

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

1 / 2012

ISSN: 2036 - 4873

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. Maserà - G. Montedoro

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - E. Venturi - D. Rossano - 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.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardi, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, M. De Poli, L. Di Brina, G. Di Taranto, C. Fresa, R. Lener, F. Maimeri, G. Nicolini, M. Pellegrini, P. Reichlin, N. Rangone, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, V. Troiano, A. Urbani, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del Comitato per la valutazione secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* - in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione - ai membri del *Comitato*, perché i medesimi - entro un congruo termine - formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA

C. Brescia Morra, M. De Benedetto, F. Maimeri, N. Rangone, A. Romano, V. Troiano, A. Urbani

SOMMARIO

PARTE PRIMA

ARTICOLI

- SANDRO AMOROSINO - *Modernizzazione del Paese e principi europei per la riforma delle
pubbliche amministrazioni italiane* 3
- ANNA ARGENTATI - *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato* 13

VARIETÀ

- FABIO MERUSI - *Sul Libro di Colombini e Calabrò sulle Crisi Finanziarie* 43

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

- DIEGO ROSSANO - *Le agenzie di rating nel rapporto con gli investitori: profili di responsabilità
Tribunale di Catanzaro 2 marzo 2012* 1
- ANDREA MIGLIONICO - *Ammissibilità della class action nei rapporti banca-cliente e nuove
forme di tutela delle operazioni di credito Corte d'Appello di Torino, 23 settembre
2011* 28

PARTE PRIMA

ARTICOLI

MODERNIZZAZIONE DEL PAESE E PRINCIPI EUROPEI PER LA RIFORMA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ITALIANE*

ABSTRACT: *This paper concerns the main dysfunction of Italian public administration, which constitute a serious obstacle to competitiveness. The Author focuses on the legal analysis of 'Italian political-administrative risk', identifying seven strategic choices to begin a development path for a systematic review. If 'simplifying the procedures' is an old strategy, the redefinition of administrative organizational structure is the first of the suggested new strategic choices. Moreover, the analysis focuses also on 'de-administration process', subsidiarity, self-regulation, self-responsibility, transparency and competition. In this perspective, the goal of the policy maker is a reform of the public administration capable to reduce the costs, but at the same time able to produce more prepared and stronger officers, to support the economic growth and to resist the pressure of private power.*

SOMMARIO: *1. Disfunzioni delle amministrazioni pubbliche e insufficienza dei rimedi - 2. Sette scelte strategiche per un percorso di revisione sistematica - 3. Un'ipotesi conclusiva*

1. È ormai un tòpos, un luogo comune, che le disfunzioni delle amministrazioni pubbliche, in senso lato, costituiscono un grave ostacolo alla competitività del nostro Paese.

* Contributo approvato dai Revisori

Relazione, tenuta su invito del Prof. Guido Alpa, alla Sessione dedicata al Diritto Amministrativo del VII Congresso Giuridico Forense, organizzato dal Consiglio Nazionale Forense a Roma, 15-17 marzo 2012.

Specularmente la modernizzazione del sistema Italia potrà avvenire soltanto se si realizzerà una profonda mutazione del modo di essere e di funzionare effettivo delle amministrazioni di tutti i tipi e livelli, anche per renderle un efficace “interfaccia” delle istituzioni europee. E non casualmente molti dei principi strategici ai quali si farà riferimento sono di derivazione europea, in particolare della sua “costituzione economica”².

La mutazione – in biologia come in scienza dell’amministrazione – è cosa più complicata, e strutturale, della mera individuazione per via legislativa (quindi per definizione astratta) di nuovi modelli: di rapporti organizzativi (ad esempio: tra politici e dirigenti); di amministrazione per obiettivi; di “semplificazione delle procedure” (di cui si parla da quarant’anni), di equiparazione del pubblico impiego.

Ciò spiega perché il divario tra modello e realtà sembra sempre più ampio, nonostante le riforme progettate (le prime nel “Rapporto Giannini”, che è ormai di trentatré anni fa: quelli che collaborarono potrebbero dire – riprendendo il titolo di un famoso film – “come eravamo”) e quelle tradotte in legge da alcuni dei numerosi ministri succedutisi alla Funzione Pubblica; e nonostante il progresso tecnologico, con la telematica che sempre più massicciamente caratterizzerà l’operatività delle amministrazioni.

Le cause della divaricazione – che in passato ho riassunto³ nell’immagine filosofica di Achille (il legislatore) che non riesce a raggiungere la tartaruga (l’amministrazione) – sono numerose, vecchie e nuove, ma la principale è la carenza di visione sistemica dell’oggetto degli interventi; visione che dovrebbe

² Sulla quale v., da ultimo, DE CARO, *Integrazione europea e diritto costituzionale* in AA.VV., *Elementi di diritto pubblico dell’economia*, a cura di Pellegrini, Padova 2012, p. 52 ss.

³ AMOROSINO, *Achille e la tartaruga*, Milano 2006.

esser costruita partendo dall'individuazione delle funzioni necessarie e dall'attribuzione di esse ai vari livelli di "governo" ed alle singole strutture.

Si è invece proceduto in modo estemporaneo, per ondate successive e stratificazioni incoerenti di disposizioni, che volevano esser "risolutive", ma non sono riuscite a determinare un miglioramento sostanziale e diffuso della qualità e dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. La gran parte delle riforme legislative restano sulla carta perché le amministrazioni sono ad esse refrattarie – dal latino refragare: resistere opporsi – per strutture (spesso irrazionali), regole di funzionamento interno (sovente assurde), mentalità burocratica e deresponsabilizzata, carenza di strutture tecniche adeguate e – non da ultimo – strapotere sindacale e clientelismo.

L'amministrazione è, quindi, un nodo gordiano che non può essere sciolto da singole misure o, peggio improvvisazioni amministrative (con riforme per slogan: ad esempio le "zone a burocrazia zero"), che sono del tutto velleitarie, ma deve essere tagliato con una serie di scelte strategiche, perché i cittadini hanno ormai un vero e proprio diritto alla buona amministrazione, sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴; un diritto che un acuto Autore⁵ collega alla funzione di integrazione, di "riconciliazione" tra "Stato" (in senso lato) e società.

2. La prima, pregiudiziale, scelta strategica, è la ridefinizione – nell'ambito del più generale processo di spending review – delle funzioni amministrative⁶ che devono necessariamente essere rese, oggi ed in futuro, e la verifica di coe-

⁴ CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli 2012, p. 105 ss.

⁵ FERRARA, *Il diritto alla felicità e il diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. Folliero e L. Iannotta, Napoli 2010.

⁶ GIANNINI, *Le amministrazioni pubbliche: problemi comuni* (1994) ora in *Scritti*, vol. IX, Milano 2006, p. 338 ss.

renza con le strutture esistenti (che sono frutto di una stratificazione casuale e non rispondono più a nessuna logica). È un *modus procedendi* alternativo a quello dei tagli lineari, ottuso per definizione, che deve valere per tutte le amministrazioni centrali e locali, tradizionali e “parallele”. Sono sufficienti, in proposito, due soli esempi, che riguardano le più grandi amministrazioni statali, quella militare e quella della pubblica istruzione. Di recente il Consiglio Supremo di Difesa ha adottato il “Nuovo modello di difesa” (che, in termini aziendalistici, costituirà la domanda) e – conseguentemente – le strutture giuridiche, le risorse materiali ed il personale (cioè l’offerta) devono essere ripensati, e – nel ripensarli – snelliti, per conseguire i risparmi indispensabili riducendo gli organici. Analogamente la scuola italiana⁷, dalle materne alle superiori, ha visto, e vedrà, un sostanziale mutamento della domanda (meno iscritti, più figli di immigrati, diversa distribuzione geografica, riorientamento verso le scuole professionalizzanti); dovrebbe conseguentemente cambiare la distribuzione delle risorse finanziarie, materiali ed umane, per adeguare l’offerta. La seconda scelta strategica è la deamministrativizzazione, che consiste nel perseguire il massimo ampliamento degli ambiti di attività umane – economiche, ma anche culturali, sociali ecc. – che non sono assoggettate ad autorizzazioni, permessi, controlli, vigilanze. Il cittadino, singolo o associato, deve essere libero di fare tutto ciò che la legge non assoggetta esplicitamente ad interventi di un’amministrazione; ed i poteri amministrativi di intervento devono essere giustificati dall’esigenza dimostrata di tutelare interessi pubblici rilevanti⁸. Vengono qui in rilievo i principi di indispensabilità e proporzionalità, di schietta derivazione europea⁹.

⁷ DEI, *La scuola in Italia*, Bologna 2012, cap. I e cap. VII.

⁸ La definizione più incisiva è quella di “immunità dal potere” (amministrativo) richiamata, da ultimo, da BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie* in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., vol. III, p. 1839.

⁹ Sui quali v. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino 2011, *passim*.

La terza scelta strategica riguarda la promozione della sussidiarietà amministrativa. In attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁰, di cui all'art. 118 della Costituzione, molte delle attività di prestazione, tradizionalmente svolte da strutture pubbliche, che possono essere organizzate dalle collettività, soprattutto a livello locale, devono essere esternalizzate ed affidate ad organismi privati, in particolare ad imprese sociali (previste da un decreto legislativo del 2006) – ad esempio cooperative tra famiglie – che agiscono con criteri di efficienza economica e soddisfazione degli utenti, ma senza fini di lucro. Poiché queste organizzazioni del privato economico – sociale (che vanno dalle associazioni di protezione civile, alle scuole, alle fondazioni culturali, a quelle di origine bancaria, ai consorzi di tutela dei vini, ecc.) – svolgono funzioni pubbliche o di interesse pubblico il loro funzionamento (qualità) e la loro gestione economica (se sono sovvenzionate, in qualsiasi modo, dai pubblici poteri) debbono essere assoggettati a controlli da parte dell'amministrazione “di riferimento” (per verificare, rispettivamente, che in una scuola non vengano impartiti insegnamenti che contrastano con la Costituzione e le leggi e che sia fatto buon uso dei soldi pubblici).

La quarta scelta riguarda la valorizzazione dell'autonomia, intesa filologicamente come potestà di autoregolamentazione¹¹. Il principio di sussidiarietà si deve estendere anche alla regolamentazione – anche qui secondo un preciso indirizzo di fonte europea – nel senso che il “regulator” pubblico deve disciplinare soltanto gli ambiti ed i profili di una certa attività che hanno diretta attinenza con la tutela di interessi pubblici, lasciando alle organizzazioni, sociali ed economiche, di autoorganizzarsi e di autoregolamentarsi (dalle associazioni di

¹⁰ Sulla quale v., per tutti, FROSINI, *Sussidiarietà (principio di)* in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, II, tomo 2, Milano 2008.

¹¹ V. ora PELLEGRINI, *Autoregolazione e controllo* in AA.VV., *Elementi di diritto pubblico dell'economia cit.*, p. 249 ss.

soccorso alpino agli ordini professionali, i quali – si ricorda – hanno origine privatistica).

Lo Stato deve riconoscere efficacia giuridica ai codici di autodisciplina, siano essi delle società per azioni o degli ordini professionali. Più precisamente: può dettare i principi generali e assoggettare i codici di autoregolazione al preventivo controllo-approvazione se le organizzazioni sociali vogliono che i codici stessi acquistino rilevanza giuridica nell'ordinamento generale (principio pluralistico dell'integrazione tra ordinamenti). Ed, anzi – dovendosi ristabilire l'indispensabile flusso ascendente dalla società allo Stato (intendendo la parte per il tutto) – sono da attivare meccanismi che incoraggino i pubblici poteri a sussumere nelle proprie regolamentazioni le norme definite in sede di autoregolamentazione da organizzazioni della società civile o della società economica¹².

La quinta scelta strategica concerne il principio di autoresponsabilità, che comporta la sostituzione dell'ingerenza e della diffidenza con il principio di buona fede amministrativa. Veniamo da una storia e da una cultura che, sino a non molto tempo fa, considerava il cittadino non come utente di servizi e titolare di diritti, bensì come un "suddito", del quale per definizione si doveva diffidare.

Questa impostazione va rovesciata: i rapporti tra cittadino ed amministrazione debbono essere improntati al principio di reciproco affidamento (anch'esso, è superfluo ricordarlo, di derivazione comunitaria)¹³.

Tranne il caso di interessi costituzionalmente protetti (ad esempio: la tutela del paesaggio o la salute) il cittadino (o, per esso, un professionista abilitato) deve poter attestare¹⁴ la conformità alle norme vigenti dei progetti ed istanze da

¹² SICLARI, *Contributo alla sussunzione legislativa di regole formate da privati* in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. I, Napoli 2010, p. 275.

¹³ GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento* in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. Sandulli, Milano 2011, p. 135 ss.

¹⁴ OCCHIENA, *L'autocertificazione* in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa cit.*, p. 729 ss.

esso presentati, assumendosi la responsabilità civile e penale di quanto dichiara, e poter iniziare immediatamente l'attività. L'amministrazione deve solo verificare la completezza e veridicità di quanto dichiarato e la conformità dell'attività alle discipline vigenti dimostrando, in caso, la specifica lesività per un interesse pubblico tutelato.

In caso di dichiarazioni consapevolmente non veritiere devono essere applicate sanzioni amministrative e penali automatiche ed immediate. Specularmente, però, l'Amministrazione non può "fare ostruzionismo", ed è obbligata a rispondere. L'inerzia, o peggio le tattiche dilatorie, vanno puniti risarcendo il danno ed individuando il responsabile¹⁵. Se l'amministrazione risponde negativamente ad un'istanza e il diniego è ritenuto illegittimo dal giudice deve essere risarcito tutto il danno provocato, con rivalsa sul funzionario in caso di negligenza o imperizia. In caso di provvedimenti negativi "in serie" il cittadino dovrebbe poter proporre una sorta di ricorso per vessazione;

Il sesto indirizzo si compendia nei principi di trasparenza¹⁶ e concorrenzialità¹⁷: tutti i "benefici amministrativi" – dai posti pubblici, alle concessioni (ad esempio: di beni demaniali), alle sovvenzioni, agli appalti di opere, forniture e servizi – devono essere attribuiti mediante concorsi o gare pubbliche. Soprattutto, tutti i servizi per i quali sia configurabile una piena concorrenzialità (ad esempio: le autolinee) devono essere autorizzati senza limitazioni, salvo quelle eventualmente imposte dalla specifica natura del servizio, senza riguardi per situazioni precostituite, in conformità al principio di costituzione economica europea della promozione di mercati aperti, efficienti, e concorrenziali. D'altra

¹⁵ VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa* in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*. cit, vol. II, p. 989 ss.

¹⁶ SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in AA.VV., *Codice dell'azione*, cit., p. 89 ss.

¹⁷ CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2008.

parte le amministrazioni devono tutelare i contraenti privati, scelti mediante le gare, rispettando i termini del contratto e pagando entro i termini previsti dall'Unione europea le prestazioni regolarmente ricevute. In caso contrario il risarcimento dei danni deve essere pieno. È l'unica via per ridurre il "rischio politico – amministrativo italiano" che aumenta i costi per le imprese e scoraggia gli investimenti, italiani e stranieri, come una serie di casi recenti dolorosamente dimostra.

La settima scelta strategica – che è al contempo il presupposto e la risultante di tutte quelle precedenti, a partire dalla ridefinizione delle funzioni – è la riorganizzazione delle amministrazioni. Si tratta di avviare una profonda riconversione di senso, per usare un'espressione di derivazione sociologica.

È un percorso lungo e difficile – fatto di revisione sistematica delle strutture, delle regole di azione, delle procedure, dei comportamenti – che presuppone continuità di indirizzi politici e determinazione nel procedere.

È indispensabile ridurre le dimensioni degli apparati amministrativi, ma – al contempo – anche aumentarne l'efficienza e la qualità, perché vanno rafforzate le funzioni di programmazione (tecnica di cui tutte le organizzazioni complesse devono servirsi) e di controllo, molte delle quali con contenuti tecnici (si pensi alla sicurezza degli impianti o alla verifica dei progetti ad impatto ambientale).

Amministrazioni più snelle, ma al contempo più preparate e forti, per resistere alla pressione dei poteri privati.

Senza la riconversione delle amministrazioni – si ripete centrali, regionali, locali e "parallele" – la modernizzazione è impossibile: sarebbe come cercare di far muovere un carro senza le ruote.

Le quattro "ruote del carro" sono costituite: dalla revisione sostanziale dei compiti (e quindi redistribuzione mirata delle risorse) delle singole amministrazioni; dal miglioramento quantitativo e qualitativo delle prestazioni,

dall'informatizzazione (che non va solo prescritta, ma finanziata e coordinata) delle procedure e degli atti; dalla politica del personale.

Le amministrazioni devono essere ripensate come aziende, che devono produrre le decisioni e le prestazioni funzionali agli interessi generali, delle comunità e dei cittadini.

In particolare va ripensato radicalmente il regime del lavoro pubblico, smantellando protezioni ed incrostazioni sindacali e laccioli corporativi, restituendo alle amministrazioni "aziende" il potere di autoorganizzarsi in modo flessibile. Prioritaria è la creazione di una vera Scuola Nazionale di Amministrazione, con il coordinamento, e la progressiva concentrazione, delle troppe scuole di settore e con una rete di interscambi "alla pari" con le eccellenti Scuole Militari di Applicazione e con i migliori dottorati universitari, per creare rapidamente una rete di dirigenti – selezionati per merito e non per voto di laurea – autorevoli ed indipendenti dalla politica.

3. Se è vero che la "questione amministrativa" nasce con l'Unità d'Italia¹⁸ non è un buon motivo per non affrontarla.

Naturalmente si pongono problemi enormi. Un esempio per tutti: come assorbire gli esuberanti derivanti dalla ridefinizione razionale delle funzioni ed, al contempo, assicurare il rafforzamento delle strutture ed il miglioramento dei servizi.

Qualcuno suggerisce di utilizzare la flessibilità organizzativa – recuperata smantellando regole assurde, contratti gabbia e prassi inaccettabili – destinando parte del personale in eccesso all'estensione degli orari di apertura degli uffici al pomeriggio ed al sabato, avviando vasti processi di riqualificazione o – ancora – reimpiegando, anche in ruoli dirigenziali, presso altre amministrazioni molte fi-

¹⁸ MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996.

gure professionali in esubero (ad esempio: gli ufficiali superiori, che sono mediamente più preparati dei “pari grado” dirigenti civili). “Un vaste programme”, avrebbe detto ironicamente De Gaulle, ma l’unica via percorribile per un riformismo serio e realistico.

Sandro Amorosino

*Ordinario di diritto dell’economia
nell’Università La Sapienza di Roma*

CONCORRENZA E LIBERALIZZAZIONI: I NUOVI POTERI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*

ABSTRACT: *The paper covers the topic of the new powers that have been recently attributed to the Italian Competition Authority (ICA) with regard to competition advocacy and markets' liberalization. After analyzing the ICA's contribution to the regulatory reform in Italy, the paper explores the content of recent reforms which have strengthened the role and the action of the ICA vis-à-vis administrative and legislative restrictions of competition. Special emphasis is put both on the new power of the Authority to contest before the Administrative Courts any administrative act which infringes the competition rules and on the competition advocacy role that the ICA will exercise with respect to new regulations adopted at national and local level.*

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. Le liberalizzazioni nell'azione dell'AGCM - 3. I nuovi poteri di competition advocacy; 3.1 Il parere preventivo obbligatorio sugli atti del Governo; 3.2 La legittimazione a impugnare gli atti amministrativi che violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato; 3.3 La segnalazione al Governo delle leggi regionali restrittive della concorrenza - 4. Osservazioni conclusive*

* Contributo approvato dai Revisori

Le opinioni espresse sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

1. Le liberalizzazioni rappresentano una traccia particolarmente significativa per analizzare il ruolo e l'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Il tema era in effetti attualissimo nel 1990 - nella fase di avvio di quel processo che ha condotto alla ri-definizione degli assetti regolatori di molti settori economici - ed è ancora oggi al centro dell'agenda politica: già questo dato conferma quanto autorevolmente osservato di recente, ovvero che le liberalizzazioni sono un *work in progress*¹, espressione che evoca efficacemente l'idea di un processo continuo, condotto a fatica e a piccoli passi dal legislatore, ma anche lo sforzo altrettanto continuo cui è chiamata l'AGCM di fronte ai tentativi di chiusura dei mercati, al riemergere delle istanze protezionistiche e ai rischi di rinascita della fenice regolatoria nell'ordinamento.

Sul tema in oggetto si registra da diversi mesi una sensibilità nuova: si è instaurato un dialogo proficuo e una convergenza di volontà e di azione tra l'AGCM e le Istituzioni rappresentative, in virtù dei quali la prima non solo ha concorso a definire molte delle misure di liberalizzazione adottate, ma ha visto anche sensibilmente rafforzato il proprio ruolo, oltre quanto già avvenuto con l'introduzione della legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Scopo del presente scritto è analizzare appunto i nuovi poteri attribuiti all'Autorità dalla legislazione di emergenza adottata tra la fine del 2011 e l'inizio del 2012². Questa infatti - come si vedrà - non solo ha dettato incisive norme di apertura dei mercati e di semplificazione amministrativa, ma ha attribuito

¹ Così PITRUZZELLA, Audizione al Senato su "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", 8 febbraio 2012.

² Si tratta del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 "*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*" (c.d. salva Italia), convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214; del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*" (c.d. cresci-Italia), convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27; del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 "*Disposizioni urgenti per la semplificazione e lo sviluppo*" (c.d. semplificazioni), convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35.

all'Istituzione nuovi e rilevanti strumenti di intervento contro la regolazione distortiva del mercato. Di seguito, pertanto, dopo un breve inquadramento dei poteri e del ruolo da essa svolto fino a oggi rispetto ai processi di liberalizzazione, si analizzeranno le novità normative più recenti, cercando di capire gli effetti - in taluni casi dirompenti - destinati a prodursi.

Prima tuttavia di addentrarci nell'analisi, appare utile richiamare le ragioni per le quali il tema delle liberalizzazioni riveste un rilievo così centrale nell'azione dell'AGCM. Alcune risposte possono essere approntate, su piani diversi.

In primo luogo, per il fondamentale contributo che da tali processi deriva alla concorrenza nel mercato. La dinamica competitiva - è noto - non è ostacolata soltanto dai comportamenti (abusi, intese e concentrazioni) posti in essere dalle imprese nel mercato, ma anche - soprattutto in un Paese caratterizzato da una regolazione dei mercati assai pervasiva e di stampo non di rado corporativo - da decisioni e scelte imputabili ai pubblici poteri. Promuovere le liberalizzazioni, significa, dunque, perseguire la rimozione delle restrizioni pubbliche dei mercati: sia chiaro, delle restrizioni ingiustificate dei mercati. Invocare una maggiore concorrenza non significa per l'AGCM perseguire l'ideale di un mercato selvaggio e senza regole, ma perseguire la razionalizzazione dei vincoli regolatori che gravano sulle imprese, eliminando le restrizioni che non siano strettamente necessarie al perseguimento efficace di interessi pubblici rilevanti non altrimenti tutelabili.

In secondo luogo per la relazione positiva che le liberalizzazioni presentano con la crescita economica, come comprovato ormai da numerose indagini economiche e studi di organizzazioni internazionali, tra cui l'Ocse che da tempo ha messo in evidenza l'importanza, per lo sviluppo delle economie, di un assetto regolatorio adeguato.

In un'ottica più ampia e su un piano ideale, il tema delle liberalizzazioni presenta un intimo legame con la valorizzazione del merito e della mobilità sociale. Il pieno operare dei principi concorrenziali sul terreno economico garantisce un modello di società in cui il destino di ciascuno dipende non già da rendite di posizione e privilegi, ma dalle capacità e dal merito individuali, ciò che costituisce la ricetta migliore non solo per la crescita dell'economia, ma per lo sviluppo della società tutta. In questo senso, la libera concorrenza richiede di essere tutelata non solo sul terreno delle relazioni economiche, ma anche sul terreno pubblico, posto che essa si oppone tanto alle restrizioni di natura privata quanto all'esercizio abusivo del potere regolatorio pubblico³. Per tutte queste ragioni, la *competition advocacy* si integra e costituisce anzi, non solo in Italia, un pilastro essenziale dell'azione di ogni autorità antitrust.

2. Naturalmente nel rispetto dei ruoli. Alle Istituzioni della democrazia rappresentativa compete, infatti, il compito di disegnare e gestire la politica economica del Paese. La legge n. 287/90 ha previsto in capo all'Autorità soltanto un ruolo consultivo: un ruolo, tuttavia, strategico, che era stato immaginato come propulsore per un profondo rinnovamento del nostro ordinamento giuridico⁴.

Vengono in rilievo, in tale ottica, gli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90⁵. Ai sensi dell'articolo 21, l'Autorità è chiamata ad individuare i casi di particolare rilevanza nei quali atti normativi o amministrativi di carattere generale determi-

³ Per un approfondimento di tali profili, sia consentito rinviare a A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009, 154-155.

⁴ RABITTI BEDOGNI, *Introduzione alle legge n. 287/90*, in CATRICALÀ - TROIANO, *Commentario al Codice della concorrenza e dei consumatori*, Torino, 2010; TESAURO - TODINO, voce *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, vol. VI, 2002, 131.

