendo dalla convinzione che il contratto quadro sia assimilabile al mandato, sulla scia di GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, *ivi*, 2005, p. 889 ss. Alle medesime conclusioni pervengono, da ultimo, INZITARI – PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, *cit.*, p. 13, ma muovendo dall’assunto di una insufficienza “strutturale” dei singoli ordini a integrare gli elementi essenziali del contratto.

Questo inquadramento dogmatico, peraltro, non è per nulla pacifico in dottrina ed è stato contestato già nel vigore della l. n. 1/91. Cfr., ad esempio, le riflessioni di CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull’intermediazione mobiliare*, in *Banca e Borsa*, 1993, I, p. 300 ss. Sul punto cfr., *amplius*, LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, p. 106 ss.

³ L’art. 18 d. lgs. n. 415/96 (c.d. Decreto Eurosim), in vigore all’epoca dei fatti, il cui contenuto corrisponde, *in parte qua*, a quello dell’art. 23 T.U.F., nella versione ante-recepimento della Direttiva MiFID.

cliente. E in tal senso si sarebbe indirizzata la Consob con il regolamento di attuazione⁴.

I “contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento”, in altri termini, sarebbero quei contratti che *disciplinano l'attività* degli intermediari nei confronti dei clienti, non anche (i contratti che danno veste giuridica al)le singole operazioni di investimento o di disinvestimento, poste in essere *nello svolgimento* dell'attività e *in attuazione* del c.d. contratto quadro⁵. Quest'ultimo verrebbe in tal modo ad “assurgere a mandato generale con contenuti tipicamente normativi rispetto ai successivi mandati a negoziare conferiti di volta in volta dal cliente”⁶.

⁴ Il riferimento è, *ratione temporis*, all'art. 7 della deliberazione Consob n. 10943/1997. Successivamente, si vedano l'art. 30, regolamento n. 11522/98, e, attualmente, l'art. 37, regolamento n. 16190/07. Al riguardo si segnala, altresì, l'importante Comunicazione N. DIS 5055217 del 3 agosto 2005, nella quale la Consob ha precisato che “la forma scritta è richiesta per i contratti quadro disciplinanti la prestazione dei servizi d'investimento, mentre per il conferimento dei singoli ordini di compravendita, rilasciati dagli investitori, non è prescritto un particolare requisito di forma. Così, ad esempio, risulta la piena conformità alla normativa di riferimento (come espressamente confermato dagli articoli 27 e 29 del Regolamento 11522/1998) di un ordine impartito telefonicamente”. Sul punto cfr., in termini dubitativi, ROVITO – PICARDI, *sub art. 23*, in *Testo Unico della Finanza. Commentario*, diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, I.

⁵ In precedenza, cfr., in termini pressoché identici, Trib. Venezia, 11 luglio 2005, p. 3 (del dattiloscritto, reperibile nel sito www.ilcaso.it).

⁶ Il ragionamento sintetizzato nel testo rispecchia solo parzialmente la posizione dottrinale sopra ricordata (nt. 2), la quale vede sì nel c.d. contratto quadro un mandato, ma – coerentemente – inquadra le successive operazioni in termini di atti esecutivi di quello che, allora, risulta essere l'unico contratto concluso fra intermediario e cliente. Cfr. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, cit., p. 893, ove la precisazione che “l'ordine del cliente alla banca è un atto unilaterale esecutivo del mandato, non già una proposta contrattuale del cliente alla banca, e non richiede alcuna accettazione della banca diretta a perfezionare una asserita compravendita”. Per un recente richiamo al mandato, a proposito del contratto di negoziazione, cfr. Cass., 17 febbraio 2009, n. 37703 (inedita), § 3.1, ove la precisazione che le operazioni compiute dall'intermediario per conto del cliente “benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto di intermediazione” (il c.d. contratto quadro).

