

IANUS

N. 8

2013

INDICE

SAGGI

Imporre o invitare? Le politiche di <i>corporate social responsibility</i> alla ricerca di un'identità europea, di ANNA CAROBOLANTE e GIOVANNI ESPOSITO.....	5
La disciplina della centrale dei rischi: normativa di rilevanza sistemica e tutela dei diritti del segnalato anche alla luce delle decisioni dell'arbitrato bancario e finanziario, di RAFFAELE SCALCIONE.....	41
Variazioni su connessioni tra imprese concorrenti: sulla necessità di un'analisi empirica <i>ex ante ed ex post</i> orientata a far valutare se predisporre o migliorare la regolazione, di LEONARDO MARRONI.....	97
Forme di governo e sistemi elettorali in Francia, di XAVIER PHILIPPE.....	147

NOVITÀ BIBLIOGRAFICHE

Petrillo, <i>Democrazia sotto pressione. Parlamento e lobby nel diritto pubblico comparato</i> , Giuffrè, Milano, 2011, di GINEVRA CERRINA FERONI.	167
Petrillo, <i>Democrazia sotto pressione. Parlamento e lobby nel diritto pubblico comparato</i> , Giuffrè, Milano, 2011, di EMANUELE ROSSI.....	175

SAGGI

IMPORRE O INVITARE? LE POLITICHE DI *CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* ALLA RICERCA DI UN'IDENTITÀ EUROPEA

Anna Carobolante

Consulente legale presso l'associazione "Si Può Fare Ora"

Giovanni Esposito

Dottorando in Scienze gestionali presso HEC-École de Gestion de l'Université de Liège

Questa ricerca prende le mosse dal successo della "etichetta" di Responsabilità Sociale d'Impresa, e si propone di fornire una lettura di tale concetto nel contesto istituzionale dell'Unione europea.

Poiché l'approccio dell'UE ricalca evidentemente il percorso intrapreso dalle Nazioni Unite, particolare attenzione sarà dedicata agli impegni assunti dalla Commissione nella Comunicazione del 2011, concretizzatisi nella recente adozione di alcune Linee guida in tema di Business and Human Rights; tali iniziative verranno inoltre messe in relazione alla politica della Commissione in tema di protezione dei diritti fondamentali.

La descrizione di alcuni esempi concreti, tratti da interrogazioni parlamentari vertenti su questioni relative alla RSI, aiuterà poi a illustrare il ruolo svolto dal Parlamento europeo nell'elaborazione della linea politica dell'UE, e a chiarire quale siano le possibili direttrici di sviluppo per queste politiche.

The authors take as starting point the success of the Corporate Social Responsibility "label", in order to analyse such concept within the EU context.

As the EU approach to CSR follows closely the path tracked by the UN, special attention will be given to the commitments undertaken by the European Commission in its 2011 Communication, which led to the recent adoption of EU-endorsed Guidelines on Business and Human Rights; such initiatives will also be examined against the Commission's policy on fundamental rights.

Some concrete examples drawn from parliamentary questions on matters related to CSR, will help illustrate the role of the European

Parliament in shaping a EU position on such issues, as well as give some insights into the developments in the EU policy on CSR.

Sommario

Introduzione

1. Il ruolo della Commissione europea verso il comportamento etico d'impresa

1.1. Il Libro verde del 2001 e la dimensione istituzionale della responsabilità sociale d'impresa

1.2. Un'agenda fitta di impegni: la Comunicazione del 2011

1.3. Spunti per una riflessione critica: quale ruolo per la Commissione nel richiamare le imprese al rispetto dei diritti fondamentali

2. La RSI nel dialogo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la Commissione

2.1. I gruppi parlamentari

2.2. La posizione della Commissione: la RSI in prospettiva storica

3. Conclusioni

Appendice quantitativa

Introduzione

La Responsabilità Sociale di Impresa (RSI, o nell'espressione inglese *Corporate Social Responsibility*, CSR) rientra senza dubbio fra i temi maggiormente discussi a livello tanto di società civile quanto istituzionale. Tra le ragioni alla base dell'interesse nei confronti della RSI può ravvisarsi il suo carattere di compromesso e di mediazione tra due posizioni che hanno caratterizzato – e tuttora caratterizzano – la storia più recente: quella propria dello stato e quella del mercato. Lungo quest'antitesi, non si è soltanto levata la struttura organizzativa delle scienze sociali moderne¹ (scisse tra lo studio del politico, del sociale e dell'economico), ma anche e soprattutto le relazioni di potere che hanno marcato la storia della seconda metà del Novecento. Secondo quest'antitesi, alla mano invisibile del mercato si contrappone usualmente l'intervento correttivo dello Stato². Il libero mercato con i suoi meccanismi istituzionali ricomponne il *puzzle* dell'eterogenesi dei fini³, abbinando non intenzionali conseguenze di positiva portata sociale ad azioni intenzionali orientate al perseguimento dell'utilità personale: esso è, dunque, pensato come quello spazio della vita sociale in cui sono perseguiti gli scopi idiosincratici degli individui, e il contratto ne è lo strumento principale di regolazione. Diversamente, lo stato interviene sui meccanismi istituzionali del mercato, correggendoli secondo criteri convenuti di giustizia sociale. Di fatto, quando il mercato produce disfunzioni allocative, lo stato interviene attraverso l'azione politica e per mezzo della legge generale e astratta. A tal riguardo, «*il pensiero liberale enfatizzerà di più il pilastro del mercato, cercando di mantenere lo Stato entro in confini dello "Stato minimo"; il pensiero socialista tenterà l'operazione opposta*»⁴. Secondo questa visione dualistica dell'organizzazione della società, l'ordine sociale si

¹ WALLERSTEIN, *La scienza sociale: come sbarazzarsene. I limiti dei paradigmi ottocenteschi*, Il Saggiatore, Milano, 1995.

² Si veda a tal riguardo: BÉNABOU, TIROLE, *Individual and Corporate Social Responsibility*, in *Economica*, 77, 2010, 1-19.

³ L'espressione eterogenesi dei fini fu coniata dal filosofo e psicologo empirico Wilhelm Wundt e descrive quel campo di fenomeni nei quali si osservano conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali: WUNDT, *Ethik*, 1886, 266. Dello stesso autore si veda anche *System der Philosophie*, 1889, I, 326; II, 221 ss.

⁴ BRUNI, ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004, 7-8.

regge su due elementi cardine: la legge e il contratto⁵. Secondo questa visione, a metà fra la legge dello stato e il contratto tra privati si pone il discorso sulla responsabilità sociale d'impresa. È, infatti, su base volontaristica, andando oltre ogni suo obbligo legale e contrattuale, che l'impresa decide di sacrificare parte dei propri profitti in nome dell'interesse sociale. In questa circostanza, gli operatori economici si sostituiscono ai governi eletti imponendosi dei comportamenti che oltrepassano la condotta richiesta dalla legge. Secondo gli economisti Bénabou e Tirole, nel fare ciò gli operatori economici possono essere spinti da due ragioni. La prima riposa sulla promozione di valori che non trovano espressione nel patrimonio legislativo già a loro disposizione. La seconda è legata ai fallimenti dei governi, che non riescono a dare piena attuazione ai propri programmi⁶. Gli autori riconducono simili fallimenti a tre cause: 1) l'influenza esercitata da gruppi d'interesse che, intercettando l'operato del governo, inibiscono gli interventi correttivi sull'economia; 2) limiti giurisdizionali, legati dunque all'impossibilità di far applicare la legge in sfere caratterizzate da autonomia sovrana; 3) gli elevati costi di transazione derivanti dal disciplinare, attraverso lo strumento della legge, specifiche dinamiche della vita di impresa come, ad esempio, il rispetto delle condizioni di lavoro o gestioni dispendiose da parte del corpo manageriale⁷.

Il farsi carico di obblighi esterni all'attività d'impresa comporta un aumento nei costi di produzione, senza, tuttavia, essere necessariamente sinonimo d'inefficienza. Infatti, l'adozione di strategie

⁵ BRUNI, ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, cit. Si veda anche BRUNI, *L'Impresa civile. Una via italiana all'economia di mercato*, Università Bocconi Editore, 2009.

⁶ Si può inoltre osservare che, con riferimento a simili scenari assume particolare rilevanza il rapporto, ampiamente descritto da certa dottrina, fra lo sviluppo (anche a livello normativo) del terzo settore e l'implementazione del principio di sussidiarietà, laddove «il "nuovo orizzonte" della sussidiarietà ha reso chiaramente residuale il ruolo dell'intervento pubblico, chiamato a operare solo laddove non vi sia disponibilità da parte del privato oppure lo standard offerto da quest'ultimo non raggiunga il livello essenziale stabilito dallo Stato» in BOVA, ROSATI, *Il terzo settore e l'impresa sociale. Sostegni e sfide per il welfare state?*, Apes, Roma, 2009, p. 22. Al riguardo, si vedano anche FIORENTINI, *Impresa sociale e sussidiarietà. Dalle fondazioni alle spa; management e casi*, Franco Angeli Editore, Milano, 2006 e GIORIO, *Impresa sociale, crisi e sussidiarietà*, in Osservatorio Isfol, I(2011), n. 3-4, 45-55.

⁷ BÉNABOU, TIROLE, *Individual and Corporate Social Responsibility*, cit.; KITZMUELLER, *Economics and Corporate Social Responsibility*, Mimeo, European University Institute, 2008.

di RSI può anche determinare un vantaggio competitivo⁸, grazie agli incrementi di valore aggiunto che il prodotto incorpora quando viene realizzato da imprese che hanno intrapreso comportamenti socialmente responsabili⁹. Di fatto, la sensibilità, da parte del consumatore, verso l'acquisto di beni prodotti "responsabilmente" può accrescere la sua disponibilità a pagare per simili prodotti, in tal modo consentendo alle imprese socialmente responsabili di estrarre un prezzo maggiore rispetto a quelli di mercato¹⁰. Analogamente, l'incorporazione della RSI nella strategia d'impresa può influire positivamente sulla capacità dell'impresa di ritagliare, oppure corroborare proprie fette di mercato, destinate ad allargarsi in maniera proporzionale alla parte di consumatori sensibili all'acquisto di beni prodotti "responsabilmente"¹¹. Inoltre, la diffusione di mercati "responsabili" può contribuire ad accelerare i processi d'innovazione, orientando lo sviluppo di nuovi prodotti verso le esigenze emergenti dall'interazione tra impresa e *stakeholders*¹².

In ambito accademico, l'apertura del dibattito sulla CSR si fa risalire alla seconda metà del XX secolo, più precisamente al momento in cui fu pubblicata la celebre opera di H.R. Bowen dal titolo *Social Responsibilities of the Businessman*¹³. Partendo da questo caposaldo nella dottrina della responsabilità sociale d'impresa, numerose defini-

⁸ Si veda, al riguardo LANKOSKI, *Corporate responsibility activities and economic performance: a theory of why and how they are connected*, in *Business Strategy and the Environment*, 17, 2008, 536-547. SMITH, *Making the case for the competitive advantage of Corporate Social Responsibility*, in *Business Strategy Series*, 8(3), 2007, 186-195. WADE, *Easy being green*, in *Risk Management*, 52, 2005, 10-16.

⁹ GARRIGA, MELÉ, *Corporate Social Responsibility theories: mapping the territory*, in *Journal of Business Ethics*, 53, 2004, 51-71.

¹⁰ BERGER, STEURER, KONRAD, MARTINUZZI, *Raising for CSR in EU member States: overview of government initiatives and selected cases. Final Report to the High-Level Group on CSR*, 2007.

¹¹ BERGER, STEURER, KONRAD, MARTINUZZI, *Raising for CSR in EU member States: overview of government initiatives and selected cases. Final Report to the High-Level Group on CSR*, cit.

¹² PORTER, KRAMER, *Strategy and society. The link between competitive advantage and corporate social responsibility*, in *Harvard Business Review*, 84 (12), 2006, 78-92.

¹³ GARRIGA, MELÉ, *Corporate Social Responsibility theories: mapping the territory*, cit.

zioni e teorie sono andate stratificandosi nel tempo¹⁴ allo scopo di comprendere e sistematizzare un corpo coerente di conoscenze nella materia: si tratta, infatti, di un concetto particolarmente eclettico, caratterizzato da confini non chiari e da differenti approcci di studio, molto spesso caratterizzati da interdisciplinarietà¹⁵. Il punto di cesura fra i vari approcci analitici esistenti risiede nella prospettiva che si decide di adottare nello studio della RSI. Conseguentemente, le principali teorie elaborate al riguardo enfatizzano diverse dimensioni nell'analisi delle interazioni tra l'impresa e l'ambiente circostante: dimensione economica, politica, integrazione sociale ed etica¹⁶: lungo queste quattro linee direttrici si possono identificare altrettanti gruppi di teorie¹⁷. Le cosiddette teorie strumentali considerano l'impresa come un mezzo di creazione di ricchezza e privilegiano l'aspetto economico. Secondo tale approccio, ogni impegno di natura sociale da parte dell'impresa è accettabile fintantoché questo è compatibile con gli obiettivi di produzione di ricchezza monetaria¹⁸. L'approccio seguito dalle teorie politiche, invece, fa notare che l'impresa è parte integrante della società e che, grazie alle risorse a sua disposizione, ha la capacità di influire sull'ambiente circostante. Ciò le conferisce, dunque, un potere dalla rilevanza politica che la porta non soltanto ad accettare i propri diritti e doveri, legalmente individuati, ma anche a intraprendere azioni aventi un impatto sociale¹⁹. Per quanto riguarda il gruppo delle

¹⁴ DAHLSTRUD, *How corporate social responsibility is defined: an analysis of 37 definitions*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 15 (1), 2008, 1-13.

¹⁵ CARROLL, *Social issues in management research*, in *Business and Society*, 33(1), 1994, 5-25.

¹⁶ GARRIGA, MELÉ, *Corporate Social Responsibility theories: mapping the territory*, cit. Si veda anche PARSONS, *An outline of the Social System*, in PARSONS, SHILS, NAEGLE, PITTS, *Theories of society*, Free Press, New York, 1961.

¹⁷ GARRIGA, MELÉ, *Corporate Social Responsibility theories: mapping the territory*, cit.

¹⁸ Tale approccio affonda le sue radici nella visione del celebre economista Milton Friedman, che espone le sue idee al riguardo in FRIEDMAN, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *New York Times Magazine*, 13.09.1970, 32-33.

¹⁹ Riguardo a tale approccio si vedano i lavori di Keith Davis in materia di "Corporate Constitutionalism": DAVIS, *Can business afford to ignore corporate social responsibilities?*, in *California Management Review*, 2, 1960, 70-76. DAVIS, *Understanding the social responsibility puzzle*, in *Business Horizons*, 10 (4), 1967, 45-51. DAVIS, *The case for and against business assumption of social responsibilities*, in *Academy of Management Journal*, 16, 1973, 312-322. Sempre rispetto alle teorie

teorie integrative, vale la convinzione che le imprese dipendono dalla società per quanto riguarda la loro esistenza, continuità e crescita e, per tale ragione, l'impatto sull'ambiente circostante rientra tra gli aspetti da considerare nelle dinamiche gestionali della stessa. Sulla base di questa prospettiva, le dimensioni esterne da integrare nell'attività d'impresa variano secondo i valori dominanti nella società in un dato contesto spazio-temporale²⁰. Infine, le teorie etiche²¹ spiegano l'interazione tra impresa e società in rapporto ai modelli etici prevalenti, i quali s'impongono sulle organizzazioni di mercato inducendole a seguire quei comportamenti che sono in linea con criteri di giustizia generalmente condivisi.

Questo articolo non intende percorrere alcuna delle strade tracciate dalle quattro matrici teoriche sopra esposte, ma bensì propone un'analisi della RSI così come definita all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, concentrandosi successivamente sul significato che tale concetto ha assunto nell'ambito del dibattito interistituzionale tra la Commissione e il Parlamento europeo. A differenza degli approcci teorici in precedenza individuati, la nostra analisi non si concentra sulle dinamiche gestionali dell'impresa in rapporto all'ambiente circostante, bensì riguarda la dimensione istituzionale del comportamento etico di impresa. Nostro scopo è dunque cogliere il significato della RSI così come definito dalle istituzioni UE in termini giuridici e di linee politiche. Quella istituzionale non è certo una dimensione che possa essere ignorata, dal momento che, come messo in evidenza anche da Matten e Moon²², il differente approccio

politiche della RSI, si vedano anche i seguenti lavori in materia di "Corporate Citizenship": ALTMAN, VIDAVER-COHEN, *Corporate Citizenship in the new millennium: foundation for an architecture of excellence*, in *Business and Society*, 37 (2), 2000, 221-228. ANDRIOFF, MCINTOSH, *Perspectives on Corporate Citizenship*, Greenleaf, Sheffield, 2001.

²⁰ PRESTON, POST, *Private management and public policy*, in *California Management Review*, 23 (3), 1981, 56-63.

²¹ In questo gruppo di teorie rientra anche il lavoro di Sacconi, il quale ha tentato di applicare le idee di Rawls, Harsanyi e di Nash al tema specifico della RSI. Si veda ad esempio: SACCONI, *Responsabilità sociale come governance allargata d'impresa*, in RUSCONI, DORIGATTI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, F. Angeli, Milano, 2004.

²² MATTEN, MOON, «Implicit» and «explicit» CSR: a conceptual framework for a comparative understanding of corporate social responsibility, in *Academy of Management Review*, 33 (2), 2008, 404-424.

istituzionale di Stati Uniti ed Europa contribuisce a spiegare i diversi sviluppi della RSI nei due contesti politici ed economici. «*La differenza chiave tra sistemi politici americani ed europei è nel ruolo del potere dello stato*»²³. Il potere statale ha maggiore portata in Europa rispetto agli Stati Uniti²⁴: i governi europei hanno tradizionalmente sposato, nella sfera economica e sociale, politiche interventiste pressoché sconosciute al di là dell'Atlantico. Storicamente, le imprese statunitensi sono state soggette a minori obblighi normativi rispetto alla società circostante, e in un simile contesto ogni singola impresa ha sviluppato, su base volontaria, proprie strategie di inclusione degli interessi sociali nella gestione d'azienda, mettendo in piedi progressivamente specifici piani di RSI. Sul versante europeo, invece, il concetto di RSI è emerso con più lentezza, i sistemi politici europei essendosi caratterizzati per la massiccia presenza delle istituzioni dello stato sociale che, facendosi carico direttamente degli interessi della società, induceva le imprese, mediante strumenti di politica economica, ad adottare “implicitamente” comportamenti sociali di impresa. Mentre le compagnie americane, operanti in un sistema istituzionale fortemente orientato al libero mercato, si sono caratterizzate per un'adozione “esplicita” e “volontaristica” di strategie di RSI, le imprese europee, operanti in un contesto istituzionale di mercato maggiormente regolamentato, hanno subito “implicitamente” politiche di RSI, attraverso l'imposizione di obblighi diretti a tutelare lavoratori e l'ambiente²⁵.

Sulla scorta di queste considerazioni, l'articolo si compone di due parti. Nella prima parte, si procederà a ricostruire il ruolo istituzionale dell'Unione europea, e in particolare della Commissione, in materia di responsabilità sociale d'impresa, partendo dal Libro verde del 2001 fino agli impegni assunti con la Comunicazione del 2011. Quest'ultimo documento verrà analizzato in particolare dettaglio al fine di valutare

²³ MATTEN, MOON, «*Implicit*» and «*explicit*» CSR: a conceptual framework for a comparative understanding of corporate social responsibility, cit., 407.

²⁴ LIJPHART, *Democracies: patterns of majoritarian and consensus government in twenty one countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.

²⁵ MATTEN, MOON, «*Implicit*» and «*explicit*» CSR: a conceptual framework for a comparative understanding of corporate social responsibility, cit. Sulle differenze dei sistemi istituzionali si vedano anche: LIJPHART, *Democracies: patterns of majoritarian and consensus government in twenty one countries*, cit.; HEIDENHEIMER, HEILO, ADAMS, *Comparative public policy: the politics of social choice in Europe and America, Europe and Japan*, St. Martin's Press, 1990.

l'ampiezza e le diversa portata dell'impegno istituzionale sui temi in questione, non tralasciando di mettere in evidenza le criticità riscontrate nell'interazione con le politiche volte a realizzare altri e non secondari obiettivi dell'Unione, in particolare in materia di diritti fondamentali.

La seconda parte guarda dinamicamente alla RSI e mira a comprendere quali scenari evolutivi si prospettano nella sua dimensione europea. In particolare, verranno prese in considerazione le interrogazioni scritte che il Parlamento europeo ha rivolto negli ultimi quattro anni alla Commissione. In questo modo, tenderemo non soltanto di ricostruire quali sono le esigenze espresse dalle forze politiche rappresentative della volontà popolare dei cittadini europei, ma anche di capire quali sono le richieste del Parlamento rispetto all'azione della Commissione e la posizione regolatoria seguita da quest'ultima. Tale analisi si concluderà prospettando due diversi tipi di scenario.

1. Il ruolo della Commissione europea verso il comportamento etico d'impresa

1.1. Il Libro verde del 2001 e la dimensione istituzionale della responsabilità sociale d'impresa

È con un documento consultivo presentato nel 2001²⁶ che la Commissione europea per la prima volta cala il concetto di responsabilità sociale d'impresa all'interno del contesto istituzionale dell'Unione europea: il Libro verde del 2001 può pertanto considerarsi l'atto mediante il quale, formalmente, l'esecutivo dell'Unione europea assume compiti di guida e promozione di principi in materia di responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società, compiti che vedremo essere un tratto caratterizzante l'approccio europeo in tale ambito. Il punto di partenza è individuato nel crescente interesse, da parte della collettività, verso gli impatti sociali, ambientali e sui diritti umani che le attività delle imprese producono, tanto nel quotidiano

²⁶ COM(2001) 366 def., Libro verde «*Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*», 18.07.2001. Disponibile su: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0366:FIN:IT:PDF>

quanto nel lungo periodo, e che in quanto tali coinvolgono, oltre ai loro stessi dipendenti, ai soggetti partecipanti nella proprietà e nell'azionariato delle società, e ai consumatori, una molteplicità di soggetti interessati, che potremmo indicare con il termine inglese *stakeholders*²⁷.

Fin dal Libro verde, la Commissione europea ricollega esplicitamente il proprio impegno alle numerose iniziative intraprese da diverse organizzazioni internazionali in tema di responsabilità sociale delle imprese, e nello specifico il Patto Globale (*Global Compact*) delle Nazioni Unite (2000)²⁸; la Dichiarazione tripartita dell'OIL sulle imprese multinazionali e la politica sociale (2006)²⁹; i Principi direttivi dell'OCSE destinati alle imprese multinazionali (2011)³⁰. Vedremo in seguito come ciò si tradurrà in un vero e proprio modello da seguire per la strategia elaborata dalla Commissione in riferimento al periodo 2011-2014.

In seguito, la Commissione andrà meglio identificando i diversi spazi nei quali spiegare il proprio raggio d'azione, innanzitutto e principalmente attribuendosi un ruolo di guida nell'implementazione di principi e buone pratiche e quindi di sviluppo di simili politiche, per giungere fino a esercitare il potere d'iniziativa legislativa in un ambito

²⁷ COM(2001) 366 def., cit., par. 8. Al riguardo appare inoltre interessante rilevare come il momento storico in cui tali preoccupazioni emergono, sia significativamente ricollegato alla proclamazione a Nizza, nel 2000, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: è appena il caso di ricordare che al momento della sua proclamazione da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, alla Carta non viene riconosciuta efficacia giuridica vincolante, e tuttavia le è attribuita una significativa rilevanza politica, rappresentando la prima enunciazione esplicita di un catalogo dei diritti fondamentali di matrice costituzionale, elaborato sulla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri nonché della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

²⁸ Il *Global Compact* (UNGC) è un'iniziativa delle Nazioni Unite il cui obiettivo è promuovere l'adozione, a livello globale, di politiche di sviluppo sostenibile e di responsabilità sociale da parte delle imprese. Si articola in dieci principi relativi a diritti umani, lavoro, ambiente e lotta alla corruzione. Disponibile su: <http://www.unglobalcompact.org/index.html>

²⁹ *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy* (MNE Declaration) IV edizione, 2006. Disponibile su: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang-en/index.htm

³⁰ Originariamente adottate nel 1976 e, da allora, riviste a più riprese (da ultimo nel 2011). Disponibili su: [http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelines ITALIANO.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelines%20ITALIANO.pdf)

più tecnico, e sensibile per le strategie industriali, quale quello della pubblicità di informazioni non finanziarie³¹. Vedremo, infine, come alcune *policies* già consolidate, rilevanti ai fini del discorso in tema di responsabilità sociale delle imprese e in particolare relative al rispetto dei diritti umani, possano (parzialmente) sovrapporsi e quindi interagire con tali politiche. Quel che certo non intende mettersi in discussione è la portata dell'impegno istituzionale della Commissione in materia di RSI, quanto piuttosto l'efficacia del metodo scelto: se, per un verso, non si può non ravvisare un notevole sforzo nel dare contenuto e concretezza, in un contesto istituzionale, a tematiche che, nella visione tradizionalmente diffusa oltreoceano, sono lasciate alla discrezione degli attori del mercato e non devolute ai soggetti regolatori³², queste si articolano quasi esclusivamente in interventi che potremmo definire di *soft law* e in misure di impronta volontaristica, tratto che non può non destare qualche perplessità quanto alla loro attuazione effettiva nella pratica³³.

1.2. Un'agenda fitta di impegni: la Comunicazione del 2011

Il 25 ottobre 2011 la Commissione presenta, nella forma di una comunicazione rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, la «*Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-2014 in materia di responsabilità sociale delle imprese*»³⁴. Con tale documento, la Commissione intende innanzitutto prendere atto delle iniziative e dei mutamenti intercorsi rispetto alle precedenti comunicazioni sulla RSI

³¹ Si fa qui riferimento alla recentissima (16 aprile 2013) proposta presentata dalla Commissione europea, DG Mercato interno, della quale si dirà più avanti, COM(2013) 207.

³² MATTEN, MOON, «*Implicit*» and «*explicit*» CSR: a conceptual framework for a comparative understanding of corporate social responsibility, cit., 407-408.

³³ STEURER, *The role of governments in corporate social responsibility: characterising public policies on CSR in Europe*, in *Policy Sciences* 43(1), 2010, 49-72.

³⁴ COM(2011) 681 def., Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «*Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*», 25.10.2011. Disponibile su: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:IT:PDF>

(il Libro verde del 2001 e la Comunicazione del 2006)⁵⁵; particolare enfasi è posta sulla crisi economica che sta attraversando l'Europa e il mondo intero, nonché sulle sue conseguenze sul piano sociale, quali fattori condizionanti la fiducia di consumatori e operatori economici e che determinano una sempre più crescente attenzione al comportamento delle imprese sul piano sociale ed etico. È anche alla luce delle mutate circostanze economiche e sociali che la Commissione reputa necessario un cambio di passo, e quindi un intervento più incisivo e articolato in materia di RSI, definendo un'agenda di otto punti e tredici iniziative per il triennio 2011-2014.

La Commissione riprende la definizione in precedenza proposta nel Libro verde, secondo cui *corporate social responsibility* implica «l'integrazione *volontaria* delle preoccupazioni *sociali* ed *ecologiche* delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le *parti interessate*»⁵⁶. per sostituirla con la più semplice e più ampia indicazione della «responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società»⁵⁷.

Innanzitutto, va rilevato come il rispetto della normativa vigente e degli accordi collettivi tra le parti sociali sia presentato come presupposto necessario per realizzare tale responsabilità: lo standard normativo è considerato uno standard minimo, rispetto al quale le imprese si impegnano ad andare oltre. In quest'ottica, la RSI è concepita come un processo mediante il quale integrare le istanze sociali, ambientali, etiche, i diritti umani e le richieste dei consumatori nelle operazioni commerciali e nelle strategie delle imprese, in stretta collaborazione con le parti interessate e con l'obiettivo, da un lato, di massimizzare la creazione di valore condiviso per i loro proprietari e/o azionisti, per le altre parti interessate e la società in generale, e dall'altro di individuare, prevenire e mitigare i possibili effetti negativi.

Un approccio strategico alla RSI è esplicitamente indicato come strumentale alla competitività delle imprese: in questo modo, la Commissione dimostra di condividere l'opinione che le imprese

⁵⁵ COM(2006) 136 def., Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo «*Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*», 22.03.2006. Disponibile su: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0136:FIN:IT:PDF>

⁵⁶ COM(2001) 366 def., cit., par. 20 (corsivo aggiunto).

⁵⁷ COM(2011) 681 def., cit., par. 3.1.

europee possano (debbano?) competere con le concorrenti di Paesi in via di sviluppo facendo maggiore leva su considerazioni sociali, ambientali e di rispetto dei diritti umani. Tuttavia, il rischio che un simile approccio si traduca in operazioni di mera facciata non può essere escluso³⁸. Al tempo stesso, se la responsabilità sociale delle imprese europee deve essere considerata come un *processo* di gestione dei rapporti dell'impresa stessa, con conseguente coinvolgimento *effettivo* dei soggetti interessati, questa dovrebbe essere concepita in termini di investimento piuttosto che di costo³⁹.