⁵ Per un'analisi di tali poteri, v. DE BENEDETTO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Bologna, 200, 143 ss.

nano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato e queste non siano giustificate da esigenze di interesse generale. In tal caso, l'Autorità segnala tali situazioni al Parlamento e al Presidente del Consiglio o, a seconda di chi sia titolare della potestà normativa, al Presidente della Regione e, nei casi di atti amministrativi, al Presidente del Consiglio, ai Ministri competenti ed agli enti locali interessati. Infine, l'Autorità può esprimere un parere in ordine alle iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni indicate.

Ai sensi dell'articolo 22, invece, l'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato, sia autonomamente, sia su richiesta di amministrazioni e enti pubblici interessati.

Nonostante talune imprecisioni lessicali⁶, è pacifico oggi che i poteri previsti dall'articolo 21 sono utilizzati dall'Autorità con riguardo agli effetti che una data disciplina già in vigore determina sul corretto funzionamento del mercato; i secondi invece riguardano una disciplina in corso di adozione e postulano l'apprezzamento degli effetti che essa potrà verosimilmente determinare sul mercato.

Tali poteri complessivamente considerati sono stati previsti al fine di promuovere una cultura della concorrenza nell'esercizio della funzione legislativa e amministrativa in modo da richiamare costantemente l'attenzione dei pubblici poteri al rispetto delle esigenze di un sistema economico efficiente⁷. Per tali ragioni essi costituiscono il completamento necessario delle competenze dell'Autorità in materia di controllo dei comportamenti delle imprese. Come, anzi, autorevolmente osservato *“sarebbe un grave errore esaltare il potere deci-*

⁶ CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 91.

⁷ PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, Roma, 1996.

sionale e trascurare quelli di segnalazione, proposta e consultivo, giacché le ricordate attribuzioni vanno considerate nel loro insieme in un rapporto di collegamento e di integrazione, poiché solo in tale prospettiva può essere intesa la figura del nuovo organo nella sua vera essenza”⁸.

L’Autorità ha fatto nel corso del tempo un ampio uso dei suoi poteri di segnalazione e consultivi, e certamente notevole e indiscusso è stato il ruolo esercitato sul piano culturale, in un sistema di stampo dirigistico, fondato su una sostanziale sfiducia verso il mercato e sulla convinzione che l’intervento amministrativo fosse più adatto a conseguire assetti rispondenti ai pubblici interessi⁹.

Sul piano degli esiti che tali segnalazioni hanno avuto in termini di accoglimento da parte di Governo e Parlamento, il contributo dell’Autorità, pur ispirato ai medesimi principi e linee guida, non è stato tuttavia sempre eguale a se stesso: volendo tentare anzi una periodizzazione, è possibile distinguere una prima lunga fase che arriva fino a metà degli anni 2000; una seconda che arriva fino ai giorni nostri e che conosce un passaggio fondamentale con la legge annuale per la concorrenza e il mercato; una terza, infine, destinata ad aprirsi, ora per effetto dei nuovi poteri attribuiti all’Autorità.

⁸ SAJA, *L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, 455. Per la citazione sopra menzionata, si rinvia a LALLI, *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in *Dir. amm.*, 2006, 641, il quale conclude “Grazie a tali poteri, infatti, l’Autorità viene a costituire un interlocutore fondamentale della politica e della regolamentazione pro concorrenziale de iure condito e de iure condendum”.

⁹ Osserva HEIMLER (*Direttiva Servizi, analisi di impatto concorrenziale e ruolo dell’Autorità: una visione di insieme*, relazione presentata all’incontro di discussione sulla direttiva servizi, Roma 30 novembre 2007, reperibile su www.agcm.it) che “Già nei primi anni ‘90, i tre rapporti che la legge istitutiva aveva richiesto all’Autorità di presentare al fine di suggerire le azioni necessarie a promuovere la concorrenza, rispettivamente, negli appalti pubblici, nella distribuzione commerciale e nelle imprese concessionarie hanno portato per la prima volta in Italia la concorrenza nelle aule del Parlamento. Fino ad allora i mercati erano entrati nel dibattito politico solo per essere frenati, regolati o imbrigliati (...) anche la prassi di presentare pubblicamente la relazione annuale, un’iniziativa assunta volontariamente fin dal 1992, ha contribuito significativamente a sensibilizzare il Paese ai temi della concorrenza”.

Non è possibile svolgere in questa sede un'approfondita analisi dei risultati conseguiti attraverso l'attività di *advocacy*. Tuttavia, almeno con riferimento alla prima fase, gli studi condotti in materia hanno evidenziato una tendenza abbastanza chiara¹⁰: al di là del fatto che grazie agli interventi dell'Autorità la libera concorrenza è entrata a pieno titolo nel dibattito politico, l'azione specifica dell'Autorità ha contribuito solo marginalmente a modificare gli assetti regolatori del Paese e a promuovere le liberalizzazioni¹¹.

Ciò soprattutto in conseguenza di alcuni limiti del quadro istituzionale nel quale l'azione di *advocacy* era inserita. Con riguardo alle norme esistenti, infatti, le segnalazioni dell'Autorità non sono quasi mai state sufficienti a sollecitare l'intervento del legislatore, non essendo l'Autorità da sola in grado di influenzare la scelta delle priorità da parte del Parlamento. Sulle norme in corso di approvazione (spesso di origine governativa), l'intervento dell'Autorità è risultato invece spesso tardivo, come conseguenza del fatto che l'Autorità era informata del contenuto di un disegno di legge dopo che esso era stato approvato dal Consiglio dei Ministri, ossia quando il consenso politico sul provvedimento era già stato trovato e accogliere il parere dell'Autorità avrebbe significato rimettere in discussione l'accordo politico raggiunto¹².

Il quadro generale e il ruolo svolto dall'Autorità rispetto ai processi di riforma della regolazione sono sensibilmente cambiati negli anni più recenti, sia

¹⁰ ARISI - ESPOSITO, *Un bilancio dell'efficacia dell'attività di advocacy dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Economia e politica industriale*, 2008, 2.

¹¹ Dal 1990 al 2005 sono state inviate al Parlamento, al Governo e agli Enti locali oltre 400 distinte segnalazioni volte a promuovere i processi di liberalizzazione. In molti casi esse sono state ignorate dal legislatore. Cfr., in termini analoghi, A. Lalli, *La valutazione della regolazione distortiva del mercato*, cit., 647, il quale osserva come una delle poche eccezioni si è avuta "quando la segnalazione aveva l'occasione di ancorarsi al diritto comunitario, gli organi titolari della potestà legislativa hanno più attentamente valutato i profili di restrittività segnalati. Quando quel sicuro ancoraggio è mancato, la segnalazione è molto spesso rimasta voce inascoltata".

¹² Così HEIMLER, *ibidem*.

per un mutamento di *policy* da parte dell'AGCM, sia per l'introduzione di più efficaci strumenti intervento.

Sotto il primo profilo, ha assunto un rilievo importante il diverso modo di interpretare il compito di *advocacy* da parte dell'Autorità: negli anni più recenti, essa ha ascritto un grande rilievo a questa competenza (come testimoniato dalla crescita esponenziale di pareri e segnalazioni emesse), e nel suo esercizio ha fortemente cercato il dialogo con il sistema politico-istituzionale, consapevole che l'*advocacy* fonda la propria efficacia non su prerogative di imperio, ma sulla capacità di convincimento¹³; di qui, la nuova prassi di trasmettere al legislatore, con cadenza periodica, documenti ampi e articolati, ispirati da una filosofia e un approccio pro-attivo: volti cioè non solo a segnalare in negativo le singole restrizioni da rimuovere (in una prospettiva interdittiva), ma a indicare anche le azioni positive da compiere per favorire la concorrenza e la crescita¹⁴.

Sotto il secondo profilo, viene in rilievo l'introduzione della legge annuale per la concorrenza e il mercato, uno strumento normativo che ha posto il Paese all'avanguardia nel panorama internazionale e che ha elevato l'Autorità a interlocutrice privilegiata di Governo e Parlamento nel processo di modernizzazione degli assetti che frenano lo sviluppo del Paese, dando così riconoscimento al contributo da essa offerto all'evoluzione pro-concorrenziale della regolazione. Questo il terreno sul quale è venuto a innestarsi il decreto-legge n. 1/2012, convertito dalla legge n. 27/2012.

¹³ Così CATRICALÀ, *L'Antitrust fra regolazione e mercato*, in RABITTI BEDOGNI - BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 23 ss

¹⁴ E' del giugno 2008 la prima segnalazione orizzontale per settori economici: AS453, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, 11 giugno 2008, in Boll. 17/2008; ad essa hanno fatto seguito la segnalazione AS659, *Proposte di riforma concorrenziale dei mercati ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 9 febbraio 2010, in Boll. 4/2010) e, da ultimo, la segnalazione AS901, *Proposte di riforma concorrenziale dei mercati ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza- anno 2012*, 5 gennaio 2012, in Boll. 51/2011.

E' indubbio che l'introduzione della legge annuale per la concorrenza e il mercato ha consentito una sistematizzazione degli interventi di promozione della concorrenza, laddove in passato le singole riforme sono risultate frammentate nel tempo e nella direzione politica, spesso occultate nelle pieghe di provvedimenti diversi e settoriali.

Ma anche le politiche di liberalizzazione hanno assunto un diverso peso nell'azione dell'Autorità: l'adozione del disegno di legge governativo è apparsa infatti l'occasione storica per addivenire a una modernizzazione complessiva della regolazione amministrativa dei mercati: di qui la scelta dell'Autorità di convogliare al legislatore, in un unico documento, le proprie indicazioni e raccomandazioni, tratte dall'osservazione quotidiana dei mercati¹⁵.

Non è possibile in questa sede esaminare le tante misure proposte. Un aspetto, tuttavia, pare cruciale affrontare. Molte indicazioni formulate dall'Autorità sono state recepite nel provvedimento d'urgenza del Governo: basta questo per dire che l'Autorità, amministrazione indipendente sganciata dal circuito della responsabilità politica, si è trovata sostanzialmente a compartecipare alla funzione di indirizzo politico del Governo?

L'interrogativo non è peregrino perché, secondo taluno, se fino ad oggi le attività di segnalazione dell'Autorità sono state meramente consultive, lo strumento del ddl annuale per la concorrenza avrebbe espanso notevolmente la capacità di indirizzo dell'Autorità sino a mettere in discussione quella "totale estraneità rispetto all'indirizzo politico" dalla quale è stata fin qui caratterizzata¹⁶.

¹⁵AGCM, segnalazione *AS901 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, 5 gennaio 2012, cit.

¹⁶ FLORÀ, *La nascita della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 3, 614.

In realtà, tale osservazione non coglie il vero. Certamente, tale segnalazione ha portato l’Autorità a inserirsi nel vivo del processo di liberalizzazione. La politica di adozione di misure pro-concorrenziali resta tuttavia nella responsabilità delle Istituzioni rappresentative, e cioè di Governo Parlamento. Come osservato *“Le indicazioni formulate dall’Autorità sono il risultato di un giudizio tecnico, che guarda agli effetti che la norma produce sul corretto funzionamento del mercato. Il contenuto dell’attività svolta resta cioè saldamente ancorato ad una logica di valutazione tecnica, estranea a qualsivoglia ponderazione di valori o interessi: questo è un aspetto fondamentale”*¹⁷.

Del resto, anche l’art. 47 della L. 99/2009, che ha introdotto la legge annuale, è chiaro nel distinguere l’ambito della competenza tecnica dell’Autorità da quello della competenza politica del legislatore nel momento in cui prevede esplicitamente che il contenuto del ddl venga elaborato, *“tenuto conto delle segnalazioni dell’Agcm”*: cioè all’Autorità spetta di arricchire il quadro cognitivo in base al quale il decisore politico interviene con piena autonomia.

L’individuazione delle priorità è affidata interamente all’Esecutivo, anche se - è ovvio - che la capacità di incidere sul tessuto normativo è direttamente connessa al prestigio e all’autorevolezza conseguiti dall’Istituzione.

Lo strumento della legge annuale ha dunque rafforzato certamente la capacità di presa dell’Autorità sul legislatore, ma non ne ha snaturato il ruolo, che resta quello di organo di consulenza tecnica.

3. Il ruolo dell’Autorità rispetto al quadro regolatorio del Paese appare destinato a mutare incisivamente nel prossimo futuro. Uno degli effetti della

¹⁷ Così LALLI, *La regolazione distorsiva*, cit. 648, il quale aggiunge *“La valutazione di restrittività da essa compiuta non si confonde mai con una scelta tra diversi interessi e una loro ponderazione, ma è una valutazione che è volta a individuare nelle singole circostanze concrete la regolazione idonea e meno intrusiva”*.

rinnovata attenzione per il tema delle liberalizzazioni è stato, infatti, l'attribuzione di nuovi poteri all'Autorità, con un incisivo rafforzamento dei suoi margini di intervento sul terreno normativo e amministrativo. Per dare la misura della valorizzazione di tale ruolo - rispetto almeno ai poteri consultivi ex artt. 21 e 22 della legge n. 287/90, pare opportuno elencarli brevemente.

L'art. 34 (*"Liberalizzazione delle attività economiche"*) del d.l. n. 201/2011 (c.d. salva-Italia) ha previsto un parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'attività.

L'art. 35 (*"Potenziamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato"*) del d.l. n. 201/2011 ha attribuito ad essa la legittimazione ad agire in giudizio *"contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato"*.

L'art. 4 (*"Norme a tutela e promozione della concorrenza nelle amministrazioni pubbliche"*) del d.l. n. 1/2012 (c.d. cresci-Italia) ha previsto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle autorità amministrative indipendenti (quindi, *in primis* dell'AGCM) aventi ad oggetto le restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato al fine di esercitare le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione.

L'art. 1 (*"Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese"*) del d.l. n. 1/2012 (c.d. cresci-Italia) ha previsto che, nell'emanazione dei nuovi regolamenti che il Governo dovrà adottare per l'individuazione delle attività economiche per le quali è giustificato il mantenimento di un preventivo atto di assenso, sia richiesto un parere preventivo da parte dell'Autorità

L'art. 12 ("Semplificazione procedimentale per l'esercizio di attività economiche") del d.l. n. 5/2012 infine ha introdotto un parere preventivo obbligatorio dell'Autorità sui regolamenti di semplificazione che il Governo dovrà adottare con riguardo ai procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa.

Di fronte a un così ampio ventaglio di nuovi strumenti, il disegno del legislatore pare essere stato non solo quello di rafforzare, ma forse di attribuire finanche un ruolo nuovo all'AGCM rispetto ai processi di liberalizzazione: sia *ex ante* (in fase cioè di disegno delle nuove normative) sia *ex post* (in fase di attuazione)¹⁸. In prospettiva, essa non è più soltanto l'organo tecnico che presta consulenza al legislatore e alle amministrazioni sui processi di riforma della regolazione: sembra divenire invece il guardiano dei processi di apertura dei mercati, a livello sia normativo che amministrativo, con un raggio di azione che si dispiega a 360 gradi.

Nel novero dei nuovi poteri, il ruolo più significativo è certamente rivestito dal i) parere preventivo obbligatorio sui ddl governativi e sui regolamenti, ii) dalla legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi e iii) dal potere di segnalazione al Governo. Su tali nuove attribuzioni ci si soffermerà brevemente poiché le stesse, se da un lato schiudono per l'AGCM nuove e incisive possibilità

¹⁸ Si consideri che in una fase *ex ante* l'AGCM, oltre al tradizionale potere consultivo ex art. 22 della L. n. 287/90 i) continuerà a indirizzare il contenuto del ddl annuale per la concorrenza; ii) avrà un ruolo consultivo preventivo e sistematico su tutti i nuovi ddl governativi e sui regolamenti introduttivi di restrizioni all'accesso o all'attività; iii) avrà poi tale ruolo anche sui regolamenti di semplificazione e su quelli volti a individuare le attività da mantenere sottoposte a preventivo atto di assenso. In una fase *ex post*, l'Autorità avrà i) il potere di segnalare al Governo le leggi regionali restrittive al fine di esercitare il potere d'impugnativa dinanzi alla Corte Costituzionale; ii) il potere di impugnare direttamente davanti al TAR le regolazioni amministrative distorsive della concorrenza; iii) il potere di disapplicare nel corso dei propri procedimenti istruttori le regolazioni incompatibili con il principio dell'effetto utile delle norme comunitarie di concorrenza (sentenza Cif); iv) il potere, nel corso di un giudizio amministrativo su una data regolazione, di proporre questione di legittimità costituzionale della norma che ne sta a monte.

di intervento, dall'altro, non sono prive di criticità sia dal punto di vista sistemático che applicativo.

3.1. Il rafforzamento del potere di *competition advocacy* dell'AGCM si inquadra nella norma sulla liberalizzazione dei mercati di cui all'art. 34 ("*Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex ante*") del c.d. decreto salva-Italia e costituisce l'epilogo di una serie di tentativi compiuti negli anni più recenti dal legislatore per dare maggiore voce alla concorrenza nel processo di modernizzazione del quadro regolatorio nazionale¹⁹. In tale percorso di faticosa affermazione dei principi concorrenziali nel tessuto normativo, il citato decreto, da un lato, ha riproposto talune norme di soppressione di restrizioni ingiustificate dei mercati, già introdotte con la manovra di agosto (art. 3, d.l. 138/2011), senza peraltro abrogare espressamente le previsioni precedenti, con la conseguenza che tutt'altro che agevole risulta oggi il coordinamento tra i due testi e l'individuazione della normativa vigente; dall'altro, ha rafforzato il ruolo dell'Autorità rispetto alle regolazioni di nuova introduzione.

¹⁹ E' sufficiente ricordare l'introduzione della Legge annuale per il mercato e la concorrenza (2009); l'attuazione della direttiva Servizi (2010) e, prima ancora, il completamento del quadro regolamentare in materia di Analisi d'impatto della regolamentazione (Air), con l'inserimento dei profili concorrenziali nel novero degli aspetti di cui (si sarebbe dovuto) tenere conto nell'analisi (2008). La prima - come noto - è rimasta a lungo uno strumento inutilizzato; la seconda - vera occasione storica per addivenire alla riforma pro-concorrenziale della regolazione, si è tradotta nell'ordinamento nazionale in una legislazione di principi, di assai modesto e limitato impatto; l'Air, infine, pur entrata a regime, continua a dare risultati deludenti in termini di miglioramento, anche sotto il profilo concorrenziale, della qualità della regolazione. A fronte della deflagrazione della crisi la scorsa estate, il decreto - legge 13 agosto 2011, n. 138, con l'obiettivo di rilanciare lo sviluppo (oltre che raggiungere la stabilizzazione finanziaria) ha tentato di intraprendere con maggiore fermezza la strada della liberalizzazione ma, avendolo fatto con norme generali e di principio, dalla formulazione ambigua e con una tempistica tutt'altro che chiara, si è rivelato nei mesi successivi foriero soprattutto di rilevanti incertezze applicative.

Più specificamente, l'art. 34 del d.l. n. 201/2011, dopo aver codificato il principio della libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento delle attività economiche, ha previsto l'abrogazione di una serie di restrizioni disposte dalle norme vigenti che limitano l'esercizio di un'attività, stabilendo vincoli connessi i) alla localizzazione delle imprese, ii) alla categoria o al prodotto, iii) alla forma giuridica dell'operatore economico, iv) alla definizione dell'offerta in termini di prezzi e servizi offerti²⁰. Le norme in commento, diversamente da quelle di cui all'art. 3 del citato d.l. 138/2011, hanno il pregio di applicarsi in via immediata e senza rinvii sia in ambito nazionale che locale, essendo le stesse adottate ai sensi dell'art 117, comma 2, lett. e) Cost.²¹. E' prevista, tuttavia, una rilevante eccezione: *"fatte salve le restrizioni che risultino giustificate da esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o di autorizzazione o di controllo nel rispetto del principio di proporzionalità"* (comma 2). La previsione - come si dirà - inficia gravemente l'effettività della disposta soppressione, lasciando aperta la que-

²⁰ Tale norma ha disposto più precisamente l'abrogazione delle seguenti previsioni:

- a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area;
- b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica;
- c) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche;
- d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti;
- e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore;
- f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi.
- g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta.

²¹ Sono previste alcune eccezioni alla regola della immediata applicabilità: lo stesso articolo prevede, infatti, al comma 7, che *"le Regioni adeguano la legislazione di loro competenza ai principi e alle regole di cui ai commi 2,4 e 6."* (comma 7). Su tale punto il decreto, ispirato a una buona dose di cautela, ha rinunciato a stabilire alcun termine per l'adeguamento delle Regioni ai nuovi principi.

stione del soggetto legittimato ad effettuare una simile valutazione e, ancor prima, dell'individuazione delle esigenze imperative di interesse generale quali ragioni di deroga.

Disposta con non poche ambiguità la soppressione delle citate restrizioni, la norma stabilisce poi che per il futuro *“L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità”*(comma 4). Anche in questo caso, la previsione non appare presentare un particolare grado di effettività, né di innovatività, atteso che il principio è stato già codificato nella c.d. direttiva Servizi, la quale anzi aveva previsto condizioni più rigorose per l'introduzione di un regime autorizzatorio²². Alla luce di ciò, si può concludere che con le disposizioni richiamate - ribadite dall'art. 1 del d.l. 1/2012 - il legislatore ha cercato di compiere un ulteriore debole passo verso la coerente attuazione della direttiva Servizi, seguendo un approccio che lascia irrisolti diversi e cruciali nodi²³.

Il vero aspetto di novità dell'articolo 34 è contenuto al comma 5 laddove stabilisce che *“L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta a rendere parere obbligatorio nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui*

²² Si fa riferimento, in particolare, al requisito della minore restrittività ex art. 9 della citata direttiva.

²³Per una critica serrata delle modalità seguite dal legislatore, cfr. M. De Benedetto, *Liberalizzazioni: repetita iuvant?* In *www.nelmerito.com*, 24 febbraio 2012, la quale osserva condivisibilmente che *“A ben guardare, la recente normazione in materia riproduce continuamente gli stessi contenuti dispositivi, assumendo un andamento quasi litanico (...). La rinnovazione degli enunciati normativi rischia di determinare più di un dubbio sulla portata prescrittiva delle norme...”*

disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche"²⁴.

Avendo riguardo alla tipologia di atti su cui dovrà essere obbligatoriamente richiesto il parere, questo riguarda i disegni di legge governativi e i regolamenti. Sulla individuazione dei primi, *nulla quaestio*. Quanto invece ai regolamenti, resta aperto l'interrogativo se il legislatore abbia inteso riferirsi solo ai regolamenti governativi (in analogia con quanto poco prima disposto per i ddl) o invece a tutti i regolamenti: anche quelli, dunque, di competenza di singole autorità, di ministri, di autorità indipendenti, di enti pubblici, territoriali e non, dotati di autonomia regolamentare.

In un'ottica funzionale e in assenza di puntuali riferimenti che valgano a delimitare la categoria, si ritiene che la previsione debba intendersi nel modo più ampio possibile: posto che una restrizione all'accesso e all'attività può essere contenuta in qualsivoglia tipologia di regolamento e che la *ratio* del parere è quella di prevenirne l'introduzione, l'Autorità dovrebbe essere chiamata a pronunciarsi su tutte le tipologie di regolamenti, a prescindere dal soggetto deputato ad adottarlo.

Ponendo attenzione invece al contenuto degli atti su cui l'Autorità dovrà esprimersi, l'art. 34 fa riferimento in modo generico alle "*restrizioni all'accesso e all'esercizio dell'attività*": *ergo*, vi rientrano tutte le possibili restrizioni pubbliche ai mercati, restrizioni che potranno certamente coincidere con quelle soppresse dallo stesso art. 34, ma non necessariamente. Da questo punto di vi-

²⁴ Vale la pena sottolineare che il parere che l'Autorità è tenuta a rendere non riguarda (in quanto esclusi dal campo di applicazione dell'art. 34): *le professioni, il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, i servizi finanziari come definiti dall'articolo 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e i servizi di comunicazione come definiti dall'art. 5 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno)*. In tali ambiti, dunque, il legislatore potrà introdurre nuovi regimi amministrativi, senza trasmettere all'Autorità alcuno schema di atto.

sta, non è secondario che la norma, come formulata, lasci al soggetto deliberante la facoltà di richiedere il parere sugli atti introduttivi di siffatte restrizioni. La conseguenza è che, laddove una data misura non venga intesa quale restrizione all'accesso o all'attività, il relativo atto ben potrebbe sfuggire al parere dell'Autorità²⁵.

Un'ultima questione attiene al parametro sulla base del quale l'Autorità dovrà formulare il parere: la valutazione che essa è chiamata a compiere concerne il rispetto del principio di proporzionalità delle restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche. Da questo punto di vista, può essere utile chiedersi se la norma *de qua* richieda all'Autorità di compiere valutazioni in parte diverse da quelle correntemente svolte nell'esercizio dei poteri consultivi di cui alla legge n. 287/90²⁶. In effetti, sul piano formale non pare esservi piena e totale coincidenza tra i due parametri di giudizio, atteso che un controllo incentrato sul carattere di proporzionalità di una restrizione sembra richiedere una valutazione in parte diversa da quella della semplice ingiustificata distorsione, caricando l'Autorità di un più delicato onere valutativo. D'altro canto, deve anche considerarsi che già oggi l'Autorità, quando valuta la restrittività di una previsione, lo fa quasi sempre alla luce del principio di proporzionalità, con la conseguenza che se questo non è rispettato, la relativa restrizione viene ritenuta priva di giustificazione: sicché, a dispetto delle differenze testuali, il

²⁵Da questo punto di vista, non sarebbe fuori luogo l'adozione da parte dell'AGCM di una comunicazione volta a fornire chiarimenti in materia: una comunicazione con cui si offra cioè una spiegazione tecnica di cosa è una restrizione pubblica dei mercati e attraverso quali tipologie di previsioni essa può concretizzarsi; tipologie che vanno ben oltre le singole figure eliminate dall'art. 34, comma 3: da questo punto di vista utili indicazioni operative potrebbero essere desunte dal regolamento Air (d.P.C.M. 11 settembre 2008) e dalle relative Linee guida adottate.

