

NICOLA RASCIO

Autorità di vigilanza e giudizi di responsabilità

(testo provvisorio)

1.- Nel maggio del 1987 un manipolo di cinque “investitori delusi” citava in giudizio davanti al Tribunale di Milano i componenti *pro tempore* della Consob e alcuni suoi funzionari chiedendone la condanna, ex artt. 2043 c.c. e 28 Cost., al risarcimento dei danni subiti a seguito dell’indebita autorizzazione rilasciata nel 1983 all’operazione nell’ambito della quale essi avevano acquistato da Sofinvest s.p.a. quote, da intestare fiduciariamente alla IFL s.p.a., della società Hotel Villaggio Santa Teresa (“HVST”) s.r.l., detentrica del capitale sociale della società Sarda Grandi Alberghi (“SGA”) s.p.a., a sua volta proprietaria di un villaggio turistico in Santa Teresa di Gallura, concesso in locazione al Club Méditerranée.

Aveva così inizio una trentennale vicenda giudiziaria, destinata ad ottenere anche un certo risalto mediatico e conosciuta pure come “caso Cultrera”, dal nome di uno degli ideatori del colossale raggio.

Nel giudizio, infatti, intervenivano numerosissimi altri sottoscrittori (quasi novecento), che insieme agli attori denunciavano una ingiustificabile serie di clamorose negligenze (dei commissari e degli esperti) della Consob, alla cui omessa vigilanza addebitavano di conseguenza la perdita integrale delle somme investite. In particolare, tra le altre falsità e circostanze di cui la Consob non poteva non avvedersi, lamentavano che: a) nel prospetto informativo pubblicato era dichiarato che il capitale sottoscritto e versato dalla HVST era di 44 miliardi di lire, mentre, invece, all’epoca della pubblicazione il capitale era di lire 20 milioni, e la deliberazione di aumento sarebbe stata approvata solo successivamente; b) era noto ai commissari Consob che la Sofinvest non aveva ancora acquistato la partecipazione oggetto di collocamento; c) il valore patrimoniale del bene di proprietà della SGA, indicato nel prospetto in 44 miliardi di lire, era notevolmente inferiore, per effetto dei mutui ipotecari gravanti sull’immobile, i cui canoni locativi pure erano già destinati al rimborso del debito bancario; d) nel settembre 1983 la stampa aveva diffuso notizie preoccupanti su presunte irregolarità nell’esercizio dell’attività finanziaria da parte delle società promotrici, notizie che avrebbero richiesto un pronto intervento della Consob, rimasta invece inerte.

Solo nel 1985, all’esito di una ispezione disposta dal Ministero del tesoro, il Tribunale di Milano, su istanza della Procura della Repubblica dichiarava il fallimento delle società coinvolte, ad eccezione di HVST, che era comunque posta in liquidazione.

2.- La Consob tuttavia non veniva citata in giudizio: come detto, la domanda era rivolta esclusivamente contro commissari e funzionari.

Appena l'anno precedente, in effetti, il medesimo Tribunale di Milano¹, in una vicenda non meno nota, aveva già dichiarato "il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria" sulle domande proposte nei confronti del Governatore della Banca d'Italia e del Presidente della Consob (non è ben chiaro, si legge nella stessa decisione, se evocati in giudizio nella qualità e dunque in rappresentanza, ovvero in proprio) onde ottenerne la condanna al risarcimento dei danni prodotti a cinque azionisti per la perdita di valore delle azioni da loro possedute in conseguenza (non tanto di specifiche omissioni, quanto piuttosto) del carente coordinamento dei rispettivi controlli in occasione dell'ammissione in borsa del Banco Ambrosiano, in realtà già in situazione di insolvenza ed in effetti poi sottoposto a l.c.a.

Per il vero, più che di un mero difetto di coordinamento si sarebbe trattato di una vera e propria mancata trasmissione, nonostante la richiesta della Consob, dei risultati dell'attività ispettiva svolta dalla Banca d'Italia, all'esito della quale erano in precedenza emerse gravi irregolarità². Ad ogni modo, secondo il Tribunale, il sistema dei controlli attribuiti, dalla legislazione (al tempo) vigente, alla Banca d'Italia e alla Consob avrebbe avuto come sola funzione la tutela di interessi generali, quali l'attività di raccolta del risparmio e l'esercizio del credito, da un lato, e, dall'altro, la salvaguardia del pubblico risparmio e il regolare funzionamento del mercato finanziario: non anche l'interesse privato del singolo investitore, protetto solo indirettamente e di riflesso, dunque privo della "dignità di diritto soggettivo" e "non ... tutelabile, agli invocati fini risarcitori, dal giudice ordinario"³.

E per la stessa vicenda, in altro giudizio sempre promosso innanzi al Tribunale di Milano – ma nei soli confronti della Banca d'Italia, considerata responsabile (non per aver indotto ad errate scelte di investimento, bensì) per l'aggravamento del dissesto, essedo "rimasta inerte allorché, nel 1978, coi propri ispettori aveva rilevato che il Banco Ambrosiano e le altre Banche del gruppo ... avevano fatto affluire all'estero cospicui fondi contro il divieto di non cedere depositi a corrispondenti esteri non

¹ Trib. Milano, 09.01.1986, Giur. comm. 1986, II, 427, con nota adesiva di Cera, Insolvenza del Banco Ambrosiano e responsabilità degli organi pubblici di vigilanza.

² Tanto si comprende (per quanto escluda di dover promuovere l'azione penale) dalla lettura di Pret. Penale Roma, 05.10.1984, Giur. Comm. 1985, II, 833, con nota severamente critica di G. Minervini, Banca d'Italia e Consob nel caso Ambrosiano. Il problema del coordinamento delle organizzazioni di controllo.

³ Considerazioni analoghe si ritrovano ancor prima nella motivazione di Trib. Roma, 27.04.1977, Banca Borsa 1978, II, 90, con nota di Capriglione, Discrezionalità del provvedimento amministrativo di messa in liquidazione coatta di un'azienda di credito e pretesa risarcitoria del socio, dichiarativa del difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla domanda risarcitoria proposta nei confronti della Banca d'Italia da azionisti e creditori delle banche fuse nella Banca Privata Italiana, successivamente sottoposta a l.c.a.

bancari e, come tali, non identificabili”, mentre intervenendo con gli strumenti a sua disposizione “avrebbe impedito all'organo amministrativo del Banco Ambrosiano di compiere il sistematico saccheggio del patrimonio costituito dai conferimenti degli azionisti” – dal 1984 pendeva un regolamento di giurisdizione, poi deciso nel 1989 con una sentenza che, dopo aver riconosciuto nell'attività della Banca d'Italia l'esercizio di un “potere pubblicistico, discrezionale e di alta amministrazione” e per converso nel privato una “situazione soggettiva contrapposta ... non ... tutelabile quale diritto soggettivo e neppure quale interesse legittimo”, avrebbe dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione⁴.

In quella medesima sentenza, a conforto della soluzione raggiunta, le S.U. avrebbero richiamato un'altra decisione⁵, di poco precedente, relativa ad una fattispecie in qualche modo speculare, nella quale ad agire in via risarcitoria, nei confronti della Banca d'Italia e del Ministero del Tesoro, era invece una società cooperativa esercente raccolta del risparmio e attività creditizia (di fatto, ossia) senza la necessaria autorizzazione, e della quale era stata perciò disposta la liquidazione con provvedimento poi però annullato dal Consiglio di Stato. Ad avviso della Corte, essendo l'impresa bancaria di fatto, comunque soggetta al controllo della Banca d'Italia, “sin dall'origine ... portatrice di una posizione di interesse legittimo ... all'ingresso e alla permanenza nel mondo del credito” e dunque dovendo essere “esclusa la configurabilità della posizione soggettiva dedotta in giudizio come diritto soggettivo”, bene avevano fatto i giudici di merito a dichiarare la domanda improponibile per difetto di giurisdizione, adeguandosi al “costante indirizzo, in base al quale, affinché sorga il diritto al risarcimento dei danni nei confronti della p.A., non basta che l'atto di questa sia illegittimo, ma è necessario che esso sia illecito, ossia lesivo di un bene rispetto al quale il singolo si trovi in una relazione che l'ordinamento tuteli in via diretta ed immediata”.

In sintesi⁶: nei confronti dell'autorità di vigilanza dell'ordinamento bancario l'impresa sottoposta al controllo potrebbe vantare solo situazioni di interesse legittimo, non suscettibili di tutela risarcitoria per la lesione conseguente ad un provvedimento poi annullato dal giudice amministrativo; mentre nessuna consistenza avrebbe la situazione del risparmiatore, estraneo al predetto ordinamento, rispetto al mancato esercizio dei poteri di controllo e intervento da parte della medesima autorità.

⁴ Cass., S.U., 29.03.1989, n. 1531, Banca Borsa 1990, II, 425, con nota di Marzona, Limiti (attuali) e prospettive di raccordo tra tutela del risparmiatore e funzione di controllo, che prospetta la necessità di rimeditare la questione della responsabilità dell'autorità di controllo rispetto all'investitore o al risparmiatore; Giur. it. 1990, 1119, con nota di Vella, Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza.

⁵ Cass., S.U., 25.03.1988, n. 2579, Banca Borsa 1989, II, 7, con nota di Cirillo, Banca di fatto e mercato finanziario.

⁶ Cfr. Marzona, Limiti (attuali) e prospettive, cit., 427. Per una carrellata di altre precedenti fattispecie analoghe cfr. Dimundo, La responsabilità degli organi di vigilanza, Danno e resp., 1998, 531 ss.

3.- Era però il Tribunale ad ordinare la chiamata in causa della Consob e del Ministero del Tesoro (di cui la prima era stata articolazione dal 1974 e fino all'acquisizione, con l. 04.06.1985, n. 281, di personalità giuridica autonoma). A seguire, nel gennaio del 1989 tanto i convenuti originari quanto i terzi chiamati proponevano regolamento preventivo di giurisdizione, il cui esito appariva piuttosto scontato.

Senonché le Sezioni Unite, con una decisione pronunciata tre anni più tardi, dichiaravano inammissibile non solo – e ormai prevedibilmente, una volta abbandonata (a partire da Cass., S.U., n. 5256/1987)⁷ la categoria pretoria del difetto di giurisdizione per improponibilità assoluta della domanda fra privati – l'istanza delle parti private, in quanto “proposta in un caso diverso da quelli contemplati dal sistema processuale ricavabile dagli artt. 41 e 37 c.p.c.”, bensì anche quella della Consob e del Ministero.

Pur riconoscendo trattarsi di “controversia ... non tra privati, ma tra privati e P.A.”, e pur qualificando “la situazione soggettiva ... dell'eventuale futuro acquirente del prodotto finanziario offerto al pubblico” in termini di “interesse all'appropriato svolgimento, da parte della Consob, delle funzioni regolatrici e di vigilanza demandatele”, perciò tutelato “solo in maniera indiretta e a livello ... di mero interesse variamente qualificato”, Cass., S.U., 14.01.1992, n. 367⁸, concludeva nel senso che “la questione della non risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi – presupponendo la fattispecie dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c. in ogni caso la violazione di un diritto soggettivo – comporta non l'improponibilità per difetto assoluto di giurisdizione, ma la reiezione, nel merito, per difetto del diritto, della domanda risarcitoria proposta dal privato nei confronti della P.A., in relazione alla lesione di una sua posizione soggettiva avente consistenza di interesse legittimo”.

Nell'immediato, i commentatori evidenziarono soprattutto, non senza (amara) ironia, come l'esito del regolamento fosse tutt'altro che favorevole agli attori, per i quali anzi sarebbe stato persino preferibile veder chiusa immediatamente la partita con una pronuncia di difetto di giurisdizione (che avrebbe “tronca[to] sul nascere speranze e spese di lite”), piuttosto che poterla proseguire con una

⁷ Cass., S.U., 15.06.1987, n. 5256, Foro it., 1987, I, 2015, con osservazioni soddisfatte di Cipriani F.

⁸ Cass., S.U., 14.01.1992, n. 367, Giur. it. 1993, I, 1, 1795, con nota di Satta F., La lesione di interessi legittimi: variazioni giurisprudenziali sull'inammissibilità del risarcimento e principi comunitari, e Resp. civ. prev. 1993, 332, con nota di Caranta, Problemi di responsabilità degli organi di vigilanza sui mercati mobiliari.

domanda proponibile ma ormai “predestina[ta] ... al rigetto, per carenza del diritto soggettivo leso”⁹.

Solo qualche anno più tardi la dottrina segnalò l’errore, per quanto salutato con favore, della soluzione adottata.

4.- L’occasione fu data da un’altra vicenda eclatante (con il coinvolgimento, a quanto pare, di più di 8.000 fiducianti inghiottiti da una voragine di oltre 300 miliardi di lire), pure questa risalente alla prima metà degli anni ottanta del secolo scorso ed etichettata con il nome di uno dei suoi protagonisti in negativo, il cd. “caso Sgarlata”.

Era accaduto che il Ministero dell’Industria, cui al tempo era affidata l’attività di autorizzazione e vigilanza sulle società fiduciarie, avendo accertato, mediante i propri organi ispettivi, gravi irregolarità nella gestione della fiduciaria Reno s.p.a. (di cui era dominus, per l’appunto, Luciano Sgarlata), dapprima pubblicava con notevole ritardo il provvedimento che ne revocava l’autorizzazione alla raccolta dei fondi; quindi, ne consentiva il trasferimento di attività e portafoglio al Previdenza s.p.a., senza rilevare (o considerare) né la sua precaria situazione né la circostanza che socio e amministratore fossero lo stesso Sgarlata e la moglie; a seguire attendeva lungamente prima di disporre la l.c.a. della nuova fiduciaria; e, soprattutto, diramava nel frattempo un comunicato stampa che, contro le evidenze già acquisite, rassicurava falsamente i fiducianti sulla situazione di Previdenza, tacendo le irregolarità riscontrate e lo stato di insolvenza accertato.

Diversamente da quanto avvenuto nella vicenda Cultrera, il caso Sgarlata avrebbe dato vita a diversi, autonomi, sviluppi giudiziari oggetto di segnalazione su riviste giuridiche.

In un primo giudizio, promosso davanti al Tribunale di Ravenna con la partecipazione di ben oltre mille fra attori e terzi intervenuti, il regolamento di giurisdizione sollevato dal ministro convenuto veniva dichiarato inammissibile¹⁰ con motivazioni analoghe a quelle adottate poco prima nel caso Cultrera.

Con una seconda pronuncia, richiamata la precedente, la Cassazione invece annullava la sentenza con cui il Tribunale di Roma si era dichiarato carente di giurisdizione sulla domanda risarcitoria di un risparmiatore solitario: nell’affermare la giurisdizione del giudice ordinario e nel ribadire che in astratto l’irrisarcibilità degli interessi legittimi avrebbe comportato il rigetto nel merito, la Corte

⁹ Così Satta F., op. loco cit., dove però anche la (profetica) considerazione che la qualificazione di merito, ora attribuita alla questione della risarcibilità degli interessi legittimi, avrebbe potuto aprire spazi per futuri ripensamenti; analogamente, Caranta, op. loco cit.

¹⁰ Da Cass., S.U., 02.06.1992, n. 6667, Resp. civ. prev. 1993, 576, con nota redazionale.

anticipava pure una valutazione nel concreto, ritenendo “allegato, nella sostanza, un esercizio non corretto di attività discrezionali dello Stato, che si traduce nella lesione di interessi legittimi (o addirittura di interessi semplici)”¹¹.

In altri quattro giudizi poi riuniti, che vedevano complessivamente coinvolti più di 130 risparmiatori, il Tribunale di Roma dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario sulle domande ricollegabili ai comportamenti diversi dal comunicato stampa omertoso (“di sconcertante parzialità e reticenza”), mentre riconosceva l’astratta idoneità di quest’ultimo, qualificato (“esulando dai poteri ministeriali di vigilanza sulle società fiduciarie”) come atto di natura privatistica “segnato da grave colpa”, a ledere diritti soggettivi, ritenendo tuttavia non provato il rapporto di causalità con i danni lamentati, in quanto “già subiti dai fiducianti per effetto di cause precedenti e ricollegabili ... ad altre insindacabili scelte ministeriali”¹². Proposto appello, la Corte distrettuale lo accoglieva e pronunciava sentenza non definitiva di condanna generica, disponendo una consulenza tecnica per la ricostruzione contabile delle singole posizioni¹³.

La decisione era però a sua volta cassata con rinvio, perché la S.C. per un verso limitava alla pubblicazione del comunicato stampa l’area dei fatti potenzialmente generatori di responsabilità, per altro verso escludeva la possibilità di una condanna, anche solo generica, del Ministero senza una preventiva verifica, differenziata per ciascuno dei fiducianti, della correlazione tra il momento della produzione del danno e la condotta della p.a. Era invece respinto il motivo di ricorso con cui il Ministero si doleva della mancata rimessione della causa al primo giudice ex art. 353 c.p.c.: per la ragione, che la pronuncia di difetto di giurisdizione resa dal Tribunale andava riqualficata in termini di rigetto nel merito¹⁴.

Nell’annotare quest’ultima decisione, a livello sostanziale la dottrina non mancò di sottolineare sia il dubbio che, nella prospettiva della S.C., l’unica condotta riconosciuta potenzialmente rilevante ai fini risarcitori si sarebbe collocata al di fuori dell’attività di vigilanza demandata al Ministero, il quale, si legge nella motivazione, “poteva informare o meno ... i fiducianti ... dei risultati dell’attività di controllo ... ma, una volta operata la scelta, non poteva tacere ... fatti rilevanti” (insomma, secondo

¹¹ Cass., S.U., 18.05.1995, n. 5477, Foro it., 1996, I, 1008, con osservazioni di Palmieri A.

¹² Trib. Roma, 06.03.1991, Foro it. 1991, I, 2906, con osservazioni di Caso F., dove l’insoddisfatta constatazione che la sentenza si sostanzia in “una piuttosto dura, ma assolutamente platonica reprimenda dell’operato complessivo della pubblica amministrazione”.

¹³ App. Roma, 20.06.1994, Giur. it. 1995, I, 2, 837, con nota di Weigmann, Nota in tema di vigilanza ministeriale sulle società fiduciarie.

¹⁴ Cass., S.U., 27.07.1998, n. 7339, Foro it., 1999, I, 2001, con note di Cipriani F., Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, e di Palmieri A., Il comunicato mistificatorio costa caro all’amministrazione (ma incombe la responsabilità per omessa o cattiva vigilanza).

“un paradigma che per certi versi può ricordare quello sperimentato in relazione alle inesatte informazioni economiche fornite dalle banche o da altri soggetti”¹⁵; sia l’affermazione (presente nella motivazione anche nelle due precedenti sentenze rese nella vicenda Sgarlata), sintomatica di “un atteggiamento più sensibile nei confronti delle istanze di tutela dei danneggiati”¹⁶, che pure l’attività di vigilanza “deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere*, per cui, in considerazione dei principî di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall’art. 97 Cost., la pubblica amministrazione è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall’art. 2043 c.c., atteso che tali principî si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario”. Sul versante processuale, invece, fu Cipriani ad evidenziare come le S.U. – già nel dichiarare inammissibile il regolamento di giurisdizione proposto nel caso Cultrera; e poi nelle decisioni relative al caso Sgarlata – avessero “ormai proceduto a una sorta di tacita abrogazione dell’art. 37 c.p.c. nella parte in cui prevede il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione”: risultato perseguito “meritoriamente”, ma comunque *contra legem*, “finché gli art. 37 e 353 c.p.c. continueranno a dire quello che dicono”¹⁷.