Caratterizzandosi come un impegno tanto nei confronti degli attori interni quanto di quelli esterni, le strategie di RSI vengono pertanto concepite come uno strumento per rispondere efficacemente alle sfide poste dalla globalizzazione dei mercati e dei commerci; nel lungo termine, ciò produrrebbe anche effetti positivi sulla fiducia dei lavoratori e dei consumatori nonché, più in generale, dei cittadini. In quest'ottica, la responsabilità sociale delle imprese appare perfettamente coerente con gli obiettivi posti dalla strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile, inclusiva e può rappresentare un contributo importante nell'attuale contingenza di crisi economica.

Per quanto riguarda l'identificazione degli attori chiamati a implementare le politiche di RSI, l'approccio preferito dalla Commissione è da ricondurre alla dimensione volontaristica, tratto quest'ultimo fondamentale e tipizzante la concezione globale di responsabilità sociale delle imprese. Sono le imprese, pertanto, a doversi rendere soggetti attivi nell'intraprendere questo tipo di azioni, ferma restando la possibilità che le autorità pubbliche svolgano un ruolo di supporto che si concretizzi in «*una combinazione intelligente*

³⁸ I casi di multinazionali come Shell, Coca-Cola e British American Tobacco sono fra i più eclatanti. Si veda, ad esempio, *Corporate Social Responsibility: Two-faced capitalism*, in *The Economist*, 22.01.2004.

³⁹ COM(2001) 366 def., cit., par. 12. Il Research Institute for Managing Sustainability dell'Università di Vienna ha condotto uno studio, su richiesta della Commissione, sul rapporto costi-benefici di un approccio strategico alla RSI in termini di competitività, giungendo alla conclusione che tali strategie "paghino" soltanto nella misura in cui il consumatore sia personalmente predisposto all'acquisto di prodotti "etici". Cfr. MARTINUZZI, GISCH-BOIE, WIMAN, *Does corporate responsibility pay off?*, Vienna University Research Institute for Managing Sustainability, 2010, disponibile su: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/csr/documents/competitiveness/101124_csr_comp_final_report_long_version_final_en.pdf

di misure politiche volontarie e, ove necessario, di regolamentazione complementare, per esempio per promuovere la trasparenza, creare incentivi di mercato per il comportamento responsabile delle imprese e garantire la rendicontabilità aziendale»⁴⁰.

Scendendo nel dettaglio della Comunicazione del 2011, la Commissione procede a stilare una vera e propria agenda, comprendente un articolato programma di impegni e proposte rivolti a imprese e vari *stakeholders*, e che possono essere ricondotti, essenzialmente, a due campi di azione: uno più prettamente propositivo e politico, il secondo rivolto al grande pubblico e il cui obiettivo è la diffusione del concetto di RSI a livello di grande pubblico. Entrambi questi ambiti sono evidentemente accomunati dall'obiettivo di instillare fiducia nel mercato, nei suoi attori e nella società ampiamente intesa.

La Commissione si investe pertanto di un ruolo di guida nell'elaborazione di politiche e prassi, nonché di promozione della cultura della responsabilità sociale d'impresa, impegnandosi a rendere maggiormente visibili e diffuse le buone pratiche esistenti nel settore e punire gli abusi⁴¹, per poi passare a programmare interventi diretti a incrementare la capacità di auto e co-regolazione, aumentare la trasparenza e la rendicontazione su ambiente e società, accrescere la capacità di remunerazione del mercato e riconoscere maggior rilevanza e portata alle politiche nazionali e regionali in tema di RSI, senza tralasciare l'esigenza di allineare l'approccio europeo agli standard

⁴⁰ COM(2011) 366 def., cit., par. 3.4.

⁴¹ Sotto questo capitolo, la Commissione fa in particolare riferimento alla questione delle asserzioni ambientali o ecologiche (cd. *green-washing*), ovvero quelle pratiche che tendono a suggerire o in altro modo dare l'impressione (nel contesto di una comunicazione commerciale, del marketing o della pubblicità) che un prodotto o un servizio abbiano un impatto positivo sull'ambiente o, quanto meno producano su di esso effetti meno dannosi rispetto a prodotti o servizi concorrenti. Nella relazione sull'applicazione della direttiva 2005/29/EC relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, la Commissione ha sottolineato come tali questioni siano da valutare nel quadro normativo della menzionata direttiva, e ciò nonostante il rilievo mosso dal BEUC (*Bureau Européen des Unions des Consommateurs*, Associazione europea dei consumatori) secondo il quale rimane particolarmente difficile valutare la fondatezza di simili asserzioni; par. 3.4 della Relazione, disponibile su: http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_report_it.pdf

internazionali esistenti nel settore. Inoltre, sono previste azioni volte a integrare la RSI nei processi formativi e nei percorsi professionali.

In particolare, in tema di trasparenza e rendicontazione sugli impatti sociali e ambientali, la Commissione ha di recente presentato una proposta di direttiva sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità⁴². Al riguardo, si può in sintesi rilevare come il contenuto e la portata delle modifiche proposte appaia essere stato condizionato da intense attività di influenza da parte di diversi settori dell'industria europea che, agli occhi degli osservatori più critici⁴³, hanno portato a un risultato lontano dall'intento dichiarato di aumentare la trasparenza delle imprese nell'ottica di una gestione più responsabile delle implicazioni sociali, ambientali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta alla corruzione attiva e passiva delle proprie attività. Se l'esclusione delle piccole e medie imprese dall'obbligo di fornire simili informazioni appare facilmente spiegabile alla luce dell'esigenza di non imporre loro requisiti eccessivamente onerosi e difficili da osservare, considerate le dimensioni e le risorse a loro disposizione, non può non suscitare perplessità la mancanza di indicazioni vincolanti quanto ai parametri che le imprese sono chiamate ad adottare per ottemperare agli obblighi di rendicontazione, potendo esse stesse scegliere a quali standard nazionali, dell'UE o internazionali, fare riferimento, per giungere persino alla possibilità di evitare di comunicare qualsivoglia informazione al riguardo, purché si fornisca contestualmente una motivazione⁴⁴.

Sulla scorta degli impegni assunti nella Comunicazione del 2011, nel 2012 la Commissione ha inoltre intrapreso un ampio esercizio di

⁴² COM(2013) 207 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune società e di taluni gruppi di grandi dimensioni, 16.04.2013. Disponibile su: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0207:FIN:IT:PDF>

⁴³ BIZZARRI (a cura di), Corporate Europe Observatory report, *Refusing to be accountable – Business hollows out new European corporate social responsibility rules*, aprile 2013. Disponibile su: http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/refusing_to_be_accountable.pdf

⁴⁴ COM(2013) 207 def., cit., Articolo 2 recante modifiche all'articolo 36, primo paragrafo della Direttiva 83/349/CEE.

co-regolamentazione mediante il supporto di consulenti esterni⁴⁵. Concretatosi nello sviluppo di studi e nella definizione di buone pratiche, tale esercizio è sfociato nella pubblicazione, nei primi mesi del 2013, di una serie di linee guida dirette semplificare l'implementazione dei Principi guida delle Nazioni Unite in materia di imprese e diritti umani (UNGP, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*)⁴⁶. Il primo di questi strumenti è specificamente indirizzato alle piccole e medie imprese, alle quali si propone di fornire indicazioni utili ai fini dell'applicazione dei Principi guida, a tal fine illustrando anche alcuni casi concreti suscettibili di porsi nello svolgimento dell'attività d'impresa, in relazione, a titolo di esempio, al divieto di discriminazioni, al diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque e ai diritti sindacali. Tale guida segue la struttura oramai riconosciuta come caratteristica dei Principi guida delle Nazioni Unite, e articolata in tre pilastri: *protect, respect and remedy*⁴⁷. In primo luogo si riconosce, in capo alle autorità pubbliche, l'obbligo di tutelare i diritti umani, cui viene affiancata la responsabilità dell'impresa di rispettare tali diritti nel concreto svolgimento della propria attività; entrambi sono integrati dall'accesso a meccanismi di rimedio effettivi, di natura giurisdizionale e non, per i casi in cui violazioni di tali diritti si producano quale risultato dell'attività dell'impresa. Tre ulteriori guide, meno vaghe nei contenuti e più pragmatiche nell'approccio, soprattutto per quanto riguarda l'illustrazione dei metodi attraverso i quali valutare i possibili impatti negativi dell'attività di impresa sui diritti umani, sono state redatte in relazione a tre settori di attività, esemplificativi dei potenziali rischi che l'esercizio di un'attività di impresa può determinare per i diritti fondamentali di consumatori, lavoratori e altri soggetti interessati: società attive nel campo delle

⁴⁵ Institute for Business and Human Rights (IBHR) e Shift.

⁴⁶ Disponibili su: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

Nel 2011, i Principi Guida sono stati presentati dal prof. John Ruggie, *UN Special Representative for Business and Human Rights*, al Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, che li ha approvati all'unanimità, rendendoli in tal modo il primo standard globale per la prevenzione e la gestione dei potenziali effetti negativi prodotti dalle imprese sui diritti umani.

⁴⁷ Paradigma, questo, conosciuto anche come "*Ruggie Framework*".

tecnologie dell'informazione e della comunicazione, agenzie di lavoro interinale e di selezione del personale, compagnie petrolifere⁴⁸.

1.3. Spunti per una riflessione critica: quale ruolo per la Commissione nel richiamare le imprese al rispetto dei diritti fondamentali

Nella Comunicazione del 2011, la Commissione si spingeva fino ad affermare che «*[u]na migliore attuazione dei principi guida dell'ONU contribuirà al raggiungimento degli obiettivi dell'UE relativi alle questioni specifiche dei diritti umani e alle norme fondamentali del lavoro, compreso il lavoro minorile, il lavoro forzato dei detenuti, la tratta di esseri umani, l'uguaglianza di genere, la non discriminazione, la libertà di associazione e il diritto di negoziazione collettiva*». Se è vero, come sembra leggendo quanto appena riportato, che la Commissione dimostra di tenere particolarmente a che il ruolo dell'Unione nelle politiche di RSI sia ispirato agli standard internazionali esistenti in materia, e in particolare ai Principi Guida delle Nazioni Unite, sono almeno due gli interrogativi che si pongono al riguardo. Un primo quesito, di natura pragmatica, riguarda la portata degli impegni assunti dalla Commissione al momento della Comunicazione del 2011, e in particolare quello di pubblicare, entro la fine del 2012, una relazione sulle priorità dell'UE nell'attuazione dei Principi Guida dell'ONU, nonché successivamente di redigere delle relazioni periodiche (annuali?) sui progressi realizzati. Allo stato attuale delle cose, una simile relazione non è ancora stata adottata dai servizi competenti della Commissione (la Direzione Generale Impresa e Industria, di concerto con la DG Occupazione, Affari Sociali e Inclusione e la DG Giustizia, Diritti fondamentali e Cittadinanza): se da un lato ciò porta a riconsiderare il significato stesso di "priorità", dall'altro ci si potrebbe addirittura interrogare sull'effettiva utilità di un simile esercizio. È a questo proposito che sorge il secondo, e da un punto di vista giuridico più pregnante, interrogativo. Infatti, se consideriamo che gli obiettivi dell'Unione riguardanti il rispetto dei diritti umani e delle norme fondamentali del lavoro sono già chiaramente, e in maniera *vincolante*, enucleati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, potrebbe essere il

⁴⁸ Disponibili alla pagina dedicata della DG Impresa e Industria della Commissione europea: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/human-rights/index_en.htm

caso di ripensare, quanto meno in termini di metodo, parte dell'impegno della Commissione in materia di responsabilità sociale delle imprese. La Carta dei diritti fondamentali è quanto di più simile a una costituzione l'Unione europea sia riuscita ad adottare finora: con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona le è stata riconosciuta efficacia vincolante pari alle fonti di diritto primario; nel 2010, la Commissione ne ha ulteriormente valorizzato il rango e lo scopo all'interno dell'architettura istituzionale dell'Unione, adottando una comunicazione volta a garantire che i diritti e principi in essa riconosciuti vengano incorporati nelle iniziative, *legislative e non*, intraprese dalla Commissione stessa⁴⁹. Un simile processo di *mainstreaming* della Carta dovrebbe caratterizzare (anche) il processo decisionale dell'UE fin dai suoi primissimi momenti, estendendosi alla fase delle consultazioni preparatorie prima, e della valutazione d'impatto poi, nelle quali si rivela cruciale l'identificazione dei potenziali impatti (negativi e positivi) che l'iniziativa andrà a produrre su determinati diritti fondamentali.⁵⁰ È lapalissiano osservare come tutto ciò suoni (almeno nella teoria) molto diverso dall'approccio morbido e improntato alla volontarietà che la Commissione ha finora perseguito, in generale, in materia di responsabilità sociale delle imprese. Quando il discorso cade sul rispetto della dignità degli individui in quanto tali e in quanto lavoratori, sul principio di non-discriminazione e parità di trattamento, e sulle norme fondamentali in tema di lavoro, sarebbe però opportuno ricordare che lo standard normativo è il punto di partenza, irrinunciabile, per uno sforzo necessariamente superiore.

⁴⁹ COM(2010) 573 def., Comunicazione della Commissione, «*Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*», 19.10.2010.

Disponibile su: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:IT:PDF>

⁵⁰ COM(2010) 573 def., cit., parr. 1.1.1 e 1.1.2.

2. La RSI nel dialogo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la Commissione

Sebbene l'impianto volontaristico appaia essere la spina dorsale della disciplina della RSI, attualmente sono riscontrabili delle spinte per una sua evoluzione più stringente. Proprio al fine di comprendere quali scenari evolutivi si prospettano dinanzi alla concezione europea della RSI, abbiamo deciso di guardare alle interrogazioni scritte in materia che il Parlamento europeo ha sottoposto alla Commissione nel periodo dal 2010 al 2013. In questo modo, tenteremo di ricostruire quali sono le esigenze espresse dalle forze politiche manifestazione della volontà popolare dei cittadini europei, e di comprendere quali siano le istanze parlamentari rispetto all'azione dell'esecutivo dell'UE. Sulla base di queste informazioni, concentreremo il nostro interesse sulla tipologia di argomenti affrontati nelle richieste del Parlamento, sulle forze politiche che si sono maggiormente interessate alla RSI e infine sulla posizione tenuta dalla Commissione rispetto alle domande ricevute.

Le domande parlamentari afferenti al tema della responsabilità sociale d'impresa sono state raccolte grazie al supporto della banca dati *Basil¹*: secondo le informazioni reperibili mediante questa base di dati, l'interesse da parte delle forze parlamentari europee rispetto al tema sorge nel 2010. Da quell'anno in poi si può innanzitutto notare che il numero delle questioni in tema è progressivamente cresciuto, registrando un balzo particolarmente notevole nel corso del 2012. Quest'aumento repentino si può spiegare alla luce della Comunicazione presentata dalla Commissione nell'ottobre 2011, che avanza una nuova definizione di RSI, semplificata e di più ampia portata. Tale definizione, come già detto, non soltanto ne chiarisce il significato, ma individua anche un'agenda di otto punti e tredici iniziative per il 2011-2014 che portano la RSI nel vivo del dibattito interistituzionale tra Commissione e Parlamento.

Prima della suddetta comunicazione, i contenuti delle domande inviate dal Parlamento si concentrano su questioni di tipo finanziario, spesso legate alle dinamiche della crisi esplosa a fine 2008. È, infatti, frequente il riferimento a scandali finanziari che hanno avuto ripercussioni negative sulla società civile. Si tratta di questioni che

⁵¹ Banca dati istituzionale del Segretariato Generale della Commissione europea.

interessano trasversalmente le forze politiche sedute nel Parlamento: nel corso del 2010, la Commissione ha infatti ricevuto delle interrogazioni da parte dal gruppo dei Conservatori e Riformisti Europei (ECR) dei Non Iscritti (NI), ma anche da parte dell'Alleanza Progressista di Socialisti e Democratici (S&D) e dal gruppo della Sinistra Unitaria Europea/Sinistra Verde Nordica (GUE/NGL). Nella maggior parte di tali domande, si rileva come l'assenza di trasparenza nella gestione delle grandi società di capitali possa comportare seri rischi non solo per i cittadini, ma anche per le finanze degli Stati membri. È questo il caso, ad esempio, della domanda E-2776/10 (inviata dai NI) che porta all'attenzione della Commissione la questione dei "crimini economici", intesi come quegli atti di cui si rendono responsabili le società condotte al dissesto finanziario da consigli di amministrazione poco trasparenti. Analoga portata semantica si rintraccia nella domanda E-7896/10, inviata da S&D, nella quale si ricorda alla Commissione in che misura l'irresponsabilità fraudolenta di numerose compagnie (in particolar modo quelle finanziarie) sia alle origini della crisi del 2008 e come, per tale motivo, occorra legare saldamente il discorso sulla RSI al dibattito sulla riforma delle principali istituzioni economiche e finanziarie.

In questa prima fase, le forze che siedono nel Parlamento europeo interpretano la RSI secondo le contingenze, adattandola al tema della crisi, che più di ogni altro è all'ordine del giorno dell'opinione pubblica internazionale. In seguito, con l'avvento della Comunicazione del 2011, l'accento si sposta sulla considerazione per cui, al fine di soddisfare pienamente le loro responsabilità, le imprese dovrebbero dotarsi di un processo per integrare le istanze sociali, ambientali, etiche e i diritti umani nelle proprie strategie di mercato. In questo modo il significato di RSI viene meglio precisato; come si può notare dal grafico n. 1, l'attenzione delle forze politiche comincia a spostarsi soprattutto verso la questione del rispetto dei diritti umani sul posto di lavoro⁵². Infatti,

⁵² L'attenzione verso la dimensione dei diritti umani era già intuibile sulla base di precedenti domande parlamentari. Di fatto, nella risposta che la Commissione invia, nel 2010, al quesito E-10194/12 si legge: «*La rinnovata politica europea di RSI [...] darà maggiore spazio alla questione dell'interazione tra attività di impresa e diritti umani. La Commissione supporta pienamente il lavoro del Rappresentante Speciale delle Nazioni Unite, John Ruggie. In collaborazione con gli stakeholders e con le altre istituzioni dell'UE, la Commissione intende assumere un ruolo attivo nell'implementazione del "Ruggie Framework", una volta che sarà pubblicato nel*

nel corso del 2012 e nella prima metà del 2013 più della metà delle domande parlamentari riguardanti la RSI hanno interessato questioni inerenti la tutela dei diritti fondamentali. A mo' di esempio, con la domanda E-10106/12 un esponente del gruppo GUE/NGL informa la Commissione della condotta della multinazionale spagnola Inditex in Brasile, dove la compagnia, ignorando i principi della Comunicazione del 2011, ha perpetrato diverse irregolarità, fra le quali orari di lavoro estenuanti, basse remunerazioni salariali, precarie condizioni igieniche e di sicurezza, discriminazioni razziali e, secondo quanto affermato dall'autore della domanda, impiegando anche minori nella conduzione dell'attività d'impresa. La dimensione dei diritti umani emerge in tutta la sua chiarezza nella serie di domande parlamentari rivolte alla Commissione a fronte dei due disastri avvenuti in Bangladesh⁵³: il primo, accaduto nel novembre 2012 quando un incendio ha devastato una fabbrica di abbigliamento alla periferia di Dacca, provocando la morte di centinaia di persone e risultando nel ferimento di molte altre; il secondo, quando nel maggio 2013 il Rana Plaza, edificio che accoglieva al proprio interno numerose fabbriche tessili, è crollato provocando più di mille centoventisette decessi⁵⁴. In tutte queste domande si fa riferimento al fatto che tra le imprese che si rifornivano presso le fabbriche operanti nel complesso teatro della tragedia, vi erano anche diverse multinazionali europee, le quali avrebbero agito senza alcuna considerazione degli obblighi etici e comportamentali in materia di RSI.

2011.» (T.d.A.). Di conseguenza, nella risposta, elaborata dalla Commissione alla domanda E-2151/11, si preannunciano i contenuti fondamentali della rinnovata strategia 2011-2014: «*La Commissione si è impegnata a presentare una nuova iniziativa politica in materia di responsabilità sociale di impresa nel corso del 2011. Tale iniziativa potrebbe assumere la forma di una nuova comunicazione. Tra le questioni da affrontare in questa comunicazione vi saranno l'implementazione dell'iniziativa delle Nazioni Unite in materia di attività di impresa e diritti umani, la dimensione globale della responsabilità sociale di impresa, e, infine, la divulgazione da parte delle imprese di informazioni di tipo ambientale, sociale e sui suoi principi di governance*». (T.d.A.)

⁵³ Le domande parlamentari relative agli eventi del Bangladesh e alla dimensione della RSI sono le seguenti: E-10829/12, E-4552/13, E-10868/12, P-4922/13, E-4847/13.

⁵⁴ Si veda, al riguardo, S. AHMED AND L. LAKHANI: *Bangladesh building collapse: An end to recovery efforts, a promise of a new start*, CNN, 14.06.2013, disponibile su: <http://edition.cnn.com/2013/05/14/world/asia/bangladesh-building-collapse-aftermath>.

Accanto alle questioni inerenti al rispetto dei diritti umani, in particolar modo ricorrenti in riferimento a multinazionali operanti al di fuori del territorio dell'Unione, un discreto numero di quesiti parlamentari concerne episodi di licenziamenti di massa, riscontrati all'interno di imprese che operano direttamente sul territorio degli Stati membri⁵⁵. È questo il caso, ad esempio, della domanda E-8947/12 vertente sulla dichiarazione rilasciata nel gennaio 2013 da FNAC Italia in merito al piano di ristrutturazione del gruppo che si sarebbe esplicato in consistenti tagli al personale. Analogo è il caso sottoposto alla Commissione nella domanda E-4484/12 (Verdi) nella quale si denuncia l'operato irresponsabile della Arcelor Mittal Construction Hellas S.A.: secondo le informazioni contenute nella domanda, quest'ultima, di fronte a presunte difficoltà finanziarie incontrate dallo stabilimento di Volos (Grecia) avrebbe avviato un massiccio programma di licenziamenti. Tuttavia, una nuova compagnia, dal nome Arcelor Mittal Flat Carbon S.A., sarebbe stata fondata al tempo stesso in Attica, al fine di svolgere lo stesso tipo di attività svolta dalla società precedente: a fronte di tale comportamento fraudolento, i parlamentari verdi chiedono alla Commissione di valutare l'opportunità di introdurre dei codici di comportamento obbligatori al fine di garantire un'applicazione certa dei principi in materia di RSI.

È interessante osservare come, nel corso del 2013, i quesiti parlamentari comincino a concentrarsi sulla questione dell'attuazione dei principi in materia di RSI (Fig. 2). Infatti, all'incirca la metà⁵⁶ delle interrogazioni vertono sugli schemi applicativi da adottare per garantire l'effettività della disciplina in questione. Ciò appare coerente con gli sviluppi del dibattito interistituzionale che emerge dalle domande parlamentari: nei primi due anni del periodo sottoposto ad analisi (2010-2011) si apre il dibattito, e tanto le questioni relative alla

⁵⁵ La domanda parlamentare E-4553/13, sottoposta da un membro del gruppo S&D, pone l'accento proprio su questa doppia dimensione della RSI (interna ed esterna all'Unione). In particolar modo, la Commissione viene invitata a riflettere sul fatto che nell'agenda presentata nel 2011 predomina la dimensione interna della RSI, nella quale l'attenzione è sulle attività di impresa condotte sul territorio dell'Unione. Al riguardo, tuttavia, la risposta inviata dalla DG Industria e Impresa è chiara nel sottolineare che la Commissione non intende in alcun modo distinguere gli schemi di applicazione della RSI a seconda che queste operino o meno in Paesi terzi.

⁵⁶ Più precisamente, si tratta di quattro su nove domande parlamentari inoltrate nella prima metà del 2013.

tutela di diritti umani e ambiente quanto la trasparenza finanziaria rientrano nell'agenda. A partire dalla Comunicazione del 2011, l'oggetto del dibattito in materia di RSI risulta maggiormente circoscritto, alla luce della considerazione per cui processi d'integrazione di istanze sociali, ambientali, etiche e relative al rispetto dei diritti umani nella gestione dell'attività d'impresa sono visti come funzionali al pieno soddisfacimento della loro responsabilità. Se è vero che tale Comunicazione definisce ulteriormente il campo d'azione delle politiche in materia di RSI, è altrettanto vero che la stessa poco o nulla chiarisce quanto alle modalità di implementazione degli obblighi a essa connessi, ragion per cui le forze parlamentari cominciano a inclinare l'asse del dibattito sugli schemi di applicazione della RSI. Numerose domande, infatti, suscitano dubbi sugli attuali schemi di applicazione, esclusivamente basati su un approccio volontaristico in forza del quale responsabilità sociale d'impresa implica andare oltre le obbligazioni normative, considerate standard minimi irrinunciabili.

Nel paragrafo successivo guarderemo alle forze politiche che si sono fatte portatrici, in maggior misura, delle istanze in materia di RSI. Una simile analisi ci permetterà di gettare una nuova luce sulle politiche in materia di RSI e di intravederne gli sviluppi futuri.

2.1. I gruppi parlamentari

Come è stato anticipato nel paragrafo precedente, tra il 2010 e la prima metà del 2013 le questioni inerenti alla responsabilità sociale delle imprese hanno interessato trasversalmente le forze politiche del Parlamento europeo. Tuttavia, ben oltre la metà delle domande parlamentari in questione (65%) proviene da due formazioni di sinistra: S&D e GUE/NGL. Discreto è anche l'impegno politico dei Verdi, che hanno utilizzato la RSI per portare avanti le proprie battaglie per le "politiche verdi", come in relazione alle fonti di energia rinnovabile, salvaguardia dell'ambiente e tutela dei consumatori. È questo il caso, ad esempio, della domanda scritta E-2469/10 la quale, denunciando l'operato della Arcelor Mittal (colosso industriale mondiale, leader nel settore dell'acciaio) in Sudafrica, chiede alla Commissione quali misure siano da intraprendere al fine di garantire l'applicazione dei Principi Guida dell'ONU su imprese e diritti umani

elaborati sotto la guida del prof. John Ruggie, Rappresentante speciale per Business and Human Rights.

Le restanti forze politiche (destra e moderate) hanno dimostrato uno scarso interesse verso tale questione, sottoponendo nell'arco del periodo considerato due sole interrogazioni a testa. Nello specifico, si può osservare che il gruppo dell'Alleanza dei Democratici e Liberali per l'Europa (ALDE), così come il gruppo dei Non Iscritti, hanno inoltrato richieste riguardanti questioni meramente legate alla trasparenza finanziaria, sulla scia degli effetti legati all'aggravarsi della crisi economica. La questione della trasparenza è stata oggetto anche di una domanda da parte del gruppo ECR (Conservatori e Riformisti), i quali, analogamente al Partito Popolare Europeo (PPE), hanno sollevato anche il nodo relativo agli schemi di applicazione della RSI. Rispetto a quest'ultima questione, tuttavia, il PPE e l'ECR hanno rivelato atteggiamenti differenti. Nella domanda E-5179/13, l'ECR chiede quali siano le iniziative che la Commissione intende vagliare al fine di garantire uno scambio più efficace delle buone pratiche tra imprese che adottano strategie di RSI. Nella domanda E-6551/12 il PPE, invece, sottolineando come l'agenda per il 2011-14 redatta dalla Commissione non preveda alcuna prescrizione di legge in materia di RSI, chiede se le ONG che in passato avevano fatto pressione per l'adozione di schemi applicativi obbligatori avranno uno spazio maggiore nella definizione delle politiche in materia di RSI.

S&D e GUE/NGL, le principali forze parlamentari a dialogare con la Commissione sulle questioni di RSI, hanno posto quesiti riguardanti specialmente la tutela dei diritti fondamentali sul posto di lavoro. Infatti, tali questioni contano per ben più della metà delle domande inviate da entrambi i gruppi dal 2010 a oggi. Possiamo prendere ad esempio la domanda E-10194/12, in cui un esponente del gruppo GUE/NGL porta all'attenzione della Commissione le conclusioni del report *Captured by cotton*,⁵⁷ il quale denuncia la condotta di alcune multinazionali spagnole (El Corte Inglés, Inditex e Cortefiel) operanti in India nel settore tessile, accusate non soltanto di sottoporre i propri dipendenti a condizioni di lavoro disumane, ma anche di impiegare lavoro minorile. In particolar modo, nella domanda si fa riferimento

⁵⁷ Redatto da SOMO (Centre for Research on Multinational Corporations) e ICN (India Committee of the Netherlands), maggio 2011. Disponibile su: http://somo.nl/publications-en/Publication_3673

alla mala fede usata dai datori di lavoro nei confronti dei dipendenti più vulnerabili, appartenenti al gruppo Dalit (la classe più bassa nel tradizionale sistema indiano di caste), i quali venivano costretti a lavorare in condizioni prossime alla schiavitù sulla base di promesse menzognere. In maniera analoga, la domanda E-11164/12, sottoposta da esponenti del gruppo S&D, denuncia alla Commissione le condizioni degradanti in cui versa la popolazione peruviana impiegata nelle settore minerario.