²⁶Si ricorda che ai sensi dell'art. 21 della legge n. 287/90, l'Autorità è chiamata ad esprimersi su gli atti produttivi di "distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale".

parametro valutativo che l'Autorità dovrà utilizzare nell'esprimere il parere può ritenersi, in linea di massima, sostanzialmente coincidente.

L'introduzione del citato parere preventivo rafforza il potere di *competition advocacy* dell'AGCM ed è certamente apprezzabile: in un quadro generale incisivamente innovato, che ha visto l'abrogazione delle sopra menzionate restrizioni, la norma riconosce all'Autorità un ruolo di filtro rispetto alle nuove regolazioni. L'intento è chiaramente quello di impedire il risorgere della fenice regolatoria di fronte allo sforzo compiuto per depurare il quadro legislativo delle restrizioni più obsolete.

La nuova previsione non appare tuttavia del tutto esente da vizi e criticità, che riguardano *in primis* l'ambito applicativo. L'Autorità non sarà chiamata ad esprimere alcun parere sulle restrizioni introdotte durante l'*iter* parlamentare o a mezzo di progetti di legge di iniziativa non governativa. Tale esclusione, se da un lato ha la sua comprensibile *ratio* nell'esigenza di evitare che il parere obbligatorio dell'Autorità su tutte le iniziative finisca per bloccare l'attività del Parlamento, dall'altro riduce l'efficacia del vaglio tecnico preventivo: i ddl governativi e i regolamenti, in quanto atti a maggiore rilevanza e impatto, sono anche quelli che richiamano maggiormente l'attenzione dei soggetti interessati (e contro-interessati) e che, dunque, meno di altri si prestano ad essere utilizzati per introdurre restrizioni plateali alla libera concorrenza. E' invece nel corso dei lavori parlamentari che le *lobbies* e i gruppi di pressione sono - come noto - maggiormente efficaci ed attivi nel difendere i propri interessi.

In secondo luogo, è destinato a restare fuori da ogni meccanismo di controllo preventivo l'enorme arcipelago delle legislazioni locali, vero irrisolto problema al quale la Corte Costituzionale sta cercando meritoriamente di porre argine attraverso un'interpretazione ampia della "tutela della concorrenza" (ex

art. 117), che lascia ben poco spazio all'autonomia dei legislatori regionali²⁷. Su tale terreno resta, dunque, il problema della mancanza di un meccanismo di controllo preventivo, di carattere sistematico e regolare sulle legislazioni regionali.

Da ultimo, non si deve trascurare la rilevante incertezza che affligge la norma *de qua*. L'art. 34 ha disposto - come visto - l'abrogazione di una serie di restrizioni ingiustificate "*fatte salve quelle motivate da esigenze imperative di interesse generale*". In base a tale formulazione, l'interprete sembra chiamato a valutare se, in relazione alla singola previsione passibile di abrogazione, si applica o meno la deroga di cui al citato comma 2 (mantenimento delle limitazioni necessarie per il soddisfacimento di esigenze imperative che costituiscono la modalità meno restrittiva della concorrenza atta a raggiungere tale obiettivo). L'interrogativo che si pone al riguardo concerne il soggetto deputato a svolgere una siffatta valutazione.

Il legislatore ha rimesso all'AGCM il compito di effettuare il test di proporzionalità sulle disposizioni restrittive di nuova introduzione (comma 5): si può dedurre da ciò che l'AGCM è altresì competente ad effettuare un'analoga valutazione anche in relazione alle disposizioni vigenti al fine di dichiararne, se del caso, l'avvenuta abrogazione? La soluzione avrebbe forse una sua utilità applicativa, ma non sarebbe priva di profili di criticità.

Non meno di quanto già a suo tempo denunciato con riguardo al potere di disapplicazione riconosciuto dalla sentenza CIF della Corte di Giustizia alle autorità di concorrenza²⁸, assai problematico appare che l'apprezzamento delle

²⁷ ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Studi e ricerche*, collana dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, dicembre 2011 (reperibile anche su www.agcm.it).

²⁸ V. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza*, cit., 264 ss.

ragioni sottese all'esistenza di una restrizione sia rimesso ad un'autorità amministrativa sulla base di un apprezzamento che, riguardando regole espressive di valori, risulta intessuto di una sua intrinseca politicità; e per di più in assenza di quei requisiti e garanzie minime di terzietà e neutralità (proprie soltanto dell'organo giurisdizionale) che dovrebbero sussistere per giudicare su norme e provvedimenti di soggetti riconducibili, direttamente o indirettamente, al circuito della rappresentanza politica. Ne deriverebbe, tra l'altro, l'attribuzione alla stessa di un potere di de-regolamentazione dei mercati, attraverso cui verrebbe a passare il ridimensionamento della regolazione pubblica in assenza di scelte univoche da parte del legislatore. Non è un caso che il citato test di proporzionalità sulle restrizioni di nuova introduzione demandato all'Autorità inserito in un quadro dove la decisione finale compete comunque all'autorità politica. Si vuol dire, in definitiva, che il giudizio sulla giustificabilità o meno di una restrizione alla luce di un'esigenza imperativa di interesse generale sottende una valutazione che sembra meglio adattarsi ed anzi collocarsi naturalmente nel campo della valutazione "creatrice" del giudice e della funzione integrativa dell'ordinamento da questi svolta piuttosto che nel campo di azione di un'amministrazione pubblica, la quale, in virtù del ruolo di interprete qualificata di una certa materia, potrebbe essere, rispetto all'organo giurisdizionale, più facilmente indotta a individuare in modo parziale gli interessi e i valori perseguiti e a cedere alla tentazione di interpretare e rifare il sistema normativo per poi appoggiarvi la decisione del singolo caso, con il rischio di dare vita a un nuovo feudalesimo giuridico²⁹.

²⁹ Così lucidamente DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?* in *Il dir. proc. amm.*, 2004, 1, 1 ss.

3.2. Non meno importante dell'art. 34, nella prospettiva di rafforzare l'azione di contrasto alle restrizioni pubbliche alla concorrenza è quanto previsto dall'articolo 35 del decreto-legge n. 201/2011 che, aggiungendo l'articolo 21-*bis* alla legge n. 287/90, ha attribuito all'Autorità la legittimazione ad agire innanzi al TAR Lazio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che determinano distorsioni della concorrenza. Lo stesso ha previsto, inoltre, che l'Autorità emetta entro 60 giorni un parere motivato, qualora ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme sulla concorrenza; decorsi 60 giorni senza che l'amministrazione si sia conformata ad esso, l'Autorità potrà presentare, per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso entro i successivi 30 giorni.

Non sono poche le questioni e i profili di problematicità che l'attribuzione di tale legittimazione straordinaria solleva sul piano sistematico e applicativo, la cui chiarificazione potrà venire solo dalla giurisprudenza. Certamente, la norma ha una portata molto ampia, chiara riprova della volontà del legislatore di colpire l'agire anticoncorrenziale delle amministrazioni pubbliche, a prescindere dalla specifica veste formale dell'atto amministrativo adottato. La stessa attribuisce, infatti, all'Autorità la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione, con una elencazione di tipologie che vale a ricomprendere qualsivoglia provvedimento possa emanare da una pubblica amministrazione.

La nozione di pubblica amministrazione. Una prima questione che la norma solleva concerne il novero dei soggetti da considerarsi alla stregua di pubblica amministrazione. E' noto che con la locuzione pubblica amministrazione per lungo tempo si è fatto riferimento, in termini generali, all'insieme degli enti e dei soggetti pubblici preposti allo svolgimento di funzioni sostanzialmente am-

ministrative. E' altresì noto che, da diversi anni, si assiste ad un progressivo mutamento e ampliamento della nozione di "pubblica amministrazione" ed è sempre più frequente che "soggetti privati" siano sottoposti al rispetto di norme tradizionalmente destinate a soggetti pubblici.

Non è possibile soffermarsi sulle ragioni di tale evoluzione. In ogni caso, quel che rileva è che la perfetta corrispondenza tra l'esercizio dell'attività amministrativa e l'appartenenza del soggetto che la svolge alla P.A. si è progressivamente incrinata nel tempo: ciò ha comportato il superamento della tradizionale impostazione restrittiva e ha condotto la giurisprudenza amministrativa a far rientrare nella nozione di P.A. anche soggetti formalmente privati che svolgono un'attività amministrativa rivolta al conseguimento di interessi pubblici quali concessionari e organismi di diritto pubblico.

La questione non ha secondario rilievo, posto che un'interpretazione sostanziale e funzionale della nozione di pubblica amministrazione di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287/90 consentirebbe - come ovvio - di impugnare un novero assai ampio di atti suscettibili di determinare distorsioni del mercato: basti pensare, *ex multis*, all'atto con cui un organismo di diritto pubblico, in quanto amministrazione aggiudicatrice, non abbia rispettato le regole dell'evidenza pubblica al momento di aggiudicare un contratto.

L'atto emanato in violazione "delle norme a tutela della concorrenza e del mercato". La legittimazione speciale riconosciuta all'Autorità ha lo stesso perimetro e lo stesso ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, fatto salvo il vincolo di scopo che ne contraddistingue l'azione. Come disposto dalla norma, infatti, l'impugnativa è ammessa solo quando un atto amministrativo risulti in violazione "*delle norme a tutela della concorrenza e del mercato*". La decifrazione di tale espressione non risulta immediata e solleva alcuni interrogativi. Come interpretare infatti tale riferimento? Essendo le norme di concorrenza

indirizzate alle imprese, è assai difficile che un atto amministrativo possa violarle in via diretta. Può con essa intendersi più generalmente anche la violazione dei principi di concorrenza?

Certamente, attraverso il riferimento alla violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, il legislatore sembra aver circoscritto i motivi del ricorso ad uno solo dei tre generali vizi di legittimità, ossia a quello della violazione di legge, con conseguente esclusione dell'eccesso di potere. In proposito, deve tuttavia anche tenersi conto che nel concetto di legge sono compresi i principi generali, parte integrante del diritto positivo: *“Ne segue che anche la loro violazione, quando possa nel contempo qualificarsi alla stregua di violazione di norme a tutela della concorrenza e del mercato dovrebbe poter essere ricompresa nel vizio-motivo a disposizione dell’Autorità”*³⁰.

Quanto poi alla questione se nel concetto di tutela della concorrenza debba farsi rientrare solo la disciplina antitrust in senso stretto oppure anche gli interventi di promozione della concorrenza, importanti indicazioni interpretative possono desumersi dalla giurisprudenza costituzionale in materia di “tutela della concorrenza”. È noto che la materia è oggi interpretata in modo abbastanza esteso dalla Corte che vi ha ricondotto, oltre alla disciplina antitrust vera e propria *i) le normative di liberalizzazione; ii) le normative sulle procedure di gara per l’affidamento di contratti pubblici; iii) le normative che attengono in senso lato alla competitività e allo sviluppo del mercato e, finanche, alla semplificazione amministrativa*³¹.

³⁰ Così CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990) in www.giustamm.it, 30 gennaio 2012, il quale osserva

³¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 235/2011 che ha ricondotto le norme dettate dal decreto attuativo della c.d. direttiva Servizi in materia di semplificazione amministrativa e snellimento dei regimi autorizzatori alla “tutela della concorrenza”: con possibili implicazioni sul piano del nuovo potere di impugnativa, posto che tale ampia lettura potrebbe consentire

Alla luce di tale consolidato indirizzo interpretativo e posto che l'art. 21-bis menziona non soltanto le norme a tutela della concorrenza, ma anche quelle a tutela del mercato, si ritiene che l'impugnativa sarà possibile in tutti i casi in cui un atto amministrativo contrasti con una normativa che, in via diretta o attraverso l'interpretazione giudiziale o perché di provenienza dall'ordinamento comunitario, sia riconducibile all'esigenza di tutelare o promuovere la concorrenza in uno specifico mercato. Fatte queste precisazioni, e volendo indicare per il futuro esempi di possibile impugnativa, vi potranno rientrare i) le delibere degli enti locali in violazione della normativa in tema affidamento di servizi pubblici locali di cui all'art. 4 del d.l. 138/2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011) e successive modificazioni; ii) i bandi di gara nelle procedure ad evidenza pubblica, che risultino in violazione ad es. della normativa del codice dei contratti pubblici; iii) gli strumenti pianificatori, quali i piani urbanistici, con i quali, dopo la riforma del Titolo V, sono stati spesso recuperati i profili dirigitici della soppressa programmazione economica nel settore della distribuzione commerciale³²; iv) l'attribuzione senza gara di concessioni e altri titoli di accesso limitato al mercato; v) i regimi amministrativi di accesso e di esercizio delle attività economiche ingiustificatamente restrittivi, laddove contrastanti, ad es., con le previsioni della direttiva Servizi.

Legittimazione a impugnare e parere motivato. Un'altra rilevante questione che i giudici dovranno sciogliere attiene al rapporto tra il parere motivato e la legittimazione generale a impugnare. In proposito, si ricorda che il primo com-

all'Autorità di intervenire verso le (diffuse) regolazioni amministrative locali contrastanti con le norme della direttiva Servizi.

³² Attraverso in particolare l'inserimento di vincoli quantitativi all'entrata, specie per le medie e grandi strutture, nonché previsioni varie destinate a cristallizzare l'esistente; programmazioni basate su indici di densità delle grandi strutture di vendita in rapporto alla popolazione residente; vere e proprie zonizzazioni; limitazioni di tipo numerico mediante un contingentamento fisso: così CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni, servizio pubblico*, Milano, 2010, 306.

ma dell'art. 21-bis dispone che l'AGCM "è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato". Il secondo comma aggiunge che l'Autorità "se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette entro sessanta giorni un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

L'interrogativo da sciogliere è se l'Autorità, nella veste di "pubblico ministero" nel processo amministrativo, possa impugnare immediatamente l'atto che ritenga illegittimo oppure dovrà prima rivolgere all'amministrazione il parere motivato e impugnare solo laddove questa non si sia conformata alle sue indicazioni.

A mio avviso, il tenore letterale della norma induce a ritenere che l'impugnativa non possa essere immediata, ma debba essere preceduta dall'invio del parere motivato, che costituisce una sorta di preavviso di ricorso³³. L'AGCM non potrebbe cioè agire senza attivare la fase procedimentale preliminare.

³³ In questo senso anche CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, cit., il quale rileva come "L'impugnazione è qui preceduta da una fase che potremmo definire procedimentale e che si sostanzia nell'emanazione del parere motivato (...). Si tratta di una sollecitazione all'autotutela amministrativa, la quale raggiungerà il suo scopo allorquando l'amministrazione si conforma al parere. (...) L'Autorità non può comunque agire senza attivare la fase procedimentale preliminare". Cfr, anche, M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust* (art. 35, d.l. 201/2011), in www.federalismi.it, 14 dicembre 2011, il quale osserva che "in ragione di un principio di economia dei mezzi giuridici, la soluzione più razionale sembrerebbe, a prima vista, questa seconda. Anche il dato testuale suona in tal senso: la disposizione non dice che l'Autorità "può emettere" un parere, bensì che "emette" un parere, il che, in linguaggio normativo, significherebbe che "deve emettere" lo stesso".

E' ovvio che, ricostruendo in questi termini il rapporto, l'Autorità non potrebbe chiedere al giudice la sospensione cautelare dell'atto. Alla luce di tale rilevante limite, il rapporto tra impugnativa immediata e parere motivato è stato ricostruito da taluno in termini di alternatività, con la relativa scelta rimessa alla valutazione discrezionale della Autorità³⁴.

La possibilità di ricorrere alternativamente all'impugnativa immediata dell'atto asseritamente illegittimo ovvero all'emissione di un parere motivato, arricchendo le modalità di azione dell'Autorità, consentirebbe certamente ad essa di agire con la flessibilità richiesta dalla peculiarità delle singole situazioni. In alcuni casi può risultare proficuo infatti avviare un dialogo con l'amministrazione, rinviando ad un momento successivo l'eventuale ricorso al giudice; nel caso di atti di rilevante e generalizzato impatto anticompetitivo può risultare invece di cruciale importanza la tempestiva reazione dell'Autorità volta a neutralizzarne gli effetti, attraverso la sospensione in via cautelare.

Resta tuttavia, come detto, il limite della lettera della legge che non sembra lasciare spazio a una possibilità di tal genere.

Aldilà di questi e di tanti altri profili che non possono qui essere affrontati³⁵, la previsione di una tale legittimazione speciale in capo all'AGCM può contribuire in modo decisivo a far evolvere il sistema amministrativo verso una maggiore coerenza con i principi concorrenziali. Alla luce della radicata avversione manifestata non di rado dalle amministrazioni pubbliche verso una piena apertura alla logica del confronto competitivo, e a fronte della limitata efficacia fino ad oggi dimostrata dagli interventi consultivi dell'Autorità, la possibilità per

³⁴ *"Se l'AGCM è legittimata ad agire in giudizio – come recita il primo comma – deve essere anche legittimata a chiedere una sospensiva del provvedimento contestato"*: così, M. Libertini, *I nuovi poteri dell'Autorità*, cit. 2.

³⁵ Si rinvia, per un'approfondita trattazione degli aspetti processuali, a CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità*, cit.

questa di ricorrere al giudice può ben agevolare il radicamento di una cultura del mercato che stenta ancora ad affermarsi nell'agire amministrativo.

3.3 E' fin troppo noto il grave problema costituito dalle legislazioni regionali restrittive della concorrenza. Dopo la riforma del titolo V Cost. e la devoluzione di ampi poteri di regolazione economica alle Regioni, il loro esercizio non è risultato contraddistinto da una particolare sensibilità per i principi concorrenziali. Si è già osservato che su tale terreno resta il problema della mancanza di un meccanismo di controllo sistematico e regolare sulle legislazioni regionali, di carattere auspicabilmente preventivo. Problema ben presente alla dottrina più avvertita che, da tempo, ha proposto varie soluzioni che vanno dalla riconoscimento per l'Autorità del potere di impugnare dinanzi alla Corte Costituzionale le norme restrittive della concorrenza al parere preventivo della stessa Autorità sulle iniziative legislative regionali. Il d.l. n. 1/2012 ha in parte fatto propria la prima strada prospettata, seppure con rilevanti scostamenti.

Nessuna legittimazione straordinaria ad adire la Corte è stata introdotta. Tuttavia, come già detto, l'art. 4 del d.l. n. 1/2012 ha previsto che *“la Presidenza del Consiglio dei Ministri raccoglie le segnalazioni delle autorità amministrative indipendenti (in primis, visto l'oggetto, dell'AGCM) aventi ad oggetto le restrizioni alla concorrenza e al corretto funzionamento del mercato al fine di esercitare le opportune iniziative di coordinamento amministrativo dei Ministeri e normative in attuazione degli articoli 41, 117, 120 e 127 della Costituzione”*.

La norma, la cui formulazione appare tutt'altro che chiara, sembra volta a consentire un più efficace monitoraggio da parte della PdCM sulle restrizioni alla concorrenza introdotte, tra l'altro, in sede regionale. Sembra questo il significato in particolare del richiamo dell'art. 117 Cost., norma che - come noto - ha ripartito le competenze legislative tra i diversi livelli istituzionali. Di qui

l'attribuzione alla PdCM di un compito più incisivo in tale materia sia attraverso il previsto coordinamento amministrativo che normativo. Ed è significativo, sotto il primo profilo, che quasi contestualmente all'entrata in vigore del d.l. n. 1/2012, abbia preso avvio un meccanismo di collaborazione istituzionale in virtù del quale la PdCM richiede in modo regolare all'Autorità (oltre che alle altre amministrazioni interessate) un parere preventivo sulla legittimità costituzionale di leggi regionali al fine dell'eventuale impugnativa davanti alla Corte nel termine di cui all'art. 127 Cost. (60 gg.).

E' lecito ritenere che l'Autorità potesse esprimersi su tale profilo già in virtù degli articoli 21 e 22 della legge n. 287/90 e che non occorresse una norma ad hoc. Ciò nondimeno, la previsione ha il pregio di rafforzare il compito di monitoraggio e di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri nell'azione di contrasto alle restrizioni della concorrenza, con effetti rilevanti (anche in termini dissuasivi): ogni nuova legge regionale che entra in vigore viene infatti sottoposta al vaglio tecnico preventivo dell'Istituzione preposta a tutelare la concorrenza. In prospettiva ci sono, dunque, gli elementi per confidare che, grazie a siffatto meccanismo, si registri anche su tale terreno una evoluzione virtuosa.

4. Le liberalizzazioni sono un processo complesso e poliedrico, e complesso e poliedrico è il dispositivo di contrasto alle regolazioni restrittive della concorrenza che è stato messo in campo. In un quadro in cui le liberalizzazioni "politiche", quelle cioè attuate per via legislativa, continuano a incontrare grandi difficoltà, le norme che potenziano il ruolo dell'Autorità, pur nella

consapevolezza delle delicate e gravi questioni che sollevano³⁶, meritano un giudizio positivo.

In virtù dei nuovi poteri, l'Autorità potrà più efficacemente contribuire ai processi di liberalizzazione con un *mix* di attività distinte e complementari (più o meno soft), sia in fase ex ante che in fase ex post. Laddove mancherà una coerente azione da parte di amministrazioni pubbliche e legislatori, spetterà al giudice, opportunamente sollecitato dall'Autorità, di esprimersi sulla compatibilità delle regolazioni con un quadro giuridico improntato ai principi concorrenziali. Questo significa che l'Autorità non opererà più (o non soltanto, perlomeno) come organo di consulenza tecnica verso le Istituzioni dotate di legittimazione democratica attraverso i tradizionali poteri consultivi e di segnalazione, ma come guardiano dei processi di liberalizzazioni attuati a livello normativo e amministrativo, con strumenti di intervento assai più incisivi che in passato.

Se concordiamo sul fatto che la libera concorrenza si oppone tanto alle restrizioni pubbliche dei mercati quanto alle restrizioni private, il disegno del legislatore, aldilà delle criticità che solleva, appare ispirato da una logica di fondo improntata a grande equilibrio: grazie ai nuovi poteri l'Autorità diviene il guardiano, oltre ché delle imprese e gli operatori economici, dei pubblici poteri (legislatore e p.a.). L'esperienza ha dimostrato, infatti, che la loro azione richiede un monitoraggio e una vigilanza continua: come la concorrenza nel mercato è di continuo posta a repentaglio dai comportamenti restrittivi delle imprese, del pari, sul piano normativo e amministrativo, essa è continuamente minacciata dai rischi di cattura, dalle pressioni corporative, dai gruppi di interesse, nel

³⁶ Cfr. ancora CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

nostro ordinamento più che mai attivi e presenti. Davvero, quindi un *work in progress*: per il legislatore certamente, ma non meno per l'Autorità.

Anna Argentati

Direttore aggiunto dell'A.G.C.M.

PARTE PRIMA

VARIETÀ

SUL LIBRO DI COLOMBINI E CALABRÒ SULLE CRISI FINANZIARIE

ABSTRACT: *Reviewing a book on financial crisis, professor Merusi offers a critical analysis both of the European policy (which ordered the Member States with problematic indebtedness to pursue the budget balance, that is to decrease public expenditure) and of the bank's industry (which is still dealing with the issues due to the excess of credit risk's securitizations).*

That is to say that there is a way to transfer to the federal (or semi-federal, as is now the European Union after the unified monetary system) level the commitment of stabilizing prices in the European market. This way starts from the "public finance", moving it in its entirety and not to attempt to "cut" instantly "bare branches" of the regional debt, which may origin a recessive implosion of the entire federation.

1. Il nostro sistema economico crollerà per "implosione" come pare sia successo per l'economia palaziale micenea e come è certamente successo per la pianificazione sovietica?

E' una domanda che viene naturale dopo la lettura del bel libro di Fabiano Colombini e Andrea Calabrò, "Crisi finanziarie. Banche e Stati. L'insostenibilità del rischio di credito", Torino, 2011. Un libro, che a differenza della letteratura alluvionale sull'attuale crisi economica globale apparsa nelle lingue più diverse, descrive analiticamente il meccanismo in base al quale si è propagata la crisi finanziaria fino a trasformarsi in crisi dell'intera economia reale, almeno in

pressoché tutti i Paesi occidentali. La cartolarizzazione del rischio di credito attraverso operazioni sempre più complesse per spostare in avanti il rischio di credito delle operazioni creditizie originarie avrebbe determinato una "perdita di attenzione" nella valutazione del merito di credito dell'operazione originaria, col risultato di determinare una proliferazione e una moltiplicazione degli affetti delle insolvenze che prima o poi e, dati i presupposti, inevitabilmente si verificano.