5.- Fatto sta, che proprio in dipendenza di questa sopravvenuta, e discutibile (in un contesto nel quale in via di principio era negata al privato una situazione tutelabile verso la p.a. responsabile della lesione di interessi legittimi), riqualificazione della questione, il giudizio scaturito dalla vicenda Cultrera non si chiudeva con la pronuncia di difetto assoluto di giurisdizione e veniva caparbiamente riassunto, nonostante l’esito apparisse segnato, dagli indomiti investitori.

I quali, dunque, incassavano il (prevedibile) rigetto (nel merito) del Tribunale, pronto ad aderire (“pur condividendo “i pesanti giudizi espressi dal giudice penale”) alla conclusione della irrisarcibilità ex art. 2043 c.c. della loro situazione soggettiva, in quanto non qualificabile in termini di diritto, ma di interesse legittimo (solo indirettamente considerato dall’ordinamento) all’appropriato svolgimento da parte della pubblica amministrazione, nell’esercizio della sua potestà discrezionale,

¹⁵ Palmieri A., op. loco ult. cit. Per una vicenda sotto certi aspetti analoga, in cui la S.C. ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda proposta nei confronti di una Camera di Commercio che, rilasciando un certificato di origine italiana di merci in realtà inesistenti, aveva reso possibile la truffa subita dall’acquirente, cfr. Cass., S.U., 10.02.1996, n. 1030, Danno e resp., 1996, 171, con nota di Carbone V., La camera di commercio risponde per false attestazioni.

¹⁶ Palmieri A., op. loco ult. cit. La portata innovativa di Cass., S.U., n. 6667/1992, è segnalata anche da Carbone V., La camera di commercio, cit., 174, testo e nota 7.

¹⁷ Cipriani F., op. loco ult. cit.

dei compiti ad essa demandati, nello specifico diretti a tutelare “l’interesse generale all’ordinata attivazione e alla trasparenza” del mercato mobiliare¹⁸.

Né miglior sorte aveva il giudizio di appello, deciso da App. Milano, 13.11.1998¹⁹, per quanto sulla scorta di una ben diversa motivazione, perché la Corte distrettuale (riprendendo affermazioni presenti nelle tre pronunce nel frattempo rese dalla S.C. nell’ambito della vicenda Sgarlata) richiamava i principî di legalità, imparzialità e buona amministrazione dell’art. 97 Cost. come limiti esterni all’attività discrezionale della p.a. (oltrepassati i quali la stessa sarebbe responsabile per i “danni ingiusti arrecati a terzi nell’inosservanza delle comuni regole di prudenza e diligenza ed anche nella trasgressione di norme e prescrizioni, alla cui osservanza tutti sono tenuti”) e individuava almeno in astratto una posizione di diritto soggettivo risarcibile, in conseguenza della lesione della libertà contrattuale e della integrità del patrimonio, in capo agli attori, in tesi indotti in errore dal comportamento colposo dell’autorità di vigilanza e perciò titolari di una posizione differenziata rispetto a quella del pubblico solo potenzialmente destinatario dell’informazione contenuta nel prospetto depositato presso la Consob. Tuttavia, in concreto (pure menzionando la già citata Trib. Milano, 09.01.1986, relativa alla vicenda dell’ammissione in borsa del Banco Ambrosiano²⁰), rilevava essenzialmente che la disciplina applicabile alla fattispecie (ossia il testo al tempo vigente dell’art. 18, d.l. 08.04.1974, n. 95, convertito con l. 7.6.1974, n. 216, istitutivo della Consob) non attribuiva alla Commissione alcun “effettivo potere di controllo sostanziale (riservato alle società di revisione)”. Sicché respingeva l’appello.

Sia pure in prossimità della scadenza del termine annuale, gli attori proponevano ricorso per cassazione, che veniva invece deciso, con inusuale rapidità, da Cass., 03.03.2001, n. 3132²¹, che cassava con rinvio.

¹⁸ Trib. Milano, 11.03.1996, Foro Padano 1997, I, 233.

¹⁹ In Società 2001, 570, con nota di Anello e Rizzini Bisinelli, Responsabilità della Consob per omissione di vigilanza e risarcibilità del danno.

²⁰ Supra, **nt. 1**.

²¹ Pubblicata, tra l’altro, in Nuova Giur. Civ. 2001, I, 153, con nota di Andò, Responsabilità della Consob per inadeguato controllo di prospetto falso alla luce della l. n. 216/1974; Resp. Civ. Prev. 2001, 562, con nota di Caranta, Responsabilità della Consob per mancata vigilanza e futuri problemi di giurisdizione; Danno e resp. 2001, 505, con nota di Cristiani – Dimundo, La Cassazione afferma la responsabilità della Consob per falsità di prospetto: un’occasione mancata ed un vecchio principio?; Giust. Civ. 2001, I, 907, con nota di Giacalone, Prospetto non veritiero e responsabilità della Consob; Foro it. 2001, I, 1139, con nota di Palmieri A., Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce la responsabilità della pubblica amministrazione; Banca Borsa 2002, II, 10, con nota di Perrone, Falsità del prospetto e responsabilità civile della Consob; Giur. comm. 2002, II, 5, con nota di Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte e tutela degli investitori: configurazione della responsabilità della Consob per omessa vigilanza; Corr. Giur. 2001, 880, con nota di Visentini – Bernardo, La responsabilità della Consob per negligenza nell’esercizio dell’attività di vigilanza. Commenti alla sentenza sono anche quelli di Montedoro, Questioni di giurisdizione in materia di atti illeciti delle autorità di vigilanza sui mercati, Nuova Giur. Civ. 2002, II, 33 ss.; Nastasi, La responsabilità delle autorità indipendenti per

6.- Nella decisione della S.C. merita segnalazione, anzitutto, l'esplicita premessa della mancata impugnazione (in via incidentale, evidentemente) della statuizione della sentenza di appello affermativa dell'esistenza in capo agli investitori di una posizione giuridica di diritto soggettivo astrattamente tutelabile in via risarcitoria a fronte di (eventuali) condotte colpevolmente omissive della Consob e dei suoi componenti e funzionari: statuizione dunque da considerare un punto fermo e comunque, teneva ad aggiungere la Corte, "scandita su passaggi coerenti con i principî delineati da questa corte (nelle note sez. un. 500/99, e seguiti da Cass. 1814/00, 3726/00, 14432/00), con riguardo alla cognizione dei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore degli art. 33 e 34 d.leg. 80/98".

Errate, invece, erano valutate le conclusioni della Corte di appello – "una volta accertato ... che ex actis risultava ... la falsità di essenziali dati della prescritta comunicazione e della necessaria informazione pubblica (il prospetto)" – circa l'assenza in capo alla Consob, quale "organo pubblico istituzionalmente preposto ad assicurare l'effettività di minimi standard informativi", della "potestà legale di intervenire con iniziative istruttorie, integrative, repressive su operazioni che, prima facie, quel livello di veridica informazione non fornivano". Errate perché fondate su di una lettura parziale della disciplina vigente, che viceversa già consentiva alla Consob tali iniziative, e dunque raggiunte in violazione del principio per il quale "se è indiscutibile che appartenga alla sfera riservata alle scelte dell'organo quella di utilizzare questo o quello strumento istruttorio, correttivo, repressivo a fronte di elementi di incompletezza o non veridicità della comunicazione di cui all'art. 18 [d.l. n. 95/74], è altrettanto indiscutibile — trattandosi di strumenti assegnati all'organo pubblico per l'esercizio di una funzione di vigilanza — che l'omissione di alcuna iniziativa funzionale allo scopo assegnato non può trovare esimente nell'appartenenza anche di tale omissione all'ambito della funzione stessa, tale funzione avendo oltre i noti limiti esterni della imparzialità, correttezza e buona amministrazione (sez. un. 500/99, cit.), il vincolo interno costituito dall'attivazione della vigilanza nell'interesse pubblico ... alla trasparenza del mercato dei valori mobiliari".

7.- La sentenza n. 3132/2001 è con ogni probabilità la più commentata e citata fra le decisioni in tema di responsabilità delle autorità di vigilanza e segna indiscutibilmente uno spartiacque nell'evoluzione della giurisprudenza in materia.

omissione di vigilanza, Contratto e impresa 2003, 1266 ss.; Tuozzo, La responsabilità civile della Consob tra gli obiter dicta della Cassazione e la risarcibilità in concreto, Contratto e impresa 2001, 953.

Tuttavia non può farsi a meno di evidenziare, in primo luogo, come essa sia stata il risultato di una serie di fortunate coincidenze, a partire dalla proposizione del regolamento di giurisdizione deciso da Cass., S.U., n. 367/1992, cit., che sembrava aver condannato al rigetto le domande delle vittime dell'architetto Cultrera e che invece – non prevedibilmente risolto nel senso dell'inammissibilità – consentì che il giudizio proseguisse e ne prolungò il corso di quel tanto necessario ad evitare che la sentenza di secondo grado passasse in giudicato prima della pronuncia di Cass., S.U., 22.07.1999, n. 500²²: pronuncia che, verosimilmente, per un verso avrà rincuorato gli ormai forse sfiduciati attori, con la consapevolezza che anche l'eventuale riqualificazione, in sede di legittimità, della loro posizione soggettiva in termine di interesse legittimo non li avrebbe per ciò solo privati di tutela risarcitoria, inducendoli così, dopo oltre dodici anni dalla citazione del 1987, all'ulteriore sforzo di impugnare la sentenza di appello che aveva escluso illegittimità nella condotta della Consob; e per altro verso avrà convinto la Consob e gli altri resistenti dell'inutilità di impugnare in via incidentale il riconoscimento in capo agli attori di un diritto soggettivo, alla libertà contrattuale e alla integrità del patrimonio, in astratto suscettibile di lesione (e dunque risarcibile) in conseguenza di omissioni nella sua attività di vigilanza.

Al contempo – ferma la rilevanza del riconoscimento che, nel concreto, la disciplina dei poteri della Consob non può essere interpretata nel senso di “ridurre il ruolo dell'organo di garanzia a quello di un ufficio di deposito atti”, il quale dunque può essere chiamato a rispondere in via risarcitoria dei danni subiti dagli investitori qualora ometta del tutto ogni iniziativa in presenza di evidenti falsità – è un dato di fatto che la sentenza dichiaratamente non prenda posizione, atteso il vincolo da giudicato interno, sulla natura della situazione soggettiva lesa.

Né un'indicazione può trarsi dal passaggio, in cui la S.C. riconosce nella sentenza di appello una motivazione “scandita su passaggi coerenti con i principi delineati” da Cass., S.U., n. 500/1999.

Invero, App. Milano, 13.11.1998, ragionava in termini di (potenziali) lesioni, in capo agli investitori in tesi indotti in errore dal comportamento illegittimo dell'autorità di vigilanza, dei diritti alla libertà contrattuale ed alla integrità del patrimonio.

Si tratta di una prospettiva che, con specifico riferimento alla responsabilità delle autorità di vigilanza, si trovava già seguita da Cass., 27.10.1994, n. 8836²³, relativa alla controversia instaurata

²² Tra l'altro in Banca Borsa 2000, II, 10, con nota di Capriglione, Responsabilità ed autonomia delle Autorità di controllo del mercato finanziario di fronte alla “risarcibilità degli interessi legittimi”, con sguardo essenzialmente rivolto alla posizione dei soggetti vigilati rispetto ai provvedimenti delle autorità. Per ulteriori indicazioni, v. Palmieri A., Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza, cit., nota 1.

²³ In Banca Borsa 1995, II, 534, con note di Lener, La Cassazione chiude (definitivamente?) il dibattito sulla natura delle “quote” delle casse di risparmio, e di Scognamiglio Cl., Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno

da alcuni portatori di quote di risparmio emesse dalla Cassa di Risparmio e Depositi di Prato, sottoposta dopo alcuni anni a gestione commissariale a seguito dell'emersione di sofferenze e perdite di importo ingentissimo. Costoro agirono dunque, sul finire del 1988, deducendo la nullità (per la "illimitatezza" della durata dei titoli, destinati ad essere rimborsati solo al momento della liquidazione della Cassa) ovvero in subordine l'annullabilità (per dolo o errore essenziale) dei negozi di sottoscrizione dei titoli e addebitando alla Banca d'Italia (convenuta insieme alla Cassa) di non aver esercitato diligentemente le proprie funzioni di vigilanza, fra l'altro autorizzando l'operazione di emissione dei titoli senza tenere conto dell'effettiva situazione patrimoniale dell'azienda di credito: le domande, integralmente rigettate in primo grado, nel successivo furono accolte, secondo la prospettazione principale, ma solo verso la Cassa, mentre la Corte di appello dichiarò il difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della Banca d'Italia, qualificando di interesse legittimo le posizioni dei privati rispetto all'esercizio dei poteri di controllo e di repressione a questa conferiti. In sede di legittimità, insieme al ricorso principale della Cassa, fu accolto anche quello incidentale dei quotisti, con conseguente rinvio per la decisione della domanda di annullamento e di quella risarcitoria, ritenuta proponibile pure nei confronti dell'autorità di vigilanza per la prospettata "lesione di un diritto soggettivo, ...lesione ... inferta all'integrità del patrimonio e, più specificamente, al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio" in conseguenza di "un comportamento colpevole consistito nella diffusione di informazioni inesatte, in omissioni ovvero in leggerezze e negligenze commesse dalla pubblica amministrazione nell'esercizio di poteri di vigilanza e controllo"²⁴.

E però, in direzione esattamente opposta²⁵, Cass., S.U., n. 500/1999, individua un espediente, per quanto apprezzabile, nel "riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla

meramente patrimoniale; Società 1995, 349, con nota di Tarzia Gio., Le partecipazioni dei privati nelle casse di risparmio: il verdetto della Cassazione.

²⁴ Affermazioni di principio corrispondenti, ed in effetti dovute al medesimo estensore, si leggono in Cass., Sez. Un., 15.11.1994, n. 9593, Corr. Giur., 1995, 205, con nota di Jannarelli, Risarcimento del danno e responsabilità della p.a., in una vicenda in cui l'utilizzatore di un'autovettura in leasing, avendo subito danni in un sinistro stradale e contestando la validità delle clausole del contratto per le quali sarebbero rimasti a suo carico gli oneri inerenti al godimento e alle riparazioni dell'autovettura, agiva nei confronti non solo della società concedente, bensì pure del Ministero dell'Industria, in quanto autorità preposta alla vigilanza sull'attività di leasing, per aver consentito, omettendo i dovuti controlli, l'inserimento nei contratti delle clausole in questione: nel concreto, però, i giudici di merito – con statuizioni condivise dalla S.C. – avevano rilevato l'insussistenza di un obbligo di vigilanza del Ministero sul contenuto dei contratti di locazione finanziaria e conseguentemente escluso la stessa possibilità astratta di ravvisare un diritto soggettivo del privato. Degna di rilievo è la circostanza che la Corte condivida anche la scelta di definire conseguentemente il giudizio con pronuncia di difetto assoluto di giurisdizione anziché, secondo il nuovo corso inaugurato ormai da qualche anno pure nelle controversie fra privati e p.a., con rigetto nel merito.

²⁵ Cfr. Andò, Responsabilità della Consob, cit., 171; Perrone, Falsità del prospetto, cit., 22.

dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale..."; espediente non più necessario, evidentemente, "una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del "danno ingiusto", e che è ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo", purché ritenuti prevalenti all'esito del preliminare "giudizio di comparazione" con "l'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire".

Sicché la coerenza con i principi dettati dalle Sezioni Unite parrebbe piuttosto riferita – una volta individuato (come appunto spiegano le Sezioni Unite) un qualunque "interesse rilevante per l'ordinamento ... indifferentemente tutelato nelle forme del diritto soggettivo ... dell'interesse legittimo ... o altro interesse ... giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto)" – al necessario riscontro, al fine di "stabilire se l'evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della p.a.", della "violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità": violazione sempre richiesta da Cass., S.U., n. 500/1999, per affermare la responsabilità della p.a., e che però, a ben vedere, parrebbe manifestare una sua effettiva, autonoma rilevanza proprio nelle ipotesi in cui il danno lamentato non sia quello del destinatario di un determinato provvedimento illegittimo (l'accertamento della cui illegittimità assorbirebbe o almeno consentirebbe di presumere, salva prova contraria, la colpa)²⁶, quanto piuttosto quello subito dal privato in conseguenza dell'omessa o carente attività di controllo, vigilanza, intervento dell'autorità preposta²⁷.

8.- Di certo Cass., n. 3132/2001 accende o almeno rinfocola plurimi fronti di dibattito²⁸.

In primo luogo, quello relativo alla corretta individuazione della situazione soggettiva risarcibile, solo da taluni²⁹ ricondotta al preesistente diritto alla libertà contrattuale ovvero alla integrità del

²⁶ Cfr. Fazzalari, Responsabilità aquiliana e compiti del giudice, civile e amministrativo, Riv. dir. proc. 2000, 297.

²⁷ Così Caranta, La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità, Foro it., 1999, I, 3206-3209, che accomuna sotto questo profilo la responsabilità della p.a. tenuta alla manutenzione delle strade e quella delle autorità di vigilanza nel settore della raccolta del risparmio.

²⁸ Per i quali si vedano anzitutto i commenti alla sentenza, già citati in nota [21](#).

²⁹ Cfr. Krasna, Responsabilità civile delle autorità di vigilanza, Dig. Civ., IV, Agg. II, Torino 2003, 1143.

patrimonio; per altri (esclusa la rilevanza di simili posizioni soggettive, ritenute alquanto evanescenti) qualificabile piuttosto in termini di oggettivo affidamento a fronte di doveri di comportamento (che sarebbero) espressivi di obblighi di protezione verso il pubblico (derivanti dallo status istituzionale) dell'autorità di vigilanza, la cui violazione sarebbe fonte di responsabilità da contatto qualificato – alternativamente riconducibile a quella aquiliana³⁰ ovvero (attesa la preesistenza dell'obbligo violato) contrattuale³¹ – e che (sia pure solo in epoca successiva agli accadimenti della vicenda Cultrera) avrebbero trovato riconoscimento dapprima nell'art. 4 del cd. decreto Eurosim (d.lgs. 23.07.1996, n. 415)³² e quindi in numerose disposizioni (attualmente circa una trentina, fra cui gli artt. 5, 62 e 91) del TUF (d.lgs. 24.02.1998, n. 58), che costantemente individuano pure “la tutela degli investitori” tra gli obiettivi dell'attività di vigilanza (in ogni settore in cui è affidata alla Consob e alla Banca d'Italia nelle aree di rispettiva competenza³³ (mentre non pare potersi dire altrettanto, con riferimento alle finalità della vigilanza sul sistema bancario, per il TUB, atteso che secondo l'art. 5, co. 1, d.lgs. 01.09.1993, n. 385, “Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia”, senza riferimenti alla tutela dei singoli risparmiatori)³⁴.

In ogni caso con esclusione della categoria dell'interesse legittimo, il privato non essendo interessato alla legittimità di singoli atti della p.a. e quindi alla rimozione (degli effetti) di quelli

³⁰ Dimundo, La responsabilità degli organi di vigilanza, cit., 536-537; Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte, cit., 20-22.

³¹ Così – sulle orme di Castronovo, Obblighi di protezione, voce dell'Enc. Giur., XXI, ... Id., La nuova responsabilità civile, Milano 2006, spec. 443 ss., 517 ss.; e sulla scorta dell'atipicità del sistema delle fonti delle obbligazioni delineato dall'art. 1173 c.c. – Scognamiglio Cl., Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria, cit., 543, e 546 ss. Analogamente, Di Majo, Controversie meramente risarcitorie nei riguardi della p.a. e danno da mancata protezione, Corr. Giur., 2003, 737 ss.; Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari: è davvero da escludersi la possibilità di una condanna della Consob per responsabilità contrattuale (magari, in futuro, con class action)?, Corr. Giur. 2011, 1285 ss., che sottolinea la natura qualificata, per quanto diffusa, del contatto, in ragione dell'affidamento ingenerato dal ruolo istituzionale rivestito dall'autorità di vigilanza. Perplesso, invece, Mazzamuto, Verso una responsabilità civile delle *Authorities*?, Danno e Resp. 2000, 368-369.

