UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI TORINO

FACOLTÁ DI GIURISPRUDENZA

**Corso di Laurea magistrale a ciclo unico in
Giurisprudenza**

Classe LMG/01

LA CLASS ACTION NEI CONFRONTI DELLE BANCHE

Relatrice

prof.ssa Mia Callegari

Candidata

Luisa Agliassa

Anno Accademico 2011-2012

*A zio Peppe,
modello di equilibrio e di saggezza.
Alla sua risata contagiosa che riecheggia nel ricordo.
Alla sua sete di verità e di ricerca.
Affinché, di lassù, guidi questi miei passi incerti
verso quel discernimento e quell'onestà
di cui è stato ed è vigile custode.
Affinché il traguardo di oggi sia quell'inizio
che, da tanto, stavo aspettando.*

INDICE

INTRODUZIONE	III
PREMESSE. RAPPORTO TRA BANCA E CLIENTE IN UN’OTTICA CONSUMERISTA	
1. Abbandono del cliente facoltoso nelle mani del <i>bonus argentarius</i>	1
2. Diversificazione tipologica della clientela e privatizzazione della banca.....	6
2.1. (<i>segue</i>): dalla definizione approssimativa del rapporto banca vs cliente	9
2.2. (<i>segue</i>) alla sua invasiva etero-normazione a doppio livello.....	11
3. Oltre il Testo Unico Bancario: tutela multiforme del risparmiatore.....	20
3.1. (<i>segue</i>) ed evoluzione della trasparenza bancaria.....	31
4. <i>Private enforcement</i> , quale soluzione ai fallimenti delle <i>authorities</i>	35
CAPITOLO I. GENESI DELL’ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO	
I.1. Difficile accesso alla giustizia individuale per i <i>mass torts</i>	42
I.2. Tutela civilistica super-individuale e vantaggi in termini di deterrenza.....	48
I.3. Limite oggettivo dei rimedi <i>ex artt.</i> 37 e 140 del codice del consumo	57
I.3.1. (<i>segue</i>): ampia lettura giurisprudenziale delle misure ripristinatorie a corredo del <i>petitum</i> inibitorio.....	62
I.4. Spinte comunitarie alla gestione collettiva del pregiudizio di massa	70
I.5. <i>Class action</i> oltreoceano, quale secolare modello d’ispirazione	77
CAPITOLO II. ITER NORMATIVO SOFFERTO DELL’AZIONE DI CLASSE ITALIANA	
II.1. Primi abbozzi di disciplina durante la XIV legislatura.....	86
II.2. Critiche ed audizioni sui progetti di legge della XV legislatura.....	89
II.3. Effimera stagione dell’art. 140- <i>bis</i> “prima maniera”	93
II.3.1. (<i>segue</i>): impressioni raccolte dai <i>mass media</i> e attività sapienziale a completamento di un “cantiere ancora aperto”	98
II.4. Entrata in vigore di una norma totalmente stravolta.....	102
II.5. Modifiche apportate dall’art. 6 del decreto “cresci Italia”	112
CAPITOLO III. APPLICABILITÀ DEL RIMEDIO AGLI ILLECITI CONNESSI AI CONTRATTI BANCARI: PRIMI RISCONTRI GIURISPRUDENZIALI	
III.1. Molteplici fattori giustificanti un avvio in sordina.....	117
III.2. Clausole sostitutive della CMS, quali fonte di micro-pretese seriali	125

III.2.1. (<i>segue</i>) <i>Class representative</i> , quale correntista cui deve esser stata computata in prima persona la commissione vietata	129
III.2.2. (<i>segue</i>) e di cui è ammessa la presenza in giudizio contemporanea a quella eventuale dell'associazione di cui può essere mandante	137
III.2.3. (<i>segue</i>) Controversa natura delle nuove CMS: illecito istantaneo a effetti permanenti o illecito permanente?	141
III.2.4. (<i>segue</i>) <i>Trend</i> evolutivo delle ordinanze di <i>certification</i>	144
III.2.5. (<i>segue</i>) ed ipotizzabili contenuti della sentenza di merito.....	150

CAPITOLO IV. APPLICABILITÀ DEL RIMEDIO AGLI ILLECITI CONNESSI ALLE OPERAZIONI DI INVESTIMENTO: IPOTESI RICOSTRUTTIVE

IV.1. Indici a favore di una potenziale conciliabilità tra azione di classe e tutela dei risparmiatori.....	154
IV.2. Possibile oggetto del contenzioso seriale finanziario	157
IV.2.1. (<i>segue</i>) Responsabilità dell'intermediario da vizio di forma di accordo quadro o da suo mancato rispetto	159
IV.2.2. (<i>segue</i>) Responsabilità dell'intermediario per violazione dei doveri di diligenza, correttezza e trasparenza verso il cliente	162
IV.2.3. (<i>segue</i>) Responsabilità dell'intermediario da rivendita al consumatore di prodotti finanziari riservati agli investitori istituzionali.....	169
IV.2.4. (<i>segue</i>) Responsabilità da prospetto <i>ex art. 94 TUF</i>	170
IV.3. Coordinamento con i cumulabili o alternativi meccanismi di conciliazione e arbitrato presso la Consob.....	177
CONCLUSIONI	181
BIBLIOGRAFIA	187
GIURISPRUDENZA	200
RINGRAZIAMENTI	205

INTRODUZIONE

Nell'ambito delle imprese che svolgono la loro attività nei mercati finanziari - le c.d. *securities industries* - le banche, da sempre, costituiscono un soggetto contrattualmente più forte della loro controparte, di cui è netta sia l'inferiorità dal punto di vista delle competenze tecniche e delle conoscenze settoriali, sia la conseguente sudditanza psicologica. Pertanto, un presupposto imprescindibile per la costituzione ed il successivo consolidamento di un rapporto stabile e duraturo tra di essi è la fiducia del cliente, quale traguardo che l'istituto di credito deve raggiungere e conservare. In termini giuridici, essa si traduce in fonte di responsabilità: qualora non sia realizzato l'interesse del cliente creditore e, quindi, la sua fiducia sia tradita, occorrerà sindacare *ex post* l'adeguatezza o meno della prestazione della banca debitrice, secondo parametri *ad hoc* esterni alla predisposizione negoziale e intrinsecamente generici, quali la diligenza, la correttezza, la buona fede e la conformità a uno *standard* professionale di condotta¹. Oggi, poi, la protezione del risparmiatore deve essere interpretata non tanto o solo nel senso statico di tutela del soggetto inesorabilmente debole, ma, in una chiave più moderna e dinamica, soprattutto guardando al pieno riconoscimento dei suoi diritti come leva di promozione di un mercato più efficiente, innovativo e sostenibile. In altre parole, la sua fiducia nell'istituto di credito è fondamentale per ingranare il circuito virtuoso che, convogliando la *pecunia* non utilizzata per acquisire beni di consumo verso il sistema finanziario, ne consente l'immissione nel ciclo produttivo, a titolo di incremento del capitale fisso contribuente alla crescita economica. In un periodo di così forte fragilità e

¹ Nel linguaggio comune, l'idea di fiducia evoca una relazione interpersonale cui è immanente un giudizio di stima e apprezzamento di una parte verso l'altra. Nella sua accezione giuridica, invece, si declina in un regime di responsabilità a capo del fiduciario tanto più intenso e severo quanto più la regolamentazione negoziale del rapporto non vale come criterio predisposto di determinazione *ex ante* della condotta da lui dovuta al fiduciante; condotta il cui contenuto è prevalentemente rimesso alla discrezionalità ed alla competenza tecnica di quest'ultimo. Specialmente per la prestazione di un servizio bancario che, per l'oggetto e le modalità di esecuzione, implica una particolare considerazione della diligenza e della correttezza della banca, il richiamo alla fiducia assume un significato più preciso e pregnante di quello generico di movente della scelta in favore dell'uno o dell'altro potenziale fornitore di un servizio, divenendo una fonte integrativa della disciplina del rapporto tra banca e cliente. Per un preciso inquadramento in proposito, cfr. ANELLI, *La fiducia ope iudicis: le responsabilità della banca nei rapporti con i clienti*, in AA. VV., *La relazione di fiducia tra la banca e il cliente. Quaderno Rosso n. 242 dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, Milano, 2008, 29 ss.

instabilità del mercato globale², perciò, lo Stato italiano, non solo in veste di “regolatore” - anche per mezzo delle *authorities* - delle sue distorsioni, ma anche e soprattutto come loro vittima potenziale, ha il compito prioritario di potenziare la tutela del risparmio individuale - e non solo -³, quale dovere imprescindibile sancito *ex art.* 47 della Costituzione.

L'intervento riformatore sul tradizionale *public enforcement* sconta, inevitabilmente, l'attuale difficoltà della classe politica nazionale nell'individuare le priorità del bene comune e nello stilare direttive rigorose ed efficaci, stretta com'è tra un'esasperata prevalenza del tornaconto personale e un familismo amorale. Meglio, dunque, riparare le crepe del nostro apparato giudiziario e sperimentare la via alternativa del *private enforcement*, di cui l'entrata in vigore dell'art. 140-*bis* del codice del consumo in tema di tutela collettiva risarcitoria del consumatore è l'espressione (apparentemente) più pura? Di questa complessa e articolata tematica si occuperà il presente elaborato, privilegiando, appunto, il riferimento al binomio “cliente *consumer* attore *vs* banca convenuta”.

Complice il crescendo rossiniano che ne ha accompagnato il tortuoso *iter* di approvazione, la letteratura scientifica sull'azione di classe è alluvionale, seppur non sempre altrettanto autorevole, spesso limitandosi a una parafrasi del testo legislativo. Anche per questo motivo e considerato che un corretto utilizzo della *complex litigation* è soprattutto un problema di cultura di tutte le parti interessate - non solo imprese e associazioni di categoria, ma anche avvocati e giudici -, numerose fonti elencate nella mia bibliografia sono tratte da convegni e seminari tenutisi *ad hoc*, nonché da audizioni in Commissione Giustizia e risposte a consultazioni europee in proposito, che hanno coinvolto tanto la componente

² Come dimostrano, in ordine casuale, gli scandali Enron, Tyco, Adelphia, Global Crossing, WordCom, Parmalat, Cirio, Vivendi, Lehman Brothers, *et cetera*, i fallimenti regolatori anche di un solo paese possano incidere in modo traumatico su tutti gli altri. Significativo, al riguardo, è l'art. 6, comma 1, lett. c) TUF, introdotto dall'art. 2 del d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164, che espressamente riconosce il carattere internazionale del mercato finanziario.

³ Distinguendo i soggetti economici di un paese in tre grandi categorie, che sono la Pubblica Amministrazione, le famiglie e le imprese, il risparmio nazionale corrisponde alla differenza tra prodotto interno e consumi di tali soggetti. Il risparmio accumulato dalla Pubblica Amministrazione è definito risparmio pubblico; al contrario, il risparmio privato è l'insieme di quanto accumulato dalle altre due grandi categorie di soggetti: con riferimento all'ambito familiare, il risparmio ottenuto è indicato come individuale, mentre la parte del reddito conseguito dalle imprese, al netto delle imposte, destinata ad incrementare il capitale, si definisce risparmio di impresa.

accademica e professionale, quanto quella imprenditoriale e *consumerista*. Allo stesso tempo, poiché questo argomento si pone al confine tra diritto sostanziale e diritto processuale e, di conseguenza, non si può approfondire un aspetto e tralasciare l'altro, a pena di una sua trattazione parziale e monolitica⁴, ove necessario, queste due facce della medaglia si intrecceranno tra loro. Solo questo tipo di approccio c.d. rimediabile, infatti, consente di superare le ambiguità definitorie in proposito, mettendo in luce gli aspetti nevralgici, tra cui isolare e approfondire i più ardui nel quadro della formulazione normativa. Nella speranza che il suo tormentato *iter* evolutivo pervenga, prima o poi, ad un esito convincente e razionale, infatti, il vigente art. 140-*bis*, pur contornando uno strumento promettente, agisce a grandi linee e con tratti essenziali; onde stemperarne le incoerenze e farne sprigionare il vero potenziale, è parsa, perciò, indispensabile una sua lettura a più ampio respiro.

Impostato su queste basi metodologiche, il presente elaborato è diviso in cinque capitoli che riflettono le sue linee di sviluppo argomentativo. La trattazione si apre con alcune premesse circa l'evoluzione sostanziale del rapporto tra la banca e la sua controparte negoziale, partendo dalla legge del '36 per giungere all'attuale ed invasiva etero-normazione a doppio livello, che garantisce al *consumer* - cui è assimilabile il risparmiatore - un *surplus* di tutela rispetto al cliente genericamente inteso. Da ultimo, sono esposti brevemente i limiti dei poteri di vigilanza e controllo in capo alle *authorities* tradizionali, esponendo in quali termini e con quali accorgimenti l'affiancamento di un'azione privata flessibile e decentralizzata potrebbe sopperirvi.

Il primo capitolo, quindi, prosegue nell'enunciazione degli stimoli dottrinali, giurisprudenziali ed internazionali che hanno originato ed alimentato la necessità di introdurre un rimedio risarcitorio di massa anche in Italia. Esposte le

⁴ È di quest'opinione CAPONI, in AA. VV., *Dibattito. Voglia di azioni collettive*, in *Questione giustizia*, 2007, 761, per il quale si tratta della «classica materia in cui dobbiamo dimenticarci delle barriere mentali che, come riflesso dei settori scientifico-disciplinari, condizionano così frequentemente in Italia le ricerche e lo stesso modo di ragionare degli studiosi» e, di conseguenza, cui dobbiamo accostarci come giuristi ad ampio raggio. Tale prezioso avvertimento si concretizza nel superamento della logica della fattispecie, rivolta a rispondere «alla domanda relativa al “che cosa” è dedotto in giudizio», onde approdare allo «scopo oggettivo che, nella situazione concreta in cui si trova il soggetto, sorregge la sua azione giudiziale». Questo approccio onnicomprensivo, che accantona l'imperante relativismo concettuale, è denominato “prospettiva dei rimedi”. Cfr. in proposito la nota 147 del § 4 delle premesse.

incompatibilità tra giustizia privata individuale e perseguibilità degli illeciti seriali, si sonda la vincente deterrenza di un'alternativa tutela civilistica super-individuale. Particolare attenzione in questo contesto è riservata alle metodologie con cui la banca può prevenire il rischio *class action*, prima fra tutte un'efficiente gestione dei reclami. È illustrata, poi, la disinvolta interpretazione delle misure ripristinatorie a corredo del *petitum* inibitorio *ex art. 140* del codice del consumo, accolta, specialmente in tema di anatocismo bancario, da alcune sentenze rivoluzionarie e fondante un sanamento *ante litteram* del danno pluri-offensivo. Infine, considerato che le soluzioni elaborate altrove permettono, sovente, di risolvere dubbi interpretativi del diritto interno, nonché di prospettare soluzioni *de iure condendo*, ulteriori o alternative ad esso, da un lato è tratteggiato il dibattito comunitario sorto in materia; dall'altro, per comprendere come la *class action* funziona davvero nel paese che per primo l'ha sperimentata, si inquadra per sommi capi il modello statunitense.

Il secondo capitolo disegna, finalmente, il perimetro soggettivo, oggettivo e procedurale del testo legislativo italiano lungo tutte le tappe riformatrici che lo hanno interessato, fino alla recentissima riforma Monti. Nella convinzione che la rilevanza giuridica dei *dicta* delle corti, espressione del diritto vivente, sia più indicativa di qualsivoglia opinione dottrinale che, per quanto autorevole e fondata, raramente è unanime, il capitolo successivo è poi dedicato all'esperienza applicativa ormai triennale dell'art. 140-*bis*, incentrando l'attenzione sul contenzioso circa le clausole sostitutive della CMS. Dopo una breve introduzione circa i molteplici fattori giustificanti un avvio in sordina, è esposto il contenuto delle singole ordinanze di *certification*, allo scopo di cogliere lo spirito con cui i fori territoriali si sono accostati al nuovo rimedio e, in ultima istanza, anticipare i possibili contenuti delle future sentenze di merito.

Infine, l'ultima parte del presente elaborato delinea alcune ipotesi ricostruttive favorevoli alla conciliabilità dell'art. 140-*bis* con la tutela dei risparmiatori insoddisfatti, circoscrivendo quali responsabilità dell'intermediario possono rientrare nell'oggetto del contenzioso di massa. Onde colmare il vuoto normativo in proposito, sono altresì esposte le tesi dottrinali riguardo il coordinamento con il cumulabile o alternativo meccanismo di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

PREMESSE

RAPPORTO TRA BANCA E CLIENTE

IN UN’OTTICA CONSUMERISTA

SOMMARIO: 1. Abbandono del cliente facoltoso nelle mani del *bonus argentarius*. – 2. Diversificazione tipologica della clientela e privatizzazione della banca. – 2.1. (*segue*): dalla definizione approssimativa del rapporto banca vs cliente – 2.2. (*segue*) alla sua invasiva etero-normazione a doppio livello. – 3. Oltre il Testo Unico Bancario: tutela multiforme del risparmiatore – 3.1. (*segue*) ed evoluzione della trasparenza bancaria. – 4. *Private enforcement*, quale soluzione ai fallimenti delle *authorities*.

1. Abbandono del cliente facoltoso nelle mani del *bonus argentarius*.

La regolamentazione del rapporto tra banca e cliente ha seguito un lungo e travagliato *iter* evolutivo; e, soprattutto a causa delle trasformazioni che l’impresa del credito ha subito - e continua a subire - nel tempo, l’odierna disciplina applicabile ai suoi sempre più numerosi e diversificati servizi non è ancora in grado di tutelare con completezza ed efficacia i loro destinatari¹.

Volgendo lo sguardo al passato, secondo una logica tipicamente corporativa, l’ordinamento giuridico fascista rimetteva agli usi e all’auto-regolamentazione la protezione dell’affidamento del cliente nelle mani dell’“amico” banchiere, cui si rivolgeva essenzialmente per depositare i propri risparmi - in alternativa al deposito postale - e/o per ottenere mutui o prestiti². Basti ricordare che la prima normativa organica in materia bancaria e creditizia³

¹ Per una sintetica ed efficace ricostruzione storica della disciplina del rapporto tra banca e cliente, dal 1882, data di entrata in vigore dell’abrogato codice del commercio, fino alle ultime evoluzioni legislative intervenute, si veda PICCININI, *I rapporti tra banca e cliente. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008, 1 ss.; e, per i profili innovativi più recenti, PORZIO, *La relazione tra banca e cliente nella recente evoluzione del diritto bancario*, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 20 ss.

² Trattasi dell’attività tradizionalmente svolta dalla c.d. banca deposito, cioè il modello di intermediario creditizio che acquisisce risorse finanziarie attraverso depositi, generalmente con l’obbligo di restituzione “a vista” della provvista; ed eroga prestiti a breve termine, mediante apertura di credito, anticipazione bancaria o sconto. Per lungo tempo, l’ordinamento italiano ha limitato l’operatività delle banche a questo impianto strutturale, oltre ad imporre vincoli di specializzazione temporale, quali il breve e il medio o lungo termine. Cfr. BRESCIA MORRA, *Commento sub art. 10*, in AA. VV., *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, 86 s.

³ Si intende per tale il “complesso normativo” costituito dal coordinamento del r.d.l. 12

prevedeva *ex art.* 32 la possibilità per le banche di deposito di «determinare i limiti dei tassi attivi e le condizioni delle operazioni di deposito e conto corrente».

Essendo attribuita all'attività bancaria la funzione pubblica di raccolta di risorse finanziarie e di sviluppo dell'economia nazionale⁴, la tutela giuridica del risparmio - nella sua accezione oggettiva e macroeconomica - era così assorbita in quella della stabilità patrimoniale e sistemica del mercato bancario, quale principio ordinamentale del modello economico fortemente accentrato e dirigistico dell'Italia di allora⁵. Nello specifico, la legislazione degli anni trenta si proponeva esclusivamente di tutelare l'interesse dei risparmiatori alla restituzione pronta e sicura delle somme depositate presso le banche, fissando il c.d. rapporto di liquidità e ponendo sotto vigilanza l'acquisto da parte delle banche di partecipazioni in altre imprese.

D'altra parte, nonostante il legislatore italiano sia stato il primo tra quelli europei a dedicare apposite norme ai contratti bancari⁶, queste ultime si limitavano a definire le singole fattispecie, mancando sia di inquadrarle in un

marzo 1936, n. 375 e del r.d.l. 17 luglio 1937, n. 1400, convertiti dalla legge 7 marzo 1938, n. 141 e dalla legge 7 aprile 1938, n. 636 e successivamente modificati e integrati dalla legge 10 giugno 1940, n. 933 e dal d.l.c.p.s. 17 luglio 1947, n. 691. Nonostante i profondi sconvolgimenti economici, sociali e politici *in itinere*, esso ha regolato il sistema creditizio italiano per più di sessant'anni: abrogato solo in epoca recente dal Testo Unico Bancario, fino al 1985 è rimasto praticamente identico.

⁴ La connotazione pubblicistica attribuita all'attività bancaria sotto il vigore della legge del 1936 trovava espresso riconoscimento all'art. 1 del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, il quale stabiliva che «[l]a raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico». Fino ai primi anni Ottanta, pertanto, le banche erano considerate "imprese-funzione", in cui la gestione imprenditoriale era piegata al perseguimento di finalità pubbliche: la loro utilizzazione per finalità di politica economica era sostenuta dall'esercizio di poteri di vigilanza molto discrezionali, a cominciare dai criteri autorizzativi per l'accesso al mercato, nonché dalla natura pubblica della gran parte degli intermediari bancari allora esistenti.

⁵ In altre parole, il risparmio era meritevole di essere tutelato e garantito non giacché configurasse un accumulo privato e personale di risorse, ma solo perché convogliato nel ciclo economico e fosse quindi strumentale alla ripartizione della ricchezza nel sistema economico, per il tramite di un intermediario o direttamente per opera dello stesso risparmiatore. Poco più tardi, negli stessi atti dell'Assemblea costituente si legge che il tenore letterale dell'art. 47 della Costituzione, nell'affermare che «[l]a Repubblica [...] disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito», è espressione dell'intento legislativo di assoggettare l'attività creditizia ad una logica di piano.

⁶ Più precisamente, trattasi del Capo XVII del Titolo III del Libro IV CC, artt. 1834 ss. In PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 9, l'autrice afferma che il disinteresse precedente del diritto privato per tale categoria contrattuale era giustificato sia dalla considerazione che per il cliente fosse più opportuna una tutela preventiva, accordata mediante una disciplina di tipo pubblicistico degli istituti bancari; sia dall'idea - oggi del tutto sorprendente -, secondo cui la tutela dei clienti dovesse essere apprestata da loro stessi nell'avvedutezza della scelta delle banche cui affidare i propri risparmi.

sistema di applicazione generale, sia di fornire strumenti di tutela *ad hoc* del cliente⁷. Ed è evidente come questa tipizzazione codicistica delle operazioni bancarie a quel tempo di più larga diffusione⁸, seppur positiva, fosse colma di lacune, specialmente per le modalità di determinazione delle rispettive condizioni economiche, rinviate ancora al potere dispositivo delle parti e agli usi.

In questo quadro d'insieme, le c.d. Norme Bancarie Uniformi, che non a caso si chiamavano "norme", erano la legge che le banche aveva il potere di imporre agli altri consociati⁹: oltre ad indebolire il potere contrattuale del risparmiatore, qualora non configurassero propriamente delle clausole vessatorie in deroga ai principi generali, in ogni caso determinavano uno squilibrio a esclusivo e ingiustificato vantaggio dell'istituto di credito.

Tuttavia, nonostante l'indubbia abusività di queste prassi operative, secondo autorevole dottrina dell'epoca, era scontato che «la valutazione del comportamento si attua non sulla base di un criterio deontologico, ma sulla base di un criterio statistico [...]. Il comportamento di un soggetto va qualificato diligente o colpevole non in relazione a ciò che si dovrebbe fare, ma a ciò che normalmente si fa [...] nelle attività professionali (nelle quali per lo stesso ripetersi dei singoli atti è costante l'affermazione di un costume, la formazione di pratiche e di usi, l'elaborazione di regole di condotta), in definitiva è la stessa categoria ad esprimere, attraverso il comportamento della generalità dei suoi appartenenti, il comportamento dovuto».

Applicate tali premesse all'attività delle banche, in cui le prassi sono altamente formalizzate, ne consegue che «indubbiamente, quando esiste un uso bancario, specie se consolidato nelle cosiddette norme uniformi bancarie, il problema della diligenza del banchiere è, almeno in linea di principio, risolto», perché la condotta della banca conforme alla prassi diffusa sarà senz'altro da

⁷ Né forme di tutela *ad hoc* erano rintracciabili nell'ambito delle istruzioni che la Banca d'Italia aveva il potere di dettare *ex art.* 32 della legge bancaria.

⁸ Trattasi, ovviamente, dei seguenti rapporti negoziali, conclusi dalle banche di deposito operanti a breve termine: il deposito bancario, il servizio bancario di cassette di sicurezza, l'apertura di credito bancario, l'anticipazione bancaria, le operazioni bancarie in conto corrente e lo sconto bancario.

⁹ Quali condizioni generali di contratto che l'Associazione Bancaria Italiana ha emanato nel 1952, nell'ambito della propria attività istituzionale di consulenza generalizzata alle banche, le Norme Bancarie Uniformi costituivano modelli di contratto per la disciplina delle principali operazioni rese alla clientela, che, nonostante non fossero vincolanti per le imprese aderenti all'ABI, con il trascorrere del tempo hanno assunto un vero e proprio ruolo egemonico.

reputare adeguata alla diligenza professionale richiesta.

Al contrario, «ammettere nel nostro sistema che vi possa essere colpa, quando ci si attiene alla pratica uniforme e costante della categoria, significherebbe in definitiva rinunciare al criterio del buon padre di famiglia sancito dall'art. 1176 CC. Questo criterio impone al giudice di non indulgere a ragionamenti e a considerazioni astratte: egli deve decidere essenzialmente sulla base della constatazione di ciò che in concreto fanno i professionisti di quella data categoria»¹⁰.

La muta acquiescenza del cliente fiduciante ad ogni opzione professionale della banca è andata avanti per molto tempo, avallata dall'esame positivo o dal silenzio della giurisprudenza¹¹: la clausola che prevedeva per la banca di modificare unilateralmente quando e come voleva le condizioni contrattuali, al più facendone una mera affissione nei propri locali, non è mai stata controllata da alcun giudice¹²; la clausola “interessi uso su piazza” è stata, per molti anni, prevalentemente ritenuta legittima dalla Cassazione¹³; e, ancora più a lungo, la Suprema Corte ha approvato l'anatocismo, così come regolato dalle Norme

¹⁰ Nei passi riferiti, tratti da FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1958, I, 4, si rispecchiano un clima culturale e un'impostazione fortemente “autoreferenziale” del sistema bancario, ritenuto in sostanza capace di dar regola a se stesso, attraverso la formalizzazione delle proprie prassi, atteso che, osserva ancora l'autore, «l'uso non si forma arbitrariamente e senza ragione: esso risponde alle esigenze tecniche proprie dell'attività esercitata e mira a realizzare il sistema più conveniente ed adeguato di temperamento dei diversi interessi».

¹¹ Gli esempi che seguono sono tratti da PORZIO, *La relazione tra banca e cliente*, cit., 22. Come sottolinea l'autore, la maggior parte della dottrina ritiene che, all'epoca, la ferma tutela giurisprudenziale delle ragioni delle banche fosse determinata proprio dalla loro funzione pubblica di credito e dalla loro struttura di enti pubblici.

¹² Il riferimento è all'art. 15 delle Norme Bancarie Uniformi, che si limitava a riconoscere in capo alle banche il potere dello *ius variandi*, senza prevedere la necessità dell'esistenza di alcuna condizione che legittimasse il suo estrinsecarsi ed alcuna facoltà per il cliente di recedere dal contratto. Il suo esercizio indiscriminato è sempre stato giustificato dall'esigenza, ritenuta essenziale per le imprese del credito, di adeguarsi, nei contratti di durata a tempo determinato o indeterminato, in modo tempestivo al continuo verificarsi delle mutazioni del mercato finanziario.

¹³ Nella contrattualistica bancaria antecedente alla legge 17 febbraio 1992, n. 154, era ricorrente l'utilizzo della clausola secondo cui il saggio dell'interesse ultra legale era da determinarsi in forza del rinvio alle “condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito su piazza”, o a riferimenti analoghi, quali, ad esempio, gli interessi stabiliti negli accordi interbancari e gli interessi legati all'andamento del mercato finanziario e creditizio. Nonostante i non pochi commenti critici da parte della dottrina più attenta e talune pronunce di merito difformi, la giurisprudenza di legittimità ammetteva la validità di tali clausole, giustificandola sia previa interpretazione estensiva *per relationem* del comma 3 dell'art. 1284 CC, in combinato disposto con il principio generale sulla determinazione o determinabilità dell'oggetto contrattuale *ex art. 1386 CC*; sia *ex art. 1825 CC*, che stabilisce che, per il contratto di conto corrente, «sulla rimessa decorrono interessi nella misura stabilita dal contratto o dagli usi».

Bancarie Uniformi¹⁴.

Infatti, sino all’emanazione del Testo Unico Bancario, sotto il profilo dei rimedi del cliente agli abusi contrattuali della controparte imprenditoriale, ha trovato applicazione in via esclusiva il diritto comune, predisposto per il contraente debole “ordinario”: la disciplina delle condizioni generali di contratto *ex artt.* 1341 e 1370 CC e quella del contratto concluso mediante moduli o formulari *ex art.* 1342 CC¹⁵. Previsioni legislative che, rispetto alle Norme Bancarie Uniformi, erano del tutto inadeguate, limitandosi ad approntare una protezione meramente formale, inidonea a correggerne le distorsioni e i profili di vessatorietà: da un lato subordinavano l’efficacia del regolamento contrattuale al requisito esclusivo della conoscenza o della conoscibilità, senza indicare i mezzi necessari al suo conseguimento; dall’altro la cautela rispetto alle clausole derogatorie al diritto dispositivo si risolveva nella loro mera approvazione scritta.

Questa pressoché inesistente tutela sostanziale e giudiziale non è dovuta a una volontaria omissione da parte dei redattori del codice civile, fondata su una particolare politica legislativa favorevole alle imprese del credito. Più semplicemente, invece, all’epoca della sua entrata in vigore, i soggetti che intrattenevano rapporti contrattuali con le banche - costretti all’elementare *take it or leave it* proprio dei contratti di somministrazione volti a soddisfare bisogni primari - erano un numero decisamente esiguo, per lo più appartenenti alla classe alto borghese e, quindi, dotati, oltre che di un’elevata disponibilità economica, anche di un certo potere economico¹⁶. Allo stesso tempo, un sistema ordinato da

¹⁴ Prima del noto *revirement* del 1999 - su cui cfr. la nota 66 del § 2.2. di queste premesse - che ha retrocesso la natura delle norme uniformi bancarie da uso normativo ad uso negoziale, per quasi cinquant’anni la giurisprudenza di legittimità ha avvallato la prassi bancaria di introdurre clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a carico del cliente - a fronte della capitalizzazione annuale degli interessi attivi a carico della banca -, nell’ambito dei rapporti regolati in conto corrente, ritenendola una valida consuetudine derogatoria, rientrante nella fattispecie degli “usi contrari” *ex art.* 1283 CC. Per una puntuale ricostruzione dell’evoluzione giurisprudenziale in proposito, si veda, tra i tanti, BRUNI, *Anatocismo bancario: percorsi interpretativi ed applicazioni giurisprudenziali*, in CAPALDO (A CURA DI), *L’anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2010, 95 ss.

¹⁵ Allo stesso tempo, salve espresse deroghe, il codice civile ha previsto alcuni requisiti formali per qualsiasi convenzione relativa agli interessi, comprese quelle bancarie: l’onere di forma scritta per le pattuizioni di interessi in misura ultra legale *ex art.* 1284, comma 3; e le limitazioni all’autonomia privata in di capitalizzazione degli interessi *ex art.* 1283. A questi due tipi di controllo formale - informativo, se ne aggiunge un ulteriore, che consente al giudice una valutazione nel merito della convenzione relativa agli interessi: si allude alla disciplina degli interessi usurari *ex art.* 1815, comma 2 CC e a quella del reato di usura *ex art.* 644 CP.

¹⁶ In questi termini, si veda PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 288.

norme imperative poste a tutela di interessi pubblici - qual era appunto quello cui si ispirava la legge bancaria del '36 - non produceva alcun incentivo per la banca a contendere alle imprese del credito concorrenti la clientela, di per sé già restia al cambiamento del proprio professionista di fiducia¹⁷. È chiaro, quindi, che non fosse ancora sentita la necessità di tutelare il depositante e, più in generale, il cliente, quale contraente peculiarmente debole sia sotto il profilo restitutorio, sia sotto quello della trasparenza.

2. Diversificazione tipologica della clientela e privatizzazione della banca.

Dagli anni Settanta del secolo scorso, la situazione finora tratteggiata è iniziata a cambiare, per effetto di taluni fattori, alcuni endogeni ed altri esogeni.

In primo luogo, in seguito al c.d. “miracolo economico”, la sollecitazione sempre crescente del risparmio di massa ha modificato radicalmente il tipo antropologico dell’investitore: ai pochi facoltosi legati da un rapporto personale e fiduciario al proprio istituto di credito subentrano i risparmiatori, una moltitudine indistinta di possessori di spesso modeste risorse monetarie - accumulate in conti correnti e libretti di deposito -, alla ricerca di un impiego più vantaggioso delle stesse, che arrotondi le loro entrate¹⁸.

In seguito alla riconduzione del debito pubblico entro limiti definiti, così, il popolo italiano, fino allora afferente esclusivamente ai titoli di Stato, scopre il sistema borsistico, ove si ragiona in termini diversi rispetto a quelli della banca; ivi, infatti, si prospetta il mercato d’asta, così come la trasparenza e la confrontabilità dei prezzi dei prodotti finanziari. Questa ventata di novità ha un effetto indiretto e dirompente sulla psicologia del cliente, che inizia a preferire scelte diverse dal semplice affidarsi all’“amico” banchiere¹⁹.

¹⁷ In questo senso, cfr. ZOPPINI, *Rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza. Nuovi strumenti di tutela giudiziale e stragiudiziale del cliente*, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, cit., 147. Il testo della relazione presentata al convegno, con talune variazioni e con l’aggiunta delle indicazioni bibliografiche essenziali, è anche reperibile in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 26 ss.

¹⁸ Il fenomeno del c.d. “risparmio inconsapevole”, per taluni aspetti, è stato una peculiarità del tutto italiana, sia per la storica concentrazione del risparmio presso il settore famiglia, sia per l’assenza di investitori istituzionali, fondi comuni e fondi pensione, da decenni già presenti in altri paesi europei.

¹⁹ In tal senso, cfr. PORZIO, *La relazione tra banca e cliente*, cit., 23.

Forse anche per questo motivo, si evolve l'interpretazione dottrinale dell'art. 47 della Costituzione, ora inteso anche alla stregua di direttiva in materia di rapporti tra banche e clienti; la tutela del risparmio assume così un intrinseco fine di tipo sociale, conseguibile solo se sono garantite, oltre alle imprese bancarie, anche le loro controparti²⁰.

Parallelamente, la trasformazione delle strutture socio-economiche e l'affermarsi del diritto privato europeo hanno comportato - e comportano tuttora - una lenta, ma sostanziale modifica dei connotati tipici della materia negoziale: si assiste a un vero e proprio sgretolarsi dell'unitaria figura giuridica del contraente *latu sensu* inteso e a un parallelo affermarsi dello *status* di consumatore, che fa penetrare nella cultura giuridica nuovi modelli di disciplina del contratto, non necessariamente alternativi, bensì complementari a quelli tradizionali. Indipendentemente dalle trattative in cui è coinvolto e dagli obiettivi che si propone di conseguire, il *consumer* rileva giacché non è espressione dello svolgimento di alcuna attività professionale: la sua scarsa avvedutezza e le aggressioni che patisce per soddisfare i propri comuni bisogni, essendo fatti notori nell'esperienza quotidiana, rendono più agevole promuovere l'esigenza di garantire l'equilibrio contrattuale, l'informazione del contraente e la trasparenza delle clausole negoziali²¹. Tutti valori di per sé impliciti in altri più generali - quali la buona fede, la libertà contrattuale, la solidarietà - già da tempo riconosciuti dall'ordinamento, ma, finora, di difficile applicazione, complice il tradizionale orientamento positivista della giurisprudenza, che ricerca regole precise per rinvenirvi soluzioni letterali comode, su cui fondare con sicurezza le proprie decisioni²².

Sul piano giuridico, invece, lo stimolo innovativo è di origine comunitaria: l'art. 1 del d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350 di recepimento della direttiva

²⁰ In PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 18, nota 39, si sottolinea che è di questa rivoluzionaria opinione, primo tra tanti, CAVALLI, in *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, 117.

²¹ Il *consumerism* si avvale di caratterizzazioni forti del consumatore, pur di stimolare la sensibilità alle istanze di tutela di cui si fa portatore: cfr., nella letteratura italiana, ALPA, *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno «consumerism»*, in *Pol. dir.*, 1974, 494 ss.; nonché BESSONE, *Controllo del mercato e teorie del consumo. Per una discussione sul metodo di studi*, in *Temi*, 1976, 311 ss.

²² In questo senso, si veda GAGGERO, *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Econ. dir. terz.*, 1996, 788 ss.

77/780/CEE²³ sancisce in maniera espressa la rivoluzione nella concezione dell'attività bancaria, statuendone la natura imprenditoriale, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che la esercita²⁴, cui si riconosce il diritto alla libertà d'iniziativa economica²⁵. Questo cambiamento di prospettiva sarà ulteriormente confermato agli inizi degli anni Novanta con l'emanazione della c.d. legge Amato²⁶ che, eliminando dal panorama italiano tutte le banche pubbliche - sia quelle che svolgono attività a breve termine, sia quelle che svolgono attività a medio e lungo termine -, ha condotto all'assunzione generalizzata della forma della società per azioni per tutti gli istituti di credito italiano, anche se molti di essi sono ancora rimasti controllati dallo Stato²⁷.

In seguito al passaggio da un sistema chiuso di "pubblico servizio" in senso oggettivo a un'economia di mercato, quindi, la clientela, potendo ora scegliere liberamente tra una molteplicità di imprese del credito cui rivolgersi, deve essere conquistata con comportamenti virtuosi e alti *standard* di reputazione²⁸, il cui affievolimento sconta costi patrimonialmente rilevanti. Così,

²³ Entrata in vigore il 12 dicembre 1977, è la prima direttiva comunitaria relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, ai sensi dell'art. 57, comma 2 del Trattato CEE.

²⁴ Quale antecedente diretto dell'art. 10 del Testo Unico bancario, testualmente così recitava l'art. 1: «[l]'attività di raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e di esercizio del credito ha carattere d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano». Tale norma, a sua volta, si rifaceva alla nozione di «ente creditizio» data dalla direttiva 77/780/CEE, che all'art. 1 lo definiva come «un'impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto».

²⁵ Riconoscimento che, tra l'altro, conduce ad un mutamento nello "stile" della vigilanza, che da strutturale diviene prudenziale e, quindi, esercitata sulla base di parametri oggettivi che espongono la banca alla valutazione del mercato. Sottratto alla mera discrezionalità delle *authorities*, il procedimento di autorizzazione all'esercizio imprenditoriale dell'attività bancaria è sottoposto al rispetto di una serie di requisiti oggettivi, quali: l'esistenza di fondi distinti da quelli dei proprietari della banca, che siano minimi e sufficienti; la stesura di un programma di attività che comprenda l'indicazione della struttura dell'ente e la tipologia di operazioni che intende svolgere; la presenza di almeno due dirigenti responsabili in possesso dei requisiti dell'onorabilità e dell'esperienza per poter svolgere le funzioni che l'attività richiede.

²⁶ Più nello specifico, trattasi della legge delega 30 luglio 1990, n. 218, seguita dal d.lgs. di attuazione 20 novembre 1990, n. 356.

²⁷ Nella legge "Amato", infatti, era confermato il principio della permanenza del controllo pubblico, che è stato abrogato solo qualche anno dopo con l'avvio del processo di privatizzazione del nostro sistema economico *ex* legge 30 luglio 1994, n. 474.

²⁸ In letteratura non si trova una definizione univoca di reputazione, che coinvolge una molteplicità di concetti, quali: la stima, il nome, l'onore, la fiducia, la pubblicità, il merito e l'affidabilità. *Ex multis*, secondo RAYNER, *Managing reputational risk*, 2004, *passim*, è un «insieme di percezioni e credenze» che gli *stakeholders* si formano, acquisendo informazioni sull'impresa, cui attribuiscono un determinato apprezzamento valutativo. Come evidenziato in PAGNONCELLI, *Aspetti reputazionali degli intermediari finanziari. Quaderno Rosso n. 260 dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, Milano, 2011, 21, «la diversa

considerando anche che la discesa inesorabile dei tassi d'interesse ha ridotto quasi a zero il rendimento reale²⁹ dei conti correnti, altresì penalizzati da bolli e ritenute fiscali sempre più salate, l'unica strada possibile è essere uno tra gli intermediari più competitivi nella sempre più vasta gamma di servizi offerti e nel costo del credito. Proprio in quest'ottica, si spiegano le innovazioni storiche che andremo ad illustrare: l'eccezionale inserimento di prescrizioni di *contract law* nel Testo Unico Bancario, che è essenzialmente espressione del diritto pubblico; il passaggio dalla disciplina della correttezza gestionale dell'impresa a quella della tutela dinamica del risparmiatore; e, infine, il più incisivo ruolo della giurisprudenza nel sanzionare le condotte illecite e devianti degli intermediari.

2.1. (segue): dalla definizione approssimativa del rapporto banca vs cliente

Coerentemente con le novità introdotte a livello sistemico, il primo indicatore normativo della mutata attenzione nei confronti dei rapporti contrattuali tra banca e cliente risale al 1986. Risale a quest'anno, infatti, la legge sulla disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno, il cui art. 8 vieta di praticare condizioni economiche differenziate - e, perciò, discriminanti - per ragioni di appartenenza geografica³⁰, il che accadeva soprattutto riguardo ai tassi attivi e passivi praticati dagli istituti di credito, nettamente più sfavorevoli nelle regioni meridionali. A dispetto dello scarso rilievo pratico che ha avuto nella prassi e della non previsione di una sanzione *ad hoc* in caso di sua violazione, secondo la maggioranza della dottrina, questo intervento normativo ha

tipologia di fruizione influenza le caratteristiche che i soggetti razionalmente valutano nella scelta della propria banca: tecnologia per gli innovativi, solidità patrimoniale [*n.d.r.* da distinguersi in solvibilità, cioè capacità di soddisfare con continuità gli impegni assunti; e liquidità, cioè capacità di adempiere alle richieste monetarie] per gli "aperti", prossimità fisica e competenze per i "tradizionali", conoscenza diretta e prossimità per coloro che sono "chiusi" all'innovazione».

²⁹ In altre parole, il rendimento effettivo di un determinato strumento o investimento, da intendersi al netto del tasso di inflazione registrato in un determinato periodo.

³⁰ Il riferimento è alla legge 01 marzo 1986, n. 64, emanata allo scopo di sostenere e promuovere lo sviluppo economico del sud Italia, cercando di riequilibrare la situazione di svantaggio patita nei confronti delle regioni centro-settentrionali. Nonostante gli interessi e le istanze ad essa sottesi fossero estranei al problema della tutela del risparmiatore contraente debole, il suo art. 8 disponeva che «[l]e aziende e gli istituti di credito, salve le disposizioni della presente legge, debbono praticare, in tutte le proprie sedi principali e secondarie, filiali, agenzie e dipendenze, per ciascun tipo di operazione bancaria, principale o accessoria, tassi e condizioni uniformi, assicurando integrale parità di trattamento nei confronti dei clienti della stessa azienda o istituto, a parità di condizioni soggettive dei clienti, ma esclusa, in ogni caso la rilevanza della loro località di insediamento o della loro sfera di operatività territoriale».

determinato l'ingresso nell'ordinamento bancario del principio di trasparenza in via strumentale³¹: pur non prevedendo espressamente la predeterminazione e la pubblicazione dei tassi e delle clausole economiche praticate, distinte in relazione alle condizioni oggettive e soggettive dei clienti, un obbligo in tal senso - o, quantomeno, un onere - deve ritenersi implicitamente imposto, perché logicamente funzionale al controllo sul rispetto della previsione legislativa³².

Questa soluzione interpretativa ha trovato un immediato riscontro nel 1988 con il c.d. "Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela"³³, iniziativa autoregolamentare dell'Associazione Bancaria Italiana presumibilmente tesa a evitare l'entrata in vigore di una legge limitativa dell'attività bancaria, sempre più pressantemente richiesta dalle denunce delle associazioni dei consumatori. Nonché, in seguito all'apertura concorrenziale del mercato e all'acquisita autonomia imprenditoriale, volta a dar voce alla necessità, emersa nell'ambiente creditizio, di porre qualunque potenziale cliente nella condizione di capire quale banca sia a lui più adatta e

³¹ È utile qui evidenziare che l'art. 8 della legge 1 marzo 1986, n. 64 costituisce una sintesi dell'emendamento Minervini alla proposta di legge n. 467 del 2 luglio 1987 di iniziativa dell'on. Piro, dalla cui unificazione con altri contemporanei disegni di legge deriverà il testo definitivo della legge 17 febbraio 1992, n. 154, di cui si dirà nel paragrafo che segue. Per una completa disamina delle difficoltà interpretative sollevate dalla formulazione letterale dell'art. 8, in PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, cit., 21, nota 49, si rinvia a NIGRO, *Operazioni bancarie e parità di trattamento*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1987, I, 3 ss., il quale sottolinea, peraltro, la stranezza dell'inserimento di una previsione di carattere generale all'interno di una legge di natura speciale, e la necessità di rifusione in una normativa più ampia e generale.

³² Peraltro, confortano questa lettura della norma anche considerazioni di carattere analogico: la sua affinità contenutistica rispetto al principio di parità di trattamento in tema di pubblici servizi di linea così come disciplinato nel diritto comune parrebbe giustificare l'estensione alle operazioni bancarie del dettato del primo comma dell'art. 1679 CC, secondo cui le prestabilite condizioni generali devono essere «rese note al pubblico». In tal senso, cfr. MINERVINI, *Il Mezzogiorno chiede alle banche uniformità di condizioni e di tassi*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 dicembre 1985, 7, secondo il quale dall'obbligo di parità di trattamento deriva l'obbligo di pubblicizzare le condizioni contrattuali.

³³ In particolare, tutte le banche aderenti si impegnavano ad esporre, con adeguata evidenza e in tutte le proprie dipendenze, due avvisi: l'uno riguardo le condizioni per il prestito e per il finanziamento, le spese di conto e di valuta, nonché le commissioni praticate per le principali operazioni di deposito, prestiti, finanziamento e servizi vari; l'altro circa la sintesi delle condizioni praticate sui servizi offerti. Allo stesso tempo, si impegnavano: ad adottare un unico metodo di calcolo per la determinazione degli interessi sulle operazioni attive e passive, oltre a modelli *standard* di estratti conto, facilmente leggibili ed idonei a fornire una immediata conoscenza del dettaglio di ciascun rapporto; ad emettere con periodicità almeno trimestrale gli estratti-conto; e a dare comunicazione alla clientela dell'eventuale variazione del tasso applicato, nonché della commissione di massimo scoperto, con diritto del cliente a recedere dal rapporto. La vigilanza, in ordine all'osservanza dell'accordo vincolante per le banche aderenti, era affidata ad un Comitato costituito *ad hoc* presso l'Associazione Bancaria Italiana, e presieduto da un soggetto nominato dal Governo della Banca d'Italia.

conveniente in termini di costi e rendimenti degli svariati servizi offerti.

L'attuazione così riservata al principio di trasparenza e di parità di trattamento, in ogni caso, non era integrale ed assoluta; come previsto dal combinato disposto dell'art. 8 della legge 01 marzo 1986, n. 64 e dell'Accordo interbancario, infatti, l'istituto di credito aveva ancora un margine di valutazione rispetto ai requisiti soggettivi del cliente, che, sebbene non riconducibile a ragioni di appartenenza territoriale e/o economiche, poteva comunque generare un trattamento differenziato³⁴. Ne conseguiva, pertanto, l'impossibilità di conoscere, *ex ante*, il costo dell'operazione³⁵.

Trattasi comunque di due importanti passi in avanti nel riconoscimento della dimensione privatistica del cliente bancario, che, anche se mossi da ispirazioni non coincidenti con quella di riequilibrio dell'asimmetria informativa che da sempre lo caratterizza, hanno gettato le basi per gli interventi legislativi in proposito, di pochi anni successivi.

2.2. (segue) alla sua invasiva etero-normazione a doppio livello.

Se, in vigore della legge bancaria del 1936, la disciplina e il governo del credito poggiavano esclusivamente sui provvedimenti delle autorità di vigilanza, in seguito alla riforma dell'ordinamento bancario, è ormai indispensabile un cospicuo impianto normativo primario, che ne disciplini nel dettaglio l'attività professionalmente svolta, riducendone l'autonomia negoziale e la discrezionalità esecutiva, fino allora sottoposta - come si è già evidenziato - soltanto alla valutazione a posteriori da parte di un timidissimo giudice.

Nel febbraio 1992, quasi insieme, sono pubblicate la legge n. 154 sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e la legge

³⁴ Cfr. in proposito MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, I, 708, in cui l'autore osserva che «[l]a maggiore o minore rischiosità del mercato può giustificare, anche alla luce dell'introdotta obbligazione generale di parità di trattamento, l'applicazione di differenti tassi o condizioni, purché esso si traduca in una diversa qualità della clientela. Tale ultima precisazione è, a mio avviso, importante perché vale a classificare la differenza delle zone di mercato tra le condizioni soggettive e non tra quelle oggettive».

³⁵ Prosegue ancora MARTORANO, in *op. ult. cit.*, 710: «[s]e può sembrare facile dedurre dalla conoscenza delle condizioni che la banca pratica in operazioni analoghe quello che sarà il risultato finale rispetto al singolo rapporto concreto, questo meccanismo di calcolo presuppone la certezza che il rapporto venga ad essere inquadrato in uno degli *standards* fissati in via generale preventivamente individuato. Il che è ben lungi dall'essere sicuro, giacché è sconosciuta la valutazione soggettiva che la banca fa del cliente».

comunitaria per il 1991, che, tra le varie tematiche ivi comprese, regola anche il credito al consumo³⁶. Sulla base delle tendenze elaborate in sede europea, si distinguono, così, due cerchi concentrici: c'è un cliente debole - e tutti i clienti sono deboli - cui, in funzione del suo consenso informato, bisogna garantire un minimo di conoscenza preventiva del regolamento contrattuale; e c'è una *species* più debole di cliente, il consumatore, cui bisogna assicurare qualcosa in più.

Secondo questo quadro d'insieme, «tenuto conto dell'assenza di esplicita definizione normativa e del fatto che “cliente” è vocabolo a-tecnico, cliente della banca è chiunque instauri con essa un rapporto contrattuale per fruire dei servizi e accedere ai prodotti offerti dall'imprenditore bancario nello svolgimento delle attività permesse»³⁷. Indipendentemente dal proprio *status* soggettivo - persona fisica o giuridica - e dalle ragioni della sua presenza sul mercato - scopi personali o professionali -, egli «è generalmente un *outsider*, privo delle conoscenze specifiche e delle capacità tecnico-organizzative che consentono il controllo della prestazione caratteristica a lui destinata; queste conoscenze e capacità sono tutte concentrate nell'impresa fornitrice, che da *insider* della prestazione caratteristica ne ha per così dire il dominio. Ma la parte che domina la prestazione caratteristica, domina il contratto; e se nel contratto c'è una parte strutturalmente dominante, si apre l'esigenza di proteggere la parte strutturalmente dipendente»³⁸. Nonostante le svariate reazioni dottrinali non sempre entusiaste riguardo alla sua formulazione³⁹, quindi, l'indiscusso merito della legge del 1992 è stato l'aver introdotto uno

³⁶ In particolare, si tratta rispettivamente della legge 17 febbraio 1992, n. 154, frutto di un lungo iter parlamentare iniziato nei primi mesi del 1986; e la legge 12 febbraio 1992, n. 142, i cui artt. da 18 a 24 attuano la direttiva 87/102/CEE - come modificata dalla direttiva 90/88/CEE - riguardo il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

³⁷ L'ampiezza e la composizione della categoria dei clienti delle banche ha dato luogo ad un animato dibattito, di cui esemplificativo è il saggio di GAGGERO, *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, cit., 771 ss., spec. 809, da cui è tratta la nozione di cliente qui sopra riportata. In tale sede, l'autore, con sottile perizia ermeneutica, critica aspramente l'alternativa ricostruzione di MORERA, *Sulla nozione di «cliente della banca»*, in *Vita not.*, 1995, 590 ss.

³⁸ In tal senso, cfr. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 3, 25.

³⁹ Le principali critiche mosse a questo testo normativo riguardano: l'assenza di disciplina dei contratti e delle operazioni bancarie, se concluse con la classica tecnica della *standardizzazione* negoziale; e la scarsa precisione con cui sono stati individuati i criteri cui devono attenersi le autorità creditizie nell'esercizio dei loro poteri regolamentari. Si veda in tal senso MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, 148 ss.

statuto legale tipico di tutela del cliente della banca⁴⁰, che, esclusivamente derogabile *in melius*, integra e rafforza l'impianto codicistico di garanzia del contraente aderente⁴¹.

Ecco quindi espressamente previsti *ex lege*: l'obbligo della forma scritta per i contratti bancari, seppur non rafforzato da alcuna sanzione in caso di inadempimento, rendendo così il cliente capace di riconoscerne la natura, l'ampiezza delle obbligazioni ivi assunte ed il loro corrispondente onere economico nei confronti della banca; la nullità delle clausole contrattuali che prevedono il rinvio agli usi, ponendo così fine all'infinita *querelle* in tema di validità delle clausole "uso su piazza"⁴²; la disciplina positiva dello *ius variandi*, che riconosce il diritto di recesso in capo al cliente⁴³; e l'intervento su un tema complesso come quello della "valuta"⁴⁴.

D'altro canto, la tutela accordata al consumatore del credito non si limita ad intervenire sui piani dell'informazione e della conoscenza dei termini contrattuali, a loro volta rafforzati rispetto alla protezione riconosciuta dalla disciplina generale sulla trasparenza⁴⁵, ma tende anche a realizzare in via diretta il

⁴⁰ Come ancora sostenuto in GAGGERO, *op. ult. cit.*, 792, infatti, «[l]a tutela sostanziale dell'interesse negoziale del contraente meno attrezzato [...] non è prerogativa esclusiva del consumatore: la correttezza, l'informazione preventiva e la trasparenza del contratto sono valori rilevanti in sé, che non si possono riconoscere solo in relazione al consumatore, sacrificandoli quando si passi a considerare rapporti negoziali a cui egli sia estraneo».

⁴¹ Il riferimento è a chiunque sottoscrive un testo predisposto unilateralmente dalla controparte, tutelato dagli artt. 1175, 1341, 1366, 1370 e 1375 CC, quali regole relative alle condizioni generali di contratto, di cui si è già sommariamente parlato nel § 1 di queste premesse.

⁴² A tal proposito, cfr. la nota 13 del § 1 di queste premesse.

⁴³ Tuttavia, secondo gli studiosi che consideravano nulle le clausole attributive del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali in capo alla banca, tale riconoscimento legislativo avrebbe inciso negativamente sulla posizione contrattuale del cliente. Così, ad esempio, MAISANO, *op. ult. cit.*, 139.

⁴⁴ In aggiunta alle critiche elencate nella precedente nota 39, il testo di legge così licenziato era molto più modesto sul piano della delegittimazione del potere contrattuale della banca rispetto all'originario d.d.l. n. 3617 del 24 marzo 1986 di iniziativa dell'on. Minervini, che imponeva altresì di indicare il costo complessivo del credito attraverso un'unica aliquota percentuale su base annua, nonché di modificare le condizioni negoziali solo in specifici casi di mutamento di mercato e previa sottoscrizione formale del cliente.

⁴⁵ Nello specifico, il considerando n. 9 della direttiva 87/102/CEE afferma che, quale garanzia ulteriore rispetto a quella del generico cliente della banca, «il consumatore deve ricevere adeguate informazioni sulle condizioni e sul costo del credito e sugli obblighi contratti; [...] queste informazioni devono concernere, tra l'altro, il tasso annuo degli oneri inerenti al credito o, in mancanza di questo, l'importo totale che il consumatore deve pagare per il credito [...]». Tradotto nella legislazione nazionale come TAEG - acronimo di Tasso Annuo Effettivo Globale -, esso rappresenta il principale indicatore economico sul costo totale del credito a carico del consumatore, espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e di tutti gli oneri da sostenere per utilizzarlo.

riequilibrio contrattuale⁴⁶. Siffatto *favor legis*, peraltro, seppur delimitato anche dal valore economico o dalla finalità del finanziamento⁴⁷, assume un valore più generale a livello sistematico, poiché riconosce alla figura del *consumer* un'espressa rilevanza giuridica che, oltre ad accogliere la richiesta di regolamentazione di una materia in espansione e finora sfornita di autonoma disciplina⁴⁸, mira a proteggere la parte debole del rapporto negoziale, identificata normativamente dalla sua natura di persona fisica e dalla non professionalità dell'attività da lei eventualmente svolta.

Invero, pur garantendo il principio della certezza del diritto e delle posizioni negoziali, critiche numerose ed autorevoli sono state mosse a questa cauta scelta legislativa, fatta propria dalla stessa disciplina generale dei contratti dei consumatori di poco successiva⁴⁹, sul presupposto che sarebbe stato preferibile

⁴⁶ Il riferimento è ai commi 4, 9 lett. d) e 10 dell'art. 21 della legge 12 febbraio 1992, n. 142 - poi assorbiti nei primi due commi dell'art. 125 TUB, oggi abrogato dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 - che, sia nel rinviare al diritto comune, sia nel derogarvi, ampliava i mezzi di tutela attivabili dal consumatore in fase di esecuzione del contratto di credito al consumo. In particolare, da un lato, «le norme dettate dall'articolo 1525 CC si applicano anche a tutti i contratti di credito al consumo a fronte dei quali sia stato concesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il denaro ricevuto in prestito», il che comportava che il finanziatore non potesse richiedere la risoluzione del contratto e la restituzione della somma finanziata, qualora l'inadempimento del consumatore non superasse l'ottava parte del prezzo. Dall'altro, «le facoltà di adempimento anticipato ovvero di risoluzione del contratto spettano unicamente al consumatore, che le può esercitare in qualsiasi momento, senza oneri e penalità», riconoscendogli altresì il diritto ad un'equa riduzione del costo del credito, secondo le modalità fissate dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio.

⁴⁷ Nello specifico, *ex* commi 2, 3 e 4 dell'art. 18 della legge 12 febbraio 1992, n. 142 - poi assorbiti dal comma 4 dell'art. 121 del Testo Unico Bancario, oggi abrogato dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 -, erano elencate una serie di fattispecie che escludevano l'applicabilità della normativa sul credito al consumo, tra cui: «le concessioni di credito al consumo di importi rispettivamente inferiore e superiore ai limiti indicati con delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, con effetto dal trentesimo giorno successivo alla relativa pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale»; e, indipendentemente dal loro importo, «le concessioni di credito che sono prive direttamente o indirettamente di corrispettivo di interessi o di altri oneri a qualsiasi titolo, ad esclusione del rimborso delle spese vive sostenute e documentate» e «le concessioni di credito che sono destinate all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà, ovvero all'esecuzione di opere di restauro o di miglioramento, su un terreno o su un immobile edificato o da edificare».

⁴⁸ Il ricorso del *quavis de populo* al credito al consumo fornito dalla banca - o, più in generale, dall'istituto finanziario - è un importante canale di finanziamento, attraverso cui la domanda di c.d. beni durevoli - quali i mezzi di trasporto, gli apparecchi radio televisivi ed elettrodomestici, strumenti musicali, *et cetera* - può essere soddisfatta oltre il limite del reddito del richiedente, mediante un differimento temporale dei pagamenti a tassi inferiori rispetto a quelli praticabili in una normale vendita a rate finanziata direttamente dal commerciante. A seguito della crescita dei consumi e per effetto di una più elevata propensione all'indebitamento delle famiglie italiane, dalla fine degli anni Ottanta il fenomeno assume dimensioni sempre più dilaganti, finché ne diviene indispensabile una disciplina *ad hoc* a livello europeo.

⁴⁹ La definizione giuridica di consumatore, poi adottata in via generale *ex art.* 1469-bis

ammettere al regime tutelare anche il (piccolo) imprenditore - persona fisica o giuridica -, la cui attività non si esprime nella conclusione di contratti dello stesso tipo di quello per cui è causa, specialmente se di contenuto complesso e ad alta rischiosità come quelli in ambito bancario e/o finanziario⁵⁰. Come per ogni categorizzazione effettuata dalla legge, tuttavia, anche in questo caso «esiste il problema dei casi “border line”, di cui il legislatore è consapevole, ma che non può trattare adeguatamente, pena un appesantimento della normativa, così costretta a parcellizzarsi eccessivamente in relazione alla molteplicità di fattispecie che la prassi presenta»⁵¹. Pertanto, la soluzione interpretativa dominante tuttora in giurisprudenza⁵² appare assolutamente condivisibile, anche per l'applicazione della disciplina del credito al consumo: se è consumatore chi

CC, trae origine dall'art. 2, lett. b) della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, secondo cui è tale «qualsiasi persona fisica che nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale». Per una sua attenta e critica disamina, specialmente in rapporto alla disciplina del credito al consumo, cfr. CLARIZIA, *La nozione di consumatore nel codice del consumo e con riguardo al contratto di credito al consumo*, in *Dir. internet*, 2006, 357 ss.

⁵⁰ In tal senso, tra i contributi più recenti, cfr. *ex multis* ZUCCARELLO, *Class action. Disciplina e limiti di ammissibilità della tutela collettiva risarcitoria a norma dell'art. 140-bis del Codice del Consumo*, in *Nuovo not. giur.*, 2011, 167 s.; nonché RONCO, *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, in *Giur. it.*, 2010, 2607 s. e, in termini affini, SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corr. merito.*, 2010, 1049.

⁵¹ Così SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1051; e, similmente, RONCO, *op. ult. cit.*, 2608, secondo cui «qualsiasi criterio alternativo può sì soddisfare più fortemente il senso di giustizia del caso concreto, ma se generalizzato in una formula di legge, rischia di risultare evanescente e, con moto circolare vizioso, inadatto ed ingiusto per una differente fattispecie». Sottende questa opinione anche la notissima sentenza Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332 ss., con note di PALMIERI e PLAIA. In particolare, respingendo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469-bis CC, nella parte in cui non equipara al consumatore le imprese artigiane e le piccole imprese, il foro di legittimità ha ritenuto che «la preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti [...] che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l'artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'attività imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione».

⁵² Per una rapida rassegna dell'orientamento giurisprudenziale in tema di nozione di consumatore, cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 05 giugno 2009, n. 13033, in *Mass. Foro it.*, 2009, 742; Cass. civ., sez. III, 08 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. civ.*, 2008, I, 996 ss.; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Foro It.*, 2007, I, 2439 s.; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18863, in *Danno e Resp.*, 2009, 385 ss., con nota di BARTOLINI; Cass. civ., sez. III, ord. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, 225 ss., con nota di GUERINONI; Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, 543 ss., con nota di FIORIO.

agisce per scopi estranei alla propria attività professionale, in caso contrario, qualora il fine di quest'ultima sia chiaramente individuabile come coincidente con quello del rapporto di consumo, l'avente causa è da ritenersi abile a pattuire in virtù delle abitudini e capacità imprenditorialmente acquisite e, dunque, non è bisognoso di un trattamento di favore.

Poco più di un anno dopo l'entrata in vigore dei due provvedimenti appena tratteggiati, il d.lgs. 01 luglio 1993, n. 385 - meglio noto come Testo Unico Bancario⁵³ - li abroga per assorbimento insieme a tutte le altre leggi settoriali fino allora emanate⁵⁴, modificando il quadro di riferimento normativo dell'attività negoziale delle banche: finalmente nel Titolo VI del TUB⁵⁵ sono introdotti principi generali applicabili a tutti i contratti bancari e finanziari che, a differenza di quanto previsto nel codice civile, danno rilievo agli interessi dei singoli clienti e considerano la trasparenza un elemento governante l'intero sistema⁵⁶. Seppur oggetto di numerose modificazioni e integrazioni successive, «si tratta, insomma, della definizione delle condizioni, solo ricorrendo le quali quel certo modello contrattuale, come emerso nella pratica degli affari, si ritiene poter svolgere la sua funzione, nell'interesse delle parti ed in quello generale di un razionale sviluppo dei rapporti economici. La “fisiologica” asimmetria della posizione dei contraenti,

⁵³ Da ora in poi, solo per comodità, vi si farà riferimento con l'acronimo TUB.

⁵⁴ Da una superficiale analisi dell'art. 161 TUB, rubricato “Norme abrogate”, ci si accorge di come quest'intervento legislativo abbia fatto *tabula rasa* di tutte le precedenti normative di settore, prevalentemente destinate a regolare l'assetto pubblicistico del credito e del risparmio, disponendo l'abrogazione completa della legge bancaria del 1936, ormai mero retaggio storico del tutto superato.

⁵⁵ In particolare, il suddetto Titolo, rubricato “Trasparenza delle condizioni contrattuali”, è suddiviso come segue: il Capo I “Operazioni e servizi bancari e finanziari”, che comprende gli articoli da 115 a 120 e assorbe il contenuto della legge 17 febbraio 1992, n. 154; il Capo II “Credito al consumo”, che va dall'art. 121 all'art. 127 e assorbe la disciplina speciale a tutela del cliente consumatore; e, infine, il Capo III “Regole generali e controlli”. L'art. 115, provvedendo ad un coordinamento interno, stabilisce che i Capi I e III hanno portata generale, anche se, a differenza di quelle del Capo III, l'applicabilità delle disposizioni contenute nel Capo I ai contratti di erogazione di credito al consumo è circoscritta solo agli aspetti non diversamente disciplinati nel Capo II.

⁵⁶ Per inquadrare l'ampia varietà di significati del termine “trasparenza” ed il complessivo *excursus* storico in materia, si rinvia a CAPOBIANCO E LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. impresa*, 2011, 1142 ss.; nonché a QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 90 ss. In particolare, in entrambi i contributi scientifici si sottolinea la precipua «valenza tecnico-giuridica» del concetto che «implica l'indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei plausibili esiti economici», secondo la limpida definizione assunta in BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 26.

così, venendo governata dal legislatore secondo equilibri reputati economicamente e socialmente opportuni»⁵⁷.

In ogni caso, è da chiarirsi che, salvo qualche rara eccezione⁵⁸, il regime cautelativo del TUB non definisce una verifica sul merito delle previsioni negoziali e, quindi, sull'equilibrio effettivo dei diritti e degli obblighi delle parti ivi regolati. Atteso che il legislatore non ha posto limiti di carattere oggettivo alla sua estensione applicativa, pertanto, la disciplina generale dei contratti dei consumatori introdotta con la legge comunitaria del 1994⁵⁹ può ritenersi operante anche nei confronti di qualsiasi contrattazione in ambito bancario: nell'ipotesi in cui sia qualificabile come *consumer*, il cliente della banca beneficerà delle garanzie definite dal TUB e, quale *surplus* di tutela, di quelle contro la vessatorietà delle clausole⁶⁰.

Ne è conseguito che lo scrutinio giudiziale *ex art. 1469-sexies CC*⁶¹ ha provocato la messa al bando di un cospicuo numero di condizioni generali predisposte da alcune banche o elaborate dalla loro principale associazione di categoria⁶². Il contenzioso è approdato anche in Cassazione, dove è stata in modo

⁵⁷ In tal senso, cfr. QUADRI, *op. ult. cit.*, 93. All'idea di una «asimmetria di potere contrattuale tra le parti che si presenta come socialmente “fisiologica”, in termini non individualizzati, bensì *standardizzati* per intere classi di contraenti», aderisce ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento*, cit., 31.

⁵⁸ Sul punto si rinvia alla precedente nota 46.

⁵⁹ Il riferimento è agli artt. da 1469-bis a 1469-sexies che compongono il Capo XIV-bis, intitolato “Dei contratti del consumatore” ed inserito a conclusione del Titolo II del Libro IV CC, per poi essere abrogato per assorbimento negli artt. da 33 a 38 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - altrimenti noto come codice del consumo -. Più nello specifico, si tratta della novella civilistica attuata dall'art. 25 della legge comunitaria 6 febbraio 1996, n. 52, che trasponessa nel diritto nazionale il contenuto della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. Tra le opere monografiche o, comunque, che affrontano il problema da un punto di vista generale, si vedano AA. VV., *Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2004; AA. VV., *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (art. 1469 bis -1469 sexies)*, Padova, 1999; ALPA E CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, vol. XV, Torino, 1997, app., 541 ss.; ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1996, *ad vocem*.

⁶⁰ Si ricordi che, ai sensi dell'art. 1469-bis, comma 1 CC, «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

⁶¹ Si tratta dello strumento inibitorio speciale, varato *ex art. 25* della legge comunitaria 6 febbraio 1996, n. 52, attuativo della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori - e poi trasfuso, con le dovute modifiche, nell'attuale art. 37 del codice del consumo -, che è tuttora idoneo a rimuovere su vasta scala - e senza bisogno di addentrarsi nei meandri di ogni singolo contratto concretamente stipulato - i pregiudizi scaturenti da condizioni generali, foriere di sbilanciamenti non trascurabili.

⁶² Il *leading case*, che può a ragione aspirare a fregiarsi del *non plus ultra* della

inoppugnabile acclarata l'abusività di alcune clausole contestate⁶³, con l'importante puntualizzazione che la sentenza con cui il giudice ne inibiva l'uso avrebbe prodotto effetto non soltanto *ex nunc*, ma anche rispetto ai rapporti già esistenti al momento della pronuncia⁶⁴.

Un ulteriore fronte di battaglia giudiziale *consumerista* ha interessato i rapporti di conto corrente in cui si era innestata, per quanto riguarda il computo degli interessi, la prassi anatocistica secondo modalità considerate perfettamente legittime⁶⁵ fino all'importante e clamoroso *revirement* della Suprema Corte nel marzo 1999⁶⁶. Questa svolta storica, determinando la modifica *ex nunc* dell'art. 120 TUB e la conseguente emanazione da parte del CICR di una delibera *ad hoc*⁶⁷, è stata seguita poco dopo dalla pronuncia di illegittimità costituzionale circa

vessatorietà - avendo accolto in primo grado l'inibitoria di trentadue clausole bancarie, ridotte poi in appello a ventisei rispetto alle originarie ottantasei di cui era stato richiesto l'accertamento di vessatorietà -, si è svolto dinanzi ai giudici capitolini: in primo grado, cfr. Trib. Roma, ord. 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045 ss., con nota di LAGHEZZA E PALMIERI, sentenza che è stata parzialmente riformata da App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332, con nota di PALMIERI. Consta un altro intervento, dalla portata senza dubbio più circoscritta, ad opera della sentenza Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3245 ss., che ha inibito l'uso della clausola, contenuta nelle condizioni generali predisposte da una banca per disciplinare i contratti di conto corrente bancario, che obbligava il cliente a corrispondere una somma a titolo di commissione per la richiesta di estinzione del conto, anche nell'ipotesi in cui egli eserciti il diritto di recesso, a seguito della comunicazione da parte dell'istituto di credito della unilaterale modificazione dei tassi, dei prezzi e altre condizioni, senza che la somma richiesta risulti corrispondere a spese effettivamente sostenute da parte della banca e adeguatamente motivate.

⁶³ Nello specifico, quelle in tema di *ius variandi* e quelle riguardo talune limitazioni alla responsabilità dell'istituto di credito nel servizio di cassette di sicurezza.

⁶⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, 2474 ss., con nota di PALMIERI, che ha respinto tutti i ricorsi proposti avverso App. Roma, 24 settembre 2002, cit.

⁶⁵ Cfr. la nota 14 del § 1 di queste premesse.

⁶⁶ La svolta della Suprema Corte si materializza con due pronunce depositate a distanza di pochi giorni l'una dall'altra: dapprima, Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, in *Foro it.*, 1999, I, 1153, con osservazioni di PALMIERI E PARDOLESI, dichiarava la nullità della clausola che prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale; dopo due settimane, Cass. civ., sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096, *ibid.*, 1153 ss., ribadiva la natura non normativa dell'uso, negando che la predetta capitalizzazione trimestrale potesse operare automaticamente con effetto integrativo del contratto. Passavano altri diciotto giorni e il quadro era completato da Cass. civ., sez. I, 17 aprile 1999, n. 3845, *ibid.*, 1429 ss., che escludeva la capitalizzazione degli interessi (moratori) dovuti dal cliente sul saldo debitore finale del conto corrente bancario dopo la chiusura dello stesso. Il definitivo consolidamento di tale indirizzo si è avuto con Cass. civ., sez. un., 04 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3294 ss., con note di PALMIERI E PARDOLESI, di COLANGELO e di FERRO-LUZZI, secondo cui la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alle sentenze del 1999.

⁶⁷ In particolare, il d. lgs. 04 agosto 1999, n. 342 di modifica del TUB all'art. 25, comma 2 ha riformato l'art. 120 TUB riguardo le modalità di calcolo degli interessi, aggiungendovi un secondo comma secondo cui «[i]l CICR [n.d.r. ovvero il Comitato Interministeriale del Credito e del Risparmio] stabilisce [n.d.r. con delibera adottata il 09 febbraio 2000] modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio

la sanatoria riservata *ex lege* alle clausole anatocistiche dei contratti bancari conclusi sotto il pregresso regime⁶⁸.

In questo modo, la regolamentazione dei rapporti negoziali sorti *ante* 2000 e ancora in corso è stata attribuita alla discrezionalità di diverse pronunce di Cassazione, culminate con l'intervento delle Sezioni Unite nel 2004: confermando la nullità delle capitalizzazioni praticate in precedenza⁶⁹, in tale sede è stato decretato che l'adeguamento ai principi e ai criteri della delibera CICR sarebbe dovuto avvenire previo un ricalcolo dell'esposizione debitoria di ciascun conto corrente, onde sottrarre gli interessi passivi computati trimestralmente, a partire dalla data della sua stipulazione. Per tentare di vincere la resistenza delle banche all'espletamento di quest'incombenza e/o per ottenere la ripetizione delle somme fin allora corrisposte in eccedenza dai clienti consumatori, ecco che diversi giudici⁷⁰, su impulso delle loro associazioni rappresentative, hanno sfruttato il meccanismo dell'inibitoria generale di condotte lesive dei diritti dei consumatori,

dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori».

⁶⁸ Il riferimento è alla sentenza Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Foro it.*, 2000, I, 3045 ss., che, sotto il profilo dell'eccesso di delega, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma di cui all'art. 25, comma 3 del d. lgs. 04 agosto 1999, n. 342, nella parte in cui stabiliva che «le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data [...]».

⁶⁹ Come già si è sottolineato nella precedente nota 66, la pronuncia Cass. civ., sez. un., 04 novembre 2004, n. 21095, cit. ha espressamente affermato che la ricognizione correttiva della regola di cui all'art. 1283 CC, operata dalla giurisprudenza, non può che avere valenza retroattiva, poiché «diversamente operando si determinerebbe la consolidazione *medio tempore* di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata».

⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3481 ss., con nota di PALMIERI, *Il retaggio dell'anatocismo «vecchia maniera» e la dimensione collettiva del riscatto per i clienti (consumatori) delle banche*, 3489 ss.; App. Torino, 01 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1121 ss., con nota di NIVARRA, *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, 1127 ss., in riforma della pregressa pronuncia Trib. Torino, 17 dicembre 2002, in *Contratti*, 2003, 999 ss., con nota di DI FAZIO, *Tutela dell'interesse collettivo dei consumatori*, 1007 ss.; Trib. Palermo, 29 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2542 ss., con nota di PALMIERI, *In tema di consumatori e utenti di conto corrente bancario*, 2544 ss.; Trib. Palermo, 22 giugno 2006, in *Corr. giur.*, 2006, 1268 ss., con nota di CONTI, *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumeristica*, 1275 ss., e in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 367 ss., con nota di DAGNA, *Tutela collettiva sull'anatocismo: sanzionabilità della banca per inottemperanza al giudicato e vessatorietà della capitalizzazione trimestrale degli interessi*, 380 ss.; e Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2751 ss., con nota di FIORIO, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 c. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140-bis)*, 2758 ss. Per un'analisi comparata di queste pronunce si veda il più diffuso § I.3.1. di questo scritto.

introdotto dall'art. 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281⁷¹.

3. Oltre il Testo Unico Bancario: tutela multiforme del risparmiatore

Aderendo all'archetipo della c.d. "banca universale", l'art. 10 TUB, nel ribadire la natura d'impresa della banca e nel ravvisarne la profittabilità come condizione d'esistenza, concepisce la sua attività tipica come acquisizione di risorse monetarie, congiunta alla concessione del credito, senza limiti di forma e scadenza, cui si può discrezionalmente affiancare lo svolgimento di altre attività finanziarie, oltre che di attività connesse e strumentali⁷². Accanto all'evoluzione normativa tratteggiata, pertanto, è interessante l'analisi sommaria della parallela innovazione dei rapporti tra *securities industries* e risparmiatori⁷³.

Nel corso degli anni Ottanta e Novanta, come si è già accennato, l'attenzione degli italiani si distoglie dai meri titoli di Stato per rivolgersi a una vasta gamma di strumenti d'investimento, che si distinguono dai più semplici e meno rischiosi ai più evoluti e sofisticati. Al fine di compiere scelte operative consapevoli, di conseguenza, ci si affida all'esperienza di un intermediario abilitato o autorizzato, con cui s'instaura un rapporto di fiducia. In particolare, il modello "banco-centrico" che, per oltre cinquant'anni, ha veicolato il trasferimento di risparmio dal principale generatore - cioè le famiglie - ai principali utilizzatori - prima lo Stato con il suo enorme debito pubblico e poi le imprese -, pur rimanendo egemone, è in parte sostituito da nuovi soggetti

⁷¹ Con questa previsione normativa, contenuta nella legge nazionale recante la disciplina generale dei diritti dei consumatori e degli utenti - e poi trasfusa nell'attuale art. 140 del codice del consumo -, il nostro legislatore ha inteso anticipare le mosse del suo omologo comunitario, che, nella direttiva 98/27/CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, aveva lasciato ai singoli Stati membri 30 mesi a decorrere dal primo luglio 1998 - data della sua entrata in vigore -, quale congruo intervallo temporale per adeguare le loro rispettive legislazioni.

⁷² *Ex art. 10 TUB* «1. La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa. 2. L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche. 3. Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge». Ora, quindi, le banche italiane, per scelte imprenditoriali - e non più per limiti legislativi - possono specializzarsi nel settore dell'intermediazione bancaria tradizionale. Oggi, invero, la maggior parte di esse sono molto attive anche - se non esclusivamente - nel settore dei servizi d'investimento. Per un'attenta e dettagliata analisi in proposito, cfr. BRESCIA MORRA, *Commento sub art. 10*, cit., 86 ss.

⁷³ Per una puntigliosa ricognizione della stratificazione normativa che ha interessato il settore dell'intermediazione finanziaria, cfr. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 360 ss.

istituzionali, tra cui le Sim.