Non di meno, l'assenza del contratto quadro – pure ritenuto “presupposto indefettibile delle successive operazioni di negoziazione” – non comporterebbe la nullità del singolo “mandato di negoziazione”, in assenza di una previsione espressa nella disciplina di rango primario e secondario e sempre che il singolo “mandato” sia conferito per iscritto. L'intermediario non sarebbe, per questo, esentato dal rispetto degli obblighi di trasparenza e di informazione, ma la violazione di questi obblighi inciderebbe esclusivamente sul rapporto, giustificando la domanda di risoluzione.

A diverse conclusioni perviene la sentenza del Tribunale di Forlì, che ritiene indispensabile la presenza di un “contratto quadro” *preesistente* alle singole operazioni di investimento, perché queste possano avere un valido titolo giuridico.

Il percorso argomentativo della sentenza muove dalla assimilazione del contratto quadro al paradigma del mandato; donde la natura di meri atti esecutivi delle singole operazioni di dis/investimento, per le quali non sarebbe richiesto il rispetto di una forma *ad substantiam*.

In questo contesto, sarebbe inconcepibile una “sanatoria” successiva del (vizio conseguente al) mancato rispetto del “regolamento contrattuale di tipo normativo” imposto dal legislatore, mediante la stipulazione di singoli contratti aventi a oggetto l'acquisto (o la vendita) di strumenti finanziari. E ciò in quanto il Testo Unico avrebbe imposto un requisito di forma per la “protezione del risparmiatore, ovviando alla sua intrinseca debolezza conoscitiva”.

Ammettere la validità del “contratto isolato” – pure rivestito della forma solenne, ma privo delle informazioni relative alla prestazione dei servizi di investimento – significherebbe, infatti, violare lo scopo dell'art. 23 T.U.F., “ric conducendolo – nella sostanza – ad un precetto senza funzione”.

Pur pervenendo a conclusioni dissimili (in punto di diritto) le sentenze in commento sono accomunate dall'assunto di partenza, secondo cui il Testo Unico contempla il "contratto quadro", stabilendo un requisito di forma per la sua conclusione. Il Tribunale di Forlì, tuttavia, compie un passaggio ulteriore, individuando nel contratto quadro una *cornice normativa* indispensabile per la successiva operatività in strumenti finanziari, ai fini della *validità* dei singoli atti di investimento. Il Tribunale di Monza, per contro, si arresta dinanzi alla constatazione del principio generale di libertà delle forme, in mancanza di una norma che commini espressamente la sanzione della nullità (per l'insussistenza del contratto quadro).

L'affermazione secondo cui l'art. 23 T.U.F. regola il contratto quadro non sembra trovare, in realtà, un riscontro testuale nella norma di legge, che parrebbe limitarsi a imporre un requisito di forma dei contratti che gli intermediari stipulano nella prestazione dei servizi di investimento, autorizzando la Consob a stabilire, con regolamento, una "forma diversa", a determinate condizioni⁷. La sanzione per l'inosservanza del precetto, inoltre, lascia trasparire l'intento di proteggere una parte soltan-

⁷ Più precisamente, l'art. 23 T.U.F. dispone che devono essere redatti per iscritto i contratti *relativi* alla prestazione dei servizi di investimento. Il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 – di recepimento della Direttiva MiFID – ha escluso questo requisito di forma per il servizio di consulenza in materia di investimenti. La locuzione "relativi alla prestazione", in effetti, presenta margini di ambiguità, potendo senz'altro essere intesa nel senso di contratti che *disciplinano la (futura) prestazione* dei servizi di investimento, secondo l'interpretazione prevalente fra gli interpreti e avallata anche dalla Direttiva MiFID (*infra*, nota 22). Sul punto cfr. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007, spec. pp. 257 ss. e 343 ss.

Il tenore letterale della disposizione, peraltro, non è incompatibile con un'interpretazione "minimalista", che desuma dal precetto esclusivamente l'obbligo di redigere per iscritto i contratti stipulati *in occasione* della prestazione dei servizi di investimento, da parte dei soggetti ai quali questa attività è riservata. Certo è che, come si osserva nel testo, la legge *non* prevede un *contenuto minimo necessario* dei contratti in esame, neanche in virtù di un rinvio alla disciplina secondaria. Ma per una diversa valutazione cfr. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, cit., p. 112, ove il riferimento a una "delega legislativa" alla Consob.

to del contratto, l'investitore, al quale spetta la legittimazione esclusiva a far valere il vizio⁸.