³² La rilevanza della novità, ai fini della tutela risarcitoria nei confronti dell'autorità di vigilanza, è segnalata ad es. già da Dimundo, La responsabilità degli organi di vigilanza, cit., 535-536.

³³ Cristiani – Dimundo, La Cassazione afferma la responsabilità della Consob, cit., 514-515; Perrone, Falsità del prospetto, cit., 25-26; Rordorf, La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio, Foro it. 2000, V, 145 ss.; Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte, cit., 20 e 25-26; Visentini – Bernardo, La responsabilità della Consob, cit., 889-890; Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit., 1284.

³⁴ Cfr. Visentini – Bernardo, La responsabilità della Consob, cit., 889-890; Scognamiglio Cl., Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria, cit., 551, testo e nota 67.

illegittimi, bensì al ristoro di un pregiudizio patrimoniale patito in conseguenza di carente attività di vigilanza nel suo complesso³⁵.

E con l'apertura di un'alternativa potenzialmente gravida di rilevanti conseguenze in punto di termine di prescrizione, riparto degli oneri probatori, delimitazione delle conseguenze dannose risarcibili.

A seguire – e pur trascurando volutamente il tema della puntuale ricognizione dei poteri di controllo e intervento concretamente e doverosamente esercitabili dalla Consob – quello, non indipendente dal precedente, del grado di diligenza richiesto per escludere la responsabilità (dei componenti e dipendenti) dell'autorità di vigilanza, taluni ritenendo necessaria la diligenza congrua in relazione alla natura dell'attività (professionale) esercitata ex art. 1176, co. 2, c.c.³⁶, altri limitando la responsabilità ai casi di dolo o colpa grave³⁷, eventualmente attraverso il richiamo al disposto dell'art. 2236 c.c. in tema di professioni intellettuali laddove la prestazione implichi “la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”³⁸.

Per giungere così alla preoccupazione (alimentata anche dal confronto con ordinamenti stranieri, in cui le autorità di vigilanza sui mercati finanziari godono di più o meno estese esenzioni da responsabilità)³⁹, che quanto più si allargano le maglie della tutela risarcitoria, tanto più si rischia di pregiudicare l'efficienza degli organismi di vigilanza. Questi, per un verso, sarebbero indotti ad effettuare verifiche assai più penetranti ma tali da paralizzarne o rallentarne eccessivamente l'attività e da esporli – presi, si direbbe, tra due fuochi – alle iniziative anche risarcitorie dei soggetti vigilati e pregiudicati nel loro interesse legittimo pretensivo a veder (tempestivamente) autorizzate le proprie iniziative imprenditoriali sottoposte al vaglio preventivo dell'organismo; e, per altro verso, potrebbero vedersi sommersi da richieste risarcitorie da parte di privati (istintivamente o razionalmente) portati, per la presenza di un soggetto capiente alla cui tasca profonda

³⁵ Palmieri A., Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza, cit., testo e nota 19; Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte, cit., 22-23; Visentini – Bernardo, La responsabilità della Consob, cit., 887-888; Scognamiglio Cl., Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria, cit., 543. In senso contrario v. però Giovagnoli, Riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici: i rapporti individuali di utenza e le controversie meramente risarcitorie, Urbanistica e appalti 2003, 1179-1180; Fratini, Le Sezioni Unite sui danni da omessa vigilanza CONSOB, Urbanistica e appalti 2005, 1418 ss.

³⁶ Romagnoli, La Consob e la sollecitazione all'investimento; esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori, Giur. comm. 2001, I, 757-759.

³⁷ Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte, cit., 30. Ai soli casi di dolo auspica Mazzamuto, Verso una responsabilità civile delle *Authorities*?, cit., 368.

³⁸ Monateri, La responsabilità civile delle autorità garanti, Danno e resp. 2000 362-363.

³⁹ Cfr., anche per riferimenti, Scotti O., Diffusione di informazioni inesatte, cit., pp. 32-33, nota 84; Pastore, Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in via di definizione, Danno e resp. 2011, 1180 ss.; Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit., 1282, testo e nota 6; Lombardi E.M., La responsabilità delle autorità di sorveglianza del mercato finanziario: regola aurea o «all that glitters is not gold»? , Nuova Giur. Civ. 2016, 1409 ss.

all'occorrenza attingere, a compiere scelte di investimento meno meditate se non avventurose, con costi destinati in ultima battuta a ricadere sulla massa dei contribuenti⁴⁰.

Ancora, nell'immediatezza della pronuncia, il profilo della giurisdizione, ora però diversamente declinato, ossia non in termini di possibile difetto assoluto, ma di corretto riparto⁴¹.

9.- Al riguardo, Cass., n. 3132/2001, recava, al pari di Cass., Sez. Un., n. 500/1999, l'espressa limitazione dei principi affermati "ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore degli art. 33 e 34 d.leg. 80/98": tanto in ragione dell'istituzione di nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, estesa anche al "risarcimento del danno ingiusto" (art. 35, d.lgs. n. 80/1998), tra le quali "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare".

Nel vigore della precedente disciplina si colloca, emblematica, Cass., Sez. Un., 22.07.1993, n. 8181⁴², relativa alla vicenda della Banca Popolare di Fabrizia, di cui la Banca d'Italia e il Ministero del Tesoro, dopo aver revocato l'autorizzazione all'esercizio del credito, avevano disposto la liquidazione e, all'esito, l'incorporazione nella Banca Popolare di Crotone. Con separate domande agivano nei confronti (anche) della Banca d'Italia e del Ministero, per il risarcimento dei danni asseritamente patiti, due fratelli, già soci e componenti del c.d.a. della banca incorporata: riuniti i giudizi, nei due gradi di merito veniva dichiarata la carenza di giurisdizione. Proposto ricorso da entrambi gli originari attori, la S.C. chiariva in premessa che "l'imprenditore, il quale eserciti la raccolta del risparmio dell'attività creditizia, è soggetto ai poteri pubblicistici di controllo e repressione dell'Amministrazione, ..., sì che le posizioni di detto imprenditore (e, conseguentemente, dei soci di una impresa societaria), a fronte degli atti di esercizio di quei poteri, hanno sin dall'origine consistenza d'interessi legittimi, essendo protetti solo occasionalmente, nei limiti in cui coincidano con l'interesse pubblico generale; con la ulteriore conseguenza che, perfino dopo che gli atti amministrativi, tempestivamente impugnati davanti al giudice amministrativo, siano stati annullati, deve negarsi la facoltà di esperire l'azione risarcitoria davanti al giudice ordinario, stante la

⁴⁰Andò, Responsabilità della Consob, cit., 169; Palmieri A., Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza, cit., testo e nota 27; Rordorf, Sollecitazione all'investimento: poteri della Consob e tutela degli investitori, Foro it. 2001, V, 270-272.

⁴¹Caranta, Responsabilità della Consob, cit., 575 ss.; Perrone, Falsità del prospetto, cit., 26-27; Montedoro, Questioni di giurisdizione, cit., pp. 34-38.

⁴²In Giur. It. 1995, 1133, con nota di De Lucia, Attività provvedimento illegittima della P.A. e risarcimento del danno; e Banca Borsa, 1994, II, 113, con nota di Galanti, Diritti e interessi di fronte all'esercizio di poteri autoritativi delle autorità di controllo. Per un commento v. anche Cendon – Gaudino – Ziviz, Responsabilità civile, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1995, 673-675

configurabilità di un diritto al ristoro del danno solo in presenza di una lesione di diritti soggettivi”, per poi valutare separatamente i due ricorsi, rigettando quello del socio che aveva posto a fondamento della sua domanda “l’illegittimità del decreto del Ministro del Tesoro, la cui emanazione sarebbe stata determinata da comportamenti fuorvianti della Banca d’Italia”, ed accogliendo (con rinvio al giudice di primo grado) quello dell’altro, che invece “aveva dedotto, a fondamento dell’instaurata azione risarcitoria, la preordinazione e la realizzazione, a danno della Banca Popolare di Fabrizia e dei soci di essa, di una dolosa macchinazione, con la partecipazione dei funzionari della Banca d’Italia, sostanzialmente al fine di eliminarla dal mercato creditizio e di provocarne l’ingiustificata incorporazione in altra azienda di credito”, così denunciando “non ... mere illegittimità di atti amministrativi ..., ma ... comportamenti personali illeciti, che avevano fiancheggiato l’attività provvedimento propriamente amministrativa e che erano direttamente lesivi del diritto all’integrità del patrimonio della Banca Popolare di Fabrizia, e dei quotisti di essa, e del diritto alla libera esplicazione di una consentita attività negoziale relativa al patrimonio”.

C’è da chiedersi, se gli esiti di questa singolare vicenda (nella quale la S.C. sembra considerare i soci come portatori della medesima posizione della Banca, ossia il soggetto sottoposto alla vigilanza) sarebbero stati gli stessi, una volta (ammessa la tutela risarcitoria degli interessi legittimi e) attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva, estesa al risarcimento del danno. O se, invece del diniego assoluto di giurisdizione per la domanda fondata sull’illegittimità del provvedimento e dell’attribuzione al g.o. di quella che prospettava una vera e propria macchinazione, non si sarebbe potuti giungere, per entrambe, al riconoscimento della giurisdizione amministrativa.

Ancora, in un giudizio instaurato nel 1997 innanzi al Tribunale di Roma agivano contro l’ISVAP e il Ministero dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato i soci della società di assicurazioni L’Edera, deducendo che la stessa aveva deliberato e comunicato la rinuncia a tutte le autorizzazioni rilasciatele per l’esercizio dell’attività assicurativa; che successivamente, anziché prendere atto della rinuncia e della conseguente decadenza verificatasi ex lege, l’ISVAP aveva contestato alla società una serie di inadempienze, sulla scorta delle quali aveva poi provocato l’adozione di un provvedimento del Ministero di revoca delle medesime autorizzazioni e di contestuale sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa; che avverso il predetto provvedimento la società aveva proposto ricorso al Tar; che in realtà tanto i provvedimenti dell’ISVAP, quanto quelli del Ministero, in quanto successivi alla decadenza della società per rinuncia alle autorizzazioni, erano giuridicamente inesistenti. Per poi chiedere al giudice ordinario l’accertamento della loro

inesistenza e la condanna dell'ISVAP e del Ministero al risarcimento dei danni per l'effetto patiti. Adita con regolamento di giurisdizione, Cass., Sez. Un., 27.01.1999, n. 4⁴³, riconosciuto che l'impresa, la quale rinunci espressamente all'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa, esercita un proprio diritto soggettivo perfetto cui consegue la decadenza dall'autorizzazione stessa, attribuiva al giudice ordinario la giurisdizione su tutte le domande proposte, ma solo dopo aver espressamente verificato l'inapplicabilità, *ratione temporis*, dell'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, "che devolve ... alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sulle assicurazioni, tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi".

Ma dubbi si ponevano anche per le domande risarcitorie di semplici investitori, come nella fattispecie considerata da Cass., S.U., 06.04.2001, n. 149/01/S.U.⁴⁴, e da Cass., S.U., 28.11.2001, n. 15139⁴⁵, in cui era chiesta la condanna (anche) di Consob e Banca d'Italia, per non aver svolto in modo appropriato le attività di vigilanza ed ispezione ad esse demandate, consentendo che tal Francesco Carrubba, un promotore finanziario radiato, "creasse la falsa apparenza di un legittimo esercizio della propria attività", così intascando, tramite una società (successivamente fallita, al pari del promotore) di cui si sarebbe dovuto disporre la chiusura, i risparmi degli attori: le Sezioni Unite – preso atto che "nel caso, la domanda imputa alla pubblica amministrazione, come fatto che ha prodotto il danno, non un provvedimento di cui si chiede l'annullamento, ma solo un comportamento omissivo" – dichiarava inammissibile il regolamento di giurisdizione proposto dalla Banca d'Italia, "perché stabilire se spetta al giudice ordinario pronunciare sulla domanda di risarcimento del danno proposta per violazione di funzioni istituzionali nei confronti della Banca d'Italia e dalla Consob ... è questione di merito e non di giurisdizione, secondo il principio enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza 22 agosto 1999 n. 500": ma a questa conclusione perveniva non prima di aver accuratamente verificato di non dover applicare "né l'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, perché dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sent. n. 292 del 2000, né l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, perché privo di efficacia retroattiva", solo per questa via ritenendo "dimostrato che, in relazione alla domanda di risarcimento del danno proposta in confronto della Banca d'Italia davanti al giudice ordinario, non si può individuare una norma, vigente nel momento

⁴³ In Resp. civ. prev. 2000, 673, con nota di Caranta, Provvedimento di decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività di assicurazione e giurisdizione del giudice ordinario.

⁴⁴ In Corr. giur. 2001, 1161, con nota di Di Majo, Vecchio e nuovo nel riparto di giurisdizione nel tempo.

⁴⁵ In Corr. Giur., 2002, 153, con nota di Carbone V. e Nasti, È ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta da un investitore nei confronti della Banca d'Italia e della Consob per violazione delle funzioni di vigilanza sull'attività di un promotore finanziario?

in cui la domanda è stata proposta o retroattivamente applicabile, che l'abbia devoluta al giudice amministrativo”.

10.- A fare un po' di chiarezza o, comunque, a porre fine ai dubbi – prima e indipendentemente dall'intervento di Coste cost., 06.07.2004, n. 204 (su cui *infra*) – provvedeva però Cass., Sez. Un., 02.05.2003, n. 6719⁴⁶, in relazione ad un'altra vicenda assurta agli onori delle cronache.

Nell'ottobre 2000 un gruppo di oltre cento risparmiatori agiva dinnanzi al Tar del Lazio chiedendo la condanna di Consob e Banca d'Italia (nonché della Repubblica Italiana), ritenute responsabili per aver consentito che l'agente di cambio de Asmundis e la società di intermediazione mobiliare Professione e Finanza Sim per anni (dal 1990 fino al fallimento nel 1996) continuassero ad operare sul mercato in violazione di elementari regole di trasparenza e stabilità, così concorrendo a determinare la perdita dei risparmi nel frattempo affidati ai due operatori e da costoro (anziché utilizzati per acquistare titoli) distratti a favore proprio o di terzi.

In sede di regolamento preventivo, sollevato dalla Consob, la S.C. affermava la giurisdizione del giudice ordinario osservando che:

- a) occorre distinguere, “nel campo di materia individuato dal complesso di poteri e compiti delle autorità di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare, ... accanto alla classe delle controversie tra autorità preposta alla vigilanza sul settore di mercato ed operatori del settore soggetti a tale vigilanza, una seconda classe di controversie, che si caratterizza per il tratto di non dare luogo ad un rapporto tra utente del servizio ed autorità che vi è preposta, se non quando il modo in cui la vigilanza è stata svolta o non svolta assurge a fonte di danno”;
- b) le disposizioni dell'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, “esibiscono bensì sul piano letterale la costruzione per cui è regola che tutte le controversie in materia di pubblici servizi sono devolute alla giurisdizione esclusiva e costituisce eccezione che solo talune controversie ne sono escluse”: in particolare, “l'espressione per cui sono oggetto di devoluzione tutte le controversie in materia di pubblici servizi, riferita alla vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare, non consente di individuare come materia se non il complesso delle attività e dei compiti, che alle autorità di vigilanza sono attribuiti per la regolazione di tali settori di mercato”, sicché “sul piano della interpretazione letterale e logica, non si può rifiutare una

⁴⁶ In Resp. civ. prev. 2004, 165, con nota di Caranta, La responsabilità delle autorità di vigilanza per mancato o insufficiente esercizio dei loro poteri; Corr. Giur. 2003, 734, con nota di Di Majo, Controversie meramente risarcitorie, cit.; Urbanistica e appalti 2003, 1163, con nota di Giovagnoli, Riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici, cit.

lettura della norma nel senso che anche le controversie del tipo in discussione presentino con la materia un collegamento”;

- c) tuttavia, tra le controversie escluse (in deroga alla generale devoluzione al g.a. di tutte quelle “riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi”) vi sono, ai sensi dell’art. 33, co. 2, lett. e), d.lgs. n. 80/1998, “le controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose”: espressione da intendersi, secondo la Corte, non in senso letterale, bensì come comprensiva delle controversie “nelle quali il bene della vita su cui si appunta la tutela non è riconducibile alla nozione di persona o cosa”. Ebbene, secondo “l’unica plausibile interpretazione della norma ... meramente risarcitoria è la controversia la quale, per sé e non per il tipo di tutela che la parte chiede in concreto, può assumere a suo contenuto solo una pretesa di risarcimento del danno. La ragione per cui un tale tipo di controversie resta dunque alla giurisdizione ordinaria e non è devoluta alla giurisdizione esclusiva, pur se si genera nell'area delle attività riconducibili alla nozione di pubblico servizio, è perciò da vedere nel fatto che il risarcimento non si presenta come mezzo di completamento della tutela, in casi in cui l'utente attende dal titolare del servizio la soddisfazione di un suo interesse non realizzato, ma è l'unico mezzo di tutela che l'ordinamento offre a soggetti rimasti danneggiati per colpa del titolare del servizio, in occasione dell'esercizio dei poteri e dello svolgimento dell'attività in cui il pubblico servizio si risolve. A tale ambito, quindi, possono essere certamente ricondotti i casi, come quello in esame, in cui il danno è stato risentito da risparmiatori, come effetto del modo in cui i poteri di vigilanza sono stati esercitati o non esercitati”.

Con motivazione che si caratterizza per la contrapposizione fra una lettura ampia della classe delle controversie in materia di pubblici servizi riferita alla vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare (proposizione sub b) ed una lettura almeno altrettanto ampia della deroga relativa alle controversie meramente risarcitorie “che riguardano il danno alla persona o a cose” (proposizione sub c), espressione a ben vedere probabilmente concepita con il pensiero rivolto a danni derivanti da attività lato sensu “materiali” della p.a., ossia neppure mediatamente riconducibili all’esercizio di pubbliche funzioni⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. Di Majo, Controversie meramente risarcitorie, cit., 740. E v. anche Izzo, Autorità amministrative indipendenti, in La giurisdizione. Dizionario del riparto, diretto da Verde G., Bologna 2010, 136-137, testo e nota 136

Ma con soluzione ad ogni modo confermata, pur dopo l'intervento di Coste cost., 06.07.2004, n. 204⁴⁸, da Cass., S.U., 29.07.2005, n. 15916⁴⁹, a definizione del regolamento preventivo sollevato dalla Consob nel corso di due altri giudizi rispettivamente introdotti nel 1999 davanti al g.a. dal curatore del fallimento di una società di fatto tra Sergio Bottega, un agente di cambio, ed alcuni promotori finanziari, e da un creditore ammesso al passivo del fallimento, i quali addebitavano alla Consob di essere intervenuta tardivamente, nonostante le irregolarità da tempo riscontrate, inibendo l'attività dell'agente quando ormai il dissesto era manifesto ed i risparmi a lui affidati irrecuperabili. Preso atto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità (parziale) del co. 1 e (integrale) del co. 2, art. 33, d.lgs. n. 80/1998, la S.C. per un verso ribadiva la distinzione fra la posizione dei soggetti sottoposti ai poteri dell'autorità di vigilanza (e dunque titolari di interessi legittimi) e quella dei risparmiatori (titolari di diritti soggettivi suscettibili di essere lesi da quelli che si manifestano come "comportamenti" illeciti dell'autorità)⁵⁰, per altro verso individuava (e valorizzava, oltre l'apparente portata del solo dispositivo)⁵¹ la ratio della declaratoria di incostituzionalità del predetto co. 2 nella "considerazione che le controversie indicate in via esemplificativa in detta disposizione come ricomprese nell'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ... non vedono normalmente coinvolta la pubblica amministrazione-Autorità e non possono essere quindi sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario", sicché, "venuta meno ... tale attribuzione, non vi era motivo di mantenere il riferimento alle controversie meramente risarcitorie" come oggetto di un limite esplicito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵².