L'*incipit* disciplinare della collocazione e distribuzione di prodotti finanziari in un mercato ormai concorrenziale si concreta nella legge 02 gennaio 1991, n. 1, ai sensi del cui art. 6 è statuita la c.d. *know your customer rule*, che, garantendo un flusso bilaterale continuo di informazioni dall'intermediario al risparmiatore e viceversa, consente «consapevoli scelte di investimento e disinvestimento» ed una loro esecuzione adeguata al profilo del singolo investitore⁷⁴. Il provvedimento è poi seguito dal d.lgs. 25 luglio 1996, n. 415⁷⁵, secondo il quale, oltre al rispetto dei già delineati obblighi di trasparenza, l'intermediario deve informarsi non solo sulla «situazione finanziaria» del cliente, ma anche su «[l']esperienza, [gli] obiettivi, [e la] propensione al rischio»; allo stesso tempo, l'adeguatezza dell'operazione affidata alla Sim si desume dalle informazioni raccolte, nonché «da ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati» e, secondo la c.d. *know your merchandise rule*, è introdotto a suo capo l'obbligo di acquisire una conoscenza professionale degli strumenti finanziari, dei prodotti e dei servizi offerti «adeguata al tipo di prestazione da fornire».

Ecco quindi delineatosi il nucleo essenziale dell'originaria Parte II del Testo Unico della Finanza⁷⁶ dedicata, appunto, alla disciplina degli intermediari, che, insieme alla vasta e dettagliata normativa secondaria di attuazione⁷⁷, in via

⁷⁴ Letteralmente, ai sensi dell'art 6 della c.d. legge Sim, questi nuovi enti istituzionali devono «acquisire preventivamente le informazioni sulla situazione finanziaria del cliente rilevanti ai fini dello svolgimento delle attività di intermediazione mobiliare»; devono «operare in modo che il cliente sia sempre adeguatamente informato sulla natura e sui rischi delle operazioni, sulle loro implicazioni e su qualsiasi atto, fatto o circostanza necessari per prendere consapevoli scelte di investimento o di disinvestimento»; e non devono «consigliare o effettuare operazioni con frequenza non necessaria o consigliare o effettuare operazioni di dimensioni eccessive in rapporto alla situazione finanziaria del cliente».

⁷⁵ Trattasi del c.d. decreto Eurosim, che recepisce la direttiva 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e la direttiva 93/6/CEE relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi.

⁷⁶ Come noto, il Testo Unico della Finanza - cui da ora in poi, solo per comodità, si farà riferimento con l'acronimo TUF - è il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 che, attuando la delega al Governo ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 di riordino normativo delle materia finanziaria, di per sé interessata dalle direttive comunitarie, ha abrogato per assorbimento tutte le normative di settore sino ad allora emanate, tra cui anche la legge 02 gennaio 1991, n. 1 ed il d.lgs. 25 luglio 1996, n. 415 appena tratteggiati.

⁷⁷ In particolare, trattasi dell'originario Regolamento Intermediari contenuto nella delibera Consob 01 luglio 1998, n. 11522, poi sostituito - in seguito all'emanazione della direttiva 04/39/CE e al suo recepimento *ex d.lgs.* 17 settembre 2007, n. 164 - dall'attuale delibera Consob 29 ottobre 2007, n. 16190.

indiretta⁷⁸ costituisce ancora oggi le fondamenta della tutela giuridica del risparmiatore. Tuttavia, se inizialmente la trasparenza si riferiva solo alla chiarezza dei prezzi di negoziazione e agli oneri così derivanti all'istituto di credito, gradualmente - e specialmente in seguito al recepimento della c.d. direttiva MiFID⁷⁹ -, al fine di assicurare al cliente la possibilità di operare in modo consapevole entro un mercato concorrenziale, si è imposta agli intermediari una *congerie* di obblighi informativi⁸⁰ e di oneri di correttezza, seppur graduata in base alla competenza ed esperienza tecnico economica del loro *partner*⁸¹. La differenziazione tra clienti esperti e non è apparsa essenziale; soprattutto al fine di evitare, nei confronti di chi ha conoscenze approfondite del mercato e dei prodotti, l'applicazione di regole inutili e, quindi, ingiustamente dispendiose, tanto per la

⁷⁸ Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, chi opera come investitore è considerato solo di riflesso dal TUF, che, essendo «una disciplina che, secondo le tradizionali partizioni, afferisce al diritto pubblico dell'economia, ma contiene anche regole che si possono ascrivere al diritto privato», è principalmente rivolto a garantire l'integrità dei mercati finanziari. Così SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Milano, 2011, 128 s.

⁷⁹ Acronimo di *Markets in Financial Instruments Directive*. Trattasi della direttiva 04/39/CE, adottata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio in data 21 aprile 2004 e recepita in Italia *ex lege* n. 62 del 18 aprile 2005. Quale mera disciplina quadro dei mercati di strumenti finanziari, la direttiva MiFID è stata integrata, con particolare riferimento ai requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività degli intermediari, dalla direttiva «di secondo livello» 06/73/CE, adottata dalla Commissione in data 10 agosto 2006 e recepita in Italia *ex d. lgs* 17 settembre 2007, n. 164 e dal regolamento CE n. 1287 del 2006.

⁸⁰ Pur basandosi sull'inconfutabile paradigma del consenso informato del cliente all'investimento e/o al disinvestimento, buona parte della dottrina rileva che la direttiva MiFID ha scandito troppo analiticamente la trasparenza cui si deve conformare l'intermediario. Nel senso che «non vi è un rapporto direttamente proporzionale tra quantità e qualità delle informazioni», si veda SARTORI, *op. ult. cit.*, 127, nota 10, il quale sottolinea altresì che «un eccesso di paternalismo indebolisce la concorrenzialità del sistema e mina l'efficienza del mercato». Più nello specifico, *ibid.*, 50 s., l'autore valuta che «l'informazione rischia di diventare un costoso strumento di *compliance* per l'intermediario, utile per razionalizzare i rapporti tra le parti e semplificare l'intervento di controllo delle Autorità (di vigilanza e giudiziaria). Ma inefficace sotto il profilo del riequilibrio del rapporto, della consapevolizzazione del cliente e della conseguente minimizzazione dei costi di agenzia. [...] Il formalismo tende [*n.d.r.* infatti] a ridurre il contenzioso, limitando notevolmente gli spazi applicativi delle clausole e dei criteri generali che consentono all'interprete di sanzionare *ex post* una condotta non coerente con le legittime e reciproche aspettative di salvaguardia degli interessi delle parti», il che alimenta «tentativi (destinati al successo di fronte ad una giurisprudenza incapace di umanizzare la forma) di deresponsabilizzazione (dietro la forma, appunto) di intermediari opportunisti e, dall'altra, comportamenti sleali e poco virtuosi di clienti senza scrupoli che, abusando della fiducia, individuano nei vizi formali un efficace antidoto contro i rischi finanziari connessi ad operazioni pur complesse e volute».

⁸¹ Come stabilito dal considerando n. 31 della direttiva 04/39/CE, «uno degli obiettivi della presente direttiva è proteggere gli investitori. Le misure destinate a proteggere gli investitori dovrebbero essere adeguate alle specificità di ciascuna categoria di investitori (clienti al dettaglio, professionali e controparti)». Il considerando n. 5 della direttiva 06/73/CE chiarisce che «per quanto riguarda la tutela degli investitori e, in particolare, la comunicazione di informazioni agli investitori o la richiesta di informazioni agli investitori si deve tenere conto della natura del cliente o potenziale cliente, ovvero della sua qualità di cliente al dettaglio o di cliente professionale».

banca, quanto per l'investitore. In ogni caso, anche solo per una singola operazione, è possibile che, per propria iniziativa o per scelta della banca, il singolo investitore acquisisca un livello di tutela differente⁸² rispetto a quello previsto per la sua categoria di appartenenza.

In particolare, «data la natura intrinseca ed oggettiva del rischio dello strumento finanziario, [...] quel che contraddistingue [...] i diversi attori della scena è il modo in cui essi sono in grado di avvertire il rischio “anomalo” e di intervenire, dismettendo la propria posizione e allocandolo ad altri attori meno edotti e pronti»⁸³. Da un lato, si ha il cliente professionale che «possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere le proprie decisioni [*n.d.r.* in modo autonomo] in materia di investimenti e valutare correttamente i rischi che assume»⁸⁴, svolgendo così la tradizionale funzione di arbitro del mercato propria della domanda; dall'altro, si ha il cliente *retail*, quale categoria residuale intuitivamente molto ampia⁸⁵, che è tale indipendentemente dalla sua natura giuridica e dall'estraneità del servizio d'investimento prestatogli rispetto alla sua attività professionale.

Volendo comparare quest'ultima figura giuridica dai confini incerti e mobili a quella del *consumer*, è chiaro che, pur trattandosi di due *species* del *genus* contraente debole, sul piano socio-economico esse non sono sovrapponibili: mentre il consumatore è colui che esaurisce la ricchezza di cui dispone, allo scopo

⁸² Più nello specifico, nell'ipotesi in cui la richiesta di diversa classificazione implichi una diminuzione del livello di protezione, la procedura è indicata con estremo dettaglio, sempre nella logica della piena acquisizione della consapevolezza di tutte le conseguenze del passaggio da parte del cliente interessato. In questo caso, comunque, l'accoglimento delle richieste di modifica della classificazione è rimesso alla discrezionalità della banca.

⁸³ Così MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in *Atti del Convegno “La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”*, Roma, 2010, 5, intervento dottrinale altresì reperibile in *Giur. comm.*, 2010, I, 720 ss.

⁸⁴ Così si profila la definizione riportata dall'Allegato II della direttiva 04/39/CE. A livello nazionale, tale categoria di utente finanziario si ripartisce in: controparti qualificate, elencate *ex art. 6, comma 2-quater, lett. d)* TUF, per cui è pressoché disapplicato ogni livello di protezione; e clienti professionali, pubblici, nel qual caso sono individuati dal Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero privati, nel qual caso *ex art. 6, comma 2-quinquies* TUF sono individuati, sentita la Banca d'Italia, dalla Consob, che stabilisce altresì i criteri per l'identificazione di quei soggetti che possono richiedere di essere trattati come tali, siano essi originariamente controparti qualificate ovvero clienti al dettaglio.

⁸⁵ Secondo l'art. 26, lett. e) del nuovo Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190, infatti, cliente al dettaglio è «il cliente che non sia cliente professionale o controparte qualificata».

di soddisfare i propri bisogni personali o familiari, l'investitore *retail* s'identifica con chi accantona ricchezza, sottraendola nell'immediato al consumo per impiegarla produttivamente in funzione del conseguimento di un reddito⁸⁶. D'altro canto, diversamente dal bene di consumo che, per le sue caratteristiche strutturali, deve *ex nunc* appagare le esigenze dell'acquirente, il prodotto finanziario è oggetto di uno scambio negoziale tra un bene presente - il denaro investito - e un bene futuro - l'aspettativa di profitto -, la cui esistenza e consistenza sfuggono in larga misura all'investitore⁸⁷ che confida *sic et simpliciter* sulle informazioni resegli dalla propria controparte professionale⁸⁸. Vale a dire, il cliente al dettaglio, in favore del quale l'intermediario rende un servizio o un'attività d'investimento, è acquirente - e poi portatore - di una posizione di rischio⁸⁹, che si misura necessariamente nella forbice tra prezzo d'ingresso e prezzo d'uscita, su cui possono distortamente incidere azioni abusive o negligenti della sua controparte professionale. Pertanto, mentre il bene o la prestazione richiesta dal consumatore, seppur di valore consistente, e il rispettivo regolamento negoziale, anche se vessatorio, possono al massimo comportare un pregiudizio, ma non certo il tracollo nella situazione patrimoniale del contraente, ben diversa è la posizione del risparmiatore, che, spesso, affida all'intermediario buona parte o tutto il proprio capitale⁹⁰.

⁸⁶ In questo senso, cfr. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140-bis d.lgs. 206/2005*, in AA. VV., *Studi per Franco di Sabato*, Napoli, 2009, I, 371.

⁸⁷ A tal proposito, in LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 270 si parla di «“opacità” [...], sia per quel che concerne il loro contenuto, sia, prima ancora, per quanto riguarda la loro idoneità a soddisfare i bisogni di chi li acquista», quale uno dei tratti distintivi dell'investimento finanziario rispetto all'acquisto dei beni di consumo.

⁸⁸ Così si esprime GRECO, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi “continuativi” tra fonte legale e fonte convenzionale*, in *www.ilcaso.it*, 2011, 12 s., contributo dottrinale altresì reperibile nella sua interezza in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1357 ss., nonché in ID., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 1 ss.

⁸⁹ Così ZOPPINI, *Rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza*, cit., 151, per il quale «l'acquisto di strumenti finanziari, obbligazioni, azioni, sottende una modalità di impiego del risparmio non a fini di consumo, ma che, al contrario, implica la sottrazione di risorse dal consumo ai fini di un loro impiego con finalità, in senso lato, di “rischio finanziario”».

⁹⁰ A tal proposito, secondo PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari “inadeguati” al profilo del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1028, «quanto più modesta è la consistenza economica del risparmiatore tanto più elevata è la probabilità che egli affidi all'investimento mobiliare il proprio “gruzzolo” non potendo accedere, come forma di risparmio alternativo, al mercato degli immobili [...]. Qui non si tratta, come nel caso del semplice consumatore, di subire ingiusti squilibri contrattuali, bensì di subire la perdita di

Nonostante queste indubbe differenze di fatto, «quella che a noi in questa sede interessa non è [...] la mera tipologia della realtà ma sempre e solo quella assunta in funzione normativa» e, come si è già evidenziato, la figura di consumatore normativamente rilevante è definita prescindendo dal proprio agire e dagli obiettivi che si propone di perseguire⁹¹. Nello specifico, in merito alla riconducibilità del risparmiatore “inconsapevole”⁹² entro questa più generica categoria dogmatica, autorevole dottrina intende come tale «la persona fisica che investe i risparmi della propria attività lavorativa o di altre risorse private nella fruizione di servizi finanziari, ma senza che l’attività d’investimento sia riconducibile a quella da lui professionalmente svolta»⁹³, motivo per cui, solitamente, ignora la disciplina legislativa dei mercati regolamentati, le tecniche di investimento, nonché la diversa natura dei prodotti mobiliari prospettabili⁹⁴.

tutto o buona parte del proprio patrimonio e quindi compromettere la stessa complessiva qualità della vita». Di parere conforme è altresì D’ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 980, nota 124.

⁹¹ Di quest’opinione è GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva*, cit., 372, che, proseguendo nella sua argomentazione, afferma che «se, per un verso, [...] è sicuramente esatto osservare che la disciplina delle relazioni che si svolgono nel contesto che chiamiamo “mercato” può variare anche sensibilmente in ragione [...] della natura dei prodotti e dei beni che vengono scambiati, appunto perché differenti possono essere i tipi di interessi che vengono di volta in volta in rilievo e che richiedono sistemazione, non mi sembra, però, per altro verso, che si possa nemmeno disconoscere che, pur nella “molteplicità normativa dei mercati”, sia sempre possibile identificare dei principi e delle regole generali, la disciplina dei singoli mercati non potendosi evidentemente svolgere in termini confliggenti con i criteri complessivi del sistema».

⁹² Nei documenti di studio dei primi anni Novanta dello scorso secolo, così è definito il cliente al dettaglio che appartiene al settore famiglia e gestisce i propri risparmi in modo del tutto casuale, potendo facilmente andar incontro a rischi impropri derivanti da un’asimmetria informativa ancora più evidente in un mercato evoluto e sofisticato come quello finanziario. Per taluni aspetti, trattasi di un fenomeno del tutto italiano sia per la storica concentrazione del risparmio presso questa fascia di popolazione, sia per l’assenza di investitori istituzionali, fondi comuni e fondi pensioni, da decenni già presenti in altri paesi europei.

⁹³ Per un approfondimento in proposito, cfr. PALISI, *Le banche di fronte all’azione collettiva risarcitoria*, in BELELLI (A CURA DI), *Dall’azione inibitoria all’azione risarcitoria collettiva*, Padova, 2009, 122 s., che richiama alla nota 3 ALPA, *Decreto Eurosim: la tutela del consumatore*, in *Società*, 1996, 1063, nonché ID. E GAGGERO, *I servizi d’investimento in valori mobiliari nel Decreto Eurosim*, Milano, 1996, 103.

⁹⁴ A tal proposito, piuttosto interessante, soprattutto in considerazione del *background* storico di crescita economica costante, è una decisione del Giurì pubblicitario del 28 gennaio 1988, in UBERTAZZI (A CURA DI), *Giurisprudenza completa del Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria*, Milano, 1988, 280, che respinge l’idea che il consumatore medio di prodotti e servizi finanziari, essendo particolarmente smalzato rispetto al consumatore puro e semplice, non ha bisogno di tutela: la sua appartenenza ad un pubblico medio alto e sufficientemente attrezzato non ne fa, infatti, un esperto proteso alla ricerca di significati tecnico-giuridici complessi, quali quelli in materia di investimento finanziario.

«C'è insomma una premessa ideologica che conforma il ragionamento: il risparmiatore è disinformato, quindi è debole, la disinformazione è ciò che rende strutturalmente debole il consumatore, quindi, per concludere il ragionamento sillogistico, il risparmiatore è consumatore»⁹⁵. Ecco perché «nei programmi comunitari e negli indirizzi emergenti del diritto comunitario la distinzione tra risparmiatore e consumatore è ormai superata; il risparmiatore non professionale è considerato come “consumatore” di prodotti e servizi finanziari»⁹⁶.

Venendo ora ai riferimenti normativi veri e propri, la disciplina dei contratti dei consumatori recepita nell'originario impianto del codice del consumo⁹⁷, pur non escludendo *a priori* l'ambito dei servizi di investimento, ex art. 33, commi 3, 4 e 5 considera talune presunzioni di vessatorietà del comma 2 sottoposte a deroga e/o a un regime più *soft*, che favorisce il professionista di prestazioni finanziarie rispetto a quello *tout court* per quanto concerne la materia dello *ius variandi* e del diritto di recesso⁹⁸. Le ragioni sottese a quest'opzione

⁹⁵ Così letteralmente GRECO, *Il consumatore-risparmiatore*, cit., 6.

⁹⁶ Questo autorevole parere dottrinale, citato in GRAZIUSO, *Lo status giuridico di consumatore: caratteristiche e singole accezioni*, in *www.treccani.it*, 2011, 7, è di ALPA, in *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725, il quale specifica che «la variegata terminologia che compare, ed ora comincia a serpeggiare anche nei testi normativi italiani, non deve stupire più di tanto. Per ragioni culturali, terminologiche e strettamente normative, nella maggior parte dei paesi europei non si fa distinzione tra consumatore (di beni di consumo) utente (di servizi pubblici e privati) e risparmiatore (investitore non istituzionale). Nel t.u. bancario l'espressione consumatore compare a proposito del credito al consumo. Ora, nella terminologia e quindi nella normativa comunitaria, il consumatore è considerato in modo uniforme, univoco e generale come la controparte non professionale della banca. Mentre nella terminologia normativa bancaria si preferisce usare l'espressione “cliente” che ingloba sia l'investitore professionale sia il consumatore e nella terminologia della disciplina delle Sim si usa “cliente” oppure si distinguono categorie di investitori. Occorrerà dunque uniformare il linguaggio normativo, secondo la dicotomia comunitaria in cui la controparte della banca o dell'intermediario finanziario è distinta in consumatore e professionista».

⁹⁷ Si rinvia in proposito alla nota 59 del § 2.2. di queste premesse.

⁹⁸ Così testualmente recitano i commi 3, 4 e 5 dell'art. 33 del codice del consumo: «3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2 [*n.d.r.*: che prevedono la presunzione di vessatorietà per le clausole di recesso del professionista da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso; e per le clausole di modifica unilaterale delle clausole contrattuali]: a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore; b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto. 4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempre che vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2 [*n.d.r.*: che prevedono la presunzione di vessatorietà per le clausole che consentono di stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione; e per le clausole che consentano al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio, senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è

legislativa devono essere ricercate nelle esigenze di solvibilità e di stabilità, nonché nella fluttuante mutevolezza delle condizioni che caratterizzano il mercato finanziario. Ragioni, cioè, di carattere sistemico⁹⁹. Trova, quindi, ancora affermazione il tema della prevalenza dei profili pubblicitici, anche in una normativa, qual è quella *consumerista*, espressamente dedicata alla tutela dell'interesse privato¹⁰⁰.

La volontà legislativa di assimilare il risparmiatore inconsapevole al consumatore, invece, emerge inequivocabilmente solo nella successiva modifica al codice del consumo, che ha introdotto un'apposita Sezione rubricata "Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori"¹⁰¹, la quale estende espressamente la propria portata oltre i confini delle fattispecie disciplinate dal TUF, intendendo per "servizio finanziario" «qualunque servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale»¹⁰². In questa sede, la nozione di consumatore rilevante -

necessariamente elevato rispetto a quello originariamente pattuito], il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto. 5. Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera».

⁹⁹ In tal senso, cfr. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria*, cit., 360.

¹⁰⁰ A tal proposito, è interessante la critica avanzata in GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva*, cit., 378, nota 31, a proposito dell'orientamento dottrinale che ammette a godere il risparmiatore agli stessi strumenti di tutela del consumatore, evocando, quale esclusivo argomento di diritto positivo, il riferimento *ex art.* 33 del codice del consumo ai «contratti per la prestazione di servizi finanziari o aventi ad oggetto strumenti finanziari». A suo parere, infatti, le suddette norme «si configurano come altrettante disposizioni che mirano a sottrarre, all'acquirente non professionale di prodotti finanziari o al fruitore di tali servizi, tutele che ordinariamente spetterebbero ad ogni altro tipo di consumatore: ciò che, allora, impedisce di considerarle come espressive di una generale possibilità di estendere di per sé all'acquirente non professionale di strumenti finanziari tutte le tutele previste dal codice del consumo, senza un'adeguata valutazione di compatibilità con il sistema di valori e con le regole generali che presiedono al funzionamento del mercato finanziario».

¹⁰¹ Si tratta della Sezione IV-bis del Capo I, Titolo III, Parte III del codice del consumo, comprendente gli artt. da 67-bis a 67-viciesbis e introdotta *ex art.* 9, comma 1 del d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, che si aggiunge alla pur rimasta in vigore disciplina della "promozione e collocamento a distanza di servizi ed attività di investimento e strumenti finanziari" nei confronti di clienti, affidata alla Consob, sentita la Banca d'Italia, dall'art. 32 TUF.

¹⁰² Tale definizione normativa è mutuata dall'art. 67-ter lett. b) del codice del consumo, che a sua volta ha recepito quella della direttiva 02/65/CE in materia. Ivi, ad esempio, vi rientra, impropriamente rispetto ai servizi d'investimento disciplinati dal TUF, la ricorrente attivazione *on line* di un conto corrente bancario.

ed implicitamente equiparata *tout court* a quella di risparmiatore¹⁰³ - è espressamente identificata con quella generale *ex art. 3, comma 1, lett. a)* del codice del consumo¹⁰⁴, limitandola all'utilizzo dei servizi bancari e finanziari.

Addirittura, l'introduzione dell'art. 32-*bis* TUF, rubricato "Tutela degli interessi collettivi degli investitori", nel legittimare espressamente le associazioni inserite nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 del codice del consumo ad agire *ex* successivo art. 140 a tale scopo¹⁰⁵, ad una prima lettura parrebbe non fare distinzione fra lo *status* di persona giuridica o fisica degli stessi¹⁰⁶, considerato che nel loro novero confluiscono pacificamente anche soggetti che consumatori non sono. Tuttavia, il riferimento agli enti associativi che per essere iscritti nell'elenco ministeriale devono avere come «scopo esclusivo la tutela dei consumatori», fa ritenere che, anche in questo caso, la tutela collettiva sia limitata ai soli consumatori di servizio finanziario¹⁰⁷. Di conseguenza, il *surplus* di tutela

¹⁰³ Infatti, se si leggono gli artt. da 67-*bis* a 67-*viciesbis*, il termine risparmiatore o il suo sinonimo investitore non è mai espressamente menzionato.

¹⁰⁴ In tali termini si esprime l'art. 67-*ter*, lett. d) del codice del consumo.

¹⁰⁵ Più nel dettaglio, l'art. 7 del d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164, attuativo dell'art. 27 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, ha inserito nel TUF il suddetto art. 32-*bis* TUF, ai sensi del quale «le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli artt. 139 e 140 del predetto decreto legislativo». In proposito, si veda MUNHOZ DE MELLO, *Breve osservazioni in tema di tutela degli interessi collettivi degli investitori ex art. 32/bis TUF*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 931 ss., nonché CANDIAN, *Tutela degli interessi collettivi degli investitori*, in FRATINI E GASPARRI (A CURA DI), *Il Testo Unico della Finanza*, Milano, 2012, 517 ss.

¹⁰⁶ Nel senso che il rinvio operato dall'art. 32-*bis* TUF fa sì che l'art. 140 del codice del consumo operi «anche in tema di tutela degli investitori, laddove l'investitore» che richiede un elevato livello di protezione, nel T.U.F. e nel Regolamento Consob n. 16190/2007, non è necessariamente la persona fisica, e può essere anche un imprenditore», cfr. PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 352, nota 7; nonché PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, 2011, 68, nota 124, in cui si specifica che «non pare ragionevole ritenere che l'art. 32 *bis* [...] vada inteso nel senso di ammettere la sola proponibilità di iniziative finalizzate alla protezione di [...] coloro i quali investono, indossando i panni del consumatore. Così opinando, ci troveremo di fronte a un superfluo duplicato dell'art. 140 cod. consumo, nel cui alveo non v'è motivo di non far rientrare le iniziative testé descritte». Cfr. altesì ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento*, cit., 29.

¹⁰⁷ In tal senso, si veda MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa*, cit., 15, il quale, a sostegno della sua tesi, rileva ulteriormente che già l'art. 67-*novies decies* del codice del consumo, introdotto in precedenza, legittima le associazioni dei consumatori *ex art. 137* al reclamo e all'azione inibitoria nel caso di violazione delle disposizioni sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Di parere conforme, seppur non così articolato, è PALMIERI, in *La class action da danno finanziario*, in *Danno resp.*, 2009, 381, che, comunque, evidenzia come «chi agisce in veste di consumatore può, a determinate condizioni, veder accolta la

sostanziale ed i rispettivi rimedi prescritti nel codice del consumo paiono da riservarsi esclusivamente al consumatore dei servizi finanziari, da intendersi quale sottocategoria del cliente al dettaglio maggiormente esposta alle induzioni della comunicazione commerciale e, più in generale, alle strategie di promozione e distribuzione attuate dagli intermediari finanziari, banche comprese.

In ogni caso, giova qui ricordare che, in seguito ad un recente parere del Consiglio di Stato¹⁰⁸, qualche dubbio sulla possibilità di applicare il Titolo III della Parte II del codice del consumo¹⁰⁹ agli illeciti a danno dell'investitore genericamente inteso è sorto. In particolare, pur affermando in *obiter* che l'investitore non professionale si presenta, conformemente alla tendenza del diritto comunitario, come una specie del genere consumatore, in quanto anch'egli destinatario finale di un prodotto *standard*, tale pronuncia ha sostenuto che, in virtù del principio del *ne bis in idem* formale e di quello di specialità¹¹⁰, la regolamentazione settoriale e la vigilanza della Consob circa gli obblighi informativi e di correttezza degli intermediari sono più idonee a mantenere elevato

sua espressa richiesta di ricevere il trattamento caratteristico del cliente professionale [*n.d.r.* come previsto dal punto II dell'allegato n. 3 al Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190, rubricato "Clienti professionali su richiesta"]».

¹⁰⁸ Trattasi di Cons. Stato, sez. I, 03 dicembre 2008, n. 3999, in *www.diritto.it*, 2009, in ordine alla risoluzione di un possibile conflitto di competenza tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cui da ora in poi, solo per comodità, vi si farà riferimento con l'acronimo AGCM) e la Consob. È un parere reso su interpello della stessa AGCM, la quale, essendo stata investita nel corso del 2008 da un'infinità di segnalazioni di pratiche commerciali scorrette riguardo il settore finanziario - quale chiara conseguenza del disagio indotto nei risparmiatori dal crollo dei mercati avvenuto in quello stesso anno e, in particolare, dal fallimento della Lehman Brothers -, aveva già prospettato la necessità di considerare completa, speciale e prevalente la regolazione settoriale ed esclusiva la competenza della Consob nell'applicarla.

¹⁰⁹ Com'è noto, queste disposizioni sono state novellate ed integrate *ex art.* 1 del d.lgs. 02 agosto 2007, n. 146, che rimodella lo scenario della tutela spettante al consumatore nel campo della pubblicità in attuazione della direttiva 05/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le precedenti direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 02/65/CE e il regolamento CE n. 2006 del 2004. In particolare, mentre gli artt. da 18 a 27 sono stati sostituiti, gli artt. da 27-*bis* a 27-*quater* sono proprio stati introdotti *ex novo*.

¹¹⁰ A tal proposito, l'organo amministrativo ha invocato il considerando n. 10 della direttiva 05/29/CE, a mente del quale «è necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. [...] Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari».

il livello del controllo pubblico sull'informazione elargita agli investitori. Ne consegue che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e la parallela competenza dell'AGCM non troverebbero applicazione a garanzia dei risparmiatori.

Come rilevato dalla maggioranza della dottrina che ha affrontato la questione in maniera approfondita¹¹¹, questa soluzione prospettata dal Consiglio di Stato pare poggiarsi su basi poco solide duramente criticate. In primo luogo, è stato rilevato che il rapporto di specialità tra le due discipline è solo apparente, poiché la nozione di pratica commerciale scorretta¹¹² è connotata da un elevato livello di atipicità e da un costante ricorso alle clausole generali che, nel settore dei servizi d'investimento, trovano una regolamentazione di dettaglio. Allo stesso tempo, se si considera che la scorrettezza della pratica consta nella contrarietà alla diligenza professionale, è inevitabile concludere che la sua valutazione è collegata al rispetto o meno della normativa di dettaglio che precisa gli specifici obblighi di condotta in capo alle imprese¹¹³. Peraltro, è lo stesso dato testuale della direttiva 05/29/CE a confermare questa tesi dottrinale, dal momento che, come riportato nel suo considerando n. 9, «per i servizi finanziari [...] occorrono, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati, inclusi

¹¹¹ Così MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa*, cit., 4 ss., ove, da un'approfondita disamina delle distinte finalità della tutela dei consumatori e della disciplina dell'intermediazione finanziaria, si rileva che la disciplina TUF, come riformata dalla direttiva MiFID, «ha la sua base minima nelle esigenze informative, parametrata sull'investitore medio, di "clienti al dettaglio" e non di "consumatori": essa sbilancia pertanto in favore dell'intermediario, rispetto al Codice di Consumo, il punto di equilibrio concernente l'assolvimento degli obblighi informativi, concorrendo alla fissazione dei parametri del "membro medio" del gruppo dei clienti al dettaglio anche soggetti più evoluti rispetto alla persona fisica non imprenditoriale né professionale. Al riguardo, la Consob non ha la possibilità di arretrare in concreto detto punto di equilibrio se non forse quando i prodotti e servizi finanziari fossero offerti esclusivamente a un gruppo di consumatori in senso proprio». In senso conforme, cfr. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, I, 2011, 200 ss.; e FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario: dalla commissione di massimo scoperto agli illeciti finanziari*, inedito, 2012, 16 ss.

¹¹² In particolare, essa è ricavabile dal combinato disposto della lett. d) dell'art. 18 del codice del consumo recante che intende la "pratica commerciale" come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»; e del comma 2 del successivo art. 20, secondo cui «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

¹¹³ Questi rilievi critici sono fatti propri da MEO, *op. ult. cit.*, 7 ss.

gli obblighi positivi per i professionisti. Pertanto, [...] la presente direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori»; più nello specifico, *ex art. 7, comma 5* «sono considerati rilevanti [*n.d.r.* ai fini della valutazione della sussistenza o meno di un'omissione ingannevole] gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali [...], di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo», in cui comunque è espressamente prevista la direttiva MiFID¹¹⁴.

3.1. (segue) ed evoluzione della trasparenza bancaria.

In seguito alle spinte riformatrici sviluppatasi nel diritto commerciale dopo la crisi finanziaria del 2008¹¹⁵ e sulla scia della pregressa attuazione della direttiva MiFID nel settore degli investimenti, anche nel diritto della contrattazione bancaria propriamente intesa sembra essersi avvertito che, a scapito di un'efficiente razionalizzazione del mercato, un'eccessiva omogeneizzazione di disciplina possa finire col risolversi in un inutile aggravamento dei costi complessivi della contrattazione, al cui contenimento sono interessate, ovviamente, ambedue le parti del rapporto.

Acquista così senso anche nel settore del credito la valorizzazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza¹¹⁶, in relazione ai quali, come si legge nelle recenti disposizioni della Banca d'Italia attinenti alla materia in questione¹¹⁷, «la disciplina si articola secondo modalità differenziate [*n.d.r.* di comunicazione e di contenuto dell'informazione] in relazione alle esigenze delle diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi»¹¹⁸. In questo modo, l'*authority* ha inteso

¹¹⁴ In tal senso, cfr. FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 17 s. Di parere conforme anche GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 220 s.

¹¹⁵ L'attivismo dei legislatori nei momenti di crisi è fenomeno "ciclico" che aumenta nei periodi di recessione economica, quando gli scandali finanziari tendono ad emergere, nel tentativo di dare una risposta d'urgenza alla crisi di fiducia e ai *market failures*.

¹¹⁶ Si ricordi come il richiamo ai suddetti principi sia già contenuto nella direttiva MiFID e nell'art. 6 TUF, fondamento delle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob.

¹¹⁷ In particolare trattasi del provvedimento intitolato "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", emesso dalla Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 per modificare il Titolo X, Capo I delle Istruzioni di vigilanza per le banche e gli intermediari.

¹¹⁸ In particolare, la Banca d'Italia ha esplicitato formalmente la necessità che i documenti, con cui sono veicolate le comunicazioni degli intermediari all'utenza, siano scritti in maniera comprensibile «così da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del

raggiungere un perfetto equilibrio tra una piena circolazione delle informazioni e una maggiore intellegibilità delle stesse, trasformando lo scopo stesso della trasparenza da mero “dovere di far conoscere” al più pretenzioso “dovere di far comprendere”¹¹⁹. Infatti, anche se l’informazione in sé è un valore, «un eccesso d’informazione, *id est* un’informazione non calibrata e ridondante, può produrre l’effetto “bugiardino”, non perché mendace, ma perché, nella sua complessità tecnica, [...] risulta oscura ed indecifrabile»¹²⁰.

A definitiva conferma della tesi per cui il consumatore è una sottocategoria del pluri-dimensionato *genus* dell’utenza bancaria, quest’ultima è distinta in tre diverse categorie: il cliente¹²¹, il cliente al dettaglio¹²² ed il consumatore¹²³.

servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli». Allo stesso tempo, pone a capo dei medesimi operatori l’obbligo di prestare la dovuta attenzione: ai criteri di impaginazione dei documenti; alla struttura dei documenti, in maniera tale da presentare le informazioni in un ordine che asseconi le necessità informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti; alla semplicità sintattica e alla chiarezza lessicale, così che siano calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria della clientela; a che vi sia coerenza tra il tipo di linguaggio adoperato e il canale comunicativo nel quale esso è impiegato. Infine, l’autorità di settore si spinge ancora oltre e, con l’obiettivo di accompagnare passo per passo i soggetti vigilati verso la nuova cultura della trasparenza, delinea in maniera minuziosa i criteri di redazione che ciascun operatore deve seguire nella predisposizione dei documenti informativi. A tale scopo, seleziona le informazioni più rilevanti che il professionista deve comunicare al mercato, illustrando, al contempo, un preciso ordine espositivo idoneo ad agevolare la comprensione da parte del destinatario. Per un’attenta e puntuale analisi di queste novità disciplinari si rinvia ai già menzionati CAPOBIANCO E LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza*, cit.; e a QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari*, cit.

¹¹⁹ Diffusamente sul tema si veda BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 246 ss.

¹²⁰ Così PIRAS, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, cit., 6.

¹²¹ Nella definizione normativa, adottata dalla Banca d’Italia nelle suddette istruzioni di vigilanza del 29 luglio 2009, nel § 3 per cliente si intende «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l’intermediario», ad esclusione di coloro che sono identificati come controparti qualificate nella direttiva 04/39/CE, cioè, come riportato a margine della definizione stessa, «banche; società finanziarie; istituti di moneta elettronica (IMEL); imprese di assicurazione; imprese di investimento; organismi di investimento collettivo del risparmio (fondi comuni di investimento e SICAV); società di gestione del risparmio (SGR); società di gestione accentrata di strumenti finanziari; fondi pensione; Poste Italiane S.p.a.; Cassa Depositi e Prestiti e ogni altro soggetto che svolge attività di intermediazione finanziaria; società appartenenti al medesimo gruppo bancario dell’intermediario; società che controllano l’intermediario, che sono da questo controllate ovvero che sono sottoposte a comune controllo». A tutti questi soggetti, pertanto, che sono così sottratti all’ambito di efficacia del Titolo VI TUB, si applica il diritto comune dei contratti.

¹²² Sempre nel suddetto § 3 si afferma che clienti al dettaglio sono «i consumatori; le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro; le imprese che occupano meno di 10 addetti e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro».

¹²³ In questo caso, il § 3 riprende la definizione generale dell’art. 3, comma 1, lett. a) del codice del consumo, secondo cui è consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei

Alcune previsioni sono esplicitamente riservate a queste ultime due, le quali, quindi, godono di una tutela speciale e ulteriore rispetto ai semplici clienti in ragione della loro peculiarità: gli intermediari dovranno rilevare la qualifica del soggetto che richiede il loro servizio prima della conclusione del contratto e rispettare gli obblighi di correttezza che ne derivano.

In particolare, per orientarlo verso gli operatori maggiormente efficienti, per questi ultimi è stato sancito l'obbligo aggiuntivo a favore del consumatore di pubblicizzare il c.d. «Indicatore Sintetico di Costo»¹²⁴, volto ad esprimere il costo potenziale di taluni servizi tra cui, ad esempio, quello di conto corrente. Allo stesso tempo, per garantire una tendenziale chiarezza e comprensibilità del contenuto negoziale, il provvedimento della Banca d'Italia ha anche previsto la *standardizzazione* dei principali documenti informativi a lui indirizzati, cioè i fogli informativi e le c.d. guide, quali modelli esemplificativi per l'erogazione dei prodotti e dei servizi più comunemente richiesti¹²⁵.

Quindi, «rispetto alla pregressa normativa “a soggetto indifferente”, il nuovo documento della Banca d'Italia sembrerebbe tenere in prevalente considerazione (al fine di realizzarne una maggior tutela) la figura del consumatore rispetto alle altre categorie di clienti»¹²⁶.

Sulla scorta del parere reso dal Consiglio di Stato il 3 dicembre 2008¹²⁷, parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità di estendere il ragionamento di specialità condotto con riguardo al settore finanziario anche a quello del credito, escludendo così l'applicabilità del Titolo III della Parte II del codice del consumo e la parallela competenza dell'AGCM pure in questo ambito. Al di là della riserva di eccezionalità fatta propria da questa stessa *authority* in relazione alla suddetta pronuncia¹²⁸, in ogni caso, la magistratura amministrativa, ogni volta in cui si è

all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

¹²⁴ Come rilevato da SPENA, *Commento sub art. 116*, in AA. VV., *Testo Unico Bancario. Commentario*, cit. 960, «si tratta di uno strumento di informazione del tutto analogo al TAEG e che adempie alla medesima funzione di fornire al cliente sin dalla fase della pubblicità una cognizione non limitata al mero tasso nominale applicato, ma estesa all'effettivo costo del finanziamento e comprende tutti gli elementi che concorrono a formarlo».

¹²⁵ Ne sono un esempio i prototipi di contratto riportati in allegato al modello di consultazione, emanato dalla Banca d'Italia il 18 marzo 2009, relativi ai servizi di mutuo e di conto corrente riservati al consumatore.

¹²⁶ Così CAPOBIANCO E LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza*, cit., 1154.

¹²⁷ Cons. Stato, sez. I, 03 dicembre 2008, n. 3999, cit.

¹²⁸ In particolare, secondo la relazione annuale AGCM per il 2009 del 31 marzo 2010,

pronunciata sul coordinamento tra i divieti di pratiche commerciali scorrette e le norme bancarie sulla trasparenza finalizzate a tutelare lo stesso consumatore, ha sempre rigettato le difese fondate sulla specialità e la prevalenza “sostitutiva” - intesa come sufficienza dell’osservanza - delle seconde sui primi¹²⁹, escludendone così ogni apparente contrasto.

Da ultimo, prima l’AGCM e poi il Tar Lazio, a favore della complementarità tra le due discipline, hanno ribadito che, mentre quella *consumerista* è l’unica a tutelare in via diretta il consumatore, l’attività delle autorità creditizie¹³⁰ «è principalmente quella di garantire la “sana e prudente gestione dei soggetti vigilati”, la “stabilità complessiva”, nonché l’efficienza e la competitività del sistema finanziario, unitamente all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia»¹³¹.

presentata al Parlamento italiano il 15 giugno 2010, 249, consultabile su www.agcm.it, «si deve ritenere che, essendo tale parere stato espresso con specifico riguardo alla tutela dell’investitore-consumatore e alla normativa e alle competenze della Consob, esso assuma valore solo con riguardo al caso di specie, non potendo considerarsi analogicamente applicabile in alcun modo all’analisi dell’eventuale riparto di competenze fra l’Autorità e altre istituzioni che si occupano di altri rami del settore». Pertanto, se si guarda ai dati aggiornati alla fine del 2009, su circa 66.000.000 € di sanzioni complessive, quelle irrogate dall’AGCM nel settore del credito ammontano a poco meno di 20.000.000 €: in MELI, *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione banca-cliente*, in AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, cit., 107 ss., si evince che quest’interventismo esagerato è determinato, oltre che da un eccessivo paternalismo nei confronti del *consumer*, sia dal tentativo di supplire alla scarsa vigilanza delle autorità creditizie, sia da quello di controbilanciare la ridotta azione dell’AGCM stessa nel campo *antitrust*. Per un sommario e puntuale inquadramento della casistica in proposito, cfr. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 220 s.

¹²⁹ Cfr., *ex multis*, Tar Lazio, sez. I, 06 aprile 2009, n. 3696, inedita, ove, in tema di portabilità dei mutui, è stata esclusa la sussistenza di un contrasto tra la disciplina TUB e quella delle pratiche commerciali scorrette. Infatti, la clausola di specialità *ex art. 19*, comma 3 del codice del consumo non può essere utilmente invocata «attenendo la disciplina asseritamente violata ad aspetti (pratiche commerciali) che non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono) le disposizioni poste a tutela della trasparenza», motivo per cui il legislatore si è «limitato a precisare come le infrazioni in questione assumono rilievo anche in ambito di supervisione bancaria», non elidendo la competenza generale dell’AGCM.

¹³⁰ In particolare, *ex art. 1*, comma 1, lett. a) TUB trattasi del CICR, del Ministro dell’Economia e delle Finanze e della Banca d’Italia.

¹³¹ Nell’ambito della serie sterminata di provvedimenti emessi dall’AGCM in materia di credito al consumo per omessa, errata o incompleta indicazione del TAEG, il caso emblematico qui preso in analisi è PS1786, *Italserfin - Omessa indicazione TAN e TAEG*, consultabile su www.agcm.it, unitamente alla successiva sentenza Tar Lazio, sez. I, 18 aprile 2011, n. 3363, inedita, in cui, accogliendo parzialmente il ricorso proposto in sede di impugnazione dall’ente creditizio, il giudice amministrativo ridetermina in misura molto più contenuta la sanzione irrogata dall’*authority*, ma conferma, per il resto, la bontà del ragionamento da lei esplicito in merito alla sussistenza dei profili di ingannevolezza della pratica esaminata *ex art. 23*, lett. e) del codice del consumo, disattendendo completamente le diverse e opposte ricostruzioni fornite dal professionista.

4. *Private enforcement, quale soluzione ai fallimenti delle authorities.*

A conferma che la trasparenza, non limitandosi ad essere un adempimento burocratico di obblighi normativi, costituisce il principio strategico cui gli operatori devono ispirarsi nell'operare sul mercato, l'esperienza della crisi economica di inizio XXI secolo ha mostrato quanto forte sia il nesso tra tutela del cliente, equilibrio patrimoniale dell'istituto creditizio e stabilità del sistema finanziario. È vero, infatti, che persino i più lievi discostamenti tra l'enunciato normativo e l'effettività della sua attuazione possono generare conseguenze di enorme portata per l'integrità dei mercati e per le ricadute patrimoniali su masse cospicue di risparmiatori.

D'altro canto, «correttezza, fiducia e reputazione influenzano non solo la qualità dell'attivo degli intermediari ma anche la loro capacità di raccogliere fondi sui mercati e, quindi, il rischio di liquidità. Non è un caso che gli intermediari che hanno saputo costruire nel tempo una solida base di raccolta al dettaglio hanno retto alla crisi meglio di altri, proprio grazie alla fiducia che hanno saputo conquistarsi attraverso relazioni corrette e trasparenti con la clientela»¹³².

Il quadro normativo finora sommariamente delineato, così rigoroso e analitico nel dipanare i flussi informativi tra banca e cliente, pertanto, come si è già avuto modo di osservare, non è che un aspetto del più ampio tema del controllo pubblico dell'economia. A lungo il legislatore italiano ha incentrato il proprio intervento esclusivamente sulla tutela indiretta *ex ante* degli interessi dell'utenza bancaria, previa una gestione centralizzata della vigilanza e dei rispettivi interventi regolamentari e/o sanzionatori di alcune - e forse troppe - autorità indipendenti¹³³. Infine, sull'onda comunitaria di nuove *policies* di tutela

¹³² Si esprime in questi termini TARANTOLA, *La trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, Roma, 2011, 4. Osservazione analoga è riportata in LENER, *L'introduzione della class action*, cit., 269.

¹³³ Il riferimento è chiaramente ai seguenti organi di vigilanza, in ordine cronologico di istituzione: la Banca d'Italia, istituita dalla legge bancaria 10 agosto 1893, n. 449 ed inquadrabile quale autorità amministrativa indipendente *sui generis*, poiché, pur svolgendo attività di controllo che l'accomunano a questa struttura organica, se ne differenzia, oltre che per la sua ben più remota origine, soprattutto per la molteplicità e complessità delle sue funzioni, per le particolari garanzie che rafforzano la sua indipendenza e per la sua completa autonomia finanziaria, che le consente di operare senza oneri per il bilancio dello Stato e per i soggetti da lei vigilati; la CoNSoB (acronimo di Commissione Nazionale per le Società e la Borsa), istituita dalla legge 7 giugno 1974, n. 216 e dotata di personalità giuridica e piena autonomia *ex lege* 4 giugno 1985, n. 281; l'IsVAP (acronimo che sta per Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di interesse collettivo), istituita dalla legge 12 agosto 1982, n. 576; e la CoViP (acronimo che sta per Comitato di

diretta del consumatore finanziario¹³⁴, ai tradizionali obiettivi di natura marcatamente pubblica, che sono perseguiti dalle *authorities* competenti, le rispettive normative settoriali hanno gradualmente affiancato, in maniera parimenti ordinata, la tutela del risparmiatore. Da ultimo, *ex* comma 1 dell'art. 127 TUB «le autorità creditizie esercitano i poteri previsti» dal suddetto Titolo VI «avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5 [*n.d.r.* sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario], alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela»¹³⁵, il che allinea e rende finalmente omogenee a livello nazionale le forme di tutela amministrativa del cliente genericamente inteso, nelle sue diverse vesti di risparmiatore, investitore e assicurato¹³⁶.

Pur essendo indubbio che la crisi finanziaria abbia esaltato l'esigenza di tutela del *quivis de populo*, il cui interesse è strumentale al più efficiente funzionamento del mercato, «la diagnosi alla quale siamo indotti [*n.d.r.* quando si guarda al loro concreto operare] è che la tutela del consumatore costituisca oggi uno degli strumenti principali con i quali le Autorità di regolazione legittimano il

Vigilanza sui fondi Pensione), istituita dal d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124 e operante nella sua attuale configurazione con personalità giuridica di diritto pubblico dal 1996.

¹³⁴ In particolare, dopo un reiterato dibattito in proposito, *ex* art. 9, comma 1 dei regolamenti UE nn. 1093, 1094 e 1095 del 24 novembre 2010, le tre nuove autorità europee di vigilanza micro-prudenziale - rispettivamente bancaria, degli strumenti finanziari e dei mercati, delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali - annoverano nel proprio mandato un «ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori in tutto il mercato interno». Tali norme consentono al sistema europeo di allinearsi alle recenti innovazioni introdotte con la importante legge c.d. Frank-Dodd del 21 luglio 2010 di riforma del sistema finanziario USA, nella parte in cui istituisce una nuova autorità federale a tutela dei consumatori di prodotti e servizi finanziari, la c.d. *Consumer Financial Protection Agency*, dotata di poteri di regolazione, di supervisione e di sanzione.

¹³⁵ Questa novità legislativa introdotta dall'art. 4, comma 3 del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, d'altra parte, soddisfa, sul piano positivo, gli auspici formulati dal Governatore della Banca d'Italia con l'affermazione resa nelle Considerazioni finali del 31 maggio 2010, ai sensi della quale «la tutela dei clienti degli intermediari è ormai diventata a pieno titolo una finalità della Vigilanza». Cfr. BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, Roma, 2010, 16.

¹³⁶ Infatti, il mercato finanziario in senso lato già registrava l'esistenza di specifici obiettivi di questo genere, quali paradigmi dell'esercizio della discrezionalità da parte delle corrispondenti autorità settoriali, sia nel comparto mobiliare *ex* art. 5, lett. b) TUF, sia in quello assicurativo *ex* art. 3 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, meglio noto come codice delle assicurazioni private. Oggi, quindi, rispetto al precedente assetto normativo, l'eventuale conflitto di competenze tra le autorità di settore preposte a tutela del mercato finanziario e l'AGCM, quale autorità generale a tutela del consumatore, è palese: cfr. in tal senso BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»*, cit., 262 ss., e, in particolare, 265 s.

loro ruolo e tentano di accrescere il proprio potere»¹³⁷, ma nulla di più.

Più nello specifico, nonostante il loro ruolo abbia l'evidente vantaggio di segnalare continuativamente eventuali pratiche non efficaci e, perciò, favorire lo sviluppo di *standard* di *best practices* uniformi, l'attribuzione esclusiva al *public enforcement* dell'applicazione della legge presenta una serie di inconvenienti non di poco conto¹³⁸. In particolare, non avendo accesso a tutte le informazioni sparse nel macrocosmo degli scambi finanziari e non disponendo di risorse adeguate per perseguire tutti gli eventuali illeciti accertati, questo sistema sanzionatorio non riesce ad adattarsi in modo veloce ai rapidi cambiamenti dei prodotti finanziari e/o delle loro modalità di distribuzione¹³⁹.

Allo stesso tempo, poiché la suddetta inazione pubblica, se reiterata nei confronti delle medesime condotte illecite, ne determina una sostanziale impunità, gli stessi operatori economici organizzano la propria attività avvantaggiandosene, in modo assolutamente dannoso per la clientela cui si rivolgono. *Last, but not least* è da considerarsi la *lobby* politica¹⁴⁰, cui qualsivoglia organo pubblico è, in quanto tale, sempre sottoposto.

Poiché il vero problema «*is not wheter to mandate disclosure, but how to enforce it*»¹⁴¹, il c.d. *adversarial legalism*, tipico dell'esperienza nordamericana,

¹³⁷ Così ZOPPINI, *Rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza*, cit., 145 s.

¹³⁸ Per una dettagliata indicazione delle più importanti fonti bibliografiche d'Oltreoceano che hanno trattato tale inefficienze regolamentari, si veda GIUDICI, *Il «private enforcement» nel diritto dei mercati finanziari*, in MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 296 ss.; e, più in generale, DI NOLA, PORRINI E RAMELLO, *Class action, mercati finanziari e tutela dei risparmiatori*, in *Le banche italiane e la finanza per lo sviluppo. Decimo rapporto sul sistema finanziario italiano della Fondazione Rosselli*, Roma, 2005, 459 ss.

¹³⁹ Rileva questo aspetto PAGNI E JUVARA, *Class action e tutela del risparmiatore*, in BILANCIA E RIVOLTA (A CURA DI), *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, Milano, 2008, 145 s.

¹⁴⁰ In particolare, GIUDICI, in *op. ult. cit.*, 297, specifica che «gli apparati pubblici possono perseguire obiettivi di massimizzazione dei fondi pubblici disponibili piuttosto che obiettivi di ottimizzazione del proprio intervento in funzione del bene collettivo» e, d'altro canto, «possono [...] orientare la propria azione nella direzione che garantisce il massimo consenso, proni di fronte alle interferenze politiche». Ecco perché ZINGALES, in *Troppe Authority non aprono il mercato*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2012, 13 polemizza, asserendo a titolo esemplificativo «se [...] l'Isvap [...] impone regole troppo severe, le società interessate possono ricorrere al Tribunale amministrativo, rendendo difficile la vita del presidente dell'ente. Ma se l'Isvap chiude un occhio sulla cattiva gestione di un'impresa assicurativa, chi protesta? Non certo gli assicurati [...]. Lo stesso vale per i piccoli azionisti. E qui sta il paradosso delle *authority*. Nacquero per proteggere i consumatori, che sono poco informati e troppo dispersi per difendere i propri interessi. Ma falliscono per lo stesso motivo: la scarsa capacità di pressione economica e politica dei consumatori dispersi e poco informati».

¹⁴¹ La famosa espressione è di ZINGALES, *The Costs and the Benefits of Financial Market*

insegna che l'azione dei privati, pur intervenendo *ex post*, può avere un ruolo deterrente analogo o, addirittura, migliore di quello proprio del *monitoring* delle autorità indipendenti: se, da un lato, essendo decentrata, valorizza il ricorso alle informazioni private circa la sussistenza di un pregiudizio, dall'altro, oltre a determinare un risparmio dei costi di amministrazione, consente di sanzionare anche gli illeciti compiuti al di fuori dei confini nazionali.

Un sistema giuridico in cui concorrano entrambi i sistemi di regolazione appena tratteggiati, pertanto, non può che assicurare un livello ottimale di efficienza normativa¹⁴²: mentre il meccanismo di tutela preventiva crea gli incentivi alla precauzione e al controllo del rischio¹⁴³, la tutela *a posteriori* estende il regime di responsabilità a capo degli intermediari, permettendo ai loro clienti di garantire in modo più esteso e in prima persona i propri interessi¹⁴⁴.

Già agli albori dell'imponente legislazione del mercato finanziario, a proposito degli innumerevoli divieti e delle prescrizioni allora emanati a tutela della trasparenza informativa, la cui violazione costituiva fonte di responsabilità civile in capo ai trasgressori, attenta dottrina specialistica¹⁴⁵ stigmatizzava la

Regulation, in *ECGI Working Paper series, Law*, n. 21, 2004, 29. Lo stesso autore, peraltro, rileva che, sebbene gli obblighi di trasparenza siano più rigidi nell'Europa continentale che negli Stati Uniti, l'assenza nel primo ordinamento di tribunali specializzati e di istituzioni che incoraggiano la litigiosità riduce la distanza tra i due sistemi, finendo per produrre risultati simili.

¹⁴² A tal proposito, è da sottolineare che, se nella realtà le due politiche di regolazione sono spesso applicate congiuntamente, la letteratura gius-economica al riguardo ha però approfondito le caratteristiche dei due sistemi di regolazione separatamente. In particolare, l'indagine scientifica non si è mai sviluppata in termini di confronto ideologico tra due modelli contrapposti, ma esclusivamente come disegno della miglior architettura istituzionale possibile.

¹⁴³ Se questo è vero per il *public enforcement* americano, che «si distingue per la flessibilità e l'incisività riconosciuta alle Autorità di vigilanza bancaria e finanziaria, che possono anche adottare provvedimenti interdittivi dall'assunzione di cariche gestionali in banche o altri intermediari», in 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, 62, si reputa opportuna l'avvio di una riflessione in proposito da parte del legislatore italiano, «posto che lo strumento della sanzione monetaria [*n.d.r.* che è l'unico a disposizione delle nostre *authority*] non risulta dotato di un'adeguata funzione deterrente [*n.d.r.* ammontando tuttora nel proprio massimo a cifre non sufficientemente elevate] e, soprattutto, non risulta in grado di stimolare un'adeguata sanzione reputazionale da parte del mercato».

¹⁴⁴ Così DI NOLA, PORRINI E RAMELLO, *op. ult. cit.*, 462 s. Più oltre, gli autori aggiungono che «un sistema basato sulla regolazione *ex post* è molto più efficiente quando le parti del potenziale contenzioso sono i detentori di maggiore informazione e quando la probabilità del verificarsi dell'"incidente" sono molto basse. [*n.d.r.* Invece] [l]a regolazione *ex ante* è migliore quando il pericolo è grave ma gli "incidenti" non sono rari, e quando gli *standard* precauzionali richiesti sono facilmente implementabili e controllabili».

¹⁴⁵ *Ex multis*, di tale opinione nella dottrina italiana è CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 621. Cfr. anche più diffusamente AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario. (Divagazioni in tema di trasparenza*

manca «di alcun tipo di previsione processuale od istruttoria volta ad agevolare l'ottenimento effettivo della tutela accordata».

Purtroppo, però, «la cultura politica e la storia del nostro ordinamento ci consegnano [...] un ostacolo di carattere concettuale: [...] da una parte, il dogma della frattura di competenze tra la sfera di azione del privato e della Pubblica Amministrazione, ereditato dalla tradizione francese; e, dall'altra, la recezione della pandettistica tedesca hanno reso, per molto tempo, impensabile l'utilizzo delle regole privatistiche per scopi di perseguimento del benessere collettivo»¹⁴⁶. Una tradizione giuridica così rigidamente statualista ed incline ad una visione gerarchica dei rapporti tra autorità pubblica e cittadino, affiancata alla secolare inclinazione a separare e quasi contrapporre il problema della titolarità e quello dell'effettività delle situazioni soggettive¹⁴⁷, sono, senza dubbio, due muri da abbattere preventivamente non solo sulla carta.

Funzionale a questo obiettivo è la tendenza odierna ad accrescere il livello di cultura settoriale degli utenti bancari: per perseguire la massima latina «*faber est suae quemque fortunae*»¹⁴⁸, ogni individuo deve poter prendere coscienza dei propri diritti, prima di scegliere se lottare per difenderli o meno. L'imparare ed il conoscere generano, infatti, la libera iniziativa, capace di elevare anche il consumatore contrattualmente debole a figura attiva più intraprendente e,

obbligatoria e di effettività dell'art. 2395 c.c.), in Riv. dir. soc., 2005, 1345 ss.

¹⁴⁶ Così SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, cit., 1, il quale, più oltre, per le ascendenze francesi e del savignismo e pandettismo che hanno influenzato le fondamenta della scienza giuridica italiana, rinvia a GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, 2000. Allo stesso tempo, giova qui ricordare che la presenza del *public enforcement* italiano, con specifico riferimento alla disciplina della trasparenza bancaria, pone delicati problemi di coordinamento con un'eventuale *enforcement* privato collettivo, qualora l'*authority* competente eserciti il suo potere inibitorio di ordinare all'impresa sanzionata «la restituzione delle somme indebitamente percepite»: cfr. l'art. 128-ter, comma 1, lett. a) TUB che lo attribuisce alla Banca d'Italia; e l'art. 27, comma 2 del codice del consumo che lo estende all'AGCM.

¹⁴⁷ Invero, la civilistica italiana si è posta da qualche tempo nella direzione del riallineamento tra *jus* ed *actio*: ne è un'espressione la c.d. «prospettiva dei rimedi», che, a partire dal suo manifesto DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, ha raggiunto ormai una vasta consolidazione culturale, trovando conferma e sostegno nelle tecniche di tutela perseguite dal legislatore comunitario. Per un inquadramento generale di questo ritorno al pre-pandettismo, cfr. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 28 ss., nonché ZENO-ZENCOVICH E PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 216 ss. e 251 ss.; e, con riferimento più diretto all'art. 140-bis del codice del consumo, SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzione e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 501 ss.

¹⁴⁸ Cit. Appio Claudio Cieco.

soprattutto, dotata di potere decisionale. Significativo in quest'ottica è il c.d. "Protocollo di intesa tra Consob, Banca d'Italia, Covip, Isvap e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di educazione finanziaria"¹⁴⁹, con cui le *authorities* italiane si sono impegnate a: promuovere e realizzare iniziative congiunte¹⁵⁰; individuare le modalità di coordinamento più idonee, rafforzando le attuali forme di collaborazione; concordare gli obiettivi di medio e lungo periodo e gli strumenti per la loro realizzazione, al fine di favorire comportamenti sempre più consapevoli da parte dei cittadini.

Parimenti, da un punto di vista prettamente nazionale, un impiego a vasto raggio del *private enforcement* rischia di scontrarsi con la realtà di sempre crescente inefficienza che caratterizza la giustizia italiana¹⁵¹: l'incremento inarrestabile delle dimensioni delle liti giudiziali, la manifesta inadeguatezza - normativa ed amministrativa - dell'apparato giudiziario e la sempre più alluvionale legislazione, che ne accresce difficoltà ed incertezze interpretative, sono solo alcuni tra i molteplici aspetti critici cui porre contemporaneamente - o, meglio ancora, preventivamente - rimedio.

Pertanto, gli addetti alla gestione del contenzioso seriale devono valutare con estrema attenzione l'interagire della *class action* con il nostro sistema ordinamentale, per comprendere se e come potrà essere recepita dal contesto

¹⁴⁹ Trattasi del Protocollo sottoscritto in data 09 giugno 2010; e consultabile in www.bancaditalia.it o in www.consob.it o in www.agcm.it. In particolare, secondo la definizione dell'OCSE, la c.d. *financial literacy* è «il processo attraverso il quale i consumatori/investitori finanziari migliorano la propria comprensione di prodotti e nozioni finanziarie e, attraverso l'informazione, l'istruzione e un supporto oggettivo, sviluppano le capacità e la fiducia necessarie per diventare maggiormente consapevoli dei rischi e delle opportunità finanziarie, per effettuare scelte informate, comprendere a chi chiedere supporto e mettere in atto altre azioni efficaci per migliorare il loro benessere finanziario».

¹⁵⁰ Tra le attività congiunte avviate, rileva la realizzazione di un portale *web* comune in tema di educazione finanziaria, con l'obiettivo di consentire al consumatore la consultazione agevole e organica del materiale educativo elaborato dalle diverse autorità.

¹⁵¹ Come giustamente osserva il padre della *Law and Economics* CALABRESI, in *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economica-giuridica*, Milano, 1975, 45, «tutte le volte che esaminiamo un qualsiasi sistema di responsabilità civile, dobbiamo sempre riflettere sul costo della sua istituzione e del suo esercizio, oltre che sui vantaggi che speriamo di trarne». Non bisogna, infatti, dimenticare che l'Italia è lo Stato membro dell'Unione Europea più condannato dalla Corte di Strasburgo al risarcimento del danno per diniego di giustizia; né che, per questo motivo, l'OCSE (acronimo di Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) ha più volte ribadito che l'Italia è paese a rischio in tema d'investimenti per l'incertezza e le lungaggini nella risoluzione delle controversie economiche, il che implica un netto freno sul fronte della crescita occupazionale e dell'innovazione del sistema economico-produttivo.

processuale nostrano, magari a seguito di opportune modifiche interne¹⁵². In caso contrario, autorevole dottrina apostrofa che «come in molte altre occasioni è purtroppo già accaduto, un istituto giuridico [*n.d.r.* a presidio della responsabilità civile dell'intermediario], pur creato con le migliori intenzioni, potrebbe finire per giovare assai poco a coloro che si vorrebbero tutelare e per produrre invece conseguenze perverse sul piano generale»¹⁵³, incidendo disastrosamente sui tempi ed i costi della giurisdizione.

¹⁵² In tal senso, ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 52, premettendo che «la cognizione delle cause di classe richiede uno sforzo particolare ed in parte inedito per l'esperienza degli uffici giudiziari civili italiani», ne evidenzia la natura di «rapporto processuale oggettivamente complesso (giacché concernente la lesione di una molteplicità di situazioni soggettive accomunate *lato sensu* dalla medesima *causa petendi*), ma pur sempre bilaterale: all'impresa si contrappone un attore (di solito coadiuvato da un'associazione) "rappresentativo" di una moltitudine di consumatori/utenti, rispetto ai quali è necessario predisporre e organizzare, tramite la cancelleria, un moderno sistema di "interfaccia" per l'afflusso delle adesioni e della relativa documentazione, per la notificazione dei più importanti provvedimenti, per la gestione delle eventuali rinunce o transazioni, *et cetera*». In particolare, CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *op. ult. cit.*, 10 ss., conclude che «occorrerebbe che il Ministero della Giustizia approntasse un regolamento per [...] preparare le cancellerie ad un processo realmente telematico».

¹⁵³ Cfr. RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 184, anche se l'Autore è convinto che, nonostante il grave dissesto organizzativo e materiale degli apparati giudiziari nazionali «l'evoluzione dei tempi ed il confronto internazionale difficilmente avrebbero consentito ancora a lungo che il nostro ordinamento rimanesse del tutto privo di un simile strumento di tutela».

CAPITOLO I

GENESI DELL'ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: I.1. Difficile accesso alla giustizia individuale per i *mass torts*. – I.2. Tutela civilistica super-individuale e vantaggi in termini di deterrenza. – I.3. Limite oggettivo dei rimedi *ex artt. 37 e 140* del codice del consumo – I.3.1. (*segue*): ampia lettura giurisprudenziale delle misure ripristinatorie a corredo del *petitum* inibitorio. – I.4. Spinte comunitarie alla gestione collettiva del pregiudizio di massa. – I.5. *Class action* oltreoceano, quale secolare modello d'ispirazione.

I.1. Difficile accesso alla giustizia individuale per i *mass torts*.

In uno “Stato di diritto”, il legislatore è chiamato a stabilire, tramite norme generali ed astratte, un equilibrio tra diritti ed obblighi di ciascuno. Al fine di garantirne l'effettività e l'eventuale ripristino, nel caso in cui tali regole giuridiche siano violate, l'ordinamento deve prevedere un rimedio - giudiziario o amministrativo - a chi abbia subito il pregiudizio: la stessa Costituzione italiana *ex art. 24*, comma 1 afferma che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi». Se il problema dell'accesso alla giustizia si estende indistintamente a tutti i cittadini in termini di costi e lentezza, sul fronte della tutela delle pretese seriali¹ la questione assume altri caratteri.

In Italia e, più in generale, nella tradizione giuridica di *civil law*, la tutela giurisdizionale si fonda sul principio secondo cui il legittimato attivo ammesso ad agire davanti al giudice deve essere il soggetto che ha subito la lesione del proprio diritto². Quando però un'identica condotta illegittima - consistente in un utilizzo di

¹ In attuazione del principio di uguaglianza sostanziale *ex art. 3*, comma 2 della Costituzione, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, per più e differenti ragioni di carattere economico e sociale, la normativa a protezione del consumo, dell'ambiente, della salute, delle pari opportunità, della concorrenza, *et cetera*, ha identificato nuovi diritti. Essi prendono il nome di “pretese seriali”, perché, seppur distinti in quanto a titolarità individuale, sono omogenei e paralleli, sia per la fattispecie costitutiva e/o estintiva, sia per il contenuto e/o la misura; allo stesso tempo, la loro tutela dipende da una comune questione di fatto o di diritto.

² In altre parole, solo chi ha interesse ad agire, avendo subito in prima persona un pregiudizio, può promuovere un'azione. In particolare, nel CPC italiano, lo stretto legame tra titolarità individuale di quest'ultima e titolarità del diritto soggettivo per cui si agisce è fondato sulle seguenti prescrizioni normative: *ex art. 75*, comma 1 CPC, rubricato “Capacità processuale”, secondo cui «[s]ono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere»; *ex art. 81* CPC, rubricato “Sostituzione processuale”, secondo cui «[f]uori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un

condizioni generali di contratto abusive, in una pratica commerciale scorretta, in un comportamento anticoncorrenziale, *et cetera* - lede i diritti di una pluralità indefinita di soggetti, la dottrina rileva all'unanimità che questo modello individualista di giustizia non funziona più.

Infatti, innanzitutto, l'instaurazione di una moltitudine di micro-cause identiche o simili costipa eccessivamente le aule giudiziarie ed aumenta la probabilità di contrasto di giudicati di fronte al medesimo fatto lesivo, provocando una sensazione sociale di casualità della giustizia³. Secondariamente, il convenuto professionista, sottoposto alla ripetuta aggressione delle iniziative individuali dei singoli danneggiati, non ha la possibilità di valutare preventivamente il rischio d'impresa e, allo stesso tempo, l'incidenza delle corrispettive spese processuali sui costi interni organizzativi. Infine, quale effetto negativo più celato e insinuante, in presenza di un credito di modesto importo il suo titolare, a causa dei costi elevati di accesso alla giustizia e delle tempistiche processuali eccessivamente lunghe⁴, è disincentivato ad agire, con la conseguente realizzazione di un ingiusto vantaggio per chi ha compiuto l'attività illecita⁵, specialmente se operante nel *mass market*.

diritto altrui»; e, infine, *ex art.* 100 CPC, rubricato "Interesse ad agire", secondo cui «[p]er proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

³ La stessa *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, norma regolante il modello statunitense di gestione dei *mass torts*, identificando le ragioni che fanno preferire la *class action* alle azioni individuali, statuisce che «*the prosecution of separate action by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications [...] or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudication*». In COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del Consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*, in AA. VV., *Atti del convegno "Class action. «Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese»*», in *Diritto econ. assic.*, 2010, 1131 s., pertanto, si conclude che anche gli uffici giudiziari nazionali sono lesi, orientandosi il *forum shopping* verso ordinamenti giuridici con un sistema giudiziario più efficiente.

⁴ Secondo il rapporto *Doing Business 2012*, nel quale la Banca mondiale censisce, attraverso dieci indicatori - cioè: facilitazioni ad avvio dell'attività imprenditoriale, permessi di costruzione, accesso all'elettricità, accesso al credito, protezione legale degli investitori, imposte, possibilità di commercio con l'estero, garanzie per l'esecuzione dei contratti, tutele in caso di insolvenza dei debitori, diritti di proprietà intellettuale -, l'attrattività dei diversi paesi rispetto all'iniziativa imprenditoriale, per recuperare un credito per via giudiziale in Italia occorrono 1.210 giorni, con un costo corrispondente al 29,9% del debito azionato. Più nello specifico, questi dati inchiodano l'Italia al posto 158 su 183 paesi analizzati, evidenziando il baratro con le altre principali economie europee, come Francia e Germania, dove, rispettivamente, i processi si concludono in 331 e 394 giorni.

⁵ Secondo l'analisi economica del diritto, il diritto *positum* del legislatore costituisce un insieme di incentivi rivolto agli attori del mercato, motivo per cui la sua eventuale violazione, in una dimensione economica-patrimoniale, non è altro che un prezzo implicito che si associa alla condotta illecita del potenziale danneggiante, potendo fungere da deterrente solo se più ingente del beneficio che ne segue. Più ampiamente su queste problematiche, cfr. D'ALFONSO, *Commento sub art. 140-*

Prima di avviare qualsivoglia controversia, infatti, ogni individuo compara sempre due entità: una voce di spesa che dovrà affrontare inevitabilmente, vale a dire i costi occorrenti per innescare il sistema giudiziale⁶; e il vantaggio atteso, pari ai benefici scaturenti dalla lite, moltiplicati per la probabilità di una sentenza favorevole. Pertanto, quale inerzia assolutamente razionale della vittima, non vedranno luce le azioni in cui il costo della lotta per il proprio diritto supera il valore del medesimo. Quando però il non agire in giudizio del singolo si trasforma in una regolarità statistica, assumendo così rilievo in termini aggregati, la scelta di non tutelare il proprio diritto produce un incentivo a generare illeciti, in tutti i casi in cui l'impresa può disseminare su una platea molto vasta di utenti danni patrimoniali di dimensioni molto modeste, oltre ad incidere distorsivamente nei suoi rapporti con le altre imprese⁷.

Questa considerazione è valida soprattutto per il contenzioso *consumerista*, ove, sovente, l'entità della posta in gioco è relativamente esigua. Specialmente quando il verdetto del giudizio implica la risoluzione di questioni ancora non compiutamente sviscerate dalla giurisprudenza, ogni consumatore, potenziale instauratore della controversia, è così incentivato a lasciare l'iniziativa ad un altro suo pari, nella speranza di poter contare, una volta che quest'ultimo abbia rotto il ghiaccio, sobbarcandosi i relativi esborsi, sui vantaggi tipici del *free rider*. Infine, si ricordi il *deficit* informativo che affligge strutturalmente il consumatore, il quale, il più delle volte, non troverà vantaggioso investire tempo e altre risorse per sanarlo; il che si traduce anche in un'insufficiente conoscenza dei propri diritti⁸.

Volgendo ora l'attenzione al settore bancario cui è circoscritta la presente

bis, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da DE CRISTOFARO e ZACCARIA, Padova, 2010, 942; e MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *www.judicium.it*, 2008, § 2.

⁶ Essendo assodato che più si è piccoli e più si è litigiosi, ma essendo altrettanto vero che più si è grandi e più si ha un'adeguata assistenza legale, è inevitabile che il costo di un competente avvocato in grado di affrontare una controparte forte, unito a quello dell'acquisizione di prove, aumenta in maniera proporzionale allo spessore economico del convenuto.

⁷ Come specificato in MAERO, *La class action nel settore bancario*, inedito, 2011, 1, infatti, questa condotta deviante dell'impresa sfavorisce il dispiegarsi della concorrenza sul mercato, finendo con il danneggiare non solo i propri clienti, ma anche i professionisti concorrenti che, invece, sono rispettosi delle regole.

⁸ Riguardo il fenomeno dell'apatia razionale del consumatore e a quello parallelo del *free riding*, si veda PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 27 ss. Nell'ambito della letteratura USA in proposito, l'autore rinvia più nel dettaglio a VAN DER BERGH - VISSCHER, *The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law*, in *1 Erasmus Law Review*, 2008, 5 ss.

trattazione, il dato di fatto è che, ancora oggi, i margini di negoziazione del cliente bancario permangono assai limitati, compresi fra un contratto uniforme di adesione, qual è ogni pattuizione bancaria volta ad operare a vasto raggio, e uno *ius variandi*, cui la banca ricorre più frequentemente di quanto giustificato dalle variazioni di mercato. Anche nella rara ipotesi in cui il *quivis de populo* perviene a trattare la misura delle condizioni economiche del rapporto, in ogni caso, la loro minimizzazione in fase negoziale è un mero *escamotage* volto ad attrarlo verso l'estensione della rete di servizi accessori da lui richiesti: all'indomani dell'ottenuta sua fiducia, ecco spesso modificati unilateralmente tasso, commissioni, oneri e spese concordati⁹. Nella misura in cui prelude a danneggiare, seppur modestamente, un numero consistente di vittime, in ogni caso, la pluri-offensività di queste eventuali condotte illecite o abusive dell'intermediario, in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, è destinata a rimanere impunita per i motivi appena tratteggiati, ma non solo.

A titolo esemplificativo¹⁰, si ponga il caso di una banca che, in maniera illegittima, addebiti ad ogni correntista 1€ al mese di spese non pattuite. Se il potenziale cliente, in procinto di sottoscrivere un contratto di conto corrente, si accorge del lieve danno patrimoniale che patirebbe ingiustamente, potrebbe cambiare l'istituto creditizio a cui rivolgersi, ma, non riguardandolo più in prima persona, non denuncerà la prassi illecita, che, quindi, rimarrà atta a pregiudicare i diritti di altri consumatori. Al contrario, se lo ha già sottoscritto, è chiaro che la perdita a suo capo sarà minima e, quasi certamente, non tale da indurlo a tutelare il suo diritto in sede giudiziaria; allo stesso tempo, a quest'innalzamento di tariffa, di norma, spesso non può sottrarsi previo recesso, non solo per l'assoluta incertezza sui tempi e sulle modalità di trasferimento dei rapporti presso un'altra banca, ma soprattutto per i suoi elevati costi, specialmente se il suo conto corrente è affiancato

⁹ È di quest'opinione MARCELLI, in *Il mercato del credito e della finanza: più ombre che luci*, in *www.ilcaso.it*, 2009, § 1, il quale sottolinea ulteriormente che «[l]a rilevante funzione pubblica assolta dall'operatore bancario - nell'attività di raccolta del risparmio, di selezione ed erogazione del credito - se giustifica l'attenzione e protezione che leggi speciali riservano all'intermediario bancario, rende tuttavia, nel contempo più aberranti e deprecabili quelle scelte aziendali che, impiegando la posizione di privilegio normativo, condizionano e piegano all'interesse di bilancio dell'intermediario stesso, le esigenze e l'interesse del cliente, sia esso risparmiatore od imprenditore».

¹⁰ L'esempio, illuminante per chiarezza e semplicità, è tratto dall'opuscolo informativo della Camera di Commercio di Torino, BERTOLINO, *Le azioni di classe*, Torino, 2011, 5.

dagli usuali servizi finanziari¹¹. Nondimeno, il guadagno per la banca potrà essere notevole, considerato l'elevato numero di correntisti¹² che le si affidano, ignari del pregiudizio subito.

È inevitabile, pertanto, concludere che accadimenti di siffatta *mala gestio* richiedono più sostanziali riequilibri *ex post* dei rapporti tra banca e cliente, specialmente se sommati a talune pratiche commerciali scorrette a vasto raggio che possono trarre ancora maggiore impulso dalla crisi globale che stiamo attraversando. Emblematiche a tal proposito sono le patologie in cui può incorrere l'offerta di credito al consumo che, in questo periodo, può intercettare anche la domanda dei consumatori più deboli economicamente e, quindi, più facilmente manipolabili¹³ dalla persuasività quasi aggressiva delle campagne pubblicitarie che, pur di allocare prodotti e servizi di qualsivoglia tipologia, esaltano la possibilità di acquistarli a rate - magari differendo nel tempo il pagamento della prima -, nonché quella di avvalersi di sofisticate tecniche assicurative *consumer credit insurance*¹⁴ e di altrettanto complessi e nuovi sistemi di finanziamento¹⁵.

Quale conseguenza diretta delle ricorrenti crisi finanziarie dell'ultimo

¹¹ In tal senso, cfr. MARCELLI, *op. ult. cit.*, § 2. Allo stesso tempo, secondo alcuni rilievi statistici riportati da PAGNONCELLI, in *Aspetti reputazionali degli intermediari finanziari*, cit., 11 ss., anche quando la propria banca è avvertita come distante dai bisogni delle famiglie e delle piccole imprese, stante anche il permanere di uno stato economico di crisi, essa è comunque ritenuta economicamente più solida del sistema bancario italiano nel suo complesso, motivo per cui la propensione a cambiare banca è alquanto limitata. I clienti più propensi a raccogliere informazioni su altri concorrenti istituti di credito sono i soggetti maggiormente tecnologici che danno poco peso alla relazione col personale di banca, ma che costituiscono ancora una netta minoranza dell'utenza bancaria *retail*.

¹² A fine 2008, anno in cui l'entrata in vigore dell'allora azione collettiva risarcitoria è stata differita ed è stato accesissimo il dibattito sull'opportunità di una sua completa riformulazione, si consideri che i conti correnti in essere presso le banche risultavano pari a circa venticinque milioni, ulteriori ai cinque milioni presso Bancoposta.