Si deve inoltre osservare che il gruppo S&D, a differenza del GUE/NGL, si è ultimamente fatto promotore di un vero e proprio carteggio con la Commissione riguardante gli schemi di applicazione della RSI, in particolare ponendo l'accento sulla inefficacia dell'approccio volontaristico e la necessità di predisporre una normativa più incisiva.

Da questa analisi emerge come le questioni in tema di responsabilità sociale delle imprese siano entrate a far parte dell'agenda politica delle forze parlamentari della sinistra, le quali sia prima che dopo la Comunicazione del 2011 si sono poste come il principale interlocutore della Commissione in materia. Attraverso il discorso sulla RSI, tali gruppi hanno chiamato la Commissione a prendere conoscenza di massicce violazioni dei diritti dei lavoratori da parte delle multinazionali europee operanti in Paesi terzi. Per quanto riguarda, invece, le imprese operanti esclusivamente nel territorio dell'UE, le questioni occupazionali appaiono essere quelle prevalenti. La dimensione ambientale assume progressiva rilevanza all'interno di tale dibattito, in particolare grazie anche all'impegno del gruppo dei Verdi. Tanto dal dialogo interistituzionale quanto dalla Comunicazione del 2011 possono individuarsi tre grandi tematiche sulle quali si incentra il discorso europeo sulla RSI: 1) rispetto dei diritti umani; 2) occupazione, soprattutto a livello intra-UE e 3) ambiente. A esse si affianca il dibattito sugli schemi applicativi della RSI, e in particolare sulla base volontaristica di tali politiche, rispetto alla quale le forze politiche europee non hanno esitato a esternare le proprie critiche.

2.2. La posizione della Commissione: la RSI in prospettiva storica

Leggendo le risposte elaborate dalla Commissione si evince come essa, dinanzi ai quesiti posti dai membri del Parlamento europeo, abbia

seguito una linea di risposta coerente, basata essenzialmente su due punti: da un lato, pieno supporto e promozione delle iniziative esistenti in materia di RSI, con esplicito riferimento agli standard internazionali del settore; dall'altro, un approccio non prescrittivo alla RSI, che affonda le proprie radici nell'intenzione di non procedere ad alcun intervento regolatore che imponga alle imprese di rispettare obbligatoriamente i principi e le linee guida esistenti nell'ambito della RSI⁵⁸. Una simile posizione emerge già chiaramente dalla Comunicazione del 2006, nell'ambito della quale la Commissione *«invita le imprese europee a dimostrare pubblicamente il loro impegno a favore dello sviluppo sostenibile, della crescita economica e di un miglioramento qualitativo e quantitativo dell'occupazione, nonché a impegnarsi maggiormente per la RSI, in particolare in cooperazione con altre parti interessate [...]»*. Poiché la RSI è fondamentalmente un comportamento volontario delle imprese, un approccio che imponga alle imprese nuovi obblighi ed esigenze amministrative rischia di essere controproducente e sarebbe contrario ai principi di miglioramento della regolamentazione. *Consapevole del ruolo prioritario delle imprese nella RSI, la Commissione ritiene di poter raggiungere meglio i suoi obiettivi collaborando più strettamente con le imprese europee e annuncia quindi il suo sostegno al lancio di un'alleanza europea in materia di RSI [...]»*⁵⁹. Nella stessa Comunicazione si precisa che tale alleanza si concreta in un quadro politico per promuovere iniziative nuove ed esistenti in materia di RSI, ma non rappresenta affatto *«uno strumento giuridico che deve essere sottoscritto dalle imprese, dalla Commissione o da un'autorità pubblica. Non ci sono formalità da espletare per dichiarare il proprio sostegno all'alleanza e la Commissione europea non terrà un elenco delle imprese che la*

⁵⁸ Tale posizione emerge con particolare chiarezza dalla recentissima (25.04.2013) risposta fornita dalla Commissione alla domanda E-3255/13, nella quale si legge: *«Perché la loro condotta risponda pienamente ai principi di responsabilità sociale, la Commissione crede che le imprese dovrebbero provvedere alla definizione di processi per integrare – in stretta collaborazione con gli stakeholders – la responsabilità sociale, ambientale, etica, il rispetto dei diritti umani e delle istanze dei consumatori all'interno della propria attività e strategia di impresa. La Commissione non ha alcuna intenzione di avanzare delle proposte legislative che richiedano alle imprese di rispettare determinati principi o linee guida in materia di RSI»*. (T.d.A.)

⁵⁹ COM(2006) 136 def., cit., par. 1 (Introduzione).

sosterranno»⁶⁰. In linea con un'impostazione spiccatamente volontaristica, la Commissione s'impegna quindi a non intraprendere politiche di RSI che comportino l'imposizione di obblighi giuridici in capo alle imprese, optando invece per una linea di intervento "leggera", basata non solo sulla sensibilizzazione e lo scambio di migliori prassi, ma anche sul sostegno a iniziative multilaterali⁶¹. Tale posizione viene ulteriormente confermata nella risposta fornita alla domanda parlamentare E-6551/12, nella quale la Commissione ribadisce il suo impegno verso un «*approccio multilaterale nel definire le politiche di RSI. La nuova strategia di RSI della Commissione consolida un approccio più costruttivo e inclusivo rispetto alla collaborazione con tutti i vari stakeholders inclusi Stati membri, imprese, sindacati e ONG*» (T.d.A.).

Nel 2013, una simile linea d'intervento "leggera" in materia di RSI è stata oggetto di critiche generalizzate da parte degli esponenti delle forze parlamentari europee⁶². Particolarmente significativo è il caso della domanda E-1473/13, la quale è stata sottoscritta da ben otto europarlamentari, rappresentativi dell'intero spettro politico⁶³. Dopo aver riferito dell'operato di un'impresa spagnola, ritenuta agire in contrasto con i principi di RSI, la domanda si chiude conclude con il seguente interrogativo: «[q]uali misure sta adottando la Commissione al fine di garantire che le imprese facciano un giusto uso della responsabilità sociale di impresa, piuttosto che impiegarlo come un mero strumento di marketing?» (T.d.A.). Tale interrogativo trova eco anche al di fuori del dibattito interistituzionale e si sostanzia in una certa diffidenza nei confronti di un approccio volontaristico puro⁶⁴, considerato come uno strumento che consente alle imprese di sfuggire

⁶⁰ COM(2006) 136 def., cit., par. 1 (Introduzione).

⁶¹ COM(2006) 136 def., cit., par. 5.

⁶² A tal riguardo, sette domande su dieci pongono l'accento sulla necessità di assicurare in maniera più incisiva il rispetto dei principi di RSI.

⁶³ La domanda in questione è stata sottoscritta da parlamentari appartenenti ai seguenti gruppi politici: GUE/NGL, S&D, PPE, Verts/ALE, ALDE, NI.

⁶⁴ Cfr. THIRARUNGRUEANG, *Rethinking CSR in Australia: time for binding regulation?*, in *International Journal of Law and Management*, 55 (3), 2013, 173-200. LIPSCHUTZ, ROWE, *Globalization, governmentality and global politics: regulation for the rest of us?*, Routledge, New York, 2005. ANAND, *Voluntary vs mandatory corporate governance: towards an optimal regulatory framework*, American Law and Economics Association Annual Meetings, Working paper No. 44, 2005. BAKAN, *The corporation. The pathological pursuit of profit and power*, Constable, 2004.

a un regime normativo obbligatorio fondato su una legislazione volta a tutelare i lavoratori e l'ambiente. Tali critiche nei confronti della linea "leggera" perseguita dalla Commissione acquisiscono ulteriore consistenza se storicamente contestualizzate nei processi di trasformazione cui è andata incontro l'economia globale nel corso dell'ultimo secolo. Una simile prospettiva storica viene suggerita, d'altronde, dal testo stesso della Comunicazione del 2006, nella cui introduzione si legge: «*Dalla fine della guerra fredda l'economia di mercato ha prevalso nella maggior parte dei paesi del mondo. Ciò ha aperto nuove opportunità alle imprese, ma crea anche un'esigenza corrispondente di autolimitazione e di mobilitazione da parte del mondo imprenditoriale, nell'interesse della stabilità sociale e del benessere delle società democratiche moderne*»⁶⁵. Il prevalere dell'economia di mercato cui si fa riferimento rappresenta il frutto di un lungo processo storico, che affonda le proprie radici nel modello di sviluppo economico consolidatosi a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta del Novecento⁶⁶. All'indomani degli Accordi di Bretton Woods (1944), si afferma nelle economie occidentali un modello di sviluppo incentrato sulle idee keynesiane⁶⁷. In linea di massima, Keynes suggeriva che in una data economia investimenti e risparmi non fossero necessariamente coincidenti: «*[i]n sostanza [investimenti e risparmi] potevano divergere per lunghi periodi. [...] Lo Stato, e solo esso, aveva i mezzi per impedire che l'economia si stabilizzasse a un livello potenziale di equilibrio non più caratterizzato dalla piena occupazione. Esso poteva creare credito spendendo fondi non prelevati attraverso le tasse, ad esempio incrementando l'occupazione attraverso le opere pubbliche.*»⁶⁸. Secondo questa prospettiva, gli obiettivi principali dello stato erano occupazione, crescita economica e benessere dei cittadini, e il potere statale era libero di intervenire, accanto ai meccanismi di mercato, per garantirne il miglior conseguimento⁶⁹. Lo stesso John Ruggie, nel 1982, ha definito questo modello di sviluppo economico

⁶⁵ COM(2006) 136 def., cit., par. 1 (Introduzione).

⁶⁶ Cfr. POLLARD, *Storia economica del Novecento*, il Mulino, Bologna, 2004. GLYN, *Capitalismo scatenato. Globalizzazione, competitività e welfare*, Francesco Brioschi Editore, Milano, 2007. HARVEY, *A brief history of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2005. SILVER, *Forces of labor*, Cambridge University Press, 2003.

⁶⁷ POLLARD, *Storia economica del Novecento*, cit.

⁶⁸ POLLARD, *Storia economica del Novecento*, cit., 19.

⁶⁹ Cfr. HARVEY, *A brief history of Neoliberalism*, cit.

come “*embedded liberalism*”⁷⁰ in considerazione della “irreggimentazione” cui erano sottoposte per via legale le forze di mercato. Infatti, intorno ai processi di mercato e alle attività imprenditoriali esisteva una trama di restrizioni sociali e politiche, disciplinata secondo un contesto volto non soltanto a limitare, ma anche a orientare la strategia economica e industriale⁷¹. L’attuazione di politiche keynesiane nei paesi OCSE condusse a una forte riduzione del tasso di disoccupazione e quindi, al rafforzamento delle organizzazioni sindacali e all’incremento dei salari. «*In questo periodo fu anche potenziata la legislazione a tutela dell’occupazione, contraria al licenziamento arbitrario e limitativa, in linea generale, delle prerogative del datore di lavoro in tema di assunzioni e licenziamenti [...]. Un’ulteriore conquista dei lavoratori fu la drastica diminuzione della media delle ore lavorate all’anno, da circa 2000 nel 1950, a 1750 nel 1973: l’equivalente di una mezza giornata di lavoro in meno ogni settimana*»⁷². Al riguardo, eloquenti appaiono i dati riportati nella tabella numero 1 dell’appendice, nella quale si nota che tra il 1960 e il 1979 i sussidi di disoccupazione hanno registrato un notevole aumento, così come in crescita appare l’indice di legislazione di protezione all’occupazione. Con l’inizio degli anni ’70 prese il via una stagione di cambiamento epocale: in tutte le economie europee si registrarono perdite di produttività, mentre la costante crescita dei salari reali produsse ripercussioni inflazionistiche, i cui effetti furono aggravati dall’aumento generalizzato del prezzo del petrolio e delle materie prime⁷³. A ciò dovevano ancora aggiungersi gli effetti della crisi fiscale alla quale molti paesi andarono incontro in conseguenza dell’aumento della spesa sociale. Tuttavia, il principale fenomeno che segnò la crisi delle teorie keynesiane, riportando alla ribalta una visione più ottimistica delle istituzioni del libero mercato, fu la stagflazione degli anni ‘70. Come spiega lo storico dell’economia Sidney Polland «[...] *la ricetta keynesiana si era dimostrata adatta alle condizioni degli anni Trenta –*

⁷⁰ RUGGIE, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 36(2), 1982, 379-415.

⁷¹ HARVEY, *A brief history of Neoliberalism*, cit.

⁷² GLYN, *Capitalismo scatenato. Globalizzazione, competitività e welfare*, cit., 28-29.

⁷³ Si veda GLYN, *Capitalismo scatenato. Globalizzazione, competitività e welfare*, cit. Si veda anche: ARMSTRONG, *Capitalism since World War II. The making and breaking of the long boom*, Basil Blackwell, Oxford 1991.

periodo contrassegnato dalla deflazione, dalla caduta mondiale dei prezzi e da una forte disoccupazione. La crescita dei prezzi non fu allora un problema, ma una popolazione consapevole della presenza di un'alta e costante offerta di lavoro e di un movimento dei prezzi verso l'alto non esiterà invece a chiedere aumenti salariali per anticipare ulteriori aumenti dei prezzi, mentre i datori di lavoro saranno fiduciosi di poter scaricare questi aumenti sui loro clienti. L'inflazione dunque si autoalimenta e finisce per accelerare in assenza di una riserva di disoccupati che, disputandosi i posti di lavoro disponibili, possa moderare le richieste salariali»⁷⁴. Le idee monetariste si andarono così sostituendo a quelle keynesiane, e lo stesso ruolo dello stato nell'economia andò riconsiderato: il suo scopo principe era quello di controllare l'offerta di moneta in circolazione al fine di evitare pericolose spirali inflazionistiche. «In particolare, se la quantità della moneta circolante viene limitata dall'iniziativa di governo, i datori di lavoro non sono in grado di pagare aumenti salariali richiesti e se i sindacati sono abbastanza forti da imporli comunque, finiscono fuori mercato provocando la disoccupazione dei loro iscritti»⁷⁵. A cavallo tra gli anni '70 e '80 la maggior parte dei governi occidentali adottò, implicitamente o esplicitamente, una prospettiva monetaristica, che si affermò quale predominante anche all'interno dei processi decisionali di istituzioni internazionali quali la Banca Mondiale, il Fondo Monetario Internazionale e, più tardi, le istituzioni dell'Unione europea⁷⁶. Prese allora il via un periodo di deregolamentazione del mercato del lavoro, che divenne parte integrante delle politiche economiche suggerite dall'OCSE, le quali miravano a: «1) rendere i salari e il costo del lavoro più flessibili, rimuovendo le restrizioni che impediscono ai salari di riflettere le condizioni locali e i livelli di competenza individuali, in particolare dei giovani lavoratori; 2) riformare i dispositivi che tutelano la sicurezza dell'occupazione, ma impediscono di espandere l'occupazione nel settore privato; 3) riformare il sistema del sussidio di disoccupazione e dei benefici correlati – insieme al modo in cui interagiscono con il sistema tributario – in modo che gli obiettivi fondamentali di equità della società vengano raggiunti attraverso strumenti che influenzino più

⁷⁴ POLLARD, *Storia economica del Novecento*, cit., 20.

⁷⁵ POLLARD, *Storia economica del Novecento*, cit., 21.

⁷⁶ HARVEY, *A brief history of Neoliberalism*, cit.

limitatamente l'efficiente funzionamento del mercato del lavoro»⁷⁷. Inoltre, tra le proposte caldegiate dall'OCSE va ricordata la desiderabilità di «allentare i vincoli obbligatori al licenziamento ove i dispositivi in atto limitino seriamente la possibilità di ristrutturazione aziendale e le opportunità di occupazione dei nuovi entranti nella forza lavoro»⁷⁸. Come ricorda Andrew Glyn⁷⁹, la posizione dell'OCSE è stata fatta propria dal Fondo Monetario Internazionale: «[...] le cause della disoccupazione possono essere individuate nelle istituzioni del mercato del lavoro. Per questa ragione i paesi con un elevato tasso di disoccupazione sono stati più volte invitati a intraprendere una drastica riforma strutturale per ridurre le rigidità del mercato del lavoro»⁸⁰. Nella banca dati dell'OCSE relativa all'indice di legislazione di protezione del lavoro, si nota come nel periodo compreso tra il 1985 e il 2008 è stata riscontrata una riduzione del livello di tutela soprattutto rispetto a quei Paesi i cui indici di protezione del lavoro erano più alti all'inizio del periodo⁸¹. Inoltre, le riduzioni più drastiche hanno interessato soprattutto Paesi europei quali l'Italia (-47%), la Svezia (-46,4%), la Germania (-33%), il Belgio e il Portogallo (-31%).

Come ricorda anche la Comunicazione del 2006, il dibattito in tema di responsabilità sociale d'impresa si inserisce inevitabilmente nel solco delle trasformazioni storiche passate in rassegna pocanzi. Infatti, coerentemente con i processi evolutivi della legislazione sul lavoro (e, in generale, con la disciplina dell'impresa intesa in relazione con l'ambiente circostante sociale e non), intende intervenire «nell'interesse della stabilità sociale e del benessere delle società democratiche moderne»⁸², non attraverso una maggiore tutela della classe lavoratrice, bensì attraverso condotte volontarie «di autolimitazione e di mobilitazione da parte del mondo imprenditoriale»⁸³. Questa

⁷⁷ OECD Jobs Study Evidence and Explanations, Part I: Labor market trends and underlying forces of change; Part II: The adjustment potential of the labor market, Parigi, OCSE, 1994.

⁷⁸ OECD Jobs Study Evidence and Explanations, Part I: Labor market trends and underlying forces of change; Part II: The adjustment potential of the labor market, cit.

⁷⁹ GLYN, *Capitalismo scatenato. Globalizzazione, competitività e welfare*, cit.

⁸⁰ FMI, *Unemployment and labor market institutions: why reforms pay off*, in *World Economic Outlook*, aprile 2003, 129.

⁸¹ Fonte: *Online OECD Employment Database* <http://www.oecd.org/employment/emp/onlineoecdemploymentdatabase.htm#epl>

⁸² COM(2006) 136 def., cit., par. 1 (Introduzione).

⁸³ COM(2006) 136 def., cit., par. 1 (Introduzione).

prospettiva storica suggerisce due opzioni evolutive per la RSI. La prima guarda positivamente agli sviluppi della RSI, volta a divenire uno strumento di tutela e integrazione degli interessi sociali, ambientali e dei lavoratori nell'attività di impresa. All'interno di questo scenario, appare cruciale sciogliere il nodo degli schemi applicativi della RSI, alla luce delle perplessità, espresse anche nelle interrogazioni parlamentari esaminate nei paragrafi che precedono, esistenti in merito all'efficacia dell'approccio volontaristico. La seconda opzione evolutiva fa tesoro delle critiche che additano la RSI quale strumento che consente alle imprese di sfuggire a una legislazione in grado di tutelare maggiormente i lavoratori e l'ambiente, nel contesto storico di un percorso evolutivo che, a partire dagli anni '70, si è incentrato sulla deregolamentazione del mercato del lavoro, e che ha portato a un progressivo attenuamento della legislazione a tutela dei lavoratori. Questa prospettiva indurrebbe a un più cauto approccio nei confronti della RSI, che potrebbe in fin dei conti rivelarsi essere una mera "copertura di zucchero" attorno alla pillola amara dell'indebolimento della legislazione a protezione del lavoro, in nome di una maggiore competitività sul mercato globale. In quest'ottica, la RSI riempirebbe il vuoto politico e normativo lasciato da indirizzi di politica economica e sociale che, nel corso degli ultimi trent'anni, hanno sacrificato sull'altare dell'efficienza e della produttività la tutela del lavoro e dell'ambiente.

3. Conclusioni

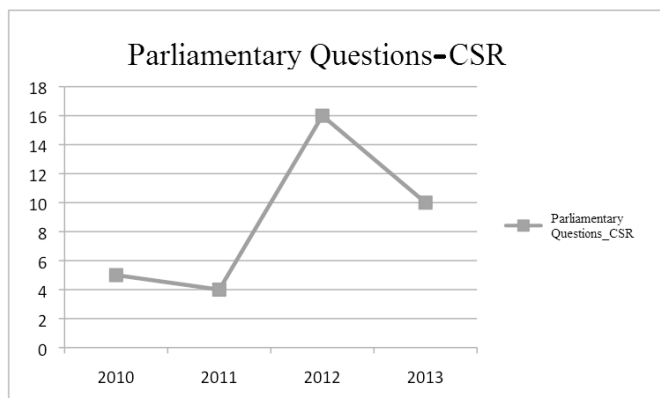
Nel tirare le somme della nostra analisi, il punto di arrivo evidente e largamente condiviso si potrebbe sintetizzare nella constatazione per cui l'approccio volontaristico che caratterizza le politiche di responsabilità sociale d'impresa ne è, al tempo stesso, croce e delizia. Croce poiché espone, fin troppo facilmente, il fianco alle critiche di coloro i quali sostengono, non senza argomenti, la necessità di pensare l'attività d'impresa in maniera da rafforzare la tutela di valori fondamentali quali i diritti dei lavoratori, la salvaguardia di beni collettivi quali l'ambiente e la salute pubblica, la fiducia dei consumatori, piuttosto che cedere spazio alla discrezionalità degli operatori economici in simili ambiti. Delizia, perché proprio tale

approccio morbido e, per certi versi, *à la carte*, la rende attraente per quegli stessi attori.

D'altronde, il crescente interesse istituzionale, riscontrabile sulla base dello studio delle iniziative della Commissione da un lato, e del sempre maggiore attivismo del Parlamento europeo dall'altro, possono contribuire a una trasfusione delle politiche in materia di responsabilità sociale delle imprese in strumenti di *hard law*. Nella misura in cui tali politiche riflettono le preoccupazioni che la collettività degli interessati nutre verso tematiche quali il rispetto dei diritti umani e le condizioni di lavoro, ciò è più che auspicabile, in considerazione delle tradizioni costituzionali e normative degli Stati membri, e dell'Unione europea stessa in quanto progetto politico.

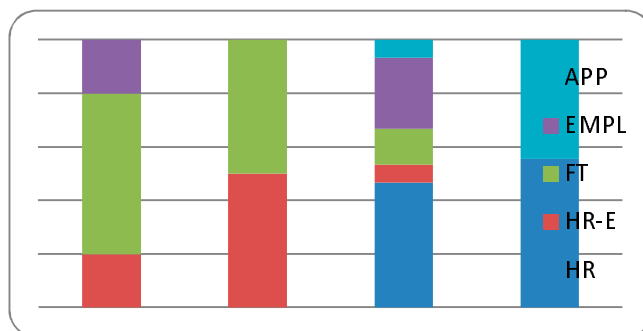
1. Appendice quantitativa

Fig. 1 – Numero delle domande parlamentari in materia di RSI: 2010-2013⁸⁴



Fonte: *Basil*

Fig. 2 – Tendenze tematiche nelle domande parlamentari sulla RSI: 2010-2013⁸⁵

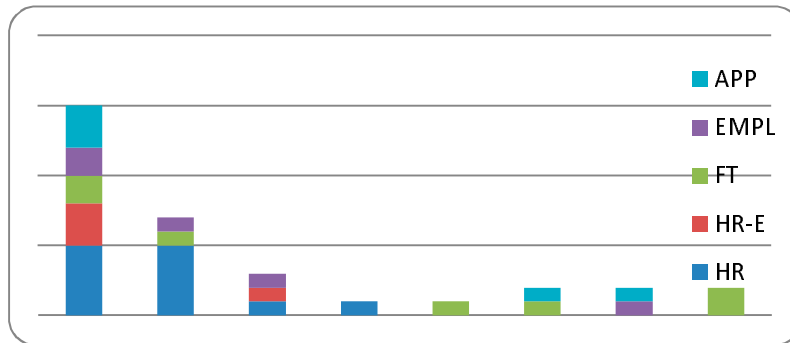


Fonte: *Basil*

⁸⁴ L'ultimo accesso alla banca dati è stato effettuato il 15 giugno 2013. Conseguentemente, l'annata 2013 riporta un numero parziale di domande parlamentari, che tuttavia contribuisce a fornire informazioni rilevanti in merito alle tendenze evolutive.

⁸⁵ L'organizzazione tematica della domande parlamentari è un'elaborazione personale degli autori. Le domande sono state raccolte nelle seguenti categorie: HR (Diritti umani), HR-E (Diritti umani e ambiente), FT (Trasparenza finanziaria), EMPL (occupazione), APP (Schemi applicativi della RSI). Nella categoria HR-E i diritti umani sono trattati congiuntamente con le questioni ecologiche, mentre nella categoria HR i diritti umani sono individualmente considerati.

Fig. 3 – Forze politiche e tendenze tematiche nelle domande parlamentari sulla RSI: 2010-2013



Fonte: Basil

Tab. 1 – Tendenze del mercato del lavoro: 1960-1979

Media dei 19 paesi OCSE	Adesione al sindacato (%)	Indice di legislazione di protezione dell'occupazione	Sussidio di disoccupazione (% salario medio)	Tasso di disoccupazione (%)
1960-64	38,8	0,79	28	2,1
1965-69	39,1	0,85	31	2,1
1970-74	41,4	0,99	34,6	2,5
1975-79	44,8	1,09	43,2	4,3

Fonte: BAKER, GLYN, HOWELL, SCHMITT, *Labor market institutions and unemployment: a critical assessment of the cross-country evidence*, in HOWELL (a cura di), *Fighting unemployment: the limits of free market orthodoxy*, Oxford University Press, New York, 2005.

**LA DISCIPLINA DELLA CENTRALE DEI RISCHI: NORMATIVA
DI RILEVANZA SISTEMICA E TUTELA DEI DIRITTI DEL
SEGNALATO ANCHE ALLA LUCE DELLE DECISIONI
DELL'ARBITRATO BANCARIO E FINANZIARIO**

Raffaele Scalcione
Avvocato in Milano

Lo scritto riconduce a sistema la normativa in vigore analizzando da un lato la struttura della Centrale dei Rischi e delle centrali private e dall'altro i problemi della tutela dei diritti del segnalato anche alla luce della giurisprudenza e delle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario. Le varie problematiche affrontate, che si muovono su piani di analisi diversi - alcune sul piano privatistico ed altre su piani più squisitamente pubblicistici - vengono ricondotte ad una prospettiva di analisi unitaria, quella legata alle ragioni sottese alla creazione della centrale dei rischi nell'ordinamento bancario, ossia l'esigenza di mettere a disposizione degli intermediari creditizi uno strumento efficace di gestione e contenimento del rischio di credito. Si sarebbe potuto tenere maggiormente conto dell'esperienza della centrale dei rischi, anche a livello internazionale, all'atto dell'elaborazione dei sistemi di raccolta dati (i c.d. repertori di dati) specifici per i derivati OTC, come da EMIR.

The article systematically analyzes the applicable legal framework of the National Central Credit Register analyzing the structure of the register, the private credit registers, as well as the issues revolving around the need for protection of the individuals whose credit reputation could be tarnished in light of the most recent jurisprudence as well as the decisions of the Banking and Financial Arbiter. The many points discussed, which involve private law issues as well as public interest, are brought together in the perspective of the reasons why the register was created, to make available to credit giving institutions, a risk management tool specific for credit risk. Financial regulators and law makers, could have taken more into account the successful experience of the National Central Credit Register when drafting a similar system for the collection of data pertaining to OTC derivatives exposures under EMIR i.e. the so called Trade Repository.

Sommario

1. Premessa
2. La funzione della Centrale dei Rischi
3. La cornice normativa nella quale la Centrale opera
4. Il monitoraggio delle esposizioni creditizie
5. Le risultanze della Centrale
6. La riforma della Centrale dei Rischi
7. La partecipazione al sistema
8. Obblighi di comunicazione relativi ai contratti di *leasing*
9. Natura riservata dei dati raccolti e distribuiti: sovrapposizioni ed interferenze con la disciplina sulla *privacy*
10. Informazioni qualitative e segnalazione 'a sofferenza' di una posizione nei confronti del cliente
11. Rapporti contestati
12. Segnalazione 'a sofferenza' ed il significato della stessa
13. Il danno derivante da errata segnalazione a sofferenza di una posizione creditizia ed i rimedi giudiziari
14. La tutela cautelare
15. Le decisioni dell'Arbitrato Bancario e Finanziario
16. Conclusioni

1. Premessa

Come noto, la Centrale dei Rischi è un sistema informativo adibito a raccogliere e distribuire informazioni sull'indebitamento - e sull'esposizione creditizia - della clientela delle banche e degli intermediari finanziari vigilati dalla Banca d'Italia¹. Il sistema è gestito dalla stessa Autorità di Vigilanza per fornire agli intermediari partecipanti un'informazione utile, ma non esaustiva, di ausilio nella valutazione del merito di credito della clientela e nell'analisi e gestione del rischio di credito. Una migliore capacità di analisi e gestione del rischio di credito a livello del singolo intermediario, contribuisce indirettamente pure a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e, in ultima analisi, ad accrescere la stabilità del sistema bancario. Per cui il sistema della Centrale non può e non deve essere inteso in chiave restrittiva come un semplice sistema per la raccolta e lo stoccaggio di informazioni, ma soprattutto, questo deve essere riconosciuto come un fondamentale strumento per la gestione di un rischio chiave cui sono esposti gli operatori attivi nell'esercizio del credito.