⁴⁸ Anche in Corr. Giur. 2004, 1167, con note di Carbone, Consolo, Di Majo, Il "waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento.

⁴⁹ In Urbanistica e appalti 2005, 1413, con nota di Fratini, Le Sezioni Unite sui danni da omessa vigilanza, cit.

⁵⁰ Per la considerazione, sia pure formulata in tutt'altro ambito, secondo cui la controversia risarcitoria, allorché il privato lamenta la mancata adozione di iniziative doverose (nella specie, non aver provveduto al risanamento statico di in terrapieno poi franato), continua ad avere ad oggetto meri comportamenti illeciti, pur quando si deduca che alla produzione del danno abbiano contribuito provvedimenti della stessa p.a. (nella specie, il rilascio di concessioni edilizie per la realizzazione di manufatti, che avrebbe aggravato il rischio statico della zona), i quali tuttavia non rilevano "come atti illegittimi in sé, da cui sarebbe derivato il danno lamentato", cfr. Cass., S.U., 20.10.2006, n. 22521, Corr. Giur. 2007, 41, con nota di De Luca, I "comportamenti" non sorretti da alcun potere. ancora dubbi sulla giurisdizione; Corr. Merito 2007, 140, con nota di Maddalena, Giurisdizione sui comportamenti omissivi della p.a. secondo le Sezioni Unite; Urbanistica e appalti 2007, 49, con nota di Meale, I meri comportamenti dell'Amministrazione pubblica nel riparto di giurisdizione.

⁵¹ Cfr. Palmieri A. - Caputi, Consob o polizza assicurativa (senza premio e massimale) per gli investitori?, Danno e resp. 2005, 779; Garofoli, I servizi pubblici, in Caringella - De Nictolis - Garofoli - Poli, Il riparto di giurisdizione, Milano 2008, 497 ss.; Id., Responsabilità dell'amministrazione e del singolo dipendente: il riparto, 1331 ss.; Verde G., Introduzione, in La giurisdizione. Dizionario del riparto, cit., 10-11.

⁵² In senso conforme v. pure Cass., S.U., 11.07.2006, n. 15667, relativa al giudizio risarcitorio promosso dinanzi al TAR Puglia da alcuni istituti religiosi nei confronti della Banca d'Italia, della Consob e del Ministero dell'economia e delle

11.- Nel frattempo, le novecento vittime dell'architetto Cultrera provvedevano a riassumere il giudizio di rinvio, ottenendo un pieno riconoscimento delle proprie pretese.

App. Milano, 21.10.2003⁵³, rilevata la presenza di falsità facilmente accertabili nelle informazioni rilevanti presenti nel prospetto dell'operazione HVST e preso atto della titolarità in capo alla Consob del conseguente potere di inibire l'operazione, riconosceva la sussistenza di un comportamento omissivo colposo dell'autorità e del nesso causale, perché il tempestivo e corretto esercizio dei poteri di vigilanza avrebbe potuto impedire l'inizio dell'operazione o quantomeno avrebbe reso edotti gli investitori del valore effettivo delle quote, pari all'incirca alla metà di quello nominale, così dissuadendoli dalla sottoscrizione; escludeva qualunque responsabilità concorrente ex artt. 2056 e 1227 c.c. degli investitori, che per un verso avevano fatto legittimo affidamento sulla veridicità del prospetto informativo sottoposto al controllo della Consob e per altro verso non avrebbero avuto motivo di allarmarsi, nonostante le preoccupanti notizie successivamente diffuse dalla stampa, in assenza di interventi dell'autorità di vigilanza; ai sensi degli artt. 2056 e 1223 c.c. determinava il danno in misura corrispondente, per ciascun risparmiatore, all'intero importo versato per la sottoscrizione delle quote acquistate (complessivamente circa 6,3 milioni di euro, per una media di ca. € 7.000 pro capite), nulla essendo stato recuperato in sede concorsuale e non potendosi ridurre il danno neppure del valore effettivo delle quote al momento delle sottoscrizioni, che non sarebbero avvenute se l'operazione fosse stata inibita o se il prospetto non avesse riportato le informazioni false sfuggite alla Consob; affermava la responsabilità (concorrente pure con quella dei promotori dell'operazione, tuttavia non oggetto di domanda per la loro sottoposizione a procedure concorsuali) solidale, ex art. 28 Cost., dei componenti e funzionari Consob (tutti, salvo uno), della Consob stessa, nonché del Ministero (del Tesoro, poi) dell'Economia e delle Finanze, dal quale all'epoca dei fatti la Consob dipendeva.

Per quanto soddisfacente per gli investitori, la decisione appariva però affetta da qualche approssimazione nel determinare la misura del danno risarcibile in maniera assolutamente uniforme per tutti, senza dare rilievo a possibili distinguo, come, ad esempio, la qualità soggettiva

finanze, per difetto di vigilanza sulle attività finanziarie di alcune società, dichiarate fallite o sottoposte a liquidazione coatta amministrativa nel 1996.

⁵³ In Resp. civ. prev. 2004, 165, con nota di Caranta, La responsabilità delle autorità di vigilanza, cit.; Nuova giur. civ. 2004, 203, con note di Lucchini Guastalla, Falsità del prospetto informativo, danno agli investitori e responsabilità civile della Consob, e di Andò, Nesso di causalità fra omessa vigilanza e danno risentito dagli investitori. Criteri di quantificazione del danno; Contratti 2004, 329, con nota di Santucci, Responsabilità della Consob per omessa vigilanza colposa

di ciascun danneggiato (tra costoro potendovi essere anche investitori professionali e dunque capaci di individuare prima e più agevolmente eventuali anomalie dell'operazione) ovvero il tempo delle singole sottoscrizioni (potendo forse riconoscersi un concorso di colpa del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, co. 1, c.c., almeno per quelle immediatamente successive alla diffusione delle notizie giornalistiche che segnalavano la pericolosità dell'investimento)⁵⁴.

Ed in effetti la sentenza della Corte di appello sarebbe stata (parzialmente) annullata proprio per talune carenze di "individualizzazione" delle sue statuizioni.

12.- Proposti ricorsi incrociati da tutte le parti, compresi gli investitori (per il mancato riconoscimento della rivalutazione monetaria), fra costoro, la Consob e il Ministero veniva raggiunta un'intesa transattiva, con estinzione dei rispettivi giudizi.

All'esito degli altri, Cass., 25.02.2009, n. 4587⁵⁵, pur confermando la validità del complessivo impianto della decisione impugnata, la cassava con rinvio sia per non aver attribuito ai danneggiati la rivalutazione monetaria (dovuta, l'obbligazione risarcitoria costituendo debito di valore anche quando l'evento dannoso coincide con la perdita di una somma di danaro, la quale in questo caso costituisce solo una componente ai fini della commisurazione del danno da risarcire), sia, in accoglimento di due motivi di ricorso dei commissari ed esperti Consob:

- anzitutto, per aver escluso senz'altro qualsiasi comportamento colposo degli investitori, rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c., a seguito delle notizie diffuse dalla stampa sul carattere "avventuroso" dell'investimento in atto. Il giudice del rinvio – spiega la S.C. – “anziché procedere ad un'indagine individualizzata in ordine al concorso di colpa di ciascun sottoscrittore anche in relazione all'epoca dell'investimento, è pervenuto ad una conclusione uniforme e generalizzante, senza distinguere le posizioni dei singoli investitori, né, pertanto, prendere in diversa considerazione la posizione di coloro che, senza porsi dubbi sull'attendibilità del prospetto autorizzato, acquistarono quote nel periodo successivo alla diffusione delle notizie de quibus e di coloro che, avendo aderito ab origine all'operazione, avrebbero potuto, in ipotesi, ridurre il danno attraverso una liquidazione delle quote acquistate”;

⁵⁴ Cfr. Lucchini Guastalla, Falsità del prospetto informativo, cit., 220; Andò, Nesso di causalità, cit., 226-227 e 230.

⁵⁵ In Giur. it., 2009, 2040 e 2307, con nota di Siclari, La limitazione della responsabilità civile della autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6 bis, della legge n. 262/2005: un primo monito della Cassazione?

- quindi, sul versante opposto, quello cioè della responsabilità dei convenuti, per aver omesso, “in primo luogo ... di distinguere la posizione dei commissari e degli esperti della CONSOB ..., laddove il diverso ruolo istituzionale degli stessi e le attività concretamente svolte da ciascuno di essi nella vicenda in esame avrebbe reso necessari una precisa indagine ed una separata valutazione”; in secondo luogo “di interrogarsi ... sul grado della colpa di ciascuno”, in quanto, “perché possa configurarsi, a norma dell'art. 28 Cost., la responsabilità per danni verso i terzi dei commissari della CONSOB nonché dei loro dipendenti od esperti ..., è necessario che essi abbiano agito con dolo o colpa grave, così come previsto dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 23 (T.U. disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), applicabile, in quanto espressione di un principio generale, a chiunque sia legato da un rapporto di servizio con la Commissione”.

13.- Forse non a caso, nel richiamare la disciplina dell'art. 23, d.p.r. n. 3/1957, la Cassazione menzionava incidentalmente (non essendo applicabile *ratione temporis*) il comma 6bis dell'art. 24, l. 28.12.2005, n. 262 (“Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”), introdotto dal d.lgs. 29.12.2006, n. 303, per il quale “Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1” – vale a dire la Banca d'Italia, la CONSOB, l'ISVAP, la COVIP – “e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave”.

La disposizione, si è osservato, avrebbe avuto quale “effetto innovativo” quello di “estendere ... alle ... autorità di vigilanza ... la limitazione ai soli casi di dolo o colpa grave della responsabilità per danni a terzi riconosciuta, nel vigore del regime generale, solo ai suoi funzionari e ai dipendenti”⁵⁶: e sarebbe stata così diretta (pure avvicinando il nostro sistema a quelli di numerosi ordinamenti stranieri ed agli standard internazionali)⁵⁷ ad attenuare le già riferite (nel § 8.) preoccupazioni di quanti temevano che un eccesso di responsabilizzazione avrebbe potuto rendere farraginosa l'attività di vigilanza e troppo esposti gli organismi ad azioni risarcitorie.

⁵⁶ Siclari, La limitazione della responsabilità civile, cit., §§ 1. e 3., il quale dubita della legittimità della disposizione, che creerebbe un'area di ingiustificata immunità e svuoterebbe di effettività la tutela giurisdizionale, in contrasto con gli artt. 3, 24 e 28 Cost.

⁵⁷ Nobile de Santis, Falsità del prospetto informativo e responsabilità civile dei commissari ed esperti Consob, Resp. civ. prev. 2013, 1645.

In realtà, si potrebbe anche ritenere che l'equiparazione della soglia della responsabilità dell'autorità a quella dei suoi componenti e dipendenti incida solo sul secondo aspetto, atteso che le autorità operano attraverso le persone e dunque per non ingessarne l'attività sarebbe sufficiente limitare la responsabilità di queste, pur laddove fossero esposte quelle⁵⁸.

E forse potrebbe anche dubitarsi che la nuova disciplina abbia davvero prodotto effetti solo riduttivi dell'area della responsabilità. Sotto due distinti profili.

Il primo si lega alla considerazione che – come segnalato nel § 8., ponendo a confronto TUF e TUB – non sempre la disciplina della vigilanza individua tra gli scopi di questa la tutela dei singoli accanto a quella del sistema: sicché una generale previsione di responsabilità delle autorità e dei loro organi e dipendenti per i danni provocati a terzi con atti e comportamenti posti in essere nell'esercizio delle rispettive funzioni di controllo potrebbe valere ad escludere ogni dubbio pure nelle ipotesi in cui la vigilanza è dichiaratamente posta all'esclusivo servizio di esigenze superindividuali⁵⁹.

Il secondo affiora qualora si osservi che l'art. 28 Cost. limita la responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti pubblici agli "atti compiuti in violazione dei diritti"; e che l'azione del danneggiato e quella di rivalsa dell'amministrazione sono esperibili nei loro confronti, ai sensi degli artt. 22 e 23 del d.p.r. n. 3/1957, solo in presenza di un "danno ingiusto", qui individuato (esclusivamente) in "quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave". Viceversa, l'art. 24, comma 6bis, l. 262/2005, non indica (e dunque non circoscrive) le situazioni giuridiche che devono essere lese perché sussista responsabilità: certo in linea con Cass., S.U., n. 500/1999, i cui enunciati, però, stando al sistema "ordinario" della responsabilità civile della p.a., potrebbero trovare applicazione solo nei confronti delle autorità, e non anche delle persone fisiche attraverso cui operano.

Ad ogni modo, tornando a Cass., n. 4587/2009, l'apparentemente superfluo richiamo alla disciplina introdotta nel 2006 (e dunque nella specie inapplicabile) potrebbe avere una spiegazione⁶⁰ nell'immediatamente successivo monito, quantunque rivolto al giudice di rinvio e dunque riferito al dato normativo anteriore, "che la limitazione della responsabilità civile dei commissari ed esperti della CONSOB alle ipotesi di (dolo o) colpa grave non significa che l'ordinamento tolleri un

⁵⁸ E già in precedenza, in effetti, si escludeva la responsabilità per colpa lieve degli esponenti delle autorità di vigilanza: Krasna, Responsabilità civile delle autorità di vigilanza, cit. 1145.

⁵⁹ Per il rilievo che non è chiaro se la "questa disposizione ... intenda limitare una responsabilità che, in suo difetto, si darebbe comunque anche in presenza di semplice colpa o se mira ad introdurre una responsabilità (condizionata alla ricorrenza di dolo o colpa grave), che sarebbe altrimenti da escludere, Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit.

⁶⁰ Così già Siclari, La limitazione della responsabilità civile, cit., 2308; Nobile de Santis, Falsità del prospetto informativo, cit., 1637-1638.

comportamento lassista di costoro o li esponga alla responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati solo in presenza di macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio o di abuso delle funzioni per il perseguimento di fini personali, giacché si ha colpa grave anche quando l'agente, pur essendone obbligato iure, non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito”: con espressioni che riecheggiano quelle dell’art. 1176, co. 2, c.c. e soprattutto con affermazioni che ben si prestano ad essere replicate nel nuovo contesto normativo, non diverso dal precedente (anche perché non specifica quali condotte integrino colpa grave, a differenza di quanto accade ad esempio per la responsabilità civile dei magistrati: art. 2, l. n. 117/1988)⁶¹ nella parte a questi fini rilevante.

Certo è, che l’equiparazione (delle situazioni giuridiche lese e) dell’elemento psicologico necessario perché sussista responsabilità delle autorità di vigilanza e dei loro componenti e dipendenti, unita alla interpretazione “ampia” del requisito della colpa grave, comporta l’eliminazione delle aree escluse dalla rivalsa delle prime verso i secondi e finisce (almeno in potenza) per scaricare sempre su questi ultimi (ovvero, eventualmente, sulle rispettive assicurazioni) il peso finale del risarcimento anche in fattispecie in cui pure siano mancate “macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio”: con una possibile eterogenesi dei fini, perché in questo modo per un verso l’effetto limitatore delle iniziative risarcitorie si annacqua e per altro verso si rischia di ingessare l’attività di coloro che, operando per le autorità, si trovano in definitiva esposti, direttamente o in via di rivalsa, per tutti i danni prodotti a terzi.

14.- Si è detto, nel paragrafo precedente, della possibile rilevanza dell’art. 24, co. 6 bis., l. n. 262/2005, quale fonte – in mancanza di altre disposizioni – prima ancora che come limite della responsabilità delle autorità di vigilanza per i danni prodotti nell’esercizio delle funzioni di controllo. L’osservazione consente un richiamo ad un’altra vicenda eclatante, quelle delle società di intermediazione mobiliare del Gruppo SFA SIM, una delle quali, (unica) autorizzata alla sollecitazione del pubblico risparmio (e poi iscritta anche nell’albo delle s.i.m.) nonostante numerose irregolarità contabili e amministrative già emerse all’esito di un’ispezione, collocava anche i prodotti finanziari di altre due società collegate, di cui neppure erano stati depositati i relativi prospetti informativi. Solo l’anno seguente, all’esito di una seconda ispezione che confermava le

⁶¹ Per l’opportunità di una tipizzazione legislativa delle condotte, fonte di responsabilità risarcitoria delle autorità di vigilanza (e della Consob in particolare), v. Pastore, Consob e omessa vigilanza, cit., 1182.

irregolarità, la Consob segnalava l'accaduto alla Polizia valutaria e alla Procura competente; e ancora alcuni mesi dopo finalmente sospendeva la società dall'iscrizione all'albo.

Troppo tardi, però, perché a breve distanza di tempo le società del gruppo venivano sottoposte a procedure concorsuali e gli investitori, che ad esse avevano affidato i loro risparmi fra il 1991 e il 1992, non riuscivano ad ottenere alcuna soddisfazione insinuandosi al passivo: e così, nel 1997, 130 di loro agivano nei confronti della Consob davanti al Tribunale di Roma, che disponeva una CTU, i cui esiti evidentemente favorevoli invogliavano un altro cospicuo gruppo di investitori a spiegare intervento.

Trib. Roma, 26.07.2004⁶², richiamata App. Milano 21.10.2003 (supra, § 11.), riteneva che se la Consob avesse correttamente esercitato i propri poteri di vigilanza la raccolta del risparmio non avrebbe avuto neppure inizio, precisava che sarebbe stato onere (non assolto) della Consob dimostrare che la perdita subita dai risparmiatori fosse stata almeno in parte recuperata mediante l'insinuazione al passivo delle procedure concorsuali delle società debtrici, quantificava pertanto il danno in misura corrispondente alle somme da ciascuno investite (così come "riscontrate nei documenti prodotti e verificate anche dal c.t.u.") e quindi condannava la Consob al conseguente risarcimento nei confronti degli attori (nella misura per ciascuno di essi indicata con apposita tabella nel dispositivo, per un importo complessivo pari a ca. 4 milioni di euro, al netto di rivalutazione e interessi), mentre giudicava ammissibili gli interventi dei terzi, ma infondate le loro domande, non essendo possibile esaminare i documenti tardivamente prodotti per dimostrare i rispettivi investimenti sfumati.

La decisione veniva confermata in appello e poi anche da Cass., 23.03.2011, n. 6681⁶³, che – pur dichiaratamente ispirandosi a Cass., n. 3132/2001 (nonostante le significative differenze tra le fattispecie, perché l'omesso controllo nella vicenda Cultrera riguardava il prospetto e dunque la

⁶² In Danno e resp. 2005, 767, con nota perplessa di Palmieri A. . Caputi, Consob o polizza assicurativa (senza premio e massimale) per gli investitori?, i quali ritengono auspicabile che, quantomeno, dalla misura delle condanne inflitte alla Consob sia sottratta "l'eventuale quota di pregiudizio causalmente legata a fattori inerenti alle dinamiche del mercato, e come tale non addebitabile alla responsabilità dell'emittente o dell'intermediario".