¹³ Così GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 200.

¹⁴ Si tratta di specifiche polizze assicurative, la cui peculiarità consiste non già nel garantire il rischio di credito, ma nel prevedere una copertura per il rischio di sovra-indebitamento definibile passivo, cioè dovuto alla sopravvenienza di eventi non imputabili al debitore che fanno venir meno in tutto o in parte i flussi di entrata: disoccupazione, malattia, morte, separazione personale, *et cetera*.

¹⁵ Si pensi alla diffusione delle carte di credito *revolving*, che generano ricavi per tasse annue, spese fisse, commissioni commerciali e di scambio, interessi per il rimborso rateale: esse sono state oggetto dell'attenzione della Banca d'Italia che lo scorso 20 aprile 2010 ha diffuso un documento dal titolo "*Credito revolving concesso con carte di credito: cautele e indirizzi per gli operatori*", reperibile in www.bancaditalia.it. In crescita è anche lo strumento, in verità tutt'altro che nuovo, del finanziamento concesso su cessione del quinto dello stipendio, grazie ai recenti interventi normativi che ne hanno esteso l'accesso ai dipendenti del settore privato e ai pensionati e alla sua capacità di finanziare soggetti con merito creditizio *non prime*.

decennio¹⁶, inoltre, è pressoché scontato rammentare il dirompente contenzioso seriale generato dalle istanze di una moltitudine di investitori *retail* che, a torto o a ragione, si sono sentiti «traditi» ed hanno domandato al loro professionista finanziario di fiducia, che li aveva assistiti nelle operazioni di investimento, di essere tenuti indenni dalle ingenti perdite subite¹⁷. Se, da un lato, vi sono numerose sentenze che hanno accertato una responsabilità degli intermediari finanziari in conseguenza dell'inadempienza degli obblighi imposti dal TUF, altrettante sono le pronunce che hanno rigettato le richieste risarcitorie di risparmiatori che hanno così tentato di «scaricare» le conseguenze di scelte di investimento sicuramente poco felici, ma alla cui origine non poteva essere ravvisata alcuna condotta illecita di costoro¹⁸.

Ovviamente, in questi casi, l'entità del danno subito è stata molto più ingente rispetto a quella derivante dagli esempi appena citati¹⁹, motivo per cui l'apatia razionale dei potenziali promotori di azioni individuali è stata meno

¹⁶ Si pensi, in primo luogo, ai notissimi *default* che hanno colpito le obbligazioni Giacomelli, Cirio e Parmalat, nonché i *bonds* argentini, quali prodotti finanziari ad alto rischio e difficilmente rimborsabili che gli intermediari responsabili hanno collocato presso il pubblico dei piccoli risparmiatori senza fornire - talvolta con dolo e tal'altra per ignoranza colposa - le informazioni necessarie sull'insolvenza delle società emittenti e/o sulla crisi economica dello stato sudamericano. Secondariamente, si ricordi il più recente fallimento di Lehman Brothers, in seguito alla crisi americana generata dai mutui *sub-prime*.

¹⁷ Per una rassegna congiunta delle sentenze rese in materia prima dell'attuazione della direttiva MiFID, si veda GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria*, cit., 360 ss. Ad onor di cronaca, è sufficiente ricordare le aule penali italiane affollate di parti civili nel processo Parmalat.

¹⁸ Cfr. LUCCHINI E GUASTALLA, *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 741 ss., spec. 742, ove si legge che «è emerso un atteggiamento di grande sensibilità della giurisprudenza con riferimento al contenzioso legato ai danni subiti dagli investitori. Infatti, se da un lato le nostre Corti sono state in grado di stigmatizzare con il dovuto rigore le condotte di alcuni intermediari finanziari irrispettose della normativa in materia - se non, in alcuni casi, addirittura molto "disinvolute" - nel contempo hanno dimostrato altrettanta attenzione nell'arginare un non trascurabile effetto di *moral hazard* degli investitori delusi da operazioni che avevano dato un risultato negativo». Deve, peraltro, darsi conto di qualche eccezione: si veda, sul punto, PELLEGRINI, *La responsabilità dell'intermediario per «solidarietà creditoria» in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, nota a Trib. Ferrara, 28 settembre 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 171 ss., spec. 178, ove si rimarca «l'assoluta gravità della posizione manifestata dal Tribunale di Ferrara. Come si è tentato di sottolineare, quest'ultimo - in una situazione di perfetta e comprovata aderenza della banca a tutte le prescrizioni della legislazione comune e speciale, ivi considerato anche il profilo soggettivo ed oggettivo dell'investitore - ha deciso in modalità che prescindono da qualsiasi evidenza processuale, oltre che in palese contrasto con le indicazioni rivenienti dalla normativa vigente all'epoca dei fatti oggetto di valutazione da parte del Giudice».

¹⁹ Secondo le stime dell'Adusbef, i *crack* finanziari dal 2001 ai giorni nostri sono costati complessivamente 52 miliardi di €, a danno di 1,121 milioni di comuni cittadini, per una spesa media unitaria di 46.387 €. Trattasi di un calcolo parziale, che tiene conto solo dei casi finiti in Tribunale, seppur infinite siano le vie, anche legali, per privatizzare gli utili e socializzare le perdite.

incisiva. Tuttavia, il parallelo trasmigrare di un cospicuo numero di risparmiatori italiani verso l'ordinamento giudiziario statunitense, per affidare la propria tutela al meccanismo di risarcimento collettivo ivi storicamente vigente²⁰, è stato un dato di fatto esemplificativo dell'insufficienza dei nostri rimedi civilistici tradizionali di fronte a qualsivoglia pluri-lesivo "danno finanziario"²¹. Più nello specifico, la mancanza di un meccanismo di tutela risarcitoria seriale nel nostro ordinamento rendeva più difficilmente accoglibile presso la giurisdizione oltreoceano l'eccezione *forum non conveniens*²² sollevabile dall'impresa convenuta.

I.2. Tutela civilistica super-individuale e vantaggi in termini di deterrenza.

Poiché la teoria delle decisioni razionali ha dimostrato che quanto più il gruppo degli interessati è ampio e socialmente disperso, tanto più la sua organizzazione spontanea è da escludersi, l'analisi di diritto comparato insegna che, in tutte le ipotesi di danno pluri-reiterato appena tracciate, la proposizione della domanda giudiziale può essere favorita da *escamotage* che incoraggino l'aggregazione sul piano processuale delle domande individuali. In questo modo, se da un lato l'impresa potenziale convenuta è indotta a mutare la propria condotta, non potendo più contare sull'apatia dei singoli utenti, dall'altro il regolatore pubblico e le autorità indipendenti, non potendo più giustificare la propria inazione o il proprio ritardato intervento a fronte dell'iniziativa dei soggetti danneggiati, sono spinti ad intervenire tempestivamente²³.

Ecco, dunque, perseguito l'obiettivo giurisdizionale di un'effettiva

²⁰ Come si evince in SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*, 2010, 1, nota 2, ad esempio, «l'assenza di una disciplina collettiva risarcitoria all'interno del nostro ordinamento ha, per altro, portato alla proposizione, presso il Tribunale di New York, di una *class action* contro la Parmalat e le società ad essa collegate, con la partecipazione di circa 8 mila obbligazionisti italiani e che, di recente, hanno ottenuto transazioni processuali in merito».

²¹ Con quest'etichetta nominale sono definiti in PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, cit., 379, «una vasta gamma di pregiudizi derivanti da un investimento non pienamente soddisfacente: può trattarsi, ad esempio, della diminuzione patrimoniale sofferta da quanti hanno consegnato delle somme in virtù di contratti nulli o privi di efficacia; della perdita scaturente dall'illecito, contrattuale o aquiliano, perpetrato da chi ha emesso strumenti finanziari ovvero da chi svolge attività di intermediazione; e così via». Per una esplicitazione delle singole fattispecie di tal genere tutelabile *ex art. 140-bis* del codice del consumo, si veda il capitolo IV del presente lavoro.

²² Trattasi, cioè, del principio di *common law* per cui una corte può rifiutare la propria giurisdizione quando una controversia è più adeguatamente trattabile da altra giurisdizione.

²³ In tal senso, cfr. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato*, cit., 22.

attuazione dell'art. 24, comma 1 della Costituzione anche per le micro-pretese seriali²⁴ e quello sistemico di un concreto rafforzamento del tasso di legalità del mercato, alla luce del rinnovato art. 118, comma 4 della Costituzione²⁵.

Anche la professionista banca, ovviamente, soggiace all'incidenza di queste tecniche di *private enforcement*, con una peculiarità su cui porre l'accento: il primo analizzato statuto etero-normativo - di legge, ma anche di vigilanza - di particolare rigore rispetto a quelli delle "comuni" imprese, cui è sottoposto il suo operare, comporta, oltre ad un'astratta configurazione ottimale della sua reputazione²⁶, anche un altrettanto legittimo affidamento dei terzi clienti sull'effettiva correttezza dei suoi comportamenti; in questo caso, pertanto, «la reputazione diventa - ovvero crea, per così dire - il rischio legale»²⁷ in virtù della c.d. *shame culture*.

I modelli applicativi attraverso cui questa duplice esigenza può concretizzarsi sono riconducibili, per lo più, a due schemi tipo. In primo luogo, si individua l'azione collettiva, che accorda ad un ente di tipo associativo la legittimazione ad agire per la tutela dell'interesse superindividuale di categoria²⁸,

²⁴ Pur essendo questa l'autorevole opinione espressa in RORDORF, *L'azione di classe*, cit., *passim*, giova qui ricordare che sempre all'art. 24, comma 1 della Costituzione, in passato, la dottrina aveva fatto più volte riferimento per escludere l'ammissibilità della *class action* nel nostro sistema giuridico, in quanto legittimante il singolo ad agire per la protezione, oltre che del proprio diritto - come riconosciuto espressamente da tale dettato costituzionale -, anche del diritto altrui, qual è, appunto, il diritto degli appartenenti ad un'intera classe. Per una sintesi esauriente degli argomenti opposti in origine dalla dottrina italiana all'adozione *tout court* del modello nordamericano, si veda *ex multis* RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 ss. *Contra*, per un'interessante lettura che consentiva, già in principio, di *bypassare* l'incompatibilità tra questo rimedio aggregativo e la strutturazione su base «individuale» del nostro sistema giuridico, cfr. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit., 641, opinione esposta nel dettaglio alla nota 141 del § I.5.

²⁵ Come sottolineato da GALGANO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 2 e 4, infatti, l'avvento dell'art. 4 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, di modifica dell'art. 118 della Costituzione, il cui nuovo comma 4 statuisce che «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà», ha capovolto l'antico rapporto tra pubblico e privato, dal momento che «ora i pubblici poteri debbono intervenire, a tutela degli interessi generali, solo se è carente l'iniziativa di privati, singoli o associati». Ciò nonostante, aggiunge l'autore, «la nostra *class action* resta limitata alla tutela dei consumatori, [e] non è estensibile a ogni interesse diffuso, come la nuova norma costituzionale renderebbe legittimo».

²⁶ Per la sua nozione poliedrica cfr. la nota 28 del § 2 delle premesse.

²⁷ Così DOLMETTA, *La funzione di compliance nella vigilanza bancaria*, in *www.ilcaso.it*, 2012, 4 s., documento altresì reperibile in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 125 ss.

²⁸ In altre parole, l'interesse individuale dei singoli, qualora risulti condiviso da un gruppo indeterminato di soggetti, accomunati dalla titolarità di diritti soggettivi personali omogenei, si rafforza, confluendo in una dimensione collettiva del rimedio giurisdizionale. Infatti, oltre a ledere i diritti individuali di una moltitudine di soggetti occasionali, la condotta illegittima della controparte

previo accertamento dell'illiceità del comportamento denunciato e sua conseguente inibizione²⁹; in questo caso, il principale incentivo ad attivare il rimedio processuale è costituito dal «ritorno d'immagine dell'associazione presso i componenti della categoria interessata, cui si può credere che possa seguire anche un ritorno in termini finanziari sotto forma di contribuzioni spontanee»³⁰.

L'altro fronte opzionale, invece, è quello dell'azione di classe che, instaurata da un singolo *class representative*, consente l'aggregazione in un unico processo di più diritti di credito isomorfi, su impulso di uno degli interessati e senza il concorso della volontà degli altri, dando luogo ad una sentenza di condanna risarcitoria e/o restitutoria³¹. Il suo elemento chiave è costituito da una struttura di incentivi, diretti a permettere agli avvocati di far valere i diritti dei membri della categoria interessata, senza bisogno di ricevere esplicito mandato - se non da uno di essi -, e di essere retribuiti conseguentemente in caso di vittoria; pertanto, «gli interessi di chi agisce in giudizio per proteggere la categoria vengono riallineati con quelli dei suoi componenti, perché per entrambi l'obiettivo primario

abituale arrega pregiudizio anche ai c.d. "interessi diffusi" - quali la trasparenza dei mercati finanziari, la protezione del risparmio e della concorrenza, la salvaguardia del patrimonio ambientale e paesaggistico, il respirare un'aria pulita, *et cetera* - che, essendo attribuiti ad un ente esponenziale individuato dalla legge, assumono la qualità di "interessi collettivi". Circa il *discrimen* tra interesse diffuso e interesse collettivo, riuscire a cogliere con esattezza un'opinione dottrinale e giurisprudenziale predominante è impresa ardua. Per un ragguaglio sommario in proposito, si rinvia, tra i tanti, a GRISAFI, *Interessi collettivi e interessi diffusi. Danno collettivo e tutela del consumatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 931 ss.; FIORIO, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 c. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140bis)*, in *Giur. it.*, 2008, 2759 ss.; e ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in *www.judicium.it*, 2009, § 2 ss.

²⁹ Come afferma COSTANTINO in *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, 389, questo schema procedimentale aggrega una pluralità di soggetti, esposti al rischio della lesione dei propri diritti o della propria sfera patrimoniale e ha lo scopo di prevenire un evento dannoso - che, perciò, non si è ancora verificato -, ovvero - qualora si sia già verificato - di limitarne le conseguenze, evitando il protrarsi dell'illecito. Pertanto, l'interesse collettivo assume effettiva rilevanza sul piano formale, poiché la cessazione della condotta pluri-offensiva è idonea a soddisfare congiuntamente ciascuno e tutti i portatori.

³⁰ Così GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato*, cit., 116.

³¹ Sempre per COSTANTINO, *op. ult. cit.*, 389, lo schema procedimentale dell'azione di massa presuppone che l'evento dannoso si sia già verificato e, quindi, che ciascun membro della classe intenda esser risarcito. Pertanto, sebbene la condotta fonte del danno sia unica e comune a tutti, si è in presenza di una pluralità di interessi individuali lesi. Per contemperare questi due aspetti sono praticabili diverse tecniche processuali: si può prescindere dalla lesione subita da ciascuno degli aventi diritto, utilizzando strumenti, quali la condanna al pagamento dei c.d. "danni punitivi", o di quelli prodotti, indipendentemente da quelli subiti; oppure, se l'obiettivo è la reintegrazione patrimoniale di ciascuno dei danneggiati, occorre prevedere una struttura bifasica della tutela, ove, in una prima fase, si accerta la responsabilità del danneggiante e si determinano i criteri di liquidazione e, in una seconda, si procede al risarcimento individuale.

è l'accoglimento della domanda»³².

In seguito all'adozione di una di queste tecniche giurisdizionali, il professionista potenziale trasgressore, innanzitutto, secondo il principio di buon senso "*quot capita, tot sententiae*", deve tenere in conto che maggiore è la diffusione - per numero e per aree geografiche - dei prodotti e servizi forniti, più alta sarà la probabilità di incorrervi quale soggetto passivo. Secondariamente, le conseguenze penalizzanti che potrebbero derivargli da un eventuale condotta illecita seriale, seppur bagatellare, sono molteplici: il danno reputazionale, costituito dalla flessione dei profitti aziendali o, nei casi più gravi, addirittura dal proprio fallimento, in seguito al calo dei clienti potenziali e/o all'abbandono da parte di quelli acquisiti; il danno monetario, cioè l'esborso economico derivante dalla stessa inosservanza di legge o regolamento; e, infine, il danno da inibitoria. Ovviamente, l'impresa dovrà soppesare la possibile sovrapposibilità tra queste sanzioni a suo carico, il che, nella prassi, è molto frequente: in primo luogo, la concessione di un'inibitoria può presentarsi come "anticamera" di una *class action*, sfociante in un'ulteriore obbligazione risarcitoria; allo stesso tempo, entrambi questi rimedi comportano un grave danno di immagine per l'impresa convenuta, che non sempre è annullato qualora il processo si concluda con un esito a lei favorevole. Di fronte ad una siffatta mappatura del rischio da contenzioso³³, l'eventualità di schivarlo è direttamente proporzionale al livello di presidi di correttezza comportamentale, di cui l'impresa si dota; in altre parole, la miglior difesa è la prevenzione delle condotte illecite.

Per il settore bancario, lo sviluppo della funzione di *compliance*³⁴ aiuta,

³² Così GIUSSANI, *op. ult. cit.*, 119. È chiaro che l'Autore ha in mente il modello di *class action* proprio della giustizia americana, per cui sussiste la possibilità di *contingency fees* per gli avvocati, cioè di onorari legati all'importo recuperato nella causa.

³³ Una volta introdotto un rimedio giudiziale di massa, si consideri che, ovviamente, anche un'isolata controversia tenacemente coltivata da un singolo cliente può spianare la strada all'avanzamento *en bloc* di diverse centinaia o migliaia di pretese identiche, tutte basate sulla medesima violazione accertata all'esito di questo primo *pilot case*, motivo per cui ha più senso riferirsi al "rischio da contenzioso" e non esclusivamente al "rischio da contenzioso di massa". Riguardo le difese attivabili dall'impresa contro di esso, cfr. ROMOLOTTI, *La gestione preventiva del rischio "class action" per l'impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2010, n. 11, 20 ss., nonché CARPAGNANO, *L'azione di classe: opportunità di tutela per i consumatori e possibili difese per le imprese*, in www.osservatorioantitrust.eu, 2011. Si veda anche il precedente FRIGNANI E VIRANO, *Concorrenza, class actions e Libro Bianco. Come potranno modificare il risk management delle imprese che operano sul mercato*, in *Telex Anie*, 2008, n. 9, 2 ss.

³⁴ Con questo termine, non rientrante nel novero degli istituti trattati abitualmente dalla letteratura giuridica italiana, si individua l'«attività (: la funzione, appunto) volta a sistemare in via

infatti, a migliorare l'attenzione al cliente da parte dell'intermediario, nonché la propria organizzazione interna ed i modelli di *business* su cui strutturare la propria attività. Elementi tutti contribuenti a rafforzare il legame fiduciario con la propria utenza di riferimento, allontanando così l'eventualità di essere citati in giudizio.

Efficienti *policies*, volte a favorire il mantenimento di buone relazioni con la clientela, sono: la diffusione dei principi etici d'impresa; l'utilizzo di strumenti contrattuali puntuali³⁵, ma non vessatori, ove la doppia sottoscrizione *ex artt.* 1341 e 1342 CC sia un momento di vera e propria comprensione degli effettivi contenuti del negozio giuridico in via di conclusione³⁶; una gestione dei reclami³⁷ finalizzata alla piena soddisfazione del cliente e non al mero "scarico" di responsabilità; e, in caso di non accoglimento totale o parziale della lamentela del risparmiatore - ovvero decorso un certo lasso di tempo dalla sua presentazione senza alcuna risposta dall'intermediario³⁸, una soddisfacente quietanza stragiudiziale della

preventiva il rischio di comportamenti dell'impresa [...] non conformi alle norme. Alle norme in genere, per la verità; per il contesto che qui interessa in modo immediato, alle norme giuridiche in specie. Di queste ultime, tutte: le norme di eteronomia, come pure quelle di autonomia». In questi termini, si esprime DOLMETTA, in *La funzione di compliance nella vigilanza bancaria*, cit., 1 s.

³⁵ A tal proposito, in VECCHI, *L'azione di classe e l'impostazione della difesa*, inedito, 2009, 14, si puntualizza che una strategia preventiva d'impresa, volta a sventare l'aggregazione di un cospicuo numero di potenziali utenti danneggiati, consta nel revisionare i contratti *standard*, prevedendo l'inserimento di allegati individuali, a misura del singolo cliente. Quest'*escamotage*, più nello specifico, è destinato a influire sulla parcellizzazione dell'omogeneità delle pretese individuali, al fine di evitare la costituzione di diritti isomorfi, oggetto di un'eventuale azione di classe.

³⁶ In tal senso cfr. ROMOLOTTI, *op. ult. cit.*, 24.

³⁷ Quale tentativo di composizione della lite previa negoziazione diretta tra professionista e consumatore, ascrivibile nell'alveo delle *Alternative Dispute Resolution* - d'ora in avanti, solo per comodità, indicate con l'acronimo ADR -, trattasi di un "servizio accessorio" che «assolve alla stessa funzione di un efficiente servizio post-vendita e assistenza», oltre ad esperire un importante ruolo di *marketing* aziendale. Per un suo inquadramento, cfr. ZENO-ZENCOVICH E PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?», cit.*, 232 ss.

³⁸ Per garantire al cliente una risposta sollecita ed esaustiva ai reclami, ai sensi della Sez. VI, § 1 delle disposizioni attuative adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009, che riproduce pressochè letteralmente l'art. 5, comma 1 della delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275, «[i]l cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di 30 giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario può presentare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, anche senza avvalersi dell'assistenza di un avvocato». D'altro canto, ai sensi dell'art. 7, lett. b) della delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763, che riproduce pressochè letteralmente l'art. 4, comma 2, lett. b) del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179, «[l]'istanza volta all'attivazione della procedura di conciliazione [della Camera istituita *ad hoc* presso la Consob] può essere presentata esclusivamente dall'investitore quando per la medesima controversia sia stato presentato reclamo all'intermediario cui sia stata fornita espressa risposta, [oppure] sia decorso il termine di novanta giorni, o il termine più breve eventualmente stabilito dall'intermediario per la trattazione del reclamo, senza che l'investitore abbia ottenuto risposta». Lo stesso dicasi a titolo di condizione di ammissibilità dell'arbitrato semplificato instaurabile presso la Consob ai sensi dell'art. 29, comma 3 della delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763.

controversia presso gli organi istituiti *ad hoc*³⁹.

In particolare, la progressiva diffusione della cultura della conciliazione e della soluzione per via transattiva del reclamo, oltre a ridurre drasticamente i costi⁴⁰ ed i tempi⁴¹ di accesso alla giustizia, consente di salvaguardare la continuità del rapporto negoziale, diversamente dal processo che, contrapponendo le parti, ne lede irrimediabilmente la relazione pre-esistente. In più, essendo instaurati presso organismi specializzati nella materia oggetto del contendere⁴², questi strumenti di

³⁹ In particolare, gli artt. 27 e 29 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 hanno istituito due organismi soggetti ad autorizzazione e controllo governativo, divenuti rispettivamente operativi il 21 marzo 2011 ed il 15 ottobre 2009. Trattasi, da un lato, della Camera di conciliazione e arbitrato amministrata dalla Consob, poi disciplinata dal d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179 e dalla delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763 (integrata dalla successiva delibera Consob 01 agosto 2012, n. 18275) e destinata alla risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari per la violazione da parte di questi ultimi degli obblighi d'informazione, trasparenza e correttezza nei rapporti contrattuali con la clientela. Dall'altro, dell'Arbitro Bancario Finanziario - d'ora in avanti, solo per comodità, indicato con l'acronimo ABF - in seno alla Banca d'Italia, poi disciplinato, in attuazione dell'art. 128-bis TUB, dalla delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 e dalle "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" adottate il 18 giugno 2009 dalla Banca d'Italia (e successivamente modificate il 13 novembre 2012); e destinato alla risoluzione delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari non assoggettati al Titolo VI TUB.

⁴⁰ Ai sensi della Sez. V, § 2 delle disposizioni attuative adottate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009 «[i]l ricorso [al meccanismo di ABF] è gratuito per i clienti, salvo il versamento di un importo pari a 20 euro per contributo alle spese della procedura [...], a pena di irricevibilità[...]. Il collegio, qualora accolga il ricorso in tutto o in parte, prevede che l'intermediario: a) rimborsi al ricorrente il contributo versato; b) versi un importo pari a 200 euro per contributo alle spese della procedura». D'altro canto, come prescritto dagli allegati alla delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763, le spese amministrative per l'avvio della conciliazione stragiudiziale presso la Consob, quelle per l'avvio dell'arbitrato tradizionale e, infine, quelle per l'avvio dell'arbitrato semplificato sono rispettivamente di 30 €, 100 € e 50 € per ciascuna parte.

⁴¹ Independentemente dall'esito più o meno soddisfacente dei procedimenti *de quo* per la clientela, il fattore tempo gioca un ruolo fondamentale ai fini della certezza e fluidità dei rapporti giuridici di cui si cerca di salvaguardare la pacificazione. Relativamente alla procedura presso l'ABF, la Sez. VI delle disposizioni della Banca d'Italia indica in 105 giorni a partire dalla ricezione del ricorso il tempo per la decisione, comprensivi dei 45 giorni concessi all'intermediario per l'invio delle controdeduzioni sul ricorso e, in virtù del § 3 della successiva Sezione VII, fatti salvi gli eventuali periodi di sospensione deliberati dai Collegi per esigenze istruttorie e quelli annuali di pausa estiva (dall'1 al 31 agosto) e invernale (dal 23 dicembre al 6 gennaio). D'altro canto, ai sensi dell'art. 13, comma 1 della delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763, «[l]a procedura [di conciliazione stragiudiziale presso la Consob] si conclude entro sessanta giorni dal deposito dell'istanza ovvero dal successivo deposito delle integrazioni e delle correzioni»; ed ai sensi del successivo art. 25, comma 1 «[g]li arbitri pronunciano il lodo nel termine di centoventi giorni dall'accettazione della nomina».

⁴² Nello specifico, ognuno dei 3 collegi regionali ABF è composto di cinque membri che, a prescindere dalla fonte della loro designazione, devono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza. In particolare, secondo la Sez. III, § 3 delle disposizioni della Banca d'Italia, «[e]ssi sono scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori»; più nello specifico, «[p]er la valutazione di tale competenza sono considerate le esperienze nel

ADR garantiscono al singolo una protezione più adeguata di quella esperibile di fronte alla giurisdizione nazionale ordinaria, specie in questioni altamente tecniche come quelle bancarie e/o finanziarie. Ecco così spiegata la loro utilità nel mitigare il rischio da contenzioso di massa: funzionando da filtro presso i reclami della clientela, le pretese seriali individuali, aggregabili tra loro nella lite di massa, hanno una possibile valvola di sfogo.

La scelta di affidare alle *authorities* settoriali⁴³ la gestione delle ADR, tuttavia, rischia di offuscarne i pregi, vanificandone la legittimità e la credibilità agli occhi del *consumer* reclamante. Da un lato, infatti, l'istituto di credito può esser indotto a non collaborare alla soluzione stragiudiziale della lite, per il timore che il riconoscimento della contestazione ivi adottata sia ritenuto, in sede di vigilanza, un'implicita ammissione di illecito sanzionabile; dall'altro, posto che l'ente amministrante il contenzioso è il medesimo che produce le norme da applicare e sanziona gli eventuali inadempimenti, il cliente può non percepirlo come imparziale⁴⁴, indipendente⁴⁵ e terzo⁴⁶. Oltre che per questi fattori, poi, il

settore finanziario (esponenti aziendali, componenti gli organi delle procedure di crisi, dipendenti delle autorità di vigilanza cessati dall'esercizio delle funzioni di vigilanza, revisori contabili, consulenti) e quelle maturate in generale nel campo dell'arbitrato o della conciliazione, nonché l'attività di docenza e le pubblicazioni in discipline giuridiche ed economiche». Infine, «[i]n considerazione della necessità di garantire un impegno attivo e costante dei componenti dell'organo decidente sono valutati, tra l'altro: *i*) il numero e la gravosità di altri incarichi già ricoperti; *ii*) l'età anagrafica del componente; *iii*) la prossimità del luogo di residenza o domicilio con la sede del Collegio». Similmente, l'art. 2, comma 1 della delibera Consob 29 dicembre 2008, n. 16763, in attuazione dell'art. 2, comma 5, lett. a) del del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179, prevede che «[l]a Camera [di conciliazione e arbitrato] è composta da un presidente e da quattro membri, scelti tra persone dotate di specifica e comprovata esperienza e competenza e di riconosciuta indipendenza, nominati dalla Consob»; in particolare, il successivo comma 3 specifica che «sono individuati tra le seguenti categorie: *a*) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; *b*) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; *c*) professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridico/economiche, in servizio o in quiescenza».

⁴³ Ad esempio, il Consiglio di Stato, con parere del 6 luglio 2011, ha espressamente aderito alla tesi secondo cui la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob è un organo privo di autonoma soggettività, in quanto mera emanazione della Consob stessa. Più in generale, in nome dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio, i meccanismi alternativi di soluzione del contenzioso contribuiscono anche alla realizzazione delle finalità di vigilanza, arricchendo il patrimonio informativo a disposizione delle autorità di settore e orientandone meglio l'azione in termini di tempestiva identificazione di situazioni di criticità e di adozione dei conseguenti interventi correttivi.

⁴⁴ L'imparzialità consiste nel disinteresse del giudice per la soluzione della controversia, rilevando anche fatti o situazioni esterni o estranei alla situazione processuale in quanto tale, ma

rischio per il professionista di essere convenuto per via giudiziale non è eliminabile in maniera assoluta, poiché, più in generale, qualunque procedura di ADR, al di là dei propri presupposti e del proprio funzionamento, da un lato, non vincola al suo previo esperimento il consumatore, che rimane pur sempre libero di agire in via ordinaria⁴⁷. Dall'altro, onde evitare che quest'alternativa stragiudiziale si trasformi in una svendita di risposta ad una domanda di giustizia frustrata, una volta esperita, essa non preclude il diritto del consumatore di adire il giudice ordinario competente, indipendentemente dal suo esito⁴⁸.

Pertanto, il professionista, specialmente nel settore del credito, deve

suscettibili di generare il dubbio di un pregiudizio ovvero un preconcetto del giudice in ordine all'esito della controversia.

⁴⁵ L'indipendenza consiste nella libertà di agire secondo il proprio giudizio e la propria volontà senza subire condizionamenti da parte di altri; per evitare condizionamenti del giudice è necessario garantire l'assenza di vincoli e di rapporti di soggezione formale e sostanziale nei confronti di altri organi.

⁴⁶ La terzietà del giudice consiste nell'alterità rispetto alle parti in causa. In particolare, la non estraneità del terzo sussiste non solo quando questi sia titolare dello stesso interesse di una delle parti, ma anche quando questi abbia un interesse proprio e autonomo nel possibile esito della lite.

⁴⁷ A tal proposito, *in primis*, il considerando n. 21 della Raccomandazione 98/257/CE evidenzia che «in conformità con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'accesso ai tribunali costituisce un diritto fondamentale che non conosce eccezioni» e che, poiché «le procedure extragiudiziali non possono proporsi di sostituire il sistema giudiziario; [...] l'utilizzazione della via extragiudiziale non può privare il consumatore del suo diritto d'accesso ai tribunali se non quando egli lo accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa e in una fase posteriore all'insorgere della controversia». Pare, dunque, da cogliersi con plauso la sentenza Corte Cost., 06 dicembre 2012, n. 272, in *www.altalex.com*, 2012 dichiarante l'incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. 04 marzo 2010, n. 28, ai sensi del quale «[c]hi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di [...] contratti assicurativi, bancari e finanziari è tenuto preliminarmente a esperire [...] il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia [...] per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza». Giova, comunque, ricordare che, in deroga a questa previsione generale, l'ultimo capoverso della presente disposizione già affermava che «[i]l presente comma non si applica alle azioni previste dagli art. [...] 140-bis del codice del consumo».

⁴⁸ In quest'ottica, da un lato, l'art. 6 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179 afferma che «[l]a clausola compromissoria [*n.d.r.* che devolve le controversie all'arbitrato istituito presso la Consob] inserita nei contratti [quadro], stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta». Dall'altro, esprimendo la non vincolatività della decisione resa dall'ABF, il comma 7 dell'art. 6 della delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275 afferma che «[n]ei casi di inadempimento o di ritardo nell'adempimento della decisione ovvero nei casi di mancata cooperazione dell'intermediario, l'inadempimento è resa pubblica secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia», e il successivo comma 8 conclude che «[r]esta ferma la facoltà per entrambe le parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi».

monitorare in via prudenziale l'oggetto dei reclami e/o degli arbitrati e/o delle conciliazioni che l'hanno visto coinvolto o che hanno interessato aziende concorrenti, allo scopo di compiere, per ogni "situazione di rischio *class action*" ivi individuabile, un'analisi *ad hoc* dei costi e dei benefici. Assicuratosi apposti accantonamenti a bilancio per i costi di un'ipotizzabile *litigation* di massa in materia, qualora sia necessario, sin dalla primissima fase di *certification* egli potrà così impostare un'agguerrita difesa legale. Il che gli consentirà, da un lato, di ridurre al minimo gli effetti di un'eventuale soccombenza in fase di merito⁴⁹; e, dall'altro, di dare *ex nunc* al mercato un segnale netto e preciso della propria scarsa predisposizione alla transazione della lite, essendo statisticamente provato che «le aziende che [vi] si rifugiano subito [...] sono quelle che in futuro saranno maggiormente prese di mira per azioni di diversa natura»⁵⁰. A questi scopi, gli studi legali d'affari, supportati, nel caso di specie, da *team* integrati dai dipartimenti *banking*, dovrebbero muoversi tra il maggior ampliamento possibile dei comportamenti e dei fatti potenzialmente lesivi, assorbendo così tutte le altre iniziative giudiziarie analoghe da parte dei consumatori; ed il conseguente maggiore restringimento possibile dei potenziali aventi diritto, domandando una prova accurata del rapporto di causalità sussistente tra la *causa petendi* ed i danni concretamente subiti⁵¹.

Una volta dilatata nel tempo la fase istruttoria previa la richiesta di accertamenti di fatto più che rigorosi per ognuno dei migliaia di potenziali *class*

⁴⁹ Allo stesso tempo, poiché il contenzioso bancario ha spesso ad oggetto materie connotate da una rilevante complessità tecnica, su cui si appunta l'attenzione dei stessi *mass media*, non si deve dimenticare che tanto basta per poter far incappare l'impresa del credito convenuta in taluni collegi giudicanti che, redigendo "sentenze trattato" fortemente innovative in accoglimento delle tesi più estremiste della dottrina, propongano ricostruzioni penalizzanti per la sua difesa in giudizio. Ecco un motivo ulteriore per impostare una buona linea di difesa *ex nunc*, monitorando costantemente le evoluzioni esegetiche sull'oggetto del contendere.

⁵⁰ Questo rilievo, fatto proprio da FRIGNANI E VIRANO, *Concorrenza, class actions e Libro Bianco*, cit., 9, deve essere chiarito alla luce di quanto esposto in BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno resp.*, 2005, 821, per la quale «il potere e le strategie negoziali del danneggiante possono manifestarsi in maniera diversa a seconda della [sua] percezione del rischio», che è «più forte se i costi che il convenuto deve sostenere sono alti e, soprattutto, maggiori di quelli del danneggiato, mentre se il danneggiante è un *repeat player*, per la cui attività vi sono probabilità medio-alte di cagionare lesioni», è più lieve, motivo per cui, affidandosi a mezzi di autotutela, quali l'assicurazione, «può accettare l'alea della sentenza».

⁵¹ Così VECCHI, *op. ult. cit.*, 17. Più nello specifico, le eccezioni d'inammissibilità della domanda collettiva che l'impresa convenuta può formulare nella memoria difensiva sono elencate nel dettaglio da DE SANTIS, *La class action e le banche: nuova disciplina e ammissibilità dell'azione*, in *Bancaria*, 2011, spec. 54 ss.

members, ovviamente, sarà difficile per il giudice ordinario pervenire ad una condanna esemplare del danneggiante, seppur sulla base di criteri equitativi. È anche questa una delle ragioni per cui, presupposto che tutti i costi di impresa, compresi quelli da contenzioso, si ripartiscono anche sulla sua clientela di riferimento⁵², gli strumenti giudiziali di massa, se utilizzati in maniera consapevole, sono soprattutto efficaci mezzi di deterrenza, destinati a indurre mutamenti “virtuosi” nel futuro operare degli attori forti del mercato, più che efficienti rimedi privati al compimento dell’illecito, per cui sono, comunque, preferibili i sempre più numerosi meccanismi di ADR⁵³.

I.3. Limite oggettivo dei rimedi ex artt. 37 e 140 del codice del consumo

Nonostante l’adozione di uno strumento di gestione delle cause civili collettive per danni fosse già stato additato come un passo ineluttabile per i paesi a c.d. capitalismo maturo⁵⁴, in un primo momento, il legislatore italiano ha incentrato il suo intervento esclusivamente sullo schema dell’azione collettiva, adottandolo non in modo generalizzato, ma solo per taluni settori⁵⁵, di cui paradigmatico è

⁵² A tal proposito, cfr. STAZI, *La rilevanza dell’analisi costi-benefici rispetto alla introduzione dell’azione collettiva risarcitoria in Italia*, in *www.diritto.it*, 2008, *passim*. Più nello specifico, come osservato in PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, cit., 380, non si deve dimenticare che proprio le transazioni con cui, sovente, si chiudono le *securities class actions* americane, «finiscono col gravare non tanto sui *managers*, sui loro consulenti o comunque sugli *insiders*, quanto sul patrimonio delle *corporations* e sui relativi assicuratori (e, dunque, in ultima analisi sulla massa indifferenziata degli *shareholders*)». Giunge alle medesime conclusioni anche BELLINI, *Class actions e mercato finanziario*, cit., 826, per la quale, al fine di colpire gli amministratori, quali veri e propri responsabili degli illeciti finanziari, una soluzione potrebbe essere affiancare alla deterrenza derivante dal contenzioso di massa più severe sanzioni penali ed amministrative a loro carico, come previsto dal *Sarbanes-Oxley Act* del 2002.

⁵³ Tale opinione emerge in PALISI, *Considerazioni sull’azione di classe e sui sistemi alternativi di soluzione delle controversie*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, 534, la quale esalta un impiego a vasto raggio della conciliazione a titolo di efficiente rimedio privatistico a costo contenuto, informale e rapido.

⁵⁴ Così CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit., 615 e 621.

⁵⁵ La rilevanza giuridica degli interessi diffusi e l’introduzione di giudizi speciali, volti alla tutela degli interessi collettivi, emerge già nell’ordinamento corporativo vigente in Italia tra le due guerre, ove l’art. 2601 CC prevedeva che, quando fossero posti in essere atti di concorrenza sleale che pregiudicavano gli interessi di una categoria professionale, l’azione giudiziaria potesse «essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano dalla categoria». Successivamente, in ambito gius-lavoristico, l’art. 28 dello Statuto dei lavoratori ha stabilito che, se il datore di lavoro impedisce il libero esercizio delle attività sindacali o limita il diritto di sciopero, le organizzazioni sindacali nazionali possono andare davanti al giudice, affinché gli venga ordinato di cessare tale comportamento illegittimo e di rimuoverne gli effetti. Questo stesso schema è stato poi riproposto dalla legge n. 903 del 1977 e dalla legge n. 125 del 1991 - oggi confluite nel d.lgs. n. 198 del 2006, meglio noto come “codice delle pari opportunità” -, a tutela della parità di *chances* tra uomo e donna. La tutela collettiva inibitoria è altresì prevista, per le «associazioni di promozione

quello della *consumer protection*. Si allude, in particolare, al rimedio preventivo in materia di clausole abusive, originariamente contenuto nell'art. 1469-*sexies* CC e poi trasfuso, con le dovute modifiche, nell'attuale art. 37 del codice del consumo⁵⁶; nonché a quello inibitorio di portata generale *ex art.* 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, poi recepito nell'attuale art. 140 del codice del consumo⁵⁷.

Prima dell'entrata in vigore di questo ulteriore strumento giurisdizionale ad ampio respiro, il rimedio settoriale *ex art.* 1469-*sexies* CC non si distingueva dalle altre ipotesi di inibitoria tipicamente previste nel codice civile⁵⁸, potendo esclusivamente conseguirne l'emanazione di un ordine di non fare, non assistito da alcun provvedimento positivo complementare. Invece, l'innovativo intervento della legge 30 luglio 1998, n. 281 ha consentito alle associazioni dei consumatori, all'uopo legittimate, di agire in giudizio per ottenere non soltanto una tutela di tipo preventivo, ma, più in generale, un ordine giudiziale, variamente modulabile, che imponga al convenuto il compimento di tutte quelle attività di contenuto fungibile⁵⁹, volte ad evitare il propagarsi del pregiudizio derivante dalla condotta

sociale» dall'art. 27 della legge n. 383 del 2000; a tutela dell'ozono stratosferico dall'art. 14 della legge 549 del 1993; a tutela dell'ambiente, ai sensi dell'art. 310 del codice dell'ambiente, di cui al d.lgs. n. 152 del 2006; contro le discriminazioni razziali ed etniche dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 215 del 2003; e contro quelle in danno dei disabili dagli artt. 3 e 4 della legge n. 67 del 2006. Quale completo quadro d'insieme in proposito, correlato ad un'attenta disamina delle carenze delle rispettive discipline positive, cfr. MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale*, *cit.*, § 4 ss.

⁵⁶ Cfr. in proposito la nota 61 del § 2.2. delle premesse.

⁵⁷ Cfr. in proposito la nota 71 del § 2.2. delle premesse. La maggiore ampiezza di questa tutela giurisdizionale rispetto a quella apprestata in materia di clausole abusive è stata sottolineata da Trib. Roma, 11 agosto 2003, in *Giur. merito*, 2004, 902 ss., secondo cui la sua adozione non presuppone una trama di clausole disciplinanti una particolare tipologia negoziale, ma può indirizzarsi verso atti e comportamenti incidenti sui diritti fondamentali del consumatore, sia prodromici alla conclusione di contratti, sia successivi alla conclusione di rapporti negoziali ed afferenti alle modalità concrete di erogazione delle prestazioni.

⁵⁸ Infatti, in tutte le ipotesi di inibitoria previste dal codice civile, quali l'azione negatoria a difesa della proprietà *ex art.* 949 CC, l'azione di manutenzione a difesa del possesso *ex art.* 1170 CC e l'azione confessoria in materia di servitù *ex art.* 1079 CC (con l'unica eccezione della norma relativa alle immissioni di fumo e calore *ex art.* 844 CC) la formula ricorrente è la "cessazione" del comportamento lesivo del diritto tutelato.

⁵⁹ In particolare, trattasi *ex art.* 140, comma 1, lettere b) e c) dell'adozione di «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate», nonché dell'ordine di «pubblicazione del provvedimento [*n.d.r.* inibitorio] su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, nei casi in cui la pubblicazione possa contribuire a correggere o a eliminare gli effetti delle violazioni accertate». Rispetto al vigente codice del consumo, queste istanze attoree aggiuntive possono essere avanzate al giudice sia *ex art.* 140, sia *ex combinato disposto* degli artt. 37 e 140 - per effetto del rinvio *ex art.* 37, ultimo comma, secondo il quale per quanto non previsto nel presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'art. 140» -, con l'unica esclusione dell'azione promossa *ex art.* 37 dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio.

illecita inibita in via principale. Più precisamente, «sembra che, nella materia del diritto dei consumatori, in considerazione della natura degli interessi coinvolti e delle finalità di tutela del mercato in generale, nonché in considerazione delle particolari modalità di lesione degli interessi di detti soggetti, sia ammissibile in via generale un'inibitoria di contenuto positivo, non soltanto quando si tratti di inibire un comportamento di natura omissiva, ma anche quando, di fronte a comportamenti commissivi, si imponga, oltre alla cessazione dei medesimi, il compimento di misure idonee ad attuare la condanna e ad assicurare la tutela»⁶⁰.

Indipendentemente dai non trascurabili margini di manovra di questo peculiare rimedio civilistico super-individuale, calibrabile sulle esigenze specifiche di ciascun gruppo di consumatori lesi, secondo la maggioranza della dottrina, il suo limite invalicabile, identico a quello dell'inibitoria speciale *ex art. 37* del codice del consumo⁶¹, è l'impossibilità di prender le sembianze di una tutela collettiva propriamente risarcitoria: «se l'interesse collettivo di cui si fa portatrice un'associazione rappresentativa che esercita un'azione inibitoria coincide perfettamente con l'interesse tutelato dal provvedimento richiesto, diversamente, un'associazione rappresentativa non può farsi portatrice di diritti risarcitori, che sono per loro natura diritti tipicamente individuali [...]»⁶².

⁶⁰ Così MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di anatocismo bancario*, in *Contr. impresa*, 2010, 1110.

⁶¹ In questo caso, tra l'altro, è lo stesso oggetto limitato dell'azione ad escluderne *a priori* ogni eventuale ricostruzione in senso favorevole all'adottabilità di misure risarcitorie. Nondimeno, secondo PALMIERI, *op. ult. cit.*, 49, nota 64, «l'inibitoria speciale, specie quando colpisce clausole che escludono o limitano il risarcimento del danno subito dall'aderente, può rivelarsi preziosa per spianare la strada ad azioni individuali che, proprio sfruttando la caducazione delle predette previsioni negoziali, aspirano ad ottenere un congruo ristoro». Nello specifico, l'autore si riferisce a titolo esemplificativo a Trib. Palermo, ord. 10 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2052 ss., che ha inibito in via cautelare, tra l'altro, l'utilizzazione della clausola di un contratto *standard* di utenza per la distribuzione dell'acqua, con cui si prevedeva che l'azienda municipalizzata che gestisce il servizio suddetto servizio non rispondesse dei danni conseguenti all'interruzione del flusso dell'acqua o alla riduzione di pressione, da qualsiasi causa tali fenomeni siano provocati.

⁶² In questi termini, cfr. PAGNIE JUVARA, *Class action e tutela del risparmiatore*, cit., 141. Di parere conforme è PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 50, secondo cui «non è [...] configurabile un diritto al risarcimento in capo all'ente collettivo, che non ha in quanto tale risentito di alcun genere di pregiudizio». Così in GRISAFI, *Interessi collettivi e interessi diffusi*, cit., 932, si evidenzia come «la protezione degli interessi diffusi e collettivi sia [...] una tutela apportata in via astratta che, se sicuramente protegge il consumatore eliminando dal mercato e dal contratto clausole e azioni che potrebbero danneggiarlo, non è in grado di assistere fino in fondo la parte lesa, non offrendo [...] alcuna possibilità di una tutela risarcitoria». Parimenti, si veda ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi*, cit., *passim*, nonché MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale*, cit., *passim* e MAGNO, *op. ult. cit.*, *passim*. Più in generale, quest'orientamento dottrinale maggioritario si fonda sulla definizione di interessi collettivi contenuta nel considerando n. 2 della direttiva 98/27/CE, per cui si intendono per tali «gli interessi che non ricomprendono la

Nondimeno, proprio la previsione *ex art.* 140, comma 1, lett. b) del codice del consumo dell'eventuale adozione di «misure idonee a correggere o a eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate», affiancatisi poi alla definizione normativa di interessi collettivi dei consumatori da intendersi come quelli «di un numero di consumatori che sono stati o potrebbero essere danneggiati da un'infrazione»⁶³, ha contribuito a scalfire la prevalente idea dottrinale per cui l'azione collettiva non può tutelare anche, seppur indirettamente, i diritti isomorfi ed omogenei dei consumatori danneggiati da un illecito pluri-offensivo⁶⁴. Ne deriva che, qualora attraverso la tutela inibitoria e ripristinatoria promossa dalle associazioni siano non solo fissate regole di condotta per il futuro, ma siano anche dettate misure correttive rivolte al passato, queste ultime operano anche a favore del singolo consumatore, talora ripristinando l'interesse individuale violato, senza bisogno di altri interventi da parte del giudice⁶⁵. D'altra parte, una netta contrapposizione tra le posizioni di vantaggio individuali e quelle collettive è frutto di un'astratta finzione, poiché «solo gli uomini possiedono bisogni e anche i bisogni che appartengono collettivamente ad un gruppo o ad una classe di soggetti si risolvono sempre in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte»,

somma degli interessi di individui lesi da una violazione».

⁶³ Come giustamente rilevato in FIORIO, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, cit., 2760, nonché in ID., *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 27, nota 53 e in ID., *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art. 140-bis*, in *Giur. merito*, 2012, 390, nota 35, l'art. 67-ter, lett. i) del codice del consumo, che statuisce la suddetta definizione normativa, seppur inserito nella specifica disciplina dedicata alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, rappresenta l'unica fonte normativa che fornisce una definizione di interessi collettivi dei consumatori. In particolare, secondo l'autore, «il riferimento alla posizione dei consumatori come danneggiati, da un lato, ed alla loro individuazione quantitativa («un numero di consumatori») porta a ritenere che la tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori danneggiati non sia aliena alle tecniche di tutela collettiva». In tal senso, cfr. anche Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 162 ss., con nota di BECHI E PALMIERI, *Polizze index linked e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*.

⁶⁴ A tal proposito, in ORESTANO, *op. ult. cit.*, § 7, si sottolinea come, mentre in ambiti quali la tutela dell'ambiente l'interesse collettivo è più difficilmente riconducibile alle posizioni di interesse individuale, la labilità di confine tra queste due dimensioni è molto più evidente nel settore *consumerista*, ove «la nozione di “collettivo” [...] tende [...] spesso a presentarsi quale serialità di interessi individuali, consegnati alla dimensione del rapporto [*n.d.r.* privatistico e, quindi, inter-individuale] in quanto relativi a beni e servizi suscettibili di appropriazione e fruizione individuali; e soltanto occasionalmente ed artificiosamente aggregati dal carattere della condotta lesiva altrui». Nello stesso senso cfr. anche PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., 360, per cui «nei diritti dell'art. 2 del Codice del Consumo, il piano individuale e quello collettivo si intrecciano in modo inestricabile» in «una situazione giuridica unica», di cui sono contitolari il singolo individuo tutelato e l'ente esponenziale attore.

⁶⁵ Così PAGNI, *op. ult. cit.*, 360.

anche se, in quest'ipotesi peculiare, «realizzandosi una solidarietà di interessi tra i soggetti coinvolti, il bisogno di uno dei componenti non può essere soddisfatto se non sia soddisfatto il bisogno degli altri»⁶⁶.

Estremizzando quest'alternativa e maggiormente realistica nozione di interesse collettivo, suffragata dalla stessa Corte di legittimità⁶⁷, un'interpretazione estensiva minoritaria⁶⁸ ha ritenuto addirittura che il riferimento letterale agli «effetti dannosi delle violazioni» accertate in sede di inibitoria collettiva legittimasse l'ingresso, tra le «misure idonee» ad attuare la pronuncia di merito, anche al risarcimento del danno, quantomeno di quello in forma specifica⁶⁹. Questo azzardo ermeneutico è facilmente confutabile, semplicemente affermando che, pur costituendo anch'esso un rimedio successivo alla commissione dell'illecito, diversi ne sono i presupposti di attivazione e il risultato perseguito rispetto a quelli delle misure ripristinatorie: mentre per disporre queste ultime «sarà infatti sufficiente l'accertamento di illiceità che è alla base dell'inibitoria, [...] la tutela risarcitoria

⁶⁶ Così FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 27, e, altresì, ID., *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe?*, cit., 390.

⁶⁷ Il riferimento è a Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Foro it.*, 2006, I, 1717 ss., in cui è il Supremo consesso ha qualificato gli interessi dei consumatori danneggiati da messaggi pubblicitari ingannevoli come interessi «pertinenti alla sfera di più individui in relazione alla loro qualificazione o in quanto considerati nella loro particolare dimensione»; parallelamente, ha giustificato l'esclusiva esperibilità del rimedio collettivo da parte dell'ente associativo - e non anche da parte del singolo consumatore -, in considerazione dell'esigenza «di evitare che una pluralità indefinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale».

⁶⁸ Cfr. in tal senso CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria*, cit., 396, nonché, per esplicito rinvio di quest'autore, CAMERO E DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, 156 ss.

⁶⁹ Cfr. CAMERO E DELLA VALLE, *op. ult. cit.*, 161, in cui, ritenendo la pubblicazione della decisione inibitoria su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale *ex art.* 140, comma 1, lett. c) una *species* del *genus* «misura idonea» di cui alla precedente lett. b), si afferma che «la circostanza che il legislatore ne abbia fatto oggetto di esplicita previsione normativa in materia di azioni collettive a tutela dei consumatori, nonostante l'esistenza di una norma generale del codice di procedura civile, pare dovuta [...] all'esigenza di promuovere l'utilizzo della misura risarcitoria della pubblicazione proprio in un ambito, quello appunto della lesione dell'interesse collettivo, nel quale sono ricorrenti le condotte illecite che o non producono in concreto danni risarcibili oppure producono danni alla cui quantificazione è impossibile procedere». In particolare, se secondo DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 227, è dubbio «se la riparazione in natura possa o meno ascriversi alla forme della tutela risarcitoria; o se, invece, sia in definitiva incompatibile, risolvendosi essa, in buona sostanza, in una misura a carattere restitutorio», *contra* BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 1994, Milano, 186, afferma che «il risarcimento del danno in forma specifica è pur sempre un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio o del dovere di rispetto altrui».

esigerà [ulteriormente] la ricerca di uno specifico criterio d'imputazione e l'esistenza di un danno effettivo»⁷⁰. Allo stesso tempo, a livello normativo⁷¹, da un lato, lo stesso art. 140 del codice del consumo fa esplicitamente salva l'azione individuale di risarcimento del danno⁷², prevedendo così un doppio binario di tutela; dall'altro, il successivo art. 140-*bis* disciplina un autonomo rimedio collettivo risarcitorio, svincolato nei presupposti e nella procedura dall'inibitoria *consumerista*.

Riepilogando, alle «misure idonee» la dottrina ritiene di poter attribuire l'unica, ma importante funzione di integrazione del contenuto inibitorio, motivo per cui la loro atipicità, pur facendovi assumere i più diversi contenuti, non sconfinano mai in un *quid* non accessorio al provvedimento di condanna assunto in via principale. A scopo esemplificativo, giova ora volgere l'attenzione ad alcune fattispecie per cui sono state concretamente comminate dal foro.

I.3.1 (segue): ampia lettura giurisprudenziale delle misure ripristinatorie a corredo del *petitum* inibitorio.

L'esperienza giudiziaria di questi anni conferma l'esattezza dei rilievi dottrinali appena svolti: la tensione tra contenuto inibitorio, ripristinatorio e risarcitorio si coglie benissimo in alcuni provvedimenti resi in tema di interessi anatocistici⁷³, telefonia⁷⁴, *pay-tv*⁷⁵ e, da ultimo, polizze vita⁷⁶, nei quali, in modo più o meno corrispondente alle regole del sistema processuale, a seguito dell'azione promossa *ex art.* 140, il professionista convenuto è stato condannato, con pronuncia ripristinatoria - ed accessoria all'inibitoria in via principale -, a tenere comportamenti tali da riverberarsi direttamente nella sfera individuale dei

⁷⁰ Così ARMONE, *La tutela collettiva. L'inibitoria*, in BOCCHINI (A CURA DI), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie. Il mercato*, II, Torino, 2003, 189.

⁷¹ Questi due rilievi legislativi sono di MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 1040.

⁷² In particolare, l'art. 140, comma 9 del codice del consumo statuisce che «fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni».

⁷³ Cfr. per i riferimenti alle pronunce in questo ambito la nota 70 del § 2.2. delle premesse.

⁷⁴ Cfr. Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Danno resp.*, 2007, 1139 ss, confermata da App. Torino, 24 febbraio 2009, inedita.

⁷⁵ Cfr. Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3514 ss., confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, ord. 17 aprile 2009, *ibid.*, 3513; e Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2679 ss.

⁷⁶ Cfr. Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, cit.

singoli consumatori o utenti.

Salvo un'eccezione clamorosa in cui l'adeguamento al *decisum* da parte dell'impresa condannata postula pressoché inevitabilmente un versamento di denaro nelle mani dei consumatori, quale vera e propria soddisfazione di un interesse individuale seriale⁷⁷, i giudici di merito, pur avendo accertato l'illegittimità dell'addebito a carico dei consumatori derivante da una clausola vessatoria⁷⁸, hanno sempre negato che il professionista potesse essere altresì condannato in tale sede alla sua restituzione e/o al risarcimento del danno⁷⁹.

Ciò nonostante, *ex art.* 140, comma 1, lett. b) del codice del consumo si sono spinti sino ad emettere a suo discapito ordini che, imponendogli l'estrinsecazione di un'informazione capillare sulla spettanza in capo ai consumatori danneggiati di un corrispettivo credito pecuniario, tendono, seppur in via mediata, alla reintegrazione patrimoniale di ciascuno di essi⁸⁰; infatti,

⁷⁷ Trattasi di Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, cit., che, in via ingiuntiva, ha ordinato al gestore di una *pay-tv* satellitare di riaccreditare in un'unica soluzione, in occasione della prima fatturazione successiva all'emanazione del provvedimento, in favore di tutti gli abbonati in data antecedente al primo gennaio 2008, cui era già stato addebitato un costo aggiuntivo rispetto a quello previsto contrattualmente per la spedizione delle riviste contenenti informazioni sul palinsesto delle trasmissioni dei canali satellitari, l'intera somma percepita, maggiorata degli interessi legali dalle date di ogni addebito. Secondo CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, 281, è talmente peculiare questa pronuncia in via d'urgenza che, di fatto, è assimilabile ad una sorta di azione di classe risarcitoria, con sistema di partecipazione automatica agli effetti del giudicato di condanna, salvo espressa rinuncia dell'abbonato leso. Autorevole dottrina, in ogni caso, si dimostra perplessa di fronte a quest'ardita affermazione, poiché, nell'ipotesi di specie, «non sembrano manifestarsi caratteristiche dell'istituto che permettano al singolo di auto-escludersi da una efficacia vincolante, diretta ed immediata degli effetti della pronuncia, trattandosi semmai dell'operare del classico meccanismo di giudicato *secundum eventum litis*»: così SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., 7, nota 12.

⁷⁸ Si evidenzi, comunque, che, in tutti i casi qui di seguito analizzati, la presunta condizione abusiva del contratto o pratica commerciale scorretta era già stata modificata dalla parte convenuta anteriormente alla decisione, motivo per cui non era oggetto di provvedimento inibitorio speciale.

⁷⁹ Così, ad esempio, in ambito anatocistico, Trib. Milano, 15 settembre 2004, cit., 3486; e Trib. Palermo, 29 maggio 2006, cit., 2544.

⁸⁰ *In primis*, cfr. Trib. Torino, 20 novembre 2006, cit., confermata da App. Torino, 24 febbraio 2009, cit., che, avendo accertato la conduzione di una campagna pubblicitaria ingannevole da parte di un noto operatore telefonico (con cui si garantiva ai nuovi abbonati l'esclusione del pagamento del canone fisso imposto da un'altra società concorrente), gli ha ordinato l'invio di una comunicazione chiara e univoca a tutti i contraenti, con cui informare dell'esistenza del diritto a richiedere - previa domanda di accertamento e verifica dei requisiti indispensabili - la restituzione dei canoni da loro versati dalla sottoscrizione del contratto, stante la mancata attivazione del servizio promesso, per causa a lui imputabile. In tema di contratti di abbonamento televisivo, invece, cfr. Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, cit., che ha ordinato ad un operatore televisivo satellitare di avvisare a sue spese, attraverso l'invio di una missiva cartacea e la pubblicazione sul suo sito Internet, i propri ex clienti dell'esistenza del diritto alla restituzione dei corrispettivi versati per l'esercizio del recesso anticipato. Il provvedimento è stato confermato, in sede di reclamo da Trib. Roma, ord. 17 aprile 2009, cit., 3513, per il quale l'esigenza di assicurare una tempestiva

l'attuazione di questo *dictum* li rende esplicitamente edotti della possibilità di avvalersi in via risarcitoria degli effetti dell'appena reso giudicato sull'accertata illiceità della condotta pluri-lesiva del professionista. In ambito finanziario, la pronuncia inibitoria emessa dal foro meneghino contro una compagnia assicurativa facente capo ad un noto istituto di credito italiano⁸¹ è emblematica⁸²: *ex art.* 140, comma 1, lett. b), essa ha stabilito a titolo di «misura idonea» l'obbligo per l'emittente convenuto di inviare una comunicazione a tutti i propri clienti sottoscrittori di polizze vita *index linked* a capitale minimo garantito⁸³, con cui informarli che il mancato rimborso di quelle a scadenza⁸⁴, non rispondendo ai principi di buona fede, correttezza e lealtà, costituisce un comportamento lesivo del diritto fondamentale *ex art.* 2, comma 2, lett. e) del codice del consumo.

Per quanto attiene l'anatocismo bancario, i *dicta* sono stati, seppur di diverso stampo, pressoché coincidenti nella soluzione prospettata⁸⁵. In tale sede, gli

informazione dei consumatori interessati dagli effetti del provvedimento giustifica l'ordine di una missiva cartacea ai propri ex clienti, tenuto conto della sostanziale estraneità dei destinatari ai consueti canali informativi utilizzati dall'impresa per comunicare con i propri abbonati.

⁸¹ Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, cit., riguardo il caso *Associazione Movimento Consumatori c. CNP Unicredit Vita Spa*, emessa in sede di reclamo della precedente Trib. Milano, ord. 06 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1672 s., emessa in sede cautelare.

⁸² In VIRANO, *Nelle polizze vita index linked, attenti al grassetto, l'enfasi può costar cara!*, in AA. VV., *Atti del convegno "Class action. «Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese»*", cit., 1188, ad esempio, si individua in questo provvedimento inibitorio «un ottimo strumento pubblicitario per coinvolgere un grande numero di assicurati in una azione legale che oggi, essendo i fatti precedenti al 15 agosto 2009 [*n.d.r.* per l'irretroattività del rimedio risarcitorio *ex art.* 140-bis del codice del consumo sancita dall'art. 2 della legge 23 luglio 2009, n. 99], non potrà prendere le forme di una azione di classe, ma per il futuro [...] rappresenta un chiaro esempio di possibile applicazione». Cfr. anche FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 9.

⁸³ In particolare, trattasi di polizze vita legate all'andamento di alcuni indici, per cui la garanzia del rimborso (almeno) del capitale è ottenuta investendo buona parte del premio corrisposto dall'investitore in obbligazioni di un ente creditizio dall'indiscussa solidità finanziaria, qual era, nel caso di specie, Lehman Brothers prima della crisi dei mutui *subprime*.

⁸⁴ Da quanto emerge dalla ricostruzione fattuale contenuta nell'ordinanza del foro meneghino, pare che, alcuni giorni dopo il fallimento di Lehman Brothers, l'ente assicurativo abbia inviato ai loro rispettivi titolari una prima comunicazione con cui si avvisava di assumersi il rischio di mercato dell'insolvenza della società americana, motivo per cui il capitale investito - a scadenza o meno - non sarebbe stato garantito. Con una seconda comunicazione, giunta alcuni mesi dopo, si segnalava ai clienti un'iniziativa «straordinaria» con cui erano proposte ai sottoscrittori due soluzioni alternative: o il pagamento immediato del 50% del premio originariamente versato; o la trasformazione della polizza originariamente contratta in una nuova con scadenza nel 2012, che avrebbe garantito la «ricostruzione» del premio a scadenza. Sulla base di tali fatti e considerando anche che la maggior parte dei contraenti aveva accettato una delle due soluzioni, l'associazione dei consumatori ha ritenuto di adire il Tribunale territorialmente competente, affinché accertasse che il comportamento posto in essere dall'ente era lesivo degli interessi e dei diritti dei consumatori.

⁸⁵ Per una panoramica d'insieme degli stessi, cfr. SIRGIOVANNI, *Tutela collettiva del cliente e anatocismo bancario*, in CAPALDO (A CURA DI), *L'anatocismo nei contratti*, cit., 274 ss., nonché MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva*, cit., 1017 ss., e, in particolare, 289 ss.

enti associativi hanno agito in via inibitoria non per la dichiarazione di nullità *ex art. 36*, comma 1 del codice del consumo delle corrispettive clausole negoziali, poiché, adeguatesi al nuovo orientamento giurisprudenziale⁸⁶, le banche avevano già provveduto ad espungerle dalle loro condizioni generali di contratto. Al contrario, hanno richiesto al giudice l'inibizione delle condotte omissive degli istituti di credito, consistenti nel persistente rifiuto di ricalcolare l'esposizione debitoria del cliente, previo storno degli interessi anatocistici ormai illeciti; ovvero in quello di restituire il loro rispettivo ammontare, indebitamente incassato negli anni precedenti.

Orbene, il punto chiave delle rispettive risposte giudiziali, di cui ora si farà una rapida rassegna, pare essere «se sia possibile pronunciare un ordine siffatto [*n.d.r.* che si profila come una vera e propria obbligazione di *facere*] in termini generali, a favore, cioè, dell'indistinta categoria dei consumatori; o se, piuttosto, risolvendosi in buona sostanza nell'affermazione del diritto dei singoli al rimborso, una tale pronuncia sia ammissibile solo in sede di giudizio individuale»⁸⁷. È chiaro, infatti, che in queste fattispecie l'interesse tutelato non è assolutamente di natura super-individuale, ma è semplicemente quello individuale di diversi consumatori, lesi dal medesimo comportamento scorretto della banca⁸⁸.

Da un lato, privilegiando un'interpretazione restrittiva dell'inibitoria come azione in cessazione in senso stretto, che può risolversi esclusivamente in un ordine di non fare, il Tribunale di Torino⁸⁹, sebbene abbia considerato illegittimo «il rifiuto del riconoscimento del diritto degli utenti al rimborso delle somme pagate per l'anatocismo»⁹⁰, ha respinto sia l'istanza diretta all'inibizione della

⁸⁶ Il riferimento è al già citato clamoroso *revirement* della Suprema Corte nel marzo 1999, per cui cfr. la nota 66 del § 2.2. delle premesse.

⁸⁷ Così MAGNO, *op. ult. cit.*, 1041.

⁸⁸ Cfr. ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi*, cit., § 8, secondo cui in materia di interessi anatocistici «emerge la diversa idea del "collettivo", inteso quale sommatoria di interessi individuali seriali, occasionalmente aggregati dalla condotta imprenditoriale», in decisioni «che sembrano collocare il rimedio di tutela su di un piano molto prossimo a quello su cui si pone il singolo rapporto». Cfr. altresì MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale*, cit., § 1, per il quale si tratta di «contenzioso seriale, in quanto la decisione delle liti instaurate presuppone la risoluzione della questione comune, avente ad oggetto l'illegittimità degli accordi di capitalizzazione trimestrale degli interessi».

⁸⁹ Trib. Torino, 17 dicembre 2002, cit., relativa al caso *Codacons c. San Paolo Imi Spa*.

⁹⁰ Nello specifico, a traballante sostegno di questa soluzione giudiziale, il giudice ha ritenuto che «la violazione sistematica da parte delle banche dei divieti di anatocismo comporta la sussistenza di un interesse alla cessazione di tale violazione riconducibile alla generalità della categoria degli utenti del servizio bancario ed è pertanto accoglibile la domanda diretta

prosecuzione di tale condotta illecita, sia quella accessoria volta ad ordinare alla banca convenuta di procedere al ricalcolo degli interessi debitori, con conseguente storno e/o rimborso delle maggiori somme addebitate o percepite, poiché entrambe le richieste si risolvono «in condanne generiche, prive di *petitum* e volte ad ottenere il risarcimento, oggetto solo di un diritto personale dei singoli utenti». Riformando *in peius* il *dictum* del giudice di *prime cure*, poi, la Corte d'appello del capoluogo piemontese⁹¹ ha precisato che la domanda di accertamento dell'illiceità della condotta bancaria è da ritenersi subordinata alla richiesta di inibitoria della stessa, motivo per cui, essendo stata respinta la domanda in via principale, nemmeno si può decidere l'altra, posto che l'art. 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281 non prevede la possibilità di adottarla in via autonoma.

Un po' più coraggiosa è, invece, stata la posizione assunta pressoché nello stesso periodo dal foro di Milano⁹², il quale, oltre a dichiarare a sua volta illegittima l'omissione di indennizzo da parte dell'intermediario, ha altresì accolto la domanda della sua inibizione pro futuro, qualora esclusivamente fondata sull'eccezione di validità ed efficacia della clausola anatocistica. Malgrado ciò, ha ancora respinto l'altra richiesta attorea volta ad ordinare all'istituto di credito il ricalcolo degli interessi debitori per ciascun singolo correntista, poiché ritenuta prettamente attinente alla posizione creditoria individuale e, perciò, non pertinente la possibile titolarità della medesima da parte dell'ente associativo.

Nel solco tracciato da questa sentenza, impostata su una concezione più elastica del rimedio *ex art. 140* del codice del consumo, per cui «non può [...] non ammettersi la possibilità di adottare misure implicanti l'obbligo di eliminare gli effetti della condotta lesiva e, quindi, anche una prestazione di fare»⁹³, si inseriscono due successive pronunce del Tribunale di Palermo di identica

all'accertamento dell'illegittimità del rifiuto della banca al riconoscimento del diritto dei clienti al rimborso». Tuttavia, come giustamente osservato da MAGNO, *op. ult. cit.*, 1033, «non si comprende quale diritto collettivo tra quelli elencati nell'art. 2 c. cons. sia in concreto violato dalla condotta della banca»; allo stesso tempo, in NIVARRA, *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, cit., 1128, si apostrofa che «del tutto inconcepibile [...] è un accertamento giudiziale con portata generale e astratta della illegittimità di una condotta che, per essere tutta iscritta dentro la concreta dimensione del fatto, può essere oggetto unicamente di una valutazione puntuale».

⁹¹ App. Torino, 01 marzo 2005, cit.

⁹² Trib. Milano, 15 settembre 2004, cit., relativa al caso *Codacons c. Banca Popolare di Milano*.

⁹³ Così, Trib. Palermo, 22 giugno 2006, cit., 1271.

impostazione⁹⁴. Poiché nel *thema decidendum* i due dinieghi della banca sono stati equiparati ad un residuale utilizzo della clausola vessatoria di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, il foro siciliano ha potuto emettere una pronuncia collettiva di accertamento della loro illegittimità e di loro conseguente inibizione, intimando all'istituto di credito di provvedere ad adempiere le richieste dei propri clienti. Sempre precisando, tuttavia, che «tale misura [idonea] non impedisce all'intimato di opporre al correntista consumatore le eventuali eccezioni inerenti il rapporto di conto corrente»⁹⁵. Allo stesso tempo, pur respingendo nuovamente la domanda diretta alla condanna della banca alla restituzione ai singoli clienti delle somme indebitamente percepite, a causa dell'impossibilità di configurare, all'interno del giudizio inibitorio, una domanda di risarcimento collettivo, il giudice ha anche disposto il pagamento dell'*astreinte ex art. 140*, comma 7 del codice del consumo, nel caso in cui la banca continuasse a rigettare la suddetta domanda, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della clausola anatocistica⁹⁶.

Corroborando quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, infine, la Suprema Corte⁹⁷ ha recentemente sostenuto che le associazioni dei consumatori sono legittimate ai sensi degli artt. 37 e 140 del codice del consumo a «proporre le domande di restituzione e di risarcimento dei danni conseguenti agli illeciti concorrenziali, nei limiti in cui facciano valere l'interesse comune [...] ad ottenere una pronuncia di accertamento su aspetti quali l'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale fra l'illecito ed il danno, dell'esistenza ed entità potenziale dei danni (a prescindere dalla peculiarità delle singole posizioni individuali), ed ogni altra questione comune a tutta la classe ed idonea ad agevolare

⁹⁴ Trib. Palermo, 22 giugno 2006, cit., che vedeva contrapporsi *Adiconsum c. Banco di Sicilia*; e Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, cit., sempre relativa alla lite *Adiconsum c. Banca di Palermo*.

⁹⁵ Come osserva giustamente CONTI, *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva*, cit., 1280, con questa trama argomentativa della propria decisione «il Tribunale di Palermo ha riconosciuto che l'accertamento della violazione nel giudizio inibitorio passa per una valutazione riguardante i singoli rapporti, anche se trascende dagli specifici profili inerenti il singolo rapporto».

⁹⁶ Con quest'ulteriore statuizione, secondo DAGNA, *Tutela collettiva sull'anatocismo*, cit., 407, in questa sentenza «è stato trovato, in sintesi il giusto bilanciamento tra il danno perpetrato dalla banca ai clienti e il rimedio esperibile per riparare “collettivamente” quel danno, sulla base di tutti i meccanismi legislativi a disposizione (inclusa la sanzione pecuniaria appunto), affinché quella condotta antiggiuridica non venisse portata ad ulteriori conseguenze per il futuro».

⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2012, 214 ss., con nota di DONZELLI.

le iniziative individuali, sollevando i singoli danneggiati dai relativi oneri e rischi»⁹⁸. È così identificata, una volta per tutte, la domanda restitutoria collettiva deducibile per ottenere «misure idonee a correggere o a eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate»: trattasi di un'istanza strettamente collegata alla domanda inibitoria ed alla sua finalità preventiva di future reiterazioni dell'illecito offensivo dell'interesse collettivo, il cui accoglimento implica esclusivamente l'accertamento delle questioni comuni a tutta la classe relative al diritto al risarcimento del danno e/o alla ripetizione dell'indebito⁹⁹. Come riconosciuto dalla

⁹⁸ Il Supremo consesso, in modo non eccessivamente cristallino, cassando la pronuncia sottoposta al suo vaglio, ha così argomentato in proposito: «[l]a sentenza impugnata ha correttamente individuato la distinzione di principio fra azioni individuali, pur se proposte collettivamente, ed azioni dirette a perseguire interessi collettivi o di classe, ma ha erroneamente incluso nella prima categoria le domande proposte dal Codacons. L'equivoco è stato probabilmente favorito dal fatto che l'attore, pur dichiarando di voler esercitare le azioni in difesa dei consumatori di cui alla legge n. 281/1998 [...], ha promosso il giudizio di primo grado davanti alla Corte di appello, anziché davanti al Tribunale, quasi che si trattasse di domande proposte ai sensi dell'art. 33, 2° comma, legge 10 ottobre 1990, n. 287: norma che effettivamente concerne i diritti strettamente individuali alle restituzioni ed al risarcimento dei danni, spettanti ai singoli soggetti danneggiati dagli illeciti concorrenziali. La Corte di appello ha percepito l'anomalia, ma ha ritenuto tardivo il rilievo dell'incompetenza, poiché la relativa eccezione è stata proposta dalla convenuta per la prima volta nella comparsa conclusionale e non era mai stata rilevata di ufficio. [...] La Corte ha così dimostrato di essere consapevole che le domande proposte dal Codacons non si fondavano sull'art. 33 legge n. 287/1990, bensì sull'art. 3 della legge n. 281/1998, (altrimenti avrebbe dichiarato infondata, non inammissibile perché tardiva, l'eccezione di incompetenza). Tuttavia, nell'esaminare la questione della legittimazione, ha (contraddittoriamente e senza adeguata motivazione) deciso in senso opposto, attribuendo alle domande stesse la mera finalità di azionare il diritto individuale e privato di ogni singolo assicurato con la Ras (oggi Allianz) al risarcimento dei danni, quasi che si trattasse di azione *ex art. 33 legge n. 287/1990*». Le domande proposte dall'associazione *consumerista* perseguivano invece l'interesse a fare accertare la violazione delle regole della concorrenza; ad eliminare gli effetti dei comportamenti illeciti e ad informare gli utenti dei loro diritti; nonché a chiedere che il giudice imponesse alla compagnia assicuratrice comportamenti conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali. «Ed invero, la domanda di accertamento della nullità delle clausole pattuite nel corso degli anni a cui risale l'illecita intesa; e la domanda che gli assicurati siano informati dei loro diritti e delle modalità con cui la compagnia assicuratrice ha proceduto e procede al calcolo dei premi, con eventuale domanda di ricalcolo, ecc., hanno oggetto ed effetti diversi e più ampi che non la somma delle singole azioni risarcitorie, se non altro perché potrebbero potenzialmente investire anche i contratti di assicurazione in corso e quelli futuri, nella parte in cui manifestino il perpetuarsi dell'indebito incremento dei premi. [...] Sotto questi limiti e sotto questi profili l'iniziativa del Codacons risponde ad interessi che vanno oltre quelli propri di ogni singolo danneggiato e che non avrebbero potuto essere perseguiti tramite la somma delle singole iniziative, soprattutto alla data in cui la causa è stata iniziata, quando ancora non era stata introdotta nell'ordinamento la nuova azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140-bis del codice del consumo».

⁹⁹ Come evidenziato da ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 237, nota 32, tali conclusioni «sono in gran parte "condizionate" dall'originario testo dell'art. 140-bis cod. cons. [...], che non si sa bene per quale ragione la S.C. abbia preso in considerazione come argomento interpretativo, dato che l'udienza di discussione del ricorso risale al 19 aprile 2011 e si collocava perciò a valle della novellazione operata dalla l. n. 99/2009. Comunque sia, sulla scorta di quel vecchio disposto normativo non era in effetti agevole stabilire se l'oggetto della tutela prevista dovesse essere individuato negli interessi collettivi, seriali o diffusi, di cui si

dottrina prevalente¹⁰⁰, essa ha efficacia di giudicato nelle controversie risarcitorie individuali intentabili in seguito, senza, perciò, poter più esser contestata.

Reputando bastevole questo rimedio collettivo¹⁰¹, in ogni caso, «si rischia di lasciare sprovvista di protezione giurisdizionale una vasta gamma di situazioni soggettive individuali, che giustamente anelano ad un'immediata forma di risarcimento o di indennizzo poiché compromesse da un illecito di massa», senza dover attendere il suo eventuale previo accoglimento¹⁰². A tale scopo, sopperisce la deduzione in via aggregata *ex art. 140-bis* del codice del consumo delle pretese

facevano portatrici esponenziali le associazioni attrici, od attenesse invece ai diritti risarcitori individuali: la disciplina, mai entrata in vigore, dell'azione risarcitoria collettiva (soprattutto in relazione ai profili della legittimazione - che era appunto conferita alle associazioni - e della funzione dell'istituto - che veniva dichiaratamente sottesa alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, ma contemporaneamente si concretava nell'accertamento del diritto al risarcimento del danno o alla restituzione di somme conseguenti ad illeciti plurioffensivi -) ha probabilmente costretto ad immaginare che i rimedi contemplati nella l. 281/1998 trovassero il loro tratto distintivo nel fatto che "si prestano ad attuare la tutela collettiva dell'interesse comune in relazione ad un'intera categoria di consumatori - ivi inclusi quelli non partecipanti all'iniziativa, quindi liberi di proporla in futuro e separatamente - a che venga accertato l'illecito e sia ripristinata la situazione di legalità". Alla luce della nuova formulazione dell'art. 140-bis cod. cons., questa precisazione risulta tuttavia un po' scontata (nella misura in cui sottolinea la finalità di tutela dell'interesse comune che connota l'azione collettiva inibitoria) e non aggiornata (in quanto presuppone che almeno in parte l'azione di classe condivida tale funzione)».

¹⁰⁰ Poiché la sentenza collettiva è resa con la partecipazione del professionista al giudizio e nel rispetto del suo diritto di difesa, secondo tale orientamento maggioritario, il convenuto, se soccombente nel giudizio collettivo, può vedersi opporre dai terzi l'efficacia della decisione, mentre non può valersi dell'accertamento a lui favorevole per contrastare l'identica azione collettiva o l'azione individuale nella quale è sempre consentito eccepire che si tratta di decisione *inter alios acta* e, in quanto tale, non vincolante. Tale interpretazione si fonda principalmente sul rilievo per cui l'efficacia della sentenza *secundum eventum litis* rappresenta un principio sancito nel nostro ordinamento in materia di obbligazioni solidali (art. 1306 CC) e di obbligazioni indivisibili (art. 1317 CC), applicabile anche alla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. Così recentemente PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., 359 s., ma anche MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale*, cit., § 6.