Le banche e gli intermediari finanziari onerati debbono poi comunicare alla Banca d'Italia aggiornamenti periodici delle informazioni comunicate per obbligo di legge. Difatti, è previsto che, con cadenza mensile, ma in certi casi senza indugio, questi comunichino alla vigilanza le informazioni sugli affidamenti concessi alla loro clientela e ricevano in ritorno, con la medesima periodicità, informazioni sulla posizione debitoria verso il sistema creditizio dei nominativi segnalati e dei soggetti a questi collegati. Gli intermediari possono ulteriormente interrogare la Centrale dei Rischi per chiedere informazioni su soggetti non attualmente clienti e pertanto non da loro segnalati, a condizione che le richieste siano avanzate per finalità connesse con l'assunzione e la gestione del rischio di credito. Le banche e gli intermediari aderenti, inoltre, possono utilizzare le informazioni acquisite dalla Centrale dei Rischi per fini di difesa

¹ Si devono citare in antefatto le opere monografiche esistenti in materia: AA.VV., *Centrale dei Rischi, Profili civilistici*, a cura di Sciarrone Alibrandi, Giuffrè, 2005; ROSSI, *La Centrale Rischi*, Banca e Impresa, 2012; LENOCI, PEOLA, *Nuova Centrale dei Rischi*, Ipsoa, 2012; Banca d'Italia, AA.VV., *Tematiche Istituzionali, La Centrale dei Rischi nella gestione del credito: esperienze e prospettive*, 2002.

processuale, sempre che il giudizio riguardi il rapporto di credito intrattenuto con la clientela.

Quindi, al cuore della Centrale dei Rischi sta un'ampia banca dati, un sistema di stoccaggio gestito dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, nel quale sono conservate informazioni sulla solvibilità dei clienti, siano essi soggetti privati, pubblici ovvero anche altre banche o intermediari finanziari. La natura di banca dati della stessa Centrale dei Rischi è tuttavia foriera di rilevanti implicazioni dal punto di vista della tutela della *privacy* dei soggetti le cui informazioni sono raccolte presso la banca dati; tali esigenze devono, tuttavia, essere temperate con riferimento alla speciale funzione svolta dalla Centrale dei Rischi, la quale direttamente contribuisce al monitoraggio e alla verifica e gestione di potenziali aree di vulnerabilità fonte di rischio sistemico.

2. La funzione della Centrale dei Rischi

La Centrale dei Rischi (di seguito anche, *breviter*, la 'Centrale'), pertanto, è un sistema informativo di fondamentale importanza nella gestione del rischio di credito degli intermediari bancari e finanziari. Essa è in funzione dal 1964 e rappresenta in Italia il primo esempio di sistema informativo globale del rischio di credito², un esempio cui far riferimento, a parere di chi scrive, anche in ambito internazionale. Ma vediamo in dettaglio quali sono le funzioni e le funzionalità di questo sistema informativo telematico.

In sostanza, il sistema raccoglie mensilmente dai partecipanti, dati aggiornati sui finanziamenti erogati a ciascun cliente e gruppo e sullo status degli stessi. Il flusso informativo verso la Centrale, viene seguito da un flusso di ritorno verso gli intermediari, contenente il dato aggregato degli affidamenti concessi a tutti i clienti segnalati dall'intermediario (c.d. flusso di ritorno personalizzato). La posizione globale di rischio di un cliente si determina sommando gli affidamenti segnalati. Inoltre, la Centrale produce un c.d. flusso di ritorno statistico, ossia un flusso di dati statistici complessivi sul mercato del credito, la rischiosità, la concentrazione, la dimensione degli affidamenti e altri

² La Centrale dei Rischi è stata istituita con la delibera del CICR del 16 maggio 1962.

dati complessivi di sistema bancario d'indubbio interesse e utilità. Il flusso di ritorno statistico è stato poi ulteriormente potenziato negli ultimi anni e contiene oggi importanti dati sui tassi di decadimento, di mortalità e di rimborso dei finanziamenti che sono anche utilizzati dai modelli interni di portafoglio crediti e dai sistemi interni di rating del credito. Infine, la Centrale fornisce il c.d. servizio di prima informazione, ossia un report contenente le informazioni di dettaglio sugli affidamenti erogati a soggetti che non siano stati già segnalati dall'intermediario, ossia, relativamente a potenziali nuovi clienti. Queste informazioni potranno essere utilizzate nell'ambito delle istruttorie creditizie.

La possibilità di avere accesso alle esposizioni consolidate di ciascun cliente è elemento di fondamentale importanza per la gestione del rischio di credito. Difatti, come noto, gli intermediari bancari e finanziari, non possono verificare appieno l'affidabilità di un debitore se non hanno accesso a informazioni dettagliate e consolidate sull'indebitamento complessivo di un soggetto o gruppo nei confronti del sistema bancario.

Prima di tutto, quindi, la possibilità di accedere a informazioni dettagliate sul rischio di credito complessivo rispetto a un dato cliente, consente più consapevoli scelte di finanziamento da parte delle banche e degli intermediari finanziari che possono disporre di un quadro complessivo degli affidamenti concessi complessivamente ad un singolo cliente o gruppo dal sistema bancario italiano. Questo consente per i singoli intermediari un più efficiente impiego delle loro risorse e una migliore qualità di portafoglio crediti.

La Centrale risponde anche ad una fondamentale esigenza di semplificazione documentale, nel senso che questa facilita l'interrogazione e la raccolta di informazioni relativamente a tutti gli affidamenti eventualmente rilasciati a favore di un dato soggetto economico. Oggi, infatti, le risultanze della Centrale raccolgono in un'unica fonte la maggior parte delle informazioni che è necessario acquisire (e verificare) nell'ambito di un'istruttoria relativa alla concessione di un credito per lo meno rispetto ai clienti più virtuosi la cui situazione non determini la necessità di approfondimenti specifici.

Il modello di database centralizzato a cui gli intermediari contribuiscono per obbligo legale/regolamentare risolve poi un sentito problema di *collective action*. Difatti, come noto, gli intermediari bancari e fi-

nanziari, non possono verificare appieno l'affidabilità di un debitore se non hanno accesso ad informazioni dettagliate sull'indebitamento complessivo di un soggetto o gruppo. Tuttavia nessun singolo intermediario ha incentivi sufficienti a comunicare agli altri l'esatta consistenza delle sue esposizioni verso il singolo cliente, sia a causa degli obblighi di riservatezza che coprono le informazioni della clientela, sia per non divulgare alle altre banche concorrenti le proprie strategie industriali. La mancanza d'informazioni aggregate sulle esposizioni complessive di un dato soggetto verso il sistema bancario incide, tuttavia, negativamente sulla capacità degli operatori di accedere al credito rendendo la misurazione del rischio di credito difficile se non impossibile. L'introduzione dell'obbligo legale di conferire tali informazioni in un database gestito dall'Autorità di Vigilanza, risolve appunto questo problema di *collective action*, rimuovendo in un colpo solo tutti gli ostacoli di natura legale e contrattuale oltre che strategica che, come visto, prevengono la naturale formazione di un database collettivo.

Dal punto di vista del soggetto aspirante al credito, cioè a livello di singola impresa, i dati contenuti nella Centrale possono operare, per la clientela più meritevole, in senso lato come una 'vetrina', contribuendo in maniera determinante a consentirgli di ottenere un più agevole ed immediato accesso al credito oltre che condizioni economiche più vantaggiose. Anzi, in tale ottica, le risultanze della Centrale possono rappresentare una documentazione decisiva per l'impresa, operando alla stregua di un 'biglietto da visita' ottimale che consente alle imprese di documentare, tramite le risultanze stesse della Centrale rilasciate dalla Banca d'Italia, il loro status di buoni pagatori. Per questo l'impresa dovrebbe monitorare e periodicamente controllare le risultanze della banca dati, facendo in modo che i fatti in essa registrati, siano sempre corretti ed accurati, attivandosi anche, in caso di inesattezze, per la loro correzione, ovvero attivandosi per saldare le posizioni che risultino segnalate, o relativamente alle quali risultino eventuali inadempimenti o contestazioni.

A livello di sistema, poi, la condivisione delle informazioni sugli affidamenti e sul rischio di credito tra le banche e gli intermediari finanziari consente al sistema creditizio un miglioramento dei livelli di concorrenza, efficienza e stabilità. La possibilità di conoscere le esposizioni complessive dei vari soggetti privati che al sistema creditizio si rivolgono di volta in volta, accresce la razionalità delle scelte di finanziamen-

to, evita il formarsi di sacche di rischio di credito, agisce indirettamente come freno rispetto all'eccessivo indebitamento dei privati e rende palesi le eccessive esposizioni del sistema bancario e finanziario rispetto a determinati soggetti.

Infine, il sistema di raccolta e condivisione delle informazioni relative al rischio di credito, svolge importantissime funzioni dal punto di vista della vigilanza. Difatti, grazie al sistema di raccolta della Centrale, la Vigilanza dispone di dati aggiornati sull'indebitamento, la *performance* e l'andamento di ciascuno e di tutti gli affidamenti concessi dagli intermediari italiani rispetto ai soggetti economici³. Questi dati, oltre a fornire un quadro abbastanza preciso e dettagliato dello stato macroeconomico del Paese, possono fornire la base per interventi che potrebbero rivelarsi opportuni rispetto a specifici intermediari, oltre che riferiti a dati clienti. È resa più agevole, poi, l'individuazione di eventuali accumuli di rischio sistemico, in quanto si rendono evidenti affidamenti concessi con maggiore facilità a soggetti non precedentemente segnalati rendendo intercettabile l'erogazione di finanziamenti a clientela potenzialmente "subprime", oppure concessi da vari soggetti allo stesso debitore o a debitori tra loro collegati, affidamenti che non sarebbero altrimenti evidenti agli altri intermediari in fase di concessione del credito, né alla Vigilanza. Non a caso la Centrale consolida anche informazioni su diverse tipologie di derivati OTC⁴, proprio per consentire alla Vigilanza e agli operatori di mercato, la conoscibilità della complessiva esposizione del sistema rispetto ai soggetti attivi nel mercato.

3. La cornice normativa nella quale opera la Centrale

Durante l'impero della c.d. 'legge bancaria' del 1936 (oggi sostituita dal T.U.B.), il fondamento normativo della Centrale Rischi veniva rintracciato nell'art. 32, comma I, lett. h), della stessa legge. Detto articolo attribuiva all'Autorità di Vigilanza il potere di adottare i provvedimenti necessari "per evitare gli aggravamenti di rischi derivanti dal cumulo dei fidi". Abrogata la legge bancaria, la disciplina attuale della

³ La Centrale rileva tutti gli affidamenti che superino il valore minimo di Euro 30.000.

⁴ Rossi, *La Centrale Rischi*, op. cit., 51.

Centrale Rischi è riconducibile agli artt. 51, 53, 67 e 107 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito brevemente T.U.B.).

Così, l'art. 53, comma I, lett. b) del T.U.B. attribuisce alla Banca d'Italia (in conformità delle delibere del CICR) il potere di emanare le disposizioni generali aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni⁵. Naturalmente per gli intermediari bancari e finanziari, il rischio di credito, ossia il rischio di variazione della solvibilità di un debitore è sicuramente il rischio più significativo cui gli stessi sono esposti. Inoltre, si deve richiamare l'articolo n. 51 del T.U.B. che pone a carico delle banche l'obbligo di trasmettere alla Vigilanza tutte le informazioni da questa richieste, nonché ogni altro atto o documento che fosse eventualmente richiesto.

Il CICR ha adottato, poi, diverse delibere strumentali all'istituzione⁶ ed alla disciplina del servizio reso dalla Centrale, dettando i principi applicabili in materia⁷. Successivamente, la Banca d'Italia ha esteso alle società finanziarie l'obbligo di partecipare al servizio di centralizzazione dei rischi⁸. A completare il quadro normativo disciplinante il funzionamento della Centrale dei Rischi concorrono le Istruzioni per gli intermediari creditizi adottate dalla Banca d'Italia cioè la Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991, ormai arrivata al 14° aggiornamento in vigore dal 29 aprile 2011. Per completezza si richiama qui pure, oltre al T.U.B. il D. Lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 ("Codice in materia di protezione dei dati personali").

⁵ Similmente, gli artt. 67, comma I, lett. b) e 107, comma II, lett. b) del T.U.B. riproducono la stessa formulazione rispettivamente nell'ambito della vigilanza consolidata, l'uno, e con riferimento agli intermediari iscritti nell'elenco speciale, l'altro.

⁶ Cfr. la delibera del CICR del 16 maggio 1962.

⁷ Cfr. la delibera CICR del 29 marzo 1994, ex artt. 53, 67 e 107 del TUB, con cui il CICR stesso ha disciplinato il servizio di centralizzazione dei rischi creditizi gestito dalla Banca d'Italia, dettando i principi generali della materia. Tale disciplina si applica alle banche autorizzate in Italia all'esercizio dell'attività creditizia e agli intermediari finanziari.

⁸ Cfr. il provvedimento della Banca d'Italia del 10 agosto 1995.

4. Il monitoraggio delle esposizioni creditizie

Ricapitolando quindi quanto detto sopra, è chiara evidente quale sia la funzione economica che supporta e rende indispensabile questo database il quale consente di mettere a disposizione degli operatori finanziari uno strumento pratico ed efficiente per la gestione del rischio di credito. Per la vigilanza, poi, la Centrale rappresenta una formidabile ed immediata fonte di informazioni di dettaglio sull'andamento del credito nel paese, un fondamentale strumento di vigilanza oltre che di monitoraggio dell'andamento dell'economia nazionale. Per l'efficienza e per la solidità del sistema creditizio è di fondamentale importanza che il credito venga erogato razionalmente, evitandosi di concedere credito ad un operatore di mercato in maniera sproporzionata rispetto alla reale capacità di rientro dell'utilizzatore del credito. Per scongiurare il rischio che alcuni soggetti possano chiedere credito ai vari operatori magari utilizzando diversi veicoli societari legati, ammassando un'esposizione rispetto al sistema creditizio eccessiva, per rendere trasparente ed immediatamente misurabile l'esposizione dei singoli debitori (e dei gruppi) nei confronti del sistema bancario, si è creata una banca dati deputata precipuamente alla misurazione delle esplosioni dei soggetti affidati rispetto al sistema creditizio.

La Centrale risulta essere pertanto uno strumento di fondamentale importanza, sia per esigenze che possono essere definite microeconomiche, ossia per l'efficace gestione del credito a livello del singolo intermediario, sia a tutela di esigenze sistemiche, ossia di stabilità dell'intero sistema finanziario. Indirettamente infatti, la concessione di credito con eccessiva facilità a debitori che si dovessero rivelare incapaci di ripagare i prestiti ottenuti, concretizza un accumulo di rischio che potrebbe avere implicazioni sistemiche. La crisi che dal 2008 continua a scuotere i mercati finanziari, ha avuto origine sostanzialmente da un accumulo di rischio originatosi proprio nel settore di questa tipologia di mutui detti *sub prime*. L'eccessiva facilità con la quale era concesso negli USA il credito a soggetti privi di reali capacità di ripagare i prestiti concessi, facendosi solo affidamento sulla garanzia reale peraltro quantificata secondo valori degli immobili inflazionati e sovrastimati, aveva esposto il sistema bancario USA a rischi eccessivi. Tali rischi, re-impacchettati nelle varie *securitizations*,

reali o sintetiche, avevano distribuito l'esposizione a questo rischio di proporzioni sistemiche in tutto il mondo.

Negli USA mancava, difatti, uno strumento di rilevazione capillare degli affidamenti concessi, anche perché le autorità di vigilanza non erano neanche competenti a vigilare i soggetti erogatori dei mutui stessi c.d. *originators*⁹. Orbene, il legislatore italiano - a differenza di quello statunitense - è apparso sin da subito ben consapevole della possibile duplice funzione della Centrale, quale strumento di gestione di rischi, nonché utile ausilio alle attività di vigilanza; infatti, il servizio è stato istituito (in forza della citata delibera CICR) proprio per dare alle banche ma anche alla vigilanza, uno strumento coerente con l'obiettivo, ex art. 53 T.U.B., di contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni.

Occorre, a questo punto, precisare come, sebbene la Centrale Rischi rappresenti sicuramente lo strumento informativo più completo a disposizione degli intermediari bancari e finanziari in Italia, essa non costituisce l'unico database deputato alla raccolta dei dati relativi alle esposizioni creditizie (cfr. *infra*). Infatti, una volta rimosso il limite alla *collective action*, naturalmente possono svilupparsi servizi specifici di natura privata che, in competizione con lo strumento pubblico, mirano a fornire un servizio migliore o che superi gli eventuali limiti funzionali del servizio pubblico. Come esempi di limiti operativi e funzionali del sistema della Centrale possiamo citare: (i) il rilevamento delle sole esposizioni superiori ad una certa soglia, pari adesso¹⁰ ad Euro 30.000,

⁹ Cfr. AA.VV., *The Department Of The Treasury Blueprint For A Modernized Financial Regulatory Structure*, March 2008, pg. 6 nel quale si legge che: «*The high levels of delinquencies, defaults, and foreclosures among subprime borrowers in 2007 and 2008 have highlighted gaps in the U.S. oversight system for mortgage origination. In recent years mortgage brokers and lenders with no federal supervision originated a substantial portion of all mortgages and over 50 percent of subprime mortgages in the United States. These mortgage originators are subject to uneven degrees of state level oversight (and in some cases limited or no oversight)*». Il documento è disponibile al seguente link: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/Blueprint.pdf>

¹⁰ La soglia è stata abbassata a Euro 30.000 proprio per dare maggiore rappresentatività e spessore al database della Centrale. In precedenza la soglia di rilevanza era pari a Euro 75.000, come previsto dalla Delibera 16 maggio 1962 dal CICR. La modifica, che risale al 2008, consente ora alla Centrale di acquisire dati con un maggiore livello di dettaglio. Cfr. CACCIOPPOLI, *Centrale Rischi censirà i crediti da 30.000 e non più da 75.000 in su*, Novembre 2008, disponibile al seguente link:

(ii) la mancata sottoposizione di tutti gli intermediari finanziari agli obblighi di *reporting* previsti dalle norme istitutive della Centrale Rischi, cosicché potrebbero aversi casi di esposizioni anche significative accumulate verso soggetti che non sono tenuti ad alimentare la banca dati della Centrale.

Come poc'anzi anticipato, accanto alla Centrale Rischi avente natura prevalente di servizio pubblico¹¹, esistono altre banche dati di

<http://www.finanzalive.com/flash-news/centrale-rischi-censira-i-crediti-da-30000-euro-e-non-piu-solo-da-75000-in-su/>

¹¹ Oltre che di servizio al pubblico. La nozione di database impostati come servizio pubblico risulta anche dai lavori europei in materia di database sui dati dei debitori classificati secondo la bipartizione, public credit registers vs. private credit bureau, Cfr. DG Internal Market and Services., Report of the Expert Group on Credit Histories, Maggio 2009, disponibile al seguente link: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf Nel report si legge che tali: «*Public Credit Registers are registers operated by Central Banks or other supervisory authorities, which collect credit information about borrowers to make it available to reporting institutions as an input into their credit decisions and for other purposes linked to their legally recognized role. Some PCR's were initially set up for banking supervisory functions and in particular, for monitoring financial risks. Nowadays, however, the majority of European PCR's also provide credit reports to creditors and consumers (on their own situation), as part of their daily operations. These registers may store data above a certain minimum amount, which may differ significantly from country to country. The sharing of credit information is in the public interest from a financial stability and supervisory perspective. That is why, in many countries, regulations entrust to a public authority (generally the one in charge of banking supervision) the task of organising the collection and distribution of credit data through a public credit register. Contribution to the PCR's database is compulsory by virtue of national law. Regulations define the institutions that are obliged to contribute data (the so-called 'reporting institutions'), the type of borrowers that must be reported, and the information that must be provided. Mandatory reporting allows a very high coverage of the credit market above a certain threshold. The authority in charge of a PCR is generally endowed with enforcement powers which can be used to obtain the correction of inaccuracies or the communication of missing data. Failure to comply can result in sanctions*». Questi Public Credit Registers sono contrapposti ai c.d. Private Credit Bureaus: «*(CBs) are privately owned and can have a number of ownership structures that can be summarised as follows: CBs in which creditors and/or other services to providers are either majority or minority shareholders; CBs owned and operated by specialized firms with no ownership by creditors; CBs formed on the basis of associations. According to a recent survey most of CBs in Europe operate for profit while only a small proportion operate not for profit. The latter are typically owned by the local banking associations. Most European CBs are owned by specialised firms. CBs collect credit information from different types of creditors*». Si veda p. 31 del Report qui in esame.

natura privatistica che raccolgono e concentrano informazioni relative all'erogazione dei finanziamenti da parte delle banche ed degli intermediari finanziari, oltre agli altri dati rilevanti caratterizzanti il cliente ed il suo contegno rispetto agli affidamenti concessi. Difatti, per una corretta valutazione del merito di credito dei clienti, gli intermediari hanno bisogno e utilizzano, informazioni sempre più specifiche e dettagliate sul comportamento e sul contegno dei debitori affidati, e non si limitano solo ad utilizzare le misurazioni quantitative degli affidamenti esistenti fornite dalla Centrale. La delicatezza della materia, che deriva anche dagli effetti che le risultanze di questi database possono produrre rispetto all'accesso al credito da parte dei soggetti privati, hanno indotto il legislatore, nell'ambito della citata normativa sulla Privacy, ad obbligare tali database privati a dotarsi di un codice deontologico di autodisciplina cui debbono attenersi queste banche dati private, nello svolgimento delle loro funzioni.

Da un punto di vista di strategia regolamentare e legislativa, l'impiego dei codici di deontologia e autodisciplina, rappresenta sempre un primo passo regolamentare, un primo tentativo del legislatore di spronare forme di autodisciplina degli operatori di settore. Solo di fronte alla conclamata incapacità di un settore di autoregolamentarsi, interviene il legislatore per dettare regole del gioco cogenti. Tornando ai database privati, esistono diversi di questi sistemi di informazione creditizia (detti anche "S.I.C." o centrali rischi private), operanti nel rispetto della sola disciplina privacy e del citato codice deontologico, adottato ex art. 117 del Codice¹². Tra i principali S.I.C. attivi in Italia possiamo citare: il Consorzio per la Tutela del Credito (CTC)¹³; l'EURISC¹⁴; il sistema gestito dal CERVED Group¹⁵; la

¹² Si fa qui riferimento al Codice adottato con Provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004, Gazzetta Ufficiale 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in Gazzetta Ufficiale 9 marzo 2005, n. 56, dal titolo "Codice in materia di protezione dei dati personali (A.5.) Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti". Il codice di deontologia è disponibile al seguente Link: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1556693>.

¹³ Il CTC (un consorzio senza fini di lucro) è il gestore di un sistema di informazioni creditizie (SIC) di tipo solo negativo (già noto come centrale rischi); i consorziati del CTC sono i partecipanti al SIC; si veda il sito internet del Consorzio al seguente link: <http://www.ctconline.it/chi.asp?cod=1>.

Experian Information Services¹⁶; e la Assilea Servizi che gestisce la Banca Dati Centrale Rischi del Leasing¹⁷.

Queste banche dati di natura privatistica, dunque, convivono con la Centrale e offrono servizi informativi diversificati e non coincidenti con quelli forniti dalla Centrale stessa. Essi sono disciplinati solo ed esclusivamente dalla l. 196/2003 (il Codice in materia di protezione dei dati personali, di seguito il Codice), oltre che dal Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti¹⁸. Inoltre, la contribuzione di informazioni a queste banche dati private (sistemi di raccolta di informazioni creditizie, SIC) è facoltativa e l'accuratezza delle informazioni raccolte, oltre che il livello di dettaglio delle stesse, è disciplinato a livello contrattuale dai contratti di servizio e di adesione ai S.I.C. specifici. La normativa sulla *privacy* individua poi i fondamentali diritti del soggetto le cui informazioni vengono raccolte (informativa sul trattamento, rettifica, cancellazione, etc.) sui quali non occorre qui dilungarsi.

È prevalente, invece, nel caso della Centrale, l'elemento pubblicitario, ossia la natura di strumento necessario per la gestione del rischio di credito del sistema creditizio. Questa prevalenza dell'elemento pubblicitario deriva anche dal fatto che la Centrale è lo strumento *ad hoc* che consente all'Autorità di Vigilanza l'acquisizione diretta di tutti i dati relativi all'esercizio del credito ed alle

¹⁴ Un sistema di informazioni creditizie (SIC) positivo e negativo come quello gestito da CRIF, è un archivio informatico che contiene i dati sui finanziamenti richiesti ed erogati a privati e imprese da parte di banche e società finanziarie. Il sistema di informazioni creditizie di CRIF si chiama EURISC. Per maggiori informazioni si veda il seguente link: <http://www.crif.it/Consumatori/CRIF-per-i-Consumatori/Pages/EURISC-il-Sistema-di-Informazioni-Creditizie.aspx>.

¹⁵ Il Cerved Group, elabora sistemi di *scoring* e *rating* e raccoglie informazioni su imprese e individui. Si veda il sito internet: <http://www.cervedgroup.com/sistemi-di-scoring-e-rating>.

¹⁶ La società Experian plc raccoglie dati sulle imprese e sui consumatori. Si veda in dettaglio il sito internet: <http://www.experian.it/servizi-per-il-business/>.

¹⁷ L'ASILEA (Associazione Italiana Leasing) raccoglie informazioni sugli utilizzatori di beni in leasing. Si vedano i siti: https://www.assilea.it/dummyf_2005032309491468712~/ActionPagina_1431.do; https://www.assilea.it/dummyf_2005032309491468712~/ActionPagina_1431.do.

¹⁸ Approvato dal Garante con Provvedimento n. 8 del 16 novembre 2004, Gazzetta Ufficiale 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in Gazzetta Ufficiale 9 marzo 2005, n. 56).

concentrazioni di rischio, al monitoraggio degli affidamenti oltre che consentire agli operatori creditizi la gestione del rischio di credito. Conseguentemente, i soggetti vigilati sono obbligati a contribuire alle informazioni sui fidi e sulla clientela che la Centrale raccoglie, senza disporre a tal riguardo di alcuna discrezionalità. L'accuratezza e la tempestività delle segnalazioni, l'utilizzo dei dati che i singoli intermediari possono estrarre solo per i fini dell'erogazione del credito, sono poi sanzionati secondo la disciplina dell'articolo 144 del TUB¹⁹.

Se è vero che la Centrale svolge funzioni fondamentalmente pubblicistiche, per cui è configurabile un diritto per gli intermediari di accedere ai dati presenti nella centrale per la gestione del rischio di credito, è anche vero che queste funzioni pubblicistiche convivono con funzioni anche privatistiche. Difatti, le informazioni raccolte possono avere un diverso livello di dettaglio e le richieste di informazione possono riguardare anche soggetti non attualmente segnalati. Il servizio di estrazione di dati di soggetti non segnalati non è, però, fornito a titolo gratuito dalla Banca d'Italia, la quale addebita, a titolo di rimborso spese, i costi sostenuti per evadere le richieste avanzate dagli intermediari. Per la determinazione delle tariffe vengono prese in considerazione solo le spese effettivamente sostenute anche in relazione al livello di dettaglio e alla profondità storica delle informazioni richieste e fornite.

L'inscindibilità tra funzione pubblica di controllo nei riguardi degli intermediari vigilati e funzione di servizio nei confronti degli intermediari medesimi risulta, infine, confermata dalle norme che, da un lato, prevedono l'obbligatorietà delle segnalazioni e l'applicazione di sanzioni amministrative in caso di violazione (artt. 144 e 145 T.U.B.) e, dall'altro, prevedono l'onerosità del servizio di 'prima informazione'²⁰. In quest'ottica, tuttavia, a parere di chi scrive, prevale nettamente l'aspetto del servizio pubblico, organizzato e gestito al fine di consentire la corretta gestione di un rischio fondamentale per gli

¹⁹ Si veda CARMINE, *Le società finanziarie, obblighi di vigilanza, sanzioni e rimedi*, Giuffrè, 2010, 259.