Diversa la soluzione presente nella abrogata legge n. 1/91, che, in effetti, imponeva agli intermediari di “stabilire i rapporti con il cliente stipulando un contratto scritto nel quale siano indicati la natura dei servizi forniti, le modalità di svolgimento dei servizi stessi e l'entità e i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente” (art. 6, co. 1, lett. c)⁹. Il legislatore taceva, peraltro, in merito alle conseguenze derivanti dalla violazione del precetto; il che aveva suscitato un vivace dibattito in dottrina, circa la riconducibilità della norma al novero delle regole di comportamento ovvero delle regole relative a requisiti di validità dell'atto¹⁰.

Il Testo Unico – riprendendo la soluzione già accolta dal decreto Eurosim (art. 18. d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415) – ha chiaramente preso posizione su quest'ultimo aspetto, elevando al rango di requisito di validità del contratto quella che, altrimenti, potrebbe essere considerata una regola di condotta degli intermediari¹¹.

⁸ Per la segnalazione dei possibili abusi derivanti da un ricorso al rimedio della nullità per rimuovere gli effetti di un investimento “sbagliato” cfr. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in *I soldi degli altri*, cit., p. 34 ss.

⁹ In giurisprudenza cfr. Cass., 7 settembre 2001, n. 11495, in *Contratti*, 2002, p. 26 ss., per la precisazione che l'art. 6, l. n. 1/91 si riferisce ai contratti quadro o normativi.

¹⁰ Cfr., anche per riferimenti, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 172 ss., propendendo per la seconda soluzione, alla luce degli interessi (anche di natura pubblicistica) protetti e, dunque, invocando il disposto dell'art. 1418, 1° co., c.c. Su posizioni analoghe, ma non coincidenti, MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 41 ss., pervenendo alla conclusione – poi recepita dal legislatore – della nullità *relativa*.

¹¹ Cfr., per il rilievo, PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, cit., p. 34. Ma, in precedenza, cfr. già MAZZAMUTO *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, cit.,

Non sembra, peraltro, che il legislatore abbia inteso introdurre un “tipo contrattuale” autonomo (“contratto di investimento”), di cui i singoli “servizi” costituirebbero altrettanti “sottotipi”¹². Piuttosto, il Testo Unico ha inteso risolvere – se si vuole, con un approccio empirico – alcuni *problemi* dei contratti che gli intermediari stipulano con i clienti nella prestazione dei servizi di investimento; problemi tutti riconducibili alla presenza di una parte debole da proteggere (il cliente), perché ritenuta tendenzialmente disinformata (o, comunque, meno informata rispetto a chi svolge professionalmente l’attività nel cui contesto s’inquadra il singolo rapporto)¹³.

Con queste precisazioni, può anche accogliersi la locuzione “contratti di investimento”, purché sia chiaro che essa non allude a un unico *tipo contrattuale*, essendo meramente evocativa di una *tipologia di problemi*.

La forma solenne è, allora, uno degli strumenti di tutela del cliente non professionale, come si evince chiaramente dalla previsione di un meccanismo di reazione “a richiesta” del soggetto protetto (nullità relativa) e del potere della Consob di introdurre una deroga alla regola “in relazione alla natura professionale dei contraenti”. Il documento contrattuale si rivela, in tal modo, uno strumento per l’informazione del cliente, *nonché*

p. 42. Per una valutazione critica della nullità relativa di protezione cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, cit., p. 235 ss.

¹² Cfr., in senso conforme, E. GABRIELLI – R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2004, p. 37. Ma si veda COSSU, *Contratti di investimento*, in *Enc. giur.*, IX, 2001, p. 8.