¹⁰¹ Secondo COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope*, cit., 391, l'originaria disciplina introdotta *ex art. 140-bis* nel 2007 ed il dibattito sulla sua riforma hanno contribuito a soddisfare solo gli «interessi e le vanità» di coloro che si occupano di codesto modello di tutela collettiva, «perché costituisce un nuovo giocattolo ed offre occasioni di visibilità e turismo processuale». Ad avviso dell'Autore, in assenza dell'art. 140-bis del codice del consumo, la tutela risarcitoria dei consumatori, degli utenti e dei risparmiatori potrebbe comunque essere perseguita dalle associazioni di cui all'art. 137 del codice del consumo attraverso l'azione inibitoria, che può essere utilizzata anche a fini compensativi. In particolare, per ID., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo*, cit., 1137, «appare sufficiente notare come il procedimento previsto per l'inibitoria [...] sia molto più semplice e, probabilmente, più efficace di quello previsto per la tutela collettiva risarcitoria: è attribuito alla cognizione di un giudice monocratico, non implica alcuna valutazione preventiva dell'ammissibilità della azione, consente una anticipazione e una trattazione nelle forme di cui agli artt. 669-bis e ss. CPC. Occorre [pertanto] immaginare un attore con tendenze masochistiche, che preferisca l'impervia strada dell'art. 140-bis per conseguire gli effetti che potrebbe realizzare mediante l'art. 140».

¹⁰² Così ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *op. ult. cit.*, 58.

facenti capo ad ogni consumatore e/o utente leso che condurrà, in caso di sua fondatezza, all'emanazione di un titolo esecutivo spendibile da ciascuno di essi per la liquidazione della somma di sua spettanza¹⁰³. Se prima del 2008, in mancanza di un apposito espediente, poteva aver senso utilizzare la causa inibitoria, nella speranza che il giudice ordinasse all'imprenditore convenuto anche la corresponsione di indennizzi o restituzioni, quali «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate», oggi l'unico congegno da attivare pare essere quello della *class action*¹⁰⁴. I rimedi *ex artt. 37 e 140* del codice del consumo dovrebbero, così, recuperare la loro autentica vocazione di mezzo di prevenzione a garanzia dell'interesse pubblico alla correttezza, alla trasparenza e alla informazione nella contrattazione e nell'esecuzione dei negozi stipulati con i consumatori.

I.4. Spinte comunitarie alla gestione collettiva del pregiudizio di massa.

Se il legislatore europeo ha fissato *a priori* degli *standards* minimi per i provvedimenti inibitori nazionali adottabili a tutela dei consumatori¹⁰⁵, al di fuori di questi, il quadro comunitario diventa ancora più sfocato. Solo dopo che qualche Stato membro ha introdotto azioni risarcitorie rappresentative o di gruppo nel proprio ordinamento¹⁰⁶, sono via via proliferate consultazioni, raccomandazioni e linee-guida, volte a stimolare l'iniziativa legislativa dei restanti ordinamenti - tra cui, fino a poco fa, l'Italia stessa -, ma ancora oggi non tradottesi nell'elaborazione

¹⁰³ Così FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 25; nonché ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *op. ult. cit.*, 236.

¹⁰⁴ Cfr. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 341, secondo cui, con l'arrivo di uno specifico rimedio volto ad ottenere la condanna dell'impresa al pagamento ai consumatori lesi delle somme dovute a titolo di risarcimento o di restituzione appare sufficientemente certo che gli «effetti dannosi» ai quali si riferisce l'art. 140, lett. b) del codice del consumo debbano essere intesi in senso improprio: l'ordine di rimozione potrà avere ad oggetto comportamenti di segno contrario rispetto a quelli posti in essere illegittimamente dall'imprenditore ed anche eventualmente restauratori di lesioni arrecate ai singoli, ma non aventi ad oggetto il pagamento di somme. *Contra* cfr. SANTANGELI, *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*, cit., § 2.4, ad avviso del quale i due strumenti processuali previsti negli artt. 140 e 140-bis «potrebbero contenere la medesima misura ripristinatoria consistente nella restituzione di somme di denaro»; e l'opinione di Costantino esposta nella precedente nota 101 di questo paragrafo.

¹⁰⁵ Il riferimento è alla già citata direttiva 98/27/CE.

¹⁰⁶ Per una loro attenta disamina in chiave comparata, nonché per un loro inquadramento generale nello sviluppo dei rimedi *consumeristi* esperibili in Europa, si veda, *ex multis*, il saggio di CAFAGGI E MICKLITZ, «Enforcement» *pubblico e privato nel diritto dei consumatori*, in MAUGERIE E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato*, cit., 325 ss.

di una regolamentazione sovranazionale *ad hoc*¹⁰⁷.

Così, per la prima volta, nel Libro Verde relativo alle «azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie»¹⁰⁸, la Commissione europea, allarmata dalla pressoché inesistente istanza individuale di compensazione delle perdite conseguenti ai suddetti illeciti, seppur eventualmente già rilevati dall'*authority* nazionale competente¹⁰⁹, ha invitato gli Stati membri ad introdurre alternativi strumenti giurisdizionali di gestione collettiva del contenzioso seriale di lieve entità, azionabili dai consumatori.

Storicamente, la ragione economica che aveva indotto la Commissione europea a preferire l'azione pubblica di *enforcement* a quella privata risiede nella finalità di centralizzare i costi di accertamento dell'infrazione: mentre, nel caso in cui i danneggiati siano a loro volta delle imprese, è ipotizzabile che essi li possano agevolmente sostenere, nel caso dei singoli consumatori questa prospettiva, unita alla loro inevitabile scarsa conoscenza tecnico-scientifica in materia, può inibire la possibilità di accertamento e, dunque, l'iniziativa pubblica si pone come strumento facilitatore della fase istruttoria, anche in ragione di specifici poteri d'indagine inquisitoria riconosciuti all'autorità *antitrust*. Tuttavia, l'azione amministrativa, per quanto indispensabile e spesso decisiva, pecca di due intrinseci limiti strutturali: da

¹⁰⁷ Mentre per FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 18, la redazione di una prima bozza di provvedimento da parte della Commissione europea è prossima, meno ottimista pare ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *op. ult. cit.*, 36.

¹⁰⁸ Successivo all'avvio della decentralizzazione dell'attuazione della politica per la concorrenza ad opera del Regolamento n. 1 del 2003, il documento, identificato con la sigla COM (2005) 672 def., è stato presentato il 19 dicembre 2005 dalla Commissione europea, la quale ha così perseguito l'obiettivo che si era prefissata nella sua pregressa comunicazione del 20 aprile 2004, cioè la necessità di «procedere ad un'analisi approfondita degli ostacoli materiali e giuridici o amministrativi alla concorrenza che danneggiano maggiormente i consumatori ed il libero gioco della concorrenza nel mercato interno», affinché, ponendovi un rimedio efficace, le imprese e i consumatori si sentissero «incoraggiati a far valere i loro diritti dinanzi ai tribunali nazionali». In argomento e riguardo il successivo Libro Verde del 02 aprile 2008 in materia, si veda BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1373 ss.; nonché, in modo più diffuso, MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato*, cit., 147 ss.

¹⁰⁹ In particolare, il *report* commissionato dalla Commissione europea allo studio legale Ashrust circa il grado di sviluppo del *private enforcement* nei vari Stati dell'Unione (WALBROECK, SLATER E EVEN-SHOSAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringements of EC competition rule*) aveva evidenziato un'«*astonishing diversity and total underdevelopment*» delle varie giurisdizioni comunitarie analizzate, a fronte di solamente 60 azioni per danni *antitrust* censite in tutta Europa, di cui meno della metà concluse con la soddisfazione dell'attore. Comunque, questo limitato numero di cause censite sconta il rilevante numero di transazioni stragiudiziali - specie tra imprenditori -, con cui sono state chiuse possibili azioni *follow-on*.

un lato, è selettiva, pena ritardi incompatibili con le esigenze di pronto intervento proprie della politica di concorrenza; dall'altro, può impiegare solo sanzioni pecuniarie che, spesso, seppur ingenti, sono di gran lunga inferiori al profitto dell'autore dell'illecito¹¹⁰.

Di conseguenza, poiché «in un mercato interno aperto una concorrenza forte rappresenta la migliore garanzia per l'aumento della produttività e della capacità di innovazione delle imprese europee»¹¹¹, al fine di un suo mantenimento effettivo non è sufficiente l'attività di controllo della Commissione europea, coadiuvata dagli organi nazionali d'intervento *ad hoc*, ma deve altresì essere agevolata da un'efficiente sistema di *private enforcement*, essendo tali norme direttamente applicabili anche fra i privati davanti ai Tribunali degli Stati membri. Ecco quindi che, nell'affermantesi politica europea volta alla sua promozione, l'azione collettiva risarcitoria è incentivata per la sua funzione pubblicistica e non per quella prettamente privata, cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo; in altre parole, «la reintegrazione dei diritti lesi ovvero l'accesso alla giustizia sono scopi strumentali rispetto alla tutela del mercato»¹¹², il che, comunque, non mette in dubbio che, ferma restando la supremazia del diritto comunitario, dovrebbe essere il principio di sussidiarietà a fondare le scelte legislative nazionali in proposito¹¹³.

Rilevatosi un ottimo *input* al confronto transfrontaliero sul tema, il Libro Verde del 2005 ha innescato un vivace dibattito che, nell'aprile 2006, ha raggruppato oltre cento risposte pervenute da parte dei soggetti pubblici e privati interessati. Nello specifico, circa la prospettata introduzione di procedure

¹¹⁰ Per un ragguaglio accurato sui pregi e difetti dell'intervento sanzionatorio pubblico in materia *antitrust* ed una sua implementazione, cfr. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato*, cit., 171 ss.

¹¹¹ Con quest'affermazione di principio si apre COM (2005) 672 def.

¹¹² Così si esprime BIAVATI, in *op. ult. cit.*, 1377. Infatti, in questa sede, la Commissione appare pronta ad adottare un modello di risarcimento del danno proiettato sulla funzione di deterrenza e/o sanzionatoria: basti osservare la possibilità prospettata nel § 2.3., opzioni *sub* 16 e *sub* 17 del Libro Verde del 2005 di addivenire in caso di cartelli orizzontali ad una quantificazione doppia del danno; e a quella di far maturare gli interessi a partire dalla data della violazione della disciplina *antitrust*, invece che da quella del pregiudizio.

¹¹³ In particolare, ID., in *op. ult. cit.*, 1379 s., analizzando più a fondo il contenuto propositivo del Libro Verde del 2005, evidenzia che «la Commissione suggerisce interventi radicali [...], specialmente in tema di onere della prova, di struttura della prova testimoniale, di accesso ai documenti. Si tratta di opzioni fortemente inquisitorie, che non di rado si discostano [*n.d.r.* troppo] dalla disciplina vigente, spesso orientata al principio dispositivo»; allo stesso tempo, si deve tenere in conto che «aprire percorsi facilitati al *private enforcement* significa immettere sul carico giudiziario dei singoli paesi altre controversie che ritardano la decisione del restante contenzioso».

risarcitorie collettive, scontato è il riscontro statistico dell'orientamento dei pareri: mentre la maggior parte delle associazioni dei consumatori è a favore, molti rappresentanti della controparte imprenditoriale ne temono un utilizzo abusivo¹¹⁴, proponendo altre soluzioni del tutto opinabili¹¹⁵. Dal canto suo, invece, lo Stato italiano si dimostra cauto nella sua valutazione, proponendo di «esaminare la questione in modo più approfondito anche in sede comunitaria, eventualmente tramite la costituzione di un apposito gruppo di lavoro».

Nel Libro Bianco redatto ad esito di tale consultazione¹¹⁶, scomparendo tanto il riferimento ai danni punitivi, quanto quello all'inversione dell'onere della prova o all'operare di presunzioni a favore della vittima delle condotte anti-competitive, che, inizialmente contemplati, potevano far pensare ad un orientamento della Commissione verso il modello dell'azione di classe, si suggerisce l'introduzione integrata di azioni rappresentative da parte di soggetti qualificati e di azioni collettive con modalità *opting-in*, ritenendo fondamentale che «le vittime non siano private del loro diritto di intentare un'azione per danni individuale se lo desiderano»¹¹⁷. All'invito non è però tuttora seguita la redazione di un testo ufficiale: negli ambienti accademici - ma non in quelli parlamentari -

¹¹⁴ Tale evidente criticità è posta subito in rilievo da Confindustria nella sua risposta alla domanda *sub h*) della consultazione pubblica, unitamente al fatto che «vi sono poi una serie di questioni regolamentari e di istituti processuali (il riferimento è in particolare all'ordinamento italiano) con i quali un'eventuale disciplina delle azioni collettive andrebbe coordinata», quali la litispendenza, la connessione, il litisconsorzio e la competenza territoriale. Dello stesso parere è, limitatamente al settore del credito, l'ABI, per cui si veda più diffusamente la nota 115 qui di seguito.

¹¹⁵ Di rilievo, per quanto concerne l'orientamento del mondo bancario, è la risposta dell'ABI in proposito, rilasciata nel rispettivo § 7, secondo cui, anche se i sommari tratti di disciplina esposti dalla Commissione non consentono di formulare obiezioni specifiche, «i principi dell'ordinamento nazionale non consentono l'introduzione dell'istituto della *class action*, mentre a risultati pressoché equivalenti potrebbe giungersi affinando figure già note al nostro sistema, come la procura alle liti e sistemi di connessione di procedimenti».

¹¹⁶ Il documento, identificato con la sigla COM (2008) 165 def., su incarico conferitole dal Parlamento europeo nella risoluzione del 25 aprile 2007, è stato presentato il 02 aprile 2008 dalla Commissione europea, unitamente al c.d. *Commission Staff Working Paper* e all'*Impact Assessment*, cioè un *report* di valutazione dell'impatto delle misure prospettate. Ivi, la Commissione sceglie tra le diverse opzioni in precedenza prospettate, indicando «proposte particolareggiate per affrontare gli ostacoli che si frappongono ad uno svolgimento efficace delle azioni di risarcimento del danno *antitrust*».

¹¹⁷ Cfr. *ibid.* il § 2.1., nonché *amplius* il capitolo 2 del *Commission Staff Working Paper*. Trattasi della medesima *ratio* sottesa, secondo parte della dottrina italiana, all'art. 24, comma 1 della Costituzione italiana: si rinvia alla nota 24 del § I.2., nonché, riguardo al superamento di quest'interpretazione restrittiva, alla nota 141 del § I.5., entrambe le note nel presente elaborato.

circola esclusivamente una proposta non ufficiale di direttiva¹¹⁸.

Ancor più germinale è il tentativo di predisporre un modello uniforme di *group* o *class action* risarcitoria per la tutela dei diritti dei consumatori. Onde «assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori»¹¹⁹, solo nel 2007¹²⁰ la Commissione europea poneva tra gli obiettivi anche «la protezione effettiva [...] dai rischi e minacce che non possono essere affrontate dai singoli attraverso la predisposizione di mezzi di ricorso efficace»¹²¹. Questo proposito ha condotto nell'anno successivo alla pubblicazione di un Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo a tutela di consumatori e utenti¹²²: nell'enunciare alcune soluzioni alternative tra loro, quella prediletta pareva essere l'introduzione di uno strumento giudiziario risarcitorio a carattere allargato¹²³, pur rimanendone impregiudicati la *species*¹²⁴ e l'eventuale suo coordinamento con la già disciplinata tutela inibitoria e gli eventuali sistemi di tutela risarcitoria collettiva da adottarsi nel settore *antitrust*.

Ivi, tra le questioni prioritarie «per le quali occorre prendere una decisione», in primo luogo, è indicato il finanziamento delle procedure¹²⁵, per cui si auspica tanto l'introduzione di un tetto massimo alle spese legali dell'attore, quanto un suo

¹¹⁸ Per un *abstract* del contenuto più significativo dei 19 articoli di cui si compone, cfr. ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 34, nota 47.

¹¹⁹ Con il trattato di Amsterdam del 1997, l'art. 153, comma 1 TUE investe definitivamente la Comunità Europea di un autonomo potere di intervento diretto in materia di diritto del consumo, stabilendo che «[a]l fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».

¹²⁰ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo ed al Comitato economico e sociale europeo, COM (2007) 99 def. del 13 marzo 2007, relativa alla «strategia per la politica dei consumatori dell'Unione 2007-2013».

¹²¹ Più nello specifico, sulla base di dati statistici da lei medesima rilevati, la Commissione denunciava come i costi particolarmente elevati, nonché la complessità e l'eccessiva lunghezza dell'*iter* processuale individuale, spingesse un consumatore europeo su cinque a non adire un Tribunale per ottenere riparazione in caso di danno inferiore a 1000 €; e la metà dei consumatori intervistati a non rivolgersi per uno inferiore a 200 €.

¹²² Il *greenpaper* data 27 novembre 2008, COM (2008) 794 def. Per un suo commento, cfr. *amplius* VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *www.judicium.it*, 2009; e FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 18 ss.

¹²³ Trattasi della c.d. «Alternativa 4 - Procedura giudiziaria di ricorso collettivo», di cui ai § 48 ss. di COM (2008) 794 def.; al contrario, le prime tre soluzioni paiono davvero molto esili, quasi siano state prospettate per ragioni di formale completezza, anziché di sostanza.

¹²⁴ Le alternative riportate nel § 48 di COM (2008) 794 def. sono: il *test case* di ispirazione tedesca, quale causa pilota di cui i non intervenuti si potrebbero avvantaggiare in separati giudizi; oppure l'azione rappresentativa a legittimazione di enti esponenziali; o, infine, l'azione di gruppo di impianto statunitense.

¹²⁵ Si rinvia al § 49 di COM (2008) 794 def., nonché al § 27 di SEC (2011) 173 def.

accesso facilitato al credito per il sostegno delle azioni intentate dai singoli o dagli enti di categoria. L'attenzione è poi sulla prevenzione delle domande infondate, onde combattere l'«industria del contenzioso» e l'«abuso del meccanismo»¹²⁶: emergendo una netta preferenza per il modello collettivo-esponenziale, sono ipotizzati un ruolo attivo del giudice nell'immediata delibazione di fondatezza, l'eventuale restrizione della legittimazione attiva ad organizzazioni rappresentative pre-censite e certificate e l'operare della regola della soccombenza per la rifusione delle spese processuali. Infine, nell'alternativa tra *opting-in right* ed *opting-out right*, a fronte delle numerose controindicazioni del primo, emerge la preferenza per il secondo¹²⁷; quand'anche si ripiegasse sul primo meccanismo di efficacia del giudicato collettivo, quest'ultimo dovrebbe comunque recare giovamento «a tutte le vittime», vuoi mediante una facoltà di adesione tardiva, persino dopo la sua emissione; vuoi mediante una «procedura giudiziaria specifica» - vale a dire individuale -, al cui interno possa produrre i suoi «vantaggi»¹²⁸.

Terminata nell'ottobre 2009 la consultazione sul tema, la Commissione ha individuato una serie di *benchmarks* che un efficace sistema di rimedi collettivi dovrebbe rispettare per una soddisfacente tutela risarcitoria dei consumatori¹²⁹, ma, a tutt'oggi, nessuna concreta proposta è stata avanzata. Dopo questa prima presa di

¹²⁶ Le espressioni in virgolette sono tratte da COM (2008) 794 def., § 52. Nel successivo *Consultation paper*, SEC (2011) 173 def., § 21, è esplicitato il riferimento alla *class action* statunitense, citata per lo più come paradigma negativo, incompatibile con la nostra tradizione continentale; per un approfondimento su questa tematica, si rinvia al § I.5. del presente elaborato.

¹²⁷ Così COM (2008) 794 def., § 56. Più precisamente, il sistema del recesso dagli automatici effetti del giudicato, oltre ad essere preferibile sotto il profilo di un'efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali, lo è «ai fini della diffusione su lungo periodo della cultura dell'associazionismo e più in generale dei comportamenti cooperativi rispetto a quelli opportunistici nei conflitti di portata collettiva. Le ricerche più recenti, infatti, suggeriscono che [...], se la condotta cooperativa viene percepita come prevalente da una quantità sufficiente di interessati - anche se non lo è davvero - può innescarsi un circolo virtuoso tale da renderla effettivamente prevalente sul lungo periodo. [...] Orbene, se si considera che in presenza di un'azione collettiva solo ridottissime percentuali degli interessati si attivano, sia che occorra recedere, sia che occorra aderire, si capisce perché è il meccanismo dell'*opt-out* a favorire le condotte cooperative rispetto a quelle opportunistiche: [...] con l'*opt-out* [...] si diffonde la notizia che pochissimi hanno preferito agire per conto proprio e che la grande maggioranza ha rifiutato l'opzione opportunistica». In tali termini, GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi*, cit., 124 s. Sono di parere conforme anche FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, cit., 20 ss.; e, in breve, PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 548 s.

¹²⁸ In tal senso ancora COM (2008) 794 def., § 56, il quale, al di là del linguaggio oscuro, pare configurare un'opzionale ipotesi di spurio meccanismo dell'*opt-in*, ampiamente contaminato dal funzionamento tipico dell'*opt-out*.

¹²⁹ Per una loro elencazione completa, si veda ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 36, nota 52.

coscienza, infatti, l'organo comunitario si è limitato ad indire un nuovo *round* di pareri orizzontali¹³⁰, elevando l'esigenza di effettività del *collective redress* a diritto fondamentale del cittadino europeo¹³¹, purché in qualità di *consumer* o di *small or medium-sized enterprise*¹³². Trattandosi di diritto comunitario *ante litteram*, poiché lo scopo di entrambe le consultazioni è stato identificare principi comuni e alcune linee guida sono emerse già dai loro bandi, in ogni caso, «è bene che l'interprete italiano ne tenga conto anche prima e a prescindere dal futuro provvedimento comunitario» in materia di azione di classe europea¹³³, strutturando ed applicando l'art. 140-*bis* del codice del consumo in modo conforme.

¹³⁰ Trattasi del *Commission staff working document*, SEC (2011) 173 def. del 04 febbraio 2011, con cui è stata lanciata la *public consultation "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress"* ed il relativo *draft report* 2011/2089 (INI) del 15 luglio 2011. Alla suddetta consultazione è, infine, seguita l'omonima risoluzione del Parlamento europeo, approvata il 02 febbraio 2012, in cui si evidenzia come qualsiasi futura proposta UE in materia, costituendo un quadro orizzontale con principi comuni, debba tener in debita considerazione le tradizioni dei singoli Stati membri ed assicurarne il coordinamento.

¹³¹ Cfr. SEC (2011) 173 def., § 16, per cui «[o]gni iniziativa dell'UE in materia di ricorso collettivo dovrebbe innanzitutto garantire il funzionamento effettivo ed efficace del sistema previsto»; il diritto ad un ricorso effettivo, d'altra parte, è un diritto fondamentale del cittadino europeo ai sensi dell'art. 47, comma 1, Carta UE, avente lo stesso rango primario dei trattati *ex art. 6, comma 1 TUE*.

¹³² La SME, acronimo di *Small or Medium size Enterprise*, è la controparte debole nel c.d. "terzo contratto" che, pur essendo perfezionato tra due soggetti imprenditoriali di apparente pari livello, condivide con la categoria del contratto del consumatore una sostanziale asimmetria di potere economico, sociale e politico, meritevole di protezione aggiuntiva. Per un inquadramento generale di questa nuova categoria pattizia, emersa nel diritto positivo italiano *ex art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 in tema di subfornitura, ex art. 7 del d.lgs. 09 ottobre 2002, n. 231 in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e, infine, ex legge 06 maggio 2004, n. 129 in tema di franchising, cfr. ROPPO, Regolazione del mercato e interessi di riferimento, cit., 24 ss., e FERRANTE, L'azione di classe nel diritto italiano, cit., 40 ss. Sul versante del diritto contrattuale europeo, ai sensi dell'art. 7, comma 2 della proposta di regolamento comunitario "on a Common European Sales Law", COM (2011) 635 def., circa la vendita transfrontaliera B2B, per *small or medium-sized enterprise* si intende «il professionista che: (a) occupa meno di 250 persone, e (b) ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro o, per una SME che ha la residenza abituale in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro o in un paese terzo, a un importo equivalente nella valuta di quello Stato membro o quel paese terzo». Sul fronte del diritto interno, invece, la nozione di micro-impresa *ex art. 18, comma 1, lett. d-bis) del codice del consumo, così come integrato dall'art. 7, comma 1 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, è dai confini molto più limitati: come tali si definiscono le «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro»; ad esse l'art. 19, comma del codice del consumo, come integrato dall'art. 7, comma 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, estende l'applicazione delle norme speciali sulla lotta contro le pratiche scorrette del professionista, fermo restando che per le medesime «la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145».**

¹³³ In questi termini FERRANTE, *op. ult. cit.*, 24. *Contra* ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 380.

I.5. *Class action* oltreoceano, quale secolare modello d'ispirazione.

Quando, il primo gennaio 2010, anche in Italia è entrato in vigore un rimedio risarcitorio da illecito di massa, l'adottanda disciplina *sui generis* è risultata del tutto estranea all'archetipo dell'azione rappresentativa e/o a quello del *test case*, motivo per cui «è rimast[a] totalmente isolat[a] nel panorama europeo, da cui non è così possibile ricavare alcuno spunto ricostruttivo ed interpretativo»¹³⁴. Questa constatazione di fatto, unita al ritardo della Commissione UE nell'auspicato processo di uniformazione della disciplina del *collective redress*, ha fatto sì che il prototipo d'autorità cui rapportarsi sia stato quello storicamente più risalente e geograficamente più lontano: la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*¹³⁵. La stessa rubrica "Azione di classe" dell'art. 140-*bis*, d'altra parte, è frutto di una precisa strategia comunicativa, che ha spinto il Parlamento italiano a farsi dichiarato imitatore del modello americano¹³⁶, esportato ed apprezzato in tutto il mondo, pur intendendo discostarsi dalle sue patologie degenerative¹³⁷. Giova,

¹³⁴ Così SCHLESINGER, *La nuova "azione di classe"*, in *Corr. giur.*, 2011, 549.

¹³⁵ La norma costituisce l'architrave della disciplina delle *class actions* americane. Introdotta dalla *Federal Equity Rule* n. 38 del 1912, la sua successiva e radicale modifica del 1938, grazie al lavoro della commissione Moore appositamente designata dal *Chief Justice*, stabiliva una distinzione tra tre diverse categorie di contenzioso aggregato: *true*, *spurious* e *hybrid*, a seconda dell'intensità con la quale la sentenza vincolava i *class members*. Poiché l'inserimento nell'una o nell'altra categoria era compito del giudice, l'intero procedimento ha rischiato in non poche occasioni di impantanarsi sulla questione. Così, anche sotto la spinta di coloro che volevano utilizzare il nuovo rimedio processuale come strumento di difesa delle classi più sensibili e di promozione dei *civil rights*, nel 1960 l'allora *Chief Justice* costituì la commissione Kaplan *ad hoc* col compito di riformare la *Rule 23*, poi rimodellata nel 1966 nella versione che conosciamo oggi. Esulando nella presente trattazione da un'attenta e puntuale indagine sulle ulteriori tappe evolutive della *Rule 23*, giova qui ricordare la sua ulteriore modifica ad opera del *Class Action Fairness Act* del 2005, su cui si vedano in particolare FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2006, 13 ss., nonché PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, *ivi*, 2006, 124 ss.

¹³⁶ Come rilevato in WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1676, infatti, per quanto concerne il contenuto dell'art. 140-*bis* del codice del consumo, «la fase del "filtro" data dal provvedimento sull'ammissibilità dell'azione di classe, regolato dal comma 6, rassomiglia alla fase di *certification* del processo federale; la capacità di "curare adeguatamente l'interesse della classe" richiama chiaramente il requisito dell'*adequacy* in capo al *lead plaintiff*. Ma è soprattutto il comma 11 [*n.d.r.* relativo alla discrezionalità del giudice nello stabilire il corso della procedura] a colpire: esso corrisponde, nella sua formulazione, a una traduzione § *d(1)* della *Rule 23*».

¹³⁷ Sin dall'inizio del dibattito sull'introduzione di uno strumento risarcitorio di massa a tutela dei consumatori, solo una minoranza della dottrina italiana ha guardato al prototipo americano come ad un modello da emulare: in tal senso, CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit., *passim*; GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi*, cit., *passim*; nonché TROCKER, *Class actions negli USA - e in Europa?*, in *Contr. impresa/Europa*, 2009, 180. Al contrario, oltre alla denuncia dell'incompatibilità di un siffatto rimedio con i principi e le opzioni di fondo del nostro ordinamento processuale - per cui cfr. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class*

pertanto, qui di seguito tratteggiare con estrema sintesi la regolamentazione attualmente in vigore oltreoceano.

La legittimazione alla promozione di una *class action* negli USA è riconosciuta a chiunque, indipendentemente dal proprio *status* - e, perciò, non solo se consumatore -, purché leso in un proprio diritto e agente per conto di un gruppo aperto di parti similmente lese. Tuttavia, solo uno di essi, il *class representative*, agisce in giudizio, assumendo il ruolo di parte processuale, assistita dal *class counsel*, avvocato nominato dal giudice, valutandone non solo la solidità patrimoniale, ma anche la competenza, l'attitudine a gestire gli aspetti mediatici e lobbistici del contenzioso e, persino, il "nome"¹³⁸.

Durante la c.d. *pretrial fasis*, l'ammissibilità dell'azione di classe è oggetto di vaglio ampiamente discrezionale della Corte, la quale *in limine litis* delibera la sussistenza di prerequisiti, quali: la *numerosity*, cioè la sussistenza di un numero consistente di potenziali attori, tale da giustificare l'instaurazione della lite collettiva¹³⁹; la *commonality*, cioè la comunanza di alcune questioni di fatto o di diritto rispetto alla totalità delle cause potenzialmente rappresentate¹⁴⁰; la *typicality*,

action" ed i principi fondamentali, cit., *passim* -, l'ammonimento più frequentemente mossogli ineriva il pericolo di un suo utilizzo pretestuoso o temerario, coincidente con il c.d. "legalized blackmail" diffuso oltreoceano, al fine di estorcere, sulla base di una domanda sostanzialmente priva di merito, una favorevole transazione all'impresa convenuta, che non intenda incorrere in una condanna e, soprattutto, nel così derivante danno reputazionale: così, *ex multis*, BERRETTA, *Audizione sui progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in *www.confindustria.it*, 2007, 5. *Contra*, quale voce isolata dal coro, in GIUDICI, *Il «private enforcement» nel diritto dei mercati finanziari*, cit., 301, si afferma che l'incentivo a non lottare ad oltranza in via giudiziale è alterato dal peculiare complesso istituzionale in cui si svolge il processo americano, che sarà tratteggiato nel proseguo di queste pagine; pertanto, conclude l'autore, «[q]ualsiasi operatore giuridico che analizzi una simile accusa dalla prospettiva italiana ha finanche difficoltà a comprenderla: le azioni prive di merito si perdono e non vi è nessuna ragione di cedere ai ricatti. [Specialmente l]e grandi imprese, le banche, le compagnie di assicurazione [...] hanno forti incentivi per lottare ad oltranza e non chiudere in transazione cause magari prive di merito».

¹³⁸ Quale estrinsecazione dell'*adequacy of representation* - per cui cfr. la nota 142 qui di seguito -, questi preponderanti aspetti extra-economici sono riportati, fra i molti, in CONSOLO, *op. ult. cit.*, 653 ss; nonché in TROCKER, *op. ult. cit.*, 197

¹³⁹ In particolare, la sussistenza di questo pre-requisito è strettamente correlato all'impraticabilità, sia sotto il profilo delle lungaggini procedurali, sia sotto quello della convenienza economica, della c.d. *joinder action*, cioè di un'azione promossa congiuntamente da tutti i membri in forma litisconsortile.

¹⁴⁰ Come giustamente affermato in MICOSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe. Circolare n. 38 del 22 settembre 2009*, in *www.assonime.it*, 2009, 14, il quale rinviene una sovrapposibilità concettuale tra il requisito della *commonality* e quello dell'omogeneità dei diritti dei consumatori aderenti *ex art. 140-bis*, comma 1 del codice del consumo, «l'idea sottostante [n.d.r. ad entrambi i requisiti da certificare] è quella dell'azione di classe quale strumento per la razionalizzazione del contenzioso seriale: quando le pretese individuali presentano un tale grado di omogeneità da consentire di parlare di "identità", il processo collettivo può concentrarsi sulle

cioè la riconducibilità della pretesa attorea allo schema comune sotteso all'azione di massa. Ove li riscontri tutti quanti, e prima di autorizzare la procedibilità in forma aggregata delle pretese seriali con l'emanazione di un *order of certification*¹⁴¹, appura, appunto, che l'attore e il suo avvocato rispondano all'ulteriore presupposto dell'*adequacy*¹⁴², cioè che siano in grado di rappresentare la classe con lealtà e nel modo più confacente agli interessi di tutti i membri.

A questo punto, tutti coloro che si riconoscono nella classe così individuata subiranno gli effetti del giudicato, quale che sia l'esito della lite¹⁴³. A seconda del tipo di *class action* certificato¹⁴⁴, diverse sono la procedura di notificazione e la cogenza della regola di efficacia *ultra partes* della cosa giudicata: limitatamente alla c.d. *damage class action*, che è quella che qui interessa, si impone all'attore di

questioni comuni e rispondere in modo efficiente alla domanda di giustizia della classe. Se, invece, le situazioni coinvolte sono significativamente diverse sul piano giuridico o fattuale, occorrono accertamenti e valutazioni specifici per ciascuna di esse e l'aggregazione delle domande non produce apprezzabili vantaggi rispetto alla proposizione di una pluralità di autonome cause individuali».

¹⁴¹ Tale provvedimento ha l'effetto di conferire una sorta di soggettività giuridica, ai fini del giudizio in corso, alla comunità non previamente organizzata che costituisce la classe: così TROCKER, in *op. ult. cit.*, 194. D'altro canto, CONSOLO, in *op. ult. cit.*, 641, descrive il *class representative* come un «rappresentante paraorganico della classe-ente», postulandone l'attribuzione di una soggettività sia processuale sia sostanziale a seguito della *certification*; in linea con siffatta interpretazione, pertanto, l'Autore ritiene che la *res in iudicium deducta* debba necessariamente corrispondere ad un «intero unitario», non ancora riconducibile alla somma dei diritti e delle pretese dei singoli componenti della classe.

¹⁴² Ai sensi della *Rule 23*, § (a), quarta proposizione delle *Federal Rules of Civil Procedure*, fra i pre-requisiti dell'azione di classe americana, è anche inserita la circostanza per cui «*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*».

¹⁴³ Come già accennato qui sopra nella nota 135, inizialmente la legislazione federale statunitense non prevedeva sempre l'automatica estensione del giudicato ottenuto nel processo collettivo a tutti i componenti della classe: la c.d. *Moore rule* distingueva la *true class action* - in cui ciascun diritto era compreso nell'oggetto del giudizio perché *joint, secondary* o *common* al *character of right* azionato dal *representative*, ragion per cui la relativa sentenza esplicava i propri effetti verso tutti i *class members* - dalla *hybrid class action* - rispetto alla quale i diritti fatti valere potevano dirsi distinti (*several*), pur se relativi ad uno stesso bene, sì che era ammessa l'estensione *ultra partes* del solo giudicato favorevole alla classe - e dalla *spurious class action* - che scaturiva dall'intervento in un processo di terzi titolari di diritti diversi, ma dipendenti dalla risoluzione delle medesime questioni di fatto o di diritto su cui si basava la pretesa fatta valere dall'originario attore, esitando una pronuncia opponibile ai soli intervenienti. Nel 1966, questa tripartizione, che, in seguito ad una lunga fase di sperimentazione, aveva dato luogo a non pochi problemi, venne però superata e si giunse alla versione moderna e attuale della norma.

¹⁴⁴ Secondo la *Rule 23*, § (b), i modelli sono tre, potendo l'autorizzazione alla trattazione aggregata delle cause seriali eccezionalmente derivare: (I) dall'esigenza di evitare il pericolo di giudicati individuali contrastanti ovvero di pregiudizio alle ragioni soddisfattive di tutti gli eventuali vincitori; (II) dalla necessità di evitare o inibire gli effetti negativi della condotta della controparte (*declaratory or injunctive class action*); (III) infine, dall'opportunità di promuovere la condanna al risarcimento per la lesione di una massa di diritti rispetto ai quali le questioni comuni siano prevalenti su quelle individuali, di modo che l'azione di classe risulti il rimedio processuale più consono alla composizione giudiziaria dell'insieme delle controversie (*damages class action*).

fornire la *best notice practicable*, nonché avvisi individuali a tutti gli appartenenti alla classe identificabili con un ragionevole sforzo, onde consentire a costoro di esercitare la facoltà di recesso per sottrarsi agli effetti del *dictum* giudiziale che, altrimenti, diverrà per essi incontrovertibile.

Oltre che dall'applicazione di queste previsioni normative portanti, il successo della *class action* americana discende, sul piano pratico, dalla vocazione imprenditoriale del ceto forense¹⁴⁵, che, avvalendosi del complesso organizzato di mezzi e persone di una *law firm* di grandi dimensioni, finanzia in proprio la lite, assumendosi il rischio dell'iniziativa giudiziale; e controlla tutte le fasi del processo, incluse quelle inerenti alla conciliazione della controversia. In forza della c.d. *american rule*, infatti, le spese legali restano a carico di chi le affronta e non sono oggetto di rifusione, neppure in caso di vittoria piena. Se, dunque, il *class counsel* preventiva un esborso di denaro piuttosto ingente per istruire un'iniziativa collettiva, ritiene opportuno avviarla solo nel caso in cui scommetta di avere *chances* di vittoria, prevedendo altresì che il suo onorario¹⁴⁶, oltre a coprire i suddetti costi, gli garantirà un lauto guadagno. A tale scopo, acquisisce, a proprie spese, le informazioni specialistiche occorrenti per la ricerca di convenuti

¹⁴⁵ A tal proposito, è interessante quanto riportato in BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno resp.*, 2011, 20, secondo cui, in un sondaggio recente sulla *class action* d'oltreoceano, il 47% degli intervistati ha messo in luce che, «benché tale istituto abbia funzioni importanti di deterrenza, di compensazione e anche di garantire una effettiva presenza della giustizia nella vita sociale, [...] ha come motore il guadagno individuale [...] degli avvocati, che si assicurano elevate parcelle, individuando e portando in giudizio *claims* in nome di un gran numero di soggetti, molti dei quali neppure a conoscenza di avere un *claim* o interessati a partecipare al procedimento». Sul ruolo propulsivo del *class counsel*, cfr. *amplius* CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit., 653; FRIGNANI E VIRANO, *op. ult. cit.*, 18 ss.; TROCKER, *Class action negli USA*, cit., spec. 220 ss.; e WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici applicativi di una normativa difficile*, cit., 1675 ss.

¹⁴⁶ A tal proposito, la *Rule 23*, § (h) ha codificato l'insegnamento del risalente precedente *Central R.R. Banking Co. of Georgia v. Pettus*, 113 U.S. 116 (1885), che sentenziò il potere del giudice di liquidare all'avvocato una somma per spese ed onorari ragionevole, in quanto determinata alla luce sia del *contingency fee agreement*, quale patto di quota-lite concluso con il *class representative*, in forza del quale il *class counsel* sopporta i costi dell'azione legale sino alla sua conclusione, in cambio di una percentuale sull'eventuale condanna della parte convenuta; sia del risultato economico in concreto ottenuto per la classe. In misura proporzionale al risarcimento del danno così ottenuto, sia nell'ipotesi di successo nel merito, sia in quella di conciliazione stragiudiziale della lite dopo la certificazione della classe, l'avvocato può ottenere, a compenso dell'attività svolta, fino ad oltre il 50% del medesimo. Sull'importanza di tale snodo nel congegno del rimedio a tutela di diritti individuali omogenei, insistono giustamente FRIGNANI E VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, 5 ss.; nonché TROCKER, in *op. ult. cit.*, 1256 ss. Al contrario, il generico metodo di calcolo dei compensi per le *securities class actions* è la c.d. *lodestar formula*, che moltiplica il numero di ore lavorate per una quota fissa, purchè l'azione di classe sia vinta.

“antipatici” contro cui orchestrare aggressive campagne di stampa, nonché per la successiva identificazione del *class representative* più congeniale, in deroga al divieto di accaparramento della clientela. Infine, dopo aver scelto la Corte statale più favorevole presso cui promuovere la causa, si assicura per la residuale eventualità della soccombenza: da un lato, egli può anche non esser nominato difensore della classe, poiché il giudice gli preferisce per adeguatezza altro professionista, a sua volta candidatosi a difendere quella stessa classe; dall’altro, il rischio maggiore, collegato al patto di quota-lite stretto con l’attore, è il non conseguire alcun onorario in caso di soccombenza.

Le *chances* di arricchimento del ceto forense dipendono da un peculiare fattore, oggetto di vibranti discussioni dentro e fuori gli Stati Uniti: l’inflizione alla parte soccombente dei c.d. *punitive damages*¹⁴⁷, ignoti all’ordinamento italiano, perché contrastanti con il principio generale per cui la responsabilità civile ha funzioni esclusivamente compensativo-riparatorie¹⁴⁸. All’esito di grandi liti di massa di pubblico dominio, la propensione delle giurie popolari ad avvalersi di questa “liberalizzazione” del *quantum debeatur* determina, così, una tendenza alla concessione di condanne risarcitorie che superano, di gran lunga, l’effettivo danno allegato e provato in giudizio. *Surplus* pecuniario quanto mai decisivo nelle dinamiche interne ad una *law firm*. Nella selezione dei casi da perorare, allora, la tattica vincente è quella di scovare e perseguire comportamenti pluri-offensivi di larga scala, preferibilmente dolosi, che, convincendo i giurati, per loro stessa natura

¹⁴⁷ Quale giustificazione del loro utilizzo, interessante è l’opinione di GIUDICI, *op. ult. cit.*, 295 per cui, poiché «lo stesso attore che richiede ed ottiene i danni punitivi, agisce spesso, nei fatti, a tutela di un interesse collettivo», allora «i danni punitivi possono essere visti anche come un moltiplicatore della sanzione civile, che considera i casi in cui il convenuto ha posto in essere il comportamento illegittimo e socialmente dannoso senza essere stato individuato». Ecco la ragione per cui tale tecnica di liquidazione ultra-compensativa del danno è da preferirsi ad un sistema di responsabilità civile passivamente compensativo, che può rilevarsi innocuo ed inefficace - quasi un incoraggiamento all’illecito -, specialmente in caso di c.d. “illecito efficiente”, cioè quando il pregiudizio patito sia enormemente più esiguo del profitto assicurato al danneggiante stesso.

¹⁴⁸ In tal senso, cfr. Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss., con note di PALMIERI e PONZANELLI, che, negando radicalmente la riconoscibilità nell’ordinamento italiano di una sentenza statunitense di condanna ai “danni punitivi”, in ragione del loro contrasto con i principi di ordine pubblico interno, ha concluso che «nel vigente ordinamento [*n.d.r.* italiano] l’idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno». In tal modo, il Supremo Consesso ha inteso sancire due principi: il primo è che non si può modificare la funzione compensativa della responsabilità e del risarcimento per via interpretativa; il secondo è che la previsione di dispositivi civili in funzione punitiva o di *deterrence* può avvenire solo in via legislativa. Per un più completo riepilogo dei principali problemi che concernono i danni punitivi nella prospettiva del *civil law*, cfr. BENATTI, *Il danno nell’azione di classe*, cit., *passim*.

propensi a simpatizzare per il danneggiato attore, vi aprano le porte.

Gli importi da capogiro così liquidabili dalla Corte per soddisfare i potenzialmente numerosissimi componenti la classe¹⁴⁹, uniti al danno di immagine derivante dalla mera promozione di una lite di massa e ad eventuali problemi di appostamento in bilancio, «rendono di regola razionalmente più conveniente per le imprese convenute concludere un accordo transattivo piuttosto che essere esposte al rischio di [...] compromettere la stessa solvenza dell'impresa»¹⁵⁰. Nella maggior parte dei casi, quindi, è proprio il sopravvenire di tale accordo extra-processuale, seppur di molto anticipato rispetto alla conclusione giudiziale, ad attirare il fiuto imprenditoriale di una *law firm*. Se è vero che il risarcimento così ottenuto è, di solito, ampiamente inferiore alle aspettative del danneggiato o alle potenzialità delle ragioni di parte, d'altro canto, non si può nascondere che gli stimoli a lottare ad oltranza in via giudiziale siano alterati dal complesso istituzionale in cui si colloca la *class action* americana. In altre parole, «l'aggregazione delle domande crea economie di scala che allineano gli incentivi degli [...] attori (ovvero, dei loro avvocati) a quelli delle imprese o dei *manager* convenuti»: è questo il motivo per cui «il processo americano si chiude [...] quasi sempre in transazione, sia per i costi della *discovery*, sia soprattutto perché in tale sede si gioca a carte scoperte ed il convenuto in cattiva posizione ha meno speranza che una prova a lui contraria possa non entrare nel processo; le coperture assicurative incentivano sia l'attore sia il convenuto a chiudere la causa, e l'assicuratore, soggetto al principio del *duty to settle*, ha pochi incentivi, rispetto a quanto avviene in Europa e, in particolare, in Italia, per negare l'indennizzo»¹⁵¹.

Quale fenomeno di *overdeterrence* che prende il nome di *legalized*

¹⁴⁹ Come riportato in BENATTI, *op. ult. cit.*, 15, «nell'immaginario collettivo [*n.d.r.* statunitense] i *punitive damages* sono eccessivi, sproporzionati, senza alcun collegamento con il pregiudizio realmente subito», anche se, nella realtà dei fatti, a partire dalla fine degli anni Novanta del XX secolo, da un lato, le legislazioni statali americane hanno limitato i danni punitivi concedibili e, dall'altro, la Corte Suprema Federale ha affermato che danni punitivi sproporzionati violano la *Due Process Clause* del XIV Emendamento.

¹⁵⁰ Così CAPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale"*, cit., 54. In particolare, il meccanismo di *opt-out* fa sì che, anche in sede di transazione di gruppo, l'attore rappresenti unitariamente tutti quei danneggiati che non abbiano esercitato il diritto di recesso, dal momento che questi ultimi sarebbero comunque sottoposti agli effetti del giudicato, se il procedimento si concludesse con pronuncia inappellabile definitiva nel merito. Pertanto, l'accordo sarà automaticamente vincolante per tutta la classe, soddisfacendo una volta per tutte ciascun *class member*, senza bisogno del suo consenso espresso, il che va a beneficio della stessa impresa.

¹⁵¹ Così GIUDICI, *Il «private enforcement» nel diritto dei mercati finanziari*, cit., 301.

*blackmail*¹⁵², talora, le parti convenute hanno addirittura transatto a fronte di azioni di dubbia fondatezza. Per questo motivo, limitatamente alle *securities class action*¹⁵³, alcuni interventi riformatori mirati¹⁵⁴ hanno cercato sia di ristabilire il necessario legame tra i meriti della causa e l'esito della stessa, ridimensionando il ruolo propulsore delle *law firm*, sempre alla ricerca di domande da rivolgere ai giudici al solo scopo di intraprendere trattative con la controparte; sia di ridurre il numero complessivo dei procedimenti giudiziari ed i rispettivi costi¹⁵⁵. In quest'ottica, il PSLRA ha, anzitutto, inteso rafforzare il ruolo di controllo giudiziale del campione rappresentativo della classe, prevedendo l'interposizione di un sofisticato e interessato *lead plaintiff*, generalmente un investitore istituzionale, con il compito di gestire il processo. Così, la parte che intenda promuovere una *complex litigation* in materia di frode finanziaria deve darne pubblico avviso, sollecitando chi voglia proporsi in tale ruolo; la Corte, dal canto suo, nomina il candidato che ritenga essere capace di meglio rappresentare gli interessi dei partecipanti alla classe e che rispetti la condizione fissata *ex lege*, per cui il più idoneo è l'individuo o l'ente che abbia il «maggior interesse economico» coinvolto nella controversia. Dopo la nomina, il *lead plaintiff* sceglie il difensore della classe, cui è vietato compensare il suo cliente per l'assunzione del ruolo di *class representative*¹⁵⁶. In secondo luogo, si è previsto tanto che la domanda risarcitoria da vagliare sia corredata da una circostanziata descrizione dei fatti, il c.d. *pleading with particularity*; quanto che sia vietata la richiesta di produzione di documentazione in possesso dell'altra parte o l'escussione di testimoni, finché il giudice si pronunci sulla certificazione dell'azione¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr. in proposito la nota 137 qui sopra.

¹⁵³ Come riportato in O' BREIN, *A Study of Class Action Securities Fraud Clauses 1988-1996*, 16, inedito, quale esempio emblematico, ben l'87,6% delle *class actions* avviate negli USA per il settore finanziario tra il 1988 ed il 1996 ha ottenuto una composizione transattiva della lite.

¹⁵⁴ Trattasi del *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995, qui di seguito, solo per comodità, indicato con la sigla PSLRA; e del *Securities Litigation Uniform Standards Act* del 1998.

¹⁵⁵ Cfr. in tal senso, BELLINI, *Class action e mercato finanziario*, cit., 823, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

¹⁵⁶ L'intento sarebbe quello di impedire il ricorso ai c.d. *professional plaintiffs*, ovvero ai soggetti detentori di singole azioni della società convenuta, scelti dagli studi legali, quali attaccapanni della *class action*, proni alle strategie decise dal *counsel*. Cfr. CAPPIELLO, *op. ult. cit.*, 56, spec. note 47 e 58 ss.

¹⁵⁷ Sugli effetti potenzialmente ambivalenti di tali "barriere all'accesso" alle *class action*, si veda CAPPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale"*, cit., 57, il quale osserva che «[d]a un lato, rendendo più difficile ottenere la certificazione (per la necessità di soddisfare il requisito del *pleading with particularity*) e rinviando l'onere della *discovery* a carico

Non sono mancati, poi, episodi di soluzioni conciliative fortemente inique per gli appartenenti alla classe¹⁵⁸, propugate da *class counsels* allettati dai pingui compensi loro riconosciuti, mentre ai singoli consumatori erano assegnati dei *coupons* o dei buoni sconto di modestissimo valore¹⁵⁹, dandosi luogo ad un altrettanto disdicevole effetto di sottodeterrenza. A questo inconveniente ha posto rimedio il *Class Action Fairness Act* del 2005, rinvigorendo i poteri di controllo sulle proposte transattive in capo alle Corti federali¹⁶⁰: l'eventuale patto extragiudiziale prospettato dai difensori delle parti è così valutato dal giudice sotto i profili della regolarità formale e dell'equità, dopo un'udienza cui i componenti della classe, previamente informati dei contenuti dell'accordo - compresi quelli relativi agli onorari di difesa -, hanno facoltà di partecipare e svolgere eventuali contestazioni, potendo essergli eventualmente concesso un ulteriore termine per l'*opt-out*, se ammesso.

Nonostante il prospettabile degenero ricattatorio della *class action* americana, cui si son giustapposte le soluzioni appena ricordate, non deve comunque essere dimenticato che, anche nella patria del contenzioso seriale aggregato, raramente agli illeciti di massa è seguita una riparazione vicina alla reale - ed immane - entità della lesione arrecata agli interessi individuali omogenei coinvolti; anzi, la maggior parte delle vicende processuali inerenti l'inosservanza di una moltitudine di diritti isomorfi si è conclusa con l'assoluzione dell'impresa convenuta¹⁶¹. Il rimedio di classe ha, invece, avuto un indubbio beneficio per il

della parte convenuta, esse riducono la probabilità di ottenere una transazione per le *class actions* con finalità "estorsiva" e rappresentano dunque un deterrente rispetto alla loro proposizione. Dall'altro lato, rendono meno conveniente la proposizione di *class actions* che, seppure fondate nel merito, richiedono una significativa attività investigativa e istruttoria ovvero riguardano un danno aggregato non sufficientemente elevato da rendere *ex ante* remunerativa, in termini di rischio/rendimento, la decisione di sostenere i costi iniziali dell'azione. Le regole in questione penalizzano, dunque, la proposizione di *class action* nei confronti di illeciti che non siano già "conclamati" (*i.e.* non siano resi manifesti da revisioni delle scritture contabili operate dall'emittente o da iniziative giudiziarie e delle autorità di vigilanza)».

¹⁵⁸ Come riportato in PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, cit., 126.

¹⁵⁹ Paradossalmente talora a beneficio delle stesse imprese danneggianti, perché quei buoni sono sovente associati ad altre offerte commerciali, che determinano profitto per i produttori.

¹⁶⁰ Inoltre, il *Class Action Fairness Act* del 18 febbraio 2005 ha ampliato la competenza delle corti federali a discapito dei giudici nazionali, allo scopo di impedire il *forum shopping* tra le giurisdizioni dei diversi Stati, che tendeva a privilegiare la competenza di quei fori più severi nel concedere la *certification* e, in generale, più sensibili agli orientamenti dell'esecutivo e del mondo degli affari.

¹⁶¹ Cfr. l'analitica disamina giurisprudenziale compiuta in chiave comparatistica da PODDIGHE, *I "mass torts" nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008, *passim*.

mercato oltreoceano, di per sè incline al *laissez faire* economico: quello, appunto, di indurre i suoi operatori più forti a prevenire, se non il discredito, quanto meno la “pubblicità negativa” derivante dal suo avvio nei loro confronti; il che ha migliorato la qualità dei prodotti e dei servizi offerti ed ha promosso politiche di *customer care* e trasparenza etica, sino allora inusitate¹⁶². Incentrandosi su questa *ratio legis*, propositiva e scevra da *lobby* imprenditoriale, le prossime pagine cercherranno di valutare se essa sia stata accolta e stimolata dai contenuti disciplinari dell’art. 140-*bis* del codice del consumo.

¹⁶² Così COFFEE, *Law and the Market: the Impact of Enforcement*, 2007, in www.ssrn.com.

CAPITOLO II
ITER NORMATIVO SOFFERTO
DELL’AZIONE DI CLASSE ITALIANA

SOMMARIO: II.1. Primi abbozzi di disciplina durante la XIV legislatura. – II.2. Critiche ed audizioni sui progetti di legge della XV legislatura. – II.3. Effimera stagione dell’art. 140-*bis* “prima maniera” – II.3.1. (*segue*): impressioni raccolte dai *mass media* e attività sapienziale a completamento di un “cantiere ancora aperto”. – II.4. Entrata in vigore di una norma totalmente stravolta. – II.5. Modifiche apportate dall’art. 6 del decreto “cresci Italia”.

II.1. Primi abbozzi di disciplina durante la XIV legislatura.

Le prime proposte di legge per introdurre in Italia la *class action* risalgono al marzo del 2003¹, in reazione al numero sempre più elevato di controversie risarcitorie intentate dai consumatori e/o utenti nei confronti delle imprese contraenti previa negoziazione di massa².

Da un lato, il d.d.l. n. 3838 si limitava a modificare l’art. 3, comma 1, lett. b) della legge 30 luglio 1998, n. 281 - che è l’attuale art. 140, comma 1, lett. b) del codice del consumo -, onde includere tra le «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» anche «il risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi commessi dal

¹ Presentate alla Camera dei Deputati in data 27 marzo 2003, trattasi rispettivamente del d.d.l. n. 3838 di iniziativa dell’on. Bonito e altri, intitolato «Modifica all’articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, e introduzione nel sistema di tutela dei diritti dell’azione di gruppo»; e del d.d.l. n. 3839 di iniziativa dell’on. Lettieri e altri, intitolato «Disposizioni per l’introduzione dell’“azione di classe” a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti».

² Il legislatore italiano si riferisce espressamente alla responsabilità civile in materia *antitrust*, derivante dalla maxi sanzione irrogata a 38 compagnie assicurative con il provvedimento AGCM del 28 luglio 2000, n. 8546, essendosi accertato che le stesse, sulla base di un accordo di cartello teso a uniformare il prezzo della polizza RC Auto, avevano applicato aumenti dei prezzi assicurativi dal 1995 al 2000, tali da esser cresciuti del 63% in più rispetto alla media UE e, perciò, nettamente superiori a quelli che un regime di libera concorrenza in materia di tariffe avrebbe determinato. Come si evince anche in D’ALFONSO, *Commento sub art. 140-bis*, cit., 943, nonché in PAGNI E JUVARA, *Class action e tutela del risparmiatore*, cit., 138, proprio le migliaia di cause individuali che ne sono conseguite dinanzi al giudice ordinario - e, in particolare, al giudice di pace competente, in ragione del modesto valore del *surplus* indebitamente pagato dai singoli attori - sono state l’indicatore più incentivante per l’introduzione della *class action* anche in Italia.

professionista ovvero di inadempimenti o di violazioni da esso commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità previste dall'articolo 1342 del codice civile, che ledono i diritti di una pluralità di consumatori e di utenti».

D'altro canto, più articolata era la proposta n. 3839, che inseriva nell'elencazione dei tipi di tutela fruibili dalle associazioni *ex art. 3* della legge 30 luglio 1998, n. 281 una distinta previsione, relativa alla possibilità di chiedere al giudice «di accertare e dichiarare il diritto di una determinata categoria di consumatori o di utenti ad ottenere un'indennità ovvero un risarcimento dei danni subiti in conseguenza di atti o di comportamenti posti in essere nell'esecuzione o nell'adempimento di uno dei contratti di cui all'articolo 1342 del codice civile». Più precisamente, si stabiliva che alle associazioni fosse consentito ottenere una sorta di condanna “generica” oppure l'omologazione dell'accordo transattivo eventualmente raggiunto con il professionista convenuto; sulla scorta di questi provvedimenti risolutivi, ciascun danneggiato avrebbe così potuto instaurare un separato giudizio individuale per far accertare a suo capo la sussistenza dei requisiti ivi specificati e far determinare l'ammontare dovutogli.

La miriade di episodi giudiziari originati dal fenomeno dei *bonds in default* conduceva, inoltre, poco tempo dopo, all'elaborazione da parte del Governo di alcune proposte normative, volte a rafforzare gli strumenti di tutela collettiva settoriali, specie in materia di servizi di investimento. Talora si ipotizzava l'adozione di vere e proprie “azioni di classe”, da sottoporre ad un vaglio preventivo di ammissibilità ricalcato sulla *certification* statunitense, previa determinazione dei criteri di fatto e di diritto per l'individuazione di classi omogenee di pretese risarcitorie derivanti dalla violazione del TUF³. Tal'altra, invece, si contemplava la generale facoltà dell'attore di essere autorizzato a far valere contro lo stesso convenuto diritti facenti capo ad altri soggetti, allorché fossero stati lesi dalla medesima azione od omissione illecita addebitata alla

³ In tal senso si veda l'art. 30, comma 2 del d.d.l. n. 4639, presentato alla Camera dei Deputati, su iniziativa dell'on. Fassino e altri, in data 27 gennaio 2004 e intitolato «Disposizioni per la tutela del risparmio e in materia di vigilanza». Accanto a questo meccanismo di tutela collettiva, il precedente comma 1 prevedeva altresì una forma di eterotutela degli interessi privati da parte della Consob, la cui istanza risarcitoria, sempre concernente illeciti nella prestazione di servizi d'investimento e di gestione collettiva del risparmio, poteva, analogamente ai *punitive damages* statunitensi, ammontare anche ad un multiplo del profitto realizzato dal convenuto.

controparte⁴.

Dopo aver raffrontato e discusso una *congerie* di testi normativi, tenendo altresì conto di alcune osservazioni avanzate dalla dottrina invitata a quel dialogo, la Commissione Giustizia della Camera approvava finalmente una proposta di legge unificata, approvata al Senato⁵. Accantonate le soluzioni più radicali, quale scelta oculata determinata dalla sua sperimentalità, si delineava così un ulteriore tipo di azione collettiva, da collocarsi in un nuovo comma dell'art. 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281. Siffatto rimedio, esperibile dalle associazioni di categoria dei consumatori e dei professionisti, nonché dalle Camere di commercio, avrebbe consentito di ottenere dal giudice del luogo di residenza o della sede della parte convenuta una condanna al risarcimento dei danni subiti dai singoli consumatori o utenti, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi commessi esclusivamente nell'ambito di negozi conclusi mediante moduli o formulari⁶. L'inciso finale di quel progetto, per essere più precisi, faceva anche riferimento ai settori del credito al consumo, dei rapporti bancari e assicurativi, degli strumenti finanziari e dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio⁷, ma non risultava chiaro se, nell'ambito di queste materie, sarebbero stati così deducibili solo crediti aventi fonte in un rapporto contrattuale *standard*.

Erano rilevanti i seguenti snodi procedurali: innanzitutto, la proposizione dell'azione di gruppo produceva l'interruzione della prescrizione, anche con riferimento ai diritti di tutti i singoli consumatori o utenti insorgenti dal comune fatto o comportamento illecito imputato alla controparte; in secondo luogo, secondo lo schema delineato dalla proposta n. 3839, il giudizio collettivo si sarebbe

⁴ In tal senso si veda l'art. 3 del d.d.l. n. 4747, presentato alla Camera dei Deputati, su iniziativa dell'on. Letta e altri, in data 25 febbraio 2004 e intitolato «Istituzione del Sistema di tutela del risparmio».

⁵ Trasmessa all'esame del Senato in data 21 luglio 2004, trattasi del d.d.l. n. 3058 di iniziativa dell'on. Bonito e altri, recante «Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti».

⁶ Sin da subito, tuttavia, era parso incongruo alla dottrina escluderne l'applicabilità proprio nel campo della responsabilità da prodotto, nel quale la *mass tort litigation* d'oltreoceano aveva riscosso maggior successo. Così GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, in *Quad. Riv. dir. civ.*, 2006, 29. Difficile a comprendersi risultava, inoltre, l'esclusione delle fattispecie di condizioni generali inique o illegittime utilizzate dalle imprese nella contrattazione seriale con i consumatori o gli utenti.

⁷ Le proposte di legge nn. 4639 e 4747 del 2004, pur non confluendo nel testo definitivo della legge 28 dicembre 2005, n. 262 inerente «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari», quindi, hanno comunque trovato una loro dimensione acquisitiva.

concluso o con una specie di condanna generica⁸, o con una conciliazione giudiziale. In seguito alla pubblicazione della sentenza o della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione, infine, si apriva una fase di natura squisitamente individuale, in cui ciascun consumatore, che avesse avuto i requisiti di appartenenza al gruppo, era chiamato innanzitutto a tentare con il professionista una composizione amichevole della controversia⁹. Solo qualora non si fosse giunti in tale contesto ad alcun risultato, il singolo danneggiato avrebbe potuto agire in giudizio per ottenere adeguato ristoro¹⁰.

La disciplina così tratteggiata, in larga parte ispirata all'esperienza maturata nel settore dei servizi di investimento finanziario con la diffusione dei protocolli d'intesa tra banche e associazioni *consumeriste*, non ha ricevuto, tuttavia, l'avallo del Senato.

II.2. Critiche ed audizioni sui progetti di legge della XV legislatura.

All'indomani delle elezioni politiche del luglio 2006, il Governo neoinsediato recuperava il modello a struttura bifasica della proposta n. 3058, elevandolo, dopo poco tempo, a proprio disegno di legge¹¹ e “standardo” programmatico in materia *consumerista*, da collocarsi in una norma separata e successiva rispetto all'art. 140 del codice del consumo. Parallelamente, tra il

⁸ Ai sensi del comma 6-*quater* dell'art. 1 del d.d.l. n. 3058, quest'ultima doveva contenere, ove possibile, i criteri per la quantificazione della misura minima di risarcimento da riconoscere ai singoli danneggiati; e, allo stesso tempo, costituiva prova scritta ai sensi dell'art. 634 CPC per la pronuncia di ingiunzioni di pagamento su istanza dei singoli consumatori e utenti.

⁹ Come stabilito dai commi 6-*sexies* e 6-*septies* dell'art. 1 del d.d.l. n. 3058, la liquidazione poteva avvenire ad opera di una camera di conciliazione istituita presso il Tribunale; ovvero, in alternativa, ricorrendo ad uno degli strumenti di composizione non contenziosa previsti dall'art. 39 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 05.

¹⁰ Più precisamente, come stabilito dal comma 6-*octies* dell'art. 1 del d.d.l. n. 3058, «in caso di inutile esperimento della composizione non contenziosa [...], il singolo consumatore o utente può agire giudizialmente, in contraddittorio, al fine di chiedere l'accertamento, in capo a se stesso, dei requisiti individuati dalla sentenza di condanna [...] e la determinazione precisa dell'ammontare del risarcimento dei danni o dell'indennità, riconosciuti ai sensi della medesima sentenza. La pronuncia costituisce titolo esecutivo nei confronti del comune contraddittore».

¹¹ Presentato alla Camera dei Deputati in data 27 luglio 2006, trattasi del d.d.l. n. 1495 di iniziativa dei ministri Bersani, Mastella e Padoa Schioppa, intitolato «Introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori». Come riferito nella sua relazione introduttiva, «le uniche modifiche sostanziali, rispetto al testo della [...] proposta di legge atto Senato n. 3058, riguardano l'ambito di applicazione, che è apparso troppo limitativo, in quanto escludeva diverse fattispecie e alcuni settori economici assai rilevanti per gli interessi dei consumatori, e la previsione che il giudice possa stabilire anche l'importo minimo della somma da liquidare ai singoli danneggiati (e non soltanto i criteri di base)».

giugno e il novembre dello stesso anno, ben altre otto bozze normative¹² erano presentate in Parlamento; i loro contenuti erano ricostruibili intorno a due distinte tipologie rimediali: mentre la prima alternativa era ricollegabile il più agevolmente possibile ai principi dell'ordinamento nazionale ed inserita quale novella al codice del consumo¹³, la seconda ricalcava echi e suggestioni dell'esperienza americana e, perciò, era predisposta in una legge *ad hoc*¹⁴. Indipendentemente da questa differente caratterizzazione disciplinare, il principale comune denominatore di un così massiccio attivismo normativo era espressamente individuato, ancora una volta, nella necessità di fronteggiare l'inefficacia del vigente sistema giudiziario nazionale, specialmente riguardo il contenzioso azionato dalle vittime dei dissesti finanziari di inizio millennio¹⁵.

¹² In ordine cronologico, si sono succeduti rispettivamente: il d.d.l. n. 679 di iniziativa dell'on. Benvenuto, presentato al Senato in data 26 giugno 2006 e intitolato «Disciplina dell'azione giudiziaria collettiva»; il d.d.l. n. 1289 di iniziativa dell'on. Maran e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 05 luglio 2006 e intitolato «Modifiche all'articolo 140 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti»; il d.d.l. n. 1330 di iniziativa dell'on. Fabris e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 10 luglio 2006 e intitolato «Nuove norme in materia di azione collettiva»; il d.d.l. n. 1443 di iniziativa dell'on. Poretti e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 21 luglio 2006 e intitolato «Disciplina dell'azione giudiziaria collettiva»; il d.d.l. n. 1662 di iniziativa dell'on. Buemi e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 19 settembre 2006 e intitolato «Introduzione dell'articolo 141-*bis* del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di "class action"»; il d.d.l. n. 1834 di iniziativa dell'on. Pedica, presentato alla Camera dei Deputati in data 17 ottobre 2006 e intitolato «Introduzione nel sistema processuale dell'azione collettiva risarcitoria»; il d.d.l. n. 1882 di iniziativa dell'on. Grillini e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 06 novembre 2006 e intitolato «Introduzione dell'azione giudiziaria collettiva»; il d.d.l. n. 1883 di iniziativa dell'on. Crapolichio e altri, presentato alla Camera dei Deputati in data 07 novembre 2006 e intitolato «Introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori».

¹³ Si vedano in tal senso, oltre al d.d.l. n. 1495 di iniziativa governativa, anche i d.d.l. di iniziativa parlamentare nn. 679, 189, 1662 e 1883.

¹⁴ Si vedano in tal senso i d.d.l. di iniziativa parlamentare nn. 1330, 1443, 1834 e 1882.

¹⁵ Nello specifico, nella relazione introduttiva del d.d.l. n. 1495 d'iniziativa governativa, si denunciava come, «nonostante il clamore suscitato e i gravi danni causati a migliaia di risparmiatori dai *crac* finanziari», non si fosse ancora «riconosciuto alle associazioni dei consumatori e degli utenti e ad altri soggetti collettivi il diritto di promuovere azioni di condanna di tipo risarcitorio». Dal canto loro, sia il d.d.l. n. 679, sull'onda di «esigenze di razionalizzazione della strumentazione giurisdizionale e di sensibilità sociale a sostegno delle parti organicamente deboli dei contratti di massa, vale a dire consumatori, risparmiatori ed utenti», sia il d.d.l. n. 1289, nel descrivere l'ambito applicativo della norma, faceva riferimento ai contratti «in materia di credito al consumo, rapporti bancari e assicurativi, strumenti finanziari, servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio». Parallelamente, nel d.d.l. 1662, si parlava di «danni collegati all'esercizio di attività finanziarie», esplicitati quindi con il richiamo di casi ben noti alle cronache, come «danni cagionati da *crack* finanziari quali Cirio, Giacomelli, Parmalat, *bond* argentini e altri». Infine, nel d.d.l. n. 1834, «per consentire una tutela giuridica effettiva ai tanti risparmiatori rimasti vittime dei recenti scandali finanziari», si sottolineava come le loro aspettative fossero state frustrate dalla normativa sulla tutela del risparmio.

Superata così definitivamente la posizione di rigida chiusura con cui, fino a poco prima, il legislatore italiano aveva guardato alla tutela collettiva risarcitoria in sede di processo, il dibattito sul come configurarla ha assunto una posizione centrale non solo in ambito accademico, ma finalmente anche nell'opinione pubblica e nel mondo economico, sia pur alternando improvvise accelerazioni a battute d'arresto. Volgendo l'attenzione alle numerose e ben motivate critiche degli operatori del diritto, innanzitutto, si denunciava che la sfera dei soggetti legittimati all'esercizio della nuova azione fosse troppo ristretta, essendo circoscritta alle sole associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale e, di conseguenza, percepita come indebita limitazione all'iniziativa dei singoli di aggregarsi in altre forme¹⁶. In secondo luogo, non aggradava a molti la vocazione esclusiva alla tutela di interessi e diritti *consumeristi* del nuovo espediente processuale¹⁷. Fonte di serie perplessità e di futuri roveli dogmatici era anche la natura del provvedimento conclusivo del giudizio collettivo, di incerta collocazione tra la sentenza di mero accertamento e la condanna generica. Infine, si lamentava l'eccessiva macchinosità del congegno processuale¹⁸, che si preannunciava insidioso e lento. Per tali e altre ragioni, un nutrito gruppo di studiosi, ribadita l'inopportunità topografica del collocamento della nuova disciplina della tutela collettiva all'interno del codice del consumo, era giunto addirittura ad elaborare una controproposta di riforma, composta da una serie di articoli di piana lettura, destinati all'innesto nel codice di procedura civile, subito dopo il Titolo dedicato all'azione individuale¹⁹.

Nella concitata fase di audizioni di fronte alla Commissione Giustizia in

¹⁶ Così già FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. impresa*, 2004, 220. Si denuncia altresì la disparità di trattamento tra associazioni dei consumatori e associazioni degli investitori in GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, cit., 24.

¹⁷ Così ancora GIUGGIOLI, *op. ult. cit.*, 31.

¹⁸ In tal senso PONCIBÒ, *La contrariforma delle class actions*, cit., 130.

¹⁹ Cfr. COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 142. Tale proposta di disciplina, recepita dal Consiglio Nazionale Forense in occasione della sua audizione parlamentare, tenutasi il 22 febbraio 2007, con riguardo alle proposte di legge, spicca per novità ed organicità. Ivi, la *complex litigation*, strutturata in un'unica fase, nell'ambito della quale è previsto un tentativo di conciliazione, può concludersi con una vera e propria sentenza di condanna generica, in relazione alla quale al singolo resta da svolgere la sola attività per la quantificazione del danno, tanto più semplice quanto più particolareggiato sarà il *decisum*. Apprezzabile è soprattutto la flessibilità della procedura: da un lato, sia le associazioni, che gli individui possono intervenire in qualunque momento; dall'altro, essa può derivare dalla trasformazione *in itinere* di un'azione individuale in collettiva.

merito ai progetti di legge ivi in discussione, la *querelle* è andata ulteriormente arricchendosi del contributo di istituzioni, associazioni di categoria, associazioni di professionisti, associazioni di imprese e associazioni *consumeriste*. Pur essendone riconosciuta pressoché all'unanimità l'indispensabilità istituzionale entro una democrazia economica e giudiziaria, qual è l'Italia, dall'analisi dei vari interventi in materia emergeva, non senza un certo inasprimento dei contrasti sociali, come l'introduzione di questo rimedio di massa disturbi interessi costituiti dell'economia e della finanza.

Particolarmente indicative, a tal proposito, sono state le osservazioni del presidente dell'Associazione Bancaria Italiana nel corso dell'audizione parlamentare del 04 aprile 2007²⁰: esternando le forti perplessità del mondo bancario sul contenuto delle bozze in disamina, ne domandava «una profonda riflessione in sede legislativa per conciliare con equilibrio quelli che devono essere gli obiettivi alla base di questo strumento: tutela del consumatore, snellimento del carico del contenzioso e presidio dell'integrità del sistema delle imprese». In particolare, i punti critici su cui insisteva erano: la chiarezza sui soggetti legittimati ad agire, identificandoli nelle associazioni maggiormente rappresentative dei consumatori, specialmente in virtù della loro indiscutibile solidità economico-finanziaria²¹; nonché la necessità di evitare la proliferazione di cause collettive pretestuose e, allo stesso tempo, di individuare una procedura giudiziaria adeguata,

²⁰ Cfr. FAISSOLA, *Esame dei progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in *www.abi.it*, 2007, il cui *abstract* è altresì reperibile in *Bancaria*, 2007, 2 ss. Per un parere pressoché conforme, accanto all'ulteriore chiarimento per cui «sarebbe [...] necessario subordinare la definitiva attuazione dell'azione di classe ad una preventiva fase sperimentale», si veda anche BERRETTA, *Audizione sui progetti di legge*, cit.

²¹ *Contra* cfr. CAMMARANO, *Audizione sui progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in *www.assogestioni.it*, 2007, § 4, secondo il quale «limitare la legittimazione attiva alle associazioni dei consumatori [...] appare particolarmente poco opportuno nel settore finanziario dove la maggiore funzione rappresentativa degli interessi diffusi è - vuoi nella pratica, vuoi nel sistema ordinamentale (come si evince da tutta una serie di scelte operate dal TUF) - affidata agli investitori professionali e istituzionali. La nostra opinione [...] è che non si mette argine al problema dell'esercizio abusivo o strumentale della azione collettiva attraverso la limitazione della legittimazione ad agire, ma che si deve [...] riconoscere a chiunque vi abbia interesse tale legittimazione, salvo poi affrontare il vero nocciolo del problema regolando la fase introduttiva del giudizio volta alla identificazione del *representative plaintiff* [...]». D'altro canto, il presidente di Assogestioni sottolineava altresì che «non può sottacersi il rischio legato al riconoscimento della legittimazione solo alle associazioni, rischio costituito dalla ulteriore deresponsabilizzazione del consumatore-risparmiatore; si andrebbe cioè in un senso opposto a quello che dovrebbe costituire la stessa finalità di tali associazioni: l'accrescimento della capacità di discernimento dei singoli consumatori in un mercato concorrenziale che sollecita i consumi e gli investimenti».

affinché la classe sia precisamente circoscritta dal giudice. Evidenziando a titolo promozionale il ruolo svolto dai concorrenti meccanismi stragiudiziali attivati nel settore del credito in via autoregolamentare²², il presidente ABI raccomandava altresì di adeguare la disciplina nazionale al contemporaneo dibattito in ambito comunitario²³, secondo il quale, come si è già visto, un eventuale rimedio collettivo risarcitorio europeo dovrebbe differenziarsi decisamente dal sistema della *class action* statunitense, per evitarne i difetti e gli abusi.

II.3. Effimera stagione dell'art. 140-bis "prima maniera"

Nonostante queste polemiche annotazioni, ovviamente miranti a preservare l'impunità ad ampio raggio dei loro sostenitori, ormai i più ravvisavano nell'adozione di adeguati mezzi di protezione contro gli illeciti di massa un passo evolutivo imprescindibile per l'ordinamento²⁴, al raggiungimento del quale non si riteneva ostassero più i principi di rango costituzionale opposti da certa dottrina²⁵.

Anche se, fino ad allora, le prospettive di approvazione erano ancora incerte, soprattutto a causa dell'eterogeneità delle soluzioni proposte, pertanto, il Governo, con la legge finanziaria per il 2008²⁶, dava precipitosamente²⁷ alla luce

²² In particolare, in FAISSOLA, *op. ult. cit.*, § 2 si sottolineava espressamente che «se l'azione di classe può essere considerata come uno dei possibili strumenti per la tutela di interessi diffusi e collettivi, gli effetti che tale azione intende raggiungere possono esserlo anche attraverso meccanismi procedurali diversi e più semplici, che non presentano le medesime criticità e controindicazioni che oggi sono riscontrabili nell'azione di classe, così come prefigurata. In particolare, [...] il settore bancario ha da tempo preso atto della necessità di fornire alla clientela strumenti rapidi e poco costosi [quali l'Ombudsmann bancario e il Conciliatore bancario] per risolvere controversie che, per il loro intrinseco scarso valore unitario, mal si prestano a una gestione attraverso il ricorso al giudice ordinario». Insistendo a lungo su questo punto, implicitamente, pareva che il presidente dell'ABI intendesse fare propria la precisazione contenuta nel d.d.l. n. 1289, per cui l'applicabilità dell'azione collettiva doveva essere esclusa «nei settori in cui sono previste procedure di conciliazione o arbitrali per la risoluzione delle medesime controversie davanti a autorità amministrative indipendenti». D'altronde, un espresso accenno in proposito era fatto da BERRETTA, *Audizione sui progetti di legge*, cit., § 3.3., secondo il quale questa scelta legislativa era opportuna, «al fine di evitare la creazione di un sistema di scarsa coerenza, che vede la duplicazione di meccanismi di controllo, piuttosto che una loro razionalizzazione».

²³ Si veda FAISSOLA, *op. ult. cit.*, § 20 ss.

²⁴ In linea con quanto del resto osservato sin dal 1993 in CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, cit., 642, vedi soprattutto FAVA, *op. ult. cit.*, 174.

²⁵ Cfr. in proposito la nota 24 del § I.2.

²⁶ In particolare, a tale nuovo strumento di tutela dei consumatori erano dedicati i commi da 445 a 449 dell'art. 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, cioè la legge finanziaria per il 2008.

²⁷ È noto, infatti, che l'approvazione dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana si deve all'errore di un parlamentare dell'opposizione, che schiacciò il tasto sbagliato durante la votazione per l'approvazione di un emendamento alla legge finanziaria, firmato dai senatori Bordon e Manzione.

l'art. 140-*bis* "prima versione", rubricato "azione collettiva risarcitoria"²⁸, che faceva stralcio di tutti i disegni di legge allora in discussione. Nel tentativo di superare alcune delle censure mosse durante i lavori preparatori in punto di operatività dell'istituto, in questo rimedio con finalità compensativa e deterrente sono stati frammisti elementi ora di più netta appartenenza al modello originario delle *class actions*, quali la procedibilità dell'azione e l'efficacia del giudicato collettivo; ora di maggior vicinanza alla sensibilità giuridica del *civil law*, quali la legittimazione ad agire e la struttura del giudizio collettivo.