²⁰ Si veda tra gli altri VELLA, *Segnalazione di crediti in « sofferenza » alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, titoli. cred.*, 1997, II, 496. Si veda poi anche Tribunale di Cagliari, 21 maggio 2009, n. 1575, disponibile al seguente link: <http://giurisprudenza.unica.it/dlf/home/portali/unigiurisprudenza/UserFiles/File/Utenti/c.chessa/Dispense/La%20sofferenza%20ai%20fini%20della%20segnalazione%20alla%20Centrale%20dei%20Rischi.pdf>.

intermediari finanziari. Difatti, un'errata o non corretta gestione del rischio di credito, potrebbe avere, come è stato infatti nel caso dei mutui *subprime*, effetti destabilizzanti sul singolo intermediario, i quali potrebbero ripercuotersi su tutto il sistema finanziario vulnerabile agli accumuli di rischio sistemico.

Se da un lato gli intermediari devono contribuire con i loro dati, alla formazione del database della centrale, essi tuttavia non hanno l'obbligo di interrogare il database della Centrale prima di erogare il credito, anche se lo stesso è comunque ampiamente utilizzato con tale funzione. Infatti, anche a causa delle limitazioni alla granularità delle informazioni presenti nel database e alla periodicità degli aggiornamenti, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, i dati della Centrale non sono esaustivi e non possono da soli essere sufficienti nell'ottica della gestione di un'istruttoria creditizia. Gli intermediari fanno quindi ampio ricorso ai dati maggiormente dettagliati presenti nei database dei S.I.C. accanto ai dati forniti dalla Centrale, oppure richiedono al cliente stesso di fornire i dati che la Centrale può rilasciare solo al cliente direttamente, contenenti non solo le esposizioni aggregate, ma le singole esposizioni segnalate verso i vari intermediari.

L'istituzione della Centrale, quindi, come sopra accennato, ha svolto un ruolo determinante nel momento della sua creazione, nel senso che la creazione *ex lege* di un database di questo tipo, ha consentito di trovare soluzione al citato problema della c.d. *collective action*. Una volta creato il primo sistema informativo gestito dall'Autorità di Vigilanza e che consente l'accesso a dati aggregati forniti a prezzo di costo, si rompe il naturale riserbo degli intermediari e si spiana la strada all'attività svolta a fini di lucro dei soggetti privati la cui *value proposition* si potrà fondare sulla fornitura di dati maggiormente dettagliati, più specifici, aggiornati oltre che comportamentali sulle persone dei debitori e sul loro contegno. Insomma, il sistema informativo di base offerto dalla Centrale offerto a titolo di servizio pubblico, convive e lascia ampio spazio ai privati che vogliono organizzare e gestire sistemi informativi maggiormente dettagliati e più facilmente utilizzabili.

Come detto, l'aspetto pubblicistico nettamente preponderante del servizio offerto dalla Centrale si ripercuote altresì sulle esigenze di tutela della privacy dei soggetti privati i cui dati vengono raccolti nella

Centrale; tali esigenze debbono, tuttavia, cedere il passo a quelle, ben più rilevanti, connesse alla stabilità sistemica del credito e del sistema bancario e finanziario nel suo complesso. In altri termini, i diritti dei titolari delle informazioni debbono essere contemperati con le esigenze pubblicistiche volte a garantire la stabilità e il corretto funzionamento del sistema bancario e finanziario, che rappresentano un bene collettivo di rango superiore rispetto alla tutela della privacy del singolo soggetto.

Per questo motivo, al database gestito dalla Centrale si applica l'articolo 8, comma 2, lettera d) del Codice Privacy, il quale dichiara espressamente inapplicabili ai database gestiti da un soggetto pubblico, in base ad espressa disposizione di legge e per esclusive finalità inerenti *“alla politica monetaria e valutaria, al sistema dei pagamenti, al controllo degli intermediari e dei mercati creditizi e finanziari, nonché alla tutela della loro stabilità”*, i diritti sanciti dal Codice stesso in materia di database privatistici. Non sussiste, quindi, un diritto alla cancellazione delle informazioni che riguardano il cliente, né il diritto di opporsi al trattamento.

Si noti, tuttavia, che la legislazione di settore reintroduce *expressis verbis*, taluni di quei diritti che sarebbero viceversa inapplicabili secondo il Codice. Così viene esplicitamente normato il diritto di chiedere, da parte del cliente, la comunicazione di tutte le informazioni presenti nella Centrale che lo riguardino. Anche la tipologia di trattamento poi è prescritta per legge: la Banca d'Italia, peraltro, pur non essendo a ciò tenuta, ha predisposto un foglio informativo nel quale s'individuano in dettaglio la tipologia, le modalità e le finalità del trattamento operato sui dati personali dalla Centrale²¹. Inoltre, sono anche disciplinati specificamente i casi in cui è consentito agli intermediari interrogare la Centrale e come debbano essere trattate le informazioni che la Centrale trasmette. Anche da un punto di vista temporale, infine, i dati della Centrale sono consultabili dagli intermediari, solo relativamente agli ultimi 24 o 36 mesi a seconda della tipologia di informazioni richieste.

A completamento di quanto detto, a seguito dell'evoluzione subita dal settore creditizio e finanziario, l'ABI ha esaminato l'ipotesi di realizzare un sistema di rilevazione degli affidamenti d'importo minore

²¹ Il foglio informativo di cui si discute è disponibile al seguente link: http://www.bancaditalia.it/serv_pubblico/elenco-dei-servizi/info_archivi_CR/links/per-approfondire/foglio-informativo-CR.pdf

rispetto a quelli già censiti dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia, sicché, con delibera del comitato esecutivo del 17 febbraio 1999, ha individuato il possibile gestore di tale banca dati nella Società Interbancaria per l'Automazione S.p.A. (S.I.A.). Successivamente il CICR, considerato che la realizzazione di un censimento accentrato dei rischi di minore importo è strumento utile ed idoneo a contribuire alla corretta valutazione del merito creditizio da parte dei singoli intermediari, con delibera del 3 maggio 1999 (pubblicata in G.U. 8 luglio 1999, n. 158), ha istituito il sistema centralizzato per la rilevazione dei rischi di importo contenuto, la cui gestione in autonoma fu assegnata - come proposto dall'ABI - alla S.I.A. S.p.A.. La Banca d'Italia ha mantenuto, invece, il compito di emanare le istruzioni di carattere generale necessarie per l'attuazione della delibera del CICR ed i poteri di verifica del rispetto delle disposizioni. Pertanto, sentito anche il Garante per la protezione dei dati personali per gli aspetti relativi al trattamento di tali dati, secondo quanto previsto dalla ripetuta delibera CICR, la Banca d'Italia ha emanato le relative istruzioni²².

5. Le risultanze della Centrale

Il sistema della Centrale dei Rischi è sicuramente molto sofisticato ed utile. Tuttavia, il database non appare privo di carenze, risultando pertanto sicuramente perfezionabile. Tra le altre cose, merita osservare che, se da un lato vige, rispetto all'Autorità di Vigilanza, il principio della completa trasparenza, ulteriormente agevolato dal fatto che il database della Centrale è materialmente presente presso la Banca d'Italia, dall'altro, non può sottacersi che l'Autorità di Vigilanza comunica ai partecipanti solo alcuni dati, creando, quindi, talune asimmetrie informative che mette conto evidenziare. Ad esempio, la Centrale dei Rischi non dirama ai vari partecipanti al mercato il dettaglio di tutti gli affidamenti concessi a un dato attore privato, ma gli intermediari hanno accesso solo al dato aggregato, a protezione della riservatezza (sopra a tutto della strategia industriale) degli altri operatori finanziari. La

²² Le citate istruzioni sono reperibili al seguente link: http://www.bancaditalia.it/statistiche/racc_datser/intermediari/centrarisk/normrif/second/gu272_00.txt.

Centrale non dirama, quindi agli operatori di mercato tutte le informazioni presenti in database. Queste, tuttavia, sono invece direttamente accessibili e visibili da parte del soggetto interessato che può interrogare il database per estrarre le informazioni che lo riguardano.

Inoltre, il sistema della Centrale non è aggiornato in tempo reale ma solo mensilmente. Coerentemente con le lungaggini burocratiche connesse alla concessione del credito, un aggiornamento mensile delle risultanze, rappresenta probabilmente una frequenza accettabile degli aggiornamenti del database. In tale ottica, si deve segnalare, tuttavia, come le decisioni all'esito delle istruttorie per la concessione di credito, vengano rilasciate su dati che non sono aggiornatissimi essendo la banca dati in congenito ritardo temporale (da 40 a 70 giorni). È impossibile, quindi, per gli intermediari verificare la situazione corrente del cliente e si dovrà comunque fare riferimento ad una situazione datata. Infine, le banche e gli intermediari finanziari possono consultare le informazioni storiche solo entro un limite di 36 mesi, riducendosi per tale via la profondità storica dei dati contenuti e la significatività dell'informativa resa disponibile.

È poi evidente che le informazioni della Centrale dei Rischi non hanno natura "certificativa", in quanto offrono una ricostruzione della complessiva situazione di indebitamento dei soggetti verso il sistema creditizio che potrebbe non coincidere con la loro effettiva posizione; pertanto, tali informazioni non possono sostituire l'analisi di dettaglio dell'esposizione del cliente verso il sistema bancario, oltre che commerciale, indispensabile nell'ambito dell'istruttoria prodromica rispetto all'erogazione del credito. Nonostante poi l'obbligo per gli operatori di verificare, non solo i dati all'atto del loro invio, ma anche il flusso di ritorno, per accertare che non ci siano errori nel database e di segnalare tempestivamente ogni eventuale errore rilevato nel database, non può essere esclusa la presenza di errori ed omissioni rispetto alle risultanze della banca dati. Gli intermediari in ogni caso hanno l'obbligo di attivarsi senza indugi per correggere eventuali errori o inesattezze e debbono ottemperare agli ordini dell'autorità giudiziaria riguardanti le segnalazioni trasmesse alla Centrale, ad esempio gli ordini di cancellazione di una segnalazione a sofferenza di una posizione, sotto pena delle sanzioni ex art. 144 T.U.B..

Alla luce di quanto sopra, risulta che la banca deve adottare decisioni sul credito da erogare agli operatori, sulla base di una documen-

tazione limitata agli ultimi 36 mesi e su dati aggregati molto meno dettagliati di quelli che sarebbero invece accessibili al cliente che ha il diritto di ottenere dalla Centrale la copia di tutte le informazioni che lo riguardano. Pertanto, ai soggetti privati che volessero agevolare la raccolta delle informazioni necessarie nell'ambito dell'istruttoria per la concessione del credito, sarebbe consigliabile che, anche a mezzo di un loro procuratore, acquisissero direttamente dalla Centrale la copia delle risultanze che li riguardano, per poterla poi fornire all'intermediario assieme magari ad una breve spiegazione di quelle risultanze che non fossero favorevoli per il richiedente gli affidi.

Sta di fatto che, anche a dispetto delle carenze e limitazioni riscontrate (che potrebbero comunque essere corrette e superate) e nonostante la concorrenza nel settore, il sistema di raccolta e accesso ai dati della Centrale è diventato ed è rimasto il fondamentale ed imprescindibile strumento di valutazione del rischio degli affidamenti e le risultanze della Centrale costituiscono lo strumento prevalente sulla base del quale può essere adottata una decisione di finanziamento o rifinanziamento di un soggetto affidato.

6. La riforma della Centrale Rischi

Molto è stato fatto dalla Banca d'Italia per migliorare la fruibilità, l'attendibilità e la significatività delle informazioni raccolte dalla Centrale. Recentemente con gli aggiornamenti 13° e 14°, si è assistito ad una vera e propria mini-rivoluzione della banca dati in fatto di semplificazione delle informazioni raccolte, dei formati *software* supportati, etc. La Centrale, infatti, ha incominciato a utilizzare formati *software* più facili da utilizzare ed ampiamente supportati, ed ha altresì semplificato ampiamente l'uso di sigle e codici, rendendo la lettura delle risultanze estratte dal database più accessibile e di immediata comprensione.

Progressivamente, difatti, sono state fatte molteplici modifiche alla disciplina della Centrale tanto da indurre alcuni autori a sostenere che - dopo la 'rivoluzione del dicembre 2010', quando furono implementate la maggior parte delle modifiche in esame - si è assistito alla nascita di una nuova Centrale Rischi,. Sempre nel 2010 è stato introdotto l'obbligo di informare il cliente segnalato a sofferenza, oltre a tutti gli eventuali coobbligati, nonché l'obbligo per gli intermediari di informa-

re il cliente medesimo delle risultanze della Centrale Rischi. Nell'Aprile 2011 si poi è esteso l'obbligo d'informativa anche ai debitori coobbligati, mentre tra le informazioni negative, oltre alle sofferenze, vengono ora raccolte informazioni sulle ristrutturazioni di debiti ed inadempimenti preesistenti (crediti scaduti, sconfinamenti da più di 90 o 80 giorni, etc.).

7. La partecipazione al sistema

La partecipazione al sistema di rilevazione e segnalazione dei rischi è obbligatoria per le banche e per gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 e ss. T.U.B., i quali esercitino in via esclusiva o prevalente²³ l'attività di finanziamento sotto qualsiasi forma, comprensiva dei beni concessi in locazione finanziaria.

Nell'ambito del sistema, la segnalazione pertanto è un atto obbligatorio per l'intermediario, che è tenuto a fornire le informazioni di carattere individuale concernenti i rapporti di credito e di garanzia che il sistema creditizio intrattiene con la propria clientela, quali i rapporti di affidamento, le garanzie reali e personali rilasciate agli intermediari in favore di soggetti dagli stessi affidati, anche indipendentemente dalle caratteristiche del soggetto affidato. Come anticipato, tale comunicazione è effettuata con cadenza mensile.

In ogni caso, i soggetti a carico dei quali vengano effettuate le iscrizioni hanno il diritto di visionarle in ogni momento compilando il modulo reperibile sul sito internet dell'Autorità di Vigilanza²⁴. Con una recente modifica delle Istruzioni di Vigilanza²⁵ è stato poi introdotto anche l'obbligo, a carico delle banche e degli intermediari finanziari, di informare tempestivamente e per iscritto il cliente (e gli eventuali coobbligati, quali garanti, soci illimitatamente responsabili, etc.) la prima volta che lo segnalano 'a sofferenza'. Tale obbligo non configura una

²³ Un'attività si considera esercitata in via prevalente quando questa rappresenti oltre il 50 per cento degli elementi all'attivo, inclusi gli impegni a erogare i fondi e le garanzie rilasciate.

²⁴ Si veda il modulo disponibile al seguente link: http://www.bancaditalia.it/servizi_pubbli/bicittadino/guida/info_archivi_CR/modulo-accesso-CR-pg.pdf.

²⁵ Si fa riferimento al 14° Aggiornamento del 29 aprile 2011 alla Circolare n. 139 dell' 11 febbraio 1991, reperibile al seguente link: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/normativa/norm_bi/circ-reg/c139/139-circ-1-firma-digitale.pdf.

richiesta di consenso all'interessato per il trattamento dei suoi dati, ma consente all'interessato di essere informato della variazione in senso peggiorativo delle informazioni che lo riguardano presso la Centrale dei Rischi, anche alla luce delle possibili conseguenze dannose che possono derivare dalla segnalazione c.d. 'a sofferenza'.

Gli intermediari sono altresì tenuti, su richiesta, a fornire all'interessato la posizione di rischio come risulta dal flusso informativo della Centrale. Ai sensi poi dell'articolo 125 T.U.B., tale informativa deve essere in ogni caso comunicata al cliente consumatore la cui domanda di credito sia stata eventualmente rifiutata a causa delle risultanze della Centrale Rischi. In tali casi, la banca non dovrebbe aspettare la richiesta dell'interessato, bensì sarebbe tenuta automaticamente ad informare il cliente consegnandogli copia di dette risultanze.

8. Obblighi di comunicazione relativi ai contratti di Leasing

La Centrale dei Rischi rileva informazioni qualitative sulla situazione debitoria della clientela nel momento in cui si verifica un cambiamento di stato (*status*); in particolare, rileva il passaggio dei crediti a sofferenza e la loro ristrutturazione. Si noti che gli intermediari sono gravati dall'esplicito obbligo di segnalare il c.d. cambiamento di stato entro i tre giorni lavorativi successivi a quello in cui i competenti organi aziendali hanno accertato lo stato di sofferenza del cliente o approvato la ristrutturazione del credito.

Anche le posizioni di rischio rinvenienti da operazioni di *leasing* finanziario e di *leasing* operativo, cui è dedicata una specifica sezione delle Istruzioni di Vigilanza²⁶, devono essere segnalate alla Centrale dei Rischi. Così, ad esempio, le Istruzioni di Vigilanza prevedono che le posizioni di rischio derivanti da *leasing* devono essere inserite nella categoria di censimento 'rischi a scadenza', valorizzando opportunamente la variabile di classificazione tipo attività. Tali posizioni devono essere rappresentate nelle classi di dati *accordato* e *accordato operativo* nelle quali deve essere segnalato l'ammontare dei crediti impliciti nei contratti di locazione finanziaria, cioè la somma delle quote capitale dei canoni a scadere e del prezzo di riscatto desumibile dal piano di am-

²⁶ Si veda il Capitolo II, sezione 6, Operazioni di *leasing*, pag II.36 delle Istruzioni di Vigilanza relative alla Centrale dei Rischi.

mortamento in base al tasso interno di rendimento. Nella classe di dati *'utilizzato'* deve essere indicato il medesimo importo, maggiorato, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, dei canoni (quota capitale e interessi) scaduti e non rimborsati, dei relativi oneri accessori (IVA, commissioni, spese), nonché delle fatture scadute e non pagate emesse dall'intermediario per spese di carattere accessorio (ad es. di perizia dei beni, di registro) non ricomprese nei canoni.

Qualora il contratto di *leasing* abbia ad oggetto beni in costruzione, sino alla data di erogazione del finanziamento coincidente di norma con la consegna del bene finito all'utilizzatore, l'intermediario dovrà segnalare, a nome dell'utilizzatore, nelle classi di dati *accordato e accordato operativo* l'importo deliberato dell'operazione, al netto dei canoni eventualmente anticipati. Verrà, inoltre, valorizzata la classe di dati *utilizzato* per un importo pari alle spese sostenute dall'intermediario per la costruzione del bene (c.d. oneri di prelocazione) al netto dei canoni eventualmente anticipati.

9. Natura riservata dei dati raccolti e distribuiti: sovrapposizioni ed interferenze con la disciplina sulla privacy

Non vi è alcun dubbio che lo studio della disciplina delle informazioni contenute e raccolte nella Centrale Rischi, oltre che della tutela dei soggetti a cui le informazioni raccolte fanno riferimento, non può oggi in alcun modo prescindere da una sia pur rapida analisi della normativa in materia di protezione dei dati personali, anche alla luce del fatto che tale normativa è andata acquisendo progressivamente un'importanza ed una centralità innegabili - ancorché forse eccessive a parere di chi scrive - nell'ambito dell'Ordinamento. In effetti, anche alla luce dei molteplici interventi normativi che si sono susseguiti, si può ritenere che lo stesso sviluppo dei sistemi informativi, a torto o a ragione, debba avvenire di pari passo ed essere temperato, con l'esigenza di protezione dei soggetti i cui dati personali sono oggetto di raccolta e diffusione anche quando i dati raccolti riguardino informazioni di natura patrimoniale ed economica.

Pertanto, i dati immessi, contenuti e distribuiti dalla Centrale dei Rischi, hanno carattere di 'dati personali' oltre che di 'dati

identificativi²⁷ ed hanno quindi carattere riservato. Gli intermediari partecipanti, pertanto, sono tenuti ad osservare l'obbligo di riservatezza nei confronti di qualsiasi persona estranea all'amministrazione dei rischi. Da quanto detto discende anche l'obbligo di rispettare, in quanto applicabili, tutti gli obblighi previsti dalle disposizioni del D. lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 ("Codice in materia di protezione dei dati personali", di seguito anche il "Codice"). Ad esempio, il cliente dovrà essere informato del trattamento tramite l'informativa, che dovrà chiaramente identificare sia la Centrale Rischi, sia gli aderenti al sistema, quali possibili destinatari delle informazioni personali contenute nella Centrale stessa.

Da una lettura attenta della normativa emerge, tuttavia, che gli intermediari sono esonerati dall'obbligo di acquisire il consenso esplicito degli interessati per comunicare i dati alla Centrale dei Rischi in quanto sono obbligati a fornire tali informazioni ai sensi degli artt. 51, 66, comma 1, e 107, comma 3, del T.U.B.. L'art. 24, comma 1, lett. a) del Codice consente, infatti, ai privati e agli enti pubblici economici di prescindere dal consenso dell'interessato per la comunicazione a terzi di dati personali quando il trattamento «è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria». Si tratta poi di una 'comunicazione' in quanto la stessa è diretta a uno o più soggetti determinati o determinabili (viceversa si parlerebbe di 'diffusione' laddove la comunicazione riguardasse soggetti non identificabili).

La questione di rintracciare le precise norme di legge o di regolamento che espressamente impongano la trasmissione, la raccolta e la comunicazione dei dati personali raccolti nella Centrale non può essere trascurata. Nella normativa primaria e secondaria, infatti, si fatica a reperire le specifiche norme di legge o di regolamento che impongono la puntuale raccolta ed il trattamento delle informazioni personali effettuati dalla Centrale. L'art. 51, ma anche gli articoli 5 e 53 del T.U.B., sono, difatti, tutte norme generali che non contemplano specificamente le attività effettuate dalla Centrale dei Rischi. La Centrale stessa, inoltre, opera dal 1962 sulla base di una delibera del

²⁷ Secondo la definizione contenuta all'articolo 4 comma 1, lettere b) e c), del D. lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 ("Codice in materia di protezione dei dati personali").

CICR adottata su proposta dell'Autorità di Vigilanza²⁸. La delibera²⁹ istituisce il sistema di raccolta e trattamento dei dati in esame. La delibera è, poi, ulteriormente affiancata dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, che pur non avendo contenuto normativo, identificano in dettaglio gli obblighi e le regole di funzionamento del sistema della Centrale valevoli per i soggetti vigilati, ossia le banche, e per gli intermediari finanziari. A questa delibera è stata successivamente riconosciuta natura regolamentare, col che è stato risolto il dubbio relativo alla carenza di norme di legge o regolamentari che rendessero esplicitamente obbligatoria la trasmissione, la raccolta ed il trattamento delle informazioni personali.

A norma delle disposizioni sulla protezione dei dati personali contenute nel Codice, anche la Banca d'Italia, quale ente pubblico non economico, può prescindere dal consenso degli interessati nell'effettuare il trattamento. Difatti, l'art. 23, comma 1, del Codice stesso prevede che obbligo di acquisire il preventivo consenso scritto da parte del titolare dei dati personali, sia applicabile solo ai privati e agli enti pubblici economici. Per cui l'attività di trattamento svolta da Banca d'Italia, quale depositario e gestore del sistema di stoccaggio e di elaborazione delle informazioni contenute nel database della Centrale, va esente dall'obbligo di richiedere il consenso al titolare. La Banca d'Italia tratta i dati della Centrale dei Rischi in base alle disposizioni di legge, esercitando un potere generale di raccolta delle informazioni dagli intermediari e per «*finalità di controllo degli intermediari stessi e dei mercati*»; inoltre, elabora i dati eseguendo il trattamento, senza bisogno di consenso scritto e comunica i dati stessi ai partecipanti al sistema, senza che questi debbano essere stati preventivamente autorizzati. Alla Banca d'Italia spetta, dunque, la qualifica di titolare del trattamento, a cui sono applicabili, come noto, le disposizioni e le regole generali previste per i titolari di trattamento, contenute negli artt. 18-22 del Codice.

Infine, rimane da verificare l'applicabilità alla disciplina della Centrale del disposto dell'articolo 119 del Codice, il quale prevede che,

²⁸ Si fa riferimento alla Delibera CICR del 29 marzo 1994, nella Delibera CICR del 16 maggio 1962.

²⁹ La delibera è stata adottata per creare un sistema di centralizzazione dei rischi per consentire alle banche una gestione più efficiente e consapevole del cumulo degli affidamenti e per accrescere in tal modo sia pure indirettamente anche la stabilità del sistema bancario.

mediante il codice di deontologia e di buona condotta previsto all'art. 118, dovranno essere identificati termini armonizzati di conservazione dei dati personali contenuti in banche dati, registri ed elenchi tenuti da soggetti pubblici e privati, riferiti al comportamento debitorio dell'interessato. Il riferimento esplicito ai soggetti pubblici fa sì che l'emanando codice (ex art. 118 del Codice), a differenza di quello emanato dal Garante della Privacy ai sensi dell'art. 117 del T.U.P. relativo ai sistemi informativi di cui sono titolari soggetti privati⁵⁰, si applicherà anche alla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia, nonché all'Archivio Informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento e al Registro dei Protesti.

10. Informazioni qualitative e segnalazione 'a sofferenza' di una posizione nei confronti del cliente

La Centrale dei Rischi rileva, come detto, informazioni quantitative sull'ammontare degli affidamenti concessi ai clienti. Inoltre la Centrale dei Rischi raccoglie anche misure qualitative, sulla situazione debitoria della clientela in via continuativa e, segnatamente, nel momento in cui si verifica un cambiamento di stato (*status*); in particolare, il sistema traccia ed evidenzia il passaggio dei crediti 'a sofferenza' e la loro ristrutturazione. Gli intermediari sono tenuti a segnalare le dette modifiche di *status* con sollecitudine, comunque, entro i tre giorni lavorativi successivi a quello in cui i competenti organi aziendali abbiano accertato lo stato di sofferenza del cliente o approvato la ristrutturazione del credito.

Occorre precisare, a questo punto, quali siano i criteri che consentono ed obbligano l'intermediario a variare lo *status* di un credito censito, al fine dello spostamento del medesimo a *sofferenza*. In base al disposto delle Istruzioni di Vigilanza, nella categoria di censimento delle sofferenze va ricondotta l'intera esposizione per cassa

⁵⁰ Si veda il Codice in materia di protezione dei dati personali □ A.5. Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti □ (*Provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004, Gazzetta Ufficiale 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in Gazzetta Ufficiale 9 marzo 2005, n. 56*). Il testo del Codice è reperibile al seguente link: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docwebdisplay/docweb/1556693>

nei confronti di soggetti che versino in stato d'insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, ciò indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'azienda. Si prescinde, poi, anche dall'esistenza di eventuali garanzie (sia reali o personali) poste a presidio di detti crediti.

Le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia precisano, tuttavia, che il cambiamento di *status* di un'esposizione che viene registrata 'a sofferenza' implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito. La contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente per l'appostazione a sofferenza³¹. Le Istruzioni di Vigilanza prevedono ulteriormente che, in caso di rapporti cointestati, la segnalazione in sofferenza di una posizione presuppone che tutti i cointestatari versino in stato di insolvenza. In ogni caso, indipendentemente dalle modalità di contabilizzazione adottate dagli intermediari, i crediti in sofferenza devono essere segnalati per un ammontare pari agli importi erogati inizialmente, al netto di eventuali rimborsi e al lordo delle svalutazioni e dei passaggi a perdita eventualmente effettuati. Detto ammontare è comprensivo del capitale, degli interessi contabilizzati e delle spese sostenute per il recupero dei crediti. Il passaggio a perdita dei crediti implica un ulteriore cambiamento di *status* degli stessi che non possono rimanere registrati in 'sofferenza'.

Viene precisato, altresì, che la segnalazione di una posizione di rischio tra le sofferenze non è più dovuta e deve essere rimossa nei seguenti casi: (1) viene a cessare lo stato di insolvenza o la situazione ad esso equiparabile; (2) il credito viene rimborsato dal debitore o da terzi, anche a seguito di accordo transattivo liberatorio, di concordato preventivo o di concordato fallimentare remissorio; (3) il credito viene ceduto a terzi; (4) i competenti organi aziendali, con specifica delibera, hanno preso definitivamente atto della irrecuperabilità dell'intero credito oppure hanno rinunciato ad avviare o proseguire gli atti di recupero; (5) il credito è interamente prescritto, etc.; si tenga, inoltre, presente che i rimborsi parziali del credito comportano una corrispondente riduzione dell'importo segnalato.

³¹ Così precisano le stesse Istruzioni di Vigilanza. Si vedano le Istruzioni *sub*, Centrale dei Rischi, Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 – 14° Aggiornamento del 29 aprile 2011, capitolo II, sezione 1.5, II 11.

11. Rapporti contestati

Con il 13° aggiornamento della circolare della Banca d'Italia relativa alla trasmissione delle informazioni alla Centrale dei Rischi, le Istruzioni di vigilanza, è stato anche ampliato il campo relativo allo stato del credito. In particolare, a fianco all'indicazione dell'affidamento, l'intermediario bancario o finanziario è obbligato a registrare le informazioni sullo stato del credito, annotando specificamente le informazioni relative all'eventuale contestazione del credito di fronte all'Autorità Giudiziaria, al Garante della Privacy, all'Arbitrato Bancario e Finanziario. L'obbligo di segnalazione del rapporto contestato si applica a decorrere dal momento in cui l'intermediario riceve formale comunicazione della pendenza del giudizio. La segnalazione dovrà successivamente essere modificata ed integrata laddove l'autorità coinvolta si pronunci sulla controversia.