⁶³ In Nuova giur. civ. comm. 2011, 1112, con nota di Andò, Responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza sugli intermediari; Società 2011, 793, con nota di Anelli, Quale limite per la responsabilità delle c.d. autorità di vigilanza?; Giur. it. 2011, 2274, con nota di Calevi, Diritto all'integrità del patrimonio e responsabilità civile della Consob; Resp. civ. 2011, 435, con nota di Fantetti, Responsabilità ex art. 2043 c.c. della Consob per mancata tutela del risparmio; id. 2012, 27, con nota di Fin, La rivincita degli investitori: la Cassazione condanna la Consob al risarcimento del danno per insufficiente vigilanza; Danno e resp. 2011, 717, con nota di Osella, Il peculiare "neminem laedere" della P.A.; Danno e resp. 2011, 1175, con nota di Pastore, Consob e omessa vigilanza, cit.; Banca Borsa 2013, II, 1, con nota di Rulli, La responsabilità civile della Consob per omesso o carente esercizio dei poteri di vigilanza; Corr. Giur. 2011, 1278, con nota di Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit.

singola operazione, mentre in quella SFA SIM i soggetti)⁶⁴ – in realtà giustificava in maniera assai diversa la tutela risarcitoria elargita (e pur sempre qualificata extracontrattuale), in quanto, omesso ogni riferimento a possibili lesioni dei diritti alla libertà contrattuale ed alla integrità del patrimonio, piuttosto individuava in capo alla Consob, “non soltanto organo di vigilanza del mercato dei valori”, anche “un obbligo di garanzia ... del risparmio pubblico e privato”, con conseguente responsabilità per “omissioni costituenti inadempimento” di quell’obbligo e dunque per il mancato o inadeguato esercizio “di poteri sostanziali di vigilanza e controllo ... nei confronti del soggetto sollecitato ed a tutela del soggetto sollecitato che è il risparmiatore”⁶⁵: ma a tanto giungeva (non potendo richiamare, per ragioni temporali, né il decreto Eurosim del 1996, né il TUF del 1998), invocando la “rilevanza costituzionale del risparmio” e le garanzie ad esso riservate dall’art. 47 Cost., dunque evidentemente individuando nel precetto costituzionale il fondamento della tutela dei singoli investitori e l’affidamento del relativo compito alla Consob quale espressione dello Stato.

15.- Un modello argomentativo simile si ritrova impiegato pure nel “secondo turno” della vicenda Sgarlata, già illustrata, nella sua prima emersione giurisprudenziale, nel § 4.

Lì si sono considerati tre episodi, giunti innanzi alla S.C. nell’ultimo decennio dello scorso millennio, dei primi due dei quali (quello proveniente dal Tribunale di Ravenna e quello del solitario attore romano) non sono noti gli eventuali sviluppi: e non è da escludere che non ce ne siano stati, le motivazioni della S.C. lasciando prevedere un rigetto (non per motivi di giurisdizione, ma) nel merito delle domande proposte.

Era invece riassunto davanti al giudice di rinvio il giudizio in cui Cass., n. 7339/1998, aveva lasciato aperto uno spiraglio alle aspettative dei numerosi risparmiatori coinvolti, riconoscendo che almeno il comunicato mistificatorio, con cui il Ministero dell’Industria (poi Ministero delle Attività Produttive) li aveva falsamente rassicurati sulla situazione della fiduciaria Previdenza, avrebbe potuto giustificare l’accoglimento della domanda risarcitoria in quanto estraneo all’attività di vigilanza. Sennonché la Corte di appello di Roma, con decisione poi confermata da Cass., 31.01.2006, n. 2125⁶⁶, ne avrebbe escluso ogni incidenza causale, “dato che nel giorno in cui la nota è stata resa pubblica la situazione economica della società Previdenza era ormai definitivamente compromessa”.

⁶⁴ Cfr. Rulli, La responsabilità civile della Consob, cit., 17 ss.

⁶⁵ Per considerazioni analoghe cfr. Pastore, Consob e omessa vigilanza, cit. 1179.

⁶⁶ In banca dati *on line* One Legale.

Ben diversa sorte avrebbe viceversa avuto un altro gruppo di investitori, messi in moto più tardi, i quali, dopo il rigetto da parte del Tribunale di Roma nel 1999, vedevano rovesciare la decisione dalla Corte di appello nel 2004 e consolidare la vittoria da Cass., 27.03.2009, n. 7531⁶⁷.

La sentenza, oltre che per l'invocazione (al fine di giustificare la difformità dell'esito rispetto a quello delle precedenti puntate, nell'ultima delle quali l'estensore della decisione della S.C. era il presidente dell'attuale collegio) del successivo "intervento delle S.U. con la sent. n. 500/99" (sicché – caso forse isolato nella giurisprudenza della S.C. successiva a Cass., n. 3132/2001 – poi si esprime in termini di "interesse legittimo ... violato dall'omesso esercizio della ... vigilanza"), si segnala per lo sforzo di ricercare il fondamento della rilevanza giuridica degli interessi dei singoli investitori, nonostante le "scarne norme vigenti all'epoca dei fatti": fondamento infine rinvenuto in una loro lettura costituzionalmente orientata (non solo e non tanto dal comunque richiamato art. 97 Cost., quanto piuttosto) dagli artt. "41 Cost., comma 1, [che] fa espresso richiamo al principio fondamentale della dignità umana e rinvia al comma 2 alla legge per determinare i controlli opportuni perché l'attività economica, pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali", e "47 Cost., comma 1, [che] esplicitamente pone l'esigenza di tutela del risparmio in tutte le sue forme, per cui la Repubblica disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito". Per questa via riconoscendo, tra le finalità della vigilanza, quella di "tutelare i fiducianti" e la violazione, nella fattispecie, di un obbligo di intervento dell'autorità per proteggere i risparmiatori: con conseguente conferma della condanna del Ministero a risarcire a ciascuno degli attori il danno subito, per tutti uniformemente ragguagliato (sul presupposto che "i risparmi dei fiducianti, fino a prova contraria, avrebbero potuto essere recuperati con un intervento immediato") all'intero importo dei capitali investiti (con la sola esclusione, rispetto alla sentenza di appello, della maggiorazione pari all'incremento di valore che avrebbero prodotto se investiti in BOT).

Su questa scia si poneva poi, due anni più tardi, Cass., 04.02.2011, n. 9404⁶⁸, relativa ad un altro capitolo della medesima saga, recependo sia l'individuazione della tutela dei risparmiatori tra le finalità dell'attività di controllo ("salvaguardare i medesimi [investitori] dal pericolo di perdita degli investimenti effettuati"), sia la parificazione del danno all'intero capitale investito con la sola esclusione del rendimento che avrebbe altrimenti potuto produrre. Ma andando anche oltre: per un verso, con la precisazione che "i comportamenti dovuti nella vigilanza e nel controllo sulle società

⁶⁷ In Nuova giur. civ. comm. 2009, I, 1151, con nota di Scognamiglio Cl., Responsabilità della p.a. per violazione di obblighi di vigilanza e di informazione sull'attività delle società fiduciarie.

⁶⁸ In Nuova giur. civ. comm., 2011, I, 12583, con nota di Muccioli, Attività di vigilanza e responsabilità della pubblica amministrazione: buona fede, doveri di protezione, diligenza e causalità.

fiduciarie imposti da norme di legge” sarebbero doverosi a protezione degli investitori “già in base all'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale, che trova applicazione anche in tema di responsabilità extracontrattuale, in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui -nei limiti dell'apprezzabile sacrificio-, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi”; per altro verso, con la posizione del principio per cui, “in caso di concretizzazione del rischio che la norma violata tendeva a prevenire, la considerazione del comportamento dovuto e della condotta mantenuta assume decisivo rilievo, e il nesso di causalità che i danni conseguenti a quest'ultima astringe rimane invero presuntivamente provato”.

Sono, queste ultime, affermazioni suscettibili di essere generalizzate, così da trovare applicazione in ogni settore affidato al controllo di autorità di vigilanza.

In un ambito forse estraneo a quello dei conflitti propriamente economici, ma non privo di analogie (per la ricorrenza di istanze risarcitorie nei confronti di autorità di vigilanza, spesso avanzate da gruppi numerosi o molto numerosi di danneggiati dalla medesima condotta o da una serie di condotte omogenee di responsabili sottoposti al controllo, in ipotesi omesso o non correttamente svolto, e per lo più non evocati in giudizio, perché sottoposti a procedure concorsuali o comunque incapienti, ovvero perché difficilmente individuabili, come i diversi presidii e operatori sanitari presso cui e da cui nel tempo pazienti cronici si sono nel tempo sottoposti a trattamenti emoterapici)⁶⁹, a partire dal 2005 la Cassazione aveva riconosciuto la responsabilità del Ministero (della Sanità e poi) della Salute per comportamento omissivo colposo (sulla base dell'attribuzione, in forza di varie fonti normative, di un dovere istituzionale di sorveglianza sul sangue per emotrasfusioni e sugli emoderivati), in relazione ai casi nei quali l'insorgenza (in seguito ad emotrasfusioni o ad assunzione di prodotti emoderivati) delle patologie per infezioni HBV, HIV e HCV si era verificata rispettivamente in epoca successiva a quella in cui per ciascuna di esse erano stati approntati i relativi test diagnostici, necessari a verificare l'eventuale infezione del sangue⁷⁰.

⁶⁹ Già Costanzo, La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti, nota a Trib. Roma, 27.11.1998, Giust. civ., 1999, I, 2864-2865, segnala le analogie tra la responsabilità delle autorità incaricate della vigilanza sui settori bancario e finanziario e quella del Ministero della Sanità in materia di emoderivati.

⁷⁰ Cass., 31.05.2005, n. 11609, Danno e resp. 2006, 269, con note di Capecci, Note in tema di illecito omissivo, e di Corongi, Danno da trasfusioni di sangue infetto: il Ministero è responsabile per omessa vigilanza fin dai primi anni settanta.

Poi nel 2008 le S.U., aderendo alla soluzione invalsa nella giurisprudenza di merito⁷¹, superavano questa scansione temporale assumendo “che non sussistono tre eventi lesivi, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma di un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto - contagio infettivo - lesione dell'integrità”; e che pertanto, “già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B ... sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controllato, come pure era obbligato per legge”⁷².

Ebbene, a (tentare di) rafforzare questo approdo si trovano (frutto della penna del medesimo estensore) almeno due sentenze⁷³, che riprendono alla lettera o quasi i passaggi di Cass., n. 9404/2011, relativi al richiamo al principio di solidarietà sociale e alla presunzione di sussistenza del nesso causale in caso di concretizzazione del rischio considerato dalla norma violata.

16.- Volendo provare a tratteggiare un quadro di sintesi, l'impressione è che dalla giurisprudenza del biennio 2009-2011 venga fuori uno scenario piuttosto fosco per le autorità di vigilanza, in cui:

- a) la posizione di chi abbia fatto affidamento sul corretto esercizio dell'attività di controllo è tutelabile in via risarcitoria anche qualora la sua protezione non sia espressamente individuata tra gli scopi dell'attività medesima: tanto, anche se non in applicazione (pure per ragioni temporali) dell'art. 24, co. 6 bis., l. n. 262/2005, comunque in dipendenza di principi costituzionali, fra cui quello di solidarietà sociale (Cass., n. 9404/2011);
- b) l'asticella della colpa grave, introdotta (anche per le autorità) dallo stesso art. 24, co. 6 bis., l. n. 262/2005, è collocata ad un'altezza tutt'altro che elevata, oltrepassata non solo da “macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio”, ma anche dal mancato uso “della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito” (Cass., n. 4587/2009);

⁷¹ Cfr. ad es. Trib. Roma, 29.08.2005, n. 18523, *ibid.*, e Trib. Roma, 30.08.2005, Corr. merito, 2005, 1268, con nota di D'Auria, Contagio da emotrasfusione e responsabilità della P.A.

⁷² Cfr., fra le dieci coeve pronunce nn. 576-585/2008, Cass., S.U., 11.01.2008, n. 581, Nuova giur. civ. comm. 2008, I, 623, con nota di Querci, La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati; Danno e Resp. 2008, 1011, con nota di Simone, Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale.

⁷³ Cass., 29.08.2011, n. 17685, Danno e resp. 2012, 135, con note di Patti F.P. - Guido Maria Tancredi, Emotrasfusioni infette e presunzione del nesso di causalità: la teoria del rischio specifico; Cass. 23.01.2014, n. 1355, Nuova giur. civ. comm., 2014, 659?, con nota di Aiello, La responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sull'attività di raccolta e distribuzione di sangue ed emoderivati

- c) laddove si concretizzi il pregiudizio che la funzione della vigilanza avrebbe dovuto prevenire e sia stato omesso il controllo dovuto, il nesso causale si dovrebbe presumere (Cass., n. 9404/2011), con sostanziale inversione dell'onere della prova⁷⁴;
- d) in questo caso il danno viene senz'altro quantificato in misura corrispondente all'intero investimento perduto (cfr. le fattispecie esaminate da Cass., n. 4587/2009, n. 6681/2011, n. 7531/2009, 9404/2011)⁷⁵;

sicché da una confortante situazione di sostanziale immunità per la negazione (non importa se motivata da difetto assoluto di giurisdizione o da infondatezza nel merito) di ogni tutela al risparmiatore danneggiato, a distanza di non troppi anni, le autorità si trovano ora proiettate in un ambiente ostile, pervaso da un malcelato fervore riparatorio.

17.- Il secondo giudizio di rinvio nella vicenda Cultrera era deciso da App. Milano, 24.12.2012, n. 4201⁷⁶, in termini identici a quelli della sentenza cassata, salva l'aggiunta della rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat dalle singole sottoscrizioni delle quote all'attualità.

Preso atto dell'ulteriore definizione transattiva delle posizioni di due convenuti, la Corte analizzava partitamente la condotta di quelli rimasti, riconoscendo per tutti (quantomeno) la colpa grave.

Mentre il concorso di colpa degli attori era escluso di nuovo senza distinzioni, in quanto, per un verso, l'unico articolo giornalistico in atti, pur riferendo dell'operazione in termini critici, non segnalava possibili falsità del prospetto, era apparso su un quotidiano al tempo non particolarmente diffuso e non risultava ripreso e divulgato da testate diverse e da altri media; per altro verso, non era dato comprendere come e a chi i risparmiatori avrebbero potuto rivendere le quote sottoscritte una volta divenuti pubblici i retroscena della vicenda.

⁷⁴ Nel medesimo turno di tempo impostazione analoga si ritrova, con riferimento al rapporto fra le parti del contratto, in Cass., 11.06.2010, n. 14056, Danno e resp. 2011, 621, con nota di Afferni, Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità; Società 2011, 411, con nota di Anelli, La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte; Giur. it. 2011, 289, con nota di Rizzuti, Responsabilità da prospetti e culpa in contraendo; Corr. giur. 2011, 359, con nota di Sangiovanni, Prospetto informativo e responsabilità civile secondo la Cassazione; Resp. civ. 2012, 801, con nota di Zanardo, La Suprema Corte si pronuncia sulla responsabilità "da prospetto", secondo cui, qualora il prospetto di offerta pubblica di sottoscrizione di azioni societarie contenga informazioni fuorvianti in ordine alla situazione patrimoniale della società, l'emittente, al quale le errate informazioni siano imputabili anche solo a titolo di colpa, risponde (in via extracontrattuale) del danno subito dal sottoscrittore, dovendosi presumere, in difetto di prova contraria, che la non veridicità del prospetto medesimo (al quale il sistema, anche in ragione dei controlli pubblici cui è sottoposto, assegna una funzione centrale nell'informazione dovuta agli investitori) abbia influenzato la scelta d'investimento.

⁷⁵ Nel caso, appena menzionato, deciso da Cass., n. 14056/2010, il danno, derivante dal prospetto fuorviante, è stato invece commisurato alla sola differenza tra il valore indicato nel prospetto e il valore reale dei titoli al momento dell'acquisto, le vicende successive non essendo di per sé produttive di un danno riconducibile al fatto illecito dell'emittente.

⁷⁶ In Resp. civ. prev. 2013, 1622, con nota Nobile de Santis, Falsità del prospetto informativo, cit., 1637-1638.

Anche la nuova sentenza della Corte di appello, tuttavia, veniva cassata con rinvio, da Cass., 17.11.2016, n. 23418⁷⁷, per due ragioni.

Anzitutto per non aver tenuto conto, nel condannare al risarcimento di tutti i danni prodotti gli ultimi convenuti rimasti in giudizio, degli effetti – a seconda dei casi, quelli dell’art. 1304 c.c., se relativa all’intero debito, ovvero riducendo l’obbligazione degli altri coobbligati, se relativa alla quota interna di responsabilità – della transazione conclusa fra i danneggiati e il Ministero, con il pagamento di quasi 13 milioni di euro, di cui ca. 6,3 milioni per capitale, dunque l’intero importo, e il residuo per interessi (in altre parole, collocando nel 1985 la data dell’acquisto delle quote della HVST e considerato che la transazione risale al 2005, con un “investimento” più che raddoppiato, sia pure in venti anni, ed un rendimento annuo medio pari al 5,3%: ma con la rivalutazione si sarebbe arrivati a circa 25 milioni di euro); nonché delle ulteriori due transazioni successivamente stipulate da due degli originari convenuti. Tanto più – precisava la Corte – che la transazione del Ministero, essendo questo tenuto per fatto altrui (ossia dei commissari e funzionari Consob) e dunque senza una propria quota interna di responsabilità, avrebbe dovuto avere necessariamente ad oggetto l’intero, con conseguente diritto per gli altri debitori di approfittarne.

Ed ancora per l’impossibilità di eterointegrazione della condanna, pronunciata sulla premessa che “il danno coincide con l’intero prezzo pagato da ciascun sottoscrittore”, al pagamento della somma complessivamente determinata ai “sottoscrittori HVST indicati in epigrafe ... suddivisa tra gli stessi secondo quanto risultante dai singoli certificati prodotti”: e ciò in quanto “il principio affermato dalle Sezioni unite (Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11066), secondo cui il titolo esecutivo giudiziale ... non si esaurisce nel documento giudiziario in cui è consacrato l’obbligo da eseguire, essendo consentita l’interpretazione extratestuale del provvedimento, non giunge sino ad ammettere l’enunciazione di comandi che risultino addirittura incomprensibili, come nella specie, ove non viene individuato in modo certo neppure il documento di riferimento, né sussistendo una solidarietà attiva nel credito ... Pertanto, deve ritenersi non ammesso il rinvio ad un documento, che si affermi meramente prodotto, senza specificare il luogo e il tempo di tale produzione, e senza neppure individuare gli elementi rilevanti all’interno del medesimo, in modo da rendere comprensibile ed inequivoco il comando espresso in dispositivo”.

⁷⁷ In Danno e resp. 2017, 155, con nota di Fin, Gli effetti per i funzionari coobbligati della transazione sul debito risarcitorio stipulata dalla Consob; e Società 2017, 320, con nota di Pellegrini, L’ultima parola della Suprema Corte nella vicenda Cultrera.

Non si hanno (o comunque non ho rintracciato) notizie di un terzo giudizio di rinvio, ma è verosimile che, in ragione della soddisfazione ricevuta dal Ministero per effetto della transazione e dell'identificazione (suggerita dalla S.C.) del suo oggetto nell'intero debito, nessuno dei danneggiati abbia riassunto la causa⁷⁸.

18.- Non è solo nella vicenda Cultrera, con i suoi circa novecento danneggiati, che la determinazione del quantum spettante a ciascun attore mostra profili di complessità trascurati o sottovalutati ed induce ad approssimazioni comprensibili ma ingiustificate.

Cass., 12.04.2018, n. 9067⁷⁹, si occupa del seguito della vicenda de Asmundis e Professione e Finanza Sim, già considerata, sotto il profilo della giurisdizione, da Cass., S.U., n. 6719/2003 cit., dopo la quale il Tribunale di Roma⁸⁰ accoglieva le domande degli oltre cento risparmiatori, nei limiti della metà delle somme da ciascuno richieste, erroneamente circoscrivendo la condanna alla misura della corresponsabilità (evidentemente solidale) della Consob. Sicché la Corte di appello, confermata la responsabilità della Consob per non essersi attivata dopo che nel corso del 1994 le erano pervenute notizie circa le irregolarità commesse dagli intermediari finanziari, in applicazione dell'art. 2055 c.c. la condannava al pagamento dell'intero (pari, si apprende da notizie di stampa del tempo, a circa 14 milioni di euro), detratta solo la percentuale (appena l'1%) da ciascuno degli attori recuperata in sede fallimentare.