In particolare, legittimate all'esercizio dell'azione risarcitoria collettiva non erano più soltanto le associazioni *ex art.* 139 del codice del consumo, bensì pure le associazioni e i comitati «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere»; in questo modo, erano ammessi ad esperire il rimedio in parola anche "entità" costituite *ad hoc* dai singoli consumatori o utenti lesi. Con riferimento alla competenza territoriale ed alla fase di liquidazione del danno, invece, l'individuazione del legittimato passivo ricadeva sull'«impresa convenuta»²⁹, anziché, incomprensibilmente, sulla più generale nozione di «professionista»³⁰.

D'altro canto, sotto il profilo oggettivo, le tipologie delle violazioni contro cui era possibile reagire, in origine delimitate alle mere irregolarità di rapporti contrattuali conclusi, nell'ambito della negoziazione di massa, mediante sottoscrizione di moduli o formulari³¹, erano ora ampliate all'area dei torti

²⁸ Per un'attenta disanima dell'originaria disciplina dell'art. 140-*bis* del codice del consumo, cfr. PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 51 ss.; nonché, per i profili sostanziali, ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 545 ss. e AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 27 ss.

²⁹ Cfr. i commi 1, 4 e 6 dell'art. 140-*bis*, i quali assumono ulteriormente che l'impresa convenuta abbia nazionalità italiana, fissando la competenza territoriale presso la «sede» - effettiva o legale - della medesima, così costringendo l'interprete ad adeguamenti interpretativi rispetto alle imprese straniere persone fisiche convenute.

³⁰ Termine definito *ex art.* 3, lett. c) del codice del consumo, come «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario»; ed utilizzato dal successivo art. 37, in tema di azione inibitoria, quale sinonimo della locuzione «soggetto responsabile» *ex art.* 140. Circa la non sovrapposibilità di questa nozione, quale *alter ego* abituale del *consumer*, a quella di «impresa» si veda la nota 66 del § II.4.

³¹ Tale cospicua contrazione della responsabilità contrattuale sanzionabile collettivamente è stata oggetto di pressochè unanime critica dottrinale: cfr. in proposito AROSSA, *op. ult. cit.*, 41 ss., il quale rilevava come, al fine di superare tale limite, occorre ricorrere «al titolo della responsabilità extra-contrattuale, anche in ragione del principio del cumulo, ove si sia in presenza di condotte integranti al contempo illeciti aquilani e contrattuali nell'ambito di un rapporto contrattuale non concluso mediante moduli o formulari».

aquiliani, in sostanza racchiusa nella sua globalità³². Non si comprendeva, invece, se la scomparsa del riferimento ai settori finanziario, assicurativo e bancario discendesse da un'implicita riserva di competenza in capo alla neonata Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob per la composizione delle controversie tra gli investitori e gli intermediari, in relazione alla trasgressione da parte di questi ultimi degli «obblighi di informazione, correttezza e trasparenza»³³; oppure, più semplicemente, derivasse dalla considerazione per cui la categoria degli investitori non professionisti avrebbe potuto ben ritenersi inclusa nella più ampia nozione di «utenti»³⁴ o di «consumatori»³⁵. Opinione unanime della dottrina ineriva solo la

³² Infatti, *ex* comma 1 dell'originario art. 140-*bis* del codice del consumo, le violazioni rilevanti erano riconducibili a quattro macro-aree: 1) quelle verificatesi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 CC; 2) quelle scaturite dal compimento di illeciti extra-contrattuali; 3) quelle derivanti da pratiche commerciali scorrette; 4) quelle addebitabili a comportamenti anticoncorrenziali.

³³ *Ex* art. 3 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179, se nel procedimento arbitrale svoltosi dinanzi la Camera arbitrale presso la Consob, istituita dal precedente art. 2, risulti l'inadempimento dell'intermediario a questi obblighi, il lodo può riconoscere un indennizzo a favore dell'investitore per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli patite, da calcolarsi in base ai criteri stabiliti da un regolamento della Consob. Sono fatte salve, comunque, *ex* art. 3, comma 3 la facoltà dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento; nonché *ex* art. 7 - recepito dall'attuale art. 32-*bis* TUF - la legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 140 del codice del consumo delle associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco presso il Ministero dello sviluppo economico. La mancata estensione della clausola di salvezza all'azione di classe è dovuta al fatto che, al momento dell'emanazione di decreto, l'art. 140-*bis* doveva ancora vedere la luce; tuttavia, poiché, né in seguito alla legge finanziaria per il 2008 ed alle sue successive modifiche del 2009 e del 2012, né in seguito alle numerose modifiche del TUF *post* luglio 2009, si è pensato di emendare il rimando, potrebbe dedursi la volontà di escluderne la cumulabilità. *Contra*, innanzitutto, si deve considerare che le leggi delega autorizzanti i decreti legislativi di modifica del TUF, «hanno un contenuto vincolato [...], soprattutto quando si tratta di recepire o attuare provvedimenti di diritto comunitario [...] o quando si tratta di disciplinare materie settoriali [...], quasi mai [...] estendendo la delega a parti di un testo unico sulle quali si sono aperti problemi interpretativi a causa delle successive modifiche intervenute nell'ordinamento»: così GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile*, cit., 192, nonché, più succintamente, BARRA CARACCILO, *L'esperienza della class action e i diritti identici: un primo bilancio e l'impatto con i mercati finanziari*, in *Contr. impresa*, 2012, 6. Secondariamente, «il d.lgs. n. 179/2007, in conformità al criterio di cui alla lett. c) della legge di delega, tiene fermo il potere del singolo investitore di adire l'autorità giurisdizionale ordinaria e dal complesso della disposizione emerge come il procedimento conciliativo o arbitrale sia per lui facoltativo»: così GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti finanziari*, in GABRIELLI E LENER (A CURA DI), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 125; nonché ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 96 s., spec. nota 45, la quale sottolinea come *ex* art. 4 «[g]li investitori possono [n.d.r. il corsivo è di chi scrive] attivare la procedura di conciliazione»; e che *ex* successivo art. 6 «[l]a clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori [...] è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta».

³⁴ La specifica menzione degli utenti accanto ai consumatori nei commi 1 e 2 dell'art. 140-*bis*, in particolare, serve a chiarire che non solo gli acquirenti di prodotti, ma anche i fruitori di servizi possono dare avvio - in veste di *class representative* - o partecipare - in veste di semplice aderente - ad un'azione volta a ristorare i danni da essi patiti, in quanto componenti di una classe

non tutelabilità *ex art. 140-bis* dei danni patiti da una classe di risparmiatori in conseguenza al mancato esercizio delle funzioni di controllo da parte delle *authorities*³⁶: poichè l'eventuale convenuto nel processo di classe è l'impresa, estendere in via interpretativa tale nozione fino ad annoverarvi gli organi di vigilanza sarebbe stata una forzatura eccessiva del dato normativo³⁷.

omogenea di danneggiati. «Secondo l'approccio comunitario qualsiasi tipologia di servizio, purchè utilizzato dal fruitore per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ricade nell'ambito della legislazione di tutela del consumatore, sì che non dovrebbe nutrirsi dubbio sull'esperibilità del rimedio risarcitorio collettivo anche nei settori dei servizi bancari, di investimento e assicurativi»: così ZUFFI, in *op. ult. cit.*, 94.

³⁵ Riguardo la sovrapponibilità della nozione di consumatore a quella di risparmiatore, da intendersi come investitore persona fisica non qualificata, si veda nel dettaglio il § 3 delle premesse. In particolare, come evidenziato in ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 549 s., «[i]l riferimento alle modalità di conclusione [*ex art. 1342 CC*] implica che l'azione collettiva possa essere fatta valere anche per i rapporti che scaturiscono da moduli o formulari sottoscritti appartenenti a categorie o tipologie contrattuali diverse da quelle disciplinate espressamente nel codice del consumo. In effetti, il credito al consumo è solo citato nel Codice, ma la sua disciplina è prevista dagli artt. 121 ss. del Testo unico bancario [...]. Gli altri contratti bancari conclusi con il consumatore sono disciplinati dallo stesso testo unico. I contratti per l'acquisto di servizi finanziari non sono disciplinati nel Codice del consumo, ma nel testo unico dell'intermediazione finanziaria».

³⁶ In particolare, sulla natura della responsabilità della Consob nei confronti dei risparmiatori danneggiati per omessa vigilanza sui mercati finanziari, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, in *Corr. giur.*, 2011, 1278 ss., con nota di ZUFFI, *Omessa vigilanza sui mercati finanziari: è davvero da escludersi la possibilità di una condanna della Consob per responsabilità contrattuale (magari con class action)?*, 1280 ss., la quale, rieditando l'insegnamento di Cass. civ., sez. I, 03 marzo 2001, n. 3132, in *Corr. giur.*, 2001, 880 ss., ha confermato che «l'attività della pubblica amministrazione, ed in particolare dalla Consob, [...] deve svolgersi nei limiti e con l'esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche della norma primaria del *neminem ledere*, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dagli artt. 97 e 47 della Costituzione; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite nell'art. 2043 CC, atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la c.d. imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione». Al contrario, secondo ZUFFI, *Omessa vigilanza*, cit., *passim*, poiché la Consob è un'*authority* istituzionalmente gravata di obblighi di protezione, concretizzantesi in specifici doveri di comportamento che, seppur diretti nei confronti degli operatori finanziari controllati, intendono proteggere la sfera giuridica dei risparmiatori, la violazione dei medesimi - qual è, ad esempio, il mancato vaglio sull'informazione inveritiera dell'investimento sollecitato - dovrebbe dar luogo ad una responsabilità contrattuale, in base all'affidamento indotto dal ruolo istituzionale di vigilanza che la prima è tenuta ad assolvere per la tutela dei secondi.

³⁷ Così PALMIERI, *Responsabilità delle Autorità di vigilanza: da un eccesso all'altro?*, in *Danno resp.*, 2008, 618, nota 24; concorda, *ex multis*, ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 71 s., nota 14 riguardo la nuova versione dell'art. 140-bis, rimasto comunque invariato in tema di legittimazione passiva. *Contra*, quale voce isolata dal coro, in DURANTE, *Responsabilità per omessa vigilanza, «missione» della Consob e ruolo della giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2009, 626, nota 1, si segnalava come la finalità della proroga del *dies a quo* per l'efficacia dell'"azione risarcitoria collettiva", disposta dall'art. 36 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, fosse quella di modificare la portata dell'art. 140-bis, estendendola alla responsabilità della Pubblica Amministrazione, «anche quando essa non agisca nella veste di impresa e nell'ambito dei rapporti di consumo». Trattasi di una previsione esegetica assolutamente inconsistente, dal momento che il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 in materia di «ricorso per

L'assetto processuale bifasico, previsto nella proposta n. 3839, è ora reiterato sotto le medesime spoglie. Da un lato, il preventivo vaglio di ammissibilità dell'esercizio in forma aggregata delle pretese risarcitorie di gruppo avrebbe dovuto riscontrare che: la domanda non fosse manifestamente infondata³⁸; e/o non sussistesse un conflitto di interessi³⁹; e/o ricorresse un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela *ex art. 140-bis*⁴⁰. Dall'altro, il giudizio vero e proprio pareva articolarsi in un primo stadio deputato all'accertamento dell'illecito lesivo della massa di diritti omogenei; e in una seconda fase diretta alla liquidazione dei ristori individuali⁴¹, per la quale si prediligeva il canale conciliativo⁴².

l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici» *ex art. 1, comma 1-ter* ha poi disposto che «[s]ono escluse dall'applicazione del presente decreto le Autorità amministrative indipendenti».

³⁸ Quale requisito per la cui carenza cadono tra il 70% e l'80% delle *class action* promosse negli USA, trattasi di una valutazione *ex ante* sulle probabilità di rigetto della domanda aggregata all'esito dell'istruttoria. Per la maggior parte della dottrina, tale scrutinio sommario sul merito della causa di massa inerisce strettamente una «prognosi *in iure* [...] della antigiuridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta delibazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili»: così, *ex multis*, CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *op. ult. cit.*, 179 s. La stessa Trib. Roma, sez. XIII civ., ord. 11 aprile 2011, inedita, pare conformarsi, ritenendo che debba vagliarsi «la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa, non la veridicità dei fatti costitutivi di essa, a meno che quest'ultima non sia ragionevolmente esclusa dalle prove allegare agli atti introduttivi del giudizio».

³⁹ Tale requisito, che, secondo AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 49, «potrebbe leggersi come una verifica della c.d. *adequacy of representation*», è a dir poco poliseno, potendo, di per sé, riferirsi, innanzitutto, alle due contrapposte parti in giudizio: a tal proposito, in DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1943, si evidenzia che «l'eventualità che sia l'impresa a selezionare l'attore collettivo - per garantirsi una controparte più malleabile o addirittura interessata al "naufragio" dell'azione e di tutti i suoi incauti aderenti - è giustamente contemplata anche dal legislatore italiano». Allo stesso tempo, però, come sostenuto in SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., 38, potrebbe anche riferirsi al rapporto tra ciascuna delle due parti ed il proprio avvocato patrocinatore; e/o a quello tra il *class representative* e gli eventuali *class members*. Quest'indeterminatezza di contenuto si riverbera sull'onere della prova che, se a carico dell'attore, potrebbe essere "diabolica", trattandosi non solo di prova negativa, ma altresì di prova senza oggetto predefinito.

⁴⁰ Poiché la norma non precisa in base a quali parametri il giudice dovrà effettuare il suo sindacato in proposito, quest'ultimo «viene così ad essere caratterizzato da ampia discrezionalità. Tuttavia, la [sua] valutazione [...] non può non evocare i requisiti statunitensi della *numerosity* e *commonality*»: così AROSSA, *op. ult. cit.*, 48.

⁴¹ Pertanto, già nella formulazione originaria della norma di legge, non potevano formare oggetto (principale) di un'azione collettiva risarcitoria le declaratorie di nullità, né le domande di mero accertamento di altri diritti ed obblighi, se non in via incidentale e strumentale alle pretese risarcitorie e restitutorie. In tal senso, si veda AROSSA, *op. ult. cit.*, 47. Critica ricorrente a questa originaria previsione, tuttavia, era l'insanabile contraddizione tra la previsione di un interesse collettivo in capo alla categoria dei consumatori e la successiva possibilità di liquidare il danno in via singolare a ogni *class member* e non collettiva in favore delle associazioni rappresentative.

⁴² Nello specifico, l'originario art. 140-bis stabiliva che la determinazione del *quantum* da corrispondere a ciascun consumatore poteva avvenire: in forza di un accordo transattivo tra l'impresa ed i singoli danneggiati; o mediante la determinazione ad opera di una Camera di

Già in quest'originaria formulazione della *complex litigation*, il legislatore italiano ha preso posizione esplicita sull'efficacia *ultra partes* della sentenza resa tra l'associazione e l'impresa convenuta, adottando un sistema di *opt-in*: poiché il nostro modello processuale è incardinato su impulso di parte, è stata esclusa l'automatica vincolatività del giudicato collettivo per gli appartenenti alla categoria rappresentata dall'associazione attrice, anche se rimasti estranei alla vicenda giudiziaria collettiva, prevedendo, invece, un atto volontario di intervento o di adesione da parte del singolo, onde poterlo ritenere assoggettato agli effetti - tanto in *bonam partem*, quanto in *malam partem* - della pronuncia sulla causa di "classe".

II.3.1. (segue): impressioni raccolte dai *mass media* e attività sapienziale a completamento di un "cantiere ancora aperto".

Da una valutazione complessiva, si comprende che la tecnica legislativa è sensibilmente migliore di quella dei precedenti progetti di legge della XIV legislatura. Tuttavia, le modalità con cui il nuovo strumento era stato così recepito nel nostro ordinamento rischiavano ancora di comprometterne la funzionalità.

Oltre alla mancata previsione di criteri puntuali per individuare le associazioni legittimate ad agire, infatti, tantomeno era stato disciplinato in maniera esaustiva il coordinamento tra le azioni collettive, quelle individuali e quelle ulteriori - fondate sui medesimi fatti - eventualmente proponibili dinanzi ad autorità indipendenti; e/o erano stati espressamente conferiti al giudice competente congrui poteri di gestione e strumenti di vigilanza sullo svolgimento e sugli esiti compositivi della procedura in forma aggregata. D'altro lato, il rito era ancora troppo di "compromesso", intendendo continuare la tradizione italiana di rimedi collettivi promossi su attivazione di enti portatori di interessi superindividuali, ma, al contempo, funzionalmente cospirante all'effettiva riparazione delle miriadi di diritti individuali dei consumatori o utenti lesi dall'illecito addebitabile all'impresa

conciliazione costituita appositamente presso il Tribunale adito o di uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Tra le varie critiche sollevate da questa previsione, destava particolare perplessità il mancato richiamo ad organismi di conciliazione contemplati da leggi speciali - quale era, ad esempio, la neonata Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob -, non soggetti all'iscrizione al registro di cui all'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Non era, infatti, dato comprendere se si trattasse di una mera dimenticanza del legislatore; ovvero se l'esclusione fosse frutto di una deliberata opzione.

convenuta.

Inevitabile, dunque, l'aspra reazione a caldo resa dall'allora presidente del consiglio nazionale forense, secondo cui «la normativa per la tutela degli interessi collettivi approvata [...] è un mostro giuridico che, se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia»⁴³.

Appena approvata nel panorama giuridico italiano e per tutti i reiterati prolungamenti della sua *vacatio legis*⁴⁴, la complessa - e per certi versi arzigogolata - disciplina dell'azione collettiva risarcitoria è stata così sviscerata da una nutrita schiera di commentatori, sia sotto i profili sostanziali, sia sotto quelli più tipicamente processuali, che, peraltro, si frammischiano in maniera quasi inscindibile con i primi⁴⁵; l'impressione dominante e comune era che si trattasse di un "cantiere aperto", dai contorni ancora indefiniti. D'altra parte, è sulla stampa d'informazione che il dibattito pubblico in materia ha preso forma e consistenza, contribuendo a modellare gli atteggiamenti e, allo stesso tempo, le aspettative dei cittadini nei confronti del nuovo istituto giuridico⁴⁶.

⁴³ Così ALPA, *Un mostro giuridico da riscrivere integralmente*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 novembre 2007, 1 e 7; più in generale, si sottolinei che, dal *report* di ricerca AA. VV., *L'occasione perduta. Class action e consumerismo nella stampa italiana*, in *www.consumersforum.it*, 2009 - per cui si veda la nota 46 qui di seguito -, il *Sole 24 Ore*, che dedica la copertura più ampia e continua al tema, con oltre due quinti del totale degli articoli censiti, è la testata che più dà spazio a dichiarazioni apertamente critiche nei confronti di questa formulazione normativa, accusata di metter a rischio il buon funzionamento del mercato. Di *flop* e di vizio annunciato parlava anche AROSSA, *op. ult. cit.*, 28 e 50, per cui, oltre alla sua operatività fortemente ridotta, l'aver introdotto la *class action* nel codice del consumo ne limitava *ab origine* i vantaggi sistematici che intendeva perseguire, «perdendo, così, un'opportunità autentica di innovare il sistema economico-giuridico».

⁴⁴ In particolare, nell'immanenza della data prevista per il suo debutto, *ex art.* 36 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 06 agosto 2008, n. 133, giungeva inesorabile, ma non del tutto inatteso un rinvio dell'azionabilità dell'originario 140-*bis*, sostanzialmente raddoppiandosi - da 180 giorni ad un anno - la durata del periodo di acclimatamento previsto *ex art.* 2, comma 447 della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Si rinviava così l'appuntamento per il confronto giudiziale tra gli enti legittimati e le imprese convenute all'inizio del 2009, motivando, in parte, tale scelta sulla scorta dell'esigenza di «individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni». Il medesimo copione si replicava alla vigilia della nuova scadenza *ex art.* 19 del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito nella legge 27 febbraio 2009, n. 14, previa un'ulteriore proroga di 6 mesi, durante la quale si auspicava che gli uffici giudiziari potessero organizzarsi efficacemente in vista della gestione della *complex litigation* in arrivo; e, ancora una volta, lo schema si ripeteva, in tutto e per tutto identico, *ex art.* 23, comma 16 del d.l. 01 luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 03 ottobre 2009, n. 141, posponendone l'entrata in vigore al primo gennaio 2010.

⁴⁵ Cfr. la nota 4 dell'introduzione; e, altresì, la nota 147 del § 4 delle premesse.

⁴⁶ Interessante a tal proposito è il *report* di ricerca di AA. VV., *L'occasione perduta*, cit., che, nell'arco temporale compreso tra lo 01 gennaio 2008 ed il 31 dicembre 2008, ha censito ben

A causa dei continui rinvii legislativi, determinati dall'incertezza circa l'effettiva portata dell'originario art. 140-*bis* e, ovviamente, dall'ostilità di una parte del mondo imprenditoriale, già evidenziatasi in sede di audizione parlamentare⁴⁷ ed ora anche sui quotidiani nazionali⁴⁸, la copertura mediatica del 2008 è ruotata intorno all'*iter* normativo dello stesso, di cui, *in primis*, le proroghe e gli emendamenti alla legge finanziaria; nonché intorno agli sviluppi oltreoceano del caso Parmalat⁴⁹ e agli annunci di *class action* in Italia⁵⁰, di cui la maggior area di criticità, tra quelle suscettibili di essere colpite, era a sua volta individuabile nel settore bancario⁵¹.

369 articoli, limitatamente a quattro rilevanti testate giornalistiche italiane: *Corriere della Sera*, *La Repubblica*, *Il Sole 24 Ore* e *Italia Oggi*. Di esse, le prime tre, sulla base dei dati *Audipress* per il 2007, erano i primi tre quotidiani d'informazione a pagamento rispetto alla tiratura e alla diffusione; infine, è stato scelto di affiancarvi il secondo giornale economico italiano, *Italia Oggi* appunto. Entro questa rassegna stampa completa in materia, per un'analisi più dettagliata sono state isolate soltanto 113 unità, in grado di soddisfare due precise condizioni di pertinenza e rilevanza: che vi fosse un riferimento specifico alla tematica delle azioni collettive nella titolazione; e che l'articolo, per almeno metà della sua lunghezza, fosse effettivamente dedicato a questo tema. Come evidenziato in AA. VV., *L'occasione perduta*, cit., 59, «colpisce come nell'arco di un intero anno, ciascuna delle quattro testate considerate, dedichi alla *class action* un'attenzione discretamente costante. [...] [Infatti,] la focalizzazione sul *corpus* ristretto mostra come [...] sono in media circa 28 gli articoli per testata dedicati effettivamente a questo tema, vale a dire uno ogni tredici giorni». In questa sede più circoscritta, la discussione giornalistica è ruotata intorno a due aspetti generali: i vantaggi per i consumatori; e i possibili rischi economico-sociali per le imprese. Se nel 42,3% dei 113 articoli non è possibile rilevare un atteggiamento di parte, *La Repubblica* è la testata che dà più spazio alla *voice consumerista*. Al contrario, *Il Sole 24 Ore* e *Italia Oggi* hanno evidenziato i pericoli per le aziende; in particolare, il peso degli articoli che presentano questo rimedio collettivo come dannoso per le imprese non è irrilevante e ammonta al 15,2% della cerchia ristretta.

⁴⁷ Cfr. più nel dettaglio il § II.2.

⁴⁸ Decisa e assoluta era la presa di posizione della Mercegaglia, l'allora presidenti di Confindustria, la quale criticava aspramente l'originaria formulazione della norma, sostenendo che «così come è fatta non va bene, crea problemi alle aziende, non porta di fatto vantaggi ai consumatori e arricchisce gli studi legali»: cfr. FORNOVO, *Stop alla class action? Schiaffo agli italiani*, in *La Stampa*, 17 giugno 2008, 6.

⁴⁹ Fra le cinquanta parole che più frequentemente ricorrono nella titolazione della rassegna stampa del 2008, spicca il "caso Parmalat", in riferimento all'azione collettiva promossa a riguardo da alcuni investitori statunitensi. Come giustamente ritenuto in AA. VV., *L'occasione perduta*, cit., 59, questa polarizzazione del dibattito giornalistico è determinata «[n]on solo per le dimensioni rilevanti del danno subito dai risparmiatori truffati e per il coinvolgimento di uno tra i marchi più conosciuti del settore agroalimentare italiano, ma anche perché inevitabilmente il caso sembra essere diventato un termine di paragone, un riferimento obbligato, che spesso implicitamente è sembrato capace di riassumere - almeno in parte - le ragioni, gli entusiasmi e le perplessità circa la sua concreta applicazione in Italia».

⁵⁰ Più nello specifico, nel *corpus* allargato di ben 369 articoli, nel 42,8% di essi si fa riferimento all'ipotesi di lanciare una *class action*, quale annuncio che spesso proviene da soggetti esterni alle associazioni e la notizia si esaurisce in una o due righe.

⁵¹ Verificando i settori cui si riferiscono i richiami alla *class action*, laddove si rimanda ad un'azione collettiva che non si rivolge ad un ipotetico destinatario, ma ad una particolare impresa o amministrazione, il 36,9 % dei 113 articoli isolati fa riferimento alla banca. Su questo dato netto, ovviamente, pesano in maniera determinante gli sviluppi del caso Parmalat e la pesante crisi

Quasi scontato, tuttavia, è evidenziare che, anche in questa sede, il rimedio di massa è stato additato come un meccanismo farraginoso e inefficace⁵², pressoché inapplicabile perché calato nella reale o presunta inefficienza del nostro sistema giudiziario.

Dal momento che il rimedio così abbozzato non ha mai varcato la faticosa soglia dei Tribunali italiani, è assolutamente fondato il monito fatto proprio dai quotidiani economici, con cui si invitava il consumatore a non nutrire false illusioni sull'attesa quasi "messianica"⁵³ della sua entrata in vigore: «già il fatto che una norma del genere venga fatta salire sul carro della Finanziaria», si avvisava, «significa che è più una questione di immagine [a vantaggio dei politici] che di sostanza»⁵⁴. In altre parole, «[i] continui rinvii [legislativi] hanno enfatizzato nella rappresentazione mediatica lo scontro politico fra maggioranza e opposizione; la vicenda della *class action* è diventata una delle tante battaglie politiche con un Governo impegnato a rivedere quanto deciso dalla maggioranza precedente ed una opposizione troppo tiepidamente impegnata nel chiedere l'entrata in vigore

finanziaria nel mercato dei *subprime* americani, il *crack* di Lehmann Brothers e di altre banche d'affari statunitensi. Nonostante la maggiore rilevanza dei numeri, tuttavia, è proprio il settore del credito quello in cui il riferimento alle posizioni espresse dalle associazioni dei consumatori appare più marginale, il che, come evidenziato in AA. VV., *L'occasione perduta*, cit., 34, «dà l'impressione di una consapevole resistenza da parte della stampa a dare spazio alla *voice* aggregata dei clienti della banca, in tempi di crisi economica».

⁵² Difficoltà applicative, mancanza di criteri puntuali per individuare i soggetti legittimati ad agire, procedure ad ostacoli, mancato coordinamento tra azioni collettive e azioni giurisdizionali e, soprattutto, mancanza di chiarezza sulla retroattività della norma sono le principali contraddizioni ed inefficienze dell'originario art. 140-*bis* rilevate dai quotidiani. In particolare, è stato Catricalà, l'allora presidente dell'Antitrust, a rappresentare autorevolmente la posizione più decisa e critica nei confronti di una *class action* temporalmente circoscritta, prevedendo che proprio su questo punto si sarebbe giocata la credibilità del provvedimento stesso: cfr. *Class action. Catricalà attacca*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 dicembre 2008, 14; FONTANAROSA, *La class action deve essere retroattiva*, in *La Repubblica*, 14 dicembre 2008, 20; e CARABINI, *Un doppio equilibrio per vigilare sul mercato*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 giugno 2008, 5.

⁵³ È di quest'opinione FERRERO, *Aspetti contrastanti nel codice del consumo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Marini*, Torino, 2010, 260, il quale, riprendendo un'espressione di KAPLAN, *Continuing Work of the Civil Comitee. 1966 Amendment of Federal Rule of Civil Procedure*, in *Harv. L. Rev.*, 1968, 356 ss., sottolinea come il successo mediatico dell'azione di classe sia ricollegato all'«*historic mission of taking care of the smaller*». Basti pensare al film "Erin Brockovich" uscito in sala nel 2000; e al libro "Il Re dei Torti" di Grishman edito in Italia nel 2003.

⁵⁴ Così LONGONI, *Class action virtuale*, in *Italia Oggi*, 01 settembre 2008, 1 e 2. Secondo questa lettura molto radicale, quindi, più che una possibilità in più per garantire i diritti dei cittadini e rendere più efficiente il mercato, l'azione collettiva risarcitoria era interpretata come un'arma demagogica in mano alla politica, che se ne sarebbe servita per rafforzare la propria immagine agli occhi dei consumatori, anche a costo di danneggiare o compromettere la funzionalità delle grandi imprese e, più in generale, del sistema produttivo.

dell'istituto giuridico»⁵⁵.

II.4. Entrata in vigore di una norma totalmente stravolta.

Un così prolifico esercizio ermeneutico dei cultori delle materie giuridiche, che ha pochi precedenti nella storia della dottrina italiana contemporanea, sicuramente, come ogni critica ben meditata, ha aiutato il legislatore italiano ad emanare una norma definitiva più chiara e comprensibile agli interpreti, anche se «molte cose vi appaiono non ben risolte e così, altrettanto verosimilmente, ancora un po' provvisorie»⁵⁶. Non essendo più sostenibile un allungamento a dismisura della sua fase transitoria⁵⁷, pertanto, il nuovo mezzo di tutela risarcitoria di massa è definitivamente esperibile dal primo gennaio del 2010⁵⁸, come riplasmato nel contesto di un provvedimento normativo assolutamente eterogeneo⁵⁹.

Rivoluzionando il precedente modello procedurale, mai divenuto operativo, l'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99 consta di due commi: il primo sostituisce l'originario art. 140-*bis* del codice del consumo, riscrivendolo *ex novo*⁶⁰ e

⁵⁵ Così AA. VV., *L'occasione perduta*, cit., 61.

⁵⁶ Così CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto*, l'art. 140-*bis* e la class action consumeristica, in *Corr. giur.*, 2009, 1299. In particolare, le disattenzioni legislative più evidenti sono due: al comma 14 dell'art. 140-*bis* ricompare, del tutto inopinato, il riferimento all'«azione collettiva» in luogo del richiamo all'«azione di classe»; allo stesso tempo, l'intervento riformatore della legge 23 luglio 2009, n. 99 ha lasciato integro il comma 445 dell'art. 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che continua a far riferimento all'«azione collettiva risarcitoria» quale nuovo strumento generale di tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti.

⁵⁷ In particolare, come rilevato in PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 59, «mentre divenivano sempre più forti le pressioni esercitate dal movimento consumeristico, il panorama sovranazionale si era arricchito di ulteriori documenti in cui si attestava il bisogno crescente di strumenti di tutela collettiva, funzionali, per un verso, alla protezione degli interessi dei consumatori [n.d.r. il riferimento è al Libro Verde della Commissione europea del 27 novembre 2008] e, per altro verso, alla tutela dei soggetti (anche esterni all'area dei consumatori propriamente detti) «traumatizzati» dalla messa in opera di strategie anticoncorrenziali [n.d.r. il riferimento è al Libro Verde del 19 dicembre 2005 e al successivo Libro Bianco del 02 aprile 2008]». Per maggiori ragguagli in proposito, si veda il § I.4. del presente scritto.

⁵⁸ Anche se la legge 23 luglio 2009, n. 99 non prende posizione sul momento a partire dal quale i soggetti legittimati sono in grado di avviare l'azione di classe, per l'individuazione di questa data significativa, occorre rivolgersi all'ultima proroga del termine stabilita dall'art. 2, comma 447, della legge 24 dicembre 2007, n. 244: cfr. in proposito la nota 44 del § II.3.1.

⁵⁹ Si tratta della legge 23 luglio 2009, n. 99, intitolata «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», cui è stata attribuita l'etichetta di «legge sviluppo», poiché contenente una serie di misure destinate ad operare in diversi settori, ma tutte accomunate dalla finalizzazione al rilancio del sistema economico nazionale. Giova qui segnalare che, solo qualche mese dopo, facendo seguito alle promesse consacrate ex art. 36 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 - per cui cfr. ancora la nota 44 del § II.3.1. -, si è messo in moto anche un procedimento collettivo riguardante il settore pubblico, disciplinato dal d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, attuativo della delega conferita dall'art. 4, comma 2, lett. l) della legge 04 marzo 2009, n. 15.

⁶⁰ Nonostante la giovane età dell'istituto nell'ordinamento italiano e lo scarso numero di

introducendo, nella rubrica e nel testo, l'evocativo sintagma "azione di classe"; il secondo sancisce la sua applicabilità ai soli «illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge»⁶¹, mettendo così in disparte quelli

referenti giurisprudenziali ad oggi registrati, la letteratura sul nuovo art. 140-bis del codice del consumo è già molto vasta e densa di contenuti. Si vedano, *ex multis*: AA. VV., *Atti del convegno "Class action. «Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese»*“, cit., 1109 ss.; ALPA, *L'art. 140bis del codice del consumo*, cit., 379 ss.; CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., spec. 59 ss.; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis*, cit., 1297 ss.; CONTE, *I "diritti individuali omogenei" nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 609 ss.; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit.; D'ALFONSO, *Commento sub art. 140bis*, cit., spec. 962 ss.; FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit.; FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, in *Contr. impresa/Europa*, 2011, 1 ss.; FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 487 ss.; FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in *Rassegna della Banca Regionale Europea*, 2009, n. 28, 40 ss.; MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1413 ss., e altresì reperibile in www.judicium.it, 2010; MICOSSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe*, cit.; PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis: le situazioni soggettive tutelate, la soluzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit.; PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., spec. 60 ss.; PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo*, cit., 541 ss.; RORDORF, *L'azione di classe*, cit.; SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, cit., 501 ss.; WINKLER, *L'azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, cit., 1675 ss.

⁶¹ *Ex multis*, in FERRANTE, *op. ult. cit.*, 7 s., è esplicitato che «l'art. 140-bis, anche dopo la riformulazione offertane dall'art. 49, comma 1, L. 99/2009, istituisce e regola un rito speciale di cognizione. L'innovazione legislativa, se finalizzata a rendere concreta ed effettiva la tutela di pretese altrimenti destinate all'inattuazione [...], non ha però alcuna portata sostanziale. Essa non incide sulla quantità e qualità dei diritti e degli interessi meritevoli di protezione che la legge riconosce al consumatore [...]. A dispetto di ciò, l'art. 49, comma 2, L. 99/2009, anziché regolare nel tempo l'accesso al nuovo rito - come sarebbe proprio delle norme processuali transitorie - e prevedere che esso si applichi a procedimenti futuri (o a fasi future di procedimenti in corso) [*n.d.r.* in base al principio *ex art. 11* delle disposizioni preliminari al codice civile, per cui «la legge non dispone che per l'avvenire»], discrimina i diritti che attraverso quel rito potranno essere fatti valere». In questa direzione, Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2523 ss., per cui «va sottolineato che l'art. 140-bis non crea nuovi diritti, ma disciplina soltanto un nuovo mezzo di tutela, l'azione di classe»; e App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, *ivi*, 3530 ss., che conferma come il nuovo istituto «non crea diritti, ma si limita ad estendere la tutela giudiziale». Per questa ragione, più voci in dottrina, tra cui PORRECA, *op. ult. cit.*, 558 s. e lo stesso FERRANTE, *ibid.*, 8 ss., hanno avanzato sospetti di incostituzionalità dell'art. 49, comma 2 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ipotizzandone sia un'irragionevole disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione; sia un'inosservanza del diritto costituzionale di difesa *ex art. 24*, commi 1 e 2 della Costituzione, a fronte di un rito ufficialmente introdotto per sopperire a lacune ed inefficienze di quello ordinario.

Contra, MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1415, pur ritenendo questa scelta politica «certamente inopportuna ed inadeguata», conclude, più cautamente, che «non può essere censurata come costituzionalmente illegittima [...], atteso che, in materia di disciplina transitoria, il legislatore ha ampia libertà e rientra nella sua discrezionalità stabilire per quali fattispecie sostanziali operano i rimedi che sono inseriti nell'ordinamento»; è di parere conforme SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., 4, nota 9. Così si è pronunciata anche App. Torino, ord. 23 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3422 ss., secondo cui «il fluire del tempo costituisce in sé un elemento diversificatore che consente di trattare in modo

anteriori al 15 agosto 2009⁶², che potranno, di conseguenza, ricevere tutela giurisdizionale soltanto con le tradizionali forme processuali⁶³.

La disciplina così licenziata reca una serie di piccole rivoluzioni, seppur prudenti, che sanciscono il convinto abbandono di quanto nel vecchio testo ancora residuava dell'azione collettiva diretta alla tutela di interessi diffusi e l'apertura all'archetipo americano dell'azione individuale, seppur fondata sull'esclusiva forza propulsiva del *consumer* leso, che può scegliere di avviarla da solo⁶⁴ o «mediante associazioni, cui dà mandato, o comitati, ai quali partecipa»⁶⁵. All'unitarietà dell'attore si contrappone il pluralismo definitorio della parte convenuta, le cui variabili nozioni e qualità soggettive non sempre trovano nel codice di settore un chiaro punto di incontro: se la nozione di impresa *ex art. 140-bis*, commi 2, lett. a), 4 e 11 non ha alcuna definizione *ex lege*⁶⁶, quella di produttore *ex art. 140-bis*,

differenziato le stesse categorie di soggetti, atteso che la demarcazione temporale consegue come effetto naturale alla generalità delle leggi».

⁶² In mancanza di disposizioni derogatorie *ad hoc*, la legge 23 luglio 2009, n. 99, pubblicata il 31 luglio 2009, è entrata in vigore trascorso l'ordinario periodo di *vacatio legis*.

⁶³ Come giustamente sostenuto in PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 61, nota 102, infatti, non si può aderire alla dottrina minoritaria per cui «agli illeciti compiuti antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 99/2009 si dovrà considerare applicabile il precedente art. 140-bis», dal momento che quest'ultimo non è mai divenuto pienamente operativo,

⁶⁴ La reiterata menzione del termine consumatore nel testo dell'art. 140-bis, se «appare per certi versi sovrabbondante in una logica di economizzazione del linguaggio», può esclusivamente essere volto a «depotenziare spinte verso l'annessione all'azione di terreni più ampi, scoraggiando un'interpretazione meno restrittiva [*n.d.r.* rispetto a quella tradizionale *ex art. 3* del codice del consumo] del concetto di consumatore»: così PALMIERI, *op. ult. cit.*, 88 e, di pare conforme e critico, FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., *passim*, nonché ID., *La nuova "azione di classe" in Italia*, cit., *passim*. Lo ha confermato anche Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit., che ha respinto, in quanto manifestamente infondata, la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 140-bis, sotto il profilo degli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parti in cui subordina l'accessibilità del nuovo rito alla veste di consumatore del proponente; a detta del foro piemontese, infatti, quest'opzione settoriale rientra pienamente nell'alveo della discrezionalità legislativa e non è affetta da alcuna irrazionalità, subordinando l'incremento di tutela ad uno *status* - quello di *consumer*, appunto - fondato su elementi oggettivi e fermi, anziché bisognosi di controllo caso per caso, come potrebbe, invece, richiedere lo *status* di imprenditore debole. Cfr. in tal senso PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 16 s.; PORRECA, *op. ult. cit.*, 552 s.; e CERRATO, *Un "debutto stonato" per la nuova "class action" italiana*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, II, 624. *Contra* cfr. le definizioni *ex lege* di micro-impresa riportate nella nota 132 del § I.4., che utilizzano parametri oggettivi e fermi, del tutto assimilabili a quelli della nozione *ex art. 3*, comma 1, lett. a) del codice del consumo.

⁶⁵ Il legislatore ha così dimostrato di creder poco all'ipotesi di un'azione risarcitoria di massa solitariamente proposta dal singolo. Sulla natura e la composizione degli enti, nonché sul loro rapporto col proponente, la legge nulla specifica: per un inquadramento generale del loro ruolo propulsore, si veda il § III.1.

⁶⁶ L'ipotesi esegetica per cui la nozione d'impresa affiorante qua e là nel corpo della norma dovrebbe essere parificata per esigenze sistematiche a quella di professionista *ex art. 3*, lett. c) del codice del consumo è da escludersi. Malgrado sia indiscutibile la sciatteria linguistica di questo legislatore, infatti, la scelta di due termini diversi non pare poter essere normalizzata, fino a renderli

comma 2, lett. b) ha ben tre diverse accezioni normative⁶⁷.

Quanto alle situazioni giuridiche deducibili, il quadro è ora più nitido, tracciandosi tre distinte ed autonome *species* del *genus* «diritti individuali omogenei»⁶⁸, individuate in base alle caratteristiche oggettive del rapporto da cui scaturiscono o della condotta d'impresa provocante il pregiudizio. In primo luogo, trattasi dei diritti contrattuali facenti capo ai consumatori e/o utenti che versano nella medesima situazione, ricomprendendovi anche quelli derivanti dalla predisposizione di condizioni generali *ex art. 1341 CC*⁶⁹, oltre a quelli originanti dalla sottoscrizione di moduli o formulari *ex art. 1342 CC*. Ne deriva che, per tali situazioni attive di matrice negoziale, ove l'accertamento del danno presenta perimetri ricostruttivi potenzialmente più netti, la portata della protezione è ora pressochè onnicomprensiva e, in ogni caso, più ampia di quella che caratterizzava l'originario art. 140-*bis*. Al contrario, discostandosi dall'incidenza ad amplissimo raggio del precedente testo, la nuova norma persegue la responsabilità da illecito extra-contrattuale esclusivamente per tre ipotesi tipizzate⁷⁰: i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un prodotto nei confronti del produttore, quale

equipollenti: in questo senso, cfr. PORRECA, *op. ult. cit.*, 554 s.; e FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 47, nota 29. Per le problematiche interpretative così sollevate, si veda più dettagliatamente PALMIERI, *op. ult. cit.*, 130 ss.

⁶⁷ Vale a dire, quella di cui all'art. 115, comma 2-*bis*, in materia per danno da prodotti difettosi; quella *ex art. 103, lett. d)*, in tema di sicurezza dei prodotti; e, infine, quella di cui all'art. 3, lett. d), posta all'interno delle disposizioni generali. Scegliere la definizione più congrua significa compiere un giudizio di prossimità alla fattispecie oggetto del contenzioso; di conseguenza, non è la nozione a guidare l'esegesi della fattispecie, ma è piuttosto la fattispecie a suggerire la nozione di volta in volta più adatta. In proposito si rinvia a PALMIERI, *op. ult. cit.*, 137 ss.

⁶⁸ Il problema con cui l'interprete si deve confrontare è il comprendere se, e in quale misura, queste ipotesi identifichino fattispecie tassative, volte ad autorizzare l'azione. Secondo ZOPPINI, *Alcune brevi riflessioni sulla riforma della disciplina in materia di «azione di classe»*, in AA. VV., *Atti del convegno "Class action. «Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese»*“, cit., 1129, poiché «l'azione di classe non può essere interpretata come espressione dell'inviolabile diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost., rappresentando invece uno strumento straordinario, fondato su una logica autonoma in base alla quale chi aderisce all'azione, pur non essendo attore, può beneficiare degli effetti di una sentenza pronunciata nei confronti del convenuto», è di per sé scontato che «spetta esclusivamente al legislatore stabilire quali sono le situazioni giuridiche soggettive per le quali è possibile agire attraverso questo strumento processuale», residuando uno spazio di possibile apertura interpretativa esclusivamente in relazione alla fattispecie delle pratiche commerciali scorrette. Di parere conforme circa la versione originaria dell'art. 140-*bis*, era AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 45 s.

⁶⁹ Con il riferimento all'art. 1341 CC, pertanto, i diritti contrattuali azionabili vanno estesi anche ai rapporti di natura seriale perfezionati senza il ricorso alla forma scritta, quali, ad esempio, i contratti a distanza o i contratti stipulati secondo le norme sul commercio *on line*.

⁷⁰ In particolare, in queste ipotesi di cui alle lett. b) e c), il nuovo art. 140-*bis* non distingue espressamente tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale, per quanto le azioni basate sulla prima possano già ritenersi di per sé già incluse nella fattispecie di cui alla precedente lett. a).

presunto responsabile, anche se tra questi due soggetti non intercorre alcun rapporto contrattuale⁷¹; ed i diritti al ristoro del pregiudizio patito dai consumatori/utenti in conseguenza di pratiche commerciali scorrette⁷² o di comportamenti anticoncorrenziali⁷³, per il cui soddisfacimento saranno esperite prevalentemente le c.d. azioni di classe *follow-on*⁷⁴.

Purché rientranti in una di queste fattispecie tassative, secondo la formulazione del 2009, i diritti della *class representative* e quelli degli ipotizzabili

⁷¹ Si tratta della c.d. “responsabilità per danno da prodotti difettosi”, contenuta negli artt. da 114 a 127 del codice del consumo, quali norme assorbenti per abrogazione espressa il precedente D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224. Mentre questa collocazione previgente non arrecava limitazioni di sorta e l’illecito del produttore era colpito a prescindere dalle qualità soggettive del danneggiato, l’inserimento del codice del consumo comporta un vero e proprio arretramento sostanziale del fronte di tutela, che lascia sguarnito il non consumatore che prima era protetto, con infrazione della dir. 1985/374/CEE. Così FERRANTE, *L’azione di classe nel diritto italiano*, cit., 38, il quale alla nota 10, comunque, rileva che «anche nell’esperienza anteriore alla codificazione settoriale i pochi casi in decisione hanno riguardato pressochè tutti la materia dei rapporti di consumo».

⁷² Per la nozione di «pratica commerciale scorretta» cfr. la nota 112 del § 3 delle premesse.

⁷³ Per l’individuazione dei comportamenti anticoncorrenziali, il riferimento naturale è alle disposizioni nazionali e comunitarie che vietano le intese restrittive della concorrenza e l’abuso di posizione dominante, ossia agli artt. 81 e 82 del Trattato CE e agli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In particolare, le violazioni *antitrust* che più si prestano a successive *class action* sono quelle che comportano direttamente un aumento di prezzo per i consumatori, in particolare i cartelli. La memoria corre subito, ad esempio, al caso dello scambio di informazioni tra le compagnie di assicurazione sui premi di polizza RC Auto, sanzionato dall’AGCM nel 2000; caso che, comunque, oggi non potrebbe essere azionato *ex art. 140-bis*, comma 2, lett. c), considerato che i fatti lesivi risalgono al 1995, cioè ben prima dello spartiacque del 15 agosto 2009.

⁷⁴ L’accostamento in un’unica previsione di questi due illeciti si spiega ricordando che, per entrambi, il nostro ordinamento prevede, accanto agli ordinari mezzi di tutela giurisdizionale, un sistema amministrativo di repressione affidato all’AGCM. Pertanto, si tratta di due ambiti per cui le azioni di classe saranno prevalentemente avviate dopo l’adozione di un provvedimento con cui l’Autorità garante abbia accertato, per quanto di sua competenza, la violazione delle disposizioni rilevanti: le c.d. azioni di classe *follow-on*, appunto. Più in generale, sui rapporti tra *private* e *public enforcement* nella prospettiva processuale, si veda MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *L’azione di classe*, cit., 1443, il quale conclude per il rilievo esclusivamente sul piano istruttorio dell’accertamento amministrativo nel giudizio civile. Infatti, poiché in Italia non esiste consequenzialità o accessorietà tra procedimento amministrativo e processo civile, l’uno non costituendo condizione di procedibilità dell’altro, *ex art. 140-bis*, comma 6 è previsto il potere - ma non il dovere - del giudice di sospendere il processo, in attesa della decisione di un’autorità indipendente o di un giudice amministrativo sui fatti rilevanti per l’azione di classe. Tale decisione non è vincolante per il giudice, ma esercita un’influenza significativa nella formazione del suo convincimento quanto all’esistenza dell’infrazione. A maggior ragione poiché, secondo Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901 ss., costituisce «prova privilegiata» dell’esistenza della violazione *antitrust*. Ecco quindi alleggerito l’onere probatorio in capo all’eventuale *class representative*, anche se, successivamente, il giudice dovrà accertare l’esistenza del danno e del nesso di causalità, nonché valutare eventuali profili soggettivi che possono rilevare ai fini del risarcimento del danno. *Contra* si evidenzia che, come affermato in FERRANTE, *La nuova “azione di classe” in Italia*, cit., 5, si tratta di due «fattispecie virtualmente estese [...], ma che al momento patiscono un certo ritardo nell’elaborazione teorica e nell’applicazione pratica».

aderenti devono essere tra loro «identici»⁷⁵, tanto da consentirne l'aggregazione in una classe omogenea⁷⁶. In previsione dell'istruttoria, ne dovrebbe così conseguire l'omologazione, rinveniente altresì dalla prevalente comunanza delle questioni giuridiche e di fatto su ogni aderente, tale da legittimare, per ragioni di economia processuale, la trattazione accorpata. Infatti, l'azione collettiva esige che, dal contesto di violazioni seriali e plurioffensive denunciate, emerga un sufficiente grado di sovrapposibilità delle pretese, posto che, altrimenti, una *complex litigation* non comporterebbe apprezzabili utilità rispetto ad una pluralità di giudizi individuali. Ove si ammettesse la tutela di diritti troppo differenziati, al contrario, si rischierebbe di rendere vano il ricorso a questa forma di tutela accorpata, perché, successivamente, sarebbe necessario instaurare separati giudizi individuali per verificare: se il diritto vantato dal singolo danneggiato rientri nell'ambito

⁷⁵ Malgrado la centralità del concetto di identità, nel testo normativo licenziato nel 2009 molto scarni appaiono i parametri *ex lege* volti a determinarne il significato. Ecco il motivo per cui è proprio all'interprete, e, *in primis*, ai Tribunali che è rimesso il compito di decifrare la suddetta formula, nella consapevolezza che una sua lettura in termini troppo rigorosi può portare, di fatto, ad un'oggettiva difficoltà nell'individuare un gruppo di soggetti riconoscibili come classe. La tesi più lineare e credibile a questo scopo pare essere quella riportata in COSTANTINO E CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, 985, per i quali sono proponibili due diverse interpretazioni: secondo quella più restrittiva, che sposta l'ottica dal danneggiato, titolare del diritto identico, alla condotta del danneggiante, l'identità trae origine dal medesimo fatto dannoso o dalla medesima pratica commerciale o contrattuale; per la seconda più estensiva, invece, l'identità riguarda la *causa petendi*, cioè gli elementi costitutivi della fattispecie acquisitiva del diritto e non anche il suo contenuto, che però deve essere almeno analogo. In particolare, *sub* lett. a) del comma 2 dell'art. 140-bis, la «situazione identica» - di fatto e non necessariamente di diritto - in cui versano i soggetti contraenti nei confronti dell'impresa, è riferibile al tipo di contratto stipulato con una pluralità di clienti e alla natura della violazione degli obblighi contrattuali. Al contrario, *sub* lett. b) e lett. c) del medesimo comma 2 si parla di «diritti identici»: nel primo caso, il punto di riferimento essenziale è dato dalla tipologia del vizio o difetto del bene, ma sembra quantomeno dubbio interpretare restrittivamente la fattispecie, estendendo il concetto di identità alle conseguenze dannose derivate; nella seconda ipotesi, invece, gli elementi da considerare paiono essere i comportamenti illeciti delle imprese ivi individuati, combinati con la natura delle conseguenze dannose, sul piano del nesso causale, che essi hanno determinato.

⁷⁶ In ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo*, cit., 383, onde accantonare la soluzione estrema, per cui il danno lamentato dovrebbe essere identico per tutti i *class members* persino nell'ammontare, si ricorre al comma 12 dell'art. 140-bis, ove non solo si parla di «somme» (al plurale) da liquidare agli aderenti, ma si concepisce, altresì, una statuizione limitata alla mera enunciazione di un «criterio omogeneo di calcolo», di cui ci si potrà servire per la quantificazione del pregiudizio sofferto da ciascuno dei consumatori che hanno subito una perdita. In tal senso, cfr. anche COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: la tela di Penelope*, cit., 390, e ID., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo*, cit., 1134; nonché MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1420 s. e SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., 8 ss. Ecco il motivo per cui BARRA CARACCIOLLO, *L'esperienza delle class action e i diritti identici*, cit., 2, afferma che, non essendo sempre identico il risarcimento, «forse sarebbe stato più corretto parlare di diritti assimilabili» nel titolo o nelle questioni da risolvere. Tale impostazione è stata ripresa anche successivamente da Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, n. 2784, in *Foro it.*, 2011, I, 1889 ss.; e da App. Torino, ord. 23 settembre 2011, cit.

individuato dalla pronuncia del giudice che definisce l'azione collettiva; se vi siano specifiche eccezioni relative a quel diritto di cui si debba garantire l'esercizio a garanzia del diritto di difesa in capo al convenuto; e quale sia l'ammontare del danno riconoscibile ad ogni singolo danneggiato.

L'adesione postula l'indicazione degli elementi costitutivi della singola pretesa e, seppur esperibile senza l'ausilio di un difensore, deve essere depositata entro un termine piuttosto stringente⁷⁷. È l'unico mezzo con cui i titolari dei diritti omogenei a quelli virtualmente dedotti in forma aggregata possono assoggettarsi all'efficacia della sentenza conclusiva del giudizio di classe; è, infatti, vietato l'intervento di terzi ai sensi dell'art. 105 CPC, ammesso nella prima versione della disposizione. Tuttavia, l'alternativa instaurazione di autonomi ed individuali processi risarcitori fondati sulla denuncia dei medesimi fatti costitutivi è fatta salva tanto per i consumatori/utenti che non abbiano aderito⁷⁸, senza limitazioni temporali che non siano determinate da decadenze e prescrizioni; quanto per gli aderenti, in caso di estinzione o di chiusura anticipata del processo di classe⁷⁹. Dal punto di vista del singolo consumatore, l'azione di classe è, perciò, un'opportunità che si aggiunge all'esperimento dei mezzi di tutela di tipo individuale⁸⁰, senza precludere tale strada, finché non si sia operata una scelta di segno diverso.

Il processo si introduce con le forme di un giudizio ordinario di cognizione e, quindi, con la citazione in giudizio dell'impresa convenuta⁸¹. Pur mantenendosi la scansione in fasi che contraddistingueva il precedente modello procedurale, gli accertamenti da compiere in vista della decisione preliminare sull'ammissibilità ora

⁷⁷ Il singolo consumatore o utente, che intenda avvalersi della tutela prevista dall'azione di classe, deve comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione entro un termine fissato dal giudice, non superiore a 120 giorni, decorrenti dalla scadenza del termine assegnato all'attore per eseguire la pubblicità dell'azione di classe. La prima bozza del decreto legge prevedeva che l'adesione da parte di qualsiasi soggetto interessato potesse essere comunicata anche in fase di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. L'inciso è stato in seguito eliminato e - probabilmente - la ragione di tale mancata estensione del termine deve essere ravvisata in esigenze di certezza: consentire a qualsiasi interessato di intervenire anche in fase di appello significa delineare i contorni della classe - e, perciò, l'ammontare del *quantum* richiesto a titolo di risarcimento - in una fase troppo avanzata del processo, peraltro in contrasto con l'art. 345 CPC, che vieta la proposizione di domande nuove in appello.

⁷⁸ Cfr. comma 14 dell'art. 140-bis del codice del consumo.

⁷⁹ Cfr. comma 15 dell'art. 140-bis del codice del consumo.

⁸⁰ A tal proposito, un indice legislativo ulteriore ai due appena richiamati è il comma 1 dell'art. 140-bis, che parla di diritti tutelabili «anche» attraverso l'azione di classe.

⁸¹ Cfr. comma 5 dell'art. 140-bis del codice del consumo. A proposito dell'atto introduttivo del giudizio e dei suoi contenuti, si veda SANTANGELI E PARISI, *op. ult. cit.*, 27 ss.

sono più analitici, in coerenza con l'impianto autenticamente "di classe", ora caratterizzante *expressis verbis* l'azione: il Tribunale della regione in cui ha sede l'impresa convenuta⁸² è ora chiamato a delibare in via preventiva e in forma collegiale, oltre che sulla non manifesta infondatezza delle pretese e sull'insussistenza di conflitti di interessi, anche sull'identità dei diritti individuali per i quali si agisce in forma aggregata e sulla capacità del proponente di curare adeguatamente l'interesse della classe⁸³, mentre scompare la necessità di riscontrare «l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela». Quale indice di forte impatto di questa fase preliminare sull'interesse pubblico, da intendersi soprattutto quale interesse all'efficiente funzionamento del sistema giudiziario⁸⁴, un'ulteriore novità è che *ex art. 140-bis*, comma 5 il pubblico ministero può intervenire nel giudizio di ammissibilità, motivo per cui l'atto di citazione deve essere notificato anche al suo ufficio presso il foro adito.

Nell'ipotesi in cui l'udienza si concluda con un'ordinanza di ammissibilità, innanzitutto, il giudice fissa i termini e le modalità della «più opportuna pubblicità», ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe⁸⁵; ampio

⁸² Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 4 del codice del consumo, «[I]a domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli». La scelta di circoscrivere la trattabilità del contenzioso di massa a soli 11 tribunali intende favorire la formazione indiretta di giudici specializzati ed evitare il *forum shopping*. È anche vero, però, che la lontananza territoriale dei potenziali aderenti dalla sede del Tribunale potrebbe essere un reale deterrente per avviare un'azione di classe. Anche per quest'ultimo motivo, oltre che per dubbi di legittimità costituzionale *ex art. 102*, comma 2 della Costituzione, è stata bocciata, in sede di emendamento al Senato, la proposta *ex art. 2*, comma 1, lett. c) del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 di devolvere la competenza a decidere su qualunque *class action* all'istituendo Tribunale delle imprese.

⁸³ Non essendo specificato *ex lege* quali siano i criteri e le modalità di individuazione dell'*adequacy* del proponente, ma emergendo una netta assonanza con il corrispondente requisito americano - per cui cfr. la nota 142 del § I.5. -, la giurisprudenza si potrà avvalere del censo - come rilevato da Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, in *Nuovo not. giur.*, 2011, 142 ss. e per cui si veda il § III.2.2. -, della competenza professionale del difensore, *et cetera*, quali valutazioni del tutto inedite per il nostro costume processuale. In proposito, cfr., fra gli altri, CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, 1137 s.; nonché MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1456, che non ravvedono, tuttatavia, alcuna difficoltà.

⁸⁴ Cfr. l'art. 70, comma 3 CPC, a norma del quale il pubblico ministero può intervenire in ogni causa in cui ravvisa un pubblico interesse. *Contra*, secondo un'altra dottrina, particolare rilievo è stato dato alla rilevanza penalistica assunta, nel recente passato, dai giudizi proposti da migliaia di risparmiatori dinanzi al giudice civile per i noti *crack* finanziari.

⁸⁵ Ciò significa che il foro competente deve assumere le forme divulgative più appropriate al tipo di uditorio cui si rivolge, la cui informazione sui criteri dell'*opt-in*, sul tempo delle adesioni e sulle modalità procedurali della fase di merito è garante di una reale efficienza della singola

potere direttivo altresì confermato dalla previsione per cui l'esecuzione di tale incumbente «è condizione di procedibilità della domanda». Secondariamente, sulla base delle allegazioni delle due parti, definisce i «caratteri individuali oggetto del giudizio», con specificazione dei «criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione»⁸⁶. Infine, quale deformalizzazione dell'istruttoria e della trattazione della fase di merito, «determina [...] il corso della procedura», in vista della razionalizzazione delle risorse e dei tempi processuali per promuovere una gestione efficiente della procedura di massa, con pretermissione di rigidità e formalismi rituali inutili⁸⁷, pur sempre nel rispetto del principio del contraddittorio.

Come emblematicamente sostenuto da autorevole dottrina, quindi, «[c]iò che si avvia nel processo di classe è [...] da guardarsi come *un rapporto giuridico complesso intimamente processuale*, il quale [...] esige sia dall'attore, sia dal convenuto sia da parte dello Stato-giudice [...] una collaborazione improntata al principio di buona fede e di lealtà e, in prospettiva, per le parti, anche l'astensione di allegazioni scientemente false e la piena ottemperanza alle esibizioni documentali richieste. [...] È pur vero, tuttavia, che associazioni e grandi imprese, quali *frequent players*, possono ben avere qualche interesse a cercare di allinearsi a

iniziativa collettiva. In quest'ottica, pare apprezzabile il *dictum* di Trib. Torino, ord. 24 aprile 2012, inedita, per cui «[a]i fini della compiuta trattazione volta all'emissione dell'ordinanza *ex art. 140-bis* commi 9 e 11, il Collegio ritiene opportuno instaurare un effettivo contraddittorio mediante il deposito di apposite memorie, invitando le parti a prendere posizione circa le concrete determinazioni operative da assumere in ordine» al suddetto onere. Senonchè, dopo aver stimolato il contraddittorio sul tema, il medesimo foro, nella successiva Trib. Torino, ord. 15 giugno 2012, in www.sviluppoeconomico.gov.it, 2012, ha commissionato agli attori una pubblicità tanto costosa quanto inutile: pubblicare un'inserzione già redatta dallo stesso foro piemontese presso tre quotidiani a diffusione nazionale, una volta in giorno festivo ed altra in giorno feriale, con riquadri dalle dimensioni non inferiori a quelle specificate dall'ordinanza; pubblicare inoltre quella stessa inserzione sui siti internet dei medesimi quotidiani per sette giorni consecutivi.

⁸⁶ A tal proposito, interessante è il rilievo fatto proprio da CONTE, *I "diritti individuali omogenei" nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 645, per cui, onde «ritagliare al nuovo strumento uno spazio di applicazione quanto più ampio possibile, evitando di mortificarne le potenzialità applicative, già di per sé molto contenute», è indispensabile limitare al massimo l'area della classe, «attraverso l'individuazione di sotto-classi contraddistinte da più evidenti caratteristiche comuni e da una più stringente omogeneità di pretese». Quale scenario simile a quello contemplato nella Rule 23, § (c) delle *Federal Rules of Civil Procedure* - a mente del quale «*when appropriate [...] a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly*» -, «il vantaggio è di assicurare una maggiore efficienza e celerità allo strumento della tutela di classe»; e, allo stesso tempo, è quello «di ridurre lo spazio applicativo della norma di cui al comma 14, che impedisce la proponibilità di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa». Cfr. per completezza anche la nota 59 del § IV.2.2.

⁸⁷ Cfr. comma 11 dell'art. 140-bis del codice del consumo.

standards di processo leale e financo collaborativo, [...] almeno se un'adeguata normativa processuale, anziché dare *chances* ai loro peggiori istinti, faciliterà questa razionalistica vocazione»⁸⁸, magari in vista, sin dall'inizio, di una composizione stragiudiziale della lite. Nel testo di legge licenziato nel 2009, tuttavia, è statuito né il momento in cui eventualmente perfezionare questo accordo risolutivo⁸⁹, né un eventuale controllo di adeguatezza sul suo contenuto⁹⁰; semplicemente, si precisa che le rinunce e le transazioni intervenute tra il *class representative* e l'impresa convenuta «non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito»⁹¹.

La già menzionata tendenza ad una maggiore efficienza di gestione del processo collettivo traspare, poi, dai contenuti dell'eventuale ed alternativa sentenza di condanna. Una volta accertata la responsabilità dell'impresa, infatti, il legislatore vuole che, imponendo una prestazione pecuniaria all'impresa in favore dell'attore e in favore di ciascuno degli aderenti, il tribunale faccia tutto il possibile per indicare una cifra, facilitando così il compito, altrimenti ostico, al giudice dell'esecuzione. Considerata la problematica determinazione del *quantum* spettante a ciascuno, pertanto, a titolo di danno medio statistico, il foro può: o ricorrere, in prima battuta, a quella liquidazione equitativa *ex art. 1226 CC* che, nella tradizione del nostro contenzioso, costituisce un'*extrema ratio*⁹²; o, addirittura, stabilire un

⁸⁸ CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 12.

⁸⁹ Poiché il sistema di *opt-in* rende indispensabile coinvolgere nella negoziazione, oltre al consenso del *class representative* e dell'impresa, anche quello di tutti gli aderenti, come affermato nella relazione governativa al d.lgs. 04 marzo 2010, n. 28, «non è concepibile una mediazione dell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero di membri della collettività danneggiata e fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni», il che giustifica l'esclusione del 140-bis dal tentativo obbligatorio di mediazione preventiva *ex art. 5*, comma 1 del d.lgs. 04 marzo 2010, n. 28.

⁹⁰ Va sottolineato che un controllo di equità sull'accordo raggiunto sarebbe difficilissimo, perché implicante, se affidato ad un'*authority*, un'ingerenza pubblica in materia di diritti soggettivi privati; e, se affidato al giudice, una riapertura della controversia che si è chiusa con l'accordo.

⁹¹ Cfr. comma 15 dell'art. 140-bis del codice del consumo, quale disposizione cui fa eco l'art. 15 del d.lgs. 04 marzo 2010, n. 28, secondo cui «[q]uando è esercitata l'azione di classe [...], la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito». Nel silenzio della legge, secondo MICOSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe*, cit., 25, venendo meno la *complex litigation* cui avevano aderito, in seguito all'avvenuta transazione tra il *class representative* e l'impresa, gli aderenti dissenzienti saranno nuovamente legittimati all'azione individuale.

⁹² Secondo l'invalsa interpretazione dell'art. 1226 CC, infatti, grava sul creditore - proprio come graverebbe sul singolo consumatore, se non si fosse "aggregato" nell'attore collettivo - l'onere di dimostrare l'impossibilità di provare il danno - e, perciò, non anche il *quantum* restitutorio - «nel suo preciso ammontare». Al contrario, *ex* comma 12 dell'art. 140-bis il legislatore sembra prevedere in ogni caso il suo vigore, il che lascia perplessi per più motivi. Secondariamente,

criterio omogeneo di calcolo, a titolo di percentuale del *petitum* e/o del *quantum* richiesto dall'attore e da ciascuno degli aderenti. Nell'intento, infine, di incentivare l'adempimento spontaneo dell'impresa, l'esecutività della sentenza di condanna è procrastinata di 180 giorni dalla sua pubblicazione e i pagamenti delle somme dovute ai singoli consumatori effettuati in questo "periodo di grazia" risulteranno esenti da incrementi di sorta. Anche l'inibitoria dell'esecutività di questa sentenza è sottoposta a regole speciali: la Corte d'Appello potrà tenere conto, oltre che dei «gravi e fondati motivi» presupposti dall'art. 283 CPC, dell'entità complessiva della somma cui è stata condannata l'impresa, del numero dei creditori e della difficoltà di ripetere quanto versato in ottemperanza al *dictum* di primo grado in caso di accoglimento del gravame. Allo stesso tempo, qualora sia necessario, potrà essere anche disposto il deposito vincolato della somma complessivamente dovuta fino al passaggio in giudicato della pronuncia conclusiva.

«In linea con l'obiettivo di razionalizzare il contenzioso seriale, evitando inutili duplicazioni e scoraggiando la "cultura" della *litigation*»⁹³, infine, è anche abbozzata una disciplina di coordinamento per l'ipotesi di azioni di classe avviate in parallelo nei riguardi della stessa impresa per i medesimi fatti. La soluzione prospettata è quella di disporre, per le azioni iniziate prima della scadenza del termine per la raccolta delle adesioni nel primo processo, la riunione d'ufficio, ove pendenti davanti al medesimo Tribunale; o la riassunzione, in caso siano state promosse dinanzi giudici diversi. Al contrario, se si tratta di domande successive, esse saranno dichiarate improponibili.

II.5. Modifiche apportate dall'art. 6 del decreto "cresci Italia".

Nei primi due anni di vigenza del nuovo strumento di tutela giudiziale, si è assistito ad un concreto ricorso allo strumento dell'azione di classe piuttosto stringato⁹⁴, soprattutto a causa della rigida formulazione della norma e del "filtro" cui l'azione è sottoposta prima di essere ammessa. Per tale motivo, dopo un così

in base al principio del giusto processo *ex* art. 111 della Costituzione, una pacifica interpretazione giurisprudenziale ritiene che la sua applicazione esiga pur sempre la prova dell'esistenza del danno e di elementi sufficienti per una sua liquidazione il più possibile approssimata alla realtà.

⁹³ Così PALISI, *Considerazioni sull'azione di classe*, cit., 526.

⁹⁴ Utilizzo che, ad oggi, si è quasi sempre fermato dinanzi al filtro del Tribunale, che l'ha considerata preventivamente inammissibile. Cfr. *amplius* il capitolo III.

breve scorcio applicativo, l'intensa attività legislativa del Governo Monti è intervenuta nel gennaio 2012 anche in questa delicata questione⁹⁵, apportando poche, ma apprezzabili modifiche terminologiche che dovrebbero rendere più accessibile il ricorso all'azione.

Innanzitutto, nel primo comma dell'art. 140-*bis* del codice del consumo è stata inserita la precisazione che l'azione di classe è volta a proteggere non solo i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, ma anche «gli interessi collettivi». A prima vista, questa novità legislativa pare istituire accanto alla previgente azione di classe *strictu sensu* un parallelo rimedio collettivo esponenziale, ad essa alternativo o cumulativo⁹⁶. Tuttavia, il suo retroterra disciplinare è rimasto inalterato: la legittimazione attiva è ancora affidata esclusivamente al *quisque de populo*⁹⁷, purchè consumatore o utente⁹⁸; la rubrica della norma, già di per sé fuorviante perché allude al modello oltreoceano, non è stata aggiornata, onde evidenziare l'apparente sdoppiamento di tutela; il perimetro materiale dell'azione *ex art. 140-bis*, comma 2 e lo scrutinio di omogeneità *ex* successivo comma 6, seconda parte sono ancora delimitati ai soli «diritti

⁹⁵ In particolare, il riferimento è all'art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante le disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività e convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27, articolo rubricato "Norme per rendere efficace l'azione di classe". A tal riguardo, la letteratura scientifica rinvenuta, specialmente *on-line*, è alluvionale, ma non altrettanto autorevole, limitandosi, nella maggior parte dei casi, ad una parafrasi guidata della legge, a causa del poco tempo a disposizione per sedimentare il pensiero in proposito e dell'assolutamente nullo riscontro giurisprudenziale per verificarne l'effettività.

⁹⁶ Infatti, come sottolineato da FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 12, nota 55, a favore della convergenza di questo supponibile doppio binario di tutela, non si deve dimenticare che «in una larga fascia d'ipotesi proteggere l'interesse collettivo significa anticipare la soglia di tutela dell'interesse individuale, quante volte la lesione dell'uno, ancora indifferenziato e magmatico, possa preludere alla lesione o alla messa in pericolo dell'altro, già capace di raggiungere la consistenza del diritto soggettivo perfetto».

⁹⁷ In questo modo, quale «sorta di investitura esponenziale», che è ben più adatta ad un ente associativo, ciascun *class representative* potrebbe azionare, oltre al proprio eventuale diritto risarcitorio o ripristinatorio, anche un interesse collettivo, di cui è solo parzialmente ed indirettamente titolare, con buona pace dell'art. 24, comma 1 della Costituzione: così FERRANTE, *op. ult. cit.*, 13.

⁹⁸ Nonostante la svolta storica *ex art. 7* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che ha esteso l'applicazione degli artt. 18 ss. del codice del consumo anche alle micro-imprese, facendo delle pratiche scorrette una branca trasversale che afferisce tanto alla tradizionale categoria del *B2C*, quanto a quella innovativa del "terzo contratto" - per cui cfr. la nota 132 del § I.4. -, a tale ampliamento soggettivo delle posizioni tutelabili *ex* successivo art. 140-*bis*, comma 2, lett. c), non è seguita una concreta attuazione, essendo rimasta inalterata la legittimazione attiva all'azione di classe. Secondo FERRANTE, *op. ult. cit.*, 45, trattasi dell'ennesima aporia di un legislatore «che riversa nell'ordinamento spezzoni normativi alla rinfusa», senza ricordarsi di coordinarli tra loro.

individuali omogenei»⁹⁹; e, infine, il nuovo periodo del comma 2 chiarifica ulteriormente che «l'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori»¹⁰⁰. Se per taluno l'art. 6 del c.d. decreto "cresci Italia" ha così attuato una "rivoluzione a metà", che «l'interprete è chiamato non tanto ad arricchire o levigare, ma quasi a riscrivere», onde garantire un'efficacia effettiva all'art. 140-*bis*¹⁰¹, un'altra autorevole dottrina ritiene che l'unica *ratio legis* plausibile «è probabilmente da individuarsi nell'esigenza di garantire che l'azione venga promossa per la tutela di un interesse (individuale) realmente diffuso tra i consumatori o gli utenti»¹⁰².

A prima vista pleonastica è, poi, l'inserzione del servizio accanto al prodotto: nella norma già compariva costantemente il termine «utente» accanto a «consumatore», sicché non si poteva ragionevolmente dubitare che la tutela riguardasse anche i servizi. Secondo parte della dottrina, tuttavia, questo chiarimento legislativo sarebbe indicativo di un'espressa apertura di tutela agli

⁹⁹ Tale discontinuità, lasciando l'ipotetica variante collettivo esponenziale libera di spaziare a tutto campo, rende intuitivamente prevedibile il rapido deperimento della variante di classe, più stretta e tortuosa: così ancora FERRANTE, *op. ult. cit.*, 13 e 209 ss. Infatti, «se [l'interesse superindividuale] non ricade nella sfera soggettiva di questo o quel consumatore, perché insuscettibile d'appropriazione e godimento esclusivi, nemmeno se ne può teorizzare una frammentazione individuale ed un qualche scrutinio di reciproca conformità».

¹⁰⁰ Se per SASSANI, *Rischi da evitare. Interessi collettivi e scelte irrazionali*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 marzo 2012, 29, tale novella è inutile, ribadendo, in maniera ridondante, quanto già statuito nel comma 1, ove si legge che ciascun consumatore o utente «può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni», per FERRANTE, *op. ult. cit.*, 14 è, invece, inconciliabile con la versione collettivo-esponenziale del rimedio, poiché, in tal caso, l'impresa convenuta dovrebbe essere condannata «a pagare somme di denaro a favore di chi, a ben vedere, non ha (ancora) patito un danno apprezzabile in termini soggettivi».

¹⁰¹ In tal senso, di nuovo FERRANTE, *op. ult. cit.*, 14; e, di parere conforme, FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 25, per il quale «[t]ale norma che potrà indubbiamente sollecitare il dibattito sull'identificazione degli interessi collettivi e sui rapporti (ora viene da dire ancor più stretti) tra la tutela collettiva attribuita alle associazioni di consumatori ai sensi dell'art. 140 cod. cons. e l'azione di classe disciplinata all'art. 140 *bis*, pare, ad una prima lettura, configurare il nostro strumento risarcitorio collettivo come generalizzato ed atipico seppur per la tutela dei soli consumatori e non delle altre categorie di danneggiati». *Contra*, SASSANI, *op. ult. cit.*, 30, il quale, valutato che «l'intrusione dell'interesse collettivo sembra priva di una vera portata operativa, dal momento che né le regole dell'agire, né le regole della trattazione della causa, né infine l'assetto delle posizioni risarcibili (e quindi le regole della decisione) appaiono in qualche modo condizionate da essa», ne auspicava la sua opportuna eliminazione in seguito al passaggio dalla Camera del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

¹⁰² Così ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 55, la quale chiarifica ulteriormente che «si è probabilmente inteso pretendere che la classe per la quale si avanza la domanda collettiva di risarcimento o di restituzione abbia una certa consistenza e non si tratti, invece, di uno sparuto gruppo di consumatori e/o utenti danneggiati».

illeciti conseguenti ad informazioni economiche inesatte, ove si è proprio in presenza di servizi per cui non sussiste un rapporto contrattuale diretto tra l'emittente finanziario e l'investitore, destinatario finale delle informazioni¹⁰³.

Quale unica novità presente anche nel testo licenziato dal Consiglio dei Ministri e, dunque, passata indenne all'esame del Parlamento, tutti i riferimenti al limitante requisito dell'identità - che, connotando le situazioni soggettive deducibili in giudizio, inficiava sensibilmente la possibile formazione di un'ampia classe di aderenti - sono stati espunti dalla norma e sostituiti con il rinvio al più adeguato presupposto della omogeneità¹⁰⁴. Questa formulazione più morbida, ovviamente, ha inteso «porre rimedio ad una previsione che, come del resto segnalato dalla dottrina più accorta, rischiava di risultare di difficile applicazione e dunque, in definitiva, contraria alla stessa *ratio legis*»¹⁰⁵. Ci si potrebbe allora domandare se l'innovazione così attuata operi solo per le azioni incardinate dopo l'entrata in vigore del decreto "cresci Italia" - e, dunque, a partire dal 25 marzo 2012 -; o, invece, debba applicarsi anche a quelle intraprese precedentemente, ma non ancora sottoposte al vaglio di ammissibilità. La dottrina propende per quest'ultima soluzione, «tenuto conto che le norme citate [...] guidano sì la delibazione preliminare che si svolge all'udienza-filtro [...], ma trovano applicazione concreta solo quando il giudice emetta l'ordinanza»¹⁰⁶.

Ulteriore facilitazione per i consumatori è anche la testualmente affermata possibilità di aderire all'azione di classe «anche tramite posta elettronica certificata e fax». L'utilizzazione dei mezzi telematici era già stata caldamente raccomandata da alcuni studiosi, al fine di agevolare la domanda di giustizia e non inibire ai residenti in luoghi distanti dal circondario del Tribunale adito di parteciparvi¹⁰⁷.

¹⁰³ Così FIORIO, *op. ult. cit.*, 25 s.

¹⁰⁴ Per la precisione, sul punto *de quo* s'è verificato uno scostamento letterale anche fra il testo originario dell'art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e quello risultante dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27. Infatti, mentre in un primo tempo erano state adottate le più caute espressioni «evidente omogeneità» e «diritti del tutto omogenei», nella stesura finale sono state cancellate anche le espressioni «evidente» e «del tutto», quale ulteriore passo verso una maggior chiarezza del testo normativo.

¹⁰⁵ In tal senso, espressamente la relazione illustrativa al decreto che, a titolo esemplificativo, si riferisce proprio all'ardua configurabilità del requisito dell'identità entro l'attualissima *securities class action*, constatando che, per l'ipotesi di fallimento di una banca d'affari, «ogni consumatore, avendo sottoscritto titoli in tempi diversi, investendo somme diverse, sarebbe titolare di una situazione soggettiva unica e irripetibile».

¹⁰⁶ Così ancora FERRANTE, *op. ult. cit.*, 213, nota 218.

¹⁰⁷ Cfr. la nota 152 del § 4 delle premesse.

Infine, l'ultima interessante novità inserita un po' a sorpresa dal maxi-emendamento del Governo Monti riguarda l'introduzione di una finestra di tempo ampia 90 giorni per consentire alle parti di trovare un accordo sulla quantificazione del danno, qualora il giudice abbia giudicato fondata l'azione collettiva e riconosciuto la responsabilità dell'impresa, previo accoglimento della domanda con definizione dei criteri di calcolo per le liquidazioni. Il relativo processo verbale rappresenta titolo esecutivo, ma, se le parti non raggiungono un'intesa, il giudice, su istanza di una di queste, liquida le somme dovute ai singoli aderenti alla classe. Con questa previsione innovativa, pertanto, «i problemi che prima erano scaricati a valle nella fase esecutiva, e così demandati all'iniziativa dei singoli, vengono gestiti dal giudice e dalle parti del contenzioso aggregato di classe, evitando l'insorgere di una miriade di procedimenti monitori o di opposizione all'esecuzione»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Così ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 56.