La segnalazione dei rapporti contestati aggiunge elementi significativi alla valutazione sulla litigiosità implicita di un debitore, aggiungendo un rilevante elemento alla caratterizzazione della tipologia di debitore, elemento sicuramente rilevante in fase di valutazione di rischio. Il debitore, a sua volta, avrà modo di spiegare alla banca la ragione della contestazione, evitando per questa via che si formi un pregiudizio negativo nei suoi confronti. Inoltre, la specifica previsione dell'indicazione della eventuale contestazione dei rapporti, serve anche a convogliare le informazioni sulle contestazioni in un'apposita sezione, evitando che vengano appostati a sofferenza eventuali crediti che siano invece stati contestati. La valutazione di 'sofferenza' del creditore, infatti, deve essere il frutto, come descritto, di un'analisi complessiva della posizione del debitore e non essere utilizzata quale strumento indebitamente o velatamente intimidatorio, per scongiurare il rischio di controversie. Se da un rapporto creditizio dovesse nascere una controversia, l'intermediario sarebbe obbligato a segnalarlo nel campo relativo allo stato del rapporto: dalla contestazione di un rapporto non può scaturire, infatti, in automatico la segnalazione a sofferenza.

12. Segnalazione “a sofferenza” ed il significato della stessa

Da quanto detto sopra discende che, ai fini della segnalazione alla Centrale dei Rischi, l'appostazione 'a sofferenza' del credito non può

essere meramente il risultato dell'analisi dei singoli rapporti in corso di svolgimento tra la banca segnalante ed il cliente, ma implica una valutazione della complessiva situazione patrimoniale di quest'ultimo. La condizione d'insolvenza che ai sensi delle Istruzioni di Vigilanza costituisce il presupposto della segnalazione deve essere quindi intesa secondo un'accezione meno severa rispetto a quella di insolvenza fallimentare ma pur sempre dovrà trattarsi di una situazione grave in cui versi il complessivo patrimonio del debitore. La segnalazione "a sofferenza" implica cioè una situazione di "grave (e non transitoria) difficoltà economica", senza fare necessario riferimento alla nozione d'insolvenza intesa quale situazione di non capienza, ovvero di definitiva irrecuperabilità del debitore.

L'individuazione della nozione di 'sofferenza', presupposto per la segnalazione *de quo*, è uno degli aspetti relativi alla disciplina della Centrale dei Rischi che più ha richiamato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza per l'ambiguità della terminologia utilizzata dal legislatore e, soprattutto, per le gravi conseguenze che l'appostazione a sofferenza comporta per il soggetto segnalato. La segnalazione di un credito come "sofferenza" ha l'effetto, nei confronti degli altri partecipanti al sistema informativo, di un 'campanello d'allarme' che nella generalità dei casi si concretizza soprattutto, per chi ne diviene oggetto, nella difficoltà di accesso al credito e nel discredito presso il circuito bancario stesso. Se è vero che la segnalazione al sistema non vincola i partecipanti in ordine alle scelte circa la concessione di nuovi affidamenti o relativamente alla gestione dei rapporti in corso, è indubbio che nella prassi accada costantemente che, di fronte alla segnalazione di "sofferenza", le banche tendano a negare l'accesso al credito al soggetto segnalato, potendo tale atteggiamento, qualora risulti indebitamente posto in essere dalla banca o dall'intermediario, rivelarsi la causa principale di innesco di una vera e propria crisi di liquidità per il soggetto segnalato.

Alla luce di tali premesse, il nodo fondamentale da sciogliere riguarda il significato da attribuire al termine "sofferenza" e dunque, in quali circostanze sia integrato quello stato d'insolvenza o situazione equiparabile che costituisce il presupposto della segnalazione, nonché l'individuazione dell'ambito entro il quale l'indagine dell'istituto di credito o dell'intermediario finanziario debba svolgersi. Si deve cioè stabilire, oltre a quali analogie esistano con il termine "insolvenza", se

il giudizio in ordine alla “sofferenza” debba essere riferito al singolo rapporto di credito esistente tra la banca o l’intermediario finanziario ed il cliente o se invece esso debba risultare da un esame ben più ampio tale da riguardare la complessiva situazione economico-finanziaria del soggetto affidato.

In questo ultimo senso, sembra essere orientata sia la prevalente dottrina, che la giurisprudenza di merito più recente, ai cui orientamenti ha mostrato di aderire anche la Suprema Corte in alcune recenti decisioni (Cass., 1 aprile 2009, n. 7958 e Cass., 12 ottobre 2007, n. 21428)³². Un orientamento minoritario³³ ha, tuttavia, desunto dalla lettura della disciplina predisposta dalla Banca d’Italia e in particolare dalla norma secondo cui il rimborso o la cessione del credito fanno venire meno l’obbligo di informazione, che la segnalazione medesima ‘*non (necessariamente) implica una valutazione globale, da parte della banca o dell’intermediario, della condizione economico-finanziaria del cliente, ossia della capienza e consistenza del suo patrimonio complessivamente considerato, né tanto meno un giudizio prognostico sulla sorte dell’impresa*’. Ciò sarebbe confermato dalla considerazione che un’analisi globale delle condizioni economiche e finanziarie del cliente rappresenterebbe un onere eccessivamente gravoso per l’intermediario. A differenti conclusioni giunge, invece, come si è anticipato, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza dominante, partendo dall’assunto che la mancanza nel nostro ordinamento di un univoco concetto d’insolvenza non deve necessariamente portare a negare a tale nozione qualsiasi utilità al fine di riempire di contenuto il termine “sofferenza”. Nonostante l’ampiezza del termine, quindi, secondo tale opinione, si può individuare nelle singole fattispecie normative, un minimo comune

³² V. Cass., 1° aprile 2009, n. 7958, in *Giur. Comm.*, 2010, 666 ss., con nota contraria di PACILEO, «Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d’Italia; Cass., 12 ottobre 2007, n. 21428. Si veda anche, da ultimo, Cass., 24 maggio 2010, n. 12626. V. anche Trib. Milano, 19 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2002, I, 334 ss., con nota di SALINAS, *Osservazioni in tema di segnalazione alla Centrale dei rischi e di responsabilità della banca*; Trib. Cagliari, 21 maggio 2009, n. 1575.

³³ SCOGNAMIGLIO, *Sulla segnalazione a sofferenza nella Centrale dei Rischi della Banca d’Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 307. A tale orientamento aderisce GABRIELLI, *La legittimità della segnalazione di un credito a sofferenza: una analisi gius-economica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, 656 ss..

denominatore identificabile nel riferimento ad un giudizio, più o meno grave, di inconsistenza patrimoniale del cliente segnalato. In ragione di tali premesse non può ritenersi legittima una segnalazione che si fondi sull'analisi esclusiva del singolo rapporto creditizio.

La comunicazione alla Centrale dei Rischi dovrà invece scaturire da un giudizio globale sullo stato economico del soggetto che faccia presagire gravi ripercussioni nella generalità dei rapporti di credito. In conformità all'orientamento ormai consolidato in proposito sia in dottrina che in giurisprudenza, perciò, non potrà ritenersi corretta una segnalazione che risulti essere fondata soltanto sul presupposto dell'inadempimento o del mero ritardo nel pagamento del credito, magari contestato nel suo ammontare dal debitore, o come nel caso di specie, di un credito contestato in quanto scaturente da un rapporto risolto per inadempimento dello stesso intermediario finanziario.

Si tratta di considerazioni condivise anche dalla giurisprudenza dominante che considera necessario, ai fini del giudizio sulla legittimità della segnalazione, un esame approfondito non tanto e non solo del singolo rapporto di credito intrattenuto con l'istituto di credito, ma in modo esplicito e puntuale dell'intera situazione economica e patrimoniale del debitore che deve essere tenuta nella debita considerazione. Sul punto è intervenuta esplicitamente la citata sentenza n. 7958/2009 della Corte di Cassazione, sez. I civile, che ha statuito come, per valutare la legittimità dell'iscrizione di un debitore e di un debito *'a sofferenza'* nella Centrale dei Rischi, occorra valutare se ci si trovi di fronte a soggetti *«in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili»*. La Cassazione ha identificato le situazioni equiparabili all'insolvenza come quelle che comportano una grave, e non transitoria, difficoltà economica del debitore, mentre sono sicuramente da escludere i semplici ritardi nell'adempimento, da considerarsi alla stregua di indizi, ancora non sufficienti a determinare l'iscrizione della "sofferenza" presso la Centrale dei Rischi. Inoltre, nella medesima sentenza, la Suprema Corte ha affermato che non è sicuramente sufficiente la mera valutazione sul singolo rapporto tra intermediario e cliente, ma vi è necessità di svolgere una complessiva valutazione della situazione del cliente medesimo, che coinvolga tutte le altre situazioni economicamente rilevanti. Quindi è necessario che il soggetto segnalante creditore valuti la complessiva situazione economico

finanziaria del cliente e non la singola situazione relativa al rapporto di credito in essere.

L'evidente carenza delle disposizioni delle Istruzioni di Vigilanza, che sul punto non esplicitano i presupposti della segnalazione "a sofferenza" e i gravi pregiudizi che la segnalazione, come si è detto, determina per il soggetto segnalato, impongono in ogni caso alla banca o all'intermediario finanziario di valutare attentamente ed in buona fede, tutti i dati a sua disposizione prima di effettuare la comunicazione alla Centrale dei Rischi. La procedura di segnalazione è infatti poco garantista per i soggetti segnalati. Sia nella fase istruttoria che al momento della trasmissione dei dati non è previsto alcun contraddittorio con il cliente il quale, in genere, viene a conoscenza dell'avvenuta appostazione "a sofferenza" solo nel momento in cui altri istituti di credito gli comunicano il recesso dagli affidamenti già concessi o rifiutano di concedergli nuove linee di credito³⁴. In ragione di queste considerazioni, la giurisprudenza ha più volte affermato come il giudizio prognostico che la banca è chiamata a svolgere, avendo natura delicata e complessa, debba essere guidato dall'esigenza di estremo rigore nella selezione e nell'apprezzamento dei dati e debba essere svolto applicando i criteri di ragionevolezza, trasparenza, linearità e univocità.

13. Il danno derivante da errata segnalazione a sofferenza di una posizione creditizia ed i rimedi giudiziari

Come ampiamente spiegato *supra*, l'intenzionale o erronea comunicazione della modifica di *status* di un credito 'a sofferenza', può

³⁴ Ma si veda anche una recente sentenza nella quale è stato affermato anche il dovere della banca, laddove necessario, di instaurare un contraddittorio con il cliente prima di procedere alla segnalazione in Centrale: si veda Tribunale Bari-Monopoli, 19 maggio 2011, Est. De Palma, disponibile al seguente link: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/4687.php> Nella sentenza si legge che la banca deve procedere con l'attenta valutazione della complessiva situazione finanziaria del cliente prima di effettuare la segnalazione a sofferenza e nell'effettuare tale valutazione questa sarebbe tenuta, ove necessario, anche ad instaurare il contraddittorio con il cliente specie nei casi in cui la sua situazione finanziaria appaia complessa.

certamente causare rilevanti danni al cliente⁵⁵. Tali danni, morali e patrimoniali, devono tuttavia ritenersi risarcibili. In questo senso statuisce la monolitica giurisprudenza in materia.

Basterà, al riguardo, citare la sentenza del Tribunale Lecce, sentenza n° 46 del 03 novembre 2005, sul danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi, che derivava dalla segnalazione a ‘sofferenza’ di un credito (in quel caso non più esistente). La segnalazione, conferendo pubblicità interbancaria ad un non reale protrarsi dell’insolvenza del debitore, diede luogo ad un indubitabile discredito patrimoniale causato al cliente, da solo idoneo a provocare un danno anche della reputazione imprenditoriale del segnalato. Pertanto l’illegittima segnalazione provoca un danno all’attività imprenditoriale che deve essere provato, mentre la lesione della reputazione personale esime il soggetto leso dall’onere di fornire in concreto la prova del danno in quanto questo viene considerato *in re ipsa*⁵⁶.

La lesione alla sfera giuridica del debitore, arrecata per effetto dell’illegittima segnalazione, è potenzialmente di notevole gravità, poiché comporta la possibile esclusione del segnalato dal credito bancario o comunque la difficoltà se non impossibilità di accedervi. Pertanto, la responsabilità dell’intermediario finanziario e della banca, in tal caso, assume le caratteristiche di c.d. responsabilità da inesatte informazioni che si connota, sia come responsabilità extracontrattuale

⁵⁵ In materia si vedano i contributi di: Sangiovanni, *Segnalazioni alla centrale dei rischi e questioni di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, n. 3, 2013; Racugno, *Revoca degli affidamenti bancari, centrale dei rischi, stato di insolvenza*, in *Giur. Com.*, I, 2012, pag. 189; Bellante, *Responsabilità della banca per illegittima segnalazione al CAI e alla Centrale rischi della Banca d’Italia e per illegittima iscrizione ipotecaria*, in *La Nuova Giurispr. Civ. Commentata*, I, 2012, pag. 8; Grasselli, *Errata segnalazione in “Centrale Rischi” e risarcimento dei danni*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, 11, pag. 737; Floris, *Sulla nozione di “sofferenza” ai fini della segnalazione alla centrale dei rischi della banca d’Italia*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2011, 5, pag. 654; GORGONI, *Misure di contenimento del rischio del credito e tutela della reputazione*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, 4, pag. 272; VALORE, *La tutela contro le illecite segnalazioni alla centrale rischi*, in *Corr. Merito*, 2012, Fasc. 10, pag. 833.

⁵⁶ In materia, si devono poi citare, *inter alia*, anche le sentenze del Tribunale Lecce, sez. I civile, sentenza 05.08.2008 n. 1496, sul danno non patrimoniale; la sentenza del Tribunale Bari, sez. Monopoli, ordinanza 19.05.2011; la sentenza del Tribunale Venezia, sentenza 17.06.2009 n° 1701, la già citata sentenza del Tribunale Mantova, sentenza 27.05.2008.

da fatto illecito, sia come responsabilità contrattuale per violazione delle norme di comportamento della banca o intermediario finanziario nei confronti del cliente, determinandosi un danno che legittima le pretese risarcitorie del cliente.

In un sistema informativo generalizzato come quello della Centrale e tesoro proprio a consentire a tutti gli aderenti del circuito bancario la possibilità di valutare i rischi dell'affidamento richiesto, l'eventuale segnalazione di una posizione a sofferenza, con connessa rilevante difficoltà di andare a verificare le effettive cause, comporta infatti un immediato danno alla reputazione del cliente con connesso potenziale e verosimile effetto a catena di mancati affidamenti o, peggio, la revoca immediata dei prestiti già concessi.

Si determina in questo caso un danno che, sotto il profilo morale, si ritiene sussistere in *re ipsa* e che legittima pertanto il diritto al risarcimento senza che incomba sul danneggiato l'onere di fornire la prova dell'esistenza del danno³⁷. Tale orientamento è stato seguito tra gli altri dal Tribunale di Milano, che sul punto ha statuito *expressis verbis* che: "*l'accertamento di una lesione della onorabilità della persona determina in re ipsa anche l'accertamento di un danno risarcibile, da liquidarsi equitativamente indipendentemente dalla prova di un concreto nocumento agli interessi commerciali e patrimoniali del soggetto leso*" (Trib. Milano, Ord., 19 febbraio 2001). Sempre in relazione ai danni non patrimoniali, la Cassazione - mediante la recente sentenza n. 12626/2010 - ha statuito che l'illegittima segnalazione, in quanto lesiva della reputazione e dell'immagine, nonché idonea ad ingenerare una presunzione di scarsa affidabilità, costituisce già di per sé comportamento pregiudizievole per l'attività economica di un'impresa. Il danno non patrimoniale viene liquidato come noto secondo criteri equitativi³⁸.

Il danno patrimoniale nei casi di errata segnalazione alla Centrale dei Rischi è invece assai difficile da far valere, a causa delle complessità emergenti dal punto di vista probatorio: le banche difatti non rilasciano ordinariamente alcuna attestazione di diniego dell'affidamento e non è

³⁷ Si vedano Cass. civ., Sez. III, sent. n. 4881 del 19/01/2001; Cass. civ. sent. n. 1103 del 05/11/1998.

³⁸ Si veda al riguardo GRASSELLI, *Errata segnalazione in "Centrale rischi" e risarcimento dei danni*, (Nota a Cass. sez. I civ. 1 aprile 2009, n. 7958; Cass. sez. I civ. 24 maggio 2010, n. 12626), in *Obbligazioni e contratti*, 2011, fasc. 11, pagg. 737-760.

facile stabilire il nesso di causalità tra la segnalazione ‘a sofferenza’ e la chiusura di altre linee di credito e la revoca di finanziamenti concessi da altri operatori finanziari. Infine, si segnala che il semplice mancato invio dell’avviso relativo alla segnalazione, non sembrerebbe essere sufficiente da solo a fondare una responsabilità risarcitoria della banca. È quindi molto spesso difficoltoso per l’imprenditore offrire la prova del nesso eziologico tra la revoca dei fidi esistenti e la segnalazione a sofferenza. In certi casi, tuttavia, segnatamente nei casi di mancata concessione di credito nei confronti dei consumatori, a fronte di un diniego alla concessione del credito che si basi sulle risultanze di una banca dati, lo stesso T.U.B. all’art. 125, come recentemente modificato³⁹, pone l’obbligo in capo alla banca di informare il consumatore del risultato della consultazione della banca dati quando il prestito venga negato proprio a causa delle informazioni presenti nella banca dati stessa⁴⁰. Esistono poi altre norme che obbligano la banca o l’intermediario finanziario ad informare il cliente delle ragioni che hanno determinato la mancata erogazione del finanziamento, le quali potrebbero forzare l’intermediario ad articolare meglio le ragioni che hanno determinato la mancata concessione di un credito, facilitando la raccolta di prove al riguardo. Si fa riferimento alle disposizioni attuative del T.U.B. emanate dalla Banca d’Italia in merito alle conseguenze (informative e motivazionali) della mancata concessione di un finanziamento, cioè alla Comunicazione di Banca d’Italia del 22.10.2007 nella quale si afferma che *«laddove si decida di non accettare una richiesta di finanziamento, è necessario che l’intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente; nell’occasione, anche al fine di salvaguardare la relazione con il cliente, andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito»* oltre al Provvedimento della Banca d’Italia del 29.7.2009 (“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”)⁴¹.

³⁹ Il testo dell’articolo 125 T.U.B. è stato introdotto in forza dell’art. 1 D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

⁴⁰ Cfr. l’art. art. 125 comma 2 T.U.B., che prevede che *“se il rifiuto della domanda di credito si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati”*.

⁴¹ Nel quale si dispone che, in sede di reclamo, *“gli intermediari adottano procedure per la trattazione dei reclami che garantiscano ai clienti risposte sollecite ed*

Inoltre, la Cassazione, in due rilevanti sentenze del 2009 e del 2010, ha di recente ribadito⁴², partendo dal presupposto della necessità della tutela della riservatezza dei dati personali, che il presupposto per la segnalazione a sofferenza è la sussistenza dello stato di insolvenza. Viene, quindi, confermato il principio in base al quale, ai fini dell'apposizione a 'sofferenza' di un credito specifico verso una data controparte, l'intermediario non possa limitarsi a prendere atto del mero inadempimento del debitore, bensì debba svolgere un'indagine complessiva, non rilevando a tal fine la mera manifestazione di volontà del debitore di non voler adempiere se giustificata da una seria contestazione dell'esistenza del credito vantato dalla banca. La Suprema Corte ha anche elaborato ulteriormente la nozione di insolvenza da impiegare nel caso delle segnalazioni, sostenendo che in tal caso per insolvenza si debba intendere un una nozione di 'insolvenza' più ampia rispetto alla fattispecie di cui all'art. 5 l. fall., facendo riferimento ad una valutazione complessivamente negativa sulla situazione patrimoniale dell'azienda, qualificabile come deficitaria e caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica⁴³, senza fare riferimento ad una situazione di incapienza o di definitiva irreuperabilità. Nelle due sentenze si riafferma poi la legittimazione passiva della Banca d'Italia e il trattamento dei dati personali viene ricondotto alle c.d. attività pericolose ex art. 2050 c.c.⁴⁴. A tal riguardo, si ribadisce come l'applicazione dell'art. 15 del Codice della Privacy imponga di configurare il trattamento dei dati personali quale 'attività pericolosa' ex art. 2050 c.c., soggetta al regime probatorio di cui all'articolo 2050 c.c. citato, il quale pone a carico del soggetto

eshaustive" e si specifica che le risposte della banca contengono almeno la precisazione dettagliata ed esauriente delle ragioni di rigetto del reclamo stesso,

⁴² Si fa riferimento a: Cass. sez. I civ. 1 aprile 2009, n. 7958; Cass. sez. I civ. 24 maggio 2010, n. 12626.

⁴³ Per molti versi la valutazione dell'intermediario sembra richiamare la nozione di "stato di crisi" presupposto per l'ammissione al concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, nella quale rientra di sicuro lo stato di insolvenza, ma che ricomprende anche, oltre alla temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni (quand'anche reversibile) le situazioni di "rischio di insolvenza" o "sbilancio patrimoniale" o sovra indebitamento, oltre alla fattispecie di riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale, che pur non essendo ancora sbilancio patrimoniale che costituisce una causa di scioglimento della società. Si veda tra gli altri: GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, 5° ed, pg. 324 ss.

⁴⁴ Si veda: Cass. n. 7958/2009.

esercitante un'attività pericolosa ogni possibile conseguenza di danno, se non prova di aver utilizzato tutte le misure idonee a prevenire il danno.

L'innesto, quindi, della disciplina della Centrale dei Rischi nel tronco della normativa sulla *privacy*, ha determinanti risvolti probatori, aggravando nettamente la posizione della banca o intermediario finanziario, costretti adesso a dover dimostrare di aver adottato ogni precauzione appropriata, necessaria secondo la diligenza particolarmente elevata richiesta al banchiere ed all'intermediario finanziario, nel trasmettere alla Centrale ma direi anche ai S.I.C. privati, le segnalazioni e le informazioni pregiudizievoli riferite alla clientela. Anche il nuovo articolo 125 T.U.B., poi, nell'obbligare l'intermediario ad informare il cliente in dettaglio nel caso in cui il credito non venga concesso a causa delle risultanze della banca dati, delle risultanze stesse e delle ragioni comportanti il mancato affidamento, facilita la prova del danno a carico della banca segnalante.

14. La tutela cautelare

Si è detto di come la segnalazione a sofferenza di un credito presso la Centrale dei Rischi avvenga al termine di una valutazione complessa della banca o intermediario finanziario effettuata in assenza di contraddittorio e senza partecipazione del soggetto segnalato. Si sono anche brevemente illustrati i danni immediati che un'erronea o illegittima segnalazione viene a causare al debitore. Pacifica in dottrina e giurisprudenza, pertanto, è la sindacabilità delle decisioni assunte dalla banca, specie quelle relative alle modifiche di *status* di un credito e all'appostamento a sofferenza di cui si è detto.

Molto si è invece discusso, in ordine all'ammissibilità della tutela cautelare in materia. Dapprima la giurisprudenza aveva escluso l'ammissibilità della tutela cautelare volta ad ottenere un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., non ravvisando nella fattispecie in esame il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*, sul presupposto che i danni che dall'errato appostamento fossero derivati, potevano essere risarciti *ex post*. Inoltre, i soggetti segnalati avrebbero

comunque potuto accedere al credito dimostrando agli intermediari finanziari l'errore nelle risultanze della Centrale⁴⁵.

Successivamente la giurisprudenza, quanto al requisito del *fumus boni iuris*, ha invertito il *trend* iniziale sulla base della considerazione assorbente che la segnalazione erronea o illegittima da sola può essere un fattore idoneo a determinare il fallimento di un soggetto segnalato. Difatti, seppure le risultanze della Centrale non impediscono la concessione di ulteriori affidamenti, né precludono al Cliente la possibilità di dimostrare l'erroneità delle risultanze stesse, queste formano comunque una pregiudiziale di merito rispetto alla richiesta di ulteriori finanziamenti difficile da superare⁴⁶. In ogni caso, deve essere dimostrato il requisito del *periculum in mora*, tipicamente mediante documentazione dimostrante le difficoltà emerse nei rapporti con altre banche o intermediari finanziari causate verosimilmente dai dati risultanti dalla Centrale⁴⁷.

Molto si è discusso anche in tema di legittimazione passiva della Banca d'Italia ad essere convenuta nei giudizi in cui si tenti di ottenere la rettifica delle scritture erronee o illegittime, bloccando la diffusione dei dati della Centrale ai terzi ed agendo contro la stessa Banca d'Italia quale titolare della gestione del sistema telematico che gestisce il database. Al riguardo, in passato si è negata l'ammissibilità della tutela in via d'urgenza diretta alla sospensione della pubblicazione delle risultanze sul presupposto che valesse il divieto ex art. 4 Legge n. 2248/1865 in base al quale⁴⁸ il giudice civile non può ordinare alla P.A. un *facere* specifico. Questo orientamento è stato poi superato,

⁴⁵ Si vedano in materia Pret. Crotone, 23 gennaio 1993, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, pag. 595; Trib. Roma, 3 novembre 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, pag. 492.

⁴⁶ Cfr. Trib. Cagliari, 28 novembre 1995, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1997, II, 354; Trib. Roma, 5 agosto 1998, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 453.

⁴⁷ GIUSTI, *op. cit.*, 37. Cfr. Corte appello Milano, 8 giugno 1999, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2000, II, pag. 568. Cfr. Trib. Salerno, 22 aprile 2002, in *Dir. e Prat. Soc.*, 2002, f. 14-15, pag. 94.

⁴⁸ Cfr. Legge sul contenzioso amministrativo, art. 4 della L. n. 2248/1865, che prevede che: "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso".

dato che non vi è alcun provvedimento amministrativo da annullare, ma solo una trasmissione di dati estratti da una banca dati anche qualora si tratti di dover cancellare un soggetto dal database⁴⁹; di conseguenza, la Banca d'Italia è stata più volte convenuta nei procedimenti *de quo*.

Ancora di recente (2010), è stato ammesso il ricorso d'urgenza ex art. 700 in materia di *leasing*, laddove una società che aveva sospeso il pagamento dei canoni di *leasing* (ma a seguito di una cessione di contratto), si era vista segnalare la rispettiva posizione 'a sofferenza'. In quel caso è stato ammesso il ricorso ex articolo 700 c.p.c., alla luce della sussistenza del *periculum in mora* e il giudice aveva concesso, *inaudita altera parte*, la sospensione cautelare della segnalazione (Tribunale Modena, 22 luglio 2010). Da ultimo, però, in un caso relativo all'assunta errata/illegittima segnalazione di alcuni nominativi alla C.A.I., Centrale di Allarme Interbancario⁵⁰, simile per

⁴⁹ Cfr. le risalenti decisioni di: Appello Palermo, 30 giugno 1992, in *Giur. civ.*, 1993, I, 2235; Chessa, *Segnalazione illegittima alla Centrale dei rischi e tutela cautelare atipica*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 103. Cfr. Tribunale di Verona, Ordinanza 22 Ottobre 2012, disponibile su:

<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8016.pdf>. Tale ordinanza fa, altresì, riferimento alla sentenza della Suprema Corte (Cass. 1.4.2009 n. 7958) ed alle decisioni del Trib. Bologna 3.5.2007 n. 1039, in *Guida al diritto*, 2007, 30, 47, (solo massima) e Trib. Venezia 17.7.2006, in *Foro it.*, 2007, 10, 2894, le quali hanno ritenuto sussistere la legittimazione passiva della Banca d'Italia nei giudizi ex art. 152 del Codice, volti a far valere l'illegittima segnalazione in Centrale Rischi, sul duplice presupposto dell'assoggettamento dell'Istituto di Vigilanza alla disciplina del Codice ed alla natura demolitoria del giudizio. Alla legittimazione passiva riconosciuta alla Banca d'Italia fa seguito anche la facoltà di convenire in giudizio la stessa Banca d'Italia (*contra* App. Milano 20.9.2006, *ibid*, ancorché in relazione a fattispecie soggette alla precedente L. n. 675/96), a tutela dei diritti di cui all'art. 7 del Codice.