¹³ Muovendo da considerazioni analoghe si è affermato che la nozione idonea a “classificare” i contratti di cui all’art. 23 T.U.F. è quella di “categoria”, che il legislatore avrebbe elaborato “per ricomprendere diverse fattispecie contrattuali tipiche (e/o sottotipiche) al fine di tutelare una parte considerata «debole» nell’ambito di determinate operazioni economiche” (E. GABRIELLI – R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, cit., p. 43).

per consentire una verifica successiva del rispetto delle regole¹⁴.

In coerenza con le finalità perseguite dal legislatore, la Consob ha specificato le informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente, precisando che queste debbano essere fornite *per il tramite* del contratto.

Pur essendo possibile individuare un raccordo fra la norma primaria e quella secondaria, non sembra, tuttavia, scontata la possibilità di desumere dall'art. 23 T.U.F. la nullità di un contratto fra intermediario e cliente che, pur avendo i requisiti essenziali (art. 1325 c.c.)¹⁵, non rechi tutte le informazioni imposte dalla norma di rango secondario¹⁶.

¹⁴ Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., p. 172; MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, cit., p. 44; FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1994, I, pp. 422 e 434-435; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2003, p. 310. Per analoghe considerazioni, con riferimento al formalismo previsto dalla disciplina dei contratti bancari, cfr. MORERA, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in BRESCIA-MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio del Notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2006, p. 339; URBANI, *Forme di tutela del cliente*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005, I, p. 312 ss. L'influenza del modello normativo dei contratti bancari nella disciplina dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento è sottolineata da ALPA, *sub art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, Padova, 1998, I, p. 258. Per un efficace quadro di sintesi, cfr. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 122 ss.

¹⁵ Requisiti che dovranno essere valutati diversamente, in relazione ai singoli servizi, ma pur sempre in applicazione delle regole di diritto comune. Così, ad esempio, non v'è dubbio che un contratto per la gestione su base individuale di portafogli di investimento debba avere – anche ai fini della determinatezza dell'oggetto (art. 1346 c.c.) – un grado di analiticità maggiore rispetto a un singolo contratto avente ad oggetto la compravendita di strumenti finanziari, nello svolgimento del servizio di negoziazione per conto proprio, poiché nella gestione l'intermediario pone in essere, per conto del cliente, operazioni di investimento, senza che occorra, di volta in volta, un "atto di impulso" del cliente medesimo (sotto questo profilo, le peculiarità del contratto di gestione sono ben evidenziate da LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, cit.,

Secondo i principi di diritto comune, in effetti, la forma solenne è un requisito essenziale per la validità del contratto soltanto allorché *risulti* che è prescritta *dalla legge* sotto pena di nullità¹⁷. Nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria è presente, in effetti, una norma che impone la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione

pp. 92 e 100). Il che non significa, peraltro, che, in determinati casi, anche la negoziazione per conto proprio possa richiedere la previsione di un contratto normativo, perché sia possibile porre in essere le singole operazioni, richiamando, di volta in volta, il regolamento contenuto nel contratto normativo, come accade nella prassi relativa alla negoziazione di strumenti finanziari derivati OTC.

In questo caso, il contratto normativo (la sua esistenza e la sua validità) assurgerà al rango di condizione di validità dei singoli contratti, sia in base alla regole in tema di forma convenzionale (art. 1352 c.c.), sia, soprattutto, perché, il più delle volte, sarebbe impossibile individuare gli elementi essenziali del singolo contratto, senza il suo coordinamento con il contratto normativo, nel quale soltanto si rinvergono le pattuizioni relative alle concrete modalità (anche procedurali) di conclusione e attuazione dei singoli contratti, sovente conclusi mediante ordine telefonico, al quale segue l'invio di una "conferma di contratto", meramente ricognitiva dell'operazione, ma non idonea a costituire un valido titolo giuridico del conseguente trasferimento patrimoniale. Sul punto cfr. INZITARI – PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Il diritto degli affari*, cit., p. 8. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 31 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, p. 778 ss., con riferimento alla forma convenuta dalle parti per gli ordini di acquisto.