CAPITOLO III

**APPLICABILITÀ DEL RIMEDIO AGLI
ILLECITI CONNESSI AI CONTRATTI BANCARI:
PRIMI RISCONTRI GIURISPRUDENZIALI**

SOMMARIO: III.1. Molteplici fattori giustificanti un avvio in sordina. – III.2. Clausole sostitutive della CMS, quali fonte di micro-pretese seriali. – III.2.1. (*segue*) *Class representative*, quale correntista cui deve essere stata computata in prima persona la commissione vietata – III.2.2. (*segue*) e di cui è ammessa la presenza in giudizio contemporanea a quella eventuale dell'associazione di cui può essere mandante. – III.2.3. (*segue*) Controversa natura delle nuove CMS: illecito istantaneo a effetti permanenti o illecito permanente? – III.2.4. (*segue*) *Trend* evolutivo delle ordinanze di *certification* – III.2.5. (*segue*) ed ipotizzabili contenuti della sentenza di merito.

III.1. Molteplici fattori giustificanti un avvio in sordina.

Sin dall'entrata in vigore dell'art. 140-*bis*, si è registrata una notevole attività di promozione del nuovo rimedio giurisdizionale: scorrendo le agenzie di stampa e visitando le pagine *web* delle associazioni *consumeriste* rappresentative a livello nazionale, le azioni di classe annunciate in questo primo triennio sono state oltre un centinaio ed hanno avuto ad oggetto una grande varietà di questioni, a volte anche giuridicamente discutibili¹. Nonostante l'indubbio impatto mediatico di questo riscontro e le catastrofiche previsioni della vigilia², l'accoglienza effettivamente riservata al nuovo istituto è stata assai tiepida e, comunque, non tale da determinare, a favore delle imprese, quel riequilibrio delle poste in gioco cui è naturalmente votato. Dal primo gennaio del 2010 ad oggi,

¹ Numerosi sono i siti internet dedicati alle azioni di classe proposte o in attesa di essere avviate, tra cui si può richiamare www.registroclassaction.it; o che invitano i consumatori alla segnalazione di danni da prodotto o, più in generale, di illeciti collettivi che potrebbero essere così sanzionati, quale, ad esempio, www.classaction.it. Si va dalla richiesta di risarcimento del danno avanzata da alcuni abbonati RAI, a causa «della cancellazione del proprio diritto, costituzionalmente garantito, a un'informazione libera, plurale e obiettiva» fino agli asseriti danni subiti a seguito dei recenti ritardi nella consegna delle *e-mail* da parte della società che gestisce la rete dei *Black-Berry*.

² Se ne temeva, infatti, un alluvionale impiego, anche pretestuoso ed abusivo, scongiurato grazie ad un testo tanto disseminato di *technicalities*, da essere stato paragonato ad un campo minato. In questo senso, ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo*, cit., 379.

infatti, solo ventisei sarebbero i contenziosi risarcitori di massa effettivamente incardinati³, di cui appena sei superanti l'udienza filtro⁴. A prima vista, pare non potervi essere un insuccesso peggiore del sistema giudiziario: come apostrofato da

³ Ideato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, in collaborazione con l'Osservatorio permanente sull'Applicazione delle regole di Concorrenza, il contatore delle azioni di classe sinora incardinate è reperibile in www.osservatorioantitrust.eu: essendo realizzato previa l'elaborazione di dati ricavati da fonti pubbliche e da comunicati stampa delle principali associazioni di consumatori, il medesimo potrebbe non riflettere l'esatto numero dei procedimenti di massa incardinati. L'ultimo suo aggiornamento è datato 24 maggio 2013.

⁴ In ordine cronologico, la prima ordinanza di ammissibilità, relativa al caso *Zacchei/Codacons c. Voden Medical Instruments Spa*, è stata Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1096 ss., con nota di GORGONI, *L'ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità*, poi confermata da App. Milano, ord. 03 maggio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3423 ss., che ha respinto il reclamo della convenuta società ideatrice e distributrice dei *test* antinfluenzali difettosi. Entro il 30 aprile 2011, tutti i titolari di diritti omogenei hanno potuto aderirvi. Tuttavia, Trib. Milano, 13 marzo 2012, in www.sviluppoeconomico.gov.it, 2012 ha rigettato la rispettiva domanda risarcitoria per ragioni di mancata prova dell'avvenuto inganno e condannato l'attore per lite temeraria. Rispetto al momento di instaurazione del giudizio e non a quello di adozione dei provvedimenti ordinatori di cui al comma 9 dell'art. 140-bis, da cui decorre il termine per effettuare le adesioni, il secondo vaglio di ammissibilità è stato enunciato da App. Torino, ord. 23 settembre 2011, cit., che ha integralmente riformato, in sede di reclamo *ex art. 140-bis*, comma 6, l'ordinanza di inammissibilità Trib. Torino, 28 aprile 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 1109 ss., relativamente alla lite *Gasca (e altri)/Altroconsumo c. Intesa San Paolo Spa*. Entro il 21 gennaio 2013, tutti i titolari di diritti omogenei vi hanno potuto aderire con le modalità indicate sui mezzi di stampa. Di questa *complex litigation* bancaria, si tratterà più diffusamente nel § III.2.2. In tema di danno da vacanza rovinata, invece, il Tribunale di Napoli, dopo aver disposto il differimento di oltre un anno dell'udienza di *certification* della lite *Anselmi (e altri)/Unione Nazionale Consumatori c. Wecantour*, concedendo così termini lunghissimi per la chiamata in causa dei terzi, ha dichiarato ammissibile l'azione di classe con ordinanza dell'1 ottobre 2011, inedita. Da ultimo, quale prima sentenza di merito soddisfacente nei confronti della classe, Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com, 2013, ha riconosciuto 1.300 € di risarcimento del danno all'attore e ad altri 11 aderenti, escludendo, invece, i restanti sulla base di un ragionamento giuridico fondato sull'identità delle posizioni fatte valere in giudizio. Sempre in materia bancaria, con Trib. Napoli, ord. 09 dicembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1626 ss., con nota di PORCARI, *Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella «certification» dell'azione di classe*, 1628 ss., poi confermata da App. Napoli, ord. 29 giugno 2012, in www.ilcaso.it, 2012, è stata dichiarata ammissibile l'azione di classe riguardo la lite *Cirillo/Assoconsum Onlus c. Banca della Campania Spa*, volta a far dichiarare la nullità della c.d. "commissione per mancanza fondi" - predisponente un versamento di periodicità trimestrale in caso di esposizione debitoria - e ad ottenere la condanna della convenuta alla restituzione delle somme indebitamente percepite. Cfr. per un suo commento anche DALMARTELLO, *Azione di classe e ius variandi*, in DOLMETTA E SCIARRONE (A CURA DI), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 229 ss. Per il caso *Rossi/Codacons c. Policlinico Gemelli*, volto al risarcimento dei danni causati da un'infermiera del reparto di neonatologia che, continuando a prestare la propria attività lavorativa nonostante fosse affetta da tubercolosi, ha contagiato alcuni dei bambini con cui è entrata in contatto, invece, Trib. Roma, ord. 27 aprile 2012, in www.sviluppoeconomico.gov.it, 2012, ha dichiarato ammissibile l'azione di classe. Entro il 29 gennaio 2013, tutti i nati dallo 01 gennaio 2011 al 28 luglio 2011 e i loro genitori hanno potuto aderirvi con i mezzi indicati sui mezzi di stampa. Da ultimo, le due ordinanze gemelle Trib. Roma, sez. II, 02 maggio 2013, in www.sviluppoeconomico.gov.it, 2013, hanno dichiarato ammissibile l'azione di classe, promossa nei confronti dei Comuni del Molise di Petacciato e Montenero di Bisaccia, per inquinamento idrico generato dalla presenza di un tasso di triometani superiore alla soglia massima prevista. Fino allo 08 gennaio 2014 sarà possibile aderirvi presso la cancelleria del foro laziale.

una novella dottrina, «strumenti deputati a ridare effettività alle posizioni soggettive divengono la parodia di se stessi quando incontrino un'applicazione sporadica e quasi simbolica»⁵.

Limitandosi ad un suo inquadramento superficiale, tuttavia, l'esiguità delle domande seriali finora depositate è comprensibile alla luce di due concorrenti rilievi di buon senso, l'uno di carattere generale e l'altro speciale. Innanzitutto, può farsi riferimento ad una sorta di generalizzata e diffusa resistenza degli operatori del diritto nell'utilizzo delle novità giuridiche, specie se processuali⁶: ogni qualvolta il legislatore introduce un rito o un procedimento nuovo, è inevitabile prospettare un lasso di tempo più o meno esteso, affinché gli avvocati possano comprenderne le potenzialità e gli esatti limiti di applicabilità, anche in considerazione delle reazioni manifestate dai giudici; pertanto, le loro prime applicazioni giudiziali sono completamente rimesse al desiderio sperimentatore di pochi. Questa considerazione è ulteriormente acuita se si considera che, neppure in un'occasione così delicata, è stata accantonata l'ormai consueta sciatteria nostrana nella redazione legislativa che, infittendo i dubbi ermeneutici, ingenera tra i giuristi una meditata e distorsiva rassegnazione nell'attendere le soluzioni altrui⁷.

Secondariamente, è chiaro che la difficile partenza dell'istituto può essere rintracciata, oltre che nelle limitazioni soggettive ed oggettive del suo raggio di applicabilità, soprattutto nell'opinabile previsione *ex lege* del momento iniziale della sua fruibilità, datato 15 agosto 2009⁸. Oltre a sancire un netto

⁵ Così FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 6, nota 15, il quale ricorda come, più in generale, il § 12 del Libro verde, COM (2008) 794 def., evidenzi che nei tredici stati membri che ne dispongono «[i] meccanismi [giudiziari di ricorso collettivo] sono stati applicati in un numero relativamente ridotto di casi», di cui la netta maggioranza con modesti esiti risarcitori, compresi tra i 32 € ed i 332 € *pro capite*.

⁶ Tra i tanti, sono di questa opinione COSTANTINO E CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo*, cit., 985, per i quali la fase di prima applicazione serve principalmente «a prendere meglio le misure» del dettato legislativo, trattandosi di «congegni e logiche nuove con i quali solo gradualmente i consumatori, le loro associazioni e, per controverso, giudice e avvocati potranno entrare in intima sintonia».

⁷ Denunciano questa patologica restrizione del già limitato campo di applicabilità dell'azione di classe sempre COSTANTINO E CONSOLO, *op. ult. cit.*, 990, secondo i quali «non basta compiacersi della introduzione della tutela collettiva nell'ordinamento, né, ormai, dolersi della tecnica legislativa (ovviamente) men che perfetta con la quale sono redatte le norme, né lamentarsi delle decisioni che le applicano».

⁸ A proposito dei dubbi di incostituzionalità avanzati contro l'art. 49, comma 2 della legge 23 luglio 2009, n. 99, cfr. la nota 61 del § II.4.

ridimensionamento delle pretese così avanzabili, la formula testuale «illeciti compiuti successivamente» dà luogo ad inevitabili perplessità ermeneutiche, connesse alla difficoltà di identificare il momento di effettivo compimento della fattispecie rilevante, in relazione ad episodi che non sono con certezza collocabili al di qua - perché interamente esauriti - o al di là - perché non se ne sono ancora visti i prodromi - del giorno fatidico. Le variegate infrazioni ascrivibili nell'alveo dell'applicazione del rimedio di classe - *i.e.* illecito aquiliano, inadempimento contrattuale, pagamento dell'indebitato -, infatti, determinano una pluralità di sfumature quanto al regime transitorio. Poiché, per assunto condiviso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, la responsabilità delittuale è una «fattispecie complessa che si perfeziona quando sono realizzati tutti gli elementi che la compongono»⁹, tra i quali anche il danno¹⁰, pare ragionevole concludere che la demarcazione rilevante *ratione temporis* sia l'istante in cui si manifesta all'esterno una lesione potenzialmente compromettente una pluralità di consumatori¹¹. Invece, se si considera la responsabilità negoziale, bisogna premettere che le norme che regolano i contratti, specie se di durata, possono essere violate tanto al momento della sottoscrizione, quanto in quello successivo di esecuzione, motivo per cui potranno essere valutate in modi diversi ai fini della *certification*, con inevitabili conseguenze sotto il profilo della parità di trattamento¹².

Appena si affronta con più attenzione la lettura della norma in esame, è poi inevitabile porre in evidenza alcuni macroscopici limiti insiti nelle scelte del

⁹ In tal senso, cfr. Cass., 14 aprile 1981, n. 2247, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 23, che ne trae, come corollario, il sorgere del diritto al risarcimento «all'atto in cui si verifica la lesione nella sfera giuridica del danneggiato dall'altrui fatto illecito». Nel senso che «la responsabilità aquiliana è una fattispecie complessa», si veda FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, 102, dove si osserva, peraltro, come sia innegabile che, «dal punto di vista ricostruttivo, gli elementi che la compongono abbiano una autonomia propria, per individuare la quale è indispensabile procedere a scomposizioni».

¹⁰ In tal senso, cfr. *ex multis* ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 99 s.: «non ci può essere fatto illecito, giuridicamente rilevante, senza danno (ingiusto). È il danno (ingiusto) che legittima all'azione risarcitoria».

¹¹ È di tale avviso PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 63. *Contra*, FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 41, secondo i quali «il momento rilevante non sarà quello della manifestazione del danno patito dal consumatore, bensì il momento in cui l'impresa ha posto in essere la condotta lesiva»; gli Autori proseguono con un'esemplificazione riguardante la responsabilità per danno da prodotti difettosi, evidenziando che in tal caso, «se il prodotto è stato venduto [...] prima del 15 agosto 2009 e il danno si manifesterà dopo questa data, i consumatori non potranno avvalersi di questa forma di tutela di classe».

¹² Cfr., in tal senso, CANDIDI, *Riuniti i ricorsi con uguale obiettivo*, in *Le guide*, *Il Sole 24 Ore*, 06 gennaio 2010, 17.

legislatore italiano che, pur allargando il nuovo rito alla libera e personale iniziativa giudiziale del singolo *class representative*¹³, in realtà, la disincentiva a più riprese. Oltre ad elevare la rappresentatività del proponente a requisito di ammissibilità dell'azione¹⁴, infatti, l'art. 140-*bis*, comma 9, seconda proposizione reca un ulteriore implicito fattore dissuasivo, stabilendo che «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il Tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe»¹⁵, quale ordine la cui esecuzione «è condizione di procedibilità della domanda». Subordinare l'*opt-in* e la trattazione del merito a questo incombente, di per sé, fa ricadere sistematicamente sull'attore l'anticipazione delle spese occorrenti¹⁶, pena l'immediato arresto dell'*iter*.

Se, in astratto, un rimedio basato sull'aggregazione delle domande pare essere il più adatto a soddisfare il ricorso alla giustizia, ecco, all'opposto, dimostrato che il suo costo non subisce alcuna riduzione, dovendo, per lo meno in via di anticipazione, essere supportato dal proponente, per di più maggiorato e non interamente rimborsabile in caso di soccombenza del convenuto. Salvo voler fare affidamento su atti di eroismo irrazionale, allora, «non si comprende perché mai

¹³ Quale lettura in *bonam partem* di tale legittimazione dal basso, è da evidenziarsi che «in una prospettiva di rivalutazione del consumatore non solo quale soggetto bisognoso di tutela, per le note asimmetrie informative, economiche e sociali che lo contrappongono all'imprenditore, ma anche quale termine di controllo della razionalità e sostenibilità del mercato [...] [v]ero è che un'associazione di consumatori ha per scopo statutario la cura e la difesa dei diritti e degli interessi dei suoi associati [...] e mostra un'evidente convergenza ideologica rispetto ai destinatari del nuovo rito; vero è anche però che il soggetto interposto, per quanto vicino all'interponente, può maturare strategie e decisioni in certa misura estranee alla sfera di quest'ultimo. Si pensi all'associazione che riceva quotidianamente decine o centinaia di segnalazioni e che debba valutare se e quali azioni collettive intraprendere; è evidente che si crea un filtro, e che nella scelta delle misure da adottare interverranno fattori, stime, programmi di condotta che trascendono la posizione di ciascun autore della segnalazione». In tal senso, cfr. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 61; e, di parere conforme, altresì PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo*, cit., 547.

¹⁴ Poiché, come già si è visto, *ex art. 140-bis*, comma 6 del codice del consumo «la domanda è dichiarata inammissibile [...] quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe», per FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, cit., 11, il *class representative* «riacquista, malgrado gli annunci, un ruolo (indirettamente) esponenziale».

¹⁵ Cfr. in proposito la nota 85 del § II.4.

¹⁶ Lo riconosce Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit.; e, in dottrina, MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1463. D'altra parte, le dimensioni medio-piccole degli studi legali italiani, la cui attività si limita al normale svolgimento del patrocinio difensivo, rendono impensabile scaricare sulle loro spalle l'intera anticipazione delle spese mirate a pagare la pubblicità e, prima ancora, a condurre l'istruttoria per individuare un vero e proprio *class representative*.

un comune consumatore, che già sarebbe restio ad esperire un'azione individuale, dovrebbe ora intraprenderne una di classe »¹⁷. Contribuisce, poi, ad appesantire l'ipotizzabile esborso dell'attore il fatto che l'accesso alla tutela di classe deve convivere con forme pensate per un rito individuale¹⁸, tra cui il regime di pagamento delle spese processuali, senz'altro sensibilmente superiori rispetto a quelle patibili per l'esito infausto di una causa unipersonale. È chiaro che, nel silenzio della norma, il rischio di esser condannato, in caso di soccombenza, alla loro refusione *ex artt. 91 ss. CPC*¹⁹ è un ulteriore freno al proporsi come *class representative*²⁰.

¹⁷ Così FERRANTE, *op. ult. cit.*, 11. Si veda, più diffusamente anche ID., *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 62 ss. D'altro canto, fin superfluo è osservare che questi oneri si moltiplicherebbero a dismisura se l'azione di classe dovesse assumere l'ulteriore carattere della transnazionalità; è dubbio, però, che con la vigente *class action ex art. 140-bis* del codice del consumo possa essere convenuta in Italia un'impresa avente sede all'estero, ciò che porrebbe un problema non solo di giurisdizione, ma anche di competenza: cfr, fra gli altri, CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, 162 ss.; e MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *op. ult. cit.*, 1435 s.

¹⁸ Consapevole di questa difficoltà, che chiama il giudice ad un ruolo spiccatamente propositivo nella lettura ed applicazione dell'istituto, App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit.

¹⁹ Allo stesso tempo, qualora la lite di massa sia stata bocciata in fase di merito, il proponente si vede addebitate in via definitiva anche le spese di pubblicità in via ammissiva, prima anticipate come previsto dall'art. 140-bis, comma 9, seconda parte: trattasi di rilievo condiviso, ma cfr., *ex multis*, CONTE, I "diritti individuali omogenei", cit. 644 s. Qualora, invece, il blocco dell'azione di classe avvenga già in fase di *certification*, *ex art. 140-bis*, comma 8 l'attore è condannabile anche alla pubblicità riparatoria dell'ordinanza negativa, oltre all'eventuale ulteriore aggravamento *ex art. 96 CPC* per l'ipotesi di lite temeraria. Secondo la dottrina, quest'ulteriore sanzione presuppone che l'attentato all'immagine dell'impresa convenuta non solo sussista, ma sia anche imputabile al proponente; altrimenti non avrebbe fondamento alcuno, laddove questi, in tale sede, abbia mantenuto il più stretto riserbo, non svolgendo in proprio alcuna comunicazione dell'iniziativa, né tantomeno prodigandosi nel raccogliere adesioni presso il pubblico dei consumatori e degli utenti. Cfr., in questo senso, MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *op. ult. cit.*, 1465; nonché FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, cit., 17, nota 42, ed ID., *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 63. Al contrario, a favore dell'automatismo fra pronuncia d'inammissibilità e condanna a pubblicizzare l'ordinanza negativa, sono parse sia Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit., sia Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit.; addirittura, App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit. ha ordinato la pubblicità dell'ordinanza di rigetto del reclamo, quando nessuna previsione in tal senso è dato scorgere nell'art. 140-bis del codice del consumo.

²⁰ Di parere difforme GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, 373, per il quale l'assenza di esplicite disposizioni sul punto «impone [...] di conferire senso al regime della legittimazione ad agire attraverso un congruo esercizio dei poteri discrezionali affidati al giudice in tema di liquidazione delle spese di soccombenza: nell'accogliere la domanda, il giudice deve tener conto della dimensione collettiva della lite e della sua conseguentemente elevata complessità, liquidando a favore dell'attore cifre di ammontare idoneo a giustificare l'assunzione del rischio insito nel far valere anche i diritti altrui». Secondo altra parte della dottrina, invece, la prassi italiana, ispirandosi al modello americano, potrebbe far emergere qualche espediente utile a superare questo vuoto normativo, quale, ad esempio, la sottoscrizione di un accordo con cui gli avvocati patrocinatori, atteggiandosi da veri promotori e finanziatori, si impegnano a manlevare i singoli attori dal pregiudizio economico che potrebbe loro derivare dall'eventuale soccombenza, avendo al contempo diritto, in caso di

Alla luce di queste considerazioni, il centro propulsore della *complex litigation* non può che essere l'associazione o il comitato, cui il promotore della *complex litigation* è, di fatto, costretto ad appoggiarsi. Soggetto collettivo che, per detenere adeguati requisiti di solvibilità²¹ e, così, attirare le attenzioni del *class representative*, deve essere ben insediato sul territorio nazionale e capace di comprovare un buon volume di iscritti. Se per gli enti *ex art. 139* del codice del consumo tale rappresentatività è presunta, anche per le restanti associazioni e per i comitati "spontanei" istituiti *ad hoc* «verosimilmente potranno essere ricercate prerogative analoghe a quelle condizionanti l'iscrizione nell'elenco ministeriale (costituzione da almeno un triennio, numero di iscritti, percentuale minima, tenuta di bilancio ed altre formalità)»²².

In assenza del meccanismo dell'*opt-out*, poi, il discorso si complica ulteriormente. Il punto fermo da cui muovere è che, in astratto, il nuovo rimedio *ex art. 140-bis* si propone di rafforzare la tutela dei consumatori contro lo strapotere dell'impresa, fornendo loro uno strumento in grado non solo di attenuare il forte squilibrio delle forze economiche messe in campo dai litiganti, ma soprattutto di ridurre la distanza tra le «poste in gioco» che ciascuna delle parti tenta di assicurarsi mediante un esito favorevole del contenzioso²³. L'architettura dei commi 1 e 6 dell'*art. 140-bis* dovrebbe, quindi, essere volta alla selezione di un attore di classe talmente forte da poter attirare il maggior numero di adesioni²⁴,

successo, ad un onorario parametrato al valore complessivo dei crediti isomorfi dedotti. Cfr. in tal senso SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., § 3; e FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., 501 ss.

²¹ Mediante un patto d'accollo interno, infatti, l'associazione può assumere su di sé le spese processuali, tanto in via d'anticipazione, quanto in via d'addebito definitivo, qualora l'attore rimanga soccombente in sede di ammissibilità o all'esito della lite, probabilmente previa concessione di una dispensa limitata entro un ammontare certo e predeterminato: così emerge in Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit.

²² Così SCUFFI, *La class action in funzione antitrust*, in Aa. Vv., *Atti del convegno "Class action. Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese"*, cit., 1171.

²³ Cfr. la lucida analisi di DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, cit., 1933, che pone l'accento sulle «asimmetrie» che separano l'impresa dai consumatori: non solo quelle relative alla «forza economica» dei soggetti processualmente antagonisti, ma anche quelle relative appunto alle «poste in gioco», che nel singolo processo, cioè quello individuale «uno ad uno», non vedrà mai per il consumatore «un valore di posta in gioco pari a quello che può avere per l'impresa l'intero aggregato delle vicende», in quanto il professionista «sa che potrà investire in quel singolo processo anche solo per evitare il formarsi di un precedente sfavorevole, che possa essere d'impulso psicologico ad altri singoli ad avviare un nuovo processo [...]».

²⁴ In PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., 367, si evidenzia la mancata previsione *ex art. 140-bis*, comma 6 di una verifica della *numbersity*, non essendo neppure prevista

mettendo così in gioco, dalla parte dei consumatori, una «posta» paragonabile a quella che spinge l'impresa ad esercitare il massimo sforzo difensivo ed economico per respingere l'azione. In concreto, invece, vi è il rischio che, nonostante il superamento del vaglio di ammissibilità, il «meccanismo psicologico che [...] inibisce al soggetto di assumersi un onere (anche solo spirituale) a fronte di un tornaconto individuale contenuto ed incerto»²⁵ determini un numero di adesioni così inconsistente²⁶ da non giustificare alcun investimento di tempo e di denaro da parte del singolo proponente. Poiché l'ipotesi di un consumatore che, pubblicata a sue spese l'ordinanza di ammissibilità, si prodighi personalmente nel pungolare e governare la massa degli aderenti è, a dir poco, irrealistica, ecco ancora una volta subentrare il mandato all'ente associativo, onde scovare, sollecitare ed assistere i *class members*. D'altra parte, tanto più numerosi saranno, tanto maggiore sarà il suo ritorno di immagine ed il perseguimento dei suoi scopi statutari, il che ricrea un equilibrio sinallagmatico rispetto all'accollo delle spese processuali²⁷.

Poiché i mezzi di cui dispongono le associazioni sono anch'essi piuttosto scarsi, in ogni caso, la leva delle spese processuali e di conduzione della lite nella fase di merito si traduce in un filtro sulle segnalazioni pervenute²⁸. *Last, but non*

una verifica "al contrario" sul numero minimo di adesioni potenziali e successive alla *certification*. Pertanto, secondo l'Autrice, la verifica dell'adeguatezza dell'attore nel rappresentare la classe e la necessaria introduzione di giudizi dall'effettiva natura seriale suggerirebbero di considerare l'assenza di adesioni *ante certification* quale indicatore di inammissibilità della rispettiva domanda collettiva risarcitoria. Conformemente, MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *op. ult. cit.*, 1425, nota 24, e 1458, ritiene che l'esiguità del numero degli aderenti preventivi, pur non traducendosi automaticamente in una conclusione di tipo negativo, è, però, in grado di incidere sulla formazione del convincimento del tribunale e, soprattutto, in virtù della preclusione *ex* comma 14 dell'art. 140-*bis*, rischia di pregiudicare ulteriori forme di tutela collettiva per lo stesso illecito e nei confronti della medesima impresa. *Contra*, cfr. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale*, cit., 17; e FERRANTE, *op. ult. cit.*, 74, nota 85, per cui «se la domanda di classe non ha ancora superato il vaglio di inammissibilità, che ne certifica in particolare la non manifesta infondatezza, dovrebbe persino giudicarsi incauto quel proponente che abbia già inaugurato la raccolta delle adesioni».

²⁵ Così FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 52; e, di parere conforme, PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 4, spec. nota 8.

²⁶ Poiché in quasi tutte le azioni di classe finora intentate si è riscontrato un numero piuttosto esiguo di adesioni, infelice e poco ragionevole pare essere stata la scelta legislativa di collocare le manifestazioni di adesione dopo la fase di ammissibilità dell'azione.

²⁷ Così FERRANTE, *op. ult. cit.*, 84.

²⁸ Di questa indispensabile cernita delle pretese da coltivare ne dà implicitamente atto lo stesso § 14 del Libro Verde COM (2008) 794 def., secondo cui «fra gli elementi che limitano l'efficacia e l'efficienza di un meccanismo di risarcimento collettivo» sono enumerabili «i finanziamenti insufficienti, la mancanza di esperienza e di risorse da parte delle associazioni dei consumatori, [ed] il fatto che il rischio di dover pagare spese processuali elevate spesso ricade sull'organizzazione dei consumatori».

least, non bisogna dimenticarsi che, per garantire qualche *chance* di buon funzionamento al rimedio, il collegio è indotto ad interpretare i requisiti *ex art. 140-bis*, comma 2 e circoscrivere la lesione di cui si sollecita il risarcimento in modo compatibile all'organizzazione del proprio ufficio giudiziario²⁹, pur nella consapevolezza che un'ampia percentuale di aderenti resterà esclusa dalla tutela. *Rebus sic stantibus*, il circoscritto numero di azioni di classe pendenti in Italia è assolutamente giustificato.

III.2. Clausole sostitutive della CMS, quali fonte di micro-pretese seriali.

Limitatamente all'ambito bancario, gli attuali riscontri giurisprudenziali in tema di *collective redress* sono tutti appuntati su un noto e alquanto problematico aspetto delle relazioni con il cliente, negli ultimi anni interessato ad un affastellarsi di novelle disciplinari e, perciò, ancora allo stato magmatico: le remunerazioni, per così dire aggiuntive, richieste a fronte degli importi messi a disposizione dall'istituto di credito. Il fenomeno può essere sinteticamente descritto nel modo seguente: specifiche clausole contrattuali prevedono che ai correntisti, i quali, nell'arco del loro rapporto, si trovino anche temporaneamente sotto la soglia del pareggio tra dare ed avere, siano addebitati non solo gli interessi al tasso previsto per le operazioni attive in senso tecnico - ossia, quelle che appaiono tali dal punto di vista della banca, laddove, nell'ottica del cliente, si tratta evidentemente di poste passive -, ma anche determinate commissioni.

Tali ulteriori oneri si differenziano per la tipologia di rapporti ai quali sono applicati e/o per il loro metodo di calcolo, per cui, nel gergo ormai diffuso anche tra i giuristi, si parla di commissioni sull'affidato ovvero sull'utilizzato. In altre

²⁹ Nella lite *Rienzi/Codacons c. Intesa San Paolo Spa*, se le stime dell'ente associativo erano giuste, le clausole censurate dall'attore parevano essere applicate a circa 6 milioni di correntisti, anche se, come dallo stesso Rienzi dichiarato nell'intervista rilasciata al quotidiano *La Stampa* in data 02 gennaio 2010, era preventivabile che solo il 20% degli aventi diritto avrebbe eventualmente aderito alla causa. Il paragone più calzante per numerosità dei danneggiati è il processo penale Eternit sui danni da amianto ed omissione dolosa di cautele *ex art. 437 CP* sempre presso il Tribunale di Torino; alla prima udienza, in particolare, vi sono state 6200 istanze di costituzione di parte civile, la cui gestione ha richiesto: quattro aule, collegate in circuito chiuso in TV, l'aula magna con 600 posti e l'Auditorium di un palazzo della Provincia, oltre all'utilizzo di 70 su 350 funzionari. La macchina ordinaria della giustizia si è fermata per un giorno, dopo una lunga serie di riunioni con forza pubblica, vigili urbani, vigili del fuoco, per organizzare il servizio di ambulanze e postazioni di ristoro. Se si provano ad immaginare 120.000 adesioni, bisogna, inevitabilmente, domandarsi se esiste un Tribunale in Italia che possa gestirle tutte insieme, magari ognuna oggetto di un dibattito processuale *ad hoc*.

parole, possono gravare sui conti c.d. affidati, a fronte di esposizioni debitorie che si mantengano nei limiti del fido; oppure possono andare ad aumentare il costo del credito erogato al cliente, a prescindere dall'affidamento, o perché questo *ab origine* non gli era stato concesso, o perché il fido è stato oltrepassato.

Dopo un ampio dibattito insorto nella giurisprudenza di merito che, in molti casi, era arrivata a dichiararne la nullità per mancanza e/o immeritevolezza della causa³⁰; e in seguito all'intervento dell'AGCM, che aveva imposto alle maggiori banche l'assunzione di precisi impegni sulla revisione delle loro rispettive modalità di calcolo³¹, obiettivo del legislatore *ex art. 2-bis* del c.d. "decreto anti-crisi"³² è stato quello di contenere questa prassi che aveva assunto un peso sempre maggiore nel costo dei servizi bancari³³.

³⁰ Così Trib. Monza, 11 giugno 2007; Trib. Tortona, 19 maggio 2008; Trib. Parma, 23 marzo 2010; Trib. Torino, 21 gennaio 2010; Trib. Teramo, 18 gennaio 2010, tutte in *www.ilcaso.it*; Trib. Mondovì, 17 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 4, 973.

³¹ Quali manifestazione dell'accettazione degli impegni e della conseguente chiusura dell'istruttoria nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena, Unicredit Banca di Roma, BNL e Intesa San Paolo, si vedano i provvedimenti AGCM del 23 dicembre 2008, nn. 19352, 19353, 19354 e 19355, pubblicati tutti in *Boll. AGCM*, 2009, n. 49, 206 ss.

³² Più nello specifico, trattasi del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, che, al comma 1 dell'art. 2-*bis*, così dispone: «[s]ono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto 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. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelievo della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento». Di lì a poco, l'art. 2, comma 2, del d.l. 01 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 03 agosto 2009, n. 102, aggiungeva due periodi in coda al comma testé citato, con l'intento di accelerare e rendere effettivi i benefici derivanti dal divieto della commissione di massimo scoperto; in virtù di tale novella, «l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo».

³³ In particolare, da indagini pressochè contemporanee a questo intervento legislativo, risultava che: circa il 10% dei margini operativi lordi delle banche derivavano da questa fonte; la commissione media era cresciuta, in pochi anni, dallo 0,125% allo 0,66%; e il rapporto fra ricavi dovuti alle CMS e ricavi dovuti ai tassi d'interesse era salito, nel medesimo periodo, da un rapporto di 1/10 ad un rapporto di 1/33. Si veda in proposito CATRICALÀ, *Problematiche afferenti alle commissioni di massimo scoperto. Audizione del Presidente dell'AGCM avanti alla VI Commissione del Senato della Repubblica*, 21 aprile 2010, 2 ss.; nonché GENERALE, *Indagine conoscitiva sulle determinanti della dinamica del sistema dei prezzi e delle tariffe sull'attività dei*

Tuttavia, la disciplina ivi contenuta era tutt'altro che perspicua e, come tale, inidonea ad orientare la prassi. Invero, pur colpendo la CMS con la sanzione di nullità, non ne definiva il contenuto vietato, su cui, in mancanza di una definizione *ex lege*, sin dai primi anni 2000 già esisteva in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito. Permaneva così il dubbio se quest'ultima costituisse il corrispettivo della messa a disposizione della provvista oggetto dell'apertura di credito³⁴; o se, invece, dipendesse dal suo effettivo utilizzo³⁵.

A rendere ancor più incerto il significato del novello art. 2-*bis* contribuiva, forse in modo decisivo, il multiforme panorama di commissioni in concreto addebitabili. Più nel dettaglio, se non sembrava dubbio, per un verso, che il legislatore vietasse la CMS propriamente detta - cioè quella calcolata sul picco di utilizzo del fido -, soltanto in caso di mantenimento del saldo negativo per un periodo inferiore a trenta giorni³⁶; e, per l'altro, che fossero ammissibili oneri di messa a disposizione dei fondi calcolati sia sull'utilizzato sia sull'ammontare del fido, contenuti entro un tetto massimo, le maggiori difficoltà ermeneutiche si ponevano per l'individuazione della disciplina delle commissioni adottate in presenza di un affidamento.

Completamente disattendendo la *ratio legis* sia sotto il profilo del risparmio per la clientela, sia sotto quello del miglioramento della trasparenza e

pubblici poteri e sulle ricadute sui cittadini consumatori. Audizione del Servizio di Normativa e Politiche di Vigilanza della Banca d'Italia avanti alla Commissione straordinaria per la verifica dell'andamento generale dei prezzi al consumo e per il controllo della trasparenza dei mercati, 17 novembre 2010, 11 ss.

³⁴ In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2006, n. 870, in *www.altalex.com*, 2006, con nota di TANZA, secondo cui la CMS avrebbe dovuto rappresentare «la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma». Secondo questo orientamento, quindi, essa costituiva il compenso che la banca richiedeva, a titolo di rimborso del costo della liquidità, sopportato per il sostenuto rischio di un totale utilizzo del credito accordato a qualsivoglia cliente.

³⁵ Di tale specie pare essere la definizione di CMS accolta da Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit., per cui si veda la nota 56 del § III.2.1.

³⁶ Critico verso questa scelta è 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, 600, secondo il quale «la regola rischia [...] di produrre un effetto premiante verso fasce di clientela smalziate, in grado di operare su più conti, proprio per evitare *ad hoc* l'applicazione delle commissioni, e un corrispettivo effetto penalizzante a danno di clientela meno esperta. Pertanto, mentre il precedente meccanismo di CMS aveva per lo meno l'effetto di far gravare maggiori costi sulla clientela con i maggiori tassi di volatilità sul saldo di conto corrente, l'attuale meccanismo potrebbe paradossalmente ripercuotersi a danno proprio dei clienti che mantengono un'esposizione intermedia».

dell'intelligibilità delle voci di costo, pertanto, nei primi mesi del 2009, gli istituti di credito, rivedendo gli impegni in precedenza assunti con l'AGCM previo esercizio dello *ius variandi*³⁷, hanno comunicato alla propria clientela nuove condizioni generali di contratto che, seppur fantasiosamente denominate³⁸ e configurate nel rispetto dei labili vincoli *ex lege* imposti all'autonomia privata, si sono rilevate, di fatto, sostitutive e nettamente peggiorative rispetto a quelle praticate in precedenza. Poco più di un anno dopo l'emanazione del "decreto anti-crisi", infatti, questo era il quadro che si evinceva dalla comunicazione inviata dall'AGCM al Governo, al Parlamento e alla Banca d'Italia per segnalare le criticità riscontrate a proposito delle condizioni applicate dai maggiori istituti bancari italiani³⁹, con un conclusivo invito al legislatore ad ovviarvi⁴⁰.

³⁷ La figura del *ius variandi*, ormai da tempo entrata nel nostro ordinamento *ex art.* 6 della legge 17 febbraio 1992, n. 154, poi confluito nell'art. 118 TUB, modificato dal decreto legge 04 luglio 2006, n. 223, infatti, consente alla banca, qualora sussista un giustificato motivo e nel rispetto dell'art. 1341, comma 2 CC, di variare, di propria iniziativa, le condizioni economiche concordate mediante invio al cliente di una proposta di modificazione. Tale modifica, tuttavia, pur essendo unilaterale, è subordinata al fatto che il cliente non receda entro 60 giorni dalla ricezione di questa, e tale meccanismo consente tanto alla Banca di evitare dispersioni di tempo con la clientela - che vi sarebbero se occorresse acquisire il consenso espresso per ogni singolo contratto - quanto al cliente di recedere nel caso in cui tali clausole non gli fossero congeniali. Tale art. 118, inoltre, consente alla Banca la mera modifica delle condizioni già concordate, ma esso non può essere interpretato estensivamente fino a consentire l'introduzione di condizioni nuove.

³⁸ In particolare, l'AGCM ha segnalato che gli istituti di credito, abbandonando l'applicazione della CMS, stavano contrattualizzando varie "commissioni sostitutive", indicate come «commissione d'istruttoria urgente», «spese di liquidazione dei conti affidati», «spese di istruttoria e gestione fidi», «commissione per la messa a disposizione fido», «commissione per i giorni di effettivo scoperto», «penale di sconfinamento», «commissione per spese di gestione conto».

³⁹ Il riferimento è all'Attività di Segnalazione AS647 del 22 dicembre 2009, rubricata "Commissioni sugli affidamenti e sugli scoperti di conto corrente", in www.agcm.it, 2010. Più in dettaglio, dalla suddetta analisi *antitrust* si ricava, innanzitutto, che «per i conti affidati, si è registrato un sostanziale peggioramento rispetto all'applicazione della CMS per aliquote comprese tra lo 0,90% e l'1,50% trimestrale fino all'avvento del d.l. n. 78/09, il quale ha ricondotto la commissione per il servizio di messa a disposizione delle somme entro la misura dello 0,50%, per trimestre, dell'importo affidato». D'altra parte, per gli scoperti su conti non affidati, si è verificato un generalizzato innalzamento dei costi per i clienti previa loro modalità di calcolo differenti, a seconda dell'istituto considerato. Considerando importi e durate di permanenza dello scoperto rappresentativi di un comportamento medio dei correntisti non affidati, le nuove condizioni economiche si presentano, rispetto alla CMS, in cinque casi peggiorative, in un caso sostanzialmente equivalenti ed in uno soltanto, invece, più vantaggiose. Nei casi in cui si registrano risultati peggiorativi, il riscontro è un aumento dell'importo di tali condizioni economiche in una misura che varia da circa il doppio sino a quindici volte.

⁴⁰ Sicuramente, è stato questo l'*input* che ha reso urgente l'ennesimo ritocco normativo, i cui esiti non sono ancora apprezzabili allo stato attuale. In particolare, in sede di conversione del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, la legge 22 dicembre 2011, n. 214 ha introdotto l'art. 117-bis TUB dedicato alla remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti. Sono poi seguiti ulteriori e non marginali aggiustamenti con il decreto "cresci Italia". Su queste novità, che rappresentano lo *jus superveniens* rispetto alle azioni bancarie di cui si tratta nel presente capitolo, cfr. STILO, *La*

Ne è conseguita un'ampia diffusione del contenzioso tra le banche e i clienti riguardo l'applicazione delle nuove commissioni sostitutive, scaturito anche nell'avvio delle prime azioni di classe⁴¹, le cui domande risarcitorie - *rectius*: ripristinatorie, oltre che di accertamento del danno subito - si sono basate tutte sull'assunto che, al di là della diversità del *nomen*, esse assolverebbero la medesima funzione della CMS vietata e, perciò, non rispetterebbero i limiti *ex lege* di proporzionalità all'effettivo utilizzo delle somme ed alla durata dello scoperto di conto.

III.2.1. (segue) Class representative, quale correntista cui deve essere stata computata in prima persona la commissione vietata

Il 2 gennaio 2010, primo giorno utile per la sua proponibilità, il meccanismo procedurale *ex art. 140-bis* era innescato⁴² dinanzi al Tribunale di Torino dal Codacons, su incarico di un cliente di Intesa San Paolo Spa⁴³. Le censure dell'attore si appuntavano, da un lato, sulle clausole che prevedevano, per i conti non affidati, le "commissioni per scoperto di conto", computate a partire da una somma forfettaria destinata ad incrementarsi in ragione del saldo debitore, tenendo conto del fattore cronologico e di quello quantitativo, e con la previsione di un tetto massimo⁴⁴; e dall'altro sulle clausole che stabilivano, per i conti affidati, l'operatività del "tasso debitore annuo nominale sulle somme utilizzate", suscettibile di essere applicato, nell'ipotesi di sconfinamento oltre il fido, in misura predeterminata e superiore a quella del saggio degli interessi praticati entro

commissione di massimo scoperto dal "Decreto anticrisi" al c.d. "Decreto Salva Italia", in Contratti, 2012, 75 ss.

⁴¹ L'uso della nuova azione di classe in relazione all'applicazione da parte delle banche della commissione di massimo scoperto - d'ora in poi, solo per comodità indicate con l'acronimo CMS -, quale *causa petendi* di tutte quelle finora intentate nel settore del credito, si trovava già ipotizzata prima dell'entrata in vigore dell'art. 140-bis, in FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 45.

⁴² È così deducibile che il rispettivo atto di citazione fosse stata preparato già da tempo, proprio in vista dell'applicabilità della nuova disposizione.

⁴³ In particolare, trattasi dell'avvocato Rienzi, presidente dello stesso Codacons, che si considerava «un'avanguardia dei quasi sei milioni di correntisti consumatori», titolari di pretese omogenee alla propria.

⁴⁴ Nel caso in esame, a quanto risulta dalla motivazione della pronuncia del Tribunale, la CSC era applicate nella misura di 2 € per ogni giorno in cui sul conto si era determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 € di saldo debitore (o frazione); si prevedeva altresì che l'importo massimo addebitabile sul conto per un trimestre solare non potesse valicare i 100 €.

il fido stesso⁴⁵.

I motivi di illiceità del *modus operandi* della banca, evocati per far espungere dai contratti seriali bancari le pattuizioni nulle appena indicate e per ottenere il conseguente risarcimento⁴⁶, rimandavano alla loro ascrivibilità nell'alveo: delle pratiche commerciali scorrette; e/o, più in generale, delle condotte d'impresa anti-concorrenziali⁴⁷, in seguito alla loro contemporanea adozione da parte di tutti i più importanti istituti di credito; o, infine, delle patologie contrattuali derivanti da contrarietà a norma imperativa⁴⁸. L'istituto di credito convenuto, dal canto suo, sollevata un'articolata serie di eccezioni processuali e sostanziali, chiedeva che la domanda fosse dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza e/o per difetto di legittimazione dell'attore.

Nell'ordinanza di *certification*⁴⁹ l'estensore ha varato la legittimazione

⁴⁵ Dalla motivazione si apprende che, nel caso sottoposto al collegio giudicante, il "tasso debitore annuo nominale sulle somme utilizzate" - d'ora in poi indicato con l'acronimo TUOF - ammontava al 12,5%, applicabile sul conto corrente sul quale è concessa l'apertura di credito, nel caso in cui si fosse determinato un saldo debitore superiore all'importo di quest'ultima; invece, per il credito concesso nei limiti del fido il tasso previsto era pari al 12%.

⁴⁶ In particolare, l'attore domandava la condanna della banca al risarcimento del danno patrimoniale derivante dalle illegittime commissioni, nonché del danno «patrimoniale e/o esistenziale e/o biologico e/o morale, derivante dalla limitazione della libertà negoziale dei clienti a seguito dell'applicazione dei più elevati costi generati dalle illegittime commissioni [...] [e] dall'aver dovuto subire l'inserimento di clausole nulle nell'ambito della regolamentazione del proprio rapporto».

⁴⁷ Quale frutto di un cartello tra i più importanti esponenti del mondo bancario nazionale, dalla motivazione della pronuncia del foro piemontese, si apprende che l'attore dava per scontato che «tutti i grandi istituti bancari avevano tenuto la medesima condotta nel medesimo tempo e occasione».

⁴⁸ In particolare, si domandava al foro piemontese di ottenere la declaratoria di nullità di entrambe le clausole contrattuali per violazione del già citato art. 2-bis della legge 28 gennaio 2009, n. 02 di conversione del d.l. 29 novembre 2008, n. 185.

⁴⁹ Il riferimento è a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit., con nota di DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, 2526 ss.; in *Giur. it.*, 2010, 2601 ss., con note di RONCO, *L'azione di classe alla ribalta*, cit., 2605 ss. e di ZUFFI, *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, 2612 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 869 ss., con nota di LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, 882 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1487 ss., con nota di RUGGERI, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, 1490 ss.; in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss., con nota di COSTANTINO e CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo*, cit.; in *www.judicium.it*, 2010, con nota di MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*; in *Corr. merito*, 2010, 1045 ss., con nota di SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, 1048 ss.; in *Guida dir.*, 2010, n. 27, 16 s. e 27 ss., con nota di GIUSSANI, *La prima "uscita" della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 619 ss., con nota di CERRATO, *Un "debutto stonato"*, cit. Per un ulteriore commento, cfr. altresì PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 9 ss.

attiva sotto due distinti profili: quello dell'attribuzione all'attore della "patente" di consumatore, considerata la nota professione di avvocato da lui praticata; e quello del riconoscimento a suo capo della titolarità, in proprio e personalmente, «del diritto individuale omogeneo che caratterizza la stessa classe»⁵⁰.

Limitatamente al primo aspetto, posto che il proponente non poteva in alcun modo raggiungere la prova principale del "non essere" professionista, è stato accertato che, benché avesse utilizzato il conto corrente per operazioni volte a soddisfare sia i bisogni della persona, sia quelli dell'impresa, queste ultime fossero di carattere marginale e trascurabile nel quadro globale dell'attività del titolare⁵¹. Infatti, secondo l'argomentazione del foro piemontese, i movimenti

⁵⁰ La pronuncia su quest'ultima questione pregiudiziale ha indotto i commentatori di Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit. a interrogarsi, più in generale, sull'opportunità o meno del riscontro sulla sussistenza delle normali condizioni di deducibilità nel merito, in forma di ordinanza e nell'ambito del giudizio preliminare di ammissibilità che, *ex art. 140-bis*, comma 6, seconda proposizione, è esplicitamente destinato ad altri accertamenti. A questo ultimo proposito, ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 257 s., sottolinea che «anche se la norma non prevede in maniera esplicita che il Tribunale in sede di filtro possa vagliare la ricorrenza dei consueti presupposti processuali, [...] [s]e la questione pregiudiziale di rito è di pronta soluzione, può, anzi, rivelarsi una scelta proficua in termini di economia processuale che la causa sia immediatamente rimessa in decisione con pretermissione della stessa fase preliminare di filtro: nelle rare ipotesi in cui il Tribunale si faccia da subito persuaso dell'inesistenza di un'ordinaria condizione di decidibilità la discussione potrà, cioè, essere limitata a tale profilo», come è infatti avvenuto nell'ipotesi di specie. Al contrario, diversamente dall'opzione provvedimentale del foro piemontese, secondo l'opinione maggioritaria, ove il presupposto processuale sia trattato nella fase iniziale del procedimento di classe, il Tribunale deve, previa rimessione in decisione e precisazione delle conclusioni ad opera delle parti, pronunciarsi con sentenza, salvo statuisca sulla sola competenza. Solo in questo modo, infatti, possono essere garantiti alla parte soccombente gli ordinari mezzi di impugnazione: in tal senso, cfr. DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità*, cit., 2528; LUPOI, *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 30 ss.; MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1447; e MENCHINI, *I primi provvedimenti*, cit., 4.

⁵¹ In altre parole, il giudice del foro piemontese ha stabilito che, se le operazioni ordinate dal correntista in ragione del deposito di somme sono eterogenee nei loro fini, è possibile comparare la quantità e la rilevanza delle une e delle altre per trarne un giudizio di prevalenza non solo quantitativa, ma anche qualitativa. Anche se «rispetto alla fattispecie considerata, si potrebbe argomentare che la riferibilità alla sfera professionale del proponente del trenta per cento delle operazioni compiute sul conto non fosse da ritenere tanto marginale», come affermato in LUPOI, *op. ult. cit.*, 28, si tratta comunque di una considerazione «che sta al giudice di merito riempire di significato, in base a valutazioni caso per caso e con un certo margine di discrezionalità. Ad esempio, si potrà ritenere "marginale" la presenza di poche operazioni anche di rilevante valore, ma, magari, non quella di un numero elevato di movimenti ancorché di ridotto importo individuale». Appare così disatteso il contrario avviso della giurisprudenza comunitaria e di legittimità, le quali, pur pronunciatesi in fattispecie lontane dall'ipotesi di specie, hanno stimato l'uso promiscuo bastevole ad escludere la qualità di consumatore. Così Corte UE, 20 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, IV, 124 ss., ove la qualità di *consumer* è fatta dipendere non dalla prevalenza, bensì dalla "quasi esclusività" dell'uso o scopo *consumerista*, ovvero dalla marginalità di quello professionale, come sottolineato da LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità*,

riferibili all'esercizio di attività professionale sarebbero stati di così difficile verifica da ingenerare dubbi nella stessa banca convenuta, la quale avrebbe così applicato al *class representative* le condizioni economiche per i clienti consumatori affidati⁵².

Superato questo intoppo, tuttavia, fondandosi su un accertamento analogo a quello dei procedimenti a cognizione piena⁵³, il collegio ha rilevato la carenza di legittimazione ad agire in capo all'avvocato proponente, che non aveva allegato alla propria domanda alcun danno personalmente subito⁵⁴. Infatti, da un lato, la clausola destinata ad esser applicata sui conti non affidati non gli era mai stata addebitata, per il semplice motivo che al contratto bancario di cui era parte negoziale accedeva un'apertura di credito; dall'altro, l'applicazione del TUOF era comunque avvenuta nel rispetto della legge, giacché l'istituto di credito gli aveva

cit., 886. Nella stessa direzione anche Cass. civ., sez. III, 08 giugno 2007, n. 13377, cit.; nonché il suo precedente Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, cit.

⁵² In CERRATO, *Un "debutto stonato"*, cit., 623 si evidenzia qualche perplessità su quest'ultima argomentazione giurisprudenziale, sottolineando che «l'eventuale difficoltà per la banca di qualificare come consumatore o meno un proprio correntista non parrebbe poter assurgere di per sé solo ad indizio della marginalità dell'uso professionale del conto corrente, occorrendo quantomeno escludere che siffatta difficoltà non possa farsi dipendere secondo il brocardo «*nemo ad impossibilia tenetur*» da ostacoli tecnico-operativi insuperabili pur adottando ogni più ragionevole sforzo di diligenza. Parimenti inconferente [...] la circostanza che l'attore avesse acceso apposito conto professionale [...], poiché la legge non vieta né di disporre di più conti per uso professionale, né di far di essi uso esclusivo». Alla luce di queste considerazioni, pare, pertanto, di pregio il rilievo di FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 54 per il quale, considerato che «scovare usi promiscui a prevalenza imprenditoriale sarà certamente una strategia messa in campo dal convenuto per contrastare ciascuna domanda avversa», allo scopo di «evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella prestazione di prove» nella fase di merito, «l'ordinanza ammissiva dovrà anche [...] affinare la qualità soggettiva occorrente [per aderire], prescrivendo ad esempio che [...] le operazioni non-consumeristiche debbano restare inferiori ad un certo numero per unità di tempo (cinque, dieci movimenti annui) e non possano includere versamenti strettamente legati all'attività d'impresa (pagamenti di commesse o parcelle, acquisto di macchinari e così via)».

⁵³ A tal proposito, App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit., nel respingere il dubbio di illegittimità costituzionale in relazione al filtro di ammissibilità avanzato dal Procuratore generale, ha sottolineato come esso non rappresenti un ostacolo apprezzabile per la difesa dei diritti azionati e, invece, sia caratterizzato da forme procedurali di pieno contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa. È di parere conforme altresì MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *op. ult. cit.*, 1452 s.

⁵⁴ Al di là dell'imprevidenza di questa strategia processuale del Rienzi, evidenziata in COSTANTINO e CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo*, cit., 987, è intuitivo il ragionamento fallace che ne sta alla base: egli ha agito non per sé, ma esclusivamente quale legittimato straordinario che, portatore del mero interesse di classe, si è fatto avventatamente pilota della causa di gruppo, all'interno della quale lasciar confluire, con la campagna delle adesioni, i numerosissimi consumatori - per la cui stima si veda la precedente nota 43 - cui le clausole fossero state effettivamente applicate. Oggi, pertanto, poiché l'art. 6 del decreto "cresci Italia" ha reintrodotta gli «interessi collettivi» nello spettro oggettivo dell'azione di classe, una simile impostazione della domanda risarcitoria collettiva avrebbe una legittimazione normativa.

addebitato lo stesso tasso previsto per il credito concesso nei limiti del fido, pur avendo lui medesimo ritirato somme in misura maggiore rispetto a quella liberamente prelevabile. A titolo di massima giurisprudenziale, ne deriva che l'interesse alla proposizione della *class action* non può essere identificato con l'astratta configurabilità di un danno subito dagli eventuali futuri correntisti aderenti, qualora il *class representative* non si trovi concretamente in analoga situazione patologica, difettando così del requisito indispensabile per appartenere alla classe e per rappresentarla⁵⁵. Più nello specifico, secondo il collegio giudicante, l'attore non era legittimato ad impugnare la validità della CSC⁵⁶, poiché, non avendo patito alcuna diminuzione patrimoniale ricollegabile alla suddetta pattuizione, difettava dell'interesse ad agire. In base al principio di attualità e concretezza di quest'ultimo⁵⁷, sono state anche respinte la deduzione

⁵⁵ In questo senso, il Tribunale del capoluogo sabauda ha sottolineato che «l'interesse ad agire non può ricavarsi dall'esistenza di altri correntisti in ipotesi lesi dalla clausola commissionale, posto che esso, anche nell'azione c.d. collettiva, deve in primo luogo essere individuato in capo al proponente, soltanto in un secondo momento dovendosi verificare se l'esistenza del medesimo interesse in capo ad altri soggetti portatori del medesimo diritto consenta di ravvisare l'esistenza della "classe"». Come osservato in LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 884, se «[q]uesta interpretazione può lasciare forse insoddisfatti [...], perché finisce per limitare l'iniziativa di consumatori "attivisti" [...]», in realtà, «consente di dare contorni di certezza al tema della legittimazione ad agire nell'azione di classe, che invece non sarebbero garantiti con l'opzione interpretativa "sociologica", che era propugnata dall'attore»; allo stesso tempo, proseguono gli autori, «il guadagno di certezza che l'interpretazione scelta dal Tribunale consente di raggiungere può accompagnarsi anche ad un effetto positivo di filtro delle iniziative che saranno effettivamente proposte».

⁵⁶ Per inciso, giova qui evidenziare che il percorso argomentativo del Tribunale, di per sé complesso, si è pronunciato anche a favore delle validità delle clausole contestate. Nello specifico, facendo riferimento alla nozione della tramontata CMS accolta dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio, per cui è da considerarsi tale «il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione dell'utilizzo dello scoperto di conto» ed «applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni e viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento», il foro piemontese ha specificato che essa era calcolata in misura percentuale secca su tale massimo saldo debitore, quale che fosse stata la durata dell'utilizzo. Muovendo da tale premessa, il giudice estensore ha così affermato in un *obiter dictum* che i compensi introdotti dalla banca convenuta in sua sostituzione «non costituiscono una modifica soltanto terminologica della disciplina contrattuale, [n.d.r. poiché] non si applicano sul saldo massimo debitore in misura percentuale secca». In ogni caso, trattandosi di una mera ordinanza non atta a scendere nel merito della controversia, «questa illazione è [...] destinata, al momento, a rimanere tale», anche considerato che «gli stessi *obiter dicta* [...] non possono essere sopravvalutati»: così LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 887.

⁵⁷ In virtù di questa massima giurisprudenziale unanimemente condivisa, giova qui ricordare che l'interesse ad agire *ex* 100 CPC, che è condizione dell'azione, va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, anche in senso ampio, del diritto e consistente nel fatto che, senza il processo e l'esercizio della giurisdizione, l'attore soffrirebbe un danno; ne consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché, solo in tal caso, trascende il piano di una mera prospettiva soggettiva, assurgendo a giuridica e oggettiva

mossa dal proponente, per cui la CSC sarebbe potuta essergli applicata in futuro, a condizione che venisse meno l'apertura di credito concessagli; e quella ulteriore per cui, pur non avendogli arrecato fino ad allora alcun pregiudizio, in seguito il TUOF sarebbe potuto esser modificato *in peius* dalla propria banca ex art. 118 TUB.

L'associazione istante, non rassegnata da questo prematuro insuccesso, ha cercato di trovare riscatto, proponendo reclamo in appello ex art. 140-bis, comma 7 del codice del consumo avverso la decisione di *prime cure*. In tale contesto, ha sostenuto l'erroneità del difetto di legittimazione attiva rilevato dal Tribunale, in virtù di un consolidato orientamento della Corte di legittimità⁵⁸ per cui l'interesse ad agire potrebbe essere giustificato anche solo dall'eliminazione di una qualsiasi clausola nulla, fonte di ingiusti obblighi e condizioni di soggezione. Dal canto suo, il provvedimento della Corte territoriale⁵⁹ ha respinto il gravame, evidenziando che l'interesse ad agire può così atteggiarsi solo se l'azione proposta tenda ad un accertamento mero, ma non anche ad effetti costitutivi o, come nella specie, di condanna. Pertanto, nonostante il parere contrario del procuratore generale⁶⁰, l'originario dispositivo è stato confermato, seppur riformato nel suo

consistenza, restando invece escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto, in vista di situazioni future o meramente ipotetiche.

⁵⁸ Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13556, in *Foro it.*, 2008, I, 2488 ss., per cui l'interesse ad agire «non implica necessariamente l'attuale verificarsi della lesione di un diritto o una contestazione, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico o sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi da esso scaturenti, costituendo la rimozione di tale incertezza un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non con l'intervento del giudice».

⁵⁹ Il riferimento è ad App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit., con nota di DE SANTIS, *Brevissime notazioni sulla nuova azione di classe ex art. 140-bis cod. consumo*; in *Corr. giur.*, 2011, 519 ss., con nota di ZUFFI, *La Corte d'appello di Torino conferma l'inammissibilità della prima azione di classe, riconoscendo al rimedio ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria e respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. "filtro"*, 525 ss.; in *Società*, 2011, 103 ss., con nota di STABILINI, *Inammissibilità e manifesta infondatezza dell'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti ex art. 140-bis del codice dei consumatori*; e in *Guida dir.*, 2010, n. 47, 62 ss., con nota di GIUSSANI, *Ribaltata la posizione del Tribunale di primo sulla conformità costituzionale del subprocedimento*. Per una valutazione complessiva dei due gradi di giudizio, cfr. CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 105 ss., nota 1; FRATA, *Il percorso a ostacoli della azione di classe: il primo caso*, in *Danno e resp.*, 2011, 78 ss.; e LUPOI, *Fumata nera per la prima class cit.*, 18 ss.

⁶⁰ Il testo dell'intervento del Procuratore Generale è riportato in *Foro it.*, 2010, I, 3547 ss.: in tale sede, quest'ultimo ha chiesto alla Corte di esaminare comunque nel merito la domanda avanzata dal Codacons, posto che vi era stata violazione, da parte della banca, del principio di proporzionalità imposto dalla legge, non avendo essa considerato il divieto di imporre clausole che non siano state concordate da entrambe le parti.

fondamento argomentativo.

Precisato che l'accertamento della responsabilità del convenuto, cui accenna il primo comma dell'art. 140-*bis*, è strumentale ad un provvedimento di liquidazione risarcitoria e/o ripristinatoria⁶¹; e ribadita la mancanza di una lesione attuale e concreta degli interessi del proponente, il collegio di *seconde cure* ha ritenuto che, nel caso di specie, l'insussistenza del danno riguardasse non tanto una carenza dell'interesse ad agire⁶², quanto la manifesta infondatezza nel merito della domanda. Pur ritenendo che questa diversa motivazione non fosse un «aspetto di particolare rilevanza pratica, dal momento che entrambe le situazioni determinano la dichiarazione di inammissibilità della domanda», il novello *dictum* giurisprudenziale ha così accolto le critiche dottrinarie sull'ordinanza sottoposta al suo varo⁶³.

⁶¹ In particolare, anche se il 140-*bis* del codice del consumo attribuisce al consumatore utente il diritto di proporre l'azione di classe per contestare la sussistenza di una condotta illecita in capo ad un'impresa, secondo l'ordinanza del foro torinese «la formulazione testuale della norma, in definitiva, esclude qualsivoglia rapporto di alternatività tra accertamento e condanna; essendo il primo, nella ricostruzione del modello normativo, un semplice presupposto logico giuridico della seconda [*n.d.r.* attinente alla *causa petendi*]». Della stessa opinione COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit., 391; nonché RORDORF, *L'azione di classe*, cit., 185. Più nello specifico, la Corte d'appello fa notare come siano molte le misure del codice del consumo, che convergono in questo senso: da un lato, il comma 12 dell'art. 140-*bis*, che stabilisce espressamente come l'accoglimento della domanda ha come conseguenza la pronuncia di una sentenza di condanna, con la quale il giudice deve liquidare le somme dovute a titolo di indennizzo del danno oppure precisare i criteri in base ai quali effettuare il risarcimento; dall'altro, il carattere di provvisoria esecutività della sentenza. Infine, osservano ancora i giudici torinesi, «alquanto paradossale (anche perché confliggente con le finalità di tutela dei consumatori che si sono perseguite) sarebbe un'interpretazione in forza della quale l'azione restitutoria o risarcitoria, individuale o di classe, venisse preclusa dall'adesione da parte del consumatore ad un'azione di accertamento “mero”».

⁶² Nello specifico, come chiarisce la Corte territoriale, «adottandone una valutazione di tipo formale e “autoriferita” alla prospettazione attorea, tale interesse sussisterebbe senz'altro». Già in precedenza riteneva che fosse tecnicamente inesatto il riferimento compiuto dall'ordinanza di *prime cure* alla disciplina dell'interesse ad agire, GIUSSANI, *La prima “uscita” della class action*, cit., 16, nota 10, il quale osservava che l'attore avrebbe potuto essere considerato privo di questa condizione ad agire solo se avesse chiesto i danni prodotti dall'applicazione della clausola, senza asserirne l'applicazione a lui stesso.

⁶³ La correzione della motivazione in tal senso era stata presagita da MENCHINI, *I primi provvedimenti*, cit., 2010, 7, per il quale «rispetto ad entrambe le domande, è palese l'inesistenza del diritto del ricorrente al risarcimento del danno, in quanto, in una ipotesi, non è stato posto in essere nei suoi confronti il fatto lesivo denunciato, e, nell'altra, il fatto è stato compiuto, ma non è antiggiuridico. Poiché tali valutazioni sono oggetto di questioni di diritto e non richiedono alcun approfondimento istruttorio, essendo i fatti non contestati, l'infondatezza delle domande risulta *ictu oculi*, è, cioè, manifesta». Di parere conforme anche RONCO, *L'azione di classe alla ribalta*, cit., 2609 ss.; e, sia pur con più cauta e diversa argomentazione, LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 883 e 887, secondo cui «l'iter argomentativo seguito dal giudice, comportando un'implicita affermazione di non tassatività dell'elenco delle possibili cause di inammissibilità della domanda, previste dal comma 6°, può creare qualche dubbio, soprattutto in

Aderendo implicitamente a queste argomentazioni del giudice di merito, la successiva pronuncia di rito della Suprema Corte⁶⁴ ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per Cassazione presentato dal Codacons, salvo per quel che attiene al capo riguardante la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità. In tale sede, pronunciata sulla natura di una qualsiasi ordinanza che dichiari o confermi l'inammissibilità dell'azione di classe, Piazza Cavour ha stabilito che, fondandosi su una cognizione sommaria, la medesima non possa assumere la stabilità del giudicato sostanziale sull'esistenza del diritto risarcitorio rivendicato dal suo titolare, né sulla possibilità di farlo altrimenti valere in giudizio⁶⁵. Più nello specifico, nonostante parte della dottrina ritenga che l'acclarata manifesta infondatezza della domanda, qual è l'ipotesi di specie, abbia contenuto decisorio⁶⁶, la Cassazione sottolinea come quest'ultima sia pur sempre carente del requisito della definitività, dal momento che «lo stesso soggetto [proponente], pur

relazione all'assunto - difficilmente contestabile - della eccezionalità della previsione di questa fase preliminare di controllo dell'ammissibilità della domanda». *Contra*, per CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 106 s., nota 1, nonché per ZUFFI, *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe*, cit., 2613 ss., pare sostanzialmente corretto il rilievo del difetto di legittimazione ad agire compiuto dal Tribunale di Torino: pur avendo il proponente affermato nell'atto di citazione di essere titolare del diritto omogeneo leso dalla condotta della convenuta, dalle successive deduzioni non contestate della controparte emergeva che al conto corrente dell'attore non era stata applicata alcuna CSC, né era stato addebitato un vero e proprio TUOF; pertanto, concludono i due autori, «[l']originaria e generica allegazione di titolarità "in proprio" della situazione soggettiva lesa dall'illecito plurioffensivo è [...] stata successivamente "ritirata" dallo stesso attore, che non ha smentito le circostanziate controdeduzioni sollevate dall'avversario in comparsa di risposta».

⁶⁴ Trattasi di Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *www.dirittobancario.it*, 2012.

⁶⁵ A norma dell'art. 140-bis, comma 14 del codice del consumo, invero, è unicamente l'eventuale ordinanza di ammissibilità che preclude «ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9», pur residuando le forme residuali di tutela ordinaria; al contrario, quella di inammissibilità non impedisce affatto la riproponibilità di questo rimedio giurisdizionale in una determinata forma di un diritto. In quest'ultimo caso, infatti, secondo il giudice di legittimità, si tratta di un provvedimento analogo a quello di rigetto della domanda d'ingiunzione, che «non pregiudica la riproposizione della domanda anche in via ordinaria» e, quindi, non è ricorribile per Cassazione neppure ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, in quanto insuscettibile di passare in cosa giudicata: così Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2010, n. 9216, in *www.ilcaso.it*, 2010; e, altresì, Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2005, n. 19130, inedita.

⁶⁶ Cfr. in proposito la nota 38 del § II.3. D'altra parte, la stessa App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit. sottolinea come «[i]l punto di equilibrio tra la sommarietà della delibazione, da un lato, e le esigenze di tutela degli stessi consumatori [...], dall'altro, deve essere individuato nel potere-dovere del giudice dell'ammissibilità di operare anche un vaglio di tipo sostanziale di merito; purchè desunto - senza necessità di particolari indagini, approfondimenti o adempimenti istruttori - dall'evidenza degli atti. Il che può verificarsi sulla scorta sia della stessa narrativa delle parti (e delle rispettive contestazioni-ammissioni), sia di quegli elementi che possano cogliersi, *ictu oculi*, dai documenti già versati agli atti di causa».

in assenza di elementi sopravvenuti, può proporre una nuova istanza, sia deducendo nuove prove, sia allegando nuovi fatti quantunque già esistenti, sia, più semplicemente, meglio strutturando la domanda, anche solo in punto di diritto».

Per essere stata l'azione pilota *ex art. 140-bis*, indiscutibilmente, ci si poteva attendere maggiore cura da parte attorea: soprattutto tenendo conto dell'inevitabile impatto "politico" della controversia, il campo minato in cui il presidente del Codacons si è dibattuto contro uno dei maggiori colossi bancari nazionali è stata un'opzione avventata ed infelice. La partenza in salita della *class action* italiana, infatti, è stata determinata più da una discutibile impostazione della domanda di tutela che non da un'effettiva carenza nella materia del contendere: semplicemente rappresentando un cliente *consumer* effettivamente leso dalle pretese malefatte di un istituto di credito, la prima *certification*, all'epoca in cui è stata intentata, avrebbe potuto sortire esito positivo. Al contrario, oggi, dopo che l'art. 6 del decreto "cresci Italia" ha reintrodotta nello spettro del rimedio gli interessi collettivi, per definizione super-individuali, la volontà di un *quivis de populo* di sanare i pregiudizi patiti da una pluralità indefinita di correntisti, anche se non personalmente, avrebbe una sua formale legittimazione normativa⁶⁷.

III.2.2. (segue) e di cui è ammessa la presenza in giudizio contemporanea a quella eventuale dell'associazione di cui può essere mandante.

Quanto osservato da ultimo circa la legittimazione del proponente, che coltiva l'interesse individuale, ma lo proietta su una superficie più ampia - tanto ampia quanto quella dei diritti omogenei -, o si fa portatore dell'interesse collettivo, introduce un ulteriore problema sollevato dalla normativa vigente ed affrontato dalle ordinanze di cui si tratterà in questo paragrafo. Quasi a controbilanciare la legittimazione di «ciascun componente della classe», come si è visto, l'art. 140-*bis*, comma 6, seconda proposizione richiede altresì che il consumatore sia «in grado di curare adeguatamente l'interesse di classe»⁶⁸. Onde dare un senso al suddetto requisito, il foro piemontese, pronunciandosi su due casi

⁶⁷ È di questa opinione FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 71.

⁶⁸ Si veda in proposito la nota 83 del § II.4.

gemelli in tema di applicazione delle nuove CMS⁶⁹, ha adottato una concezione esclusivamente patrimoniale dell'adeguatezza.

Confermando il pregresso orientamento per cui l'azione di classe rimane un'azione individuale, seppur aperta all'adesione di altri soggetti che si trovano in possesso dei requisiti oggettivi o soggettivi di uniformità, nuovamente l'indagine di *prime cure* in ordine alla legittimazione ad agire è stata condotta secondo i canoni ermeneutici ordinari⁷⁰. In quest'ottica, poiché entrambi i proponenti hanno conferito mandato ad un'associazione⁷¹, le ordinanze si sono così interrogate sul rapporto tecnicamente intercorrente tra quest'ultima e l'attore, nonché sulla posizione sostanziale e processuale della medesima. A tal proposito, in entrambi i casi, il foro ha riconosciuto il difetto di legittimazione attiva dell'associazione sia in ragione della contemporanea presenza in giudizio del consumatore rappresentato, sia per l'invalidità del mandato attributivo di una rappresentanza meramente processuale⁷².

Così isolata la posizione in giudizio del *lead plaintiff*, in *De Francesco/Adoc c. Banca Popolare di Novara*⁷³, il Tribunale di Torino ha concluso per la sua inadeguatezza a rappresentare la classe sulla base di tre principali argomentazioni. In primo luogo, nel mandato all'associazione era stabilito che la medesima sollevasse il consumatore da ogni spesa fino all'ammonatare di 5000 €; da questa circostanza avrebbe dovuto trarsi un «implicito riconoscimento» del consumatore circa la «sua inadeguatezza ad esercitare direttamente tale azione»⁷⁴. Infatti, se, per proporla, il consumatore decide di valersi di un siffatto mandato, senza neppure essere esonerato del tutto

⁶⁹ Trattasi, nello specifico, di Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, in *Nuovo not. giur.*, 2011, 142 ss. E della di poco successiva e pressochè sovrapponibile Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1888 ss., con nota di DE SANTIS; in *Corr. giur.*, 2011, 1109 ss., con nota di MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*.

⁷⁰ In particolare, si tratta dell'art. 75 CPC circa la capacità processuale; e dell'art. 100 CPC riguardo l'interesse ad agire.

⁷¹ Nello specifico: l'ADOC ha agito quale mandataria nel caso deciso da Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit.; Altroconsumo nell'azione analoga dichiarata inammissibile da Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, cit.

⁷² In altre parole, il giudice rileva che, «considerati gli ampi poteri e facoltà che il legislatore ha inteso conferire al rappresentante della classe, il mandato previsto dall'art. 140-bis, comma 2, non può essere di natura meramente processuale, dovendo invece comprendere necessariamente tutti quei poteri e quelle facoltà ritenute *ex lege* necessarie, perché il soggetto proponente possa essere considerato idoneo a curare adeguatamente l'interesse della classe».

⁷³ Come già indicato, il caso è stato deciso da Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit.

⁷⁴ Così, testualmente, Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, cit..

dai costi del processo, a parere dell'estensore, ciò equivarrebbe ad ammettere che, in mancanza, egli non avrebbe potuto agire. In secondo luogo, nell'atto di citazione, prospettando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 140-*bis*, comma 9, seconda proposizione, il proponente ha eccepito la notevole onerosità delle spese implicate nel nuovo rito, nonché il timore che queste potessero sfuggire alla capacità patrimoniale del consumatore medio. Infine, nell'illustrare la propria veste di *consumer*, ha dichiarato di «essere pensionato e di non svolgere alcuna attività lavorativa»⁷⁵. In *Gasca (ed altri)/Altroconsumo c. Intesa Sapaolo*⁷⁶, in aggiunta, è stato posto in luce che gli attori erano numericamente inidonei, perché «solo tre» e premesso che «l'esiguità numerica dei proponenti può anch'essa avere un ruolo per formare il convincimento del tribunale, visto che non è dato sapere se e in che misura vi saranno ulteriori adesioni idonee a rappresentare concretamente la classe»⁷⁷. Allo stesso tempo, poiché dai fatti in causa emergeva che i promotori erano «titolari di conto correnti "non affidati" tutti in passivo con saldo a debito», e non a caso l'associazione mandataria s'era obbligata a tenerli indenni, appariva manifesta la loro difficile situazione patrimoniale⁷⁸.

Nel difficile mondo della *class action* all'italiana, troppo spesso ostaggio di burocrazia e cavilli, «se l'adeguatezza deve misurare "davvero" la capacità di fronteggiare le spese del processo, per lo meno in via d'anticipazione, il suo

⁷⁵ In questi termini ancora Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, che sottolinea come «in assenza di altri elementi, in ordine al suo patrimonio, ai suoi redditi, alle sue capacità» tale dichiarazione espressa sia una prova inconfutabile della sua inadeguatezza ad essere *class representative*.

⁷⁶ Trattasi, nello specifico, di Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, cit.

⁷⁷ Così Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, cit., che trascrive pressochè alla lettera MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1425, nota 24, e 1458, ove, tuttavia, l'osservazione non è riferita al profilo della rappresentatività dell'attore, ma a quello della valutazione di preferibilità dell'azione di gruppo rispetto a quella ordinaria. E, in ogni caso, il riferimento cadrebbe sulle eventuali adesioni preventive, ma non sulla quantità degli attori proponenti. Cfr. in proposito la nota 24 del § III.1. *Contra* in Trib. Napoli, ord. 09 dicembre 2011, cit., l'eccezione di esiguità del numero di attori è stata respinta sia perché, tra i requisiti da valutarsi *ex art. 140-bis*, comma 6, seconda proposizione, non è espressamente prescritto uno specifico numero di soggetti promotori; sia perché l'adeguatezza dei due istanti a curare l'interesse di classe è stata presunta in ragione dell'iscrizione della mandataria Assoconsum Onlus - nell'ipotesi di specie non pretermessa - all'albo nazionale delle associazioni dei consumatori.

⁷⁸ Argomentazione davvero singolare, perché ad essa sottende il ragionamento per cui «chi lamenti l'addebito di commissioni illegittime, previste dalle condizioni di conto corrente per il solo sconfinamento [...] è come se documentasse pure la sua inadeguatezza»: così FERRANTE, *op. ult. cit.*, 74 s.

accertamento non potrà essere sostituito da congetture tratte dalle difese della parte, dal comportamento tenuto in corso di lite o dai fatti posti a fondamento della domanda»⁷⁹. Ben venga, quindi, la pronuncia in reclamo della Corte d'Appello che ha integralmente riformato la decisione resa dal Tribunale di Torino in data 28 aprile 2011, dichiarando ammissibile l'azione e rinviando al foro di *prime cure* per i conseguenti provvedimenti⁸⁰. Senza dubbio, la pronuncia segna un passo in avanti nel collaudo del nuovo strumento di tutela *consumerista*, affermandone la valenza fortemente innovativa rispetto ai principi del giudizio ordinario di cognizione. È interessante, infatti, notare lo sforzo del Collegio torinese nel valorizzare le specificità dell'azione di classe, senza applicare *sic et simpliciter* i principi che regolano i giudizi individuali. Il suo *dictum* ruota, in particolare, attorno a due passaggi concernenti il ruolo dell'associazione mandataria: da un lato, a suo parere, il rapporto di mandato tra il singolo membro della classe e l'associazione investe il piano della mera rappresentanza processuale, sotto il profilo dell'ausilio alla gestione della lite di massa; dall'altro, premettendo il fatto che il mandato non comporta l'attribuzione della disponibilità dei diritti fatti valere - specialmente quelli dei potenziali aderenti -, ne deriva l'irrelevanza dell'attribuzione di effettivi poteri sostanziali in capo all'associazione mandataria. Per tale ragione, la contemporanea presenza in giudizio del consumatore mandante e dell'associazione, quale rappresentante processuale, è ammissibile. Trattasi di un traguardo storico per l'azione di classe italiana. In ordine cronologico, la prima lite di massa ad essere stata inoltrata nella fase di merito risale al dicembre 2010⁸¹; tuttavia, come pronosticato dalla difesa di parte attorea, «quella causa è rimasta con un solo promotore, quindi destinata ad abortire»⁸², il che è effettivamente avvenuto⁸³. Ben altre potenzialità sembrava,

⁷⁹ Così ancora FERRANTE, *op. ult. cit.*, 75, il quale sottolinea come, essendo ormai scomparso l'inciso «assunte quando occorre sommarie informazioni» del comma 3 dell'originario art. 140-bis, il giudizio di *certification* «dovrà muovere da elementi concreti specificatamente allegati dall'attore [...] e verificati nel contraddittorio delle parti», in applicazione dell'art. 101, comma 2 CPC. Ecco il motivo per cui tali decisioni sono state definite «capziosamente ingiuste» da CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 114, nota 8.