⁵⁰ La Centrale di Allarme Interbancaria (C.A.I.) è stata istituita con il D.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, emanato ex L. 205/99, il quale ha riformato la disciplina sanzionatoria relativa agli assegni bancari e postali emessi senza autorizzazione o senza provvista. La riforma ha introdotto un sistema sanzionatorio, alternativo a quello penale, che basa la propria efficacia sulla disponibilità presso tutti gli intermediari delle informazioni sul soggetto che ha utilizzato in modo illecito lo strumento dell'assegno e sull'applicazione di misure di carattere interdittivo nei confronti degli autori di tali comportamenti. Nel caso del C.A.I., la Banca d'Italia, in qualità di Ente titolare del trattamento dei dati, ha deciso fin dall'avvio della CAI di avvalersi di un ente esterno per la gestione dell'archivio. La Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI) contiene l'archivio informatizzato degli assegni e delle carte di pagamento irregolari, istituito presso la Banca d'Italia ai sensi della legge 205/99 (G.U. n. 149 del 28.6.1999), del d.lgs. n.507/99 (S.O. n.233/2 alla G.U. n. 306 del 31.12.1999). Il quadro di

funzionamento e organizzazione alla Centrale Rischi, è stata recentemente affrontata la questione dell'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c.. Difatti, in una recentissima decisione del Tribunale di Verona⁵¹, Ordinanza, 22 ottobre 2012, si è sancita l'inammissibilità del rimedio cautelare atipico ex art. 700 c.p.c., a causa della recente introduzione ex art. 10 e 5 del D.lgs. 150/2011 (in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione) di un rimedio cautelare tipico. In considerazione dell'esistenza del rimedio cautelare tipico previsto dal combinato disposto degli articoli ora citati, deve ritenersi inammissibile il ricorso al procedimento d'urgenza a carattere residuale di cui all'articolo 700 c.p.c. per reagire a violazioni del codice della privacy, quale l'erronea o scorretta segnalazione a sofferenza del proprio nominativo nella Centrale Rischi della Banca d'Italia.

La decisione è sicuramente pregevole in quanto tenta di coordinare, sia pure a fini più procedurali che sostanziali, la disciplina della Centrale con quella delle violazioni del Codice della Privacy prendendo posizione su una serie di questioni che interessano. Come discusso, la disciplina della Centrale Rischi, che emerge dal coordinamento delle norme del T.U.B., della Delibera CICR del 16 maggio 1962, della Delibera CICR del 29 marzo 1994 e della Circolare della Banca d'Italia n. 139/91, essa deve anche essere coordinata con le norme del D.Lgs. 196/2003 (Testo Unico sulla *Privacy*). Nella decisione, si stabilisce pertanto che il rimedio cautelare atipico ex art. 700 è divenuto inammissibile per la tutela delle ragioni del cliente, stante la presenza di specifico rimedio cautelare posto a presidio della situazione giuridica soggettiva di chi assume di essere stato leso dalle risultanze o dalla comunicazione delle risultanze di un database. La procedura cui si fa riferimento è quella prevista ex artt. 5 e 10 del citato D.lgs. 150/2011. In altri termini, la riconduzione dei diritti connessi alla raccolta dati effettuata dalla Centrale dei Rischi alle fattispecie disciplinate ex articolo 152 del Codice comporta, da un lato, l'applicabilità del rito della disciplina para lavoristica previsto dall'art.10 del D.lgs.

riferimento è completato dal regolamento del Ministero della Giustizia - D.m. 7 novembre 2001 n. 458 (G.U. n.3 del 4-1-2002), dal regolamento della Banca d'Italia del 29 gennaio 2002 (G.U. n.27 del 1-2-2002) e dal provvedimento di concessione del Governatore del 15 marzo 2002 (G.U. n.68 del 21-3-2002), che ne ha affidato la gestione alla Società Interbancaria per l'Automazione S.p.A. (SIA).

⁵¹ Ma si veda anche Trib. Salerno, 23 Maggio 2012; cfr. VALORE, *La tutela contro le illecite segnalazioni alla centrale rischi*, in *Corr. Merito*, 2012, Fasc. 10, 833;

150/2011, il quale contempla altresì una specifica fase cautelare e, dall'altro, l'impossibilità di proporre ricorso ex art. 700 c.p.c.. Resta fermo, quindi, il diritto di procedere in via cautelare, che rappresenta un *proprium* ineludibile nei giudizi civili, indispensabile per garantire l'effettività della tutela giudiziale, ancorché non nelle forme della tutela cautelare atipica di cui all'art. 700 c.p.c..

15. Le decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario

L'analisi svolta sopra sarebbe incompleta qualora non si avesse riguardo al dettagliato e cospicuo corpo di decisioni emesse in materia, nei seppure pochi anni di attività dall'Arbitrato Bancario e Finanziario. Come noto infatti, l'art. 128-bis, del TUB, introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, (c.d. legge sul risparmio), ha imposto agli intermediari bancari e finanziari di aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i clienti rimettendo a una delibera CICR (poi adottata su proposta della Banca d'Italia il 29 Luglio 2008, n. 275) la definizione dei criteri di svolgimento delle procedure e la composizione degli organi decidenti. L'arbitrato, sin dalla sua istituzione e nei limiti delle sue competenze, ha agito per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, interessandosi in moltissime decisioni delle questioni collegate alle ingiuste o erranee segnalazioni alla Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia oltre che alle centrali rischi private. Risulta quindi che l'Arbitrato Bancario e Finanziario, si sia pronunciato in materia, con ben oltre 320 decisioni, creandosi per tal via, una cospicua 'giurisprudenza' in materia. Di conseguenza oggi il ricorso all'Arbitrato Bancario e Finanziario, come sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie fra banche e clientela, assume significativa rilevanza quale metodo di composizione delle liti al di fuori del processo ordinario, la cui centralità è confermata dal numero di pronunce adottate, specie ove questo sia raffrontato con l'assai scarsa giurisprudenza in materia.

Occorre quindi passare brevemente in rassegna la cospicua mole delle decisioni dell'Arbitro in materia di illegittime o errate segnalazioni alla Centrale Rischi ed alle centrali private, relativamente a posizioni esistenti o presunte tali a 'sofferenza'. Prima di tutto molte delle decisioni vengono emesse su questioni di rito ed attengono alla

capacità di giudicare del Collegio arbitrale. Così, torna sovente il tema della competenza limitata alla verifica solo dei comportamenti successivi al 1 gennaio 2009, oppure all'inammissibilità⁵² per presentazione del ricorso oltre il termine di 12 mesi dal reclamo⁵³. Al riguardo si è osservato in più decisioni che il Collegio si ritiene competente se i fatti causa di danno si sono svolti dopo la data del 1 gennaio 2009, mentre si ritiene incompetente per le domande aventi ad oggetto fatti esauriti prima della data d'inizio dell'operatività dell'Arbitrato⁵⁴.

In punto di merito invece, con specifico riferimento agli obblighi di diligenza richiesti alla banca ed agli intermediari finanziari, si riafferma l'obbligo da parte della banca di verificare con la massima diligenza e puntualità i dati le segnalazioni trasmessi alla Centrale⁵⁵. A fronte della acclarata illegittimità della segnalazione alla Centrale, l'Arbitro riconosce la sussistenza di una responsabilità dell'intermediario⁵⁶ per

⁵² Collegio di Milano, Decisione N. 420 del 18 gennaio 2013.

⁵³ Ma sono salvi i periodi di sospensione dei termini: cfr. la decisione del Collegio di Roma, Decisione N. 2846 del 03 settembre 2012. nella decisione si legge che "... la seconda eccezione riguarda l'inammissibilità per presentazione del ricorso oltre il termine di 12 mesi dal reclamo. Questa eccezione è infondata. Infatti, l'arco di tempo trascorso tra il reclamo e il ricorso supera di due giorni i 12 mesi previsti dalla Disposizioni applicative sopra citate, le quali tuttavia prevedono un periodo di sospensione del termini dal 1° al 31 agosto (oltre che nel periodo natalizio)".

⁵⁴ Così ad esempio nella decisione del Collegio di Roma, Decisione N. 2846 del 03 settembre 2012, nella quale si legge che in merito alle eccezioni di "irricevibilità" del ricorso sollevate dall'intermediario, con riferimento all'incompetenza del Collegio "ratione temporis, nel presupposto che il ricorso abbia ad oggetto vizi genetici dei contratti impugnati, che risalgono a data anteriore al 1° gennaio 2007. In proposito, il Collegio osserva che la domanda principale proposta nel ricorso riguarda, in effetti, l'asserita nullità dei contratti di fideiussione per carenza di forma, in quanto ad avviso della ricorrente risultano mancanti della firma in ciascuna pagina. Ne consegue che la domanda si riferisce alla fase genetica del rapporto e quindi è inammissibile vertendo su fatti e comportamenti antecedenti il 1° gennaio 2007 (cfr. Disp. della Banca d'Italia sui sistemi di risoluzione delle controversie, Sez. I, par. 4)".

⁵⁵ Così nella decisione del Collegio di Roma, Decisione N. 2846 del 03 settembre 2012, l'Arbitrato osserva che "Per quanto su illustrato, non può disconscersi, tuttavia, un difetto di diligenza da parte dell'intermediario, il quale avrebbe dovuto curare con maggior attenzione e puntualità le segnalazioni alla Centrale dei rischi delle garanzie in questione".

⁵⁶ Così ad esempio nella recente decisione del Collegio di Napoli, n. 64 del 04 gennaio 2013.

“false o inesatte informazioni” presupposto per far valere legittime istanze risarcitorie sia di tipo patrimoniale che non patrimoniale.

Quanto alla tipologia di danni risarcibili, le decisioni arbitrali considerano risarcibili sia danni di tipo patrimoniale, che potranno consistere nella mancata concessione di finanziamenti nella revoca di affidamenti già concessi in precedenza o nella perdita di *chances*, oppure in danni morali conseguenti alla lesione del “diritto alla reputazione di buon pagatore” ogni debitore vanta e che può rilevare sia sotto il profilo della reputazione personale quanto sotto quello della reputazione commerciale. Al riguardo anche nelle decisioni dell’Arbitro emergono le cospicue difficoltà che incontrano i clienti nel dimostrare le perdite pecuniarie in cui questi siano incorsi a causa della segnalazione errata o illegittima⁵⁷. È richiesta infatti la prova del danno subito e non saranno sufficienti generiche doglianze in tal senso: per questa ragione nella stragrande maggioranza dei casi, il cliente non riesce a dimostrare con la dovuta precisione, l’esatta entità o l’esistenza di questi danni⁵⁸. Lo stesso vale nei casi in cui il danno paventato, riguardi presunte perite di *chances*, che dovranno essere dimostrate specificamente. Inoltre nei casi in cui il cliente non riesca a dimostrare le perdite sofferte per perdita di *chances*, nessun risarcimento può essere riconosciuto neppure in via equitativa considerato che nel caso di danno da perdita di chance è necessario comunque che si dimostri, sia pure in termini presuntivi e su base probabilistica, la possibilità di conseguire un vantaggio atteso che la valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. presuppone comunque che risulti per lo meno provata l’esistenza di un danno risarcibile⁵⁹.

⁵⁷ Così ad nel caso della decisione del Collegio di Napoli, n. 64 del 04 gennaio 2013, nella quale si legge che “... la domanda risarcitoria che ... non è supportata da alcun elemento probatorio (neanche induttivo o indiretto) dell’eventuale danno sopportato dal ricorrente. Circostanza questa che non può non determinarne il conseguente rigetto”. Così anche nella decisione del Collegio di Napoli, Decisione N. 1475 del 19 marzo 2013, nella quale si legge come “quanto alla domanda di condanna al risarcimento dei danni patrimoniali va evidenziato che nulla hanno dedotto e provato gli attori con riguardo a tali presunti danni. Ne deriva che nessun danno patrimoniale può essere riconosciuto”.

⁵⁸ Così tra gli altri, la decisione del Collegio di Roma, Decisione N. 741 del 12 febbraio 2013.

⁵⁹ Così (Cass. n. 852 del 18 gennaio 2006) ed anche Collegio di Roma, Decisione N. 741 del 12 febbraio 2013.

Per quanto riguarda invece i danni non patrimoniali l'Arbitrato perviene a diversa conclusione per ciò che attiene al ristoro dei danni non patrimoniali. Infatti la lesione del "diritto alla reputazione di buon pagatore" costituisce una conseguenza immediata e diretta dell'ingiusta o errata segnalazione alla centrale rischi, per cui il danno che ne consegue "pur non essendo *in re ipsa*, deve essere considerato un effetto notorio non quantificabile dell'illecito e come tale risarcibile in via equitativa"⁶⁰. Al riguardo, nei casi in cui la segnalazione erronea, sia rimasta in Centrale per un periodo di tempo sufficiente a causare nocumento, in presenza di danno presumibile, anche a causa della rilevanza della reputazione commerciale determinata dall'attività imprenditoriale svolta dal cliente, l'Arbitro ha ritenuto di liquidare in via equitativa anche i danni non patrimoniali⁶¹.

Non vi è dubbio poi che la valutazione circa la sofferenza, debba essere fatta dalla banca non solo con la massima diligenza, ma sulla

⁶⁰ Si veda la decisione n. 705 dell'8 marzo 2012 e la decisione del Collegio di Roma, n. 741 del 12 febbraio 2013. Si veda anche la decisione del Collegio di Napoli, Decisione N. 1475 del 19 marzo 2013 nella quale si legge, come, "*Circa ... i presunti danni non patrimoniali va evidenziato che "il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso (cfr. Cass. 8.2.2012, n. 1781; Cass. 19.1.2007, n. 1183), la scorrettezza della condotta del convenuto non è sufficiente a fondare un credito risarcitorio il quale può costituire giusta causa di uno spostamento patrimoniale solo quando l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro sia diretta ad eliminare le conseguenze del danno subito". Nel caso di specie non esistono agli atti, come visto, elementi tali da indurre a ritenere dimostrata la lesione della reputazione di buon pagatore. Si ritiene, tuttavia, che si possa far ricorso ad un criterio equitativo. In merito occorre osservare che nella liquidazione può essere utile evidenziare il tempo di percezione del disagio sociale subito da coloro che si lamentano di un evento di tal genere, indipendentemente dall'esposizione del dato negativo (cfr ABF – Collegio Napoli, 19.3.2012, n. 809). Tale tempo è stato nel nostro caso molto limitato. Si tratta di appena un mese. I ricorrenti hanno dichiarato di aver appreso il fatto ai primi di dicembre 2011 e la banca ha provveduto alla cancellazione ai primi di gennaio 2012. Ne consegue che nella specie può essere liquidata equitativamente una somma di € 1.000,00 a titolo di risarcimento danni".*

⁶¹ Così ad esempio nella decisione N. 741 del 12 febbraio 2013, nella quale l'Arbitro, "*Considerato pertanto che, nonostante l'incertezza sui fatti dedotti in giudizio, risulta che la segnalazione negativa "a sofferenza" era presente almeno dal settembre 2008 e si è quindi protratta per un lungo periodo e che, data l'attività imprenditoriale svolta dal ricorrente, essa ha arrecato un ingiusto pregiudizio alla sua reputazione commerciale, il Collegio ritiene conforme ad equità una liquidazione del danno non patrimoniale di € 5.000".*

scorta di valutazioni complessive tracciate e difendibili sulla capacità del cliente di far fronte ai propri impegni⁶². Al riguardo si impone agli intermediari segnalanti, di tener traccia dei processi decisionali e delle valutazioni svolte ogni volta che un cliente viene segnalato alla Centrale onde poter dimostrare la correttezza e diligenza impiegata in quella fase. Viene anche considerato necessario attivarsi presso il cliente, informandolo della segnalazione (informandolo per iscritto e con prova di ricezione) in Centrale del credito a “sofferenza”. Così dispongono le Istruzioni di Vigilanza nella versione aggiornata, che prevedono che “Gli intermediari devono informare per iscritto il cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) la prima volta che lo segnalano a sofferenza”. Tale informativa potrà anche essere arricchita con un avvertenza sulle conseguenze che possono scaturire dalla segnalazione. Per quanto riguarda il mancato avviso al cliente relativo alla segnalazione, va evidenziata una rilevante decisione dell’Arbitro nella quale si afferma, che l’obbligo di preavviso, ancorché statuito espressamente soltanto per le centrali private, peltro successivamente esteso anche alla centrali rischi pubblica con il 14° aggiornamento del 29 aprile 2011⁶³, riguarda parimenti entrambe le tipologie di centrali, in quanto da ricollegare al generale principio di correttezza, applicato al peculiare tipo di situazione in questione⁶⁴. Tuttavia si deve al riguardo osservare che mentre le Istruzioni di Vigilanza parlano di obbligo di informare il cliente la prima volta che questo viene segnalato in Centrale, quanto alle centrali rischi private,

⁶² Così nella decisione del Collegio di Napoli, Decisione N. 64 del 04 gennaio 2013, si legge che occorre al riguardo “*circa l'appostazione a sofferenza, parte resistente (cioè la banca) non ha reso alcuna dichiarazione né ha prodotto alcun elemento documentale relativo alle valutazioni sulla complessiva situazione del cliente idonee a giustificare tale iscrizione. Aver disatteso tale presupposto, richiesto dalla vigente disciplina di vigilanza della Banca d'Italia (cfr., in particolare, il Cap. II, Sez. 2, par. 1.5 della Circolare n. 139/1991) e confermato dalla giurisprudenza (tra le tante, cfr. Cass., 1° aprile 2009, n. 7958), rende quanto meno dubbia la correttezza dell'iscrizione. Questa è stata tuttavia, medio tempore, cancellata determinando così, su questo capo della domanda, la conseguente cessazione della materia del contendere*”.

⁶³ Cfr. peraltro, la Decisione N. 722 del 12 luglio 2010 Pag. 5/6 successiva estensione avvenuta con l’aggiornamento del 4 marzo 2010 della Circolare 139/91 della Banca d’Italia.

⁶⁴ Così in Collegio di Napoli, Decisione N. 722 del 12 luglio 2010.

vige invece l'obbligo di preavviso⁶⁵. Infatti le due tipologie di informativa sono diverse. Da un lato, nel caso delle segnalazioni alla Centrale siamo di fronte ad un obbligo di segnalazione entro il termine di giorni 3 dal rilievo della sofferenza⁶⁶. Viceversa tale obbligo non sussiste riguardo alle centrali rischi private.

Diverse decisioni riguardano poi la presunta efficacia novativa di tutta una serie di pattuizioni di riscadenzamento del debito, diretta a dare sostanza alle pretese attoree di risarcimento danni per non avere eliminato tempestivamente la segnalazione a sofferenza. In realtà la maggior parte di queste pattuizioni, stante la mancanza di una chiara indicazione in tal senso, non hanno efficacia novativa, per cui le segnalazioni 'a sofferenza' rimangono in Centrale fino all'integrale pagamento del debito e la mancata esecuzione delle nuove pattuizioni è sicuramente sintomatica di quell'incapacità di adempiere richiesta dalla normativa per la segnalazione⁶⁷. Viceversa, mano a mano che il

⁶⁵ Così il Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, adottato con Provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004, Gazzetta Ufficiale 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in Gazzetta Ufficiale 9 marzo 2005, n. 56, prevede che "7. *Al verificarsi di ritardi nei pagamenti, il partecipante, anche unitamente all'invio di solleciti o di altre comunicazioni, avverte l'interessato circa l'imminente registrazione dei dati in uno o più sistemi di informazioni creditizie. I dati relativi al primo ritardo di cui al comma 6 possono essere resi accessibili ai partecipanti solo decorsi almeno quindici giorni dalla spedizione del preavviso all'interessato.*"

⁶⁶ Le Istruzioni di Vigilanza precisano infatti che "Gli intermediari partecipanti sono tenuti a comunicare alla Centrale dei rischi i cambiamenti qualitativi intervenuti nella situazione debitoria della propria clientela nel momento in cui si verifica tale mutamento. Le informazioni devono essere fornite utilizzando l'apposito messaggio da trasmettere entro i tre giorni lavorativi successivi a quello in cui è stato accertato il nuovo status. La Centrale dei rischi acquisisce le informazioni e prontamente le trasmette agli altri intermediari interessati". Cfr. Capitolo III, sezione IV, paragrafo 2 delle Istruzioni di Vigilanza relative alla Centrale dei Rischi, Op cit.

⁶⁷ Così in Collegio di Napoli, Decisione N. 722 del 12 luglio 2010. Nella decisione si rileva che "come i termini dell'accordo transattivo intercorso tra le parti - secondo quanto univocamente emerge dalla nota dell'intermediario del 28.1.2009 - escludano una volontà novativa del resistente, con conseguente invocabilità, da parte sua, dei termini originari del rapporto in caso di mancata esecuzione tempestiva della propria prestazione da parte del cliente e (e v., al riguardo, Cass. 16 novembre 2006 n. 24377)... Mancata esecuzione che, ben potendo essere considerata come sintomatica di quella incapacità di adempiere da ritenersi già in precedenza manifestata, vale a legittimare l'avvenuta segnalazione in Centrale Rischi".

debitore e i coobbligati pagano il debito, deve essere proporzionalmente ridotto il controvalore della segnalazione. Quanto alle segnalazioni stesse il cliente ha diritto a domandare la rettifica di informazioni errate che lo riguardano, mentre non sono ammesse le richieste di cancellazione con efficacia retroattiva le segnalazioni “a sofferenza” se non nel solo caso di segnalazione erronea⁶⁸.

In un caso riguardante le segnalazioni alle centrali private, l'Arbitro si è espresso chiarendo la propria competenza nelle ipotesi di segnalazioni alle centrali private anche laddove le contestazioni riguardano la disciplina del trattamento dei dati personali assoggettata anche alla tutela presso il Garante della privacy o l'Autorità giudiziaria. Al riguardo l'art. 145 del d.lg. 196/2003, Codice per la protezione dei dati personali, non dispone difatti una competenza esclusiva del Garante per la protezione dei dati personali o dell'autorità giudiziaria per l'esercizio dei diritti di cui all'art. 7 del medesimo d.lg. n. 196/2003, limitandosi a prevedere che detto diritti “*possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante*”. Viceversa l'art. 2, comma 6, della delibera CICR, 29 luglio 2008, n. 275, e il § 4 delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, emanate dalla Banca d'Italia, si limitano infatti ad escludere la competenza dell'ABF per le sole controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria o rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente il tentativo di conciliazione. Infine, sempre in materia di centrali private l'Arbitro ha chiarito che sussiste obbligo di informare la clientela per iscritto anche nel caso di trasmissione di informazioni pregiudizievoli riguardanti persone giuridiche: l'onere discende sopra a tutto dall'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto⁶⁹.

⁶⁸ Così in Collegio di Napoli, Decisione N. 1475 del 19 marzo 2013, che cita la Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 e successivi aggiornamenti – Cap. II, Sez. II, § 1.5 “*Sofferenze*”: “[...] *Il pagamento del debito e/o la cessazione dello stato di insolvenza o della situazione ad esso equiparabile non comportano la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza relative alle rilevazioni pregresse*”. Così anche nella Decisione N. 2487 del 06 maggio 2013.

⁶⁹ Così in un caso in cui l'intermediario chiedeva il rigetto delle pretese del cliente, rilevando che l'art. 4.7 del Codice di deontologia e buona condotta e l'art. 125 comma 3 del d.lgs. 141/2010 non prevedono l'obbligo di invio di tale comunicazione con raccomandata a.r., così come si deduce anche dai provvedimenti del Garante e che,

16. Conclusioni

Come discusso e argomentato sopra, la Centrale rappresenta un'esperienza di fondamentale importanza, visti gli ottimi risultati ottenuti dalla stessa in termini di rimozione del problema di *collective action* sopra descritto, in quanto essa consente sia alla Autorità di Vigilanza che ai partecipanti al mercato, un accesso ai dati sulle esposizioni creditizie importanti per entrambi i soggetti, sia pure per fini diversi. All'esperienza della Centrale si sarebbe dovuto fare diretto ed immediato riferimento anche nel dibattito relativo ai derivati OTC dove si sono posti problemi simili a quelli risolti a suo tempo mediante l'istituzione della Centrale. Infatti, anche nel campo dei derivati, negli USA, è stata proprio la mancanza di un soggetto aggregatore di tutte le informazioni relative alle esposizioni in derivati e altre forme di credito, la causa prima della mancata tempestiva identificazione di situazioni di accumulo di rischio sistemico come quella che ha scatenato la crisi tuttora in corso.

La necessità di istituire dei database di dettaglio sulle esposizioni (anche internazionali) dei grandi *players* si era già mostrata in tutta la sua evidenza nel 1998. Si pensi, ad esempio, alle esposizioni raggiunte da LTCM nella fase più acuta della sua attività. LTCM era stato in grado di ottenere finanziamenti continui a tassi irrisori, se non a tasso zero, proprio perché le banche non sapevano quello che i *competitors* stessero facendo. In breve, gli istituti di credito si trovarono ad avere tutti finanziato uno stesso *hedge fund* per decine di miliardi di dollari consentendo al fondo di raggiungere livelli di leva finanziaria incom-

anche se, ai sensi degli artt. 1334 e 1335 c.c., il preavviso di segnalazione è considerato un atto unilaterale recettizio, in caso di contestazione l'unico onere dell'intermediario è quello di provare l'avvenuta spedizione della comunicazione, l'Arbitro ha affermato che è da respingere l'eccezione relativa "alla inapplicabilità dell'obbligo di preavviso alle persone giuridiche, formulata alla luce delle modifiche apportate al d.lg. n. 196/2003 dall'art. 40, comma 2, del d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011 (cfr. anche Decisione N. 195 del 11 gennaio 2013 Pag. 5/7). E' ciò sia *ratione temporis* ... sia perché non si può comunque ritenere che la modifica del codice in materia di protezione dei dati personali possa fare venire meno un principio di obbligatorietà – peraltro di agevole osservanza – dell'informazione di qualunque soggetto, prima dell'effettuazione di una segnalazione in una banca dati di cattivi pagatori. Si tratta di un principio che, tra l'altro, trova espressione, al di fuori della disciplina specifica della tutela dei dati personali, nell'art. 125, comma 3, t.u.b., sia pure con riferimento ai consumatori".

prensibili. Anche le esposizioni in derivati su mutui *sub prime* avrebbero potuto essere più immediatamente identificate se negli USA si fosse avuto a disposizione uno strumento come quello della Centrale. La crisi finanziaria, infatti, ha messo in evidenza l'esigenza delle Autorità di Vigilanza di disporre di dati aggiornati e dettagliati riguardo alle esposizioni in derivati di un dato soggetto; si sono pertanto creati, mediante il *Dodd Frank Act*, i c.d. *Trade Repositories*, ossia dei sistemi di stoccaggio che in Europa sono stati importati con il regolamento EMIR (i c.d. Repertori di dati), con la precipua funzione di raccogliere e di mantenere a disposizione delle Autorità di Vigilanza dati accurati sulle esposizioni in derivati aperte tra i vari operatori⁷⁰.

È chiaro che le problematiche che determinarono la nascita della Centrale sono molto diverse da quelle cui si è cercato di dare risposta con l'adozione del *Dodd Frank Act* oltre oceano, ed in Europa con il Regolamento EMIR, che non solo disciplinano la nascita dei c.d. *Trade Repositories*, ma obbligano anche ad effettuare il *clearing* dei derivati ex OTC presso le CCP. Con EMIR e con *Dodd Frank* si sono anche dettate molteplici regole operative e di governance applicabili alle controparti centrali, che in Europa potranno ora godere del mutuo riconoscimento, e si sono dettate regole di funzionamento per i mercati dei derivati c.d. *organized trading facilities* 'OTF' in EMIR (*swap execution facilities* in *Dodd Frank*), nei quali si dovranno svolgere per obbligo di legge le negoziazioni di questi strumenti finanziari. Si eccepisce qui ai legislatori, tra le righe, il mancato confronto con le esperienze già ampiamente disponibili e rodiate, relative a database per il monito-

⁷⁰ Si semplifica qui enormemente il contenuto del regolamento EMIR, che viene ridotto ai suoi contenuti essenziali. Sia consentito il riferimento a: SCALCIONE, *La nuova disciplina dei derivati OTC - un prodotto di importazione*, in SANTORO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, 2012, Milano, 407 – 485; SCALCIONE, *La proposta di riforma della disciplina dei derivati OTC negli USA*, in *Dir. Banc.*, 2010, I; SCALCIONE, *The Derivatives Revolution, a trapped innovation and a blueprint for regulatory reform*, 2011. Si veda anche ROMANO, *La riforma dei derivati OTC negli USA: dalle regole di Common law al Dodd Frank Act*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I; SASSO, *L'impatto della nuova riforma finanziaria sul mercato dei derivati OTC*, saggio disponibile on line al seguente link: http://www.orizzontideldiritto.commerciale.it/media/12308/sasso_l_20.03.2012.pdf; Zaghini, *L'obbligo di compensazione dei derivati OTC nel Regolamento EMIR*, in *Dir. Bancario*, rivista on line, disponibile al seguente link: http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/zaghini_g_lobbbligo_di_compensazione_dei_derivati_otc_nel_regolamento_emir_il_discussion_paper_dellesma_2013.pdf

raggio dei rischi sistemici come quello della Centrale ed alle centrali interbancarie estere, che avrebbe potuto rappresentare un modello a cui ispirarsi anche a livello internazionale. Viceversa prevale ormai sistematicamente un approccio d'emergenza (*patchwork approach*), per cui se si evidenzia la necessità di raccogliere nuove informazioni, si crea un obbligo di *reporting ad hoc*, un database a sé stante, e magari si crea persino un soggetto deputato alla raccolta di queste informazioni, come è avvenuto per i *Trade Repositories*. Eppure esisteva già un sistema di *transaction reporting* in Europa, funzionante e ben rodato: ma si è preferito, in ossequio agli impegni presi nel G20 creare un soggetto nuovo, un reporting nuovo, alimentando un nuovo database.