I *subprime* americani ne sarebbero stati l'esempio di maggior rilievo, ma non sarebbe il solo caso. La cartolarizzazione del rischio di credito senza una adeguata valutazione del merito di credito dell'operazione originaria sarebbe un fenomeno verificatosi con maggiore o minore intensità un po' ovunque, anche italiane comprese. La differenziazione coi *subprime* statunitensi sarebbe solo quantitativa, non qualitativa. La quantità avrebbe determinato la "globalizzazione", ma fenomeni "locali" si sarebbero verificati un po' dovunque. Le crisi bancarie da esternalizzazione del rischio di credito non valutato nel merito si sarebbero estese ai debiti sovrani, agli Stati, perché i vari interventi, variamente articolati, degli Stati a favore delle banche in crisi a seguito della "finanziarizzazione" del rischio di credito, non sarebbero avvenuti con "denaro vero", proveniente da imposizioni fiscali, bensì con un "allargamento del debito pubblico", con la conseguenza di ribaltare sul debito pubblico dei singoli Stati intervenuti a favore delle banche la crisi degli strumenti finanziari originata da una carente valutazione del merito di credito dell'operazione bancaria posta all'origine della catena finanziaria entrata in crisi. Secondo la logica di una moderna catena di S. Antonio che sale sempre più in alto, ma che ad un certo punto inevitabilmente crolla.

Merito del libro è di aver messo in relazione crisi finanziaria e crisi dei debiti pubblici, temi che nella letteratura corrente vengono trattati quasi sempre

separatamente, tanto che alla maggior parte degli osservatori sembrano fenomeni diversi, aventi cause e necessità di cure, diverse, o, quanto meno, solo in parte correlate.

Ma, se la radiografia di Colombini e Calabrò è esatta, bisogna andare al di là del libro ...o aspettare che gli Autori ne scrivano un secondo ... e chiedersi se qualcuno sta traendo una morale da quanto è successo. I segnali in proposito sono, a dir la verità, piuttosto sconfortanti, tanto da far pensare, come si diceva all'inizio, ad una possibile "implosione" del sistema.

Le risposte istituzionali al problema generale della crisi dei debiti sovrani, e a quello specifico della crisi bancaria e finanziaria, sembrano ignorare i bersagli da colpire, o meglio non sembrano volerli vedere per una sorta di difetto ottico "politico" e, per di più, non appaiono correlati fra di loro, così come la connessione illustrata dal libro di Colombini e Calabrò dovrebbe suggerire.

Vediamo sinteticamente quel che è stato fatto sui due versanti, cominciando dalla crisi finanziaria degli Stati.

Negli Stati Uniti il debito pubblico è ormai "in progressione libera", tanto che ormai persino nei films di intrigo internazionale ogni tanto compaiono degli acquirenti dei titoli del tesoro americano che si comprano gli Stati Uniti o ricattano i suoi governanti rifiutandosi di rinnovargli il credito. In quei films il supereroe vince sempre e salva l'America e l'intero mondo occidentale, ma non risulta mai che abbia a disposizione un fondo sovrano ... anzi, di solito, messo ai margini delle istituzioni ufficiali, vive a carico della necessaria protagonista femminile ... cioè di sussidi per indigenti ... Insomma, non sembra esserci corrispondenza fra la trama e il lieto fine. O comunque non si capisce perché ci sia un lieto fine

In Europa va forse peggio, almeno in questo momento. L'Unione europea ha unificato le proprie monete in un'unica moneta, l'Euro, governata, per tratta-

to, convenzione e statuto della sua banca centrale, dal c.d. triangolo magico finalizzato alla stabilità dei prezzi, cioè dalla dottrina tedesca della ricerca costante dell'equilibrio fra quantità monetarie, spesa pubblica e rapporto con le altre valute di riferimento internazionale.

2. Di fronte alla crisi del debito pubblico di alcuni Stati membri dell'Unione, praticamente quasi tutti, tranne la Repubblica Federale Tedesca, gli organi di governo dell'Unione – non la BCE perché priva di tutti i poteri e, soprattutto, di poteri esclusivi di governo della moneta, bensì una pletora di organi di diritto e di fatto identificabili solo coi criteri cari ai teorici della c.d. costituzione materiale – non hanno saputo fare di meglio che bloccare un lato del triangolo: ordinare gli Stati con deficit di bilancio problematici di perseguire a tappe forzate il pareggio del bilancio, cioè di liberare la spesa pubblica dall'indebitamento. Come? Non potendo dalla sera alla mattina smantellare buona parte della galassia della pubblica amministrazione dello Stato del benessere, prevalentemente attraverso l'aumento della pressione fiscale, diretta e indiretta. Naturalmente cercando di nascondere, almeno parzialmente, l'operazione dietro alle cortine fumogene del giustizialismo e del moralismo. Ma mettere nei bilanci di previsione i possibili risultati della "caccia agli evasori" è sempre stato un azzardo. Una cortina fumogena per nascondere l'aumento della pressione fiscale.

Ovviamente l'eccesso di pressione fiscale e la sua concentrazione nel tempo provoca recessione, nonché la progressiva caduta del gettito fiscale per progressiva diminuzione della capacità contributiva. Lo ha detto recentemente anche il Presidente della Corte dei Conti nella sua relazione annuale.

L'Italia ha già conosciuto un fenomeno del genere all'indomani dell'Unità d'Italia, con Quintino Sella e con la tassa sul macinato, quando si provvide a far

fronte al debito pubblico originato dalle guerre risorgimentali e a quello ereditato da alcuni Stati preunitari finanziariamente dissestati.

Ma si sa, la storia non insegna niente. Nessuno si ricorda più che per fare il secondo Reich, Bismarck dovette anche pagare i debiti della Baviera.

Questo per dire che se si vuol trasferire a livello federale, o semifederale, come è in questo momento l'Unione europea dopo aver unificato la moneta, il triangolo magico per stabilizzare i prezzi nell'intero mercato europeo, bisogna "manovrare" il lato del triangolo "finanza pubblica" nella sua interezza e non pretendere di "tagliare" all'istante i "rami secchi" dei debiti regionali, col rischio di provocare attraverso tante recessioni regionali l'"implosione" dell'intera federazione.

Non sembra che le cose vadano meglio sul lato della crisi delle banche e della finanza.

Nessuno sembra voler prendere di petto il problema della cartolarizzazione del rischio di credito e delle conseguenti insolvenze dipendenti dalla insufficiente valutazione del merito di credito dell'operazione iniziale poi confluita e magari frammentata nei successivi "passaggi" finanziari. Anzi, c'è chi inorridisce ad ipotesi del genere, probabilmente pensando al fatto che ci sono larghi settori di alcuni mercati finanziari che si sono sviluppati moltiplicando queste operazioni di ingegneria finanziaria e che addirittura ormai si dedicano in maniera quasi esclusiva a queste operazioni in cui calcoli "esoterici" cercano di nascondere la realtà sottostante e scommesse su di un incerto futuro (basti citare i criteri di calcolo del *fair value* dei derivati). Tagliare una fetta di mercato o, peggio un intero mercato, è altrettanto difficile quanto operare tagli "strutturali" nella spesa pubblica. Comprensibili pertanto le reazioni degli interessati o dei loro sodali.

Le soluzioni finora escogitate dalle varie autorità che, a cascata, si occupano a livello mondiale, comunitario e nazionale di contrastare crisi sistemiche o anche soltanto delle singole banche sono state finora di tre tipi:

- garantire il rischio bancario con una correlata misura del capitale proprio della banca;
- imporre garanzie di capitale in corrispondenza di determinate operazioni di possibile rischio (i c.d. *buffer*);
- dettare regole su singoli tipi di operazioni bancarie.

Le garanzie di capitale, generali o speciali, incidono sulla intermediazione fra risparmio e credito, sterilizzando una parte del risparmio e sottraendolo al credito, cioè agli investimenti nell'economia reale, e contribuendo così ai fenomeni recessivi innescati dall'aumento della pressione fiscale.

E' dato ad esempio leggere in un recente intervento del nuovo Governatore della Banca d'Italia un significativo riassunto del fenomeno riferito al sistema bancario italiano: *"Negli ultimi anni abbiamo chiesto alle maggiori banche italiane un significativo rafforzamento patrimoniale; esso è stato conseguito, anche in momenti difficili, prevalentemente attraverso la raccolta sul mercato di capitali privati, per quasi 20 miliardi. La strada percorsa in pochi anni è notevole. Il patrimonio di migliore qualità (core tier I ratio) dei cinque maggiori gruppi ha raggiunto in media il 9,5 per cento degli attivi ponderati; era il 5,7 per cento a fine 2007, prima della crisi. Il divario che, seppur ridotto, ancora separa il grado di capitalizzazione delle nostre grandi banche da quello medio dei maggiori concorrenti esteri risente di modalità di calcolo delle attività ponderate per il rischio non omogeneo tra i diversi ordinamenti. Nelle sedi della cooperazione internazionale sono stati avviati lavori, da noi fortemente sostenuti, per ridurre queste differenze, anche attraverso meccanismi di peer review; in Europa l'adozione del single rulebook andrà nella stessa direzione. Nel valutare l'adeguatezza patri-*

moniale delle banche teniamo anche conto del complessivo grado di indebitamento con cui operano gli intermediari. Da questo punto di vista, il sistema bancario italiano è solido. Per le nostre maggiori banche il rapporto tra il totale delle attività di bilancio e il patrimonio di base è inferiore a 20, a fronte di una media di 33 per i principali gruppi europei". (Intervento del Governatore della Banca d'Italia al Convegno ASSIOM Torex, Parma, 18 febbraio 2012).

Questo lo stato dell'arte nel sistema bancario italiano. Il che ci esime dall'esaminare in questa sede come le varie Basilee abbiano progressivamente imposto o stanno imponendo a tutte le banche del mondo la "garanzia del capitale" come regola per l'erogazione del credito.

La garanzia del capitale o i suoi sucedanei rappresentati da accantonamenti riferiti a singole operazioni giudicate rischiose (i c.d. *buffer*) sono una limitazione all'esercizio del credito, liquidità sottratta ad investimenti produttivi, un contributo alla recessione della economia reale, un freno allo sviluppo economico, particolarmente grave in un Paese come l'Italia dove la carente accumulazione capitalistica è da sempre stata supplita dal credito bancario nelle sue più diverse forme.

Evidentemente il paradosso di Caprara secondo il quale gli intermediari creditizi, appunto perché intermediari fra la raccolta del risparmio e l'erogazione del credito, non avrebbero bisogno di capitale (se non in correlazione con la loro gestione aziendale) è stato ormai dimenticato.

Se poi si aggiunge una analitica disciplina proveniente da varie fonti, ma in particolare dalle Autorità di Vigilanza, riferita a procedura ed operazioni aziendali che ha progressivamente trasformato la disciplina dell'attività bancaria in una sorta di "contabilità pubblica", molto simile alla contabilità di Stato che regola l'attività finanziaria della pubblica amministrazione, risulta quanto meno problematico sollecitare aumenti nell'erogazione del credito in funzione anti-

clica come, sia pur con molti distinguo, si fa nell'intervento del Governatore della Banca d'Italia citato in precedenza.

Tornando al libro di Fabiano Colombini e di Andrea Calabrò possiamo pertanto affermare che si è andati al di là delle tante radiografie della crisi economica fatte nelle tante pubblicazioni in argomento, la diagnosi della malattia è completa ... le cure messe finora in atto sembrano invece appartenere al genere dell'isolato intervento su qualche sintomo Il che ovviamente fa temere sull'esito finale della malattia ...

Fuor di metafora che si finisca in uno di quei fenomeni che un altro bel libro recente (quello di Sergio Ortino) ha descritto come "rivoluzioni economiche".

Fabio Merusi

*Ordinario di diritto amministrativo
nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi
di Roma*

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

TRIBUNALE DI CATANZARO

2 MARZO 2012

Pres. Est. Anna Maria Raschellà

AGENZIE DI RATING – AFFIDAMENTO DEL MERCATO – SUSSISTENZA.

Perché possa essere prospettata la responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di rating è necessario che sussista un rapporto di causalità tra la condotta dell'agenzia che ha emesso una valutazione (rating) errata ed il pregiudizio subito dall'investitore a causa dell'insolvenza dell'emittente. Detto in altri termini, l'investitore deve provare che, se la valutazione espressa dall'agenzia fosse stata corretta, sarebbe stato disincentivato e non avrebbe sottoscritto gli strumenti finanziari dell'emittente, ovvero non avrebbe mantenuto uno strumento finanziario poi risultato negativo (massima non ufficiale).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione in data 12 marzo 2009, gli attori (...) convenivano in giudizio la Unicredit S.p.A., con sede in Bologna alla Via Zamboni n. 20, in persona del legale rappresentante pro tempore, e The McGraw Hill Companies S.r.l.- Standard & Poor's Italia, con sede in Milano al Vicolo S. Giovanni sul muro, 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, dinanzi all'intestato Tribunale per ivi sentire accogliere le conclusioni riportate nell'epigrafe della presente sentenza. A tal fine, premettevano:

- che in data 19 aprile 2007, essi attori, già clienti della Unicredit Banca, sottoscrivevano, presso la filiale di Catanzaro ed a seguito di espressa sollecitazione da parte del responsabile ufficio titoli, ordine per l'acquisto, per contante, fuori dai mercati regolamentati della U.E., di obbligazioni Lehman & Brothers Fr 08 Tlx del Gruppo Lehman & Brothers Holding Inc., per un ammontare di € 44.000,00 con scadenza al 3 novembre 2008;

- che essi attori si determinavano all'acquisto dei predetti titoli ritenendoli sicuri perché inclusi nell'elenco titoli a basso rischio del Consorzio Patti Chiari, a cui la banca aderiva, ed attesa l'attribuzione da parte dell'Agenzia Standard & Poor's di un rating stimato in A+;

- che al momento dell'ordine, ricevevano dalla banca solo copia dell'ordine di acquisto delle obbligazioni in cui venivano esplicitati unicamente il settore di emissenza – vale a dire il sistema bancario, la natura estera delle obbligazioni ed il rating di emissione pari ad A+ - senza però che ad esso fosse allegato il prospetto informativo sul gruppo estero Lehman & Brother e, quindi, sulla consistenza del capitale e del patrimonio del gruppo emittente contrariamente a quanto richiesto dal T.U.F. per la tipologia di investimento;

- che in data 9 gennaio 2008, la banca inviava agli attori un prospetto, denominato "intervista", in cui, asseritamente, gli investitori indicavano il proprio grado di conoscenza del mercato, nonché l'ammontare delle operazioni finanziarie compiute in passato;

- che nell'effettuare l'"intervista", l'intermediario finanziario incaricato dalla banca incorreva in un grave inadempimento, poiché, oltre a non rilevare correttamente il profilo professionale dell'intervistato (...), al quale attribuiva erroneamente una conoscenza alta in materia di prodotti finanziari, delegava lo stesso cliente a far sottoscrivere alla moglie, (...), la predetta intervista;

- che l'“intervista” ai clienti si risolveva, pertanto, in una mera formalità espletata dalla banca per premunirsi dei documenti imposti dal T.u.f. e da (...) più che per la cura degli effettivi interessi degli investitori;

- che in data 15 settembre 2008, essi attori apprendevano da notizie di stampa che la Lehman Brothers Holding Inc. aveva richiesto l'ammissione al Chapter 11, con conseguente sospensione dalle negoziazioni dei relativi strumenti finanziari e grave riduzione del loro valore;

- che, allarmati dal pericolo di non vedere soddisfatto alla scadenza del successivo 3 novembre il loro credito obbligazionario, essi attori vanamente diffidavano la banca ad inviare idonea relazione in merito alle modalità di prestazione del servizio di negoziazione oltre alla documentazione inerente il loro investimento in titoli Lehman Brothers;

- che il 3 novembre 2008, la banca comunicava l'impossibilità di restituire sia il capitale investito che i relativi interessi;

- che nel caso di specie la banca era incorsa nella violazione dell'obbligo desumibile da una corretta lettura del TUF 58 del 1998 e del regolamento Consob 11522 del 2008, di informare l'investitore in relazione all'andamento dei titoli in epoca successiva all'operazione di acquisto degli stessi;

- che pertanto essi attori avrebbero dovuto essere informati circa il progressivo aumento del rischio di default in capo all'emittente Lehman;

- che nel caso di specie era ipotizzabile la responsabilità anche in capo all'agenzia di rating Standard & Poor's, che manteneva una valutazione del rating elevata in ordine ai titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la richiesta di ammissione al Charter 11;

- che nel caso in esame l'agenzia di rating era responsabile in base a quanto previsto dagli artt. 164 TUF e 2409 sexies cod. civ. nonché in base a quanto disposto dalla direttiva 2003/6/Ce per avere diffuso e rilasciato informazioni inesatte ovvero false e fuorviane;

- che, infatti, era ipotizzabile un conflitto di interessi, nel senso che l'agenzia di rating pagata dall'emittente Lehman, pur conoscendo i retroscena del Gruppo e malgrado le notizie di stampa, non provvedeva alla revisione del rating A+, al fine di non incidere negativamente sulle sorti del Gruppo Lehman.

Si costituiva in giudizio la UniCredit Banca di Roma S.p.A., eccependo pregiudizialmente l'inesistenza della notificazione dell'atto di citazione perché avvenuta mediante la consegna di copia fotostatica, nonché la nullità insanabile dell'atto di citazione, essendo stata citata in giudizio Unicredit S.p.A. anziché correttamente Unicredit Banca di Roma S.p.A., e la omessa iscrizione della causa a ruolo nei termini di legge. Nel merito, contestava le allegazioni avversarie, precisando che l'ordine di acquisto de quo, sottoscritto dal (...), contiene la dichiarazione con cui l'investitore dà atto di aver preventivamente ricevuto il modulo attinente agli "Ordini relativi a strumenti finanziari. Avvertenze della Banca. Dichiarazioni del cliente", nonché di aver preventivamente ricevuto specifiche avvertenze ed informazioni in tema di conflitto di interessi e circa lo strumento finanziario oggetto dell'ordine, e di avere confermato, sempre nell'ordine, la sua "espressa autorizzazione, preso atto delle avvertenze e delle informazioni ricevute, a dare comunque esecuzione all'ordine stesso".

Precisava che il Gruppo Lehman Brothers era storicamente considerato una delle realtà finanziarie più importanti e solide al mondo, cui le società specializzate avevano sempre assegnato notevole affidabilità (ancora al 12 settembre 2008 il rating di Lehman Brothers Holding inc era "A" per Standard & Poor's, "A2" per Moody's e "A+" per Pitch); che il gruppo Lehman era soggetto al normale regime di controlli amministrativi e contabili, da parte degli organi sociali, della società esterna incaricata della revisione del bilancio e delle Autorità di Vigilanza statunitensi, mentre le banche, UniCredit compresa, non hanno alcun potere di verifica e di ispezione in ordine ai documenti economici e finanziari delle aziende italiane ed estere, dovendo, dunque, far affidamento sulla

veridicità dei documenti e sul corretto funzionamento del sistema dei controlli; che, in ogni caso, la responsabilità dell'istituto di credito era da escludersi atteso che l'inserimento di un prodotto finanziario nell'elenco "Patti Chiari" esula dalla volontà e dalla autonoma valutazione di UniCredit ed al contempo ne attesta la convenienza e la adeguatezza a qualsiasi profilo investitore; che la ricostruzione proposta da controparte relativamente al prospetto denominato "intervista" era smentita dal dato documentale costituito dalle sottoscrizioni apposte dagli investitori sul prospetto, dalla elevata propensione e dimestichezza dei sigg.ri (...) agli investimenti in prodotti obbligazionari, dalla quantità delle operazioni pregresse commesse dagli stessi sul mercato finanziario, dall'inserimento dei titoli nell'elenco "Patti Chiari"; che UniCredit aveva adempiuto agli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza di cui al T.U.F. (ed alle circolari Consob), la cui violazione, in ogni caso, non è punita dall'ordinamento con la sanzione della nullità dei contratti di acquisto per violazione dell'art. 1418 c.c.; che comunque, gli obblighi di informazioni posta a carico degli intermediari finanziari devono essere coordinate con il principio di autoresponsabilità dell'investitore.

Si costituiva in giudizio altresì The McGraw Hill Companies S.r.l.(di seguito The McGraw Hill), eccependo preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva per non avere parte convenuta mai formulato alcun rating relativo a Lehman Brothers, rientrando tra i compiti istituzionali di The McGraw Hill l'attribuzione del rating soltanto a società italiane. Nel merito, dopo un'articolata digressione in ordine al ruolo delle agenzie di rating ed al significato del rating ed al fallimento di Lehman Brothers, la convenuta deduceva la non applicabilità alle agenzie di rating delle norme di legge richiamate dagli attori e, comunque, la infondatezza della domanda di condanna nei confronti di The McGraw Hill per non avere gli attori dimostrato quale sarebbe stato il comportamento doloso o colposo tenuto da Standard & Poor's nonché il nesso di causalità che legherebbe l'asserito danno subito dagli attori al comportamento

di Standard & Poor's. Precisava, ancora, che l'agenzia si era mossa correttamente e diligentemente nello svolgimento della sua attività di valutazione del merito del credito; che non era configurabile alcun conflitto di interessi, posto che il rating relativo a Lehman era stato più volte rivisto in concomitanza con l'aggravarsi della criticità in cui versava il gruppo Lehman e tenuto conto della circostanza che Standard & Poor's gestisce con efficacia i potenziali conflitti di interessi in relazione al modello "l'emittente paga" da essa impiegato, tramite l'adozione di varie misure.

Formulata istanza di fissazione dell'udienza di discussione e rigettata l'eccezione di estinzione del processo, le parti precisavano le proprie conclusioni con la memoria ex art. 10 del d. lgs. 5/2003. All'udienza del 19 ottobre 2011 la causa veniva trattenuta in decisione, con riserva di deposito della sentenza nei termini di legge.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Omissis

7. - La domanda di condanna risarcitoria nei confronti di The McGraw Hill.

Si è detto che la domanda attorea di condanna di The McGraw Hill va qualificata come di risarcimento del danno da illecito aquiliano (art. 2043 c.c.) posto che nessun rapporto contrattuale è intercorso fra le parti.

Gli attori sostanzialmente lamentano che parte convenuta avrebbe mantenuto un alto rating dei titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la presentazione dell'istanza di fallimento dell'emittente, e tanto avrebbe fatto al fine di non incidere negativamente sulle sorti dell'emittente Lehman.

È opportuno osservare che il rating è l'opinione espressa da un'organizzazione indipendente detta agenzia di rating, sulla capacità di un'emittente o di un'emissione di far fronte ai propri impegni finanziari (pagamento di interessi e rimborso del capitale).

Con riguardo agli strumenti finanziari, i rating classificano gli emittenti in categorie che corrispondono a gradi più o meno elevati di rischio fallimento. A tali fini le agenzie utilizzano scale di valutazione nell'ambito delle quali il discrimine fondamentale è tra la categoria <<investment grade>> (rischio debole), alla quale appartengono i titoli che ottengono un rating di alto livello, superiore ad una data soglia delle scale, e la categoria detta «speculative grade» (rischio elevato), nella quale sono collocati i titoli a basso livello di rating o not rated (junk bonds), solitamente caratterizzati da un alto rendimento.

Di regola, l'attribuzione del rating ad un'impresa viene effettuata dall'agenzia in esecuzione di un contratto intervenuto fra l'agenzia medesima e l'impresa, c.d. contratto di rating, che, pur non essendo soggetto ad una specifica disciplina contrattuale, è certamente riconducibile nell'alveo della prestazione professionale (cfr. Trib. Milano, 1 luglio 2011, n. 8790). Non vi è dubbio che il rating e dunque le informazioni fornite dalle agenzie influenzino i comportamenti delle imprese degli investitori (non di rado, piccoli risparmiatori). Peraltro, le agenzie hanno, come detto, un rapporto contrattuale solo con le imprese che commissionano loro il rating, ma non sono legate da vincoli contrattuali con investitori che, di regola, stringono rapporti contrattuali solo con gli intermediari finanziari (di regola, banche, società di intermediazione finanziaria, compagnie di assicurazione).

De iure condendo, si osserva che il regolamento CE n. 1060/2009 del Parlamento europeo del 16 settembre 2009, nel sottolineare il ruolo fondamentale delle agenzie di rating sui mercati mobiliari e bancari mondiali, ha evocato alcune regole metodologiche che, ancorché non applicabili al caso di specie, meritano comunque di essere menzionate. Tali regole riguardano i principi (rigore, sistematicità e continuità nelle metodologie di rating) ai quali le agenzie di rating dovrebbero conformare la loro attività, con la conseguenza che l'attribuzione del rating dovrebbe essere svolta in modo tale da evitare soluzioni di

compromesso, frutto di ingerenze più o meno indebite da parte della committenza.

In tale ottica, il regolamento prevede che le agenzie di rating rendano pubbliche le informazioni relative alle metodologie, ai modelli ed alle ipotesi principali di rating utilizzati nella loro attività, in modo tale anche da consentire agli utilizzatori del rating un autonomo giudizio in merito all'attendibilità della valutazione de qua.

Lo stesso regolamento ha previsto possibili e periodiche revisioni della metodologia, in considerazione della normale variabilità dei mercati, invitando le agenzie a comunicare preventivamente qualsiasi modifica metodologica, salvo casi eccezionali che rendano necessaria un'immediata modifica del rating.

De iure condito, si osserva che fin dal 2003, a fronte della crescente importanza assunta dalle agenzie di rating, l'International Organization of Securities Commission (meglio nota come Organizzazione IOSCO) di cui fa parte anche la Consob, elaborava e pubblicava i suoi principi relativi alle attività delle agenzie di rating. In considerazione di tali principi, il Parlamento europeo emanava la Risoluzione n. 2003/2081 "sul ruolo e i metodi delle agenzie di rating", cui è seguita la redazione del c.d. Codice Iosco, che è un codice di condotta che raccoglie un insieme di prescrizioni che ciascuna agenzia ha il dovere di rispettare.