Proposto ricorso, la sentenza di appello veniva confermata quanto all'an, sul presupposto che, senza dover "enucleare un diritto soggettivo del risparmiatore all'integrità del patrimonio, e dunque cimentarsi con la discussa figura del danno meramente patrimoniale", già prima dell'introduzione del TUF gli indici normativi, letti alla luce dell'art. 47 Cost., attribuivano alla Consob un ruolo non soltanto di vigilanza sul mercato dei valori, ma anche di garanzia del risparmio, con conseguente "obbligo giuridico di impedire o circoscrivere nei limiti del possibile ... alla stregua del parametro della diligenza di cui all'art. 1176 c.c., comma 2", il danno poi subito dai risparmiatori: obbligo

⁷⁸ Si conosce invece l'esito (almeno in primo grado) del giudizio di responsabilità amministrativa, deciso da Corte Conti Lazio, 12.12.2006, n. 2537, banca dati *on line* One Legale, con la condanna (detratta la quota parte di danno che sarebbe stata attribuita al presidente della Consob, nel frattempo deceduto) di due convenuti al pagamento di € 1.500.000 ciascuno e di un terzo al pagamento di € 750.000 (sempre con l'aggiunta di rivalutazione e interessi); e con l'assoluzione di un quarto per mancanza di colpa grave.

⁷⁹ In banca dati *on line* One Legale. **FORO IT?**

⁸⁰ Trib. Roma, 28.04.2008, Foro it. 2008, I, 3221 con nota di Palmieri A., Una fase di transito per la responsabilità delle "authorities", e Banca Borsa 2009, II, 468, con nota di Tucci, Vigilanza sugli intermediari finanziari e responsabilità civile della Consob

giuridico preesistente, che costituisce il presupposto perché operi la responsabilità (solidale con quella degli autori dell'illecito) per omissione colposa.

Venivano viceversa accolti i motivi relativi al quantum, poiché, spiegava la Corte, una volta escluso che la Consob avrebbe dovuto attivarsi prima della propalazione di notizie nel corso del 1994, non era corretto parificare il danno alla totalità degli investimenti effettuati da ciascun attore fra il 1990 e il fallimento del 1996: essendo piuttosto necessario, anzitutto e per un verso, "individuare il preciso momento in cui potesse collocarsi l'esordio della condotta colposa della Consob, non potendo esso essere automaticamente ancorato ... all'apprensione della notizia in discorso, occorrendo viceversa valutare quale fosse il tempo necessario, secondo il parametro di diligenza applicabile, ad effettuare le opportune verifiche e ad adottare così conseguentemente, causa cognita, le necessarie misure"⁸¹; e quindi, per altro verso, "quantificare il danno, individuando, con riguardo alla posizione di ciascun singolo investitore, le perdite che un tempestivo esercizio di detti poteri avrebbe impedito, detratte le somme a qualunque titolo percepite a ristoro del pregiudizio subito". Compiti, questi, affidati al giudice del rinvio.

La medesima questione si poneva nel parallelo giudizio deciso da Cass. 17.01.2019, n. 1070⁸², in cui però la Corte di appello aveva già limitato la condanna della Consob alle sole somme versate dagli attori (qui appena una mezza dozzina) dopo l'acquisizione, nel corso del 1994, della notizia delle attività distrattive poste in essere dagli intermediari, sul presupposto che se la Consob si fosse attivata con sollecitudine avrebbe in pochi giorni impedito ulteriori danni. Ebbene, anche questa sentenza veniva cassata, tuttavia per un eccesso opposto a quello censurato nel caso precedente, in quanto, rileva la S.C., non era stato verificato se le condotte distrattive, che sarebbero state inibite dall'intervento della Consob nel corso del 1994, avessero avuto ad oggetto anche somme versate in precedenza dagli attori.

19.- Nella giurisprudenza più recente ritorna alla ribalta il tema del riparto di giurisdizione, ora secondo la disciplina del c.p.a.

⁸¹ Sui modi e tempi di reazione della Consob, sia pure senza significative prese di posizione della S.C., le censure sollevate riguardando essenzialmente profili in fatto, cfr. Cass., 09.05.2008, n. 11556, Foro it., 2008, I, 3220, con nota di Palmieri A., Una fase di transito, cit., relativa ad una vicenda, in cui si addebitava alla Consob di aver sospeso dall'attività la Mobilinvest Fiduciaria s.p.a. solo dopo aver ricevuto un esposto del collegio sindacale e non già il mese precedente, quando l'attore aveva segnalato le medesime irregolarità, così permettendo che, nell'intervallo, venissero dispersi i mezzi finanziari dei fiduciari: nella specie i giudici di merito, con sentenza confermata in sede di legittimità, avevano valutato corretta la condotta della Consob, che, ricevuta la segnalazione del fiduciante, non aveva immediatamente disposto la sospensione della fiduciaria ma aveva richiesto al denunciante documenti a conforto degli addebiti formulati.

⁸² In banca dati *on line* One Legale.

Una prima occasione è data dal giudizio introdotto nel 2013 da alcune persone fisiche, Federconsumatori ed altre associazioni nei confronti della Consob per ottenerne, oltre alla condanna al risarcimento dei danni subiti dalle prime quali azionisti del Monte dei Paschi di Siena in dipendenza di “spericolate operazioni finanziarie” poste in essere dalla banca e rese possibili dal mancato esercizio dei poteri di vigilanza della Consob, altresì quella “di porre termine al proprio comportamento omissivo adottando le misure idonee a ripristinare la corretta informazione degli investitori circa la reale situazione patrimoniale del Monte dei Paschi ed i rischi connessi all'investimento in azioni di quella società”.

Sollevalo regolamento preventivo con esclusivo riferimento a questa seconda domanda, Cass., S.U., 18.05.2015, n. 10095⁸³ – dopo aver rimarcato che “soltanto di questa le sezioni unite sono state investite”; e dopo aver rilevato come la stessa “abbia ad oggetto un comportamento dell'amministrazione convenuta (comportamento destinato necessariamente, però, ad estrinsecarsi in provvedimenti previsti dalla legge, dotati di una ben definita valenza giuridica, e quindi non certo riducibile alla sua semplice materialità) che corrisponde ad un potere attribuito dall'ordinamento alla Consob per finalità d'interesse pubblico, consistenti nell'assicurare il corretto e trasparente funzionamento del mercato”, ragion per cui “la posizione soggettiva di cui gli attori pretendono la tutela non è, neppure in astratto, qualificabile in termini di diritto soggettivo, ma semmai d'interesse legittimo, spettando di conseguenza al giudice amministrativo stabilire nel merito se, in concreto, tale interesse legittimo risulti davvero configurabile, e quindi meritevole di tutela, o se invece si tratti di un interesse di mero fatto che non consente l'accoglimento della domanda” – riconosce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, aggiungendo in fine che se pure “si volesse nondimeno ipotizzare l'esistenza di una qualche posizione di diritto soggettivo facente capo agli attori, la cui tutela essi richiedano in sede giurisdizionale, la questione ricadrebbe nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quale prevista dall'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., trattandosi incontestabilmente di una controversia relativa alla vigilanza sul mercato mobiliare”.

A seguire, qualche anno più tardi, nelle raccolte di giurisprudenza si intercetta una frotta di ordinanze⁸⁴, tutte relative a giudizi introdotti da azionisti della Banca Popolare di Vicenza, che, dopo aver perso i propri risparmi, agivano per il risarcimento del danno nei confronti della Banca d'Italia

⁸³ In banca dati *on line* One Legale.

⁸⁴ Cass., S.U., 05.03.2020, n. 6324-6325 [Società 2020? FI?]; Cass., S.U., 06.03.2020, n. 6451-6454 [FI?], tutte In banca dati *on line* One Legale.

e della Consob, assumendone il concorso di responsabilità con la banca (i cui funzionari avevano indebitamente imposto o comunque sollecitato l'acquisto delle azioni) per omessa vigilanza, la prima "sul contenimento del rischio, sulla stabilità patrimoniale e sulla sana e prudente gestione della Banca vicentina", la seconda "sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti" della stessa e sul prospetto informativo approvato in occasione dei consistenti aumenti di capitale lanciati dalla banca. Sollevato regolamento di giurisdizione dalla Banca d'Italia, tutte le ordinanze, dopo uno svolgimento in fatto sostanzialmente omogeneo (in effetti diverso solo per il numero degli attori e gli importi da ciascuno di essi perduto), recano una motivazione in diritto assolutamente identica, nella quale la S.C.: *i*) riprendendo passaggi delle decisioni (citate nel § 10.), pronunciate nel vigore dell'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, prima e dopo l'intervento di Corte cost., n. 204/2004, ribadisce che i risparmiatori (pure nella veste di azionisti), diversamente dagli operatori del settore sottoposto alla vigilanza, non sono soggetti al potere di Consob e Banca d'Italia e dunque non sono titolari di interessi legittimi, quanto semmai di diritti soggettivi, atteso che alle Autorità sono attribuiti "poteri-doveri" a tutela (anche) degli investitori (oltre che del mercato), con conseguente responsabilità (extracontrattuale) per i danni prodotti laddove abbiano agito violando i canoni di diligenza, prudenza e perizia ovvero norme di legge o regolamenti; *ii*) esclude perciò la sussistenza di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la quale presuppone comunque che siano "implicati poteri amministrativi" (secondo l'insegnamento di Corte cost., n. 204/2004) ed in ogni caso nella fattispecie non risulta sancita dall'art. 133, co. 1, lett. c), c.p.a., di tenore analogo all'art. 33, co. 1, d.lgs. n. 80/1998 (come riscritto dalla Corte costituzionale), nel cui vigore la S.C. aveva riconosciuto la giurisdizione del g.o. (sicché viene in rilievo la circostanza che secondo la delega disposta dall'art. 44, co. 1, l. n. 69/2009, il c.p.a. non avrebbe potuto contenere disposizioni innovative in tema di riparto); *iii*) ha cura di "disinnescare" le possibili implicazioni contrarie desumibili da Cass., S.U., n. 10095/2015, chiarendo che la stessa non aveva ad oggetto una domanda risarcitoria in forma specifica⁸⁵.

A margine di queste pronunce forse merita allora segnalazione, se non altro perché ad esse coeva, la decisione di Cass., S.U., 28.04.2020, n. 8236⁸⁶, che – pur occasionata da fattispecie assolutamente diversa – presenta nella motivazione tratti di contiguità (con queste come con altre precedenti in

⁸⁵ In seguito, con rinvio ai precedenti conformi, v. anche Cass., S.U., 16.11.2020, n. 25953.

⁸⁶ In *Giornale dir. amm.* 2020, 805, con nota di Bontempi, La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria; *Giur. it.* 2020, 2530, con nota di Comporti, La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini; *id.* 2021, 1349, con nota di D'Onofrio, La responsabilità da "contatto sociale" della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione; *Corr. Giur.* 2020, 1025, con nota di Scognamiglio Cl., Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima.

tema di responsabilità delle autorità di vigilanza, in particolare Cass., n. 9404/2011) e perciò conclusioni potenzialmente suscettibili di richiamo⁸⁷.

Si trattava di un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto nell'ambito di un giudizio instaurato davanti al g.o. da una società di costruzioni, che chiedeva la condanna di un comune al risarcimento dei danni subiti per aver riposto il proprio incolpevole affidamento non in un provvedimento concessorio (mai adottato), bensì nel mero comportamento dell'amministrazione, che aveva protratto per anni l'esame della pratica edilizia, inducendo la società a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa, poi non concretizzatosi. Il dubbio, sul possibile difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo (coltivato anche alla luce della previsione della giurisdizione esclusiva in materia urbanistica e edilizia ai sensi dell'art. 133, lett. f), c.p.a., viene risolto in senso negativo all'esito di un articolato itinerario argomentativo, del quale qui pare sufficiente richiamare alcuni passaggi, in cui le S.U. valorizzano, quale situazione soggettiva la cui lesione giustifica la tutela risarcitoria, non già il "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio" (nozione "priva di consistenza autonoma, ... descrittiva ... delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto"), bensì (pure sulla scorta del "del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 Cost.") "l'affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia ... nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta", e che può subire pregiudizio, indipendentemente "dalla valutazione di legittimità o illegittimità (ed anche dalla stessa esistenza) di un atto di esercizio del potere amministrativo", in conseguenza della "violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima": così evocando il paradigma, "da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale" (dove naturalmente il riferimento "non [è] al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto"), della "responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge" e "idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.)".

⁸⁷ Per la considerazione, che Cass., S.U., n. 8236/2020, sarebbe espressiva di una tendenza della giurisprudenza della S.C. a "valorizzare sempre più l'istituto del contatto sociale ... o, comunque, la portata espansiva del principio di correttezza e buona fede e, specularmente, dell'affidamento incolpevole del privato, riconoscendo ampi spazi di responsabilità di natura contrattuale nell'agire della p.a. in situazioni non tipicamente iure privatorum", v. Nasini, La responsabilità della pubblica amministrazione, aspettando l'adunanza plenaria, Foro it. 2021, V, 41, testo e nota 24.

Sono, queste, affermazioni che potrebbero valere anche, ad esempio, per il risparmiatore, il quale abbia sottoscritto azioni della Banca Popolare di Vicenza facendo affidamento sulla corretta vigilanza della Banca d'Italia quanto alla stabilità patrimoniale dell'istituto di credito e della Consob quanto alla veridicità del prospetto? E che dunque potrebbe invocare la natura contrattuale della loro responsabilità per avvantaggiarsi, ad esempio, in punto di onere della prova o di termine di prescrizione? Tutto dipende, probabilmente, dalla possibilità di valorizzare il ruolo istituzionale rivestito dall'autorità di vigilanza al fine di considerarne sufficientemente qualificato il pur diffuso contatto con la categoria di coloro che, (per quanto numerosi, comunque) individuabili, si sono decisi ad impegnare in un certo investimento le proprie risorse finanziarie riponendo affidamento sull'adeguato svolgimento delle sue funzioni⁸⁸.

20.- Le decisioni considerate nel paragrafo precedente dovrebbero costituire un campanello di allarme di non poco momento per Consob e Banca d'Italia, ove si ponga mente alla circostanza che – verosimilmente proprio in considerazione delle prevedibili rivendicazioni (anche) risarcitorie di azionisti e obbligazionisti⁸⁹ – il d.l. 25.06.2017, n. 99, conv. con l. 31.07.2017, n. 121, nel dettare (pure in deroga alle previsioni del TUB) la disciplina della liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca, espressamente esclude dalla cessione delle aziende bancarie

⁸⁸ Cfr. Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit., 1286. In senso contrario, escludendo “un contatto sociale tra il Ministero [della Salute] ed i singoli individui sottoposti a trasfusione” di emoderivanti infetti, v. però Cass., 30.07.2014, n. 17403, Danno e resp. 2015, 257, con nota di Monti, Ministero e danno da emotrasfusione: “nihil novi, se cave”. Analogamente, in relazione alla vigilanza della Consob, Trib. Bologna, 15.04.2021, n. 978, banca dati *on line* One Legale. Invece per Cass., 30.12.2021, n. 42051, ivi, “la responsabilità della Pubblica amministrazione per detenzione inumana, secondo quanto previsto dall'art. 35-ter ord. pen., comma 3, deve qualificarsi come responsabilità contrattuale da contatto sociale ..., derivante dallo stretto rapporto che si instaura tra lo Stato e il detenuto”.

⁸⁹ Era in effetti accaduto che in occasione della procedura di risoluzione di Banca delle Marche e della cessione della sua azienda bancaria all'ente ponte di cui agli artt. 42-44 e 47, d.lgs. 16.11.2015, n. 180, il provvedimento della Banca d'Italia, che quale Autorità di Risoluzione ne individuava l'oggetto, avesse sul punto tenore equivoco, inducendo così il dubbio, che potesse comprendere anche i debiti risarcitori verso gli investitori (debiti non estinti con l'azzeramento delle azioni, in esse non essendo incorporati i corrispondenti crediti): dubbio risolto in senso positivo da Trib. Milano, 08.12.2017, n. 11173, Corr. Giur. 2018, 357, dove si leggono anche le consonanti decisioni di Trib. Ferrara, 28.10.2017, e Arbitro Controversie Finanziarie, 09.01.2018, n. 166, con nota contraria di Stella, Le vittime di misseling hanno azione risarcitoria contro gli enti-ponte, cessionari delle aziende delle banche risolte (prospettate autrici dell'illecito)?; Società 2018, 1279, con nota, pure contraria, di Lopez, Legittimazione passiva degli enti-ponte nelle azioni risarcitorie per i danni causati dalle rispettive banche in risoluzione; ivi 2020, 214, con nota, sempre contraria, di De Poli, Crisi bancaria, ente ponte e pretese risarcitorie degli azionisti. Ma la soluzione opposta è stata invece accolta in secondo grado da App. Milano 28 febbraio 2019, n. 917, ibidem, 211, nella cui motivazione si trova un passo dedicato alla vicenda delle Banche venete, in cui si prospetta che la maggiore chiarezza (nel senso di escludere la responsabilità del cessionario) della disciplina del 2017 sia dipesa proprio dalla circostanza che in precedenza “si era già avuto modo di registrare la proposizione di azioni giudiziarie di azionisti e obbligazionisti nei confronti dell'ente-ponte” e dunque dall'esigenza “di evitare nuovi inconvenienti”. Sui temi solo sfiorati in questa nota (e nel testo) cfr., per approfondimenti ed altre indicazioni, Stella, Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. “Banche venete”, Roma 2018, passim, ma spec. 107 ss., 173 ss., 200 ss., 214 ss.

per l'appunto "i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti e obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate ..." (così l'art. 3, co. 1, lett. b): di questi debiti, dunque, non è chiamata a rispondere la cessionaria Intesa Sanpaolo e pertanto le autorità di vigilanza sembrano destinate a rimanere esposte (senza poter contare sulla "compagnia" di un coobbligato di sicura solvibilità) ad un contenzioso di dimensioni verosimilmente cospicue (anche in ragione dei limiti, soggettivi e quantitativi, per l'accesso al Fondo di solidarietà previsti dall'articolo 1, co. 855 ss., l. 28.12.2015, n. 208, e dagli artt. 8 ss., d.l. 03.05.2016, n. 59, conv. con l. 30.06.2016, n. 119).

Ulteriore attuale ragione di preoccupazione circa le dimensioni del potenziale contenzioso in danno delle autorità di vigilanza nel settore finanziario deriva dagli orientamenti della giurisprudenza in tema di prescrizione. Indipendentemente dalla qualificazione in termini contrattuali della loro responsabilità.

Cass., 18.07.2013, n. 17572⁹⁰, si occupava dell'ennesimo rivolo della vicenda Sgarlata, alimentato dalla tardiva iniziativa di due risparmiatori che solo nel 1996 agivano in giudizio nei confronti del Ministero competente per i risparmi perduti nella prima metà del decennio precedente: l'eccezione del Ministero, secondo cui la prescrizione avrebbe cominciato a decorrere fin da quando (nel 1985) aveva revocato l'autorizzazione e posto in liquidazione la Previdenza s.p.a., poiché da quel momento gli attori erano in grado di conoscere, con l'ordinaria diligenza, tutti i fatti essenziali sui quali fondare la domanda risarcitoria (quantomeno nell'an debeatur) e di identificare il soggetto contro il quale proporla, veniva rigettata in quanto (secondo la decisione di merito, ritenuta dalla S.C. "conforme a diritto") solo con il deposito (nel novembre 1991) dello stato passivo della liquidazione coatta si erano "evidenziate la vastità e la gravità delle irregolarità delle società fiduciarie e, conseguentemente, l'intempestività, l'incompletezza e le omissioni nelle attività di vigilanza demandate al Ministero".