¹⁶ Una questione analoga si è posta, in passato, con riferimento al problema dell'offerta al pubblico in assenza di prospetto. Cfr., sul punto, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., pp. 92 e 107. Un'ipotesi di nullità *testuale* (e, per certi aspetti, singolare) è prevista dall'art. 100-bis, co. 3, T.U.F., per il caso di successiva "sistematica rivendita" (a soggetti diversi da investitori qualificati) di prodotti finanziari che abbiano formato oggetto di un collocamento riservato, in assenza di pubblicazione del prospetto informativo.

¹⁷ Sulla problematica individuazione del principio desumibile dall'art. 1325, n. 4 c.c., cfr., in luogo di molti, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 996 ss. Ma per una diversa impostazione del problema cfr. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, spec. p. 454, ove il rilievo che la prescrizione del requisito di forma sotto pena di nullità può costituire l'esito di un'indagine interpretativa, anche in assenza di una norma che espressamente sanziona con la nullità l'assenza della forma diversa. Sul punto si rinvia – anche per gli opportuni riferimenti – alla recente indagine di BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, p. 509 ss.

dei servizi di investimento. Il tenore letterale della disposizione, peraltro, non sembra attribuire alla disciplina di rango secondario il potere di stabilire un “contenuto minimo” del contratto, *sotto pena di nullità*, come previsto – ancorché con diverse finalità – nell’art. 117, co. 8, T.U.B.

Non persuade, d’altronde, l’affermazione secondo cui in assenza di un contratto quadro l’ordine “isolato” sarebbe privo di causa¹⁸. E ciò in quanto, se così fosse, la redazione di un contratto quadro dovrebbe essere imposta per tutte le operazioni di investimento, anche per quelle concluse con clienti professionali. Il che non è, appunto perché la regola in esame risolve un problema che attiene ai profili soggettivi della contrattazione, non già agli elementi strutturali della fattispecie contrattuale, così da rendere “inconcepibile” un atto isolato di compravendita di strumenti finanziari.

L’orientamento “formalistico” – di cui è espressione la sentenza del Tribunale di Forlì – parrebbe, dunque, condurre a una surrettizia (e, forse, inconsapevole) elusione della *regula iuris* che pure vorrebbe affermare, con il richiamo al “dogma” dell’incomunicabilità fra regole di condotta e regole di validità. In effetti, l’intermediario che ponga in essere operazioni di investimento con un cliente senza aver (prima) fornito tutte le informazioni richieste dalla disciplina di rango primario e secondario avrà concluso un contratto *violando norme imperative*¹⁹.

¹⁸ Cfr., da ultimo, la sentenza di Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in materia di *interest rate swaps*, che perviene alla tesi della nullità *ex art. 23 T.U.F.*, ritenendo che “in mancanza del contratto quadro, che gli attribuisce fondamento causale, l’ordine dato dall’investitore, seppure in forma scritta (quando occorre), seppure consapevole e specifico, come tale astrattamente equiparabile ad un autonomo mandato, resta sempre comunque nullo, perché sfornito per legge di propria causa, e la sua esecuzione, nei rapporti tra intermediario ed investitore, non può produrre alcun effetto giuridico”. In precedenza cfr. Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, p. 57.

¹⁹ Fra queste norme rientrano quelle che impongono la redazione di un contratto (“di base”, secondo il lessico comunitario) scritto, nonché la norma (di rango secondario)

Il richiamo alla carenza di una forma prescritta *ad substantiam* consente di “recuperare” la soluzione della nullità, senza contraddire il recente pronunciamento della Suprema Corte, salutato con entusiasmo dalla maggior parte degli interpreti²⁰.

Ma v'è di più. L'individuazione del fondamento normativo della nullità nell'art. 23 T.U.F. consente di ovviare al “rischio” che la nullità *ex art.* 1418 c.c. possa esser fatta valere anche dall'intermediario, invocando la regola codificata nell'art. 1421 c.c.