⁸⁰ App. Torino, ord. 23 settembre 2011, cit., con nota di DE SANTIS; e in *Resp. civ. prev.*, 2012, 185 ss., con nota di SCHIAVONE, *Sulla legittimazione a proporre l'azione di classe e altre questioni*.

⁸¹ Trattasi di Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, cit.

⁸² In tal senso si è espresso Bin, difensore dei correntisti istanti e di Altroconsumo, in occasione dell'intervista rilasciata al quotidiano *La Stampa* in data 27 settembre 2011.

invece, avere la causa di cui si sta trattando, che conta all'incirca mezzo milione di correntisti a titolo di possibili aderenti all'azione collettiva⁸⁴, oltre ad appoggiarsi ad un'associazione *consumerista* di cospicuo rilievo nel panorama nazionale⁸⁵. Purtroppo, però, ormai chiusasi la fase della raccolta delle adesioni⁸⁶ e, malgrado notevoli sforzi organizzativi del Tribunale di Torino onde accogliere la miriade di richieste preventivate, gli aderenti effettivi sono stati solo 102⁸⁷.

III.2.3. (segue) Controversa natura delle nuove CMS: illecito istantaneo a effetti permanenti o illecito permanente?

La Sezione VIII del Tribunale di Roma, chiamata a decidere le cause di classe "gemelle"⁸⁸ intentate da due distinti proponenti rappresentati da Codacons contro Unicredit Spa sempre per il risarcimento e le restituzioni conseguenti all'accertata nullità delle clausole inerenti l'applicazione di commissioni per l'utilizzo dei conti correnti oltre i fondi disponibili⁸⁹, senza, tuttavia, riunirle in giudizio⁹⁰, ha statuito l'inapplicabilità dell'art. 140-*bis*, a cagione del fatto che, in

⁸³ Si veda a tal proposito la sentenza di rigetto Trib. Milano, 13 marzo 2012, cit.

⁸⁴ Questi gli aderenti potenziali secondo una stima della stessa Intesa Sanpaolo; o, più modestamente, secondo una stima dei legali di Altroconsumo, essi si riducevano ad almeno 60.000.

⁸⁵ Infatti, Altroconsumo raggruppa 300.000 soci e ha 380.000 abbonati alla sua rivista.

⁸⁶ Dallo 01 ottobre 2012 ed entro il 21 gennaio 2013, tutti i titolari di diritti omogenei hanno potuto aderire con le modalità indicate sui mezzi di stampa. La tanto anelata trattazione nel merito sarebbe dovuta esser emessa il 12 aprile 2013; purtroppo, però, in tale sede non è stata presa alcuna decisione. La prossima udienza è stata fissata in data 06 novembre 2013.

⁸⁷ Come rilevato in data 31 gennaio 2013 dal quotidiano *La Stampa*, 51.

⁸⁸ Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, n. 2784, cit.; e Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, n. 2794, in *www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com*, 2011. Per un loro commento coordinato, cfr. ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 63 ss., nota 6; FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 6 s.; e GRIFEIO, *Class action: non azionabile il danno da illecito anteriore all'agosto 2009*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011.

⁸⁹ In particolare, nel caso di specie, trattasi della "commissione per scoperto di conto", anche da Unicredit Spa fissata, per i clienti non affidati - qual è uno dei due *class representative* -, nella misura di 2 € per ciascun giorno, e per ogni 1000 €; e di altre spese a capo dei clienti affidati - qual è l'altro promotore della domanda collettiva -, rubricate come "recupero costi operazione in assenza di provvista", "corrispettivo per il servizio di disponibilità immediata fondi" e "commissione utilizzi oltre il limite del fido".

⁹⁰ Per mancanza dei presupposti di cui agli artt. 273 CPC e 140-*bis*, comma 14 del codice del consumo, infatti, il foro laziale ha rigettato l'istanza di riunione delle due azioni di massa, poiché ha valutato come differenti gli elementi oggettivi caratterizzanti ciascuna di esse: da un lato, diversa è risultata la *causa petendi*, trovandosi i due attori in situazioni giuridiche evidentemente disomogenee, essendo - come evidenziato nella nota qui sopra - l'uno titolare di un conto affidato e l'altro di un conto sfornito di affidamento; dall'altro, «la diversità delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio incide [...] sulla tipologia delle clausole alla cui applicazione i due attori sono sottoposti e di cui gli stessi chiedono la declaratoria di nullità, comportando così una differenza anche sotto il profilo del *petitum*».

entrambe le controversie, la modifica unilaterale del regolamento negoziale, seppur astrattamente idonea ad aver determinato in capo ai correntisti consumatori un potenziale danno e, quindi, legittimante la domanda di risarcimento collettivo, era avvenuta in data antecedente il 15 agosto 2009.

In particolare, dopo essersi allineato ad alcune interpretazioni chiave dell'art. 140-*bis* già date da altre ordinanze⁹¹, in entrambe le controversie il foro romano ha escluso che l'inserimento nei rapporti negoziali in essere con i correntisti di una clausola nulla *ex art.* 1418, comma 3 CC fosse riconducibile al novero degli illeciti permanenti. Nonostante tale condotta deviante sia stata consumata nell'ambito di un contratto di durata, qual è quello di conto corrente, a parere del giudice, essa è considerabile un illecito istantaneo, che si verifica a prescindere dall'effettiva produzione del danno. Per individuare l'ambito temporale di applicazione dell'art. 140-*bis*, quindi, non è necessario fare riferimento alla concreta applicazione della clausola illegittima ed agli addebiti delle commissioni, quanto, invece, al suo mero inserimento nell'accordo⁹² che, in seguito ad una comunicazione scritta inviata a ciascun cliente in data 08 maggio 2009, è avvenuto il giorno 28 del mese successivo⁹³.

⁹¹ Da un lato, il Tribunale di Roma conferma il principio, già espresso da Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit. e da App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, cit., della necessaria titolarità in capo all'attore del diritto dedotto in giudizio. Dall'altro, affronta il requisito dell'identità dei diritti fatti valere nel giudizio, affermando che «mentre la nozione di "omogeneità" è riferita ai diritti, quella di "identità", pur essendo anch'essa letteralmente legata ai diritti, deve essere interpretata per ragioni logiche, sistematiche e teleologiche come riferita agli elementi oggettivi dell'azione: come a dire che i diritti sono omogenei nella misura in cui siano identici il *petitum* e la *causa petendi* della causa introdotta». Di parere conforme, App. Torino, ord. 23 settembre 2011, cit.

⁹² In altre parole, riportando per esteso l'argomentazione dell'estensore laziale, l'illiceità commessa dalla banca «è stata posta in essere esclusivamente nel momento in cui essa ha dato comunicazione al correntista della propria volontà di modifica unilaterale di determinate condizioni contrattuali: nessuna ulteriore iniziativa che possa dare al preteso illecito *de quo* l'impronta della permanenza è stata compiuta dall'istituto di credito convenuto. In particolare, non può considerarsi tale la condotta della banca volta al mero incasso delle somme dovute dai clienti in forza delle nuove e asseritamente illegittime clausole contrattuali: l'atto dell'incasso, invero, lungi dal costituire un'azione che perpetua l'originario comportamento illecito, è un mero effetto consequenziale della stipulazione delle clausole controverse. [...] Neppure convincente appare l'assunto per cui, perfezionandosi l'illecito aquiliano nel momento del verificarsi del danno e non in quello dell'atto illecito, l'azione di classe esperita sarebbe ammissibile in quanto contenente un illecito verificatosi successivamente al 15.8.2009 e, precisamente, al concreto addebito al correntista delle commissioni bancarie dovute in forza delle nuove clausole contrattuali. Difatti, il perfezionamento dell'illecito extracontrattuale va preferibilmente individuato nel momento della condotta antigiuridica del soggetto agente».

⁹³ Ne consegue, quindi, come conclude l'estensore, che l'azione di classe proposta in tale sede è «fondata su di un asserito illecito derivante da una proposta di modifica unilaterale delle

Quest'opzione decisionale appare incoerente ed irragionevole, perché, oltre a non prendere in adeguata considerazione la natura prettamente contrattuale della responsabilità della banca⁹⁴, determina l'inesperibilità dell'azione di classe per la tutela di diritti risarcitori - *rectius*: restitutori - che, di per sé, sono esercitabili dai clienti danneggiati solo successivamente all'insorgere del nocumento patito o al pagamento indebito ovvero solo dopo il prelievo delle commissioni illecite ad opera dell'intermediario adito, ancorché qualsivoglia dei suddetti episodi si sia verificato nel pieno vigore del nuovo *procedural device*. D'altro canto, secondo autorevole dottrina⁹⁵, questa soluzione pare in contrasto con la giurisprudenza di legittimità in tema di anatocismo⁹⁶, per cui «ogni qual volta un rapporto di durata implichi prestazioni in denaro ripetute e scaglionate nel tempo [...], l'unitarietà del rapporto contrattuale ed il fatto che esso sia destinato a protrarsi ancora per il futuro non impedisce di qualificare indebito ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo ed è sempre da quel momento che sorge dunque il diritto del *solvens* alla ripetizione e che la relativa prescrizione inizia a decorrere. [...] Non può, pertanto, ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico, definibile come pagamento, che l'attore pretende essere indebito, perché prima di quel momento non è configurabile alcun diritto di ripetizione. Né tale conclusione muta nel caso in cui il pagamento debba dirsi indebito in conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione al quale è stato effettuato [...]».

Accogliendo alla lettera queste inconfutabili critiche sapienziali, due successive pronunce sempre in tema di clausole sostitutive della CMS, l'una della Corte d'Appello di Torino⁹⁷, l'altra della Corte d'Appello di Napoli⁹⁸,

condizioni di contratto anteriore, anche in relazione alla decorrenza dei suoi effetti, alla data del 15 agosto 2009» e, in quanto tale, inammissibile.

⁹⁴ È di tale opinione FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 7, il quale, allo stesso tempo, ritiene fuorviante il riferimento alla responsabilità aquiliana che, come si è visto nel § II.4., è in buona parte estranea all'ambito di applicazione dell'art. 140-bis.

⁹⁵ Trattasi di ZUFFI, in *op. ult. cit.*, 64.

⁹⁶ In particolare, si fa riferimento a Cass. civ., sez. un., 02 dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.*, 2011, I, 418 ss., la quale è stata anche citata come precedente avente valore persuasivo da App. Torino, ord. 23 settembre 2011. A tal proposito, si veda la nota qui di seguito.

⁹⁷ Trattasi di App. Torino, ord. 23 settembre 2011, cit., in riforma dell'ordinanza di inammissibilità Trib. Torino, 28 aprile 2011, cit. In particolare, secondo il collegio piemontese, la

concludono, appunto, per la natura contrattuale delle pretese risarcitorie - *rectius*: restitutorie - dei consumatori lesi e per la conseguente scomponibilità dei singoli atti con cui l'impresa del credito convenuta esegue, di volta in volta, la medesima clausola illecita. In questo modo, nello statuire l'ammissibilità delle rispettive domande, le due ordinanze hanno ristretto la classe a quei soli correntisti che abbiano patito l'addebito delle commissioni in data posteriore al 15 agosto 2009.

III.2.4. (segue) Trend evolutivo delle ordinanze di *certification*

Nonostante la sua lunga e travagliata genesi, l'art. 140-*bis* del codice del consumo sembra aver colto di sorpresa tanto i potenziali proponenti quanto i Tribunali, derivandone un bilancio provvisorio non molto incoraggiante nell'ottica del tendenziale rafforzamento della tutela dei consumatori. Ritenere *a priori* che un rito, se ben confezionato *ex lege*, debba dare prevalentemente ragione agli attori a scapito dei convenuti sarebbe, comunque, una conclusione troppo affrettata. Come sussumibile nei precedenti paragrafi, infatti, nelle ripetute battute d'arresto in fase di filtro contribuiscono alternativamente: l'ingenuità delle associazioni *consumeriste* e dei comitati, che, negli intenti del legislatore,

riscossione delle commissioni per scoperto di conto, in esecuzione di clausole modificate prima del 15 agosto 2009, non è «correttamente qualificabile di natura extracontrattuale [...], essendo la sua natura piuttosto contrattuale [...]. 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».

⁹⁸ Il riferimento è ad App. Napoli, ord. 29 giugno 2012, cit., in accoglimento integrale dell'ordinanza di ammissibilità Trib. Napoli, 09 dicembre 2011, cit. In particolare, secondo il collegio partenopeo, poichè «gli illeciti ascritti alla banca costituiscono espressione di responsabilità contrattuale» e, in particolare, «violazione [...] degli specifici obblighi di protezione della parte c.d. debole nella esecuzione del rapporto di conto corrente», nessun dubbio può sussistere in ordine all'esperibilità *ratione temporis* dell'azione di classe, «considerato che nella specie sono state espressamente avanzate pretese restitutorie, il cui fatto genetico (l'addebito in conto delle commissioni) si colloca temporalmente dopo il 15.8.2009». Essendo così superata la tesi per cui «l'illecito *de quo* si esaurisc[e] nell'introduzione della clausola asseritamente illegittima e [...] la riscossione degli importi della commissione costituisc[e] una sorta di "*post factum*" inconferente ovvero un mero effetto dell'illecito contrattuale», è assolutamente irrilevante che, nel caso di specie, la contestata modifica contrattuale sia stata proposta con comunicazione della banca datata 18 maggio 2009, con operatività a far data dal 28 giugno successivo.

confortati dalle prime esperienze applicative, dovrebbero esserne le vere promotrici⁹⁹; e la ritrosia di alcuni giudici ad accordare pieno riconoscimento all'innovativo *modus procedendi*, più pragmatico, elastico e scevro da formalismi rispetto alle azioni bilaterali ordinarie.

Per un verso, infatti, «non potendo trarre un reale ritorno economico dalle iniziative in parola, ma abbagliate dall'immediato riscontro mediatico ad esse connesso, sovente le associazioni non hanno soppesato con la dovuta obiettività le *chances* di vittoria delle cause di classe e hanno trascurato il lavoro di preparazione e di analitica articolazione delle relative domande»¹⁰⁰. È così capitato che alcune delle azioni esperite siano state dichiarate inammissibili, perché il soggetto selezionato come proponente non era titolare della specifica situazione soggettiva isomorfa posta a fondamento della pretesa risarcitoria/restitutoria collettiva¹⁰¹; ovvero perché difettava della stessa qualifica di consumatore/utente¹⁰². Tuttavia, «finché il processo di classe sarà regolato dall'attuale normativa, che lo rende pressoché inaccessibile al consumatore "vero", ci si dovrà attendere una moltitudine di cause [fittizie] promosse dai

⁹⁹ Tutte le azioni di classe appena analizzate, infatti, sono state promosse mediante il conferimento di mandato ad un ente collettivo, la cui rappresentatività è certificata tramite l'iscrizione nell'elenco ministeriale *ex art. 137* del codice del consumo: il Codacons ha agito quale mandatario nei casi decisi da Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, cit. e da Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, cit.; l'Adoc nell'azione decisa con l'ordinanza Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011 e Altroconsumo in quella analoga dichiarata inammissibile da Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, poi sovvertita da App. Torino, ord. 23 settembre 2011. Allo stesso tempo, quale *escamotage* adottato dall'associazione stessa per aggirare la difficoltà di ricerca di un attore formale disposto ad assumere su di sé l'alea del processo collettivo, in diversi casi, il *consumer* danneggiato proponente è risultato esserne il legale rappresentante o, in ogni caso, avere stretti rapporti personali o professionali con essa; in particolare, nelle azioni di classe in materia bancaria azionate dal Codacons, l'associazione ha agito quale mandataria del proprio presidente avv. Carlo Rienzi, mentre, nel giudizio deciso da Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, come emerge dalla motivazione e dalle contestazioni del convenuto, l'associazione ha agito quale rappresentante di un avvocato della stessa associazione.

¹⁰⁰ Così ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 50, la quale sottolinea la necessità di un'attenta e pregressa ponderazione da parte dell'associazione circa «la previa identificazione dell'illecito plurioffensivo addebitabile all'impresa, la verifica circa l'omogeneità delle situazioni soggettive riferibili a ciascun consumatore, la delibazione sulla plausibilità *in iure* della pretesa collettiva risarcitoria/restitutoria, nonché sui concreti risultati attingibili per i singoli *class members*, la pianificazione inerente la consistenza della classe e la raccolta delle adesioni, l'acquisizione delle prove sui fatti comuni rilevanti, etc.».

¹⁰¹ Così Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, confermata da App. Torino, ord. 27 ottobre 2010 e dalla successiva Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, cit.; nonché Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, cit., relativamente alla lamentata inidoneità del "vaccino" a soddisfare i bisogni dell'acquirente.

¹⁰² Così Trib. Milano, 13 marzo 2012, cit.

consumatori desiderosi non tanto di valorizzare il proprio interesse individuale, quanto di rendere praticabile il nuovo rito. Così l'attore sarà per lo più un addetto ai lavori che, programmando d'esercitare l'azione per scopi extra-processuali, si premunisca dei presupposti in fatto [...] e nella veste di consumatore adduca quei presupposti per formulare la domanda»¹⁰³.

L'insuccesso del nuovo rimedio è poi addebitabile ad un certo atteggiamento di chiusura dimostrato dagli organi giurisdizionali aditi - specie di primo grado - che, nella maggior parte dei casi, sono caduti nella tentazione di ricondurre l'azione di classe a schemi e concetti già sedimentati nell'esperienza applicativa del nostro codice di rito civile, quali la rappresentanza *ex art. 77 CPC* e l'interesse ad agire *ex art. 100 CPC*. Regole processuali tradizionali *ex abrupto* calate nell'azione di classe, sulla base di *iter* argomentativi formalmente ineccepibili, perché ricalcati da quelli consueti, ma poco persuasivi, proprio perché meccanicisticamente trasposti e non adattati all'innovativa dimensione sovra-personale della tutela¹⁰⁴. È auspicabile, dunque, una maggiore elasticità cognitiva dei fori regionali competenti che, tuttavia, per non vanificare la funzione dell'udienza filtro, non deve sforare in un'eccessiva sommarietà del giudizio prognostico di non manifesta infondatezza dell'oggetto sostanziale della lite.

¹⁰³ Così FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 55. Inevitabile è il riferimento alla lite *Zacchei/Codacons c. Voden Medical Instruments Spa*, ove sorprende come lo stesso Collegio meneghino abbia dapprima pronunciato l'ammissibilità dell'azione, con Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, cit.; e poi, a distanza di poco più di un anno, all'esito della fase di merito - ma sulla base degli stessi elementi in fatto ed in diritto - abbia persino condannato l'attore per lite temeraria, con Trib. Milano, 13 marzo 2012, cit., ove si sottolinea come «parte convenuta ha fin dall'inizio contrapposto alcuni dati indiziari (peculiare qualità professionale della signora Zacchei, stretta concomitanza temporale tra l'acquisto del prodotto in data 30.12.09 ed entrata in vigore delle nuove disposizioni in tema di *class action* in data 2.1.10) che certamente giustificano una completa verifica in giudizio di tutti gli elementi costitutivi della domanda», quale quadro fattuale che, in mancanza di qualsiasi replica ed offerta di controprova da parte dell'attore, ha legittimato il rigetto della domanda per non provata qualità *consumerista* della proponente. *Contra*, sempre secondo FERRANTE, *op. ult. cit.*, 58, il comprare un *test* anti-influenzale per preconstituire gli elementi di una lite di massa costituisce certamente un atto di consumo, «perché questo genere di movente, latamente professionale, non rientra nello scopo dell'atto, che è per natura *consumeristico*, ma nel quadro dell'attività altrimenti svolta dal consumatore. Comprare il *test* è sempre atto di consumo, intentare una causa è sempre atto della professione; intentare una causa dopo aver compiuto un atto di consumo non può trasformare l'atto di consumo in atto della professione».

¹⁰⁴ È di tale opinione MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, 1113 s.; nonché FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 55, per il quale «non è possibile, né opportuno guardare al processo collettivo come ad una pura sommatoria di cause individuali, cioè come ad un fenomeno soltanto quantitativo, anziché qualitativo». In chiave critica si veda anche PORCARI, *Aporie ricostruttive*, cit., 1628 ss.

Tendenza pressappochista in cui pare essere caduto, da ultimo, il Tribunale partenopeo, laddove si limita ad affermare che «le argomentazioni tecnico giuridiche articolate da parte attrice in ordine alla natura della commissione e il modo in cui è risultata applicata nel rapporto contrattuale, inducono ad un approfondimento che esclude [...] la manifesta infondatezza della domanda, rinvenendosi nella commissione di mancanza fondi taluni aspetti problematici, in ordine ai quali è utile dare alle parti lo spazio per utili riflessioni e considerazioni giuridiche, volte soprattutto a verificare lo spazio residuale riconosciuto alla contrattazione privata a seguito della novellata disciplina della commissione di massimo scoperto, come introdotta dalla legge 2/2009»¹⁰⁵. Sorprende, innanzitutto, come il giudice di primo grado non consideri affatto il profilo di diritto intertemporale, reputato decisivo in altre occasioni¹⁰⁶, pur essendo assolutamente improbabile che la banca campana convenuta in questa sede abbia inviato le comunicazioni di modifica unilaterale ex art. 118 TUB successivamente al 15 agosto 2009. Secondariamente, è da sottolineare che, secondo la dottrina e l'orientamento dell'ABF¹⁰⁷, le commissioni sulle somme impiegate in assenza di fido - e, altresì, in superamento della soglia dell'affidamento - sono da ritenersi nulle perché vietate dal primo periodo dell'art. 2-bis, comma 1, salvo che la loro applicazione non sia circoscritta ai casi di scoperto di conto - o di utilizzo extra fido - di durata superiore ai trenta giorni¹⁰⁸. Ai fini del vaglio di non manifesta

¹⁰⁵ Così Trib. Napoli, ord. 09 dicembre 2011, cit. Tale *dictum* giurisprudenziale, seppur controvertibile per le ragioni qui di seguito riportate, si conforma alla nozione di manifesta infondatezza già emersa in dottrina e non solo. Cfr. in proposito la nota 38 del § II.3; e, più nello specifico, la nota 66 del § III.2.1.

¹⁰⁶ Cfr. in proposito le ordinanze commentate nel § III.2.3.

¹⁰⁷ In dottrina, cfr. DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 172; e CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 190. Per una decisione dell'ABF relativa a una commissione denominata «mancanza fondi», si veda ABF Roma, n. 108/2011; cfr., inoltre, ABF Roma, n. 1910/2011; ABF Roma, n. 925/2011; e ABF Milano, n. 1012/2010.

¹⁰⁸ Si veda MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria*, cit., 601, il quale, comunque, osserva che la scelta, pur condivisibile, potrebbe disincentivare la concessione di fidi, di fatto determinando una stretta all'erogazione del credito. Questo confine temporale del divieto pare, di recente, esser stato superato dal legislatore che, in sede di emendamento al d.l. 06 dicembre 2011, n. 201, oltre a porre il tetto dello 0,5% alla CMS, ha espressamente stabilito 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»; il

infondatezza delle pretese restitutorie dei consumatori nel caso di specie, pertanto, l'ordinanza in oggetto avrebbe potuto verificare se la banca convenuta in concreto addebitasse l'onere aggiuntivo, solo una volta trascorsi trenta giorni di utilizzo dello scoperto di conto corrente¹⁰⁹.

Al contrario, il contenzioso di classe tra le imprese del credito ed i consumatori non pare incontrare ostacoli con riferimento al requisito dell'identità dei diritti¹¹⁰ e all'ambito di applicazione dell'azione di classe. Con riferimento al primo profilo, in particolare, la giurisprudenza ha seguito, in conformità al prevalente orientamento dottrinario, un'interpretazione non rigorosa del requisito dell'identità dei diritti fatti valere, degradato al più coerente e ragionevole presupposto dell'omogeneità intesa come identità del titolo sulla cui base si fonda il diritto al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme dovute. Così precisato tale requisito, non pare esservi dubbio che i rapporti negoziali di massa conseguenti alla conclusione dei contratti bancari possano rientrare non solo nell'ambito dei diritti contrattuali *ex* comma 2, lett. a) e delle pratiche commerciali scorrette *ex* comma 2, lett. c), ma possano anche essere sempre considerati omogenei in quanto relativi all'applicazione di clausole identiche per tutti i consumatori interessati¹¹¹.

Da un punto di vista logico, in ogni caso, giova qui evidenziare che la questione del corretto esercizio del *ius variandi* in relazione agli artt. 118 TUB e 2-bis, comma 3 della legge 28 gennaio 2009, n. 02 è pregiudiziale rispetto a quella della validità della clausola sostitutiva della CMS e presenta, almeno in astratto, alcuni profili problematici che devono essere tenuti in considerazione. Benché non sia questa la sede per approfondire questa tematica¹¹², è chiaro che verificare

CICR, tra l'altro, deve prevedere i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria.

¹⁰⁹ È di tale opinione DALMARTELLO, *Azione di classe e ius variandi*, cit., 239.

¹¹⁰ Si noti che, nelle ordinanze in commento, tutte rese in epoca anteriore alla modifica Monti, si parla ancora di diritti «identici» e non di diritti «omogenei».

¹¹¹ Nel caso *Gasca (ed altri)/Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*, così, Trib. Torino, ord. 15 giugno 2012, cit. ha così demarcato la classe di correntisti “in rosso” danneggiati con pochi e precisi tratti essenziali: «coloro che siano titolari di conto corrente non affidato [...] ed abbiano subito addebiti per commissioni di scoperto di conto dopo il 15.8.2009».

¹¹² Trattasi, appunto, della controversa questione per cui è dubbio se la commissione sostitutive possano essere introdotte in luogo della CMS *ex* art. 118 TUB, mediante modifica unilaterale del contratto, trattandosi di clausole nuove rispetto alla precedente: in senso negativo cfr., da ultimo, ABF Napoli, n. 396/2011; sulla scorta della Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico n. 5574, del 21 febbraio 2007, ABF Milano, n. 1298/2010; ABF Napoli, n. 1469/2010;

la sussistenza dei presupposti *ex art. 118 TUB* implica, anzitutto, accertare quali siano le concrete modalità di esercizio e le ragioni giustificative del potere di modifica unilaterale del conto corrente, distinguendosi tra: modifiche generali, cioè dovute al cambiamento di variabili macroeconomiche; e modifiche individuali, cioè conseguenti al mutamento del merito creditizio di uno specifico cliente¹¹³. Pertanto, parte della dottrina ha criticamente addotto che «lo scorretto esercizio del *ius variandi* in relazione a un giustificato motivo di portata individuale (pur se applicato a più persone in un arco temporale ristretto) non raggiunga il livello di omogeneità richiesto, affinché le pretese siano oggetto di trattazione simultanea nell'azione di classe»¹¹⁴. Viceversa, nel caso di modifiche riconducibili a presupposti generalizzati e rivolte a gruppi affini della clientela, almeno in astratto¹¹⁵, è inevitabile concludere che lo scorretto esercizio del *ius* determina il sorgere di prerogative tutelabili con l'azione di classe, trattandosi di «diritti contrattuali di una pluralità di consumatori o utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica»¹¹⁶.

e in dottrina, cfr. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in questo volume, n. 5, il quale chiarisce che la tesi restrittiva è imposta dalla disciplina generale del contratto; CIAN, *Il costo del credito* bancario, cit., 198. Ammettono, invece, l'inserimento di una clausola di messa a disposizione fondi al posto della CMS: ABF Milano, n. 2419/2011; ABF Roma, n. 108, cit.; in dottrina, OLIVIERI, *Usi e abusi del ius variandi*, in questo volume, n. 5. Cfr, inoltre, DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, cit., 179, il quale riconosce che il “transito” dalla commissione sull'utilizzato a quella sull'affidato, pur non essendo un adeguamento, sarebbe stata implicita nell'intenzione del legislatore, indotto in tal senso dagli orientamenti di Banca d'Italia e AGCM. Per ulteriori riferimenti; cfr. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contratti*, 2012, 186 ss.

¹¹³ In questo senso, cfr, *ex multis*, in relazione alla previgente disciplina, MORERA, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in MORERA E BRESCIA MORRA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. PERLINGERI, V, 11, Napoli, 2006, 369; sulla versione attuale dell'art. 118 TUB, invece, DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., n. 6; SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.u.b.*, in questo volume, nn. 4.1 e 4.2.

¹¹⁴ Così DALMARTELLO, *Azione di classe e ius variandi*, cit., 235 s.

¹¹⁵ Vi possono essere una serie di ulteriori questioni in fatto che suggeriscono cautela nell'ammettere senza riserve l'azione di classe in relazione al *ius variandi ex art. 118 TUB*. Ad esempio, si potrebbe ritenere che abbia una portata individuale il tema della prova della ricezione della comunicazione *ex art. 118 TUB*: cfr. SCIARRONE, ALIBRANDI E MUCCIARONE, *La pluralità delle normative sul ius variandi nel T.u.b.: sistema e fratture*, in questo volume, n. 9; per ulteriori riferimenti alle decisioni dell'ABF, CENTINI, *Lo ius variandi*, cit., 202. Probabilmente, come suggerisce MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1421, l'ammissibilità dell'azione di classe, là dove vi siano alcune questioni individuali, può dipendere da valutazioni in concreto del giudice, dal modo in cui il proponente ha formulato la domanda e dalle eccezioni del convenuto.

¹¹⁶ Invero, l'esercizio del *ius variandi*, in assenza dei presupposti di legge, potrebbe anche essere considerato una pratica commerciale scorretta *ex art. 21* del codice del consumo, nella misura in cui, nella comunicazione inviata ai clienti-consumatori, non sia chiaro l'oggetto del *ius* e

III.2.5. (segue) ed ipotizzabili contenuti della sentenza di merito.

In relazione al contenzioso bancario finora analizzato, senza dubbio, la sfida sul terreno del diritto contrattuale generale si presenta come la più spedita e meno impervia per la reintegrazione patrimoniale dei correntisti aderenti alla *class action* certificata. Imperniandosi sull'invalidità delle clausole commissionali perché non in linea con il dettato di norme imperative, infatti, la fase di merito prospetta una verifica concettualmente semplice: giustapporre i precetti ritenuti inderogabili e le regole forgiate dai privati, al fine di stabilire l'eventuale deviazione di queste ultime dal solco tracciato dal legislatore. Il suddetto giudizio di validità è, così, la premessa per sancire la condanna della banca¹¹⁷, consistente nell'ordine di riaccreditare a favore della classe di correntisti aderenti gli importi percepiti senza un'idonea giustificazione, il che si traduce: in una riduzione dell'esposizione debitoria, in relazione ai conti in rosso per i quali l'accredito non permette di ripianare il *deficit*; in un passaggio dal segno meno a quello più per i conti in rosso in cui l'accredito è superiore all'entità della voce "dare"¹¹⁸; e in un incremento del saldo attivo liberamente prelevabile, nelle rimanenti ipotesi.

In questa prospettiva, indubbiamente, si fa fatica a scorgere uno spazio utile per l'ingresso di una tutela risarcitoria in senso proprio, suscettibile di compensare pregiudizi ulteriori rispetto all'entità delle spese ingiustamente

la sua giustificazione. A tal riguardo, cfr. il provvedimento sanzionatorio AGCM, n. 22789, PS5491, del 14 settembre 2011, ove è considerata scorretta, in quanto ingannevole, una pratica commerciale di una banca, che consisteva proprio nell'invio di comunicazioni *ex art. 118 TUB* dal contenuto confusorio.

¹¹⁷ Nel senso che l'accertamento dell'insussistenza dell'obbligo di pagamento rappresenti, con riguardo all'azione di indebito, un mero antecedente logico, si è espressa Cass. civ., 02 febbraio 2007, n. 2298, inedita. Cfr. anche Trib. Nocera Inferiore, 16 febbraio 2005, inedita, secondo cui il diritto alla ripetizione dell'indebito del pagamento effettuato in adempimento di un contratto nullo sorge immediatamente, al momento stesso della *solutio* e non può, perciò, considerarsi un credito futuro, subordinato all'accertamento dell'invalidità della *causa obligandi*, essendo piuttosto subito esigibile. Del resto, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, sulla questione inerente la nullità del contratto - ove rilevata d'ufficio o eccepita nella causa concernente l'adempimento o la risoluzione o l'annullamento di quel contratto - non cade il giudicato sostanziale, in quanto debbono essere tenuti fermi i limiti desumibili dall'art. 34 CPC: leggi *amplius* CONSOLO, *La cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato)*, in *Corr. giur.*, 2006, 1424 ss. Cfr. CONTE, *I "diritti individuali omogenei"*, cit., 618.

¹¹⁸ Il caso limite è quello dell'azzeramento del debito, senza iscrizione di alcuna somma a credito, in caso di totale identità delle somme indebitamente percepite e delle passività per il cliente al momento dell'esecuzione della condanna.

addossate al *consumer*¹¹⁹, che possono riguardare sia la sfera patrimoniale¹²⁰, sia, eventualmente, quella non patrimoniale¹²¹. D'altro canto, parte della dottrina¹²² ritiene che, poichè l'ente associativo eventualmente coinvolto è, di per sé, titolare di un interesse strettamente esponenziale, distinto da quello del *class representative* di cui è rappresentante, esso dovrebbe poter domandare ed ottenere la restituzione del c.d. profitto illecito maturato dall'impresa convenuta in conseguenza del danno di massa¹²³. In altre parole, se l'illecito seriale ha prodotto un arricchimento senza causa del danneggiante che travalichi l'ammontare del

¹¹⁹ Come ricordato in DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 320 ss, infatti, la ripetizione dell'indebito è un tipico mezzo di tutela restitutoria. A differenza dei rimedi risarcitori - con cui «si intende reagire massimamente contro il danno prodotto nella sfera patrimoniale del soggetto, assicurando ad esso una forma di compensazione pecuniaria che, più che eliminare materialmente il danno, lo neutralizzi in senso economico» - con i rimedi restitutori «non si ha riguardo al danno (né importa che un danno patrimoniale si sia prodotto) ma alla sola alterazione di una situazione di fatto e/o di diritto, alterazione che occorre rimuovere, ristabilendo la situazione originaria e con ciò ripristinando il vigore delle norme».

¹²⁰ Si pensi, ad esempio, ad eventuali «ulteriori conseguenze pregiudizievoli, dovute alla mancata disponibilità delle somme corrispondenti a quelle addebitate dalla banca; o, addirittura, imputabili all'ulteriore aggravio nell'esposizione debitoria che a detti addebiti sia conseguito». Così PALMIERI, *op. ult. cit.*, 16.

¹²¹ Una volta crollati i bastioni dell'art. 2059 CC per cui «il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi previsti dalla legge»; e dopo un periodo di grande incertezza, contrassegnato dal progressivo affermarsi della figura sapienziale del danno esistenziale, Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss. ha dato una rivoluzionaria sistemazione dogmatica del danno civile. Novità epocale poi costituzionalmente orientata da Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201; e, infine, accolta ed integrata dalle quattro pronunce rese dalla Sezioni Unite della Suprema Corte in data 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, reperibili in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss. Oltre che nelle ipotesi espressamente previste da una norma di legge, così, il pregiudizio non patrimoniale diventa risarcibile anche nei casi in cui l'illecito vulneri diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti. Volgendo ora l'attenzione al contesto di specie, imperniato sull'esistenza di una pluralità di rapporti contrattuali, la vetta da scalare è molto impegnativa, poichè, nella maggior parte dei casi, la condotta della banca, non qualificabile come criminosa, si limita a ledere la libertà negoziale. A tal riguardo, l'orientamento della Suprema Corte è molto restrittivo: Cass. civ., sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Foro it.*, 2010, I, 869 ss., intervenendo in una fattispecie in cui un messaggio pubblicitario asseritamente ingannevole era considerato come fatto produttivo di danno ingiusto, ha evidenziato che «il danno da pubblicità ingannevole [...] ha come referente costituzionale più prossimo solo l'art. 41 Cost., il quale garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata e l'autodeterminazione delle scelte in materia. Tale norma tuttavia appartiene alla sfera dei rapporti economici e non dei diritti inviolabili della persona, con la conseguenza che l'evento lesivo, che attinge la posizione tutelata dall'art. 41 Cost., non può dar luogo, in assenza di una specifica norma, a danno non patrimoniale».

¹²² Così FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., 96 s., il quale auspica questa tecnica di finanziamento del ricorso di gruppo, onde trovare soluzione alla problematica sollevata a livello europeo sia dal § 49 del Libro Verde COM (2008) 794 def., sia dal più recente § 22 del *Consultation paper* SEC (2011) 173 def.

¹²³ Trattasi della c.d. *Gewinnabschöpfung* del diritto tedesco. Poco rileva in questa sede stabilire se sia corretta la posizione che estende l'obbligo di riversare il profitto ad ogni ipotesi di illecito o quella che lo limita al caso di mala fede dell'arricchito, né discutere ora se sia esatto vedere una funzione punitiva nella privazione dei guadagni.

pregiudizio procurato all'attore principale ed ai membri della classe, sicché una condanna meramente risarcitoria non varrebbe a distrarre ogni indebito guadagno, quel *quid pluris* dovrebbe essere assegnato al soggetto esponenziale. Con questo stratagemma, da un lato, l'azione civile esplicherebbe la sua piena efficacia dissuasiva, privando di realistiche *chances* di successo prassi imprenditoriali tese all'illecito c.d. "efficiente", perché più remunerativo di quanto possa nuocere una futura - e, sempre, eventuale - condanna risarcitoria; dall'altro, considerata la mancanza di finalità lucrativa dell'ente destinatario, le utilità così conseguite sarebbero reinvestite nell'attività statutaria del medesimo, al più residuando un obbligo di vigilanza sulla buona amministrazione di quest'ultima.

Esclusa la ricorrenza dell'inadempimento del contratto di conto corrente, poiché è dedotto in giudizio un vizio genetico del rapporto banca *vs* cliente e, quindi, il contestato meccanismo contabile consta proprio nella piena attuazione dei patti siglati, per sperare in un ristoro di queste ulteriori pretese occorre puntare sull'illecito extra-contrattuale. Senonché, «a parte le difficoltà insite nel tentativo di dare una coloritura delittuale [...] all'inserzione unilaterale della clausola nulla nel regolamento negoziale»¹²⁴, la delimitazione oggettiva dell'art. 140-*bis* a specifici sottoinsiemi di responsabilità aquiliana costringe a rifugiarsi nell'illecito *antitrust* o nella pratica commerciale scorretta¹²⁵, quali fattispecie delittuali più proibitive da un punto di vista istruttorio.

Non appare, viceversa, essenziale adottare tecniche risarcitorie extra-compensative, specialmente ipotizzando il rischio di un prevedibile inasprimento del dibattito scientifico e politico europeo sul tema¹²⁶, che andrebbe a sommarsi al già tormentato avvio sperimentale del rimedio di massa. Deve, però, ricordarsi che, come già accennato, le distorsioni cui ha dato luogo la liquidazione dei *punitive damages* nell'esperienza statunitense non sono dipese, in sé, dal rifiuto

¹²⁴ Così PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, cit., 15.

¹²⁵ Nell'ipotesi di specie, infatti, la responsabilità del produttore *ex art. 140-bis*, comma 2, lett. b) del codice del consumo non è configurabile, non essendo riconducibile alla figura definita *ex art. 3*, lett. d) del codice del consumo la banca che offre il servizio di deposito in conto corrente e di apertura del credito.

¹²⁶ Basti qui ricordare che la Corte di Giustizia della Comunità Europee, nel caso Manfredi, ha assunto una posizione prudente, che rimette la questione dei danni punitivi alle norme degli Stati membri, senza, tuttavia, omettere l'osservazione per cui i giudici nazionali devono vigilare affinché la condanna al risarcimento non si trasformi in un lucro per il danneggiato.

del principio di specularità fra danno e risarcimento, «principio che è sempre tendenziale e ben può arretrare dinanzi a comportamenti intenzionali e continuati»¹²⁷, ma dall'uso che dei *punitive damages* hanno fatto le giurie popolari, all'esito di ampie *class actions* di pubblico dominio. Al contrario, nei sistemi processuali europei, dove la giustizia civile è sempre amministrata da giudici professionisti e minore è la pressione esercitata dall'opinione pubblica, gli eccessi d'oltreoceano appaiono remoti, mentre l'impiego misurato di risarcimenti e restituzioni ultra-compensativi potrebbe contribuire ad un auspicabile recupero di effettività dell'azione civile.

¹²⁷ Così PALMIERI, *op. ult. cit.*, 98.

CAPITOLO IV

**APPLICABILITÀ DEL RIMEDIO AGLI
ILLECITI CONNESSI ALLE OPERAZIONI DI INVESTIMENTO:
IPOTESI RICOSTRUTTIVE.**

SOMMARIO: IV.1. Indici a favore di una potenziale conciliabilità tra azione di classe e tutela dei risparmiatori. – IV.2. Possibile oggetto del contenzioso seriale finanziario. – IV.2.1. (*segue*) Responsabilità dell'intermediario da vizio di forma di accordo quadro o da suo mancato rispetto. – IV.2.2. (*segue*) Responsabilità dell'intermediario per violazione dei doveri di diligenza, correttezza e trasparenza verso il cliente. – IV.2.3. (*segue*) Responsabilità dell'intermediario da rivendita al consumatore di prodotti finanziari riservati agli investitori istituzionali. – IV.2.4. (*segue*) Responsabilità da prospetto *ex art. 94 TUF*. – IV.3. Coordinamento con i cumulabili o alternativi meccanismi di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

IV.1. Indici a favore di una potenziale conciliabilità tra azione di classe e tutela dei risparmiatori.

L'analisi giurisprudenziale svolta nello scorso capitolo ha evidenziato che l'impiego del nuovo rimedio giudiziale *ex art. 140-bis* riguarda esclusivamente controversie relative ai contratti bancari, mentre non risulta che sia stata ancora proposta alcuna azione conseguente ai danni finanziari subiti dagli investitori. La mancata proposizione di azioni di classe nel settore dei servizi di investimento appare un'anomalia sotto due profili: sia rispetto all'esperienza statunitense, ove la *securities class action*, oltre a rappresentare i casi di tutela risarcitoria collettiva più numerosi ed economicamente più rilevanti¹, costituisce addirittura una provincia

¹ Come rilevato in PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, cit., 380, nota 11, un declino delle controversie collettive finanziarie «si registra nei periodi caratterizzati da minore volatilità e migliori assetti nella *governance*», il che, ovviamente, è diametralmente opposto all'attuale periodo di crisi economica globale. Per una particolareggiata ed aggiornata analisi delle *securities class action* proposte negli Stati Uniti nel 2011, si veda il rapporto predisposto dalla STANFORD LAW SCHOOL SECURITIES CLASS ACTION CLEARINGHOUSE, *Securities Class Action Filings, 2011 Year in Review*, in www.securities.stanford.edu, dal quale emerge come dal 1997 al 2011 sono state in media proposte ogni anno circa 194 *class action*. In argomento, cfr., *ex multis*, COFFEE, *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its implementation*, 106 *Col L. Rev* (2006)1547; COFFEE, *Law and the Market: The impact of Enforcement*, (2007) 1548. Tali azioni, esercitate contro amministratori, società quotate e società di revisione, rappresentano quasi sempre i casi di contenzioso collettivo di maggiori dimensioni economiche per gli importi riconosciuti in via transattiva: il caso Enron si è chiuso con una transazione per 7.160,5 milioni \$;

autonoma, ormai regolata da regole *ad hoc*²; sia con riferimento alla genesi dell'art. 140-*bis*, che, come noto, è stato introdotto nel nostro ordinamento anche per far fronte ai noti scandali finanziari che si sono succeduti a partire dal nuovo millennio, pur essendone poi stata esclusa la proponibilità per tali fattispecie sotto il profilo temporale.

A parziale giustificazione di questo paradossale *nonsense*, sin dall'entrata in vigore dell'originario testo di legge giova qui ricordare che, presso taluna stampa non specialistica, ma non solo, s'era momentaneamente diffusa l'idea che il nuovo rito, di per sé già costretto nella sua orbita *consumerista*, non fosse invocabile per l'attuazione di pretese concernenti l'esecuzione di qualsivoglia contratto bancario, di assicurazione o di intermediazione mobiliare. Poiché la disciplina del mercato finanziario consta di leggi organiche e tendenzialmente esaustive, infatti, soltanto da queste si sarebbero dovuti trarre i rimedi del caso³, che, tra l'altro, hanno una ben precisa delimitazione⁴, quasi che il correntista, l'assicurato o l'investitore non professionale, per il fatto solo d'agire in una ben delimitata area, potessero perdere la loro veste di consumatori e, quindi, non potessero più avvalersi della tutela accordata loro dal codice di categoria.

Questa tesi, volta a garantire l'immunità a queste delicate attività d'impresa, è del tutto smentita da una giurisprudenza consolidata che, in presenza dei requisiti di legge, non esita a qualificare consumatore anche chi stipuli contratti bancari⁵,

Worldcom con una per 6.156,3 milioni \$; Cendant, invece, con un'altra per 3.520 milioni \$; e, infine, AOL Time Warner 2.500 milioni \$.

² Come si è già evidenziato, il *Private Securities Litigation Reform Act*, votato dal Congresso nel 1995, ha rimodellato il *Securities Exchange Act* del 1934, descrivendo un modello peculiare di *class action*, nel tentativo di ovviare ad alcune distorsioni registrate nella prassi.

³ Di tale opinione è ZOPPINI, in *Rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza*, cit., 154, secondo il quale «l'inapplicabilità dell'azione di classe non è solo avallata da un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 140-*bis* cod. cons., quanto più ancora dal fatto che l'azione collettiva risarcitoria è uno strumento che tipicamente mira a risolvere un problema di regolazione indiretta, il quale, evidentemente, non si pone in un mercato altamente regolato e disciplinato, com'è quello bancario».

⁴ Riguardo la delimitazione dell'art. 32-*bis* TUF e le argomentazioni dottrinali volte a superare l'apparente ostacolo così posto all'esperibilità dell'azione di classe per la tutela degli interessi «connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio», si rinvia alla nota 33 del § II.3.

⁵ *Ex multis*, basti qui rinviare alle sentenze indicate nelle note 62, 64 e 70 del § 2.2. delle premesse; nonché le ordinanze finora emesse in fase di *certification ex art. 140-*bis** del codice del consumo a proposito delle clausole sostitutive delle CMS vietate, di cui si è trattato nel dettaglio nel capitolo III.

assicurativi⁶ o d'intermediazione finanziaria. D'altro canto, l'equiparabilità del consumatore e/o utente al risparmiatore non può essere confutata dalla sua non esplicita menzione *ex art. 140-bis*, giacché lo stesso legislatore europeo ha più volte utilizzato i due termini come interscambiabili⁷. Né la collocazione sistematica dell'*art. 140-bis* può fungere da blocco in entrata: «se il contenuto della norma manifesta la propria vocazione espansiva, quest'ultima è ulteriormente avvalorata dall'autonomia del titolo in cui si inserisce, rubricato "Accesso alla giustizia"»⁸.

Pur restandone discriminatoriamente esclusi gli investitori professionali in strumenti finanziari⁹, la tutela collettiva *ex art. 140-bis*, quindi, può e deve essere esperita anche a tutela dei consumatori risparmiatori¹⁰. In previsione di una quanto più prossima valutazione giurisprudenziale in proposito, pertanto, è fondamentale la funzione creativa della dottrina, onde superare le insidiose difficoltà interpretative poste dalla sua attuale disciplina, specie con riferimento alla delimitazione del suo oggetto, al requisito della serialità del pregiudizio e al riscontro di un'adeguata rappresentatività degli interessi lesi in capo ai soggetti

⁶ In tal senso, ad esempio, Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, cit., nonché la da quest'ultima riformata Trib. Milano, ord. 06 ottobre 2009, cit., emessa in sede cautelare.

⁷ Per le argomentazioni dottrinali volte a ricomprendere nella nozione di consumatore anche quella di investitore non qualificato, cfr. il § 3 delle premesse; invece, per l'identificazione della *species* investitore nel *genus* «utente di servizio», si veda la nota 34 del § II.3.

⁸ In tal senso, si veda MICOSSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe*, cit., § 2.

⁹ Trattasi di una precisazione di non poco momento, dato che, come evidenziato in SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *Obbl. contr.*, 2010, 611 s., ad oggi, un numero veramente considerevole di controversie da danno finanziario ha ad oggetto i contratti derivati, venduti prevalentemente a società ed enti pubblici, a causa del forte indebitamento in cui si trovano. Più in generale, come evidenziato in AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 32, circa l'originario *art. 140-bis*, questo limite soggettivo dell'azione di classe comporta che, se quest'ultima «può servire da stimolo alla crescita di un moderno mercato finanziario, aumentandone la capacità di attrazione di capitali anche dall'estero, non si può dire che l'obiettivo sia stato centrato (tanto meno in epoca, come l'attuale, in cui gli investitori professionali [...] mostrano di aver abbandonato l'antico atteggiamento "passivo", anche rispetto alla *governance* e alla gestione sociale)».

¹⁰ Entro la categoria dei clienti al dettaglio, peraltro, le piccole e medie imprese - che spesso, più dei singoli risparmiatori, concludono contratti finanziari "problematici" - letteralmente non rientrano nella nozione di consumatore *ex art. 3*, lett. a) del codice del consumo; pertanto, è lecito ritenere che, qualora il legislatore avesse inteso estendere l'esperibilità del rimedio collettivo a questi investitori non qualificati, avrebbe dovuto indicarli esplicitamente tra i legittimati attivi. In tal senso, cfr. AROSSA, *op. ult. cit.*, 33; nonché BELLEGGIA, *Ammissibilità dell'azione di classe a tutela dei risparmiatori*, cit., 4. *Contra*, parte della dottrina, fondandosi sull'avvento della categoria del c.d. "contratto asimmetrico" ed il conseguente superamento della tradizionale contrapposizione *B2C* - per cui cfr. la nota 132 del § I.4. -, reputa che, nel campo dell'intermediazione finanziaria, anche questi soggetti possano essere considerati consumatori ai fini dell'esperibilità dell'*art. 140-bis*, specialmente riguardo gli illeciti anticoncorrenziali: così FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., 499; per quanto esposto nella nota 98 del § II.5., tuttavia, si ritiene che questa posizione dottrinale sia infondata.

promotori della controversia. Come si evidenzierà nei paragrafi che seguono, i giuristi finora pronunciatisi sono stati assolutamente eterogenei nelle loro considerazioni, non fosse altro perché la questione richiede una chiarificazione sul contesto sistematico in cui è calata.

IV.2. Possibile oggetto del contenzioso seriale finanziario.

Una volta riconosciuto il possibile esperimento di un'azione di classe da danno finanziario¹¹, è ora necessario esaminare le fattispecie astrattamente suscumbibili nelle previsioni di cui all'art. 140-*bis*, comma 2 del codice del consumo, passando in rassegna la giurisprudenza degli ultimi anni.

Da un lato, le liti seriali azionate dai risparmiatori riguardano l'attività di prestazione dei servizi d'investimento da parte degli intermediari qualificati, che si manifesta in una pluralità di fattispecie negoziali a formazione complessa¹², quali: l'immediata stipulazione *ex art. 23 TUF* di un c.d. contratto quadro - anche detto *master agreement* -, disciplinante *ex nunc* la negoziazione, la ricezione e la trasmissione delle future operazioni finanziarie, oltre all'eventuale attività di consulenza ad esse diretta; ed i successivi singoli ordini di acquisto e/o di vendita che, in esecuzione del rapporto negoziale prima conclusosi¹³, incideranno sul patrimonio investito, nel rispetto delle regole di trasparenza, adeguatezza e correttezza dettate dall'art. 21 TUF e dalle più recenti disposizioni regolamentari di attuazione.

L'altra cospicua porzione di *litigation* finanziaria concerne, invece, la diffusione sui mercati di informazioni fuorvianti¹⁴ circa gli strumenti finanziari oggetto di scambio o, semplicemente, riguardo l'andamento aziendale del loro emittente. Notizie inesatte che falsano le scelte degli investitori - qualificati e non -, inducendoli ad acquistare ovvero a non disfarsi tempestivamente di questi titoli, il cui valore è destinato a ridursi drasticamente. L'esperienza legislativa statunitense

¹¹ Per la definizione dottrinale di questa etichetta nominale, si rinvia alla nota 21 del § I.1.

¹² Sui contratti a formazione progressiva, si veda Cass. civ., sez. II, 24 ottobre 2003, n. 16016, in *Contratti*, 2004, 221 ss.

¹³ Giova, tuttavia, rammentare che la fattispecie bipartita a formazione progressiva "contratto quadro - ordine d'acquisto" non è necessaria ai fini della valida stipulazione di un contratto di compravendita di servizi d'investimento, potendo esso risolversi anche in un unico atto negoziale, purché in possesso degli elementi previsti per il contratto quadro e per il singolo contratto di acquisto.

¹⁴ Cioè non rispondenti ai tradizionali canoni di chiarezza, veridicità e correttezza.

e quella tedesca¹⁵ dimostrano che è proprio questo un terreno di elezione per l'azione di classe. In fase di emissione e collocamento sul mercato primario, in particolare, è identificabile la responsabilità *ex art. 94*, commi 8 ss. TUF da prospetto d'offerta inesatto o incompleto¹⁶, posta in capo all'emittente e, in via solidale, al responsabile del collocamento. In fase di scambio di strumenti finanziari già circolanti sul mercato secondario, invece, è individuabile: la responsabilità *ex art. 113*, comma 1 TUF da prospetto di quotazione inesatto o incompleto¹⁷; la responsabilità *ex art. 2395 CC* degli amministratori e dei sindaci dell'emittente, che diffondono informazioni idonee ad influenzare il prezzo di quotazione¹⁸; la responsabilità *ex art. 15* del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 dei

¹⁵ Si tratta, precisamente, della *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger - Musterverfahren (KapMuG)* del 16 luglio 2005, *BGBII*, 2437. Cfr. PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, cit., 132, per cui «[d]etta normativa si inserisce idealmente nel piano di promozione del mercato finanziario promosso dal governo [tedesco] nel marzo 2003 con lo scopo, tra l'altro, di migliorare il livello di tutela offerto agli investitori». Il provvedimento in esame è stato soggetto ad una prima fase di osservazione, terminata l'1 novembre 2010, cioè dopo cinque anni dalla sua approvazione; in seguito ad una revisione del testo normativo, ne è stata poi prolungata l'efficacia.

¹⁶ L'art. 94, commi 8 ss. TUF, come modificato dal d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51 e rubricato "Prospetto d'offerta", stabilisce che «8. L'emittente, l'offerente e l'eventuale garante, a seconda dei casi, nonché le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto rispondono, ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto, a meno che non provi di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso. 9. La responsabilità per informazioni false o per omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole grava sull'intermediario responsabile del collocamento, a meno che non provi di aver adottato la diligenza prevista dal comma precedente. 10. Nessuno può essere chiamato a rispondere esclusivamente in base alla nota di sintesi, comprese le eventuali traduzioni, a meno che la nota di sintesi possa risultare fuorviante, imprecisa o incoerente se letta insieme ad altre parti del prospetto. 11. Le azioni risarcitorie sono esercitate entro cinque anni dalla pubblicazione del prospetto, salvo che l'investitore provi di avere scoperto le falsità delle informazioni o le omissioni nei due anni precedenti l'esercizio dell'azione».

¹⁷ L'art. 113 TUF, rubricato "Ammissione alle negoziazioni di strumenti finanziari comunitari", al comma 1 si limita a prevedere che «prima della data stabilita per l'inizio delle negoziazioni degli strumenti finanziari comunitari in un mercato regolamentato l'emittente o la persona che chiede l'ammissione alle negoziazioni pubblica un prospetto. Si applicano gli articoli 94, commi [...] 8, 10 e 11 [...] anche nei confronti della persona che chiede l'ammissione alle negoziazioni».

¹⁸ L'art. 2395 CC, rubricato "Azione individuale del socio e del terzo", statuisce che «1. Le disposizioni dei precedenti articoli [*n.d.r.* cioè gli artt. 2392 ss. CC, inerenti la responsabilità degli amministratori nei confronti della società e dei creditori sociali] non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. 2. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo». Dal canto suo, l'art. 2407, comma 3 CC si limita a prevedere che «all'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni de[llo] articol[o] 2395». Già prima dell'introduzione dell'art. 140-*bis*, in AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari*, cit., 1351, era stato rilevato che «tra tutte le regole codicistiche e speciali, l'art. 2395 c.c. è quella che [...] trarrebbe maggior vantaggio

revisori contabili¹⁹; e, infine, la responsabilità degli analisti finanziari indipendenti e delle agenzie di *rating*.

Ponendo ciascuna di queste *causae petendi* problematiche specifiche che meritano un'analisi *ad hoc*, qui di seguito, se ne tratterà in paragrafi distinti.

IV.2.1. (segue) Responsabilità dell'intermediario da vizio di forma di accordo quadro o da suo mancato rispetto.

Al fine di garantirne la conoscibilità e la comprensione nei suoi elementi essenziali ad un destinatario medio, l'art. 23, comma 1 TUF stabilisce, a pena di nullità, che i contratti concernenti la prestazione dei servizi di investimento - fatto salvo il servizio di consulenza - e accessori siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato ai clienti²⁰. Sul punto, la giurisprudenza di merito ha precisato che la forma scritta del contratto deve essere provata mediante un documento sottoscritto da entrambe le parti, prodotto dall'intermediario, contro il quale, generalmente, esso sia fatto valere in giudizio. Poiché il contratto quadro può essere ricondotto nell'ambito del contratto di commissione *ex art. 1731 CC*, dall'accertamento della sua nullità consegue l'obbligo della restituzione della provvista fornita dal cliente ai sensi dell'art. 1719 CC e usata dall'intermediario per

dall'introduzione di una *class action*», passando da «cenerentola» a «principessa» delle azioni di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci; e che, «qualora corredata da adeguati ed incentivanti strumenti processuali, [...] più e meglio delle altre potrebbe incidere [...] sul governo societario delle società emittenti». In seguito, di parere conforme è AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 37 s.

¹⁹ L'art. 15 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, attuativo della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, stabilisce che «1. I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. 2. Il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. 3. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento».

²⁰ Nulla di diverso, del resto, prescrive la disciplina regolamentare: in ripetizione di quanto già prescritto *ex lege*, l'art. 37, comma 1 del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190 prevede che «gli intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente».

reperire sul mercato i titoli ordinati e rimetterli al cliente²¹. La nullità del contratto quadro, per mancanza di forma scritta - cui è sostanzialmente equiparata la mancata sottoscrizione da parte dell'intermediario -, pertanto, determina la nullità degli ordini di acquisto conferiti nel corso del rapporto, considerata la loro posizione di dipendenza logica e giuridica rispetto al negozio a monte²². Pur essendo improbabile che una simile violazione sia perpetrata dalla medesima banca a danno di una pluralità di clienti, in linea di principio non si vedono ostacoli alla possibilità di far valere questo difetto di forma mediante *class action* ai sensi della lett. a) dell'art. 140-*bis*, comma 2²³, qualora si agisca per ottenere la condanna alla restituzione di provviste indebitamente trattenute dall'intermediario e/o il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della perdita di opportunità²⁴.

Nel silenzio della disciplina primaria, invece, il contenuto minimo del *master agreement* deve essere desunto dalla normativa attuativa, secondo cui, in tale sede, devono essere specificati i servizi forniti e le loro caratteristiche, oltre ad essere riportate le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni²⁵. *Quid iuris*, se sussiste una difformità tra il contenuto del contratto

²¹ Cfr., *ex plurimis*, Trib. Torino, 29 settembre 2010; App. Bari, sez. I, 23 febbraio 2009, n. 167; Trib. Mantova, 22 gennaio 2007; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27 ottobre 2009, tutte in www.ilcaso.it.

²² Cfr. Trib. Ferrara, 28 gennaio 2010, in www.ilcaso.it, 2010; Trib. Milano, 11 aprile 2008, in www.ilcaso.it, 2008; Trib. Parma, 21 marzo 2007, in www.ilcaso.it, 2007; Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in www.ilcaso.it, 2005.

²³ Così GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti finanziari*, cit., 126; MARDEGAN, *L'azione di classe quale strumento di tutela degli investitori e dei clienti nei rapporti con le banche*, inedito, 2010, 9; e SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, cit., 616.

²⁴ A questo scopo, come chiarito in SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 616, il *class representative* «dovrà provare di avere effettuato investimenti tramite tale intermediario, [...] producendo in giudizio la copia degli ordini oppure degli estratti bancari dai quali risulta che sono state compiute certe operazioni di investimento in assenza del contratto quadro».

²⁵ Più precisamente l'art. 37, comma 2 del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190 prevede che «il contratto: a) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; e) indica e disciplina, nei rapporti di esecuzione degli ordini dei clienti, di ricezione e trasmissione di ordini, nonché di gestione di portafogli, la soglia delle perdite, nel caso di posizioni aperte scoperte su operazioni che possano determinare passività effettive o potenziali superiori al costo di acquisto degli strumenti finanziari, oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; f) indica le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità dell'articolo 52; g) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; h) indica le altre condizioni contrattuali

quadro e le singole operazioni di investimento? Sul punto, la Suprema Corte ha statuito che «in riferimento ai criteri di ermeneutica dei negozi giuridici, nei contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, la ricerca della comune intenzione deve essere fatta, con riferimento agli elementi essenziali del contratto (tra i quali rientra l'oggetto), soltanto attingendo alle manifestazioni di volontà contenute nel testo scritto, mentre non è consentito valutare il comportamento complessivo delle parti, anche successivo alla stipulazione del contratto, in quanto non può rilevare la formazione del consenso ove non sia incorporata nel documento. Applicando detto principio al caso di specie, deve ritenersi che, poiché per il contratto quadro con l'investitore è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è dal testo del medesimo che devono risultare i servizi forniti dall'intermediario, non potendo farsi ricorso a successivi ordini di borsa, ove questi non siano stati conferiti per iscritto ma siano stati impartiti verbalmente, per ritenere che l'oggetto negoziale abbia portata più ampia di quella evincibile dal documento e comprenda un servizio di investimento in esso non contemplato»²⁶.

Anche in questo caso siamo di fronte ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale: il singolo ordine di acquisto non può essere dichiarato nullo, ma, secondo la giurisprudenza di merito, è ammessa la domanda di risoluzione del solo contratto di acquisto del prodotto finanziario. Le Sezioni Unite, infatti, hanno chiarito che, sebbene il contratto quadro possa essere per certi aspetti accostato alla figura del mandato, «le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione»²⁷, di talché se ne deduce l'autonomia dell'ordine di acquisto rispetto al contratto quadro e l'ammissibilità di una domanda di risoluzione circoscritta al solo contratto di acquisto del prodotto finanziario²⁸.

Altra parte della giurisprudenza di merito, al contrario, ritiene che il contratto d'intermediazione finanziaria riproduca lo schema del contratto di

convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; i) indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del testo unico».

²⁶ Così Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2008, nn. 17340 e 17341, in *Foro it.*, 2009, I, 187 ss.

²⁷ Così Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

²⁸ Giunge a queste conclusioni Trib. Piacenza, 28 luglio 2009, n. 546, in *www.altalex.com*, 2010, con nota di RINALDI.

mandato senza rappresentanza, avente ad oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente ed in nome del commissionario²⁹. Secondo tale ricostruzione, i singoli ordini del cliente alla banca configurerebbero delle istruzioni del mandante al mandatario ai sensi dell'art. 1711 CC, di talché l'acquisto dello strumento finanziario da parte della banca ripete la propria causa dal contratto di negoziazione di cui costituisce adempimento. Seguendo questa impostazione, il mancato rispetto di quanto statuito tra le parti nel contratto quadro è sì fonte di responsabilità contrattuale, ma la domanda di risoluzione può riguardare unicamente il contratto d'intermediazione.

L'azione di classe astrattamente esperibile dai soggetti legittimati ai sensi della lett. a) si rivela, in realtà, di difficile applicazione, attesa ancora una volta la mancanza della pluralità di parti e dell'identità dei diritti contrattuali lesi.

IV.2.2. (segue) Responsabilità dell'intermediario per violazione dei doveri di diligenza, correttezza e trasparenza verso il cliente.

Benché i contratti - di consulenza o di investimento vero e proprio - sottoposti agli investitori siano conclusi con modalità negoziali uniformi e *standardizzate* ai sensi dell'art. 1342 CC, la fonte di responsabilità per cui si richiede il risarcimento del danno da essi conseguente riguarda, di solito, l'inosservanza degli obblighi di informazione e di consulenza predisposti a capo dell'intermediario, volti a sanare l'inevitabile asimmetria del rapporto negoziale con ciascun cliente³⁰. L'esame del corretto adempimento di queste condotte doverose da parte dei soggetti abilitati, infatti, rappresenta il tema centrale dei giudizi instaurati dai risparmiatori nell'ultimo decennio, anche a seguito dei noti

²⁹ Cfr. Trib. Torino, 05 gennaio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 926 ss., con nota di MARAGNO; Trib. Bari, 6 ottobre 2009, n. 2927, in *www.diritto.it*, 2010; Trib. Bari, 01 ottobre 2009, n. 2866, in *www.altalex.com*, 2010.

³⁰ In particolare, l'art. 21 TUF, commi 1 ed 1-bis prevede, relativamente «[al]la prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori», regole generali di diligenza, correttezza e trasparenza, volte ad assicurare il rispetto da parte degli intermediari degli obblighi di informazione attiva, che si sostanziano nel dovere di comunicare all'investitore le informazioni in loro possesso relative alle caratteristiche dei prodotti che offrono; degli obblighi di informazione passiva, che corrispondono al dovere di acquisire le suddette informazioni, nonché quelle riguardanti le caratteristiche del cliente, la sua propensione al rischio ed i possibili conflitti di interesse in cui può incappare; e, infine, degli obblighi di valutazione di adeguatezza o di appropriatezza degli strumenti finanziari, oggetto di negoziazione, rispetto al profilo di ciascun cliente. Tali condotte obbligatorie sono state meglio specificate nel Regolamento Intermediari 01 luglio 1998, n. 11522 agli artt. 26 ss., poi sostituiti dagli artt. 27 ss. dell'attuale Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190.

crack finanziari, che ne hanno coinvolti una moltitudine.

In primo luogo, l'intermediario deve ritenersi sottoposto ad un duplice obbligo di informazione attivo e passivo, per cui il dovere di informarsi, comprendente la *know your customer rule* e la *know your merchandise rule*, è l'antecedente logico ed il presupposto per il corretto adempimento del dovere di informare³¹. La giurisprudenza di merito maggioritaria ha qualificato l'infrazione della suddetta condotta doverosa come inadempimento contrattuale³²; al contrario, una netta minoranza ne ha fatta conseguire la nullità talvolta del contratto di intermediazione³³ e talaltra del mero ordine di borsa³⁴, per violazione di norme imperative *ex art.* 1418, comma 1 CC. Secondariamente, l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione del cliente impone agli intermediari di astenersi dall'effettuare, con o per conto degli investitori, «operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione», tenuto conto delle informazioni da lui raccolte e di ogni altra notizia disponibile circa i servizi prestati. Pressoché tutti i giudici sono stati concordi nel ritenere che il suo mancato rispetto determini la responsabilità contrattuale dei convenuti, pur non inficiando la validità dei contratti quadro³⁵. Il precedente regolamento intermediari specificava, poi, l'obbligo dell'intermediario di operare in maniera tale da ridurre al minimo i rischi di conflitto di interesse³⁶; l'orientamento giurisprudenziale del tutto disomogeneo ha ritenuto che la sua trasgressione comportasse: responsabilità contrattuale³⁷; nullità

³¹ Si noti che buona parte del contenzioso fra investitori e soggetti abilitati derivante dai noti *crack* finanziari di inizio millennio è riconducibile alla violazione delle disposizioni legislative e regolamentari che impongono d'informare il cliente. Per un inquadramento generale in materia, cfr., *ex multis*, D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi*, cit., 965 ss.

³² Cfr., fra gli altri, Trib. Terni, 14 luglio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1410 ss.; e Trib. Genova, 02 agosto 2005, in *Danno resp.*, 2005, 1225 ss., con nota di DELLACASA.

³³ Cfr. Trib. Trani, 30 maggio 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 324 ss., con nota di FABIANO.

³⁴ Cfr., *ex multis*, Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2096 ss.

³⁵ Cfr., tra le tante, App. Torino, 03 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2924 ss.

³⁶ Si veda a tal proposito l'art. 27 del Regolamento Intermediari 01 luglio 1998, n. 11522, che, al comma 2, stabiliva che «gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o da altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Ove l'operazione sia conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente».

³⁷ Cfr., tra le tante, Trib. Milano, 03 giugno 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008.

del contratto di investimento³⁸; o responsabilità precontrattuale³⁹. A superamento di questa incerta conseguenza sanzionatoria, l'attuale normativa secondaria si limita a prevedere l'obbligo di informare il cliente della politica seguita dall'intermediario in caso di conflitto di interessi⁴⁰.

Infine, le Sezioni Unite⁴¹, ponendosi sulla scia di un altrettanto noto precedente⁴², hanno chiarito definitivamente la natura della responsabilità discendente da questi illeciti⁴³ ed il conseguente rimedio da adottarsi, ponendo fine al contrasto giurisprudenziale sulla configurabilità della sanzione della nullità. In particolare, il *dictum* del giudice di legittimità ha operato una distinzione, fondata sul momento in cui la condotta contraria ai doveri *de quibus* sia stata attuata.

Qualora quest'ultima ricada nella fase anteriore alla sottoscrizione del contratto quadro, si ha responsabilità precontrattuale, «anche nei casi in cui la trattativa abbia portato alla conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto» sulla scorta dell'art. 1440 CC⁴⁴, cioè qualora abbia arrecato al risparmiatore quel pregiudizio che consiste nelle mancate utilità che avrebbe conseguito, qualora avesse contrattato a

³⁸ *Ex multis*, cfr. Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Contratti*, 2005, 5 ss., con nota di MAFFEIS.

³⁹ Cfr. Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1271 ss., con nota di DIMAJO.

⁴⁰ In particolare, l'art. 29, lett. i) del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190 si limita a stabilire che «gli intermediari forniscono ai clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio [...], ove siano pertinent[e]: una descrizione, anche in forma sintetica, della politica seguita dall'intermediario in materia di conflitti di interesse».

⁴¹ Trattasi delle note sentenze Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di MARICONDA; in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 133 ss., con nota di BOVE; in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di SANGIOVANNI; in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con note di ROPPO E BONACCORSI; in *Dir. giur.*, 2008, 407 ss., con nota di RUSSO; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di BRUNO E ROZZI; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2775 ss., con nota di FEBBRAJO; e in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO. Nel solco delle Sezioni Unite, da ultimo, anche Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno resp.*, 2009, 503 ss.; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti, App. Torino, 19 febbraio 2008, in *Società*, 2009, 55 ss.

⁴² Si tratta di Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, 25 ss., con nota di ROPPO E AFFERNI. Ivi, la Suprema Corte ha escluso che l'inosservanza degli obblighi di diligenza di cui all'art. 21 TUF possa dar luogo a nullità del contratto ex art. 1418, comma 1 CC, trattandosi di norme poste a tutela della fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria, il cui mancato rispetto è fonte unicamente di responsabilità precontrattuale. La nullità per contrarietà a norme imperative postula, invece, che la medesima attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, quali struttura e contenuto.

⁴³ Pur essendo state rese in materia di infrazione dei doveri di informazione, le pronunce della Suprema Corte - di cui alla precedente nota 41 - sono estensibili alle altre ipotesi previste dall'art. 21 TUF, in quanto rientranti nella più generale violazione di doveri di diligenza.

⁴⁴ Questo indirizzo giurisprudenziale, accreditato appunto da Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., ha trovato, più di recente, ulteriore conferma da parte di Cass. civ., sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss., con nota di SCODITTI.

condizioni diverse e da lui desiderate. Specialmente alla luce di quest'ultimo rilievo giurisprudenziale, qualche voce isolata ha concluso che il tenore letterale sufficientemente generico della lett. a) dell'art. 140-*bis*, comma 2 consenta di ricomprendere fra i «diritti contrattuali» anche i diritti derivanti dalla suddetta *culpa in contrahendo*⁴⁵. Qualora, invece, evitando una forzatura del dettato normativo⁴⁶, si intenda accogliere il parere della giurisprudenza maggioritaria⁴⁷ per cui «la responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c., costituisce una forma di responsabilità extra-contrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'*iter* di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua dell'art. 2043 c.c.», la *class action* potrebbe ritenersi esperibile, laddove si assimilasse l'inosservanza dell'art. 21 TUF durante le trattative ad una pratica commerciale scorretta riguardante le «omissioni di informazioni rilevanti in formulari ed in contratti *standard*»⁴⁸. Oppure qualora si qualificasse il servizio finanziario come «prodotto» e, allo stesso tempo, si estendesse il concetto di «produttore», fino a ricomprendervi anche l'intermediario in qualità di «fornitore

⁴⁵ In questi termini SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, cit., 503 s., per il quale nella formula «i diritti contrattuali [...] inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342», l'attributo «relativi» consente di ritenere riconducibili alla medesima non soltanto i diritti alle restituzioni che possano derivare, in favore dei singoli consumatori, dall'accertamento di nullità o di annullabilità di una clausola, ovvero i diritti al risarcimento del danno discendente dalla violazione di uno degli obblighi discendenti dal contratto; ma anche diritti derivanti da qualsivoglia violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative, potendo così ottenere la condanna dell'impresa del credito al risarcimento del danno commisurato al minor vantaggio derivante alla classe dal suo comportamento scorretto. Di parere conforme anche GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile*, cit., 204, il quale, dal canto suo, propone un'interpretazione estensiva della dizione «diritti contrattuali», da intendersi come “diritti aventi natura contrattuale”, se non addirittura come “diritti nei confronti della parte contrattuale”, al fine di farvi rientrare anche le pretese derivanti da inadempimenti in ambito precontrattuale.

⁴⁶ È di quest'opinione BARRA CARACCILO, *L'esperienza della class action e i diritti identici*, cit., 8, per il quale l'ipotesi esegetica esposta in GIUDICI, *op. ult. cit.*, 204, seppur orientata ad una maggior razionalizzazione del sistema, «pur sempre comporta una forzatura del dato normativo» che, nella strategia difensiva dell'impresa convenuta, potrebbe essere sollevata come eccezione pressochè inconfutabile.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Contratti*, 2004, 356 ss.; e Cass. civ., sez. III, 05 agosto 2004 n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, 669 ss. Entrambe le pronunce sono sulla necessità di applicare le regole proprie della responsabilità aquiliana riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio, qualora sussista un recesso asseritamente ingiustificato dalle trattative; ed affermano la non configurabilità della responsabilità precontrattuale tutte le volte in cui la rottura delle trattative e la mancata conclusione del contratto siano state in anticipo programmate e costituiscano, pertanto, l'esercizio di una facoltà legittima da parte del recedente.

⁴⁸ Così BELLEGGIA, *Ammissibilità dell'azione di classe a tutela dei risparmiatori*, cit., 5.

del prodotto»⁴⁹.

Invece, qualora la violazione dell'art. 21 TUF ricada nella fase successiva alla conclusione del contratto quadro, la medesima può dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto quadro, qualora riguardi operazioni di investimento o disinvestimento, esecutive del negozio così pattuito. In tal caso, quindi, sussistendo un rapporto contrattuale, sarà astrattamente esperibile l'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis, comma 2, lett. a). La maggioranza della dottrina ritiene, tuttavia, che, poiché l'intermediario, secondo la direttiva MiFID, deve procedere alla c.d. «profilatura» di ciascun suo cliente risparmiatore, il tentativo di costruire una classe intesa come una molteplicità di soggetti che versano in situazione omogenea sembra inevitabilmente destinato all'insuccesso⁵⁰. Anche se, in generale, l'identità della condotta illecita da parte dell'imprenditore «non significa, necessariamente, unicità temporale della stessa», infatti, ai fini del suo accertamento, assume rilevanza una serie di questioni di fatto e di diritto assolutamente individuali, quali il grado di esperienza⁵¹, la consistenza del portafoglio⁵² e la propensione al rischio⁵³ di ciascun

⁴⁹ *Contra* SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 504, per cui «[l]a soluzione accolta dalla disposizione poi entrata in vigore, e che può apparire a prima vista sistematicamente coerente con l'inserimento dell'azione di classe all'interno del codice del consumo, desta tuttavia qualche perplessità in termini di *deficit* di tutela quanto ad ipotesi di danno che non si prestino ad essere ricondotte all'interno della disciplina della responsabilità del produttore, trattandosi, ad esempio, di danni non derivanti da prodotti, intesi nel senso cui ha riguardo l'art. 115 cod. cons. Il problema può porsi, in concreto, [...] per le ipotesi di responsabilità derivanti dalla somministrazione di informazioni scorrette da parte dell'imprenditore prima della conclusione del contratto».

⁵⁰ Si vedano, in tal senso, BARRA CARACCIOLLO, *op. ult. cit.*, 7; CONTE, *I "diritti individuali omogenei"*, cit., 614; FIORIO, *op. ult. cit.*, 8; FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 44; GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti finanziari*, cit., 126; MAERO, *La class action nel settore bancario*, cit., 2 s.; PALISI, *Considerazioni sull'azione di classe*, cit., 529 ss.; PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, cit., 377 ss.; e RORDORF, *L'azione di classe*, cit., 185.

⁵¹ In particolare, *ex art.* 39, comma 1 lett. a) del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190, trattasi della «conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio» negoziato, che, come specificato dal successivo comma 2, sono sussumibili da «a) i tipi di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza; b) la natura, il volume e la frequenza delle operazioni su strumenti finanziari realizzate dal cliente e il periodo durante il quale queste operazioni sono state eseguite; c) il livello di istruzione, la professione o, se rilevante, la precedente professione del cliente».

⁵² In particolare, *ex art.* 39, comma 1 lett. b) del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190, trattasi della «situazione finanziaria», che, come specificato nel successivo comma 3, include «ove pertinenti, dati sulla fonte e sulla consistenza del reddito del cliente, del suo patrimonio complessivo, e dei suoi impegni finanziari», cui va raffrontata l'operazione di acquisto dello strumento finanziario.

⁵³ In particolare, *ex art.* 39, comma 1 lett. c) del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190, trattasi degli «obiettivi di investimento», che, come specificato nel successivo comma 3, include «dati sul periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, le sue

risparmiatore potenziale aderente. Allo stesso tempo, il giudice potrebbe voler verificare se la singola operazione conclusa da ogni risparmiatore *class member* sia stata sollecitata ovvero sia stata avviata di propria iniziativa, onde profilare un'eventuale concorso di colpa con l'intermediario.

Indipendentemente da queste constatazioni di fatto, poi, affinché una classe di diritti omogenei sia definita *ex art. 140-bis*, comma 2, lett. a) e, quindi, possa darsi luogo ad una pronuncia (collettiva) risarcitoria, secondo i principi generali in materia di inadempimento⁵⁴, occorre anche che il *class representative* provi l'esistenza di un nesso di causalità tra l'asserita trasgressione dell'art. 21 TUF ed il danno lamentato; questo è un nuovo profilo che, inevitabilmente, si differenzierà a seconda delle situazioni individuali di ogni virtuale *class member*. «Secondo l'insegnamento della giurisprudenza, infatti, il risarcimento non è dovuto quando l'operazione [di investimento] è coerente al profilo ed alle precedenti scelte di investimento di quel determinato cliente, dal momento che, in questi casi, si può ragionevolmente presumere che, anche in presenza di una corretta informativa, egli avrebbe ugualmente proceduto all'acquisto»⁵⁵. In questo contesto, un'azione di classe sarebbe inappropriata, poiché la valutazione dei pur importanti profili comuni a tutti i danneggiati⁵⁶ non consentirebbe l'adozione di un provvedimento di condanna, seppur generica, del convenuto⁵⁷; o, comunque, rischierebbe di imporre

preferenze in materia di rischio, il suo profilo di rischio e le finalità [puramente conservative o accrescitive] dell'investimento, ove pertinenti».