In ordine alla efficacia del Codice Iosco, è opportuno osservare che la Commissione Europea, con la comunicazione n. 2008/C 59/02, ha affermato che "le agenzie di rating sono tenute ad applicare pienamente le disposizioni del suddetto codice (...). A tal fine, le agenzie di rating devono incorporare i principi dello Iosco nelle loro procedure (...)".

L'esigenza di disciplinare l'attività delle agenzie di rating nasce dal fatto che esse, quali operatori professionali, esprimono valutazioni che inevitabilmente si riverberano anche su interessi riferibili alla generale tutela dei risparmiatori ed al regolare funzionamento del mercato. Il rilevante ruolo assunto dalle agenzie

di rating nell'ambito delle operazioni di finanza strutturata ed i doveri di protezione sulle stesse incumbenti, pongono all'operatore del diritto il dovere di individuare, in difetto di norme che ne regolamentino l'attività e la responsabilità, gli eventuali rimedi azionabili dagli investitori per vedere riconosciuta la responsabilità dell'agenzia in ordine al default di un'emittente del quale aveva inizialmente certificato un alto grado di profittabilità.

Il ruolo fondamentale del rating per il risparmiatore, ai fini della scelta di investimento, è del resto desumibile dall'orientamento giurisprudenziale che afferma la responsabilità dell'intermediario allorché non comunichi all'investitore la valutazione operata dalle agenzie di rating e ciò sul presupposto che il rating è un elemento in grado di condizionare in modo significativo il processo decisionale dell'investitore, con la conseguenza che la mancata segnalazione rappresenta la violazione dei più elementari obblighi informativi (Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005; Trib. Catania, 5 maggio -20,06; Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006).

Non potendosi configurare, neppure astrattamente, un'ipotesi di responsabilità contrattuale, sia pure da c.d. contratto sociale - non ravvisandosi un rapporto contrattuale di fatto fra l'investitore e l'agenzia di rating - è necessario verificare se sussistano i presupposti per ritenere l'agenzia di rating responsabile dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti dei terzi danneggiati, responsabilità dalla lesione dell'affidamento che questi hanno riposto nel giudizio elaborato dall'agenzia.

In tale ottica è necessario svolgere le seguenti indagini; a) in primo luogo, è necessario accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) occorre, poi, stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; c) è necessario, ancora, verificare, sotto il profilo causale, se la lesione sia casualmente riferibile ad una condotta (commissiva od omissiva); d) stabilire, infine, se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa.

Ora, nel caso in cui, nonostante la valutazione positiva, l'emittente divenga insolvente, con conseguente pregiudizio per gli investitori che hanno fatto affidamento sul rating positivo rilasciato dall'agenzia, l'evento dannoso è costituito dalla perdita patrimoniale subita dall'investitore. Quanto alla ingiustizia del danno, si osserva che, di regola, nel caso in cui il terzo invochi la responsabilità dell'agenzia di rating per avere emanato un rating errato, lamenta la lesione della propria libertà contrattuale, giacché l'agenzia, con l'emanazione di un rating errato, ha interferito nell'attività negoziale ed ha alterato la propria volontà, in quanto egli confidava nella correttezza del giudizio emesso dall'agenzia e di conseguenza nella solvibilità dell'emittente. Si tratta, pertanto di accertare se l'affidamento dell'investitore sulla solvibilità dell'emittente, generato dalla valutazione dell'agenzia, sia meritevole di tutela. In altri termini, è necessario verificare se il danno patito dall'investitore e cagionato dall'affidamento riposto nel rating sia o meno ingiusto.

La dottrina che si occupa della tematica de qua, sottolinea che anche se è incerto che nel nostro ordinamento sussista un diritto del singolo all'esattezza dell'informazione altrui, tuttavia, in caso di lesione della libertà contrattuale per false informazioni, si tende a tutelare l'affidamento del terzo allorché l'informazione provenga da un soggetto particolarmente qualificato che riveste cioè uno status tale da ingenerare un particolare affidamento nella serietà e veridicità dell'informazione resa.

In tale ottica, la giurisprudenza ha affermato la sussistenza di un obbligo di fornire informazioni esatte per chi svolge professionalmente o istituzionalmente attività di raccolta e diffusione di informazioni di carattere economico (cfr. Cass. civ., 6 gennaio 1984, n. 94). Meritano, poi, di essere richiamati gli artt. 164, comma 2, T.U.F. e 2409 cod. civ., disposizioni con le quali il legislatore ha espressamente tipizzato l'illecito dei revisori contabili nei confronti dei terzi, così sostanzialmente configurando la responsabilità di un soggetto particolarmente

qualificato nei confronti dei terzi per i danni cagionati dalle informazioni inesatte rilasciate. Di recente, inoltre, l' art. 94 TUF, come sostituito dall'art. 3 d.lgs n. 51 del 28 marzo 2007, ha tipizzato la fattispecie della c.d. <<responsabilità da prospetto>>, prevedendo una responsabilità parziaria tra i vari soggetti responsabili delle informazioni contenute nel prospetto. Che l'affidamento incolpevole nella veridicità delle risultanze provenienti dal rating sia meritevole di tutela, è desumibile anche dalla normativa comunitaria volta a tutelare la trasparenza del mercato finanziario, attraverso la predisposizione di regole che debbono garantire l'integrità delle informazioni sugli strumenti finanziari. In particolare, l'art. 1, punto 2, lett c), della direttiva 2003/6/CE - sull'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato - prevede il divieto della diffusione di informazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, se la persona che le ha diffuse sapeva o avrebbe dovuto sapere che le informazioni erano false o fuorvianti. Da tale disposizione, secondo la Commissione sulle agenzie di rating del credito, si desume che «nei casi in cui un'agenzia di rating sapeva, o avrebbe dovuto sapere, che il rating era falso o fuorviante, il divieto di diffusione di informazioni false o fuorviante, che costituisce manipolazione del mercato, potrebbe applicarsi al rating>>.

Alla luce di queste considerazioni, deve convenirsi che è indubbiamente meritevole di tutela l'affidamento generato da comunicazioni rese al mercato allorché tali informazioni provengano da un soggetto particolarmente qualificato, come le agenzie di rating, che ragionevolmente ingenerano fiducia nella serietà e credibilità delle proprie valutazioni.

Naturalmente, perché possa essere prospettata la responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di rating è necessario che sussista un rapporto di causalità tra la condotta dell'agenzia che ha emesso una valutazione (rating) errata ed il pregiudizio subito dall'investitore a causa dell'insolvenza dell'emittente. Detto in altri termini, l'investitore deve provare che, se la valutazione espressa

dall'agenzia fosse stata corretta, sarebbe stato disincentivato e non avrebbe sottoscritto gli strumenti finanziari dell'emittente, ovvero non avrebbe mantenuto uno strumento finanziario poi risultato negativo.

Nell'ipotesi in cui l'iniziale rating positivo (errato) abbia influenzato la scelta di investimento, si pone il problema di accertare sia se l'investitore sia tenuto ad attivarsi per conoscere l'eventuale progressivo deterioramento del rating, sia se lo stesso, una volta appreso il mutamento del rating, abbia il dovere di limitare le conseguenze dannose, vendendo ad esempio i titoli. Di regola, il dovere di autoinformazione viene in rilievo solo nell'ipotesi in cui l'intermediario si sia limitato a prestare il servizio di negoziazione senza assumere l'obbligo di comunicare al cliente il progressivo peggioramento del rating. Quanto alla possibilità giuridica di ipotizzare un dovere, ex art. 1227, comma 2, cod. civ. di vendere il titolo al fine di ridurre o non aggravare le conseguenze dannose derivanti dall'illecito dell'agenzia, si osserva che il danneggiato ha l'onere di adoperare l'ordinaria diligenza senza attività gravose o straordinarie. In ogni caso, l'indagine sulla diligenza che avrebbe dovuto tenere il danneggiato al fine di limitare le conseguenze dannose, non può comunque prescindere dal riferimento al "tipo di investitore" che viene in rilievo, giacché è indubbio che ad un investitore professionale sia richiesto un grado di diligenza più elevato rispetto a quella richiesta ad un investitore inesperto.

Passando, infine, all'esame dell'elemento soggettivo di imputazione, vale a dire il dolo o la colpa, è necessario osservare che la responsabilità dell'agenzia di rating non può derivare dalla semplice valutazione errata ma è anche necessario che sussista il dolo o la colpa dell'agenzia stessa. Di conseguenza, non si può affermare la responsabilità dell'agenzia solo perché il rating non rispecchia la reale prospettiva di solvibilità dell'emittente, ma è necessario che la condotta dell'agenzia sia connotata da malafede o colpa.

La colpa, in particolare, si concretizza nella negligenza professionale ovvero sia nella inosservanza dei principi di diligenza professionale e degli standards di settore ribaditi anche nel regolamento Consob n. 12175 del 2 novembre 1999.

In relazione a ciò, ai terzi danneggiati spetterà il compito di dimostrare che la società di rating ha emesso (o omesso di rivedere) un giudizio che non rispetta la situazione economico-patrimoniale-finanziaria dell'emittente e tale mancata corresponsione dipende dall'utilizzo di procedure di valutazione non conformi alle prassi internazionali e agli standards di settore. La società di rating dovrà, di contro, dimostrare che l'erronea valutazione fornita e l'inesatta rappresentazione dell'immagine economico-patrimoniale della società emittente non è dovuta alla violazione degli standards esistenti, ma a false informazioni fornite dall'emittente i titoli e non riscontrabili come tali all'atto della valutazione.

Ora, nel caso di specie gli attori imputano a The Mc Graw Hill di avere mantenuto un alto rating dei titoli Lehman Brothers fino a pochi giorni antecedenti la presentazione dell'istanza di fallimento dell'emittente al fine di non incidere negativamente sulle sorti dell'emittente Lehman, operando in palese conflitto di interesse <<nel senso che l'agenzia di rating pagata dall'emittente Lehman, pur conoscendo i retroscena del gruppo (ed incurante delle notizie di stampa) non ha provveduto ad una revisione del rating da A+ delle relative obbligazioni, al fine di non incidere negativamente sulle sorti dello stesso>> (cfr. atto di citazione pag. 9).

Gli attori reputano, dunque, che la condotta di parte convenuta sia stata connotata da mancanza di buona fede. Deve però osservarsi che la circostanza è rimasta a livello di mero assunto difensivo non supportato da qualsivoglia riscontro probatorio, sicché, in difetto di elementi istruttori sia pure indiziari, convenire con gli attori che parte convenuta fosse comunque a conoscenza dello stato di insolvenza di Lehman e che lo abbia taciuto ai mercati e agli

investitori perché "pagata dall'emittente Lehman", significherebbe pervenire ad una pronuncia di condanna muovendo da un assunto affermato, ma non dimostrato. La domanda di risarcimento formulata nei confronti di The McGraw Hill Companies S.r.l. va dunque rigettata, perché infondata.

9. - La novità e la complessità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, Sezione Prima Civile, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa,

- condanna la Unicredit Banca S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a pagare agli attori, a titolo di risarcimento del danno, la somma di Euro 44.000,00 con rivalutazione dal 15.09.2008 sino alla data di pronuncia della presente sentenza e con gli interessi legali dalla pubblicazione della presente sentenza sono al saldo;

- rigetta la domanda nei confronti di The McGraw Hill Companies S.r.l.;
- compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

LE AGENZIE DI RATING NEL RAPPORTO CON GLI INVESTITORI: PROFILI DI RESPONSABILITA' *

1. La sentenza in commento concerne la violazione degli obblighi di informazione posti a carico dell'intermediario, cui viene riconnessa l'individuazione di un regime di tutela risarcitoria a favore degli investitori danneggiati. Sul punto, il Tribunale di Catanzaro aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente (confermato dal recente arresto della Cassazione a

* Contributo approvato dai Revisori

Sezione Unite), secondo il quale la violazione degli obblighi informativi gravanti sui contraenti non è in grado di inficiare la validità dell'accordo². Ne consegue la condanna al risarcimento del danno in capo all'istituzione bancaria che non ha ottemperato ai propri doveri informativi (con particolare riguardo agli obblighi di informazione c.d. continuativa) nei confronti del cliente sottoscrittore di obbligazioni Lehman Brothers. Quest'ultimo, difatti, contesta la mancanza di un'opportuna comunicazione in merito allo stato di crisi in cui versava la società emittente, donde consentirgli di poter eventualmente adottare adeguate scelte di investimento. A ben considerare, tali doveri informativi derivano vuoi da espressa fonte legale, vuoi dall'adesione dell'intermediario in parola al consorzio "Patti chiari".

L'investitore chiede altresì la condanna dell'agenzia di rating al risarcimento del danno subito per fatto illecito; ciò in quanto, nonostante le molteplici perplessità in merito alla solidità finanziaria della società emittente (a cui si faceva espressamente riferimento anche sulla carta stampa), l'agenzia non ha provveduto a modificare il giudizio di rating che a quest'ultima aveva attribuito. Sotto tale profilo, la sentenza de qua assume peculiare rilievo, nella misura in cui si ha riguardo alla natura della responsabilità ascrivibile alle società di rating per i danni che la relativa attività può procurare a terzi. Più in particolare, il giudice de quo inquadra la responsabilità (riveniente dalla lesione dell'affidamento che il terzo ha riposto nel giudizio dell'agenzia di rating) nell'ambito della sfera extracontrattuale, onde evidenti conseguenze vuoi in termini probatori, vuoi in relazione ai tempi di prescrizione per l'azione in giudizio.

Ed invero, il giudice ha escluso che nel caso di specie potesse sorgere alcun obbligo risarcitorio a carico dell'agenzia di rating; ciò in quanto - una volta circo-

² Ci si riferisce alle sentenze della Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725. Cfr., per un commento, per tutti, 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 *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 936 ss.

scritto il campo di indagine nell'ambito della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. - l'investitore avrebbe dovuto accertare la sussistenza dell'evento dannoso, nonché l'ingiustizia del danno ed il nesso di causalità tra il verificarsi di quest'ultimo e la condotta dell'agente. Sul punto, il Tribunale evidenzia che gli attori, invece, non sono stati in grado di dimostrare la mancanza di buona fede nella condotta dell'agenzia di rating; da qui, il rigetto della domanda che ha prontamente evitato <<una pronuncia di condanna muovendo da un assunto affermato, ma non dimostrato>>.

La sentenza in commento consente di soffermarsi sul significativo ruolo assunto dalle agenzie di rating nell'ambito della finanza strutturata e, più in particolare, permette di ricostruire la natura del rapporto tra le medesime e gli investitori presenti sul mercato. Alla luce delle recenti novità regolamentari in materia, si profila, dunque, l'opportunità di elaborare una chiave di lettura diversa da quella prospettata nella sentenza in commento.

2. Nell'attuale panorama finanziario, le agenzie di rating hanno assunto una posizione di assoluta rilevanza³, la quale trova conferma nella scelta del legislatore di richiedere loro l'emissione di giudizi sulla solidità creditizia di larga parte dei soggetti operanti nel sistema economico mondiale. Non è un caso che la dottrina abbia intravisto in tale meccanismo una vera e propria <<abdicazione regolamentare>>⁴; basti ricordare, a titolo esemplificativo, l'accordo di Basilea 2 (con riguardo ai requisiti di capitale delle banche), nonché l'art. 100 bis del TUF (il quale esclude l'ipotesi di offerta al pubblico in caso di rivendita di titoli di debito emessi da Stati membri dell'OCSE che hanno ottenuto

³ Per una disamina sull'importanza del ruolo ricoperto dalle agenzie di rating nel mercato finanziario, cfr. PICARDI, *Il rating fra crisi e riforma dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, p. 713 ss.

⁴ In tal senso, ENRIQUES – GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, in *Analisi Giur. dell'Econ.*, 2010, 2, p. 475.

un giudizio da almeno due primarie agenzie internazionali di classamento creditizio)⁵.

Il fenomeno del “rinvio” regolamentare alle valutazioni effettuate da apposite agenzie di rating, conferma l’importanza ricoperta da queste ultime all’interno delle dinamiche finanziari mondiali. Ed invero, è indubbio che dette valutazioni siano in grado di influenzare (rectius: condizionare) le scelte di investimento degli operatori di mercato e, più in generale, di accentuare (mediante l’utilizzo di approssimazioni nelle stime economiche eseguite) gli effetti delle recenti speculazioni finanziarie.

Si rileva che le agenzie di rating godono di una posizione privilegiata nel contesto della finanza strutturata atteso che la loro operatività si svolge nell’ambito di un ristretto mercato oligopolistico, privo di una disciplina specifica che regola il regime di responsabilità ad esse ascrivibile⁶. Più in generale, tali società hanno la capacità di incidere significativamente sull’oscillazione dei prezzi dei titoli finanziari, finendo così con l’influenzare indirettamente le scelte degli investitori (anche professionali); a ciò si aggiunga che nei contratti di finanziamento non è raro che siano inserite specifiche clausole atte a riconnettere talune modificazioni del piano finanziario al contenuto delle opinioni da esse espresse.

Si è in presenza, pertanto, di un fenomeno che, pur avendo acquisito una notevole rilevanza nell’ambito delle relazioni economiche e finanziarie, non ha trovato appropriata disciplina, né a livello nazionale né a livello europeo. Il recente Regolamento comunitario n. 1060/2009, tuttavia, ha agito da catalizzatore in tale situazione di stallo regolamentare, adeguando al contesto

⁵ Per una disamina degli esempi di affidamento della regolamentazione sui rating, si rinvia a ENRIQUES – GARGANTINI, op. cit., p. 476 ss.

⁶ Cfr., sul punto, PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, 2010, 1, pt. I, p. 152.

regionale europeo le logiche normative adottate negli ultimi anni dall'ordinamento statunitense⁷.

Si ha riguardo, più precisamente, alle procedure utilizzate per l'emissione del giudizio di rating, procedure che, a ben considerare, si prestano a possibili fenomeni distorsivi. Ed infatti, si rileva che – almeno per ciò che concerne il sistema standard – la realizzazione dell'analisi sulla consistenza economica di una determinata società viene effettuata dall'agenzia di rating solo a fronte di un adeguato corrispettivo. A ciò aggiungasi il versamento di un'ulteriore somma da parte della società (richiedente il giudizio) che permette alla medesima di conoscere i criteri di valutazione adottati⁸.

Pertanto, non può sorprendere che l'attività delle agenzie di rating alimenti dubbi circa l'esistenza di potenziali conflitti di interesse; e ciò per la singolare circostanza che la stessa società richiedente provvede a remunerare l'agenzia per ottenere il parere sul proprio merito creditizio. E' evidente come l'emittente miri ad ottenere un giudizio positivo circa la personale stabilità finanziaria e, al contempo, l'agenzia abbia peculiari interessi di natura economica riconnessi alla soddisfazione delle aspettative del richiedente.

Da qui, le considerazioni espresse dalla dottrina che, prendendo le mosse dalla recente pronuncia del Tribunale di Milano 1 luglio 2011 n. 8790, evidenzia come nel c.d contratto di rating l'emittente <<non ha un interesse a che il giudizio su di sé sia correttamente formulato, perché un giudizio eccessivamente ottimistico gli potrebbe consentire di accedere ai finanziamenti con un tasso d'interesse più favorevole>>⁹.

⁷ Per una disamina dell'evoluzione storica delle agenzie di rating, nonché per un approfondimento della normativa statunitense, cfr. PARMEGGIANI, *I problemi regolatori del rating e la via europea alla loro soluzione - The regulatory problems of credit rating and the european way to their solution*, in *Banca impr. soc.*, 2010, 3, p. 459 ss.

⁸ Cfr., in argomento, SACCO GINEVRI, *Le società di rating nel regolamento ce n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010, 2, p. 291 ss.

⁹ In tal senso, GIUDICI, *L'agenzia di rating danneggia l'emittente con i propri rating eccessivamente favorevoli?*, in *Le Società*, 2011, 12, p. 1452. Il tribunale ha condannato

Va precisato, inoltre, che il giudizio espresso dalle agenzie di rating avviene tendenzialmente sulla base dei dati economici forniti dal richiedente stesso; dati che potrebbero risultare falsi o comunque alterati. Tale circostanza, tuttavia, non vale ad esonerare tali agenzie da responsabilità nei confronti dell'emittente; ciò in quanto, come evidenziato dalla sentenza del Tribunale di Milano sopra menzionata, la loro particolare competenza tecnica le rende "impermeabili" <<alle inesatte informazioni fornite dall'emittente>>.

A fronte di un elevato grado di esperienza e competenza in materia, le agenzie in parola non presentano, tuttavia, la necessaria indipendenza ed imparzialità che, per la funzione che esse sono chiamate a svolgere, risultano essere quasi requisiti indispensabili. Più precisamente, non possono essere sottaciute le perplessità che derivano dalla constatazione che la relativa compagine societaria è composta, per lo più, dai <<fondi che usano i rating per investire>>, congiuntamente alle <<banche che alle stesse agenzie chiedono un voto quando devono emettere obbligazioni>>¹⁰; si è in presenza, pertanto, della singolare circostanza in cui il valutatore coincide con il soggetto destinatario della valutazione, con evidenti conseguenze in ordine ai potenziali conflitti che possano insorgere tra i contraenti.

Va, inoltre, segnalato l'atteggiamento assunto dalle agenzie di rating che, nell'ambito delle controversie sorte nei rapporti con l'emittente, tendono a sminuire il proprio ruolo. Ed invero, esse non di rado attribuiscono alle relative valutazioni un valore di mere "opinioni", privandole, dunque, di una qualsiasi rilevanza di tipo oggettivo¹¹. Come si è avuto modo di precisare in precedenza,

l'agenzia di rating alla restituzione del compenso ricevuto in quanto era risultata inadempiente nei confronti dell'emittente; esso invece ha respinto la richiesta di risarcimento del danno avanzata da quest'ultima per la mancata prova della sussistenza del nesso di causalità tra i rating ed il dissesto finanziario.

¹⁰ In tal senso, v. *Il Sole 24 Ore – leggi*, consultabile sul sito internet <http://24o.it/GUcwk>.

¹¹ Lo stesso avviene anche nella sentenza in commento. Si badi che l'art. 3 del Regolamento comunitario n. 1060 del 2009 considera il rating alla stregua di <<un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni

detti pareri sono in grado di condizionare l'agere degli investitori e dell'emittente che, in essi, ripongono particolare affidamento. Di certo, il tentativo delle agenzie di rating di ridimensionare la portata dei propri giudizi valutativi, mal si concilia con l'importanza ad essi riconosciuti dalla recente giurisprudenza, per la quale l'intermediario risponde civilmente qualora non provveda a comunicare al cliente la valutazione effettuata¹².

La stessa sentenza in commento chiarisce come il rating sia «un elemento in grado di condizionare in modo significativo il processo decisionale dell'investitore, con la conseguenza che la mancata segnalazione rappresenta la violazione dei più elementari obblighi informativi». Appare, pertanto, opportuno esaminare, a livello regolamentare, l'approccio comunitario in materia e valutare i profili di responsabilità delle agenzie di rating per i danni arrecati alla relativa clientela. A tal riguardo, va tenuto conto che, a seguito di una valutazione errata da parte delle agenzie, i soggetti danneggiati sono in primo luogo gli investitori che hanno riposto la propria fiducia nel rating espresso.

3. A seguito della recente crisi finanziaria il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno delineare una regolamentazione volta a disciplinare in maniera specifica l'attività delle società di rating, sì da fornire una soluzione alle problematiche anticipate in precedenza. Ed invero, fino al 2009, si è ritenuto che la materia potesse essere, per così dire, "autogestita"; e ciò nella convinzione che il mercato fosse in grado da solo di paralizzare eventuali fenomeni distorsivi che da essa possono derivare¹³.

privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito».

¹² Cfr., in a tal senso, Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005; Trib. Catania, 5 maggio 2006; Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006, n. 43, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 4, p. 912 ss. con nota di FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*.

¹³ In ordine alle criticità dei meccanismi correttivi endogeni al sistema a seguito della crisi subprime, cfr. LINCiano, *La crisi dei mutui subprime. Problemi di trasparenza e opzioni di*

Le ripercussioni negative che un simile approccio ha avuto sul sistema finanziario hanno contribuito all'adozione di misure stringenti in materia; emblematica, inoltre, è stata la scelta di utilizzare lo "strumento" del Regolamento comunitario, sì che le disposizioni ivi contenute fossero direttamente applicabili all'interno di ciascuno Stato membro e, pertanto, fosse evitata l'esperienza del c.d. forum shopping. Da qui, l'emanazione del Regolamento n. 1060 del 16 settembre 2009 col precipuo scopo di restituire fiducia al mercato e rendere affidabili le valutazioni di rating. Rileva, a tal proposito, quanto indicato dal considerando 10 del Regolamento in parola, secondo il quale, al fine di porre rimedio alle problematiche connesse allo sviluppo delle agenzie di rating, si è reso necessaria l'adozione di misure rigorose in materia di conflitti di interesse, qualità dei rating, trasparenza e governance interna nonché sorveglianza delle medesime. Si è, altresì, inteso "responsabilizzare" la posizione del soggetto che richiede il giudizio di rating; a tal fine, infatti, lo stesso considerando sancisce la rilevanza attribuita al principio di diligenza nell'analisi delle valutazioni creditizie che rivengono dall'attività di dette agenzie.