Senonché il fondamento normativo così individuato appare alquanto fragile, come si è tentato di dimostrare, mancando una norma di rango primario che preveda la nullità per l'inosservanza del precetto²¹.

del regolamento Consob che prevede il “contenuto minimo” dei contratti, fermo restando quanto si osserva nel testo.

²⁰ Emblematica di questo approccio è la sentenza di Trib. Firenze, 6 novembre 2007, nella quale si afferma – per di più con riferimento a una polizza indicizzata – che “gli intermediari finanziari hanno l'obbligo di agire in forza di un contratto normativo quadro”. Muovendo da questa premessa, il Tribunale finisce per ricondurre alla forma del contratto le norme di condotta. In definitiva, come si osserva nel testo, la censura rivolta all'intermediario consiste pur sempre nell'asserita violazione degli obblighi di informazione attiva e passiva *prima* di porre in essere un'operazione di investimento del denaro altrui.

²¹ Come accade, ad esempio, per l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari nell'offerta fuori sede (art. 30, co. 7, T.U.F.). Forse ancora più significativa è però la disciplina “speciale” della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, contenuta negli artt. 67-*bis* ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (“codice del consumo”). In particolare, l'art. 67-*septies decies*, quarto comma, dispone che il contratto è *nullo*, fra l'altro, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso ovvero “viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”. In questo caso è evidente la scelta del legislatore di “elevare” una regola di condotta al rango di regola di validità (si è in presenza, pertanto, di un'ipotesi di nullità *testuale*, riconducibile alla fattispecie generale contemplata dal terzo comma dell'art. 1418 c.c.).

Il punto non è sfuggito alla recente sentenza di Cass., Sez. Un., n. 26724/07 (*supra*, nota 1), che, tuttavia, ha ritenuto che la norma sopra ricordata “rest[i] sistematicamente isolata nel nostro ordinamento e present[i] evidenti caratteri di specialità, che non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio”. In dottrina, per analoghe considerazioni, cfr. ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli inter-*

Quanto sin qui osservato non intende negare che dal sistema sia desumibile una regola in virtù della quale gli intermediari *devono* regolare su base contrattuale le modalità di svolgimento dei servizi che prestano ai clienti (non professionali). L'art. 23 T.U.F., inoltre, è chiaro nell'imporre la *forma scritta* per quello che può, se si vuole, essere chiamato il contratto quadro o il contratto "di base"²².

L'unica certezza che la norma di legge fornisce all'interprete è, però, che il contratto "di base" è nullo se non riveste la forma scritta. Può aggiungersi, probabilmente, che la prestazione dei servizi in assenza di un (precedente) contratto costituisce violazione delle regole di comportamento degli intermediari²³.

mediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati, cit., p. 54, pur ipotizzando la riconducibilità dell'ipotesi contemplata alla mancanza del consenso, ex art. 1325, n. 1, c.c.

²² Si veda, d'altronde, il considerando 41 della Direttiva 2006/73/CE della Commissione, del 10 agosto 2006, recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE, là dove si precisa che "La presente direttiva prescrive alle imprese di investimento che forniscono servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti a nuovi clienti al dettaglio di concludere un accordo di base scritto con il cliente in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente".

E si veda, poi, l'art. 39 della Direttiva, rubricato "Accordo con il cliente al dettaglio". Sul punto cfr. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari Investitori Mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008, p. 154 ss. Ma, per una diversa lettura, si vedano le recenti puntualizzazioni di GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto impresa*, 2008, pp. 4-5.

²³ In quest'ordine di idee – e, dunque, in una prospettiva di sostanziale continuità fra la l. n. 1/91 e il T.U.F. – cfr. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, cit., p. 81. L'approccio più rigoroso trova riscontro, in giurisprudenza, nella sentenza di Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, ove si afferma – ancorché incidentalmente – che il legislatore avrebbe "chiarito in modo inequivoco" la necessità del requisito della forma scritta per il "contratto quadro", nonché per "tutti i singoli contratti posti in essere tra l'intermediario e il cliente per regolare le singole operazioni poste in essere". La sentenza si legge, fra l'altro, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 25 ss., con nota di ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Ma si vedano i rilievi critici, sul punto, di BRECCIA, *La forma*, cit., p. 546, nota 13.