⁵⁴ In particolare, ai sensi dell'art. 1223 CC «[i]l risarcimento del danno per l'inadempimento [...] deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

⁵⁵ Così MAERO, *La class action nel settore bancario*, cit., 3. Di parere conforme anche BELLEGGIA, *Ammissibilità dell'azione di classe a tutela dei risparmiatori*, cit., 8; e FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 44

⁵⁶ Per CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria*, cit, 1124, essi sono da individuarsi non solo nella condotta lesiva posta in essere dall'intermediario nei confronti di ciascun *class member*, bensì anche nel contratto quadro e nei contratti di investimento singolarmente stipulati a valle di quest'ultimo, aventi ad oggetto un identico strumento finanziario. Si veda altresì CONTE, *I "diritti individuali omogenei"*, cit., 614. *Contra*, FIORIO, *op. ult. cit.*, 9, nota 19, per il quale «[s]e l'identità degli strumenti finanziari (o meglio l'identità dell'emittente ed il periodo entro il quale sono avvenuti gli acquisti) è di regola requisito necessario per l'identificazione di una classe omogenea, a medesime conclusioni non pare corretto pervenire con riferimento all'identità del contratto quadro. Se si escludono infatti casi peculiari nei quali il danno subito dall'investitore sia conseguenza diretta di una specifica clausola contenuta nel contratto quadro, di regola l'inadempimento ai doveri di informazione consegue alla violazione di norme di legge inderogabili che, anche se non richiamate nel contratto quadro, lo integrano necessariamente».

⁵⁷ Così FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 8. Su posizioni simili, cfr. altresì Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3424 ss., che, anche se con riferimento alla responsabilità del produttore di tabacchi, rileva che l'azione di classe è ammissibile solo in

nel giudizio collettivo la trattazione di un numero di questioni individuali così elevato da snaturarne la natura, la funzione e l'efficacia⁵⁸. Ecco perché, già in fase di *certification*, il suddetto contenzioso finanziario di massa è da ritenersi inammissibile per carenza di omogeneità nell'*an* e nel *quantum* dell'illecito contestata.

Pur nel silenzio del dettato normativo, l'unica soluzione volta a superare questo *impasse* processuale può essere l'assunzione di un ruolo di attiva e dinamica interpretazione attuativa dell'art. 140-*bis* da parte dei Tribunali regionali competenti: gli stessi dovrebbero «procedere ad una “suddivisione” della classe, eventualmente emettendo nel corso del giudizio sentenze non definitive di condanna a favore dei sotto-insiemi di aderenti, per i quali la decisione nel merito sia ormai matura»⁵⁹. È sottointeso, comunque, che questi sotto-gruppi di risparmiatori lesi siano titolari di situazioni giuridiche soggettive «a loro volta omogenee e suscettibili di tipizzazione precisa *ex ante*, ai fini della quantificazione del danno»⁶⁰. Qualora, tuttavia, queste micro aggregazioni si formino in relazione ad una o più questioni del tutto aliene rispetto al proponente, la loro rappresentatività entra in crisi; un ipotizzabile correttivo potrebbe essere l'elezione d'ufficio di un consumatore aderente, la cui pretesa si connoti per il tratto semi-

quelle situazioni in cui possa basarsi su accertamenti comuni alla classe e quando le questioni personali del *class representative* - e, implicitamente, anche di ciascun potenziale aderente - siano inesistenti o marginali. In questo senso anche MENCHINI, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1428.

⁵⁸ *Contra*, BARRA CARACCILO, *L'esperienza delle class action e i diritti identici*, cit., 5 ss., spec. 7, che pare ritenere ammissibile il ricorso all'azione di classe nei casi in cui l'intermediario finanziario suggerisca sistematicamente lo stesso tipo di investimenti inadeguati. In GUERNELLI, *Class action e competenza antitrust*, in *Dir. ind.*, 2010, 251, invece, è individuata un'omogeneità di contenuto nelle «fattispecie di omessa o non corretta informazione sulla natura o rischiosità dell'investimento o del prodotto finanziario».

⁵⁹ Così CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 214, nota 6. In FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis*, cit., 523, si sostiene la possibilità di suddivisione della classe in sottoclassi in virtù del comma 6 dell'art. 140-*bis*. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo*, cit., 381, invece, domandandosi se debba considerarsi «la “classe” come una categoria unitaria, o si possono distinguere sotto-gruppi [...] di diritti appartenenti ai soggetti inclusi nella “classe” e protetti da una definizione ampia di essa», conclude che, qualora si aderisca alla prima tesi, la formazione di sub-classi separate implichi la trattazione in cause collettive distinte, mentre, nel secondo caso, si avrà un unico contenzioso. Cfr. altresì nota 86 del § II.4. *Contra*, non favorevole alla possibilità di suddividere la classe in plurime sotto-classi «in assenza di un preciso richiamo della normativa, nonché per effetto del vincolo al *petitum* nel sistema processuale italiano», si mostra CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria*, cit., 1123.

⁶⁰ Così suggerisce LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 247. Cfr. altresì CONTE, *I “diritti individuali omogenei”*, cit., 645.

comune, quale *sub-class representative*, in applicazione analogica degli artt. 78 ss. CPC⁶¹.

IV.2.3. (segue) Responsabilità dell'intermediario da rivendita al consumatore di prodotti finanziari riservati agli investitori istituzionali.

Una trattazione più lineare in sede di *class action* è consentita, invece, per la controversia instaurabile dal cliente consumatore, qualora un intermediario abbia sistematicamente venduto ad una serie di investitori *retail*, nonché allo stesso attore, titoli ad alto rischio, oggetto di operazioni di collocamento riservato.

Allo scopo di impedire il verificarsi di episodi analoghi ai *crack* finanziari di inizio millennio⁶², infatti, l'art. 100-*bis* TUF, con riferimento a quei prodotti finanziari legittimamente immessi sul mercato senza pubblicazione del prospetto, perché destinati ad investitori istituzionali, configura la loro rivendita a soggetti terzi non qualificati alla stregua di autonoma «offerta al pubblico», come tale soggetta all'obbligo di preventiva pubblicazione e consegna del prospetto informativa, volto al formarsi di un adeguato giudizio sull'emittente e sullo stato di solvibilità dello stesso⁶³. Se questa condotta pre-negoziale non sia adempiuta dall'intermediario finanziario, l'eventuale «acquirente che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale» potrà far valere la nullità del contratto di acquisto e, nel caso in cui abbia subito una perdita per effetto della violazione in esame, potrà agire in giudizio, domandando la restituzione del capitale investito e/o il risarcimento del danno⁶⁴.

⁶¹ Così, DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 287 ss., ad avviso del quale, nel silenzio della legge, potrebbe anche ritenersi che quest'ultimo problema non si ponga, quando l'azione sia stata proposta con mandato ad una delle associazioni rappresentative a livello nazionale.

⁶² Si veda in proposito la nota 16 del § I.1.

⁶³ Come riscritti dalla novella di cui all'art. 3 del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, poi ritoccati dall'art. 3 del d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51 - che ha sostituito l'intero Capo I del Titolo II TUF, artt. da 93-*bis* a 101 - e, infine, modificati dall'art. 15 del d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, i commi 1 e 2 dell'art. 100-*bis* TUF stabiliscono che «1. [I]a successiva rivendita di prodotti finanziari che hanno costituito oggetto di un'offerta al pubblico esente dall'obbligo di pubblicare un prospetto costituisce ad ogni effetto una distinta e autonoma offerta al pubblico [...]. 2. Si realizza una offerta al pubblico anche qualora i prodotti finanziari che abbiano costituito oggetto in Italia o all'estero di un collocamento riservato a investitori qualificati siano, nei dodici mesi successivi, sistematicamente rivenduti a soggetti diversi da investitori qualificati e tale rivendita non ricada in alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'articolo 100».

⁶⁴ Il successivo e più significativo comma 3 dell'art. 100-*bis* TUF statuisce che «nell'ipotesi di cui al comma 2, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del

In questo caso, la responsabilità dell'intermediario non discende dall'aver violato gli obblighi comportamentali verso il singolo investitore, ma dall'aver congegnato un'operazione contraria al divieto di vendere ai consumatori strumenti finanziari originariamente destinati agli investitori professionali. È evidente che, sotto questo profilo, non rileva per nulla la situazione in cui versi il singolo consumatore all'atto dell'acquisto, ma esclusivamente il fatto che la circolazione dei titoli sia stata strutturata con le modalità che la norma intende prevenire⁶⁵. Ai fini dell'accoglimento della domanda sarà, quindi, sufficiente dimostrare il concorso di due elementi di fatto, quali la sistematicità della rivendita e la brevità dell'intervallo temporale - di massimo dodici mesi - tra questa e la data del primo collocamento riservato, per vedere realizzata la condizione oggettiva di per sé idonea a determinare la nullità dell'operazione. Trattasi, pertanto, di una fattispecie che può rappresentare un terreno più idoneo per l'attivazione di una *class action*, poiché i diritti restitutori e/o risarcitori azionabili dai singoli si innestano tutti su un'identica situazione caratterizzata dai medesimi fatti costitutivi, rispetto ai quali perdono qualsiasi rilevanza gli elementi di differenziazione che, pure, potrebbero rinvenirsi tra le posizioni dei singoli potenziali aderenti.

IV.2.4. (segue) Responsabilità da prospetto ex art. 94 TUF.

L'attivazione della *complex litigation* nell'ambito dell'appello al pubblico risparmio è, a primo acchito, di più facile approccio rispetto a quella inerente la negoziazione di strumenti finanziari, poiché la responsabilità del convenuto a giudizio deriva dal mancato rispetto delle modalità *standard* d'offerta *ad incertam*

contratto e i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari rispondono del danno arrecato [...]». Precetto, quest'ultimo, quanto mai significativo, appunto perché, nel definire l'investitore non qualificato, destinatario di tale speciale forma di protezione, in termini in tutto e per tutto coincidenti con la definizione normativamente rilevante di consumatore, sembra confermare la sostanziale contiguità di valori e di interessi protetti, quando la controparte dell'impresa sia un soggetto non qualificato, tanto che si tratti di prodotti finanziari, quanto che si tratti di prodotti di consumo.

⁶⁵ In tal senso, FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 10 s., afferma che la rivendita illegittima, quale accertamento comune a tutta la classe, «preval[e] indubbiamente sulle questioni individuali (che possono sostanzialmente identificarsi nella quantificazione delle singole pretese restitutorie o risarcitorie), in quanto tra i diritti dei danneggiati è ravvisabile l'identità della *causa petendi*, ovvero il comportamento illecito imputabile al convenuto»; e FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 45, ribadiscono che «si tratterebbe [...] di un esercizio da parte di una classe di soggetti che chiede la restituzione del denaro investito (male) sulla base della medesima violazione di legge». Di parere conforme, seppur più diffuso, cfr. altresì MAERO, *La class action nel settore bancario*, cit., 5 ss.

personam, in assenza di un qualsivoglia contatto individuale con essi e, quindi, indipendentemente dalle loro qualità personali⁶⁶. Tuttavia, poiché, come constatabile oltreoceano, «il risarcimento del danno nelle [*securities*] *class actions* è efficiente [solo] nelle ipotesi di illeciti bancari e finanziari, dove il danno è facilmente calcolabile e omogeneo»⁶⁷; e, in conseguenza del drastico ridimensionamento dell'oggetto dell'azione di classe italiana da danno aquiliano, quale categoria giuridica cui sono prevalentemente riconducibili i casi di specie, ancora una volta è interessante riportare quali siano le proposte interpretative finora avanzate in merito ai nodi da risolvere.

Innanzitutto, taluno evidenzia che «è controverso se il rapporto tra le società emittenti e gli acquirenti di strumenti finanziari rientri nell'ambito di applicazione della disciplina. [...] [I]n queste ipotesi [infatti] non appare corretto configurare la sussistenza di una situazione di consumo di un bene o di utenza di un servizio»⁶⁸, giacché chi acquista le azioni di una società entra a far parte del contratto e della compagine sociale e non si colloca, pertanto, su di un piano distinto rispetto a quello dell'impresa. Questa confutazione è, in ogni caso, da superarsi, omettendo di considerare sia che, essendo l'emittente una persona giuridica, l'azionista è "altro" rispetto ad essa; sia, più in generale, che nel *genus* «investitore», oltre all'acquirente di titoli azionari, rientrano anche quelli di tutti gli strumenti finanziari elencati nel TUF che, perciò, non sono soci⁶⁹.

Poiché la tutela cumulativa dei consumatori danneggiati può avvenire esclusivamente qualora il *dictum* del giudice non dipenda dalla valutazione di circostanze personali, ma soltanto da quella di problematiche comuni⁷⁰, d'altro

⁶⁶ Così MOTTO, in MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe*, cit., 1443, nota 62.

⁶⁷ Così BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, cit., 20. L'autore, più nello specifico, si riferisce al contenzioso risarcitorio collettivo tra i consumatori e lo stato argentino, cui era addebitabile il *default* dei rispettivi *bonds*, affermando che, in tal caso, sono state individuate otto specifiche classi, a seconda della data in cui questi ultimi erano stati acquistati - tenendo conto che, negli anni precedenti il suo tracollo finanziario, l'ente istituzionale convenuto aveva effettuato decine e decine di emissioni obbligazionarie, con tassi, rendimenti e prospetti diversi -; o del soggetto collocatore che li aveva venduti.

⁶⁸ Così MICOSSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe*, cit., 10. In altre parole, secondo questa cauta posizione dottrinale, i rapporti intercorrenti tra società ed investitori non sarebbero assimilabili a quei «processi di acquisto e consumo» *ex art. 1* del codice del consumo che intercorrono tra imprese e consumatori e che, presupponendo un rapporto di scambio, richiedono alterità soggettiva tra le parti negoziali.

⁶⁹ Così BELLEGGIA, *Ammissibilità dell'azione di classe a tutela dei risparmiatori*, cit., 6.

⁷⁰ Si veda in proposito la nota 75 del § II.4.

canto, il riferimento *ex* comma 8 dell'art. 94 TUF al «ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto», a prima vista, introduce un elemento tale da rendere complessa la costruzione di una classe omogenea. Tuttavia, secondo autorevole dottrina⁷¹, tale difficoltà può essere superata, considerando l'orientamento della Suprema Corte che valuta questo dato normativo alla stregua di una «presunzione di rilevanza della distorsione informativa», valida indistintamente per ogni investitore e, quindi, anche per i consumatori potenziali aderenti⁷².

Raggiato questo impedimento semantico, al fine di inquadrare questo illecito finanziario in una delle fattispecie *ex* art. 140-*bis*, comma 2, giova qui di seguito ricordare la diatriba esegetica sulla sua natura. La sua sanzionabilità mediante il rimedio collettivo risarcitorio, d'altronde, non può dipendere dal solo esame della novella del 2007 all'art. 94 TUF: «se infatti il termine di prescrizione quinquennale [...] rievoca una fattispecie non contrattuale, il regime probatorio che assegna al debitore l'onere di provare di aver adottato ogni diligenza per assicurare la completezza e la verità delle informazioni contenute nel prospetto è una regola propria della responsabilità contrattuale»⁷³.

Le pronunce *ante* 2007 hanno inquadrato la responsabilità da prospetto d'emissione nell'ambito della responsabilità precontrattuale⁷⁴, da intendersi quale *species* del *genus* contrattuale, soprattutto al fine di agevolare sul piano probatorio i risparmiatori insoddisfatti. In particolare, il fatto oggetto di questi *dicta* giurisprudenziali era il seguente: alcuni risparmiatori convenivano in giudizio la propria banca per essere risarciti dei danni subiti a seguito del mancato successo dell'operazione finanziaria conclusa con quest'ultima, avendo allegato di essere stati ingannati dalla prospettazione dei soli suoi aspetti vantaggiosi. Riconoscendo

⁷¹ Così ANELLI, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Società*, 2011, 430.

⁷² Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Società*, 2011, 411 ss., con nota, appunto, di ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., 414 ss.; sempre l'autore, peraltro, nella nota 104 rileva «la contraddizione insita nell'indisponibilità dell'azione di classe per gli investitori professionali, i quali - pur essendo gli unici ad effettuare scelte di investimento dopo aver esaminato il prospetto informativo - non sono consumatori o utenti ai sensi del Codice del consumo».

⁷³ Così FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario*, cit., 12.

⁷⁴ Cfr. Trib. Milano, 06 novembre 1987, in *Società*, 1988, 598 ss.; Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 532 ss.; App. Milano, 02 febbraio 1990, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 734 ss.; e Trib. Napoli, 25 settembre 2002, in *Società*, 2004, 75 ss.

le ragioni degli attori, la Corte d'appello, conformandosi alla sentenza di primo grado, concludeva che «la responsabilità da prospetto, che grava sulla banca intermediaria nel collocamento delle obbligazioni, rientra nell'area della responsabilità precontrattuale. La banca intermediaria nel collocamento delle obbligazioni, pur non essendo parte sostanziale del concludendo contratto, è destinataria del dovere precontrattuale di buona fede. La buona fede precontrattuale si sostanzia, nei confronti della banca intermediaria, nel dovere di fornire ai risparmiatori informazioni veritiere in relazione all'investimento proposto»⁷⁵.

Ispirandosi a questo minoritario orientamento giurisprudenziale, si è concluso che, poiché l'adesione all'offerta pubblica, sottoscritta dal risparmiatore e contenuta nel prospetto, equivale ad un'accettazione, quest'ultima origina un contratto *sui generis*, il cui inadempimento da parte dell'emittente - e, in via sussidiaria, da parte dell'intermediario collocatore - è sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 140-bis, comma 2, lett. a)⁷⁶. D'altro canto, una recente decisione del Tribunale di Milano, pur ritenendo che il collocatore elabora dati che servono alla formazione della volontà contrattuale, non senza qualche contraddizione, ha

⁷⁵ Così App. Milano, 02 febbraio 1990, cit. Trascurando l'orientamento prevalente - per cui cfr. la nota 25 del § IV.2.I -, pertanto, questa sentenza aderisce alla corrente minoritaria esposta in FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO E PORTALE, Torino, 1993, 302, il quale ritiene sempre sussistere un rapporto prenegoziale dell'intermediario collocatore con gli investitori che hanno fatto affidamento sulle informazioni contenute nel prospetto, fondando tale scelta sul presupposto che esso «non ha radice nel contratto successivamente concluso, bensì nella legge».

⁷⁶ In questi termini, cfr. SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, cit., 613 s. In BARRA CARACCILO, *L'esperienza della class action e i diritti identici*, cit., 6 e in GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile degli intermediari finanziari*, cit., 193 e 205, è chiarito che quest'interpretazione vale solo qualora l'emittente si sia affidato ad un consorzio di semplice garanzia o di puro collocamento e, quindi, l'intermediario che ne è responsabile si limiti ad offrire i titoli in sottoscrizione alla propria clientela. Al contrario, qualora lo *sponsor* li sottoscriva a fermo, prima di collocarli in proprio sul mercato secondario, il contratto è concluso tra l'investitore e quest'ultimo, ma, se, ad esempio, non gli è imputabile alcuna informazione contenuta nel prospetto d'offerta, certamente non può essere reputato responsabile. Conclude, pertanto, GIUDICI, *op. ult. cit.*, 205, che «questo risultato [esegetico] appare poco razionale e, soprattutto, [...] capace di influenzare, alterandolo, il modo in cui emittenti ed intermediari organizzano il ruolo e l'attività del consorzio di collocamento»; della stessa opinione era stato, prima di lui, AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 43, per il quale, appunto, «è difficile accettare come razionale, equo ed efficiente che si possa agevolmente sfuggire dal campo di applicazione dell'azione collettiva risarcitoria (fondata sulla responsabilità contrattuale dei «professionisti») attraverso meri *escamotages* formali che evitino il ricorso a moduli o formulari». *Contra*, in PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca Borsa*, 1982, I, 3 ss., si riteneva che l'intermediario sarebbe stato responsabile in via precontrattuale proprio solo nell'ipotesi di contatti diretti pre-negoziali con l'investitore e, allo stesso tempo, qualora avesse sottoscritto il prospetto di emissione.

inquadrate la responsabilità dello *sponsor* nell'ambito della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente⁷⁷.

Un'altra interessante impostazione dottrinale, invece, considera la diffusione di una qualsivoglia informazione economica fuorviante quale inadempimento di una c.d. «obbligazione senza prestazione» ex art. 1173 CC⁷⁸, idonea a trasformare il c.d. «contatto sociale» tra il soggetto qualificato ed il destinatario inesperto in un vero e proprio rapporto obbligatorio ex art. 1218 CC⁷⁹, fondato sull'affidamento incolpevole riposto da quest'ultimo nella regolarità dell'informazione resagli, al fine di proteggere la sua sfera giuridica e/o patrimoniale⁸⁰. In quest'ottica, quindi, «il rapporto sottostante all'investimento si fonda [...] proprio sulle informazioni contenute nel prospetto e la responsabilità di coloro che lo hanno elaborato deriva dalla difformità tra il valore effettivo del bene venduto e quello che appariva giustificato sulla base del prospetto», senza distinguere il ruolo ricoperto da chi - come l'emittente o l'offerente - è successivamente risultato parte del rapporto negoziale, pur senza aver avuto di

⁷⁷ Trattasi di Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008, che, in un giudizio litisconsortile promosso da oltre mille investitori danneggiati, ha affermato la responsabilità contrattuale del presidente del consiglio di amministrazione, della società di revisione e dello *sponsor* del collocamento - oltre alla responsabilità extra-contrattuale della Consob, la quale è l'unico soggetto condannato che non ha assunto preventivamente alcuna obbligazione - per la pubblicazione del prospetto di quotazione della società Freedomland contenente informazioni false.

⁷⁸ Cfr. CASTRONOVO, *Il ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679, quale impostazione argomentativa diretta essenzialmente ad alleviare gli oneri probatori del risparmiatore danneggiato, altrimenti applicabili ex art. 1223 CC per gli illeciti aquiliani.

⁷⁹ Tali principi sono stati applicati dalla giurisprudenza in diverse occasioni in cui la responsabilità contrattuale è stata ricollegata al c.d. «contatto sociale»: con riferimento alla responsabilità medica, cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.; Id., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479 ss.; e Id., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarcimento*, 2006, 6, 64 ss. In merito alla responsabilità del sorvegliante dell'incapace, invece, cfr. Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 491 ss.; infine, con riguardo al ruolo rivestito dall'amministratore di fatto, cfr. Cass. civ., sez. I, 06 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, 1396 ss. Da ultimo, Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 567 ss. ha affermato la natura contrattuale della responsabilità della banca per violazione nei confronti dei terzi dei doveri professionali di protezione derivanti dalle norme che disciplinano l'incasso degli assegni muniti della clausola di non trasferibilità, precisando che: «è opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte».

⁸⁰ Come già rilevato in precedenza, infatti, proprio l'art. 94, comma 8 TUF sottolinea come momento centrale della fattispecie il «ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto» da parte degli investitori.

regola alcun contatto informativo diretto con l'investitore; e chi, invece, sempre in assenza di contatti diretti, abbia consentito che tale rapporto potesse sorgere, proprio in considerazione del clima di fiducia che la sua reputazione professionale ha diffuso presso gli investitori.

Assolutamente sovversiva rispetto alla linea esegetica finora riportata appare, invece, la prima pronuncia in materia della Cassazione, la quale ha chiarito che, poiché l'obbligo di corretta redazione del prospetto corredante l'offerta è volto a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi una conoscenza che gli consenta di effettuare una scelta consapevole, il suo mancato rispetto configura un'ipotesi di violazione del principio del *neminem ledere*, che obbliga il responsabile a rispondere del danno subito da altri secondo lo schema della responsabilità extra-contrattuale⁸¹; di conseguenza, la responsabilità sussiste non solo quando il responsabile abbia agito con dolo, ma anche quando la sua condotta sia il frutto di colpa per aver agito con negligenza o imperizia.

In quest'ottica, sebbene vi fosse qualche perplessità⁸², la dottrina formatasi sull'originario art. 140-*bis*, conformandosi al novellato art. 94 TUF, ha ritenuto che i danni derivanti dalla falsità del prospetto potessero essere chiesti anche con un'azione collettiva, in virtù del generico riferimento all'illecito aquiliano⁸³. Il

⁸¹ Trattasi di Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, cit., la quale ha ulteriormente argomentato, affermando che «nulla vieta di ricondurre la violazione dell'obbligo di [corretta] redazione del prospetto ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale, ove per ciò s'intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale; ma resta il fatto che si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificamente allude il citato art. 1337, al cui disposto, pertanto, è lecito far riferimento, in situazioni come quella in esame, solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari sul mercato».

⁸² Cfr. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *www.judicium.it*, 2008. L'Autore segnalava che, nelle cause risarcitorie o restitutorie che riguardano soggetti investitori o risparmiatori rispetto alla collocazione sul mercato di titoli azionari o obbligazionari, «a monte dell'emersione della lesione della posizione del soggetto, sta un contratto di investimento, un rapporto negoziale tra l'investitore (risparmiatore) e l'ente (banca, società quotata, società di intermediazione, gestore del fondo patrimoniale), per cui è difficile far rientrare le relative controversie tra quelle conseguenti ad atti illeciti extracontrattuali *sub 2*). Ma non sono neppure controversie inquadrabili *sub 1*), tra quelle relative a clausole illecite in condizioni generali di contratto *ex art. 1342 CC*: si tratta infatti di danni causati dai prodotti finanziari oggetto del contratto, o dalla restituzione di somme indebitamente corrisposte o percepite in occasione dell'investimento in azioni, obbligazioni o *bonds*, e non dalla vessatorietà di clausole del contratto di investimento medesimo»; si consigliava quindi di forzare un po' la lettera della previsione, facendo rientrare queste ipotesi nelle «pratiche commerciali scorrette».

⁸³ Cfr. in tal senso AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria*, cit., 43, nonché GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 241 s., i quali ritenevano che non fosse ostativa neppure un'eventuale qualificazione in termini di

medesimo autore, d'altronde, nonostante il netto ridimensionamento del suo perimetro post 2009, ha ulteriormente rimarcato che «opportunità di natura sistematica suggeriscono di trattare l'art. 94, comma 8 e l'art. 113 TUF come un'unica fonte di responsabilità, che dà luogo ad uno stesso tipo di responsabilità, in linea del resto con la tradizione dei paesi da cui queste discipline provengono, dove è pacifico che la responsabilità da informazione inesatta sul mercato finanziario ha natura di responsabilità per torto»⁸⁴. Salvo che non si accolga l'estensione del concetto di produttore ex art. 3, lett. e) del codice del consumo, fino a ricomprendervi queste due figure convenibili a giudizio⁸⁵, perciò, l'unica strada per rendere esperibile l'azione di classe per ogni ipotesi di responsabilità da prospetto sembra essere quella di ricondurre nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette la diffusione di notizie false⁸⁶, così da poter utilizzare la tutela prevista dalla lett. c), comma 2, al fine di ristorare il pregiudizio subito dai consumatori. Infatti, poiché lo strumento finanziario pare sussumibile nella più ampia

responsabilità contrattuale, qualora il risparmiatore avesse firmato una scheda di adesione al prospetto di emissione, integrando così il requisito della conclusione del rapporto ex art. 1342 CC.

⁸⁴ Cfr. GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., 197.

⁸⁵ Così SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, cit., 613 s., che, riferendosi all'art. 140-bis, comma 2, lett. b) del codice del consumo, qualifica: lo strumento finanziario come «prodotto»; l'emittente come «fabbricante del bene» titolo obbligazionario o azionario, venduto da altri sul mercato; e i soggetti abilitati al collocamento quali «fornitore di servizio». In precedenza, era della medesima posizione BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contatto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto impr.*, 1991, 539 ss., il quale - dichiarando espressamente la scelta di sperimentare tesi innovatrici - non ha escluso che l'informazione inesatta potesse considerarsi un «prodotto difettoso» e che, conseguentemente, chi avesse fatto affidamento su tale informazione potesse invocare la tutela prevista dalla relativa disciplina. *Contra*, ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., 430, nota 106; nonché GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., 201, per il quale se, da un lato, «la responsabilità da informazione inesatta non è certo una responsabilità da difetto del prodotto», poiché «il prodotto finanziario «funziona» correttamente: sono le informazioni ad esso relativo che [...] non consentono all'investitore di percepire adeguatamente il rischio e, quindi, il valore»; dall'altro, è evidente che «il concetto di prodotto utilizzato nel codice del consumo non sia riferibile ai prodotti finanziari», considerato che destinazione al consumatore e utilizzazione da parte di quest'ultimo non sono qualità ad esso riferibili. *Contra* MICOSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe*, cit., 15 s., secondo il quale, poiché la definizione di prodotto ex art. 3, lett. e) del codice del consumo era originariamente contenuta nella disciplina sulla sicurezza dei prodotti, che, conformemente al considerando n. 1 della direttiva 01/95/CE a monte, non si applicava ai servizi, «a meno di forzare il dato letterale dell'articolo 140-bis con un'interpretazione estensiva, sembra da escludere che gli utenti di un servizio possano avvalersi dell'azione di classe nelle ipotesi di illecito extracontrattuale commesso dal relativo fornitore, ferma restando la possibilità di esercitare l'azione di classe nelle ipotesi di responsabilità contrattuale del prestatore di servizi».

⁸⁶ In tal senso, ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., 20; e FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana*, cit., 45.

definizione speciale di prodotto nell'art. 18, lett. c) del codice del consumo⁸⁷, la diffusione di un prospetto falso e l'effetto che tale attività ha⁸⁸ sulle scelte compiute dall'investitore sono riconducibili in modo agevole e non forzato alle definizioni *ex art. 18, lett. d) ed e)*: «si sarebbe dinanzi ad una condotta attiva od omissiva - e certamente ad una comunicazione - posta in essere da un professionista nei confronti di un consumatore idonea ad alterare sensibilmente la capacità di quest'ultimo di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁸⁹.

Al contrario, chi consideri la disciplina sugli obblighi informativi e la responsabilità da prospetto contenuta nel TUF di natura speciale e completa e, di conseguenza, sottratta alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁹⁰, ritiene che questa sia « un'operazione interpretativa di dubbia validità, dal momento che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non sembra possa trovare applicazione al settore dei servizi finanziari, in considerazione della specialità della materia, nella quale operano specifiche disposizioni in tema di obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei prodotti finanziari»⁹¹.

IV.3. Coordinamento con i cumulabili o alternativi meccanismi di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

Dando per scontata la cumulabilità del procedimento di conciliazione o arbitrato presso la Consob con l'azione di classe⁹², innanzitutto bisogna comprendere quali siano gli illeciti finanziari annoverabili nell'ambito dell'inadempimento degli «obblighi di informazione, correttezza e trasparenza»⁹³ in capo all'intermediario finanziario. In primo luogo, poiché siffatto *thema decidendum* è definito previo esclusivo riferimento alla natura degli obblighi violati - e non pure alla natura dei rapporti contrattuali con gli investitori -, sembrerebbe

⁸⁷ Tale norma definisce prodotto «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni».

⁸⁸ Almeno in via presuntiva, secondo il *dictum* della Suprema Corte.

⁸⁹ Così ANELLI, *La responsabilità da prospetto*, cit., 20.

⁹⁰ Così FIORUZZI, DE NARDIS E PUPPIENI, *Prospetto d'offerta*, in FRATINI E GASPARRI (A CURA DI), *Il Testo Unico della Finanza*, cit., 1087; e, similmente, GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile degli intermediari finanziari*, cit., 194 ss.

⁹¹ Così MARDEGAN, *L'azione di classe*, cit., 4.

⁹² Si rinvia in proposito alla nota 33 del § II.3.

⁹³ Così art. 2, comma 1 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179; nonché art. 4, comma 1 del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190.

che vi rientrino non solo le controversie in tema di servizi d'investimento, ma quelle derivanti dall'attività di gestione collettiva del risparmio⁹⁴. Per quanto concerne, invece, il contenzioso circa la *culpa in contrahendo* dell'intermediario, ancora una volta, l'alternativa è qualificare tale forma di responsabilità come contrattuale o meno: nel primo caso l'accesso ai meccanismi ADR istituiti presso la Consob sarebbe ammesso, mentre nel secondo caso no. Infine, è da porsi il quesito se siano o meno escluse dall'oggetto del rimedio stragiudiziale le liti circa la violazione dell'obbligo di diligenza dell'intermediario. Pare doversi concludere che non siano devolvibili in tale sede le liti aventi a oggetto la violazione di obblighi derivanti dal dovere di diligenza diversi da quelli d'informazione: se l'art. 21 TUF stabilisce i criteri generali cui deve ispirarsi la condotta dell'intermediario, l'art. 2, comma 1 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179 fuoriesce dal piano delle clausole generali per delimitare gli obblighi in cui tali clausole possono specificarsi. L'obbligo d'informazione, quindi, costituisce una specificazione del più generale obbligo di diligenza, ma non esaurisce l'intera gamma dei doveri di diligenza previsti dalla normativa primaria e secondaria vigente⁹⁵. D'altra parte, poichè la diligenza non svolge una funzione integrativa del contenuto della prestazione, ma assume rilievo esclusivamente sul piano della responsabilità, l'inserimento nell'art. 2, comma 1 degli «obblighi di informazione» accanto a quelli «di correttezza e trasparenza» potrebbe essere spiegato con la *voluntas legis* di identificare le controversie conciliabili e arbitrabili solo in quelle nascenti dalla violazione degli obblighi che concorrono ad integrare il contenuto della prestazione dovuta.

Così circoscritto l'oggetto dell'ADR, secondo un'autorevole ricostruzione esegetica volta a sanare il mancato raccordo *ex lege* con l'art. 140-*bis*⁹⁶, il carattere facoltativo dei procedimenti stragiudiziali gestiti dalla Consob⁹⁷ fa sì che il risparmiatore possa optare, anziché per uno di essi, per la promozione o l'adesione ad un'azione di classe volta a dar voce ad una massa di diritti omogenei rispetto al

⁹⁴ D'altra parte, a questa particolare tipologia di controversie fa espresso riferimento anche l'art. 6 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179 nel disciplinare l'efficacia delle clausole compromissorie.

⁹⁵ Oltre agli obblighi informativi, infatti, dalla diligenza dell'intermediario discendono anche altri obblighi di comportamento quali: l'eseguire con tempestività le disposizioni impartite dagli investitori; o il realizzare servizi di investimento che garantiscono i migliori risultati possibili.

⁹⁶ Trattasi delle brillanti osservazioni di ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 227 ss.

⁹⁷ Cfr. in proposito la nota 47 del § I.2.

suo. Per quanto concerne l'ipotesi conciliativa, l'aderente non dovrebbe avervi interesse, salvo che il processo di classe si concluda con una *absolutio ab instantia* o una transazione non consentita⁹⁸. Ad ogni modo, il giudizio di classe non sarebbe influenzato dalla pendenza della procedura dinanzi la Camera di conciliazione della Consob, se non quando essa desse esito positivo, provocando così la parziale cessazione della materia del contendere rispetto al paciscente.

Al contrario, dal momento in cui l'investitore divenga parte - anche solo in senso sostanziale - del processo risarcitorio collettivo non potrà più, in forza dell'eventuale clausola compromissoria contenuta nell'accordo quadro in merito ad eventuali controversie circa la conclusione e l'esecuzione dei singoli contratti di investimento⁹⁹, attivare la procedura arbitrale amministrata dalla Consob, in quanto ai sensi del comma 3 dell'art. 140-*bis*, l'adesione all'azione di classe implica rinuncia ad ogni azione risarcitoria/restitutoria fondata sulla stessa *causa petendi*. Nel compiere questa decisione, come affermato da attenta dottrina¹⁰⁰, il risparmiatore danneggiato deve valutare i pro e i contro: da un lato, è vero che, se in sede arbitrale deve essere fornita la dimostrazione del *quantum* risarcitorio oggetto della sua domanda individuale, nel giudizio di classe, destinato a sfociare in una condanna fissata secondo criteri omogenei di calcolo - che prescindono dall'attuazione puntuale delle singole pretese risarcitorie aggregate nella classe di riferimento -, egli può avvantaggiarsi delle agevolazioni nell'assolvimento dell'onere della prova in merito all'*an* e al *quantum debeatur*; dall'altro, tuttavia, il risarcimento patrimoniale ottenibile mediante la procedura arbitrale "semplificata", seppur, spesso, non equivalente a quello ricavabile al termine del giudizio collettivo, avviene con tempistiche più brevi e a costi di attivazione molto inferiori.

Molti dubbi si pongono, poi, per l'ipotesi in cui sia la banca ad avviare il procedimento arbitrale contro l'investitore¹⁰¹: poiché non pare possa trovare

⁹⁸ Cfr. art. 140-*bis*, comma 15 del codice del consumo.

⁹⁹ Nello specifico, l'art. 37, comma 2, lett. i) del Regolamento Intermediari 29 ottobre 2007, n. 16190 dispone che il contratto quadro «indica le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-*ter* del Testo Unico [della Finanza]».

¹⁰⁰ Trattasi di CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria*, cit., 1133 ss.

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179, come già ricordato nella nota 48 del § I.2., l'investitore può eccepire, dinanzi all'arbitro, che la clausola compromissoria non gli è opponibile fino a che l'intermediario non dimostri che è stata oggetto di una trattativa specifica. Qualora simile *probatio diabolica* fosse, però, fornita, rimane da stabilire in che modo avvenga il coordinamento tra l'arbitrato e il processo di classe.

applicazione il comma 3 dell'art. 140-*bis* cod. cons., che sancisce sostanzialmente la prevalenza del giudizio collettivo, «in quanto il procedimento arbitrale instaurato non è frutto dell'esercizio dell'azione risarcitoria dell'investitore, bensì dell'iniziativa dell'intermediario (in accertamento negativo del proprio obbligo)», il problema dovrebbe trovare soluzione nell'art. 819-*ter* CPC¹⁰².

Ancora più problematica si rivela la situazione in cui l'investitore abbia già innescato i congegni amministrati dalla Consob nel momento in cui decide di aderire al processo risarcitorio collettivo. In tale contesto, sono distinguibili tre diverse ipotesi. Per quanto concerne la conciliazione, pare fatta salva la possibilità per il singolo investitore di partecipare al processo di classe, almeno sino a quando non sia sottoscritto il verbale che attesta la composizione della sua lite. Allo stesso tempo, qualora sia stato avviato un arbitrato prima di aderire ad un'azione di classe intentata per ottenere la liquidazione di un *surplus* risarcitorio rispetto all'indennizzo mero, *nulla quaestio*¹⁰³, anche se, probabilmente, il giudizio di massa sarà sospeso in attesa che la camera arbitrale stabilisca l'indennizzo dovuto¹⁰⁴. È, invece, assai dubbia la regolamentazione del concorso dei procedimenti arbitrale e collettivo, allorché quest'ultimo intenda ottenere il risarcimento dell'intero danno, comprensivo, perciò, della pretesa già devoluta ad altra sede; parte della dottrina ritiene che «l'arbitrato dovrà essere chiuso in rito, salvo poi divenire riattivabile nei casi del comma 15»¹⁰⁵.

¹⁰² Così ZUFFI, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 228, nota 21, la quale, in ogni caso, apostrofa come l'art. 819-*ter* CPC sia «norma di difficile lettura, in quanto sembra riferirsi alla sola ipotesi di previa instaurazione del processo statale: non è chiaro, infatti, se essa intenda affermare in ogni caso l'esclusiva competenza degli arbitri a statuire sulla validità ed efficacia della convenzione compromissoria ovvero se essa ammetta il parallelo svolgersi del giudizio ordinario e di quello arbitrale e laddove quest'ultimo sia stato instaurato per secondo».

¹⁰³ *Ex* art. 3, comma 3 del d.lgs. 08 ottobre 2007, n. 179, infatti, è stabilito espressamente che «[è] fatto salvo il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito» in sede arbitrale ai sensi del precedente art. 3, comma 1.

¹⁰⁴ A tali fini, interpretando latamente il comma 6 dell'art. 140-*bis*, come afferma ZUFFI, in *op. ult. cit.*, 229, nota 23, si potrebbe dire che il procedimento arbitrale amministrato dalla Consob costituisca una sorta di «istruttoria davanti ad un'autorità indipendente».

¹⁰⁵ Così ancora ZUFFI, in *op. ult. cit.*, 229. Ad una simile interpretazione, d'altra parte, è pervenuta la stessa Banca d'Italia, riferendosi all'analoga ipotesi dell'adesione di un consumatore correntista ad una lite risarcitoria di massa, nelle more di un procedimento ABF da lui precedentemente instaurato per il medesimo diritto di credito: cfr. pag 7 delle «Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari» adottate dalla Banca d'Italia in data 13 novembre 2012 e reperibili in www.bancaditalia.it.

CONCLUSIONI

Nell'introdurre uno strumento rivoluzionario, ma, sin dagli albori, vissuto più come una minaccia per le imprese che non un'opportunità di tutela per il cittadino, il legislatore del 2009 ha circondato l'art. 140-*bis* del codice del consumo di cautele e limiti tali da depotenziarne l'impatto pratico, fino a renderlo pressoché innocuo, non si sa se per imperizia o per precisa volontà. Fiaccate dalle molte asperità di un *iter* procedurale complicato e, a tratti, punitivo, la veemente esultanza di gruppi di consumatori offesi, che tessevano le lodi del neonato rimedio, si è così spenta lentamente, sfociando in un esiguissimo numero di istanze collettive risarcitorie effettivamente depositate nei fori competenti. Specializzare un'azione giudiziale, riducendone drasticamente l'ambito d'operatività, d'altra parte, significa alimentare il contenzioso sui suoi presupposti e la parallela *querelle* sull'ammissibilità del suo impiego. Tendenza sapienziale e giurisprudenziale che, se «può allettare i giuristi vaporosi», è assolutamente deprecabile da parte di chi frequenta le aule dei Tribunali, nella consapevolezza che «il processo più efficiente è quello che fa meno parlare di sé e che consente di concentrare l'attenzione sul conflitto di interessi sostanziale»¹.

Se, comunque, la sperimentazione di uno strumento tipico del *common law* in un paese di tradizione continentale può parzialmente giustificare uno scetticismo diffuso, volto a prevenirne gli effetti distorsivi, anche al punto di ritardarne - o, nella peggiore delle ipotesi, impedirne - una pronta e fruttuosa trattazione nel merito, lo spirito di un decreto liberalizzazioni dovrebbe assolutamente discostarsi da un così inibente e rigido conservatorismo. Predisporre una tutela giurisdizionale, che rafforzi in maniera efficace l'altrimenti "rarefatta" posizione di miriadi di soggetti deboli ed elimini, per quanto possibile, le asimmetrie tra le parti in lizza, infatti, è lo sforzo che l'apertura dei mercati e la promozione della concorrenza impongono di intensificare, specialmente, ma non solo, in ambito *consumerista*. Ancora più in generale, l'attuazione dei principi democratici di sovranità popolare, di uguaglianza sostanziale e, da ultimo, di solidarietà orizzontale implica che il popolo non si limiti ad essere la fonte ideale del potere², ma, invece, ne sia il reale

¹ Così COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis*, cit., 1157.

² Potere da intendersi nella sua totalità; e, perciò, secondo la nota tripartizione *montesquieuiana*, comprendendovi anche la sua dimensione giudiziaria.

esercente. Ciascun *quivis de populo*, che, al fine ultimo di riscoprire i propri diritti, tenga una condotta orientata alla riduzione o, addirittura, all'eliminazione dei problemi della collettività³, quindi, è un cittadino attivo che deve essere favorito dalle istituzioni della *res publica*, prima fra tutte quella legislativa.

Pertanto, le novità normative, inserite dal governo Monti «per rendere efficace l'azione di classe», avrebbero dovuto rivelarsi in linea con questi condivisibili obiettivi, scongiurando il rischio che il processo fosse ostacolo, anziché veicolo della tutela collettiva risarcitoria. Pur essendo indubbio che l'art. 140-*bis* non potrebbe mai subire un'eccessiva semplificazione, dal momento che, in Italia, insormontabili principi costituzionali, deontologici, procedurali e di ordine pubblico ne impediscono un accesso agevolato, qual è quello americano, le aspettative sono state nuovamente disattese. Anche questa volta, purtroppo, il sistema politico, oppresso dalla *lobby* economica, ha rinunciato ad attuare su carta quella nuova cultura democratica che intende il consumatore come fulcro di tutta l'economia, degli attori che la determinano e di quelli che la normano. Nel tentare un salvataggio *in extremis*, così, il provvedimento di inizio 2012, pur trasformando natura e scopi dell'azione, non ha tratto alcuna conseguenza sul regime ad essa applicabile, né ha saputo curare le principali incoerenze che affliggevano la normativa previgente. Il risultato è una norma ancora complessa e strutturalmente mal concepita, che soffoca molte delle sue potenzialità e non è "attraente" né per il potenziale attore, né per i tecnici del diritto che potrebbero solleccarla.

Nonostante non siano ancora disponibili gli esiti nel merito delle prime *class actions* certificate, alcuni rilievi di buon senso paiono già esprimibili in chiusura di queste pagine. Da un lato, dovrebbe espressamente conferirsi una portata più ampia⁴ al rimedio *ex art. 140-bis* del codice del consumo, anche e

³ Se durante l'intero esercizio della *class action* l'individualità della situazione giuridica è avvolta da una fase di quiescenza in cui la coesione solidale è massima, infatti, è solo nel momento soddisfacente che la singolarità degli interessi riemerge attraverso la modulazione dei criteri risarcitori alle peculiarità delle singole vicende dell'attore e degli aderenti. In altre parole, poiché il *class representative* ha una "comune intenzione" - da intendersi quale «solidarietà economica» *ex art. 2* della Costituzione - con le vittime seriali della stessa causale del danno da lui subito, il suo diritto individuale risarcitorio è sostituito dal coacervo degli interessi della classe. La scissione, totale o parziale, tra la titolarità del potere di azione e la concreta fruizione dei suoi effetti rende così possibile l'introduzione nella vicenda di pretese molteplici o di gruppo che si sovrappongono o affiancano all'interesse dell'originario agente, anche se temporaneamente o casualmente.

⁴ Così, di recente, GALGANO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 5; e, in senso critico, già COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta*

soprattutto al fine di superare definitivamente quello sterile orientamento che insiste nel non assimilare il risparmiatore al consumatore⁵. Allo stesso tempo, un allargamento della titolarità del rimedio ovierebbe al paradosso per cui, in caso di illecito concorrenziale, con la disciplina attuale si sarebbe costretti ad operare una distinzione fra professionisti e consumatori, assolutamente irrazionale, se si considera che, in casi simili a quelli verificatisi nel settore bancario o assicurativo, i danneggiati appartenevano ad entrambe le categorie giuridiche. Vero è, tuttavia, che la protezione del *consumer* pare diversificabile in base alla natura del rischio scaturente dall'attività d'impresa di cui è destinatario; una soluzione alternativa, quindi, potrebbe essere valorizzare la peculiarità del rischio finanziario associato alle scelte d'investimento⁶, prevedendo uno strumento di tutela collettiva *ad hoc*⁷.

Partendo, poi, dal presupposto che condizione essenziale per un'effettiva tutela contro i *mass torts* è un istituto processuale idoneo a "massimizzare" la composizione della classe e, quindi, a gravare il meno possibile i membri della stessa di costi ed oneri; e, se uno degli obiettivi è scoprire il sommerso, facendo sì che pure il contenzioso c.d. "bagatellare" raggiunga le aule di giustizia e si riducano i profitti illeciti dei danneggianti abituali, non può che preferirsi una "grande" lite di gruppo, improntata all'*opting-out*⁸. Se preparata da un'ideale informazione e pubblicità e, soprattutto, da uno scrutinio severo della capacità dell'attore collettivo di massimizzare la tutela della classe, infatti, la facoltà di libera dissociazione dall'esito del processo collettivo e/o dalla sua transazione si dimostra l'impostazione più efficace e manovrabile, onde evitare il rischio di *caos*

ragionevole, cit., 144. In linea con quest'orientamento dottrinale sono anche LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 885 s., per i quali «[n]on è affatto razionale [...] che il legislatore sul piano sostanziale, qualificando, come parte "debole" meritevole di protezione, in generale il "cliente" (come avviene nella disciplina specifica di protezione delle parti deboli nei contratti bancari), o chiunque abbia subito pregiudizio (come nel caso della disciplina antitrust), e limiti invece al solo "consumatore" la tutela processuale». Di parere conforme anche ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento*, cit., 24 ss. Per quanto concerne, invece, l'ampliamento soggettivo anche alla piccola e/o media impresa, cfr. la nota 132 del § I.4. e la nota 98 del § II.5.

⁵ Cfr. in proposito il § 3 delle premesse.

⁶ Vedasi in particolare nota 87 del § 3 delle premesse.

⁷ In tal senso, CAFAGGI E MICKLITZ, «Enforcement» *pubblico e privato*, cit., 364 s. Questa, d'altra parte, sembra essere una tendenza globale: se negli Stati Uniti la disciplina generale sulla *class action* è stata adattata nel 1995 alle peculiarità del mercato finanziario, in Germania è stato adottato un *case state* proprio per deflazionare il galoppante contenzioso finanziario.

⁸ Per i vantaggi ineccepibili del modello *opting-out*, in superamento del vincolo di fatto per cui il processo civile italiano è modellato su impulso di parte, cfr. la nota 127 del § I.4. Trattasi di una preferenza che, come si è visto, emerge nello stesso Libro Verde del novembre 2008, COM (2008) 794 def., § 56.

derivante dalle adesioni volontarie. Optando per questa novità disciplinare, a maggior ragione, in seguito a tutta la dedizione e l'impegno richiesti, quel professionista che decida di patrocinare il *class representative* dovrà essere sorretto da motivazioni eterodosse; al di là dell'auspicabile conclusione con il suo assistito di un patto di quota lite tale per cui, in caso di esito sfavorevole, egli non possa pretendere alcunchè, pertanto, il valore della causa dovrebbe essere commisurato alla somma dei valori di tutte le pretese dei singoli *class members*⁹. D'altro canto, onde favorire il più possibile una gestione vincente della lite di massa a maglia ampliata, si dovrebbe incentivare tanto l'intervento preventivo delle *authorities* competenti, nazionali e comunitarie, tempestivamente informate della pendenza del giudizio di massa¹⁰; quanto la *disclosure* probatoria¹¹ e la transigibilità della lite collettiva in corso di causa¹², previa l'introduzione di apposite disposizioni normative che le prevedano.

Un così strutturato ripensamento del rimedio risarcitorio collettivo parrebbe costituire un tassello fondamentale di una strategia politica tesa al miglioramento

⁹ Il punto però non è pacifico e si attende una risposta dalla pratica. Secondo Trib. Milano, 13 marzo 2012, cit., «ritiene il Tribunale di dover fare innanzitutto riferimento in via equitativa alle tabelle professionali legittimamente in vigore all'epoca in cui risultano effettuate le prestazioni professionali da retribuire e di dover quindi tenere conto all'interno di un tale quadro dell'obiettivo complessità del presente giudizio, anche sotto un profilo di stretto diritto in relazione all'esame delle delicate questioni nuove [...] poste da una legge appena entrata in vigore [...] - dunque con riferimento all'importo massimo già previsto dalle tabelle per cause di "valore indeterminabile" [...] ed indiscutibilmente "di particolare importanza"».

¹⁰ Cioè previa notifica dell'atto introduttivo dell'azione. In tema di azioni di classe c.d. *follow-on* e di una loro diffusione ad ampio raggio previo utilizzo di decisione dell'*authority* a titolo di prova privilegiata dell'esistenza di illecito seriale, cfr. la nota 74 del § II.4.

¹¹ L'attuale lacuna dell'ordinamento italiano in proposito, probabilmente riconducibile al principio continentale «*nemo tenetur edere contra se*», è desumibile da TAR Lazio, 08 settembre 2010, n. 32135, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 2856 ss. In tale sede, è stato respinto il ricorso proposto da Codacons per l'annullamento del provvedimento di rigetto emesso dalla Banca d'Italia avverso l'istanza di accesso alla documentazione in suo possesso inerente l'applicazione delle clausole sostitutive della CMS, in modo da potersene servire, a fini probatori, per le azioni di classe contro Unicredit e Intesa San Paolo Spa. In particolare, il foro amministrativo ha ricordato che l'art. 7, comma 1 TUB stabilisce che «[t]utte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti da segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione del Ministro dell'economia e delle finanze, Presidente del CICR. Il segreto non può essere opposto all'autorità giudiziaria quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini, o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente». Vedi anche ZUFFI, *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe*, cit., 2612 ss.

¹² Come esposto da CONSOLO, in CONSOLO E ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., 132, è lo stesso *opting-out* a rendere più appetibile la transigibilità della lite di classe, considerato che «l'impresa sarà tanto più cauta nelle proposte conciliative rivolte agli aderenti quanto maggiore è la platea dei consumatori/utenti non vincolati dal giudicato di classe».

delle condizioni della giustizia civile italiana. Implicitamente, il perseguimento di questo nobile obiettivo eviterebbe anche che i nascenti meccanismi di *Alternative Dispute Resolution* si trasformino in uno strumento per svendere una risposta di tutela ad ogni costo, che supplisca all'indisponibilità di una altrettanto competitiva proposta statale. La recentissima ricerca di nuovi strumenti per la gestione del contenzioso, quale quella registratasi presso la Banca d'Italia e la Consob in seguito all'incremento delle cause in ambito bancario e finanziario, infatti, non dovrebbe configurarsi come un antidoto all'inefficienza endemica della giustizia statale¹³; al contrario, la sua prospettiva di successo sembrerebbe riconducibile al recupero di deterrenza del processo tradizionale, onde enfatizzare la sua capacità di offrire utilità ulteriori¹⁴, tanto al danneggiante quanto al danneggiato.

Scostando ora lo sguardo dal panorama nazionale per concentrarlo su quello comunitario, è possibile cogliere una sorta di strabismo normativo: mentre la disciplina rimediale *consumerista* di derivazione europea cresce in maniera disordinata nel diritto degli Stati membri, le istituzioni dell'Unione sono ben attente a disciplinare, con rigore e sistematicità, i procedimenti contenziosi avanti le corti del Lussemburgo. Pur escludendo a priori che questi ultimi siano funzionali alle micro-liti, qualora siano in gioco danni di massa di più consistente entità e diramati su scala transnazionale - quali, ad esempio, quelli subiti dai risparmiatori fiduciari di un intermediario ad ampio raggio territoriale -, meglio ancora, forse, sarebbe sottrarre del tutto la regolamentazione della *class action* alla legge interna, attribuendola in via esclusiva agli organi comunitari. L'adozione di un regime europeo armonizzato, infatti, garantirebbe indubbi vantaggi in termini di allargamento dell'offerta e di rafforzamento della concorrenza, fattori incidenti sulla riduzione dei prezzi di mercato, conseguente all'incremento degli scambi e dei rapporti transfrontalieri. Senza un'opera crescente di mediazione culturale e linguistica, ancora più essenziale in seguito all'allargamento dei confini dell'Europa unita, in ogni caso, a nulla gioverebbe questo tentativo uniformante.

¹³ Quest'affermazione trova fondamento nel fatto che, per legge, l'esistenza di sistemi di risoluzione non tradizionali non può privare il cliente consumatore del diritto di adire il giudice ordinario. Cfr. in proposito la note 47 e 48 del § I.2.

¹⁴ A tal proposito cfr. il § I.2. *Contra*, parte della dottrina ritiene che una simile varietà di rimedi non sia un'opportunità da preservare. Ad esempio, il giurista Marchetti ha rilevato che «[d]opo quella dei controlli societari ci troviamo di fronte ad un'altra babele. Molte forme di tutela possono portare a una minore protezione effettiva dei risparmiatori».

Particolare cura dovrebbe essere riposta, perciò, tanto nella formazione degli operatori giuridici “europei”, onde prepararli ad affrontare l’alto tasso di complessità procedurale e sostanziale delle liti; quanto nella divulgazione e comunicazione multilinguistica delle campagne pubblicitarie d’adesione.

I miglioramenti disciplinari finora esposti, in ogni caso, devono essere assolutamente correlati ad un pregresso incentivo all’educazione settoriale di ciascun cittadino potenziale promotore di un’azione di classe, a maggior ragione in una materia cavillosa come quella bancaria e finanziaria. Ogni individuo deve poter prendere coscienza dei propri diritti prima di scegliere se lottare per difenderli o meno; senza dimenticare, tuttavia, che, proprio nel rapporto con l’impresa del credito, la temuta degenerazione patologica del rimedio di classe è accentuata sia dal ruolo di prepotente istituzionale con cui l’opinione pubblica e le associazioni di categoria la percepiscono abitualmente, sia dalla demagogica congettura per cui, essendo la principale depositaria del denaro, quest’ultima paga sempre e comunque. Responsabilizzare il risparmiatore, pertanto, pare essere una priorità del nostro ordinamento.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011

AA. VV., *Atti del convegno "Class action. «Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese»"*, in *Dir. econ. assic.*, 2010, 1109 ss.

AA. VV., *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010

AA. VV., *L'occasione perduta. Class action e consumerismo nella stampa italiana*, in *www.consumersforum.it*, 2009

AA. VV., *La relazione di fiducia tra la banca e il cliente. Interventi tenuti nell'ambito del seminario su "Fiducia, innovazione, regole e comportamenti nell'industria bancaria". Quaderno Rosso n. 242 dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, Milano, 2008

AA. VV., *Dibattito. Voglia di azioni collettive*, in *Questione giustizia*, 2007, 751 ss.

ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 379 ss.

ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 545 ss.

AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario. (Divagazioni in tema di trasparenza obbligatoria e di effettività dell'art. 2395 c.c.)*, in *Riv. dir. soc.*, 2005, 1336 ss.

ANELLI, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, nota a Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Società*, 2011, 414 ss.

AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 27 ss.

BARRA CARACCIOLO, *L'esperienza della class action e i diritti identici: un primo bilancio e l'impatto con i mercati finanziari*, in *Contr. impresa*, 2012, 1 ss.

BECHI E PALMIERI, *Polizze index linked e tutela (individuale e collettiva) dei sottoscrittori*, nota a Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1644 ss.

BELLEGGIA, *Ammissibilità dell'azione di classe a tutela dei risparmiatori*, inedito, 2011.

BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno resp.*, 2005, 817 ss.

BENATTI, *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno resp.*, 2011, 14 ss.

BERRETTA, *Audizione sui progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.confindustria.it, 2007.

BERTOLINO, *Le azioni di classe. Opuscolo informativo della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino*, Torino, 2011

BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1373 ss.

BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, 246 ss.

CAMMARANO, *Audizione sui progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.assogestioni.it, 2007

CAPALDO (A CURA DI), *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2010

CAPOBIANCO E LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. impresa*, 2011, 1142 ss.

CAPPIELLO, *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, 40 ss.

CARPAGNANO, *L’azione di classe: opportunità di tutela per i consumatori e possibili difese per le imprese*, in www.osservatorioantitrust.eu, 2011

CATRICALÀ, *Problematiche afferenti alle commissioni di massimo scoperto. Audizione del Presidente dell’AGCM avanti alla VI Commissione del Senato della Repubblica*, 21 aprile 2010.

CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, 2115 ss.

CERRATO, *Un debutto «stonato» per la «nuova» class action italiana*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, II, 619 ss.

CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell’art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 182 ss.

CLARIZIA, *La nozione di consumatore nel Codice del consumo e con riguardo ai contratti di credito al consumo*, nota a Trib. Bologna, ord. 18 gennaio 2006, in *Dir. internet*, 2006, 357 ss.

CONSOLO E ZUFFI, *L’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012

CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l’art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1297 ss.

CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 615 ss.

CONTE, *I “diritti individuali omogenei” nella disciplina dell’azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 609 ss.

CONTI E RIZZO, *Inibitoria collettiva in danno del gestore di telefonia: all'orizzonte le class actions*, nota a Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Danno resp.*, 2007, 1144 ss.

CONTI, *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumeristica*, nota a Trib. Palermo, 22 giugno 2006, in *Corr. giur.*, 2006, 1275 ss.

CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 28/1998*, in *Corr. giur.*, 2001, 392 ss.

COSTANTINO E CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010 e a Trib. Napoli, ord. 31 maggio 2010, in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss.

COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, 388 ss.

COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140 ss.

DAGNA, *Tutela collettiva sull'anatocismo: sanzionabilità della banca per inottemperanza al giudicato e vessatorietà della capitalizzazione trimestrale degli interessi*, nota a Trib. Palermo, 22 giugno 2006, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, II, 380 ss.

D'ALFONSO, *Commento sub art. 140-bis*, in AA. VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da DE CRISTOFARO E ZACCARIA, Padova, 2010, 938 ss.

D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 965 ss.

DALMARTELLO, *Azione di classe e ius variandi*, nota a Trib. Napoli, ord. 09 dicembre 2011, in DOLMETTA E SCIARRONE (A CURA DI), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 229 ss.

DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1932 ss.

DI FAZIO, *Tutela dell'interesse collettivo dei consumatori*, nota a Trib. Torino, 17 dicembre 2002, in *Contratti*, 2003, 1007 ss.

DE SANTIS, *Spunti in tema di processo di classe*, nota a App. Torino, ord. 23 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, 7 ss.

DE SANTIS, *La class action e le banche: nuova disciplina e ammissibilità dell'azione*, in *Bancaria*, 2011, 52 ss.

DE SANTIS, *Brevissime notazioni sulla nuova azione di classe ex art. 140-bis cod. consumo*, nota a App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530 ss.

DE SANTIS, *I primi passi dell'azione di classe a tutela dei consumatori*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, a Trib. Napoli, ord. 31 maggio 2010 e a Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *www.treccani.it*, 2010

DE SANTIS, *La pronunzia sull'ammissibilità della "class action": una "certification" all'italiana?*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, 2526 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987

DI NOLA, PORRINI E RAMELLO, *Class action, mercati finanziari e tutela dei risparmiatori*, in *Le banche italiane e la finanza per lo sviluppo. Decimo rapporto sul sistema finanziario italiano della Fondazione Rosselli*, Roma, 2005, 459 ss.

DOLMETTA, *La funzione di compliance nella vigilanza bancaria*, in *www.ilcaso.it*, 2012

DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla «commissione di massimo scoperto»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, I, 166 ss.

FAISSOLA, *Esame dei progetti di legge recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in *www.abi.it*, 2007

- FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. impresa*, 2004, 166 ss.
- FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012
- FERRANTE, *La nuova "azione di classe" in Italia*, in *Contr. impresa/Europa*, 2011, 1 ss.
- FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1958, I, 1 ss.
- FIORIO, *L'azione di classe nel settore bancario: dalla commissione di massimo scoperto agli illeciti finanziari*, inedito, 2012
- FIORIO, *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art. 140-bis*, nota a Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, in *Giur. merito*, 2012, 377 ss.
- FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA. VV., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, 487 ss.
- FIORIO, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 c. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140bis)*, nota a Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2758 ss.
- FRATA, *Il percorso a ostacoli della azione di classe: il primo caso*, nota a Trib. Torino, ord. 25 maggio 2010 e a App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Danno resp.*, 2011, 78 ss.
- FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2006, 13 ss.
- FRATINI E GASPARRI (A CURA DI), *Il Testo Unico della Finanza*, Milano, 2012
- FRIGNANI E VIRANO, *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in *Rassegna della Banca Regionale Europea*, 2009, n. 28, 45.

FRIGNANI E VIRANO, *Le Class Actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assic.*, 2009, 5 ss.

FRIGNANI E VIRANO, *Concorrenza, class actions e Libro Bianco. Come potranno modificare il risk management delle imprese che operano sul mercato*, in *Telex Anie*, 2008, n. 9, 2 ss.

GAGGERO, *A proposito della definizione di «cliente della banca»*, in *Econ. dir. terz.*, 1996, 771 ss.

GENERALE, *Indagine conoscitiva sulle determinanti della dinamica del sistema dei prezzi e delle tariffe sull'attività dei pubblici poteri e sulle ricadute sui cittadini consumatori. Audizione del Servizio di Normativa e Politiche di Vigilanza della Banca d'Italia avanti alla Commissione straordinaria per la verifica dell'andamento generale dei prezzi al consumo e per il controllo della trasparenza dei mercati*, 17 novembre 2010

GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, I, 2011, 200 ss.

GIOIA, *Tutela giurisdizionale dei contratti finanziari*, in GABRIELLI E LENER (A CURA DI), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 53 ss.

GIUDICI, *L'azione di classe e la responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, in AA. VV., *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010*, Milano, 2011, 191 ss.

GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, in *Quad. riv. dir. civ.*, 2006, 1 ss.

GIUSSANI, *La prima "uscita" della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti*, e *La delibazione sulla fondatezza della domanda genera un aumento dei costi ingiustificabile*, nota a Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010, in *Guida dir.*, 2010, n. 27, 16 s. e 27 ss.

GIUSSANI, *Ribaltata la posizione del tribunale di primo sulla conformità costituzionale del subprocedimento*, nota a App. Torino, ord. 15 ottobre 2010, in *Guida dir.*, 2010, n. 47, 62 ss.

GORGONI, *L'ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità*, nota a Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1099 ss.

GRAZIUSO, *Lo status giuridico di consumatore: caratteristiche e singole accezioni*, in *www.treccani.it*, 2011

GRECO, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi "continuativi" tra fonte legale e fonte convenzionale*, in *www.ilcaso.it*, 2011

GRISAFI, *Interessi collettivi e interessi diffusi. Danno collettivo e tutela del consumatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 930 ss.

GUERNELLI, *Class action e competenza antitrust*, in *Dir. ind.*, 2010, 249 ss.

GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria fra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. comm.*, I, 2009, 360 ss.

GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140-bis d.lgs. 206/2005*, in AA. VV., *Studi per Franco di Sabato*, Napoli, 2009, I, 367 ss.

LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 269 ss.

LIBERTINI E MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, nota a Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 882 ss.

LUPOI, *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010 e a App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 18 ss.

MAGNO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di anatocismo bancario*, in *Contr. impresa*, 2010, 1017 ss.

MAERO, *La class action nel settore bancario*, inedito, 2011

MARCELLI, *Il mercato del credito e della finanza: più ombre che luci*, in www.ilcaso.it, 2009

MARDEGAN, *L'azione di classe quale strumento di tutela degli investitori e dei clienti nei rapporti con le banche*, inedito, 2010

MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*, nota a Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011 e a Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 1112 ss.

MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, I, 697 ss.

MAUGERI E ZOPPINI (A CURA DI), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009

MAZZINI, *Contratti bancari e tutela del cliente*, in BELLI E MAZZINI (A CURA DI), *Interventi Serie Blu - Diritto dell'economia*, Siena, 2010, n. 25

MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in www.judicium.it, 2008

MENCHINI, *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010 e a Trib. Napoli, ord. 31 maggio 2010, in www.judicium.it, 2010

MENCHINI E MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1413 ss.

MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in *Atti del Convegno "La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato"*, Roma, 2010

MICOSSI, *La nuova disciplina dell'azione di classe. Circolare n. 38 del 22 settembre 2009*, in www.assonime.it, 2009

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, 557 ss.

MORERA, *Sulla nozione di «cliente della banca»*, in *Vita not.*, 1995, 590 ss.

MUNHOZ DE MELLO, *Breve osservazioni in tema di tutela degli interessi collettivi degli investitori ex art. 32/bis TUF*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 931 ss.

NIVARRA, *La tutela collettiva dei consumatori e l'anatocismo bancario*, nota a App. Torino, 01 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1127 ss.

ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in www.judicium.it, 2009

PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15 ss.

PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, la soluzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 349 ss.

PAGNI E JUVARA, *Class action e tutela del risparmiatore*, in BILANCIA E RIVOLTA (A CURA DI), *Tutela del risparmio, authorities, governo societario*, Milano, 2008, 135 ss.

PAGNONCELLI, *Aspetti reputazionali degli intermediari finanziari. Quaderno Rosso n. 260 dell'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa*, Milano, 2011

PALISI, *Le banche di fronte all'azione collettiva risarcitoria*, in BELELLI (A CURA DI), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, Padova, 2009, 121 ss.

PALISI, *Considerazioni sull'azione di classe e sui sistemi alternativi di soluzione delle controversie*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, 525 ss.

PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, 2011

PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno resp.*, 2009, 377 ss.

PALMIERI, *In tema di consumatori e utenti di conto corrente bancario*, nota a Trib. Palermo, 29 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2544 ss.

PALMIERI, *Il retaggio dell'anatocismo «vecchia maniera» e la dimensione collettiva del riscatto per i clienti (consumatori) delle banche*, nota a Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3489 ss.

PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari “inadeguati” al profilo del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1027 ss.

PICCININI, *I rapporti tra banca e cliente. Asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008

PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, in *Danno resp.*, 2006, 124 ss.

PORCARI, *Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella «certification» dell'azione di classe*, nota a Trib. Napoli, ord. 16 novembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1628 ss.

PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 541 ss.

QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 90 ss.

RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della “class action” ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 ss.

ROMOLOTTI, *La gestione preventiva del rischio “class action” per l'impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2010, n. 11, 20 ss.

RONCO, *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2605 ss.

ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, n. 3, 19 ss.

RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 183 ss.

ROSSI, *Intervento del procuratore generale*, in *Foro it.*, 2010, I, 3547 ss.

RUGGERI, *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1490 ss.

SANGIOVANNI, *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *Obbl. contr.*, 2010, 611 ss.

SANGIOVANNI, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, nota a Trib. Torino, ord. 27 maggio 2010, in *Corr. merito.*, 2010, 1048 ss.

SANTANGELI E PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*, 2010

SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011

SCHIAVONE, *Sulla legittimazione a proporre l'azione di classe e altre questioni. Contributo approvato dai Referee*, nota a App. Torino, ord. 23 settembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 186 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzione e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 501 ss.

STABILINI, *Inammissibilità e manifesta infondatezza dell'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti ex art. 140-bis del codice dei consumatori*, nota a App. Torino, ord. 15 ottobre 2010, in *Società*, 2011, 103 ss.

STAZI, *La rilevanza dell'analisi costi-benefici rispetto alla introduzione dell'azione collettiva risarcitoria in Italia*, in *www.diritto.it*, 2008

STILO, *La commissione di massimo scoperto dal “Decreto anticrisi” al c.d. “Decreto Salva Italia”*, in *Contratti*, 2012, 75 ss.

TROCKER, *Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Contr. impresa/Europa*, 2009, 178 ss.

VIGORITI, *L’azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *www.judicium.it*, 2009

WINKLER, *L’azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1675 ss.

ZENO-ZENCOVICH E PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 216 ss. e 251 ss.

ZUCCARELLO, *Class action. Disciplina e limiti di ammissibilità della tutela collettiva risarcitoria a norma dell’art. 140bis del Codice del Consumo*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, ad App. Torino ord. 27 ottobre 2010, a Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011 e a Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, in *Nuovo not. giur.*, 2011, 161 ss.

ZUFFI, *La Corte d’Appello di Torino riconosce all’azione di classe ex art. 140bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. “filtro”*, nota a App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Corr. giur.*, 2011, 525 ss.

ZUFFI, *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell’accesso agli atti della Banca d’Italia*, nota a Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2612 ss.

GIURISPRUDENZA

Trib. Milano, 06 novembre 1987, in *Società*, 1988, 598 ss.

Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 532 ss.

App. Milano, 02 febbraio 1990, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 734 ss.

Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.

Cass. civ., sez. I, 06 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, 1396 ss.

Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, in *Foro it.*, 1999, I, 1153

Cass. civ., sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, 1153 ss.

Cass. civ., sez. I, 17 aprile 1999, n. 3845, in *Foro it.*, 1999, I, 1429 ss.

Trib. Palermo, ord. 10 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2052 ss.

Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045 ss.

Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Foro it.*, 2000, I, 3045 ss.

Cass. civ., sez. I, 03 marzo 2001, n. 3132, in *Corr. giur.*, 2001, 880 ss.

Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giur. it.*, 2002, 543 ss.

App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332

Trib. Napoli, 25 settembre 2002, in *Società*, 2004, 75 ss.

Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332 ss.

Trib. Torino, 17 dicembre 2002, in *Contratti*, 2003, 999 ss.

Trib. Torino, 19 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 950 ss.

Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss.

Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201 ss.

Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 491 ss.

Trib. Roma, 11 agosto 2003, in *Giur. merito*, 2004, 902 ss.

Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Contratti*, 2004, 356 ss.

Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479 ss.

Cass. civ., sez. III, 05 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, 669 ss.

Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3481 ss.

Cass. civ., sez. un., 04 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3294 ss.

Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Contratti*, 2005, 5 ss.

Corte UE, 20 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, IV, 124 ss.

App. Torino, 01 marzo 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1121 ss.

Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 3245 ss.

Trib. Parma, 13 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2096 ss.

Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1271 ss.

Trib. Genova, 02 agosto 2005, in *Danno resp.*, 2005, 1225 ss.

Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, 25 ss.

Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2005, n. 19130, inedita

Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2006, n. 870, in *www.altalex.com*, 2006

Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Foro it.*, 2006, I, 1717 ss.

Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarcimento*, 2006, 6, 64 ss.

App. Torino, 03 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2924 ss.

Trib. Palermo, 29 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2542 ss.

Trib. Trani, 30 maggio 2006, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2007, II, 324 ss.

Cass. civ., sez. III, ord. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, 225 ss.

Trib. Palermo, 22 giugno 2006, in *Corr. giur.*, 2006, 1268 ss.

Trib. Terni, 14 luglio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1410 ss.

Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Danno resp.*, 2007, 1139 ss.

Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 ss.

Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Foro It.*, 2007, I, 2439 s.

Cass. civ., sez. III, 08 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. civ.*, 2008, I, 996 ss.

Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 567 ss.

App. Torino, 19 febbraio 2008, in *Società*, 2009, 55 ss.

Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2751 ss.

Trib. Roma, ord. 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2679 ss.

Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, 2474 ss.

Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13556, in *Foro it.*, 2008, I, 2488 ss.

Trib. Milano, 03 giugno 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008

Cass. civ., sez. I, 25 giugno 2008, nn. 17340 e 17341, in *Foro it.*, 2009, I, 187 ss.

Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18863, in *Danno resp.*, 2009, 385 ss.

Trib. Milano, 25 luglio 2008, in *ww.ilcaso.it*, 2008

Cass. civ., sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss.

Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.

Cons. Stato, sez. I, 03 dicembre 2008, n. 3999, in *www.diritto.it*, 2009

Trib. Roma, ord. 14 gennaio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3514 ss.

Cass. civ., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901 ss.

Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno resp.*, 2009, 503 ss.

App. Torino, 24 febbraio 2009, inedita

Tar Lazio, sez. I, 06 aprile 2009, n. 3696, inedita

Trib. Roma, ord. 17 aprile 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3513

Cass. civ., sez. III, ord. 05 giugno 2009, n. 13033, in *Mass. Foro it.*, 2009, 742

Cass. civ., sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Foro it.*, 2010, I, 869 ss.

Trib. Milano, ord. 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 1627 ss.

Trib. Torino, 05 gennaio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 926 ss.

Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2010, n. 9216, in *www.ilcaso.it*, 2010

Trib. Torino, ord. 04 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 2523 ss.

Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Società*, 2011, 411 ss.

TAR Lazio, 08 settembre 2010, n. 32135, in *Foro amm.*, TAR, 2010, 2856 ss.

App. Torino, ord. 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530 ss.

Cass. civ., sez. un., 02 dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.*, 2011, I, 418 ss.

Trib. Milano, ord. 20 dicembre 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1096 ss.

Cass. civ., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, in *Corr. giur.*, 2011, 1278 ss.

Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, n. 2784, in *Foro it.*, 2011, I, 1889 ss.

Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011, n. 2794, in *www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com*, 2011

Trib. Torino, ord. 07 aprile 2011, in *Nuovo not. giur.*, 2011, 142 ss.

Trib. Roma, sez. XIII civ., ord. 11 aprile 2011, inedita

Tar Lazio, sez. I, 18 aprile 2011, n. 3363, inedita

Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 1109 ss.

App. Milano, ord. 03 maggio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3423 ss.

App. Torino, ord. 23 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3422 ss.

Cass. civ., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2012, 214 ss.

Trib. Napoli, ord. 01 ottobre 2011, inedita

Trib. Napoli, ord. 09 dicembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1626 ss.

Trib. Milano, 13 marzo 2012, in *www.sviluppoeconomico.gov.it*, 2012

Trib. Torino, ord. 24 aprile 2012, inedita

Trib. Roma, ord. 27 aprile 2012, in *www.sviluppoeconomico.gov.it*, 2012

Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *www.dirittobancario.it*, 2012

Trib. Torino, ord. 15 giugno 2012, in *www.sviluppoeconomico.gov.it*, 2012

App. Napoli, ord. 29 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*, 2012

Corte Cost., 06 dicembre 2012, n. 272, in *www.altalex.com*, 2012

Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com*, 2013

RINGRAZIAMENTI

L'istruzione, di cui l'università è espressione somma, ha il peculiare scopo di risvegliare nello studente il coraggio della curiosità, della volontà e della speranza: quelle virtù indispensabili per scoprire il meglio di sé da offrire al proprio futuro e alla società. La mia più sentita gratitudine, pertanto, è rivolta alla prof.ssa Mia Callegari, relatrice di questa tesi, per la fiducia e la disponibilità dimostrate nei miei confronti, che, mi auguro, ritenga ben riposte. La piena libertà di articolazione del piano d'opera da Lei cortesemente concessami, infatti, mi ha permesso di confrontarmi via *web* e/o di persona con altri giuristi, occupatisi, anche solo marginalmente, alla tematica della *class action*. Giuristi il cui prezioso contributo ha spronato il progredire titubante di queste pagine. Trattasi, in ordine sparso: della prof.ssa Ilaria Pagni e del suo collaboratore dott.re Eugenio Maviglia dell'Università di Firenze; del prof.re Giuseppe Guizzi ed del suo collaboratore dott.re Aurelio Tricoli dell'Università di Napoli; dei prof.ri Michele Carpagnano e Paolo Giudici dell'Università di Trento; dell'avv.to Davide Maero, responsabile del contenzioso civile di Intesa San Paolo Spa; dell'avv.to Marco Tagliaferri, *Global Head of Legal Global Transaction Banking* presso Unicredit Spa; degli avv.ti Stefano Belleghia, Francesco Brugnattelli, Lia Campione, Andrea Dalmartello e Daniele Vecchi dell'Ordine del Foro di Milano; degli avv.ti Paolo Fiorio e Sebastiano Zuccarello dell'Ordine del Foro di Torino; e, infine, dell'avv.to Gian Paolo Mardegan dell'Ordine del Foro di Treviso e della sua collaboratrice dott.ssa Elisa Mardegan. A tutti loro va la mia più sincera riconoscenza per la gentile attenzione dedicatami.

Per anni ho aspettato “l'inizio” del mio domani e, con stupore, oggi mi si presenta la “fine” del mio ieri. Eppure, per timore forse, sto aspettando ancora: “l'inizio” non lo si aspetta, “l'inizio” è ogni giorno. Oggi è il momento dei sorrisi, degli abbracci, dei grazie e dei buoni propositi. Alberto, Bruno, Chiara, Giuliana, Lorenzo, Luana, Margherita, Marianna, fonte inesauribile di amore ed ascolto nel mio passato, nel mio presente e nel mio futuro: ripartire da qui è il mio dono per voi. So che desiderate nient'altro di più.