Ne consegue il riconoscimento di uno status proprio delle agenzie in parola; ed infatti, esse devono essere registrate nella Comunità europea secondo la procedura indicata dall'art. 13 del Regolamento suddetto. Ne discende, inoltre, l'adozione di tutte le misure volte a garantire che il giudizio espresso risulti immune da potenziali conflitti di interesse che possano coinvolgere i manager, gli analisti, i dipendenti dell'agenzia di rating (ovvero qualsivoglia soggetto direttamente o indirettamente collegata ad essa da un legame di controllo). La previsione di espressi obblighi al riguardo a carico dei dirigenti è volta ad assicurarne l'indipendenza ed a pubblicizzare l'esistenza di eventuali conflitti

intervento per le Autorità di Vigilanza, in Quaderni di Finanza, 2008, n. 62, p. 3 ss. Evidenzia le criticità connesse alla mancanza di un corpus regolamentare unitario che disciplini il fenomeno delle agenzie di rating, Miglionico, Il giudizio di rating: incidenza sulle negoziazioni finanziarie e sulla stabilità dei mercati, nota a Tribunale di Venezia, 5 novembre del 2009, in questa Rivista, 2010, 2, pt. II, p. 96.

d'interesse (allegati I e III al Regolamento n. 1060 del 2009). In questa logica si spiega la composizione del consiglio di amministrazione o di sorveglianza, nella cui compagine almeno un terzo dei membri devono essere «indipendenti». Si evidenzia, altresì, l'introduzione di uno specifico dipartimento all'interno della società di rating, la cui attività è finalizzata al controllo (permanente, efficace ed indipendente) della conformità («compliance function») dei comportamenti degli operatori agli obblighi imposti dalla disciplina comunitaria (allegato I al Regolamento in parola).

Si è in presenza pertanto di una regolamentazione attenta alle criticità del sistema finanziario, criticità evidenziate in passato dalla dottrina e ritenute concause dello sviluppo della crisi finanziaria degli ultimi anni; si è inteso, in particolare, far fronte alle problematicità di un agire che, come veniva evidenziato già prima dell'entrata in vigore del Regolamento in parola, è in grado di interagire <<indirettamente, anche sulla situazione giuridico patrimoniale di soggetti che, pur essendo terzi rispetto all'attività negoziale (...), si relazionano in qualche modo con questa e ne subiscono le implicazioni>>¹⁴.

Permangono, tuttavia, le perplessità legate alla mancanza di un impianto disciplinare armonico concernente la fase patologica dei rapporti rinvenibili in *subjecta materia*; pertanto, si auspica, a livello comunitario, l'adozione di regole volte a definire la responsabilità delle agenzie di rating nei confronti dell'impresa emittente e, soprattutto, nei confronti degli investitori. Appaiono, altresì, ancora attuali le osservazioni espresse dalla dottrina in ordine alla necessità di definire con chiarezza <<il quadro delle responsabilità nelle quali possano incorrere le società di rating a causa di inadempienze nello svolgimento del proprio officio>>¹⁵.

¹⁴ CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 1, pt. I, p. 53.

¹⁵ Così CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?*, cit., p. 54.

4. La dottrina mostra significative perplessità con riguardo all'esatta configurazione della responsabilità che sorge in capo all'agenzia di rating verso l'investitore che abbia confidato sulle analisi elaborate dalla stessa (e rivelatesi poi errate). Sul punto, si evidenzia una prima tesi (sviluppatasi con riguardo agli analisti finanziari ma estensibile anche alla fattispecie in parola) che riconduce la responsabilità per "diffusione di informazioni" nell'ambito di quella contrattuale, perché accomunabile a quella precontrattuale (essendo ravvisabile la stessa ratio, ovvero la tutela dell'affidamento dei terzi)¹⁶. La dottrina prevalente postula, invece, l'insorgere della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.¹⁷ in presenza di valutazioni errate, ovvero non adeguate ai mutamenti delle condizioni economiche dei soggetti sottoposti alle analisi. A ben considerare, detto orientamento fa leva sull'inesistenza di un rapporto obbligatorio pregresso tra le parti (agenzie e terzi). Il giudice de quo aderisce a tale orientamento e, pertanto, subordina l'eventuale risarcimento del danno subito dal cliente al verificarsi di determinate condizioni, quali la dimostrazione dell'evento dannoso derivante da comportamento doloso o colposo riconducibile all'agenzia di rating, l'esistenza di un danno ingiusto ed infine la prova del nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta dell'agenzia.

Va tenuto presente che l'insorgere di una responsabilità di natura extracontrattuale in capo alle agenzie di rating aggrava la posizione dell'investitore il quale, al fine di ottenere il risarcimento del danno, dovrà dimostrare (non senza

¹⁶ Cfr., per quanto riguarda gli analisti finanziari, MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi Giur. dell'Econ.*, 2002, 1, p. 226 ss., il quale richiama le argomentazioni sviluppate da CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 213 ss.

Per una ricostruzione della tesi che riconduce la responsabilità sorta in capo alle agenzie di rating nei confronti dell'investitore a quella contrattuale, cfr. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. e impr.*, 2011, 3, p. 764 ss.

¹⁷ Cfr., per tutti, CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari Investitori Mercati*, Padova, 2008, p. 143 s. e BUSNELLI, *Itinerari europei nella <<terra di nessuno tra contratto e fatto illecito>>*: la responsabilità da informazioni inesatte, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 ss., spec. p. 539 e 540.

difficoltà) che lo stesso derivi dal comportamento colposo o doloso del soggetto agente. Al riguardo, rilevano le considerazioni espresse dalla dottrina secondo cui, sul piano delle concretezze, risulta complicato <<stabilire un nesso causale tra il rating e la decisione di investimento>>¹⁸. Nella sentenza de qua infatti il giudice ha escluso la responsabilità dell'agenzia di rating perché il verificarsi dell'evento dannoso e l'ingiustizia del danno (e più propriamente la condotta in mala fede da parte dell'agenzia medesima) erano riconducibili nel caso di specie ad un livello meramente teorico.

E' il caso di sottolineare che, qualora tale responsabilità fosse inquadrata in quella contrattuale, all'investitore spetterebbe dimostrare soltanto di aver subito un pregiudizio, atteso che, in detta ipotesi, l'aver agito in mancanza di dolo o di colpa sarebbe onere probatorio posto a carico dell'agenzia di rating. E' evidente, pertanto, che una simile ricostruzione offrirebbe al risparmiatore uno strumento in grado di assicurargli una maggiore tutela o, comunque, un minore carico probatorio.

V'è da chiedersi se, a seguito del recente intervento comunitario in materia (di cui si è dato conto nel corso della trattazione), sia possibile ricondurre la responsabilità in parola a quella da c.d. <<contatto sociale>>, responsabilità quest'ultima che gode degli stessi "benefici" di quella contrattuale, sia in ordine al profilo probatorio, sia con riguardo al termine di prescrizione per far valere in giudizio il diritto.

È opportuno ricordare che la responsabilità da c.d. contatto sociale ha trovato origine e terreno fertile di applicazione in materia di responsabilità medica dal 1999¹⁹, trovando successivamente ampio riscontro in settori diversi tra i quali quello dell'intermediazione finanziaria²⁰.

¹⁸ GIUDICI, *L'agenzia di rating danneggia l'emittente con i propri rating eccessivamente favorevoli?*, cit., p. 1454.

¹⁹ Ci si riferisce alla nota sentenza Cass del 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 3, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il*

Caratteristica peculiare di tale responsabilità è che essa possa essere adottata per ogni operatore di una professione c.d. protetta; sul punto, si è dell'avviso che, a seguito della particolare rilevanza assunta dalle agenzie di rating a livello regolamentare comunitario, ad esse vada riconosciuto ormai uno *status* tale da consentire l'inserimento delle attività da esse svolte tra quelle incluse nella tutela del risparmio, garantendo così una migliore protezione agli investitori. In altri termini, l'affidamento da questi ultimi riposto nelle valutazioni compiute dalle agenzie in parola pone costoro in "contatto" diretto con le stesse. Rilevanti, a tal proposito, sono le considerazioni desumibili dalla recente sentenza a Sezioni Unite della Cassazione (la n. 14712 del 2007²¹) che, pur in mancanza di uno specifico e pregresso rapporto tra le parti, ha riconosciuto la sussistenza di una responsabilità da c.d. contatto sociale (a carico di una banca) per la violazione di obblighi di condotta di protezione prescritti dalla normativa (violazione che abbia arrecato un danno al cliente).

Ne deriva che la prescrizione di specifici doveri di comportamento che esse sono tenute ad osservare a protezione delle emittenti di strumenti finanziari e degli investitori, unitamente all'imposizione a livello regolamentare europeo del rispetto della procedura di registrazione da parte delle agenzie di rating, consentono di poter annoverare l'attività da queste svolte tra quelle di "protezione" e di ricondurre, per tale via, la responsabilità per danni verso gli investitori a quella da c.d. contatto sociale. Di certo, osta a tale ricostruzione, la considerazione che le agenzie di rating esprimono un parere diretto a destinatari indeterminati; ancorché, questi ultimi, siano solo apparentemente

"contratto sociale" conquista la Cassazione; in Nuova giur. civ. comm., 2000, 3, p. 343 ss., con nota di THIENE, La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

²⁰ A tal proposito, significativo è il ricorso al "contatto sociale" nelle ipotesi di danno subito da un privato per un atto illegittimo della Pubblica amministrazione, cfr. al riguardo FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 9, p. 1695.

²¹ Per un commento alla sentenza si rinvia a DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1710 ss.

indeterminati, ma in concreto determinabili (dove la possibilità di individuare i soggetti lesi dai loro giudizi).

Alla luce di tali considerazioni, emerge uno stato di profonda incertezza in ordine ai profili di responsabilità che ricadono in capo alle agenzie di rating per i danni causati agli investitori; si auspica un intervento legislativo che possa offrire un'adeguata soluzione alla questione, a garanzia della stabilità del mercato e a tutela delle scelte di investimento.

Non è un caso, dunque, che l'8 giugno 2011 il Parlamento europeo abbia pubblicato una risoluzione non legislativa sulle agenzie di rating del credito²², nella quale si evidenziava la necessità di rafforzare il profilo della responsabilità civile. Inoltre, è al vaglio una proposta di modifica²³ del regolamento comunitario n. 1060 del 2009: in particolare, si mira ad obbligare le agenzie di rating a rispondere dei danni cagionati all'investitore, in caso di violazione intenzionale, o per negligenza grave, del regolamento (sempre che l'infrazione abbia influenzato il rating del credito). Peraltro tale proposta precisa che <<se l'investitore accerta fatti dai quali si può dedurre che un'agenzia di rating del credito ha commesso una delle infrazioni (...), spetta all'agenzia dimostrare di non aver commesso l'infrazione o che l'infrazione non ha avuto un impatto sul rating emesso>>. Pertanto, dalla disposizione de qua sembra dedursi che l'investitore sia tenuto a provare il verificarsi dell'evento dannoso, mentre la dimostrazione della mancanza di colpa (o dolo) debba ricadere sull'agenzia di rating. È evidente che tale inversione dell'onere della prova sarebbe in grado di tutelare al meglio gli interessi dell'investitore e, al contempo, porrebbe fine alle perplessità espresse in materia dalla dottrina.

Concludendo sul punto, va fatto presente che l'argomento, a livello regolamentare, si mostra particolarmente dibattuto; si tenga, infatti, presente che

²² Risoluzione consultabile sul sito www.europarl.europa.eu

²³ Proposta del 15 novembre 2011 consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu/it/index.htm

nel parere alla proposta presentato recentemente in data 29 febbraio 2012²⁴ è stato considerato <<non appropriato invertire l'onere della prova e imporre alle agenzie di rating del credito di dimostrare la loro innocenza>>, dovendosi invece ritenere opportuno che l'investitore non solo dimostri di aver subito un danno ma, altresì, che <<la decisione di investire (...sia...) dipesa da un rating del credito errato derivante da una violazione del regolamento da parte dell'agenzia di rating del credito>>.

Diego Rossano

*Ricercatore di diritto privato dell'Università
degli Studi di Napoli "Parthenope"*

²⁴ Parere del relatore Cecilia Wikström consultabile sul sito www.europarl.europa.eu

CORTE D'APPELLO DI TORINO, SEZ. I, ORD., 23 SETTEMBRE 2011

Pres. Griffey – Est. Patti

**AZIONE DI CLASSE – COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO –
CREDITO BANCARIO – CONFLITTI DI INTERESSE – RESPONSABILITÀ
DELLA BANCA – RAPPRESENTANZA PROCESSUALE**

In tema di rapporti tra banche e clienti è ammissibile la proposizione dell'azione di classe, ratione temporis, limitatamente alle sole commissioni di scoperto di conto applicate dalla banca successivamente all'entrata in vigore della l. n. 99/2009. Conseguente la responsabilità dell'istituto di credito e la condanna al risarcimento del danno in ragione dell'introduzione di nuove e distinte clausole di massimo scoperto in violazione della normativa vigente.

(Art. 140 bis, d.lgs. n. 206/2005; art. 2-bis, d.l. n. 185/2008, conv. in l. n. 2/2009; d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011)

(Omissis)

FATTO

- che, con atto di citazione notificato il 17 novembre 2010, *(Omissis)* premesso di essere titolari di conti correnti non affidati presso le rispettive filiali di Pinero-
lo, *(Omissis)* (i primi due) e di Pino Torinese, *(Omissis)* (il terzo) di *(Omissis)*
convenivano in giudizio, in proprio e mediante la mandataria Associazione Al-
troconsumo, la predetta banca, in persona del legale rappresentante, davanti al

Tribunale di Torino, ai sensi dell'art. 140bis (introdotto dall'art. 2, comma 446 l. 244/2007, come mod. dall'art. 49, primo comma l. 99/2009) d.lg. 206/2005, chiedendo l'accertamento, per il periodo anteriore al 16 agosto 2009, della nullità delle clausole relative alla commissione di massimo scoperto e della penale (tale definita) di passaggio a debito per i conti correnti non affidati e, per il periodo successivo, la nullità della (nuova) commissione per scoperto di conto, con allegazione pure, per l'intera durata contrattuale, della loro violazione della normativa antiusura e di corretta pratica commerciale, nonché la condanna della banca convenuta alla restituzione delle somme loro addebitate in eccedenza ed al risarcimento del danno;

- che i medesimi prospettavano, in via pregiudiziale, questioni di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 11, 24 e 111 Cost. in riferimento all'art. 169 del Trattato dell'Unione Europea, agli artt. 38 e 47 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea ed agli artt. 6, primo comma e 13 C.e.d.u., riguardanti: l'art. 49, secondo comma l. 99/2009, in ordine alla data di decorrenza dell'applicazione agli illeciti dell'art. 140bis d.lg. 206/2005; l'art. 140bis, undicesimo comma d.lg. 206/2005, per la non previsione della qualità di parte processuale dell'aderente all'azione di classe; l'art. 140bis, quattordicesimo e quindicesimo comma d.lg. 206/2005, per l'esclusione di proponibilità di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa, dopo la scadenza del termine per le adesioni, nell'ipotesi di rinunce e transazioni tra le parti, nonché di estinzione del processo e di rigetto della domanda; l'art. 140bis, quattordicesimo comma d.lg. 206/2005, per la non previsione di salvezza di tutti i mezzi di impugnazione per l'aderente; l'art. 140bis, terzo comma d.lg. 206/2005, per la facoltà di adesione senza ministero di difensore; l'art. 140bis, nono comma d.lg. 206/2005, per la previsione dell'esecuzione della pubblicità dell'ordinanza di ammissibilità (con evidente ricaduta onerosa sul consumatore) quale condizione di procedibilità della domanda;

- che la Banca, ritualmente costituitasi in giudizio, eccepiva: in via preliminare, la sua sospensione o temporanea improseguibilità (per la pendenza presso la Corte di Cassazione di simile azione di classe proposta nei propri confronti), il difetto di legittimazione attiva dell'Associazione Altroconsumo (non potendo la mandataria agire in concorrenza con i consumatori mandanti) e l'infondatezza delle questioni di legittimità prospettate; l'inammissibilità delle domande proposte, siccome inidonee all'individuazione dell'identità di diritti necessaria per l'azione di classe e per inadeguatezza dei proponenti alla cura degli interessi della classe; nel merito, la loro infondatezza, meritevole di reiezione, per la liceità delle commissioni applicate, con decorrenza dal 16 agosto 2009, ai sensi dell'art. 2bis l. 2/2009; in tali sensi rassegnando le proprie conclusioni;
- che il P.M. intervenuto concludeva per l'ammissibilità dell'azione, previamente opponendosi all'istanza di sospensione ed alle questioni di legittimità costituzionale sollevate, a suo avviso manifestamente infondate;
- che il tribunale adito:
 - a) preliminarmente disattesa, in esito ad argomentata e critica disamina degli artt. 140bis, quattordicesimo comma d.lg. 206/2005 e 295 c.p.c. (sull'essenziale rilievo della non ricorrenza nel presente giudizio dei medesimi fatti oggetto di quello nel quale resa l'ordinanza del Tribunale di Torino 4 giugno 2010, confermata dalla Corte d'Appello di Torino con ordinanza 27 ottobre 2010, attualmente pendente presso la Corte di Cassazione e comunque difettando i presupposti di sospendibilità necessaria), la richiesta di sospensione del giudizio stesso o di sua improcedibilità temporanea;
 - b) ritenuta l'inammissibilità della domanda proposta dall'Associazione Altroconsumo, per suo difetto di legittimazione attiva, a norma dell'art. 77 c.p.c., siccome rappresentante (in virtù dei mandati conferitile dagli attori il 12 novembre 2010 e prodotti all'udienza del 31 marzo 2011) puramente processuale e non anche sostanziale, oltre che, in via subordinata, per la presenza nel giudi-

zio dei mandanti in proprio, sostitutiva a tutti gli effetti di quella dell'associazione ed irrilevante al riguardo la dichiarazione dei difensori degli attori all'udienza suddetta (di volontà dei consumatori di "*esercitare i propri diritti di proponenti esclusivamente mediante rappresentanza e legittimazione di secondo grado attribuita ad Altroconsumo*"), per i limiti comportati dalla procura alle liti ai sensi dell'art. 83 c.p.c.;

c) ravvisata l'evidente incapacità dei tre consumatori attori (soli legittimati attivi) ad idonea cura degli interessi della classe, per l'apertamente dichiarata propria inadeguatezza patrimoniale a sostenere i costi (in particolare, di pubblicità) dell'azione, pure risultante dalla prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 140bis, nono comma d.lg. 206/2005, manifestamente infondata per le argomentate ragioni illustrate, comportante l'inammissibilità (pure) della loro domanda ed assorbimento delle altre questioni (anche di illegittimità costituzionale) prospettate;

con ordinanza del 28 aprile 2011, dichiarava inammissibili le domande proposte dall'Associazione Altroconsumo, per difetto di legittimazione processuale e da (*Omissis*) (pure dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 140bis, nono comma d. lg. 206/2005), con la compensazione integrale (per novità e complessità delle questioni trattate) delle spese di giudizio tra le parti ed ordine di pubblicazione, una volta per estratto, sul quotidiano Il Sole 24 Ore, a cura e spese di (*Omissis*)

- che, con ricorso depositato il 28 maggio 2011, tutti i predetti, già attori in primo grado, proponevano reclamo avverso la suddetta ordinanza, loro notificata il 28 aprile 2011, chiedendone, sulla base di quattro motivi di gravame e riproposte le questioni di legittimità costituzionale assorbite, l'annullamento, con previa rimessione degli atti alla Corte costituzionale e pronuncia di ammissibilità dell'azione di classe proposta;

- che, costituitosi nuovamente il contraddittorio, la Banca eccepiva, in persona del legale rappresentante, in esito ad argomentata confutazione dei vari mezzi, l'infondatezza del reclamo avversario, di cui chiedeva la reiezione, pure opponendosi alle questioni di legittimità costituzionale prospettate ed a propria volta instando, in via di reclamo incidentale sulla base di tre motivi di gravame, per la pronuncia di temporanea improcedibilità dell'azione di classe, ai sensi dell'art. 140bis, quattordicesimo comma d.lg. 206/2005, infine, riproposte tutte le precedenti difese ed eccezioni, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., in particolare di inammissibilità dell'azione *ratione temporis*, per inapplicabilità della nuova tutela (apprestata per gli illeciti compiuti dopo il 15 agosto 2009), nonché per la disomogeneità dei diritti (per eccessiva differenziazione delle posizioni, esigenti una specifica ed individua indagine istruttoria, attenta alle peculiarità di ogni rapporto, non omologabile in una classe indifferenziata);

- che all'odierna comparizione delle parti in camera di consiglio, in esito a differimento per notificazione del ricorso anche al P.G. in sede, verificata nel suo compimento (senza peraltro comparizione di alcun suo rappresentante), dopo la relazione del consigliere incaricato e la discussione dei difensori delle parti, la causa era assunta in riservata decisione da questa Corte.

DIRITTO

(*Omissis*)

In ordine al primo motivo di gravame principale, relativo a violazione e falsa applicazione dell'art. 77 c.p.c., la Corte osserva come il ragionamento svolto al riguardo dal tribunale (in particolare a pgg. da 15 a 17), ineccepibile nella sua coerenza argomentativa nella prospettiva interpretativa eletta, non si dia sufficiente carico della specialità e dell'autonomia della nuova azione di classe, introdotta nel nostro ordinamento, quale art. 140bis d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), dall'art. 2, comma 446 l. 244/2007, come mod.

dall'art. 49, primo comma l. 23 luglio 2009, n. 99. Essa, già apprezzata da questa Corte per il "forte impatto" sull'ordinamento (nell'ambito non soltanto della tutela consumeristica, ma anche dei rapporti del cittadino con gli enti erogatori di servizi pubblici), per la parte che qui più interessa, "sul piano della «tenuta» di consolidati principi di diritto processuale (a partire dagli istituti della legittimazione processuale e dei limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato" (così: App. Torino 27 ottobre 2010, ord., in *Foro it.*, 2010, I, 3530), attribuisce infatti legittimazione attiva, per la tutela dei "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2... anche attraverso l'azione di classe", a "ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa" (art. 140bis, primo comma d.lg. cit.). Appare allora evidente come una tale azione, facoltativa ed alternativa a quella ordinaria individuale, non preclusa ai non aderenti a norma dell'art. 140bis, terzo e quattordicesimo comma d.lg. cit., debba essere riguardata, quanto a legittimazione attiva della parte proponente ed a modalità di assunzione dell'iniziativa (se in proprio od anche attraverso un'associazione o un comitato), in un'ottica, quanto al rapporto tra rappresentato ed ente rappresentante, irriducibile a quella prevista dall'art. 77 c.p.c., che presuppone la coesistenza di un potere di rappresentanza sostanziale (postulato fin dalla rubrica "rappresentanza del procuratore e dell'istitutore") al fine del conferimento (al medesimo soggetto di esso investito) del potere di rappresentanza processuale (così, tra le altre: Cass. 24 settembre 2004, n. 19252, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 9; Cass. 9 gennaio 2002, n. 179, in *Foro it.*, 2002, I, 1787). Ed infatti essa, significativamente modificata da azione collettiva risarcitoria (secondo la modulazione originaria, con il conferimento della legittimazione attiva alle associazioni previste dall'art. 139 cod. consumo ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, per la tutela di questi) ad azione, secondo l'attuale configurazione appunto, di classe (per il suo esercizio da singoli individui

nell'interesse di una pluralità di soggetti, ad essa ascrivibili per omogeneità di posizioni giuridiche: con attribuzione della legittimazione attiva ai singoli suoi componenti, anche con l'ausilio detto, per la tutela di diritti individuali omogenei o isomorfi), realizza una nuova forma di tutela. Per tale intesa, come osservato da autorevole dottrina, la peculiare connotazione di un rimedio giurisdizionale, individuata non soltanto dal contenuto del provvedimento finale, ma anche dalle modalità del procedimento, qualora aventi, come appunto nel caso in esame, una rilevanza sul piano sostanziale, per il contributo all'adeguatezza della risposta giurisdizionale ad un determinato bisogno di tutela, in riferimento (come già osservato. da App. Torino 27 ottobre 2010, ord.,. cit.) a situazioni di illegittimità generalizzate ed anche gravi, ma di scarso peso economico sulla posizione del singolo (c.d. *mass torts*), in tal modo giustiziabili, per facilitazione dipendente dalla collettivizzazione dei costi, altrimenti antieconomici, per il singolo consumatore. Alla luce di una siffatta specialità di tutela, il rapporto (indicato come mandato) istituito tra componente della classe ed associazione investe, secondo il prevalente e condivisibile orientamento interpretativo dottrinale, il piano della rappresentanza processuale mera, riconducibile secondo taluno al *genus* della rappresentanza tecnica, in qualche modo assimilabile alla procura alle liti, sotto il profilo dell'ausilio tecnico nella gestione della lite di massa, senza alcuna interferenza sulla titolarità, né sulla disponibilità del rapporto sostanziale dedotto con l'azione risarcitoria. La conferma della bontà di una tale interpretazione si trae, ad avviso della Corte, dall'introduzione di una nuova ipotesi di inammissibilità (prima non prevista, per il requisito di adeguatezza già stabilito mercé l'individuazione dei soggetti attivamente legittimati nelle associazioni indicate, per richiamo all'elenco dell'art. 137, dal primo comma dell'art. 139 cod. cons. ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere), consistente nella circostanza in cui "il proponente non appare in grado di curare adeguatamente

l'interesse della classe" (art. 140bis, sesto comma, ult. pt. d.lg. cit.). Per tali argomentate ragioni, in accoglimento del mezzo esaminato, i mandati conferiti il 12 novembre 2010 all'Associazione Altroconsumo da (*Omissis*) per l'esercizio dell'azione qui in esame, dettagliatamente indicata nel suo oggetto, nei difensori da nominare e nell'assunzione di ogni costo dalla mandataria (docc. 7 e 8 di primo grado degli attori) conferiscono piena legittimazione attiva ad essa.