Non persuade, per contro, l'idea di un contenuto minimo (*a pena di nullità*) del contratto, coincidente con quello stabilito dalla Consob.

L'affermazione secondo cui le operazioni di investimento e, dunque, i contratti che a quelle operazioni danno veste giuridica, posti in essere in assenza di un (preesistente) contratto quadro, sono viziati da nullità dovrebbe forse essere diversamente argomentata²⁴. Il richiamo *tranchant* al "vizio di forma" parrebbe, in questo contesto, un artificio dialettico per eludere il problema del contratto concluso in violazione di norme imperative.

La recente pronuncia delle Sezioni Unite ha offerto importanti precisazioni – non tutte, per vero, appaganti per l'interprete²⁵ –, ma certo non ha risolto un problema "classico" del diritto civile, senz'altro meritevole di ulteriori approfondi-

²⁴ Nel sistema previgente (l. n. 1/91) non era mancato il tentativo di fondare la tesi della nullità sulla considerazione degli interessi protetti dal requisito di forma. Dunque accettando il "confronto" con l'art. 1418 c.c. Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit., pp. 141-142, nonché p. 172, ove l'esplicito richiamo alla "nullità per contrarietà a norma imperativa, che si giustifica sul piano sostanziale per la necessità, potremmo dire di ordine pubblico, che il cliente della società di intermediazione mobiliare sia a conoscenza nel dettaglio dell'operazione finanziaria che gli è proposta". In termini generali, sul problema della forma e degli interessi protetti, cfr. M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 993.

²⁵ Si vedano, oltre agli Autori ricordati *supra*, nota 1, quanto meno, GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.; MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ivi*, 2008, p. 403 ss.; MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giuridico giur.*, 2008, p.230 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 445 ss.; SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori nell'intermediazione finanziaria: note critiche*, in *Diritto fallimentare*, 2008, II, p. 1 ss.

menti, anche alla luce della disciplina settoriale dell'intermediazione finanziaria²⁶.

Andrea Tucci

Associato di Diritto dell'economia
nell'Università di Foggia

²⁶ In questa prospettiva, ci si potrebbe domandare, ad esempio, se un "raccordo" con la regola generale di cui all'art. 1418, 1° co., c.c., sia possibile desumendo dalla disciplina speciale della prestazione dei servizi di investimento un divieto legale di agire in mancanza di alcuni presupposti soggettivi e oggettivi, fra i quali, appunto, la stipulazione di un contratto quadro con i clienti (non professionali), così come (*testualmente*) previsto dal ricordato art. 100-*bis*, co. 3, T.U.F. Può aggiungersi che questa ipotesi ricostruttiva potrebbe risultare "legittimata" proprio dalla più volte ricordata sentenza delle Sezioni Unite, che, in effetti, ha ritenuto riconducibili al disposto dell'art. 1418, 1° co., c.c., le norme (imperative) che "in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto" (Cass., Sez. Un., n. 26724/07, cit., p. 529). È chiaro, peraltro, che la riconduzione della fattispecie nell'alveo dei principi codicistici comporterebbe una nullità di diritto comune, con i limiti segnalati nel testo. Il "contratto di base", d'altronde, è contemplato dal legislatore comunitario (*supra*, nota 22). Sul possibile raccordo con la disciplina codicistica, cfr. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 542, muovendo dalla proposta di ricondurre alla nullità virtuale le ipotesi in cui la violazione di una norma imperativa (che proibisca la stessa conclusione del contratto, in assoluto ovvero in mancanza di determinati presupposti) "risulta – in modo obiettivo, certo e non opinabile – su base documentale". Sul problema dell'ambito di applicazione della "nullità virtuale" cfr., fra i contributi più recenti, MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, IV, p. 37 ss.; PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, *ivi*, II, p. 435 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 58 ss.; ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori danneggiati*, in *I soldi degli altri*, cit., p. 45 ss.