Pure alla vicenda Sgarlata è dedicata Cass., 21.02.2020, n. 4683⁹¹, questa volta però non un rivolo, ma almeno un torrente, perché i ritardatari, provenienti da più affluenti progressivamente riuniti, erano diverse centinaia. Alla S.C. ricorrevano tuttavia solo alcuni (circa centotrenta), la cui domanda era stata rigettata per prescrizione, ottenendo la conferma della correttezza del principio, per il quale la prescrizione sarebbe cominciata a decorrere al momento del deposito dello stato passivo

⁹⁰ In banca dati *on line* One Legale.

⁹¹ In banca dati *on line* One Legale.

della liquidazione coatta, ma nessun beneficio, perché per rendere utile la loro (davvero intempestiva) iniziativa risarcitoria sarebbe stato necessario posticipare ulteriormente il dies a quo alla data di chiusura della procedura, ovvero riconoscere alla loro insinuazione al passivo efficacia interruttiva permanente anche nei confronti del Ministero ai sensi degli artt. 94 l.f. e 2945, 2055 e 1310 c.c.: evenienza però esclusa dalla S.C. sulla scorta della constatazione del titolo restitutorio, non già risarcitorio, a base delle domande di ammissione al passivo⁹².

Viceversa Cass., n. 1070/2019, cit., conferma la sentenza di merito che aveva riconosciuto alla proposizione della domanda di insinuazione al passivo delle procedure concorsuali nei confronti del de Asmundis efficacia interruttiva permanente della prescrizione anche nei confronti della Consob, cui ai sensi dell'art. 2055 c.c., era stata attribuita in via solidale la responsabilità risarcitoria, atteso che (indiscutibilmente)⁹³ la diversità dei titoli di responsabilità non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 1310, co. 1, c.c.: anche se, per la verità, la pronuncia della S.C. elude il principale profilo di censura, relativo per l'appunto alla circostanza che la domanda di ammissione al passivo sarebbe stata avanzata esclusivamente a titolo restitutorio, rifugiandosi nella constatazione che "il giudice di merito non ha però accertato che con l'insinuazione al passivo sia stata svolta una mera istanza di ripetizione di indebito".

Invece in frontale contrapposizione con Cass., n. 4683/2020, cit., si pone Cass., 11.03.2020, n. 7016⁹⁴, riferita ad un'appendice del default delle società di intermediazione mobiliare del Gruppo SFA SIM, dovuta all'iniziativa di alcuni risparmiatori che avevano citato in giudizio la Consob solo nel 2011 (in pratica, contestualmente alla sentenza della S.C., n. 6681/2011, cit., che ne riconosceva definitivamente la responsabilità), ossia a quasi venti anni dalla dichiarazione di fallimento del 1993. Ebbene la S.C., per rovesciare l'esito dei gradi di merito ed escludere la prescrizione, ha valorizzato non solo la costituzione di parte civile nel procedimento penale a carico degli amministratori e sindaci imputati dei reati di bancarotta fraudolenta ed appropriazione indebita⁹⁵, bensì pure le

⁹² Così pure Cass., 25.10.2018, n. 27118, banca dati *on line* One Legale, relativa ad una vicenda analoga.

⁹³ Da tempo è incontrovertita la conclusione, secondo cui "l'art. 2055, co. 1, c.c. richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano tra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche da essi violate": ex multis, Cass., S.U., 15.07.2009, n. 16503, Resp. civ. 2010, 201, con nota di Cherti, Risarcimento del danno aquiliano e responsabilità solidale, e Nuova giur. civ. 2010, 195, con nota di Penuti, Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale).

⁹⁴ In banca dati *on line* One Legale.

⁹⁵ Analogamente, l'estensione alla Consob dell'efficacia interruttiva permanente della prescrizione è stata riconosciuta, da Cass., 05.09.2019, n. 22164, in banca dati *on line* One Legale alla costituzione di parte civile (avvenuta nel 1997) nel procedimento penale per reati di bancarotta a carico di un amministratore della A.C. Girardi & C. Commissioni in Borsa

domande di ammissione al passivo dei crediti dei risparmiatori, non rinvenendo un ostacolo nella diversa natura del "credito restitutorio" così fatto valere rispetto al "credito risarcitorio" azionato nei confronti di CONSOB. Secondo la Corte, "Per quanto riguarda il soggetto che agisce, non può ... negarsi, pur nella rilevata distinzione concettuale ..., che il risultato finale cui le due azioni tendono venga a sovrapporsi, in particolare, ... nel caso in cui si abbia una coincidenza tra la "res" oggetto della restituzione ed il pregiudizio patrimoniale - oggetto di risarcimento - arrecato dall'illecito civile ... l'"obbligo di restituzione" della "res", ad esempio illecitamente sottratta (art. 185 c.p.), se non risulta già interamente coincidente con la "obbligazione risarcitoria", è comunque idoneo ad assolvere, ed in parte elidere, anche tale obbligazione (in forma specifica ex art. 2058 c.c.), con la conseguenza che la evidenziata distinzione concettuale delle due azioni non consente di scindere l'oggetto dei due diritti di credito, che viene pur sempre - almeno in parte - ad identificarsi nel minimo comune denominatore della reintegrazione della diminuzione patrimoniale corrispondente alla prestazione od al bene da restituire". Vi sarebbe, insomma, "una relazione di continenza tra la domanda di restituzione della "res" e quella di integrale ristoro del danno", tale per cui "deve essere ravvisata la unitarietà dell'evento pregiudizievole, idoneo a fondare la responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. di tutti i soggetti la cui condotta ha concorso, secondo il nesso di causalità materiale previsto dall'art. 41 c.p., a produrre il medesimo *eventus damni*".

Allo stesso risultato, ma per altra via e con affermazioni prive della medesima portata generale, perviene infine, recentissimamente, Cass., S.U., 27.04.2022, n. 13143⁹⁶, ancora una volta scaturita dalle vicende delle finanziarie Reno e Previdenza di Luciano Sgarlata. Alla conferma della tempestività dell'iniziativa verso il Ministero dello Sviluppo Economico (condannato a risarcire un danno pari all'intero capitale da ciascuno investito, maggiorato da rivalutazione e interessi legali sul capitale annualmente rivalutato), intrapresa decenni dopo l'apertura della liquidazione coatta (risalente al 1985), la S.C. giunge in sintesi osservando che il conferimento di capitali a società fiduciarie di cui alla l. 23.11.1939, n. 1966, dà vita ad un mandato senza rappresentanza, lasciando la proprietà effettiva dei capitali in capo ai mandanti, sicché la società fiduciaria, che li abbia mal gestiti e che non sia quindi in grado di riversarli ai mandanti essendo divenuta insolvente,

S.p.A., dichiarata fallita nel 1994 dopo che le somme investite dagli attori fra il 1990 e il 1992 erano state "distratte a causa di spregiudicate operazioni finanziarie". E così pure, nell'ambito della medesima vicenda sostanziale, Cass., 10.09.2019, n. 22524, in banca dati *on line* One Legale, che però accoglie il ricorso perché in quel caso i giudici di merito avevano omesso di verificare quali, fra i numerosi attori e interventori avevano effettivamente e tempestivamente interrotto il termine di prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria poi esercitata contro la Consob.

⁹⁶ In banca dati *on line* One Legale.

risponderebbe sempre a titolo (non di adempimento, bensì) risarcitorio del danno (quantunque parametrato all'ammontare dei capitali conferiti) da inadempimento del mandato.

Sono possibili alcune considerazioni:

- la presenza, in un ristretto arco temporale, di non poche decisioni della S.C. in punto di effetti prodotti (o meno) dall'insinuazione al passivo delle procedure concorsuali dei soggetti responsabili sulla prescrizione dei diritti risarcitori verso l'autorità di vigilanza, lascia supporre l'esistenza di un fenomeno di una qualche dimensione, se non diffuso;
- gli esiti, non solo perché per lo più favorevoli ai danneggiati ma pure per le argomentazioni che li sorreggono (non proprio irresistibili e/o non le più agevoli da sviluppare), sembrano a loro volta il segno di un perdurante atteggiamento (già percepito nella giurisprudenza del biennio 2009-2011: cfr. il § 16.) di protezione per la categoria dei risparmiatori delusi, il cui ristoro (non conseguito, nonostante l'iniziativa in sede concorsuale) va in qualche modo assicurato, sia pure attingendo denaro pubblico e così in definitiva ridistribuendo la perdita fra tutti i contribuenti;
- non è perciò implausibile che le autorità di vigilanza siano (ovvero nei prossimi anni potranno essere) bersaglio di un numero indefinito ma forse non esiguo di richieste risarcitorie del tutto inattese (ma non prescritte), a distanza anche di venti o venticinque anni dal prodursi del danno, con l'ulteriore rischio che la sorta capitale (poco o punto ridotta in sede concorsuale) si accresca notevolmente per rivalutazione e interessi (come nella fattispecie decisa da Cass., S.U., n. 13143/2022, in cui l'equivalente di 1 euro investito nel 1985 ne dovrebbe rendere quasi 5 nel 2022).

21.- Da tempo e da più parti si sono segnalate la possibilità e anche l'utilità di ricorrere alla tutela collettiva risarcitoria, (originariamente) apprestata dall'art. 140bis cod. cons., per far valere i "danni finanziari" subiti da risparmiatori e investitori traditi⁹⁷: con esclusione, tuttavia, delle iniziative rivolte nei confronti delle autorità di vigilanza, se non altro per l'impossibilità di ricomprenderle tra i soggetti (ossia essenzialmente imprenditori, sia pur gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità) legittimati dal lato passivo, ed anche a trascurare ulteriori possibili ostacoli, tra cui la qualità soggettiva degli attori (spesso non riconducibili alla platea dei consumatori ed utenti definita

⁹⁷ Cfr. ad es. Cavallini, Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie, Riv. società 2010, 1115 ss.; Iacumin, Azione di classe e tutela degli azionisti, Giur. It. 2015, 91 ss.; Palmieri, La class action da danno finanziario, Danno e resp. 2009, 377 ss.; Sangiovanni, Class action e tutela contrattuale degli investitori, Obbl. e contratti 2010, 611 ss.

dall'art. 3, co. 1, lett. a, cod. cons.)⁹⁸ o la matrice contrattuale dei diritti lesi nell'ipotesi dell'art. 140bis, co. 2, lett. a), cod. cons. (anche se qualche spazio, tuttavia, si sarebbe forse potuto ricercare nelle maglie dell'ipotesi di cui alla lett. c), dedicata ai "i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali", a condizione di poter configurare come pratica commerciale scorretta la predisposizione di prospetti ingannevoli⁹⁹, visto che questa ipotesi, almeno nella formulazione letterale e diversamente dalle due precedenti, non circoscrive la legittimazione passiva, rispettivamente, all'impresa e al produttore, dunque avrebbe potuto astrattamente recepire la responsabilità solidale della Consob per omessa o negligente vigilanza).

Sicché – data pure l'inutilizzabilità del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (d.lgs. 20.12.2009, n. 198), non solo per l'esclusione, tra gli altri, delle autorità amministrative indipendenti (art. 1, co. 1ter), ma anche perché "non consente di ottenere il risarcimento del danno" (art. 1, co. 6) – senz'altro condivisibile appariva l'auspicio di una futura estensione legislativa dell'azione di classe ai giudizi di responsabilità nei confronti delle autorità di vigilanza¹⁰⁰.

Ed in effetti la carrellata di fattispecie qui passate in rassegna conferma la frequente dimensione seriale del contenzioso, per lo più caratterizzato dall'esercizio di diritti individuali omogenei, se non altro, per l'identità della condotta lesiva contestata all'autorità di vigilanza convenuta da risparmiatori – sovente numerosissimi e raggruppati in processi (uno o più, con il conseguente rischio di verdetti anche sincronicamente contrastanti) svolti secondo le regole comuni e così di non semplice gestione – tratti in errore dal medesimo prospetto ingannevole o colti di sorpresa dallo stesso inatteso default.

Tuttavia l'auspicio non pare realizzato con il pur generalizzante trasloco (dovuto alla l. 12.04.2019, n. 31) dal codice del consumo al codice di rito¹⁰¹, che comunque consente l'esperimento dell'azione

⁹⁸ Secondo App. Firenze, 15.07.2014, Giur. it., 2015, 89, con nota sul punto adesiva di Iacumin, Azione di classe, cit., in principio (ossia senza che si possa distinguere tra "azionista imprenditore" e "azionista risparmiatore") non potrebbero qualificarsi consumatori gli azionisti che, tratti in inganno dal prospetto mendace, abbiano esercitato il diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione della banca (MPS) di cui erano già soci. Ma senza arrivare a simili specificazioni, basta il rilievo che sovente il danneggiato dalle mancanze dell'autorità di vigilanza non sarà una "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta" (come invece richiede l'art. 3, co. 1, lett. a) cod. cons.).

⁹⁹ Contra: App. Firenze, 15.07.2014, cit., con nota di Iacumin, Azione di classe, cit., sul punto invece possibilista.

¹⁰⁰ Così, in particolare, Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit., 1287-1288. Ma v. già, in anticipo, Weigmann, Nota in tema di vigilanza ministeriale sulle società fiduciarie, cit., il quale in conclusione si interroga(va) sull'opportunità di ricorrere, in vicende simili, a "tecniche di rappresentanza processuale collettiva"

¹⁰¹ Carratta, I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura, Giur. it. 2019, 2297-2298; Consolo, L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c., Riv. dir. proc. 2020, 718 ss.

(solo) “nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità” (art. 840bis, co. 3, c.p.c.), i quali ultimi potranno anche non essere imprese, ma sembrerebbero pur sempre chiamati a rispondere dei danni “cagionati ... nell’esecuzione di una vera e propria prestazione e non nell’assolvimento di obblighi di protezione”¹⁰²: parrebbe, insomma, che quantunque non più necessariamente consumeristico “Il credito risarcitorio e restitutorio ammesso all’azione di classe ... non si configura nei confronti di chiunque abbia assunto una condotta anti giuridica pluri offensiva, ma esclusivamente nei confronti di un soggetto qualificato dall’esercizio di un’attività economica e nell’esercizio di quella attività”¹⁰³.

Eppure, il nuovo assetto dell’azione di classe presenta elementi di sicuro richiamo per giudizi come quelli qui considerati, se non altro:

- a) per la disciplina dell’attività istruttoria (art. 840quinquies c.p.c.)¹⁰⁴, che contempla strumenti e facilitazioni (compreso il ricorso a dati statistici) utili non solo a compensare le “fisiologiche” asimmetrie informative, bensì pure a far emergere responsabilità che non si coglierebbero al di fuori della dimensione collettiva della tutela. Significativo è l’esito avuto da controversie, nelle quali era contestato alla Consob di non essere intervenuta per impedire la vendita, da parte degli istituti di credito ai propri ignari clienti, di titoli obbligazionari argentini, in un periodo (fra il 1999 e il 2000) in cui (solo) ai primi era già nota la critica situazione finanziaria ed economica dello stato sudamericano (poi sfociata nella dichiarazione ufficiale di insolvenza del dicembre 2001), come sarebbe emerso verificando l’anomalo, esorbitante incremento delle vendite di quei titoli da parte del sistema bancario: il rigetto della domanda, in effetti, è talora dipeso anche ed anzitutto dalla constatazione che per un diverso esito sarebbe stato necessario dimostrare che al momento della transazione contestata “l’entità delle negoziazioni poste in essere dalle banche e in particolare dalla banca convenuta avesse raggiunto livelli di tale esorbitanza da non poter sfuggire ad un diligente controllo dell’ente pubblico”¹⁰⁵;

¹⁰² Così, con riferimento alla formula dell’art. 140bis cod. cons, Zuffi, Omessa vigilanza sui mercati finanziari, cit., 1287.

¹⁰³ In questi termini, con riferimento alla nuova disciplina, Corea – Guarnieri, La nuova class action al debutto: uno sguardo d’insieme, in www.judicium.it, p. 3.

¹⁰⁴ V. De Santis A. D., Il procedimento, in Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, a cura di B. Sassani, Pisa 2019, 107 ss.; Giussani, La riforma dell’azione di classe, Riv. dir. proc. 2019, 1583 ss.; Mengali, La fase istruttoria nella nuova azione di classe, Giur. it. 2019, 2310 ss.

¹⁰⁵ Così Trib. Novara, 03.06.2011, in Banca Borsa 2013, con nota di Rulli, La responsabilità civile della Consob, cit. Per una vicenda analoga ed una medesima conclusione, sia pure sulla scorta di motivazione non identica, Trib. Roma, 18.04.2007, Banca Borsa 2009, II, 468, con nota di Tucci, Vigilanza sugli intermediari finanziari, cit.

- b) per la possibilità di adesioni successive alla sentenza che accoglie l'azione di classe (art. 840sexies c.p.c.)¹⁰⁶, la cui pronuncia può costituire un importante richiamo soprattutto per i (più) piccoli risparmiatori, magari non interessati ad iniziative risarcitorie di non (ancora) testato spessore. Al riguardo sovengono, tra le altre, la scelta (infausta) di quel cospicuo gruppo di investitori, intervenuto nel giudizio relativo al Gruppo SFA SIM poi deciso da Cass., n. 6681/2011, cit., subito dopo la confortante consulenza tecnica disposta dal Tribunale di Roma, le cui domande furono però rigettate per la ritenuta inammissibilità delle prove (tardivamente offerte) del danno patito, ovvero la strategia (pericolosamente) attendista (ma premiata da Cass., n. 7016/2020, cit.), degli altri, mossi solo in sostanziale contemporaneità con la sentenza della S.C. del 2011, che suggellava il successo di coloro che avevano agito per primi. Per non parlare degli innumerevoli ritardatari presenti fra le vittime delle finanziarie pilotate da Luciano Sgarlata (mi riferisco alle fattispecie esaminate da Cass., n. 17572/2013, cit., n. 4683/2020, cit., e S.U. n. 13143/2022, cit.);
- c) per la predisposizione di un subprocedimento ad hoc (art. 840octies c.p.c.)¹⁰⁷, dedicato, dopo la pronuncia della sentenza sulla domanda di classe, alla verifica individuale (dell'an e del quantum) dei diritti dei singoli aderenti, permettendo di far emergere, sulla scorta di un'istruttoria solo documentale che per lo più ben si presta alle fattispecie risarcitorie qui considerate, le peculiarità di ciascuna delle pur omogenee posizioni (si pensi, ad esempio, al diverso momento in cui si è effettuato l'investimento; alla sussistenza di condotte rilevanti ai sensi dell'art. 1127 c.c.; alle differenti qualità soggettive, come esperienza o propensione al rischio, di ogni investitore): risultato non raggiunto, o conseguito a caro prezzo, in non pochi dei casi passati in rassegna, nei quali si è pervenuti a soluzioni unificanti per tutti i danneggiati (v. ad es., nella vicenda SFA SIM Cass., n. 6681/2011, cit.; nella vicenda Sgarlata Cass., nn. 7531/2009 e 9404/2011, citt.), ovvero le decisioni sono state cassate perché carenti di "personalizzazione" (così il secondo annullamento con rinvio nella vicenda Cultrera e i due in quella de Asmundis: cfr. Cass., nn. 4587/2009, 9067/2018, 1070/2019, citt.), se non indecifrabili nel quantum (mi riferisco a Cass., n. 23418/2016, cit., terzo annullamento con rinvio nella vicenda Cultrera);

¹⁰⁶ Su cui Bove, L'aderente, Giur. it. 2019, 2303 ss.; De Santis A. D., I procedimenti collettivi. L'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva nel codice di procedura civile, Giusto proc. civ. 2019, 731 ss.