Sicché, il terzo (relativo ad erronea esclusione, nel mandato conferito dai consumatori all'associazione, di ogni potere di rappresentanza sostanziale) ed il quarto motivo di gravame (relativo ad idoneità dei consumatori alla cura adeguata degli interessi della classe, per il sostegno organizzativo ed economico di cui in ogni caso onerata l'Associazione Altroconsumo, indipendentemente dalla sua presenza in causa) rimangono assorbiti. In ordine al secondo motivo di gravame, relativo ad erronea interpretazione dell'art. 77 c.p.c., per inammissibile presenza nello stesso processo del rappresentante e del rappresentato, la Corte reputa che nessuna concorrenza (invece presente nella diversa ipotesi decisa da: Cass. 11 gennaio 2002, n. 314, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 48) sussista tra la posizione di (*Omissis*) da una parte e quella dell'Associazione Altroconsumo (loro mandataria a titolo gratuito obbligatasi a tenerli indenni da ogni spesa dipendente dal mandato ed a "versare ai mandanti le somme che dovessero spettare a questi ultimi all'esito della lite e che non siano state versate dalla banca convenuta direttamente a costoro": come da mandati citati), dall'altra.

Appare dunque ben possibile la coesistenza di entrambi in giudizio, senza alcuna concorrenzialità alternativa (ed in tale senso, per la legittimazione del rappresentato, sia sostitutiva di quella del rappresentante, che con essa congiunta, alla proposizione dell'impugnazione, con validità conseguente della sua notificazione dalla controparte al primo, anziché al secondo: Cass. 17 aprile 2009, n. 9319, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 646). E ciò sul presupposto, chiaramente affermato dalla sentenza da ultimo citata, secondo cui la rappresentanza, negoziale o pro-

cessuale, non attribuisce nel giudizio al rappresentante la qualità di parte sostanziale. Tanto più, unicità della parte, non soltanto in senso sostanziale, ma pure in senso processuale, si verifica nell'esercizio dell'azione di classe, come chiaramente indicato dall'art. 140bis, primo comma, ult. pt. d. lg. 206/2005 ("...ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato... può agire..."): così, infatti, non configurandosi, in relazione alla già illustrata natura dell'azione, alcuna posizione conflittuale o sostitutiva di parti, per la riconducibilità del rapporto (indicato come mandato) istituito tra componente della classe ed associazione ad un mero, sostanziale ausilio tecnico nella gestione della lite di massa.

Il ragionamento svolto assorbe l'esame della pure dedotta (a fini di non concorrenzialità in causa della presenza dei mandanti e dell'associazione mandataria) dichiarazione dei loro difensori, all'udienza del 31 marzo 2011, di volere i predetti "esercitare i propri diritti di proponenti esclusivamente mediante rappresentanza e legittimazione di secondo grado attribuita ad Altroconsumo": soltanto per completezza motiva, ravvisatane l'infondatezza, per la disponibilità, in tal modo, di un potere sostanziale (della titolarità del diritto) e non soltanto processuale, evidentemente eccedente quello contenuto nelle procure alle liti da questi conferite (a margine di pp. 2 e 3 dell'atto di citazione)

Dalle superiori argomentazioni discende pertanto coerente l'accoglimento anche del presente mezzo, comportante il venir meno (per ragioni che completano quelle svolte in riferimento al primo mezzo, pure accolto) della ravvisata inammissibilità della domanda da parte del tribunale, sul presupposto dell'evidente incapacità dei tre consumatori attori (soli legittimati attivi) alla cura idonea degli interessi della classe. In ordine al primo motivo di gravame incidentale, relativo ad inidoneità dell'Associazione Altroconsumo alla cura adeguata dell'interesse della classe, la Corte ne ravvisa l'infondatezza per le ragioni svolte nella parte finale dello scrutinio del primo mezzo principale (riguardanti il requisito di

adeguatezza già stabilito, mercé l'individuazione dei soggetti attivamente legittimati nelle associazioni indicate, per richiamo all'elenco dell'art. 137, dal primo comma dell'art. 139 cod. cons. ed alle associazioni e comitati sufficientemente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere: tra cui l'Associazione Altroconsumo, come da decreto ministeriale dello sviluppo economico del 17 dicembre 2010, prodotto dai reclamanti all'odierna udienza di discussione), da aversi qui richiamate.

In ogni caso, essa ricorre pure, per la prospettazione della doglianza (nelle ragioni in particolare esposte da pg. da 57 a pg. 60 della comparsa di costituzione e risposta della banca) in modo assolutamente generico, privo di alcuna concreta allegazione, né tanto meno positiva risultanza: neppure emergendo *prima facie* (così come almeno dovrebbe, in difetto di quanto rilevato, per l'apparenza di ciò, unicamente delibabile nella presente sede di ammissibilità dell'azione, a norma dell'art. 140bis, sesto comma, ult. pt. d.lg. 206/2005) l'inadeguatezza del proponente alla cura dell'interesse della classe.

In ordine al secondo motivo di gravame, relativo a conflitto di interessi tra i sigg.ri (*Omissis*) e gli altri componenti della classe dei correntisti non affidati, per avere, a dire della reclamante incidentale, numerosi di questi tratto benefici dal nuovo regime di commissione di scoperto di conto (a giudicare dalle perdite consistenti registrate dalla banca nel passaggio ad esso: i primi allora esponenti di una situazione non generalizzabile e pertanto non omogenea di diritti), la Corte non può che rilevarne la prospettazione, ben più che generica, addirittura ipotetica, che rende palesemente infondata la doglianza.

È noto, infatti, come la condizione di conflitto di interessi presupponga, per la sua ricorrenza, un'effettiva divaricazione di situazioni giuridiche positivamente tutelabili, tra loro contrastanti in relazione ad un comune interesse, così da dover essere apprezzata in concreto: tanto nell'ambito della rappresentanza volontaria (Cass. 17 ottobre 2008, n. 25361, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1494),

quanto nell'impugnazione delle deliberazioni assembleari societarie (Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 7/8) o condominiali (Cass. 16 maggio 2011, n. 10754, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, f. 5).

Dalle superiori argomentazioni discende pertanto il rigetto del mezzo esaminato, siccome infondato.

In ordine al terzo motivo di gravame, relativo a temporanea improcedibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 140bis, quattordicesimo comma d.lg. 206/2005, la Corte condivide pienamente le argomentazioni svolte dal tribunale nell'ordinanza reclamata (in particolare da pg. da 10 a pg. 14), non persuasivamente, né tanto meno fondatamente confutate dalla banca (per le ragioni in particolare esposte in comparsa di costituzione e risposta da pg. 63 a pg. 77).

Ed infatti, a fronte dell'attuale ravvisata inammissibilità (dal Tribunale di Torino con ordinanza 4 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2523, confermata dalla Corte d'Appello con ordinanza 27 ottobre 2010, cit., attualmente pendente il giudizio davanti alla Corte di Cassazione) dell'azione di classe introdotta dall'avv. Rienzi mediante il Codacons, parimenti avente ad oggetto la contestazione delle nuove commissioni di scoperto di conto (sia pure nella loro applicazione esclusiva dal 16 agosto 2009 e non prima, come anche preteso nell'odierno giudizio), pertanto in difetto di assegnazione di alcun termine di adesione, opportunamente precisato che non si configura alcuna improponibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 140bis, nono e quattordicesimo comma d. lg. 206/2005, esclude questa Corte, come già il Tribunale, che essa possa ricorrere neppure in via provvisoria, così da legittimare un provvedimento di sospensione del giudizio, in applicazione, anche indiretta, dell'art. 295 c.p.c., pure richiamati gli artt. 412bis c.p.c., 5, primo comma l. 28/2010 e l'art. 1, undicesimo comma l. 249/1997.

E ciò sulla risolutiva ed assorbente constatazione, correttamente argomentata dal primo giudice (per le ragioni in particolare esposte da pg. 10 a pg. 12 dell'ordinanza), della diversità dei fatti oggetto delle due azioni di classe, da de-

libare (nella fase di ammissibilità), non già secondo la prospettazione della parte, come infondatamente preteso dalla banca (ed in particolare sostenuto a pg. 69 della sua comparsa di costituzione e risposta), ma nella loro obiettiva (in)sussistenza, con riguardo tanto alla classe di appartenenza dell'attore (quale componente per omogeneità di diritti individuali da tutelare), quanto all'identità dei diritti concretamente fatti valere. Nel caso di specie, l'avv. Rienzi ha contestato la nuova commissione di scoperto di conto corrente, introdotta dalla banca a seguito della nullità della commissione di massimo scoperto disposta dall'art. 2bis l. 28 gennaio 2009, n. 2, che indubitatamente si applica ai soli conti correnti non affidati, essendo egli altrettanto indubitatamente titolare di un conto corrente (n. *Omissis*) assistito da un affidamento, pure utilizzato: sicché appare evidente (al di là della sua pretesa di rappresentanza di una classe di tutti i correntisti, affidati e non, per la ravvisata identità del diritto tutelato, meramente casuale essendo, a suo dire, la circostanza dell'affidamento, siccome revocabile in ogni momento) la sua appartenenza ad una classe diversa, con la conseguenza del suo difetto di legittimazione all'impugnazione della validità della nuova clausola contrattuale, ridondante nella carenza di interesse (secondo il tribunale) all'azione, per la stessa ragione manifestamente infondata (secondo la corte d'appello) e finalmente, ai fini qui d'interesse, nella diversità dei fatti alla base delle due azioni di classe.

Dalle superiori argomentazioni discende pertanto il rigetto anche del presente mezzo, siccome infondato. A questo punto, la Corte reputa opportuna una focalizzazione dell'attenzione, anche su sollecitazione della banca reclamata, al p.to IV. 2 della sua memoria difensiva (pgg. 78 ss.), sulla previsione dell'art. 49, secondo comma l. 23 luglio 2009, n. 99, per cui "le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge" e

pertanto dopo il 15 agosto 2009, sotto il profilo dell'(in)ammissibilità *ratione temporis* dell'azione di classe.

In via preliminare, occorre osservare come l'istituzione per la prima volta di un'azione di classe, con attribuzione della legittimazione ad essa secondo i criteri più sopra illustrati, introducendo una forma di tutela prima non prevista, si ponga, come pure recentemente osservato da autorevole dottrina, su un piano (non già processuale, ma) sostanziale, così come per ogni azione accordata dall'ordinamento; la norma processuale interessando, infatti, le condizioni del suo esercizio e quindi il processo. La natura sostanziale del diritto di azione (in genere e, nella specie, di classe) ben si ricava dalla stessa collocazione, all'interno del codice civile (libro VI, titolo IV, capo I), della previsione della tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.). Sicché, detta natura sostanziale della normativa in esame ne preclude, secondo i principi generali dell'ordinamento, l'applicazione retroattiva, in assenza prima di allora di un'azione di tutela, per giunta esclusa dalla disposizione di diritto intertemporale in esame.

Né la preclusione del suo esercizio per condotte illecite poste in essere prima dell'entrata in vigore della legge comporta, ad avviso di questa Corte e pure di autorevole dottrina, alcun vizio di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 11, 24, 73, 111 e 117 Cost. in riferimento all'art. 169 del Trattato dell'Unione Europea, agli artt. 20, 21, 38 e 47 della Carta dei Diritti dell'Unione Europea ed agli artt. 6, primo comma e 13 C.e.d.u., in modo manifestamente infondato prospettato dai reclamanti, per richiamo (a pg. 13 dell'atto di impugnazione) delle argomentazioni svolte in atto di citazione (sub A, a pgg. da 8 a 23).

In proposito, basti ricordare come il differente trattamento riservato dal legislatore in dipendenza della diversa collocazione temporale delle fattispecie regolate, non importi lesione del principio di paritario trattamento sancito dall'art. 3 Cost., posto che il fluire del tempo costituisce in sé un elemento di-

versificatore che consente di trattare in modo differenziato le stesse categorie di soggetti, atteso che la demarcazione temporale consegue come effetto naturale alla generalità delle leggi (così), secondo consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, in particolare ribadito da: Corte cost. 26 giugno 2007, n. 234, in *Foro it.*, 2007, I, 3004, nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata, in relazione al trasferimento del personale degli enti locali nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario statale, con inquadramento nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, in base al trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento). Parimenti utile in proposito è il richiamo del principio, ripetutamente affermato dal medesimo giudice delle leggi, della particolare ampiezza della discrezionalità del legislatore nell'emanazione di disposizioni transitorie (così, tra le più recenti: Corte cost. 25 gennaio 2008, n. 11, in *Giust. civ.*, 2008, I, 24).

Tanto chiarito, occorre ora più attentamente valutare come sia da intendere la locuzione normativa illeciti compiuti, in funzione del discrimine applicativo (se prima o dopo la data di entrata in vigore della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante la disposizione dell'art. 49 in esame) dell'azione di classe proposta da (*Omissis*) mediante la mandataria Associazione Altroconsumo, al fine deliberativo della sua ammissibilità.

A parte le domande di nullità riguardanti le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto e la penale di passaggio a debito dei conti correnti non affidati, ormai abrogate dall'entrata in vigore del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. con mod. nella l. 28 gennaio 2009 n. 2 e le conseguenti domande risarcitorie, relative al periodo anteriore al 16 agosto 2009 (anche in relazione agli effetti sull'intera durata dei contratti di conto corrente tra le parti), sicuramente riguardanti illeciti compiuti prima di tale data (con inammissibilità dell'azione di classe proposta, per le ragioni sopra illustra-

te), (*omissis*) lamentano la nullità della clausola contrattuale avente ad oggetto la commissione per scoperto di conto, introdotta dal provvedimento normativo citata ed applicata ai loro conti correnti, relativamente al periodo successivo al 15 agosto 2009, con richiesta risarcitoria del danno conseguente.

Ebbene, la clausola contrattuale censurata nella sua (in)validità e quale fonte di danno risarcibile è stata oggetto della proposta di modificazione unilaterale di contratto di conto corrente in data 11 maggio 2009, con decorrenza dal 28 giugno 2009, quanto alla cessazione delle clausole soppresse e dal 1° luglio 2009, quanto all'applicazione della commissione per scoperto di conto (docc. 7 e 8 del fascicolo di primo grado della banca).

In proposito, la Banca invoca un recente precedente giurisprudenziale, evidentemente a sé favorevole, secondo cui l'illecito imputato (negli effetti pregiudizievoli) al periodo successivo al 15 agosto 2009, in realtà risulterebbe compiuto (nella variazione contrattuale unilateralmente disposta e persino nella decorrenza dei suoi effetti) prima di tale data: in epoca successiva soltanto eseguiti gli incassi delle somme dovute dai clienti in forza delle nuove clausole contrattuali (in ragione della pattuita misura di Euro 2,00 per ogni giorno di saldo debitore e per ogni Euro 1.000,00 di saldo debitore, o frazione), costituenti meri effetti consequenziali della stipulazione della suddetta clausola, integrante (essa sola) fatto illecito. E ciò in virtù del richiamo della nota distinzione tra fatto istantaneo e fatto permanente (elaborata dalla scienza penalistica sul supporto normativo dell'art. 158, primo comma c.p., il quale, per il reato permanente, fa decorrere la prescrizione dalla cessazione appunto della permanenza, ma poi estesa anche agli effetti civili), secondo cui, nel primo caso, l'illecito si realizza nel momento in cui la condotta incide nella sfera giuridica del danneggiato con effetti exteriorizzati e conoscibili, mentre nel secondo, il danno si verifica momento per momento ed in ognuno sorge il diritto al relativo risarcimento e decorre il relativo termine di prescrizione. Qualora poi l'illecito di carattere

istantaneo, potendo produrre effetti permanenti: ma l'istantaneità o la permanenza del fatto illecito extracontrattuale da accertare con riferimento, non già al danno, bensì al rapporto eziologico tra questo ed il comportamento *contra jus* dell'agente, qualificato dal dolo o dalla colpa; sicché, mentre nel fatto illecito istantaneo tale comportamento è mero elemento genetico dell'evento dannoso e si esaurisce con il verificarsi di esso, pur se l'esistenza di questo si protragga poi autonomamente (fatto illecito istantaneo con effetti permanenti), nel fatto illecito permanente il comportamento antidoveroso, oltre a produrre l'evento dannoso, continua ad alimentarlo per tutto il tempo della sua durata, con coesistenza dell'uno e dell'altro (in tale senso: Trib. Roma 25 marzo 2011, ord., in *Foro it.*, 2011, I, 1889, con diffusa ed argomentata motivazione).

Reputa tuttavia questa Corte che l'illecito compiuto in esame non sia correttamente qualificabile di natura extracontrattuale, quale violazione del generale ed indifferenziato precetto di "*neminem laedere*", essendo la sua natura piuttosto contrattuale: esso, infatti, dipendendo dall'esecuzione della modificata clausola contrattuale di conto corrente, in virtù della sua applicazione, per addebito della commissione per scoperto di conto.

Ed una tale attività integra il compimento di illeciti (tali per gli attori quelli di applicazione adempitiva della clausola contrattuale denunciata di nullità, ai fini della tutela risarcitoria esercitata con l'azione di classe), ogni volta rappresentativi di una consapevole e deliberata volontà della parte, appunto in esecuzione della detta previsione contrattuale.

Né la natura del contratto di conto corrente, fonte di un unico rapporto giuridico, in quanto di durata, preclude la scindibilità delle prestazioni, ripetute e frazionate nel tempo, ogni volta che esse siano enucleabili come tali: ciò che recentemente è stato chiaramente affermato (a fini di individuazione del termine di decorrenza della prescrizione, in riferimento al momento di possibilità di esercizio dell'azione di ripetizione) in relazione alla scindibilità cronologica dei

singoli pagamenti non dovuti, qualora ciò dipenda (come appunto lamentato anche nel caso di specie) dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso (così: Cass. sez. un. 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.*, 2011, I, 428).

Le superiori argomentazioni convincono questa Corte dell'ammissibilità dell'azione, *ratione temporis*, per le sole commissioni di scoperto di conto applicate, dopo il 15 agosto 2009, da (*Omissis*) ai propri correntisti (*Omissis*) così come documentate nei rispettivi estratti di conto (*Omissis*), che la rendono pertanto, ai fini qui delibabili, non manifestamente infondata.

Quanto, infine, alla contestazione di inammissibilità dell'azione (ultima residua, dopo quelle già disattese di manifesta infondatezza, di conflitto di interessi e di apparente inadeguatezza del proponente alla cura dell'interesse della classe) per difetto di identità dei diritti (per le ragioni esposte dalla banca in comparsa di costituzione e risposta da pg. 86 a pg. 92), questa Corte ne ravvisa la pari infondatezza. Ed infatti, essa si appunta essenzialmente sulla supposta irriducibilità ad unità delle singole pretese individuali, per estrema differenziazione delle posizioni, quanto a misura di risarcimento, a caratteristiche e andamento del singolo rapporto e ad altri profili peculiari, esigenti accertamenti individualizzanti, in esito a necessarie attività istruttorie, anche mediante consulenze contabili.

Appare evidente come le prospettate argomentazioni attengano all'accertamento del merito concreto delle pretese azionate, una volta superato il filtro di ammissibilità dell'azione, pertanto irrilevanti nell'odierna sede. L'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa (come anche correttamente da: Trib. Roma 25 marzo 2011, ord., cit.) secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140bis d.lg. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta:

non già di entità del danno eventualmente subito da ogni correntista, siccome mera circostanza ininfluenza sull'identità, nel senso detto, dei diritti azionati) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi): qui indubbiamente ricorrente, per la tutela risarcitoria richiesta in dipendenza della lamentata violazione, individuata nell'applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009.

Così esclusa, per le argomentate ragioni esposte, la ricorrenza di alcuna ipotesi di inammissibilità stabilita dall'art. 140bis, sesto comma, ult. pt. d.lg. 206/2005 e nell'irrilevanza, nella presente fase di delibazione ammissiva dell'azione, delle questioni di legittimità costituzionale (dell'art. 140bis, undicesimo comma d.lg. 206/2005, per la non previsione della qualità di parte processuale dell'aderente all'azione di classe; dell'art. 140bis, quattordicesimo e quindicesimo comma d.lg. 206/2005, per l'esclusione di proponibilità di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa, dopo la scadenza del termine per le adesioni, nell'ipotesi di rinunce e transazioni tra le parti, nonché di estinzione del processo e di rigetto della domanda; dell'art. 140bis, quattordicesimo comma d.lg. 206/2005, per la non previsione della salvezza di tutti i mezzi di impugnazione per l'aderente; dell'art. 140bis, terzo comma d.lg. 206/2005, per la facoltà di adesione senza ministero di difensore: ribadita ancora recentemente, a quest'ultimo riguardo, la costante affermazione della più ampia discrezionalità del legislatore, nei consueti limiti della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà, in ordine alla disciplina, nella materia processuale, della necessità di patrocinio di avvocato, da: Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 351, ord., in *Foro it.*, 2008, I, 713) prospettate dagli attori, odierni reclamanti principali, la causa deve essere rimessa al tribunale, competente all'esame del merito, per l'adozione dei conseguenti provvedimenti, propedeutici e coerenti con detto esame, indicati dall'art. 140bis, nono ed undicesimo comma d. lg. 206/2005. In tale senso deponendo la natura bifasica del procedimento, con efficacia endo-

processuale del provvedimento conclusivo del cd. filtro di ammissibilità, secondo il chiaro dettato normativo, che ne ritma la scansione e distinzione tra delibazione di ammissibilità ed accertamento del merito: in particolare limitando l'intervento del P.M. soltanto al primo giudizio (quinto comma), stabilendo una reclamabilità alla corte d'appello dell'ordinanza ammissiva del tribunale non sospensiva del giudizio di merito (settimo comma) ed ancora l'impugnabilità davanti ad essa della sentenza del tribunale (in esito all'accertamento del merito), come sintomaticamente denunciato dalla possibilità di sua adizione per i provvedimenti ai sensi dell'art. 283 c.p.c. (tredicesimo comma).

Le spese del presente grado (questo soltanto definito, a differenza di quello davanti al tribunale, ad esaurimento del quale liquidabili le spese davanti ad esso), liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza, a carico della banca.

P.Q.M.

La Corte d'Appello definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, eccezione deduzione, revoca l'ordinanza del Tribunale di Torino del 28 aprile 2010 e pertanto dichiara ammissibile, a norma dell'art. 140bis, sesto e settimo comma d.lg. 206/2001 l'azione di classe proposta, con atto di citazione notificato il 17 novembre 2010, da (*Omissis*) in proprio e mediante la mandataria Associazione Altroconsumo, nei confronti di (*Omissis*) in persona del legale rappresentante, limitatamente alle commissioni di scoperto di conto applicate, dopo il 15 agosto 2009, dalla seconda ai primi, propri correntisti; rimette le parti davanti al Tribunale di Torino, per l'adozione dei provvedimenti conseguenti, ai sensi dell'art. 140bis, nono ed undicesimo comma d.lg. cit.

(*Omissis*)

AMMISSIBILITÀ DELLA CLASS ACTION NEI RAPPORTI BANCA-
CLIENTE E NUOVE FORME DI TUTELA DELLE OPERAZIONI DI
CREDITO*

1. Con la pronuncia in esame, la Corte di Appello di Torino affronta la delicata questione relativa alla tutela della trasparenza dei rapporti tra intermediari finanziari e relativa clientela. Più in particolare, rileva la dichiarazione di ammissibilità dell'«azione di classe» a fronte di illeciti bancari in materia di commissioni di massimo scoperto.

Contrariamente a quanto stabilito dal giudice di prime cure, il Collegio di secondo grado riconosce la legittimità di tale strumento (in termini di tutela giurisdizionale dei diritti), limitandone la proponibilità, *ratione temporis*, alle sole commissioni di scoperto di conto applicate dall'istituto di credito successivamente all'entrata in vigore della l. n. 99/2009 (recante "disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese").

Nel caso di specie, si ha riguardo alla contestazione che taluni soggetti titolari di un conto corrente avevano presentato vuoi per l'indebito pagamento di commissioni di massimo scoperto (effettuate nel periodo anteriore al 16 agosto 2009), vuoi per la nullità della commissione per scoperto di conto che, in tempi successivi, il gruppo bancario Intesa Sanpaolo S.p.A aveva applicato in via unilaterale.

Più specificamente, i ricorrenti chiedevano (con il sostegno di un'Associazione di categoria) la condanna della banca al risarcimento del danno subito, in ragione dell'accertata responsabilità della medesima per avere inserito nel contratto di conto corrente - sia di clienti affidati sia di clienti privi di fido - nuove tipologie di clausole di scoperto (commissione di scoperto di conto, tasso

* Contributo approvato dai Revisori.

debitore annuo nominale sulle somme utilizzate e commissione per la messa a disposizione fondi trimestrale) in violazione della normativa vigente.

Di contro, la banca eccepiva l'inadeguatezza, in virtù della sussistenza di un difetto di prova, dell'attività dell'Associazione in ordine alla cura dell'interesse della classe (ex art. 77 c.p.c.).

La Corte d'appello, ribaltando le conclusioni cui era pervenuto il Tribunale di primo grado, sottolinea il «forte impatto» dell'azione di classe sull'ordinamento, con specifico riferimento alla «tenuta di consolidati principi di diritto processuale a partire dagli istituti della legittimazione processuale e dei limiti soggettivi e oggettivi di giudicato». Ne discende una legittimazione attiva (in capo a detto istituto) finalizzata alla tutela dei diritti individuali omogenei attribuibili «a ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa».

Inoltre, il Collegio si sofferma sulla doglianza della banca concernente la presenza di un conflitto di interessi fra gli appartenenti alla stessa classe (vale a dire fra correntisti affidati e correntisti non affidati), conflitto che trova fondamento nella predisposizione di differenti trattamenti economici da parte dell'istituto di credito. Si ha riferimento, in particolare, all'introduzione di nuove clausole di massimo scoperto che trovano applicazione limitatamente alla categoria di clienti assistiti da linee di fido. In merito a tale eccezione, la Corte d'appello osserva che la situazione di conflitto di interessi deve presupporre «un'effettiva divaricazione di situazioni giuridiche positivamente tutelabili, tra loro contrastanti in relazione ad un comune interesse».

L'orientamento espresso dai giudici di Torino consente di attribuire una nuova funzione dell'azione di classe. Si rileva, infatti, che quest'ultima non può essere ricondotta unicamente al rapporto tra rappresentato ed ente rappresentante, di cui all'articolo 77 c.p.c., (relativo alla rappresentanza del procuratore e dell'istitutore), bensì a nuove forme di protezione delle operazioni di credito. La

speciale tutela perseguita tramite la *class action* attiene, secondo le argomentazioni della Corte d'Appello, alla «mera rappresentanza processuale», in quanto consente una diretta gestione del c.d. contenzioso di massa; donde la particolare efficacia che l'intervento giudiziario assume con riguardo alle controversie in materia bancaria e finanziaria.

L'obiettivo avuto di mira di riconoscere nell'azione di classe un valido strumento di protezione della fiducia e stabilità dell'*agere* finanziario ha avuto un importante conferma giurisprudenziale in tema di rapporti banca-cliente¹ ed appare certamente condivisibile laddove individua un punto di equilibrio fra la delibazione di ammissibilità della domanda di classe e le esigenze di tutela dei consumatori.

Peraltro, la disamina dell'ordinanza in parola non può prescindere da un'analisi dell'evoluzione della disciplina della *class action*; a questa deve poi ricollegarsi un'indagine relativa alla regolamentazione della commissione di massimo scoperto, tenuto conto anche delle recenti modifiche intervenute in materia di trasparenza e correttezza dei servizi bancari e finanziari.

2. Sulla base di tali premesse ricostruttive, assume rilievo il percorso logico-giuridico che ha condotto la Corte d'Appello di Torino a validare l'ammissibilità della *class action* in ambito bancario; in particolare viene qui in considerazione il quadro normativo di riferimento dell'azione di classe.

Come è noto, l'introduzione nel nostro ordinamento di «azioni di gruppo» fa seguito all'esperienza maturata negli ordinamenti stranieri che dispongono di una compiuta regolamentazione dei rimedi giurisdizionali volti alla tutela di spe-

¹ A tal riguardo, deve darsi conto infatti di una recente pronuncia del Trib. di Napoli che nell'ordinanza 9 dicembre 2011 (in *Riv. dir. bancario*, 22 dicembre 2011, reperibile su www.dirittobancario.it) ha ammesso la proposizione dell'azione di classe ex art. 140 bis d.lgs. 206/2005 nei confronti di una banca per illegittimità della clausola denominata "commissione mancanza fondi".

cifici interessi collettivi². Con riguardo al contesto regionale europeo, è a seguito della emanazione delle direttive n. 98/27/CE (“relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori”, recentemente modificata dalla direttiva 2006/ 123/CE) e n. 93/13 (“concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”) che si riscontra la realizzazione di un sistema disciplinare incentrato sulla cura di siffatti interessi. Più in particolare, si fa presente che la direttiva n. 93/13 (recepita nell’ordinamento nazionale tramite l.n.52/1996) ha introdotto specifiche norme a protezione del consumatore (artt.1469 *bis* - *sexies* c.c.).

Tali disposizioni – poi confluite nel «codice del consumo» (d.lgs. n.205/2006) - hanno introdotto un primo significativo intervento in tema di trasparenza nei rapporti tra intermediari bancari e relativa clientela³. Il legislatore nazionale ha, quindi, previsto una forma di azione collettiva risarcitoria nell’art.140 *bis* del Codice del consumo (introdotto con l’art. 2, comma 446, l. n.244/2007) - dapprima modificato dall’art. 49, comma 1, l. n. 99/2009 e successivamente riformato con il d. l. n. 78/2009 («decreto Sviluppo»), delineando gli ambiti di applicazione dell’azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti.

A ben considerare, si è in presenza di un impianto sistemico che denota particolare valenza con riguardo alla funzionalità della «tutela di gruppo».

Quest’ultima prevede, infatti, la proposizione dell’azione di risarcimento del danno, nonché di reintegrazione del patrimonio del cliente, vale a dire tutele

² In particolare, negli Stati Uniti tale istituto è disciplinato dalla *Rule 23* della *Federal Rules of Civil Procedure*, dalla *Section 27* del *Securities Act* del 1933, dalla *Section 21D* del *Securities Exchange Act* del 1934, dal *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995 e dal *Class Action Fairness Act of 2005*, disposizioni queste che costituiscono il fondamento delle c.d. “*securities class action*”. Ed ancora, in Gran Bretagna si distinguono le c.d. *representative suits* dalle *group litigation*, previste dalla *Rule 19.6* del *Civil Procedure Rules*, mentre in Francia l’azione di classe si rinviene all’interno del *Code de la consommation* (art. R 411-1). Per un’ampia disamina in materia si v. STELLA, *L’enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, pp. 373-401.

³ Sul tema URBANI, *La «trasparenza» nello svolgimento dell’attività*, in *L’ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, tomo II, Padova, 2010, pp. 759-762.

che trovano legittimazione nella sussistenza di un pregiudizio derivante dalla condotta dell'operatore bancario. Non a caso, è stato sottolineato che «la relazione fra interesse e danno interpreta una definizione di rapporto fra l'impresa che dà causa al pregiudizio a mezzo della sua condotta lesiva ed il consumatore danneggiati che hanno interesse a rimuovere gli effetti dannosi di quella condotta»⁴.

Se ne deduce che la protezione del cliente-risparmiatore è divenuta, alla luce dei nuovi assetti normativi, un fondamentale obiettivo nella definizione di più elevati livelli di equità e parità di trattamento negoziale; ciò in quanto la realizzazione della *class action* determina una convergenza di interessi diretti alla tutela della trasparenza e correttezza nello svolgimento dell'attività bancaria.

Ma v'è di più. L'attivazione di tale forma di tutela giurisdizionale consente di conferire uno stabile e duraturo equilibrio all'*agere* finanziario, atteso che la molteplicità di interessi omogenei (riconducibili ad un ben definito gruppo di individui) vengono concretamente ricondotti all'esercizio di un'unica azione risarcitoria. Ciò posto, ben si comprende l'importanza di individuare strumentazioni che disincentivino condotte scorrette e dannose per il mercato.

Ne consegue che la *class action* assurge a presupposto per la realizzazione di un'*effettiva* tutela dell'interesse pubblico degli operatori economici presenti sul mercato e, più in generale, della stabilità dell'intero sistema finanziario. Conseguenziali appaiono i tratti caratteristici della *class action*, che si articola nella predisposizione di uno strumento a protezione del cliente-consumatore esercitato in forma collettiva. Non a caso sul punto, la dottrina ha avuto modo di evidenziare che «la *class action* consente di polarizzare le frazioni di danno e dare così rilievo economico ad un pregiudizio destinato diversamente a rimane-

⁴ Cfr. MACIOCE F., *L'identità dei diritti quale presupposto della class action*, in *Studi celebrativi del Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di Rabitti Bedogni e Barucci, II, Torino, 2010, p. 1035.

re diffuso, stimolando l'azione e contribuendo a garantire effettività al diritto bancario»⁵.

Consegue, altresì, che l'utilizzo della *class action* è diretto vuoi a deflazionare le controversie che insorgono in materia bancaria e finanziaria, vuoi a favorire la celere definizione del c.d. «contenzioso di massa», secondo logiche di economia processuale; ciò in vista dell'obiettivo di migliorare le dinamiche giudiziali attraverso il contenimento dei costi di amministrazione della giustizia.

Per vero, la tutela degli appartenenti alla "classe" così realizzata è volta a prevenire comportamenti opportunistici e lesivi degli agenti economici⁶. Non a caso, si è fatto specifico riferimento in dottrina allo spirito associativo del modello della *class action* che «deve essere ritenuto meritevole di specifica rilevanza giuridica in quanto espressione di un modo innovativo con cui, nei paesi socialmente sviluppati, si estrinseca il principio di democrazia processuale»⁷. Si addivene, per tal via, al riconoscimento di innovative tecniche di tutela giuridica - quali quelle rinvenibili nell'implementazione di un'azione di classe - che contribuiscono al corretto ed ordinato funzionamento del mercato.

3. Come si è anticipato, la *class action* consente di avvalersi di un unico giudizio nell'interesse di una pluralità di soggetti, limitando gli effetti di tale tutela alla sola richiesta di risarcimento del danno, ovvero alla restituzione di somme che siano diretta ed effettiva conseguenza degli illeciti.

Deve sottolinearsi che l'azione risarcitoria può essere avanzata allorché si sia in presenza di un danno che investe una pluralità di soggetti e che configura in tal modo un illecito plurioffensivo (art. 140 *bis*, comma 2, cod. cons.). Significativa, al riguardo, la riflessione prospettata in dottrina secondo cui «i diritti

⁵ Cfr. SARTORI, *La class action in ambito bancario*, in AA.VV., *L'attività delle banche*, a cura di Urbani, Padova, 2010, p. 562.

⁶ Cfr. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, pp. 166-172.

⁷ Così PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, p. 384.

soggettivi, benché individuali, devono essere connotati dalla “serialità”, per consentire quella “omogeneità” (o “isomorfismo”) che ne giustifica ed autorizza il cumulo nell’ambito dell’unica classe»⁸.

A ben considerare, l’adesione ad una associazione rappresentativa legittima la proposizione di un’azione collettiva risarcitoria, nella misura in cui la richiesta di accertamento giudiziale provenga da un «centro di imputazione di interessi, espressione di questioni comuni che integrano elementi delle singole fattispecie che danno origine al diritto al risarcimento dei singoli»⁹. Per converso, una *class action* presuppone una aggregazione di più domande risarcitorie - costitutesi sulla base di un medesimo oggetto - da far valere collettivamente a prescindere dalle situazioni personali dei partecipanti¹⁰.

Significative al riguardo sono le indicazioni della dottrina secondo cui nella *class action* «l’individuale si fonde nel collettivo, e la tutela di questo secondo vale come tutela del primo, dovendosi evitare che, con il pretesto di lasciare ai singoli l’astratta possibilità di far valere i diritti individuali, si finisca con ottenere il risultato opposto (incostituzionale), quello che tali diritti non siano mai attivati»¹¹.

Da qui il convincimento che il limite dell’omogeneità dei diritti (attivabili nell’ambito dell’azione di classe) determina inevitabilmente una selezione delle controversie, a discapito degli interessi di taluni soggetti che non rientrano a vario titolo fra quelli sottoposti a detta tutela collettiva¹².

⁸ Cfr. SCHLESINGER, *La nuova “azione di classe”*, in *Corriere giur.*, 2011, n. 4, p. 549.

⁹ Cfr. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss. Più in particolare, l’A. evidenzia che «dal punto di vista dell’azione risarcitoria ciò che conta è esclusivamente la valenza collettiva delle questioni comuni».

¹⁰ Cfr. GIUSSANI, *Tutela individuale e tutela collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1677-1679.

¹¹ Cfr. VIGORITI, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contratto e impresa*, 2010, I, p.7.

¹² Cfr. RESCIGNO M., *L’introduzione della class action nell’ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, pp. 417-421.

A ciò aggiungasi che la disciplina in parola non estende gli effetti della pronuncia giudiziale a tutti i componenti della classe, né prevede la partecipazione attiva dell'intera associazione dei consumatori che hanno aderito alla *class action*. Sul punto, si evidenzia che «la copertura costituzionale della c.d. azione di classe viene assicurata proprio, da un lato, con la limitazione degli effetti della sentenza solo a coloro che vi hanno aderito e, dall'altro, facendo salva l'azione individuale dei soggetti non aderenti all'azione di classe»¹³.

Nello specifico, la pretesa risarcitoria collettiva è riconducibile sia individualmente al soggetto che vi ha interesse, sia all'intera associazione di categoria che da mandato del singolo appartenente alla classe. Si è in presenza, quindi, «di una nuova forma di tutela di interessi già tutelati individualmente dall'ordinamento, affidata ad un sistema collettivo»¹⁴. Ed invero, la centralità dell'azione proposta da un'associazione - che riveste l'importante funzione di rappresentare una moltitudine di interessi - tende da un lato a responsabilizzare la banca (o l'impresa) a fronte della minaccia di agire a tutela della classe, dall'altro, a riconoscere diritti individuali che non troverebbero altrimenti spazio nelle sedi giudiziarie.

Da qui il ricorso «a procedimenti semplificati per far valere situazioni soggettive che presentino peculiarità tali da richiedere che si provveda con rapidità, ma si garantisce sempre e comunque il diritto dell'individuo a interloquire in modo "ripetitivo" sulla formazione della decisione idonea a incidere sui suoi diritti»¹⁵.

Se ne deduce, pertanto, che il mandato conferito dal consumatore alle associazioni di categoria o comitati diviene elemento indispensabile per procedere

¹³ Così PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, II, p. 257.

¹⁴ Cfr. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, p. 547.

¹⁵ Così GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, pp. 369-370.

all'attivazione di una tutela risarcitoria; ciò, con evidente preclusione al singolo individuo di agire per conto proprio¹⁶.

Il rapporto di mandato in parola deve essere specifico, stante il legame di rappresentanza esistente fra l'associazione ed il membro della classe; sicché «può essere sufficiente la partecipazione ad un'associazione il cui atto costitutivo preveda la rappresentanza giudiziale degli associati pure per i rapporti in questione ovvero il conferimento di un mandato ad un comitato già sorto»¹⁷. Si individuano, per tal via, i tratti di una forma di tutela mediata e indiretta, che appare riconducibile alle tecniche di *self regulation* riscontrabili nell'esercizio dell'attività finanziaria.

4. La questione affrontata dalla Corte di Torino assume specifico rilievo non soltanto sotto il profilo dell'ammissibilità dell'azione di classe nei rapporti banca-clientela, ma anche in relazione alla legittimità delle clausole di massimo scoperto.

Come si è evidenziato in precedenza, la pronuncia in commento censura fermamente l'applicazione da parte dell'istituto di credito di commissioni che comportano l'introduzione di nuovi e variegati oneri in relazione allo scoperto di conto corrente¹⁸.

In proposito, occorre aver presente che «la commissione di massimo scoperto costituisce una voce di costo, ulteriore rispetto all'interesse, del finanziamento bancario concesso normalmente nella forma di apertura di credi-

¹⁶ Cfr. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e impresa*, 2010, I, pp. 11-14.

¹⁷ Cfr. TAVORMINA, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, n. 4, p. 246.

¹⁸ La giurisprudenza di merito è più volte intervenuta in tema di commissione di massimo scoperto, sottolineando la sua funzione diversa da quella degli interessi in quanto, «finalizzata a compensare non già l'uso, in sé, del capitale, quanto piuttosto l'accessorio rischio di mancata restituzione della somma messa a disposizione del cliente che la banca si assume in proporzione all'ammontare dell'utilizzo dei fondi» (Trib. Monza, sez. I, sent. 12 aprile 2011 ed anche Trib. Padova, sez. I, sent. 14 febbraio 2011, in *Pluris Cedam*, 2011).

to»¹⁹. Tuttavia, tale *commissione* non è dovuta se non legittimamente ed espressamente convenuta e, comunque, entro i limiti di quanto stabilito dal contratto di conto corrente²⁰. Per cui, come sottolineato da alcune Corti di merito, «la commissione di massimo scoperto rappresenta per la banca un elemento retributivo, aggiuntivo rispetto agli interessi praticati, che non ha fonte legale e che richiede pertanto una specifica pattuizione»²¹.

Ciò posto, ben si comprende che tale tipologia di costo bancario rappresenta una remunerazione strettamente correlata all'erogazione del credito, nella quale alla banca spetta l'onere di tenere a disposizione del cliente una determinata somma liquida con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria²².

Sotto il profilo normativo, il legislatore nazionale è intervenuto in materia attraverso il d.l. n. 185/2008 («decreto anticrisi»), convertito in l. n. 2/2009, che ha delineato la disciplina della commissione di massimo scoperto sancendo la nullità per quelle clausole applicate «se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido» (art. 2 *bis*, comma 1, l. n. 2/2009).

La norma in disposizione prevede la nullità per le clausole che hanno la specifica funzione di remunerare la banca per la concessione di fondi (a favore del correntista), la cui disponibilità prescinde dall'effettivo prelevamento della somma²³. Ed invero, le commissioni di massimo scoperto rappresentano tanto una remunerazione accessoria agli interessi passivi, quanto un'autonoma prestazione a carico del cliente per un servizio posto in essere dalla banca.

¹⁹ Così ANTONUCCI, *La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, n. 7-8, p. 319.

²⁰ Al riguardo, si v. Trib. Genova, sez. VI, sent. 18 aprile 2011, in *Pluris Cedam*, 2011.

²¹ Si v. Trib. Teramo, sent. 20 giugno 2011, in *IlCaso.it*, 2011.

²² Cfr. PISAPIA A., *Le commissioni di massimo scoperto nella prassi bancaria*, in *Contratti*, 2011, n. 12, p. 1137.

²³ In tal senso, si è espressa anche la Suprema Corte nella sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, 50.

Di recente, tale impianto disciplinare ha subito una sostanziale modifica con l'entrata in vigore della l. 22 dicembre 2011, n. 214 («legge di stabilità finanziaria»), di conversione e modifica del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 («decreto salva-Italia»), che ha ridefinito il quadro regolamentare del massimo scoperto.

A ben considerare, tale intervento normativo riflette l'intento del legislatore di arginare l'ampio contenzioso sviluppatosi negli ultimi decenni con riguardo all'utilizzo delle commissioni di scoperto da parte degli istituti di credito.

In particolare, si è proceduto all'introduzione ad opera del legislatore dell'art. 117 *bis* t.u.b. (rubricato «Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti»)²⁴ che prevede l'applicazione di due tipi di clausole bancarie, l'una per l'apertura di credito, l'altra per lo sconfinamento²⁵.

Nello specifico, la novella dispone che dette clausole non sono cumulabili, né possono essere invertite; di tal che, esse rappresentano gli unici oneri, insieme agli interessi su conto, che possono essere addebitati al cliente in virtù della concessione di un fido²⁶. In sostanza, l'art. 117 *bis* t.u.b. configura una nuova «commissione di affidamento» (in luogo della previgente commissione di massimo scoperto) ed introduce la «commissione di istruttoria veloce» relativa ai conti non affidati nonché agli sconfinamenti oltre il limite del fido.

Prescindendo da valutazioni in merito all'assenza di un disegno organico a base dell'azione del legislatore, tale complesso normativo «se apporta dei miglioramenti sul fronte della chiarezza e della trasparenza, semplificando gli oneri

²⁴ Testo introdotto dall'art. 6 *bis*, d.l. 6 dicembre n. 201 («*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*»).

²⁵ Nello specifico, l'art. 117 *bis*, comma 2, t.u.b. stabilisce che «a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento».

²⁶ Per una prima disamina della normativa si v. DOLMETTA, *Sul nuovo art. 117-bis TUB: clausole di compenso per disponibilità fondi e clausole di rimborso spese*, in *Riv. dir. bancario*, 2012, n. 1, reperibile su www.dirittobancario.it.

per la clientela, non pare tuttavia di per sé sufficiente a determinare una riduzione di tali oneri, soprattutto con riguardo all'ipotesi di conti non affidati»²⁷.

Si è in presenza, dunque, di un impianto regolamentare che trova fondamento nelle disposizioni in materia di trasparenza bancaria, con specifico riferimento alle indicazioni rivenienti dalla Banca d'Italia in tema di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti²⁸. Ed invero, si fa riferimento all'obiettivo più volte richiamato dalle *authorities* di vigilanza di rendere noti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale (e le loro variazioni) al fine di instaurare un corretto rapporto con la clientela²⁹. Da qui, l'esigenza di garantire l'integrità delle informazioni fornite al cliente al fine di improntare le relazioni economiche a criteri di buona fede e correttezza.

Consegue che dovranno ritenersi illegittime quelle clausole di massimo scoperto le cui modalità di calcolo ed addebito non risultano determinabili in relazione all'onere economico imposto al cliente e che comportano inevitabili duplicazioni di costi su conto corrente. Al riguardo, va tenuto conto dell'interpretazione giurisprudenziale circa le fattispecie di nullità delle commissioni di scoperto per mancanza di causa o indeterminabilità del suo oggetto ex art. 1346 c.c. ed ex art. 117 t.u.b.³⁰.

Concludendo sul punto, l'orientamento espresso dal Collegio nell'ordinanza in commento risulta certamente apprezzabile, nella misura in cui essa sancisce

²⁷ Così STILO, *La commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al cd. "Decreto Salva Italia"*, in *Contratti*, 2012, p. 89.

²⁸ Al riguardo, si v. le recenti «Disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» (9 febbraio 2011).

²⁹ Cfr. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.

³⁰ Cfr. Trib. Piacenza, sent. 12 aprile 2011, in *Il Caso.it*, 2011, ove si afferma «la illegittimità, perché contraria al disposto di cui all'art. 1346 c.c., della clausola contenuta nel contratto di apertura di credito in conto corrente che prevede il pagamento ad opera del cliente della cd "commissione di massimo scoperto" in favore dell'istituto di credito in assenza di parametri che ne possono giustificare la determinatezza o determinabilità». In dottrina DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 352-354.

l'illegittimità di nuove clausole di scoperto su conto ed individua nello strumento della *class action* l'adeguato rimedio giurisdizionale.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono, appare evidente che la tutela risarcitoria di classe consenta di assicurare la generale correttezza, equità e trasparenza dei rapporti commerciali. Ciò non esclude che la logica ordinatoria che ha guidato l'evoluzione della *class action* debba aprirsi a nuovi e diversi criteri di efficienza e celerità, sì da migliorare ulteriormente le procedure di giustizia³¹. Non a caso è stato in dottrina sostenuto che «*tale* strumento risarcitorio può svolgere una funzione di completamento delle norme che regolano il funzionamento dei mercati finanziari, non soltanto reintegrando il patrimonio degli investitori nel caso di violazioni delle norme primarie, ma altresì svolgendo un ruolo deterrente rispetto a condotte potenzialmente dannose»³².

Da qui, la valutazione positiva di tale nuova modalità di garantire il *need of protection* del consumatore nelle controversie fra banca e clientela *retail*³³. Sicché appare condivisibile la considerazione che «l'azione collettiva risarcitoria diviene, dunque, uno strumento atto ad indurre le imprese produttrici ad internalizzare i costi correlativi ai rischi di danneggiamento, in tal guisa prevenendo l'impatto sulla collettività»³⁴; ciò restando ferma l'esigenza di contenere le ini-

³¹ Cfr. CAPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale" e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 40 ss.. In particolare, viene notato che «la *class action* introduce un meccanismo di aggregazione processuale che realizza economie di scala tali da rendere economicamente conveniente il ricorso alla tutela giudiziaria e risolvere così l'atteggiamento di "razionale inerzia" che, altrimenti, i soggetti danneggiati assumerebbero rispetto all'illecito subito».

³² Cfr. LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 270.

³³ A tal riguardo, si v. l'art. 32 bis t.u.f. (rubricato "tutela degli interessi collettivi degli investitori"), che prevede una forma di inibitoria collettiva riconosciuta agli investitori non professionali, nella quale i clienti-consumatori sono considerati legittimati attivi per la proposizione della *class action*. In dottrina PALMIERI A., *La class action da danno finanziario*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 382-383.

³⁴ Cfr. D'ALFONSO, *L'art. 140 bis Codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 681.

ziative giudiziarie dei singoli soggetti danneggiati³⁵. Se ne deduce, altresì, la necessità di far ricorso a strumenti idonei ad orientare l'impresa bancaria verso una nuova *virtuosa* interazione con la clientela, in linea con l'orientamento giurisprudenziale che definisce l'azione di classe quale espressione di diritti individuali e omogenei³⁶.

Il quadro prospettico fin qui delineato induce a ritenere che la riconosciuta validità della *class action* nelle controversie bancarie legittimi la generalizzata convinzione che, grazie, ad essa sia stato adeguatamente implementato il sistema di garanzie e di tutele giurisdizionali in ambito bancario finanziario.

Andrea Miglionico

*Assegnista di ricerca in Diritto
dell'Economia nell'Università degli Studi di
Roma <<La Sapienza>>*

³⁵ Cfr. AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario*, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 1355-1359.

³⁶ Cfr. COSTANTINO – CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corriere giur.*, 2010, pp. 985-990.