¹⁰⁷ Giussani, La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe, Giur. it. 2019, 2316 ss.; Consolo, L'azione di classe, trifasica, cit., 739 ss.; Petrillo, Situazioni soggettive implicate, in Class action, cit., 59 ss.

d) infine, per la circostanza che (pur declinando sempre al singolare la figura dell'“autore della condotta lesiva” ovvero del “resistente”; ed escludendo, all'art. 840bis, co. 5, “l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105”) non sembrerebbe strutturalmente incapace¹⁰⁸ di concentrare in un solo giudizio iniziative contemporaneamente rivolte contro più responsabili (in astratto: non solo diverse autorità, ma anche autorità e imprese), così permettendo di conseguire uno dei vantaggi pratici¹⁰⁹ dell'attribuzione alla giurisdizione ordinaria della tutela risarcitoria da inadeguato svolgimento dei compiti delle autorità di vigilanza.

Ed allora, salvo che non si affermi una lettura estremamente lata della categoria dei legittimati passivi costituita dagli “enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità”, non può che rinnovarsi l'auspicio di un intervento del legislatore.

Nel frattempo, però, non va escluso che per altra via, almeno in taluni casi, siano conseguibili risultati comparabili (anche per mezzi impiegati) con quelli che si otterrebbero disponendo dell'azione di classe.

22.- A verificare questa possibilità induce la constatazione, giustificata in particolare dalle recenti pronunce in tema di interferenze tra pendenza della verifica del passivo in seno alle procedure concorsuali e prescrizione dei diritti risarcitori in tesi spettanti ai singoli creditori nei confronti delle autorità di vigilanza (v. il § 20.), che sovente l'iniziativa giudiziaria contro queste ultime viene esperita come estremo tentativo per supplire al mancato o solo parziale recupero, all'esito (o comunque nell'ambito) di quelle, dei risparmi perduti¹¹⁰. Sicché è lecito porsi l'interrogativo, se l'apertura di una procedura concorsuale non possa invece costituire, almeno talora, l'occasione per far valere (a beneficio di tutti) le responsabilità di chi ha mal vigilato.

Prendo le mosse, ancora una volta, da fattispecie tratte dalla giurisprudenza.

Cass., 9.10.2013, n. 22925¹¹¹ riguarda il giudizio intrapreso dai soci della Cooperativa Finanziaria COFIRI di Tarquinia a r.l. i quali, avendole affidato negli anni 1994-1996 ingenti somme di denaro, a seguito del suo fallimento citavano in giudizio il Ministero (del Lavoro, cui poi era subentrato nelle funzioni di vigilanza sulle cooperative quello) dello Sviluppo economico, per aver omesso di

¹⁰⁸ Cfr. Giussani, La riforma dell'azione di classe, cit., 1594.

¹⁰⁹ Segnalato ad es. da Caranta, La responsabilità delle autorità di vigilanza, cit., 186, e Giovagnoli, Riparto di giurisdizione, cit., 1180.

¹¹⁰ Per analoghi rilievi v. già Dimundo, La responsabilità degli organi di vigilanza, cit., 531.

¹¹¹ In Giur. it. 2014, 98, con nota di Spiotta, Spunti di riflessione da un raffronto tra due pronunce in tema di responsabilità extracontrattuale da falso affidamento e legittimazione del curatore.

esercitare i doverosi poteri ispettivi e di vigilanza che avrebbero evidenziato le violazioni commesse dalla Cooperativa così consentendo agli ignari soci di evitare l'investimento compiuto. Accolta la domanda dal Tribunale di Roma, nel giudizio di appello interveniva il curatore del Fallimento COFIRI, deducendo di essere l'unico soggetto legittimato ad agire per il risarcimento dei danni conseguenti al dissesto. La Corte di appello, dichiarato inammissibile l'intervento, rigettava l'impugnazione del Ministero motivando che se questo avesse effettuato le ispezioni previste dalla legge sarebbe emerso che la Cooperativa esercitava abusivamente l'attività bancaria e finanziaria, la qual cosa avrebbe condotto al suo commissariamento e, comunque, creato una situazione di allarme tra i potenziali soci, inducendoli ad astenersi dagli improvvisi investimenti di denaro, oltre a porre fine all'impiego delle somme raccolte (oltre quindici miliardi di lire) per erogare finanziamenti mai restituiti ad amministratori, sindaci e loro congiunti, così prevenendo la situazione di insolvenza, in cui la COFIRI si sarebbe infine venuta a trovare ed evitando ai soci le perdite dei risparmi.

La S.C. rigettava, oltre al ricorso del Ministero, quello del curatore fallimentare, il quale assumeva di essere l'unico soggetto legittimato ad agire, esercitando un'azione di massa, per far valere i danni provocati dal Ministero che, omettendo i dovuti controlli, aveva consentito la prosecuzione della gestione illecita degli amministratori della Cooperativa fino a provocare il dissesto: e per giungere a questo risultato richiamava il principio – espresso in tema di responsabilità delle banche per abusiva concessione di credito da Cass., S.U., 28.03.2006, n. 7029¹¹² – secondo cui “L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo e, nell'immediato, perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno, con ciò tendendo direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore”, mentre la legittimazione del curatore, “sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito (come avviene, ad esempio, mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c.)”: in definitiva, “Non appartiene a tale novero di azioni [quelle di massa] ogni pretesa che richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo in capo ad uno o più creditori, né vi appartiene ogni azione che,

¹¹² La sentenza e le sue “gemelle” (nn. 7030 e 7031) si trovano pubblicate ad es. in Corr. Giur. 2006, 643, con nota di Fauceglia, Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni Unite; Dir. Fall. 2006, II, 615, con note di Russo, Legittimazione del curatore per “abusiva” concessione di credito, e di Nardecchia, L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite; Fall. 2006, 1125, con nota di Esposito C., La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili; Giur. It., 2006, 1191, con nota di Spiotta, Il curatore non è legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva di credito; Riv. Dir. Comm., 2007, II, 1, con nota di Cennerazzo, Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite.

per quanto diffusa possa essere una specifica pretesa, necessita pur sempre dell'esame di specifici rapporti e del loro svolgimento, non essendo sufficiente ad assicurarne l'eventuale beneficio la mera appartenenza ad un ceto”.

Più di recente, pur rigettandone nel merito le domande (perché la Consob non potrebbe dirsi responsabile del mancato controllo sul sistema parallelo di obbligazioni irregolari gestito da una società che contemporaneamente emetteva titoli regolari nel formale rispetto di tutti i requisiti richiesti), Trib. Roma, 26.09.2018¹¹³, ha riconosciuto ai creditori della fallita compagnia di navigazione Deiulemar s.p.a. la (contestata) legittimazione ad agire per il risarcimento del danno subito sottoscrivendo e poi non dismettendo obbligazioni ritenute sicure in ragione della vigilanza (che avrebbe dovuto essere esercitata) dalla Consob. Anche in questo caso, la decisione si fonda sul richiamo del medesimo principio e della medesima decisione in tema di abusiva concessione di credito.

È, questa, una fattispecie¹¹⁴ di illecito plurioffensivo, in quanto la prosecuzione dell'attività, resa possibile dalla banca che abbia continuato ad erogare credito, di un imprenditore già insolvente o comunque in situazione di crisi non ragionevolmente superabile, reca pregiudizio ai suoi creditori, ritardandone le iniziative recuperatorie e/o inducendoli ad erogare ulteriori beni e servizi, nell'erronea convinzione della solidità dell'impresa fornita; alle imprese concorrenti, per effetto dell'alterazione del mercato conseguente alla presenza di un soggetto ormai decotto; ed ancora della stessa impresa sovvenzionata, nella misura in cui il credito ricevuto ne abbia determinato un aggravamento della situazione patrimoniale.

Il primo tentativo di applicazione della figura è probabilmente quello, poi naufragato, scaturito dalle iniziative promosse da fallimenti di società del gruppo Casillo: dopo esiti positivi di primo grado, ma ribaltati in appello, con tre pronunce gemelle del 2006 (fra cui la già citata n. 7029/2006) le S.U. negarono la sussistenza di un'azione di massa e quindi la legittimazione del curatore.

¹¹³ In Giur. comm. 2020, II, 407, con nota di Spiotta, Responsabilità della società di revisione e della Consob: profili sostanziali e legittimazione processuale.

¹¹⁴ Sulla quale, tra gli altri, v. Esposito C., L'azione risarcitoria “di massa” per concessione abusiva di credito”, Fall. 2005, 857; Ferrari, Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, Corr. Giur. 2006, 419; Fortunato, La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali, Fall. 2009, 65; Franzoni, La concessione abusiva di credito, Resp. Civ. 2010, 325; Inzitari, L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, Società 2007, 462; Nigro, La responsabilità della banca nell'erogazione del credito, Società 2007, 437; Pagni, La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela, Società 2007, 442; Piscitello, Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore, Riv. Dir. Civ. 2010, I, 655; Stanghellini, Il “credito responsabile”: dal credito all'impresa al credito al consumo, Società 2007, 395. Per indicazioni ulteriori cfr. Castelli - Tina, Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte, Contratti 2022, 171.

Nel valutare questa vicenda giurisprudenziale non va però trascurata le peculiarità dell'azione, come concretamente allora esercitata, a partire dalla determinazione del danno dedotto, ragguagliato alla differenza fra attività e passività al netto di quelle verso il ceto bancario. Simile criterio di quantificazione del pregiudizio si legava alla scelta delle curatele che – secondo l'interpretazione della Suprema Corte – non avevano prospettato un danno ai creditori come riflesso di quello prodotto al patrimonio delle società fallite; e piuttosto sembravano aver fatto valere il danno direttamente inferito a coloro che, per l'apparente solvibilità dell'impresa generata dall'abusivo sostegno bancario, si erano astenuti dall'intraprendere tempestive iniziative di recupero o si erano determinati a fornire ulteriormente beni e servizi. Effettivamente, insomma, sembrava venire in rilievo un danno prodotto a singoli terzi e da accertare caso per caso (secondo il paradigma dell'art. 2935 c.c.), con la conseguente medesima carenza di legittimazione che si sarebbe avvertita se le curatele avessero agito per far valere il danno subito dai concorrenti della fallita per il protrarsi della sua permanenza sul mercato nonostante lo stato di decozione.

Negli anni successivi la giurisprudenza ha registrato altre chiusure ed alcune (almeno parziali) aperture, fino a due recenti pronunce che – almeno ad avviso di chi scrive¹¹⁵ – potrebbero costituire un definitivo punto di arrivo.

Secondo Cass., 30.06.2021, n. 18610¹¹⁶, e Cass., 14.09.2021, n. 24725¹¹⁷, per quanto qui più di interesse, la banca, la quale conceda credito all'imprenditore privo di merito creditizio, incorre in violazioni di doveri ("previsti a tutela del mercato e dei terzi in genere") di sana e corretta gestione, che (laddove dolose o semplicemente colpose) possono anche costituire, in ragione del suo status, fonte di obbligazioni risarcitorie verso terzi; fra questi terzi vi sono certamente, perché direttamente danneggiati (ex art. 2043 c.c.), i creditori dell'imprenditore che, indotti in errore, non abbiano assunto iniziative di recupero e/o abbiano erogato prestazioni; vi è però anche (ed anzitutto, per effetto di un contatto sociale qualificato, rilevante quale "altro atto o fatto idoneo" ex art. 1173 c.c. a produrre obbligazioni risarcitorie di spessore contrattuale, con le relative conseguenze su onere della prova e termine di prescrizione) lo stesso imprenditore, non solo per il costo del finanziamento ottenuto, ma anche per l'aggravamento del dissesto (eventualmente) maturato con la prosecuzione dell'attività che si sarebbe invece dovuta arrestare; al contempo

¹¹⁵ Rascio N., La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento, *Giur. comm.* 2013, I, 154 ss.

¹¹⁶ In *Contratti* 2022, 171, con nota di Castelli - Tina, Concessione abusiva del credito, cit., dove pure ulteriori riferimenti, anche alla giurisprudenza successiva al 2006. Per un ampio commento v. altresì Galletti, La responsabilità civile della banca per concessione abusiva del credito nella teorica dell'illecito civile, *Nuove leggi civ. comm.* 2021, 1453 ss.

¹¹⁷ In *Foro it.*, 2021, I, 3897, con osservazioni di De Ritis.

questo danno, diminuendo la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., pregiudica in via riflessa anche tutti i creditori indistintamente considerati; sicché, mentre i singoli creditori potranno agire (anche dopo l'apertura di una procedura concorsuale) per il danno diretto in ipotesi patito, solo al curatore (ai sensi oggi dell'art. 146 l.f., domani dell'art. 255 c.c.i.) sarà consentito far valere la responsabilità della banca (ed eventualmente anche degli organi di gestione e controllo della società fallita solidalmente responsabili) per il danno prodotto al patrimonio dell'imprenditore e di riflesso (si tratta perciò di azione di massa) al ceto creditorio nel suo complesso.

Ebbene, schemi logici corrispondenti mi pare si possono riprodurre – ovviamente sempre che venga aperta (almeno) una procedura concorsuale in danno di uno o più fra i soggetti vigilati – sostituendo alla banca finanziatrice abusiva l'autorità di vigilanza distratta.

Cass., 20.02.2015, n. 3458¹¹⁸, si occupa del caso di due venditori che avevano proceduto ad un'alienazione in favore di terzi con dilazione del pagamento del prezzo assistita da garanzie autonome prestate da Milton Brothers Ltd., società di diritto britannico a tanto abilitata avendo precedentemente ottenuto dall'Ufficio Italiano Cambi (cui era poi succeduta la Banca d'Italia) l'iscrizione nell'elenco degli intermediari finanziari comunitari, condizione necessaria al rilascio delle predette garanzie. Non essendo stato pagato il prezzo, l'escussione delle garanzie si rivelava infruttuoso per il fallimento della società garante. I venditori agivano allora in via risarcitoria ottenendo in primo grado (nel 2005) e in appello (nel 2011) la condanna della Banca d'Italia e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, responsabili per aver consentito l'iscrizione della società britannica nonostante l'evidente difetto dei requisiti necessari. Il ricorso era rigettato dalla S.C., che confermava la sussistenza del nesso causale fra l'omesso controllo e il danno (parificato senz'altro all'intera somma non recuperata, indipendentemente dalla verifica di quale sarebbe stata la capacità di rimborso del garante, laddove avesse posseduto le condizioni per l'iscrizione nell'elenco degli intermediari finanziari comunitari), in quanto "in difetto dell'iscrizione in questione la Milton Brothers Ltd. non avrebbe potuto prestare la garanzia e gli attori, creditori da essa garantiti, sarebbero stati liberi di concludere o meno i contratti con i rispettivi debitori ovvero di richiedere altre forme di garanzia ed avrebbero potuto, in ogni caso, evitare di trovarsi nelle condizioni di subire incolpevolmente le conseguenze dell'attività di un intermediario privo dei requisiti per operare in Italia ... il rischio al quale i creditori sono stati esposti è diverso, per natura ed entità, da quello insito in una garanzia offerta da un operatore qualificato e rappresenta quel rischio dal quale i creditori devono essere salvaguardati proprio dall'attività di controllo dell'Amministrazione".

¹¹⁸ In banca dati *on line* One Legale.

Si tratta evidentemente di una fattispecie di danno diretto, nella quale l'unico a poter agire in via risarcitoria è il creditore danneggiato.

Analogamente (si pensi alla vicenda Cultrera), a risentire del danno da prospetto ingannevole saranno solo gli investitori, indotti in errore nella scelta dell'impiego dei loro risparmi.

Ma dalla casistica esaminata in queste pagine emergono anche, forse pure più numerose, ipotesi nelle quali si è contestato alle autorità di vigilanza che se fossero intervenute tempestivamente avrebbero impedito (ulteriori) distrazioni o cattivi impieghi di risorse finanziarie e comunque l'aggravamento del dissesto e l'incremento della compromissione della garanzia patrimoniale (ad es., rinviando per dettagli ai luoghi dove le fattispecie sono descritte, già per i fondi del Banco Ambrosiano trasferiti all'estero, e poi per la voragine provocata dalle società fiduciarie di Luciano Sgarlata, per il crack del Gruppo SFA SIM, per le "spregiudicate operazioni finanziarie" della A.C. Girardi & C. Commissioni in Borsa S.p.A., e così via, fino alla vicenda della Cooperativa Finanziaria COFIRI di Tarquinia, essendo stato accertato che se il Ministero si fosse attivato tempestivamente avrebbe posto fine alla distrazione delle somme raccolte a beneficio di amministratori, sindaci e loro congiunti).

In vicende di questo genere non è allora da escludere¹¹⁹ che il curatore (o il commissario liquidatore) agisca nei confronti dell'autorità di vigilanza per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni da aggravamento del dissesto prodotti (in concorso con gli organi di gestione e controllo) solo indirettamente alla indifferenziata platea degli anonimi creditori: i quali, se ed in quanto insinuati al

¹¹⁹ Talora però l'iniziativa della procedura potrebbe trovare ostacolo.

Ad esempio, nel caso di imprenditore individuale, in considerazione dell'identità fra danneggiante e danneggiato. Ancora, per le società fiduciarie, qualora si condivida la tesi secondo cui, poiché "il mandato dei fiducianti ad investire il danaro ... è diretto a costituire patrimoni separati da quello della società stessa ... l'eventuale mala gestio dei beni dei fiducianti, da parte degli amministratori e dei sindaci della società, non comporta lesione all'integrità del patrimonio sociale, sicché i commissari liquidatori sono privi di legittimazione ad agire per far valere la responsabilità degli amministratori e dei sindaci nei confronti non della generalità dei creditori (per avere compromesso la funzione di generica garanzia del patrimonio sociale, ledendone l'integrità), bensì dei fiducianti, ai quali soltanto (come ai terzi danneggiati) spetta la legittimazione in ordine all'azione individuale di cui all'art. 2395 c.c.": in questi termini si esprime Cass., 21.05.1999, n. 4943, Società 1999, 1330 con nota sul punto perplessa di Rordorf, Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie; Fallimento, 2000, 416, con nota adesiva di Di Maio, Legittimazione del commissario liquidatore all'azione di responsabilità; Giur. it., 2000, p. 305, con nota contraria di Petrazzini, Note in tema di società fiduciaria e responsabilità degli amministratori. In senso contrario, però, mi pare possa giocare il principio per cui, qualora (chi gestiva) la fiduciaria abbia confuso il proprio patrimonio con quelli gestiti per conto dei clienti, ovvero abbia confuso questi ultimi tra loro, ovvero ancora abbia comunque sottratto un certo numero di beni o valori ad essi spettanti, rendendone di fatto impossibile la restituzione, in capo ai clienti sorge (e residua solo) un diritto di credito verso la fiduciaria, destinato a concorrere con quelli degli altri creditori (cfr., anche per riferimenti, Cass., 12.9.2008, n. 23560, in Nuova giur. civ. 2009, I, 243, con nota di Bontempi, La tutela dei fiducianti in caso di crisi delle società fiduciarie prima e dopo l'entrata in vigore della riforma dei mercati finanziari): con il che, mi pare, si realizza proprio quel pregiudizio al patrimonio sociale che è il presupposto dell'azione di massa.

passivo, riceveranno per effetto della fruttuosa iniziativa della procedura concorsuale un ristoro maggiore e, in questa frazione aggiuntiva, se non identico almeno omologo a quello che avrebbero ottenuto laddove fosse stata vittoriosamente proposta un'azione di classe e poi accolta la loro domanda di adesione.

Se questa ricostruzione fosse corretta, non è allora da escludere che a rimpinguare la faretra delle iniziative utili al recupero di attivo per la soddisfazione dei creditori concorsuali, oramai svuotate delle revocatorie di rimesse bancarie, da tempo ridimensionate e mai adeguatamente rimpiazzate dalle più numerose (ma non altrettanto fruttuose, quand'anche dall'esito fausto) azioni di responsabilità verso gli organi sociali, potranno a breve contribuire quelle dirette verso soggetti maggiormente capienti: dunque, accanto alle banche finanziatrici abusive, le autorità di vigilanza negligenti.