In altri scritti si è avuto modo di criticare questo approccio che fa lievitare i costi di *compliance* per gli intermediari, senza peraltro consentire ai *regulator* di avere immediati benefici in termini di raccolta di informazioni che siano per loro immediatamente accessibili e significative. Anche il proliferare di soggetti a cui si debbono trasmettere dati ed informazioni, come nel caso dei *Trade Repositories*, contribuisce ad aumentare i costi di *compliance* mentre le informazioni non vengono conferite ai *regulators* direttamente: infatti questi dovranno farsi inviare le informazioni che dovessero servire da questi soggetti intermediari informativi con le connesse inefficienze ed i ritardi del caso.

Come anticipato anche il Regolamento EMIR (come Dodd Frank) per il *transaction reporting* dei derivati OTC istituisce dei soggetti *ad hoc*, i *Trade Repositories*, intermediari informativi che devono essere autorizzati e sono vigilati dalla stessa ESMA, a cui devono essere inviate le informazioni sulle operazioni in derivati: sul sistema bancario e finanziario e alla fine sui risparmiatori/investitori ricadono i costi di un *design* disattento delle riforme. È da precisare che l'aumento dei costi di *compliance* poi non è solo responsabilità del legislatore. Anche il sistema bancario e finanziario diviene poi in parte co-responsabile dell'aumento dei costi di *compliance*, infatti, così come sono diversi (e si moltiplicano) gli obblighi di *reporting*, anche le banche e gli intermediari finanziari tendono coerentemente a sviluppare ed in effetti sviluppano un separato sistema di *compliance* per il *transaction reporting* ex EMIR, indipendente da quello ex MIFID, con tutte le conseguenze (prevedibili) del caso.

Tutto sommato comunque, tornando al tema principale, corre precisare che nonostante le molte affinità tra la funzione svolta dalla Cen-

trale e quella attribuita ai *Trade Repertories*, in realtà, il sistema della Centrale presenta anche significative differenze rispetto al meccanismo di funzionamento dei *Trade Repositories*. In primo luogo, i soggetti privati non hanno il diritto di consultare il database dei repertori di dati, essendo riconosciuta tale possibilità alla sola Autorità di Vigilanza; il sistema della Centrale, invece, è a disposizione delle Autorità di Vigilanza, ma anche delle banche che lo utilizzano per verificare se un soggetto è affidabile o meno. In secondo luogo, il sistema dei *Trade Repositories* è gestito da soggetti privati che operano in regime di concorrenza, mentre il sistema della Centrale, come discusso, è gestito dalla stessa Autorità di Vigilanza. Il che semplifica e rende più immediato l'utilizzo dei dati in essi contenuti da parte delle Autorità a fini di vigilanza, le quali, invece, nel caso dei *Trade Repositories*, dovranno chiedere la trasmissione dei dati di volta in volta.

Il sistema dei *Trade Repositories*, operanti in base ad una *registration* e sottoposti a vigilanza ESMA, ma in regime di libero mercato ed in concorrenza tra loro, rende quindi più complessa, onerosa e meno immediata l'attività di vigilanza rispetto al meccanismo della Centrale che è gestita direttamente dalla stessa Autorità responsabile della vigilanza sugli intermediari. Si è preferito in questo caso, anche a causa degli impegni presi nel G20⁷¹, replicare anche nell'UE la struttura di vigilanza sui dati di negoziazione, adottata negli USA con il *Dodd Frank Act*. Anche nell'UE, stante la presenza, come in America, di una pluralità di autorità competenti a vario titolo in materia di vigilanza bancaria e finanziaria e considerato anche il ruolo incipiente dell'ESMA, si è scelto di riprodurre il sistema uscito dalla riforma USA, in materia di riforma dei derivati OTC, nonostante si avessero nell'UE esperienze già consolidate in materia di raccolta e stoccaggio di dati sul *transaction reporting*.

Tornando alla Centrale, è del tutto evidente l'importanza vitale di questi database di posizioni di rischio in ottica di controllo del rischio sistemico, sia, quindi, di database simili alla Centrale dei Rischi, sia di questi nascenti *Trade Repositories*. Queste banche dati sono essenziali per il monitoraggio del corretto funzionamento del sistema finanziario,

⁷¹ Si vedano gli impegni presi il 26 settembre 2009 nel corso del G20 di Pittsburgh, laddove i "G20 Leaders agreed that all standardised OTC derivative contracts should be cleared through central counterparties (CCP) by end-2012 at the latest and that OTC derivative contracts should be reported to trade repositories".

nei suoi snodi fondamentali di cessione di rischi. Si è detto poi anche della crescente importanza in Italia e nell'UE delle norme sulla privacy e di come lo sviluppo stesso di questi fondamentali database debba coordinarsi con i diritti del titolare dei dati personali. *De iure condendo*, pare a chi scrive, che si debba tenere in debita considerazione funzione e natura dei differenti database. Nel caso della Centrale e dei *Trade Repositories*, pare prevalente la funzione pubblicistica di database per la gestione e monitoraggio di rischi con funzione anche di protezione sistemica. Nel caso invece dei S.I.C. privati, parrebbe forse prevalere, la natura privatistica degli stessi, in quanto questi esercitano funzioni di database privato, le cui informazioni forniscono dettagli utili per l'attività di erogazione dei prestiti e concessione di fidi, ma il cui funzionamento non è di vitale importanza per la gestione del rischio sistemico. Nel caso della Centrale deve essere tenuta in debita considerazione la natura pubblicistica degli interessi in gioco e l'estrema rilevanza degli stessi⁷². Tra il diritto alla privacy dei soggetti cui le informazioni si riferiscono ed il contenimento del rischio sistemico, non vi è dubbio che le misure tese alla riduzione di quest'ultimo siano sicuramente destinate a prevalere sul diritto alla riservatezza dei singoli. Viceversa lo stesso non può dirsi per quanto riguarda i S.I.C. privati, i quali non sono indispensabili per la gestione del rischio sistemico, anche se svolgono al riguardo una funzione utile, contribuendo ad una più efficiente allocazione del credito a soggetti meritevoli.

Non vi è dubbio, quindi, che un sistema di rilevazione dei rischi di matrice pubblicistica sia necessario. Lo stesso poi non può essere normato come i S.I.C. di impostazione privatistica, ma deve essere disciplinato da una normazione speciale di settore in deroga rispetto alle disposizioni del Codice. Ciò anche a prescindere dall'identità del gestore che potrebbe essere pubblico o privato. Certo si è consapevoli del fatto che la posizione qui espressa potrebbe essere criticata da chi facendo leva sulla molteplicità degli interessi toccati dal funzionamento della Centrale, volesse argomentare nel senso di una progressiva convergenza della disciplina della Centrale nell'alveo della disciplina del Codice della Privacy. Se è pur vero che l'interesse al riserbo ed alla confidenzialità delle informazioni personali è un valore irrinunciabile

⁷² Si pensi proprio a come significative carenze nel sistema di vigilanza del rischio di credito negli USA siano state alla radice della crisi finanziaria corrente.

dell'Ordinamento, occorre tracciare una linea di demarcazione netta, tra le informazioni raccolte a fini di vigilanza per salvaguardare l'integrità del sistema bancario dalle altre informazioni, raccolte per agevolare la concessione più consapevole di piccoli crediti a soggetti privati. Sulle seconde di sicuro pare possibile dare rilevanza agli aspetti della privacy delle informazioni personali, mentre rispetto alle informazioni a rilevanza sistemica, individualismi non dovrebbero prevalere sull'interesse della collettività. Ciò appare ancor più evidente alla luce delle conseguenze disastrose che le crisi sistemiche hanno sull'economia di interi paesi e di tutti noi, ed alla luce anche delle ripercussioni internazionali delle stesse: per cui mi pare necessario che si potenzi e che si lasci la massima autonomia al sistema di rilevamento dati della centrale, uno dei cardini su cui si fonda la gestione del rischio di credito, un rischio potenzialmente con implicazioni sistemiche.

Dal punto di vista, invece, dell'efficiente allocazione dell'onere di gestione di questo/i database, ormai in più scritti, si è argomentato a favore della riduzione del numero di questi database organizzati a fini di vigilanza e contro il proliferare di soggetti gestori oltre che degli obblighi informativi verso tali soggetti. Per cui anche in questo settore sarebbe auspicabile che si riducesse il numero dei soggetti operanti nel settore, questo perché il valore dell'informativa acquisita su un cliente cresce con l'aumentare della facilità con la quale le informazioni sono rese accessibili oltre che in funzione della concentrazione delle stesse in un'unica banca dati. Viceversa, il dover interrogare diverse banche per estrarre dati, che poi dovranno essere aggregati, complica la fase di ricerca d'informazioni strumentale rispetto alla concessione del credito e diminuisce il valore dell'informativa frammentata nei vari database interrogati.

Si è detto dell'importanza per il soggetto che fa ricorso al credito di monitorare in continua le risultanze della Centrale, in quanto le stesse costituiscono un fondamentale biglietto di presentazione nei confronti dei soggetti che erogano il credito stesso. Anche questo monitoraggio costante delle banche dati nelle quali sono presenti informazioni relative al debitore rischia di diventare un'attività impossibile se si devono analizzare e monitorare troppe banche dati, eterogenee per natura e funzioni. La soluzione in questo caso potrebbe essere o una progressiva concentrazione delle banche dati stesse, oppure, in alternativa, l'elaborazione di un sistema che consenta con un'unica

richiesta di visionare tutte le banche dati che contengano dati che si riferiscono al soggetto richiedente. In una parola, di forzare le banche dati ad adottare standard comuni e sistemi capaci di dialogare gli uni con gli altri e che siano interoperabili.

Se la concentrazione dei database risulta sicuramente un esito auspicabile dell'evoluzione del mercato dei database, considerata la fondamentale importanza della Centrale nel panorama nazionale, anche alla luce della funzione di strumento per la gestione del rischio sistemico, si potrebbero apportare alla Centrale alcune migliorie di carattere tecnico che potrebbero ulteriormente accrescere la fruibilità, l'utilità e la significatività delle informazioni acquisite e rese disponibili dalla banca dati. Ad esempio, sarebbe quanto meno auspicabile che le informazioni raccolte fossero aggiornate in tempo reale, ossia che gli intermediari fossero obbligati a trasmettere un aggiornamento giornaliero di dati, limitato alle variazioni di affidi operate, mentre a fine mese si potrebbe mantenere l'obbligo di trasmettere l'intera anagrafica. Si eviterebbe in tal modo che le decisioni sulla concessione di credito siano rilasciate su dati che non sono aggiornatissimi essendo la banca dati in congenito ritardo temporale (da 40 a 70 giorni).

Infine, come discusso, gli intermediari possono interrogare il sistema solo per gli ultimi 24 o 36 mesi massimi. Non si vede tuttavia l'ostacolo a consentire agli intermediari di interrogare il sistema per estrarre anche informazioni più datate che possano essere utili alla valutazione del comportamento tenuto in passato dal debitore. Anche in questo caso pare che la Centrale si sia adeguata alle analoghe disposizioni previste dal Garante della Privacy nel codice deontologico per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo⁷⁵, affidabilità e puntualità nei pagamenti, il quale prevede che

⁷⁵ Al riguardo, l'art.6 del Codice in materia di protezione dei dati personali sub. A.5. Codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di crediti al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti (Provvedimento del Garante n. 8 del 16 novembre 2004, G.U. 23 dicembre 2004, n. 300, come modificato dall'errata corrige pubblicata in G.U. 9 marzo 2005, n. 56), dispone che "2. *Le informazioni creditizie di tipo negativo relative a ritardi nei pagamenti, successivamente regolarizzati, possono essere conservate in un sistema di informazioni creditizie fino a: a) dodici mesi dalla data di registrazione dei dati relativi alla regolarizzazione di ritardi non superiori a due rate o mesi; b) ventiquattro mesi dalla data di registrazione dei dati relativi alla regolarizzazione di ritardi superiori a due rate o mesi ... Decorsi i periodi di cui al comma 2, i dati sono eliminati dal sistema di informazioni creditizie se nel corso dei medesimi intervalli di tempo non sono registrati dati*

le informazioni creditizie di tipo negativo possano restare registrate nei database fino ad un massimo di 36 mesi. È pur vero che nel caso d'informazioni di tipo storico e non relative a esposizioni creditizie correntemente esistenti si attenua quella *ratio* di matrice pubblicistica che giustifica il prelievo dei dati e l'istituzione di un sistema di rilevazione. Se da un lato si cerca, infatti, di contemperare le esigenze di tutela del creditore che ha diritto di avere maggiori informazioni su chi a lui si rivolge per ottenere credito, con quelle del debitore che vorrebbe vedere cancellata la propria pregressa e non favorevole storia creditoria, nel caso della Centrale, si ha a che fare con affidamenti rilevanti fonte anche di rischi sistemici, rispetto ai quali, le esigenze di tutela dei singoli consumatori o professionisti che siano, dovrebbero cedere il passo a quelle della collettività.

Inoltre, sempre sotto il profilo della riduzione del rischio sistemico, sarebbe anche utile che la Centrale raccogliesse informazioni anche sugli affidamenti sotto il limite dei 30.000 Euro consolidando in un unico database, la raccolta e il punto di accesso per le interrogazioni relative a tutte le esposizioni creditizie rilevanti in essere nel Paese. Il limite di Euro 30.000 infatti potrebbe risultare troppo alto e si potrebbe prestare ad essere aggirato mediante l'erogazione di finanziamenti in serie, tutti sotto soglia, ad una molteplicità di società veicolo. In alternativa, si potrebbe semplicemente abbassare la soglia di rilevanza delle informazioni raccolte⁷⁴, oppure i database potrebbero essere resi interoperabili, in modo tale che l'interrogazione su uno di questi, contenesse anche le risultanze dell'altro sistema. Questo sia nell'ottica di semplificare l'accesso alle informazioni finanziarie, ma soprattutto, nel tentativo di evitare che stando sotto la soglia di rilevanza, si possano accumulare

relativi ad ulteriori ritardi o inadempimenti. ... Le informazioni creditizie di tipo negativo relative a inadempimenti non successivamente regolarizzati possono essere conservate nel sistema di informazioni creditizie non oltre trentasei mesi ...".

⁷⁴ Al riguardo si osserva che nei vari paesi dove esistono i c.d. *National Central Credit Registers (CCRs)*, le soglie di rilevanza sono variabili ed in diversi paesi, risultano essere più basse di quanto non siano in Italia. Ad esempio in Spagna la soglia prevista è pari a Euro 6.000, in Francia e Belgio è pari a Euro 25.000, mentre in Germania è pari a Euro 1,5 milioni. Cfr. ECB, *Multilateral Memorandum Of Understanding On The Exchange Of Information Among National Central Credit Registers For The Purpose Of Passing It On To Reporting Institution*, Aprile 2010, disponibile al seguente link: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/memoxinccreditregisters201004en.pdf>

sacche di rischio di credito non direttamente monitorate o visibili dalla Vigilanza.

Infine, in fatto di tutela cautelare, si osserva che si deve concordare con l'orientamento emergente dall'ordinanza del tribunale di Verona, con la quale si afferma l'inammissibilità dell'utilizzo della tutela cautelare atipica ex art. 700 c.p.c. stante l'esistenza della tutela cautelare specifica ex art. 10 del d.lgs. 150/2011, per le violazioni che abbiano a oggetto dati personali soggetti all'applicazione della D.lgs. n. 196/03. Tuttavia questa *vis attractiva*, esercitata dalla legislazione emanata a tutela dei dati personali ed a protezione delle situazioni giuridiche soggettive che si assumano lese in ambito di database, di accesso e trattamento dei dati personali segnalati e raccolti, non deve però essere spinta oltre. Difatti non deve essere dimenticato che i dati contenuti nella Centrale sono utilizzati per contenere il rischio di credito, la cui cattiva gestione è fonte diretta di rischio sistemico: le esigenze di tutela dei diritti dei privati, in tali ipotesi, devono cedere il passo rispetto all'interesse superiore alla stabilità che consegue alla corretta gestione del rischio di credito nel sistema bancario e finanziario. Ma le banche e gli intermediari che alimentano il database debbono osservare, nell'inserimento dei dati e nelle valutazioni sulla possibile 'apostazione' a sofferenza, la massima attenzione e diligenza, per non divenire esse stesse causa di danni gravi e irreparabili oltre che risarcibili per i clienti segnalati.

**VARIAZIONI SU CONNESSIONI TRA IMPRESE
CONCORRENTI: SULLA NECESSITÀ DI UN'ANALISI
EMPIRICA *EX ANTE* ED *EX POST* ORIENTATA A FAR
VALUTARE SE PREDISPORRE O MIGLIORARE LA
REGOLAZIONE (*)**

Leonardo Marroni

Dottore di ricerca in Diritto ed Economia presso l'Università di Siena

Il presente contributo affronta il tema degli intrecci su base azionaria e personale tra rivali e dei meccanismi di controllo e regolazione di questi fenomeni. L'attenzione è rivolta ad analizzare l'ambiguità degli effetti di tali interessenze e l'efficacia degli strumenti disponibili nel diritto della concorrenza per eliminare i legami anticompetitivi in prospettiva comparata. Il lavoro approfondisce altresì alcuni profili critici sottesi all'art. 36 del d.l. n. 201/2011 (conv. in l. n. 214/2011).

The present paper deals with the issues on the share and personal links between rivals and on the control and regulation mechanisms of these phenomena. Attention is drawn to the ambiguity of effects of these connections and to the effectiveness of tools available in competition law to eliminate anticompetitive relationships in a comparative perspective. The article enhances some critical profiles of Section 36 of Law Decree n. 201/2011 (ratified with amendments by Law n. 214/2011).

Sommario

1. Premessa: i legami azionari e personali tra efficienze, distorsioni della concorrenza e problematiche endosocietarie
2. Il controllo preventivo e completo degli intrecci tra imprese negli Stati Uniti: brevi note di diritto comparato
3. L'approccio comunitario ai legami tra *competitors* e la sua compatibilità con l'ambivalenza del fenomeno

* Il presente contributo è frutto di una rielaborazione di una parte della mia tesi di dottorato di ricerca in Diritto ed Economia discussa nel luglio 2012 presso la Facoltà di Economia "R. M. Goodwin" dell'Università degli Studi di Siena. Le riflessioni condotte in queste pagine sono aggiornate a gennaio 2013.

- 3.1. (Segue) Lo scrutinio nel corso della valutazione delle concentrazioni: verso un *revirement* sulla rilevanza *antitrust* dell'acquisizione di partecipazioni di minoranza?
4. Le molteplici anomalie del quadro normativo italiano anteriore e successivo all'art. 36: tra l'eccessivo ricorso alle misure correttive e la necessità di migliorare le disposizioni esistenti per i settori c.d. esclusi
5. Il divieto di *interlocking directorates* in Italia: evoluzioni e problemi
- 5.1. (Segue) I tentativi (non riusciti) di sanare i difetti di una norma *ab origine* imperfetta
6. Riflessioni conclusive

1. Premessa: i legami azionari e personali tra efficienze, distorsioni della concorrenza e problematiche endosocietarie

L'introduzione di una regolazione pro-concorrenziale trova ragion d'essere nella necessità di porre fine alla produzione di effetti palesemente restrittivi e privi di ogni virtù positiva in termini di efficienza economica¹. Qualora non siano ben delineati gli effetti negativi correlati ad un determinato assetto di mercato o al contegno degli attori economici, la declinazione di un'opzione regolatoria diviene compito difficile e controverso per il *policy maker*. Questa seconda asserzione appare calzante con il tema che ci accingiamo ad affrontare, giacchè non sono di immediata evidenza gli effetti anticompetitivi relativi alle connessioni (personali ed azionarie) tra imprese concorrenti che sembrano, invece, caratterizzarsi per una certa ambiguità².

¹ Cfr. MANGINI - OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2012, 11.

² Tale circostanza trova conferma negli approfondimenti sul tema oggetto di indagine in cui da sempre molto forte è la contrapposizione tra lecità e illiceità dei legami considerati. A tal fine si segnala la nota concezione che dell'*interlocking directorates* aveva Brandeis consigliere *antitrust* del Presidente Wilson: «*The practise of interlocking directorates is the root of many evils. It offends laws human and divine. Applied to rival corporations, it tends to the suppression of competition, and to violation of the Sherman law. Applied to corporations which deal with each other it tends to disloyalty and to violation of the fundamental law that no man can serve two masters. In either event it tends to inefficiency; for it removes incentive and destroys soundness of judgement. It is undemocratic, for it rejects the platform: «A fair field and no favours, - substituting the pull of privilege for the push of manhood»*. BRANDEIS, *Other People's Money-And How the Bankers Use It*, Washington, 1933, 35. In contrapposizione, altre ricerche in tema di partecipazioni personali incrociate, hanno evidenziato le molteplici ragioni che spingono le imprese ad avvalersi di essi e gli effetti non necessariamente negativi dei legami sulla concorrenza. Cfr. MIZRUCHI, *What do interlocks do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, in *Annual Review of Sociology*, 1996, 22, 271. In ordine alle conseguenze anticompetitive degli incroci azionari si evidenzia una situazione analoga a quella descritta per le *cross-directorships*. Negli anni '80 Areeda e Turner affermavano: «*non controlling acquisition has not intrinsic treath to competition at all*». Cfr. AREEDA - TURNER, *Antitrust Law*, Boston, 1978, 1203d, 322. In opposizione a questo punto di vista, altra parte della letteratura odierna pone maggiore risalto sui profili anticoncorrenziali dell'acquisizione delle partecipazioni azionarie in concorrenti. Cfr. HAWK - HUSER, *Controlling the shifting sands: minority shareholdings under ECC Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 1993-94, 17, 294; STRUIJLAART, *Minority share acquisitions below the control threshold of the EC merger control regulation: an economic and legal analysis*, in *World competition*, 2002, 25, 2, 173; CARONNA, *Article 81 as a tool for controlling minority cross shareholdings*

La ricognizione della letteratura di diritto ed economia relativa a queste due tipologie di interessenze svela criticità a tre diversi livelli: un primo livello riguarda la contrapposizione tra efficienze per le imprese connesse ed i possibili rischi di alterazione della concorrenza, un secondo livello attiene alla sussistenza di effetti negativi per i soci delle imprese coinvolte, infine il terzo livello inerisce i meccanismi di controllo di questi fenomeni³.

In una prospettiva di efficiente gestione societaria le partecipazioni azionarie di minoranza (c.d. *minority shareholdings*) tra concorrenti potrebbero essere considerate un mero interesse finanziario nella *performance* di altri operatori in grado di diversificare il rischio d'impresa⁴. Del pari, la presenza incrociata degli stessi individui nei consigli di amministrazione delle imprese (c.d. *interlocking directorates*) potrebbe essere valutata come formula organizzativa di successo. Si pensi non solo alla riduzione dell'asimmetria informativa in un contesto di mercato verticale ed ai possibili vantaggi per le imprese e per i consumatori in termini di condizioni di prezzo più favorevoli per l'impresa *retail* o per il fruitore del bene o del servizio, ma anche al costante flusso informativo che il legame è in grado di assicurare all'interno dei gruppi di imprese⁵.

between competitors, in *European Law Review*, 2004, 29, 485; EZRACHI - GILO, *EC competition law and the regulation of passive investments among competitors*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 26, 327; BUCCIROSSI - SPAGNOLO, *Corporate governance and collusive behaviour*, in COLLINS (a cura di), *American Bar Association, Section of antitrust law, Issues in Competition Law and Policy*, Chicago, 2008, 1219; OECD POLICY ROUNDTABLE, *Minority shareholdings*, DAF/COMP30, Paris, 2008.

³ Cfr. GONZALEZ - DIAZ, *Minority shareholdings and interlocking directorships*, in *Antitrust Chronicle*, 1, January 2012, 1; IGNJATOVIC - RIDYARD, *Minority shareholdings, material effects?*, in *Antitrust Chronicle*, 1, January 2012, 1. Per una riflessione critica limitata alle connessioni personali si veda: GHEZZI, *La nuova disciplina dei legami personali in Italia*, in *Mercato conc. reg.*, 2012, 2, 208.

⁴ OFT, *Minority interest in competitors. A research report prepared by DotEcon Ltd*, London, 2010, 55.

⁵ Nella prima prospettiva la stessa Commissione Europea nelle linee guida sulle concentrazioni non-orizzontali del 2008 ha notato che: «*non horizontal mergers are generally less likely to significantly impede effective competition than horizontal mergers*», G.U.U.E. C265/07 del 18 ottobre 2008, par. 11. Nell'ottica dei profili positivi dei legami nei gruppi di imprese cfr. SANTAGATA, *Interlocking directorates ed «interessi degli amministratori» di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 2-3, 313; BUCCIROSSI - SPAGNOLO, cit., 1228. Con riferimento all'*interlocking directorates* e rimanendo ad un livello di analisi teorica dei mercati si può notare che la circolazione

In antitesi a tali risultanze e sul piano della deformazione del gioco competitivo⁶, si è soliti scomporre gli effetti sul mercato generati dalle partecipazioni azionarie attive, alle quali sono connessi taluni diritti (ad esempio di veto o di nomina di componenti del *board*) nell'impresa *target*, e quelli determinati dalle partecipazioni di minoranza meramente passive sprovviste della possibilità di influire sulle decisioni strategiche. In particolare, si evidenzia che l'impresa titolare di una partecipazione di minoranza attiva sarà in grado di influenzare la condotta dell'impresa *target* attraverso l'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione ed in questo modo essa potrà tenere costantemente sotto controllo le variazioni di prezzo o di *output* della società concorrente, e modulare le proprie tattiche di mercato sulla base di quelle dell'impresa rivale. Profili critici vengono individuati anche nella semplice partecipazione passiva: l'impresa detentrica potrebbe essere incentivata ad aumentare i propri prezzi⁷ al di sopra del costo marginale nella consapevolezza di poter compensare le perdite attraverso i maggiori profitti dell'impresa partecipata⁸.

delle informazioni costituisce uno degli elementi fondamentali del modello di concorrenza perfetta. In tale prospettiva, la cooperazione informativa tra le imprese apparirebbe addirittura come una pratica filoconcorrenziale e dunque efficiente.

⁶ GABRIELSEN - HJELMENG - SORGARD, *Rethinking minority share ownership and interlocking directorships: the scope for competition law intervention*, in *Europ. Law Rev.*, 2011, 840.

⁷ Nei casi in cui vi sia una concorrenza alla Cournot e le imprese possano scegliere le quantità da produrre ed i prodotti siano omogenei, la partecipazione passiva è poco profittevole, a causa del *free-riding* delle imprese che non hanno alcuna partecipazione azionaria. A titolo esemplificativo poniamo il caso dell'impresa A che detiene in via unilaterale una partecipazione azionaria nella concorrente B. A nel competere in modo poco aggressivo con B dovrebbe ridurre la quantità prodotta vedendo così crescere i profitti derivanti dalla partecipazione in B. B e gli altri operatori potrebbero approfittare della riduzione di *output* di A aumentando le quantità prodotte sino al punto in cui A inizierà a registrare perdite dalla partecipazione azionaria in B. Cfr. FLATH, *When is rational for firms to acquire silent interest in rivals?*, in *International Journal of industrial organization*, 1991, 9, 574. RIETMAN, *Partial ownership arrangements and the potential for collusion*, in *Journal of Industrial Economic*, 1994, 26, 313. Si veda anche OFT, cit., 40. Nella dottrina italiana cfr. CORRADI, *Le partecipazioni che non veicolano il controllo: riflessioni di economia e diritto antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, III, 2007, 363.

⁸ Si tratta dei c.d. effetti unilaterali. Cfr. FOROS - KIND - SHAFFER, *Mergers and partial ownership*, in *European Economic Review*, 2011, 55, 916; BUCCIROSSI - SPAGNOLO, cit., 1228; EZRACHI - GILO, cit., 330.

In punto di reticoli personali, la ricerca gius-economica considera l'*interlocking directorates* un canale privilegiato per lo scambio di informazioni sensibili⁹ e per monitorare le strategie imprenditoriali del diretto concorrente. Per tale via, le imprese (concorrenti orizzontali) avranno la possibilità di convenire patti (espliciti o taciti) di non belligeranza.

Se spostiamo la nostra analisi in una prospettiva endosocietaria, è possibile notare che le interessenze tra imprese si pongono all'interno di più articolate contrapposizioni tra soci o tra soci da una parte ed amministratori dall'altra. Entrambe le tipologie di intrecci (azionari e personali) tra concorrenti potrebbero tradursi in una lesione degli interessi della compagine sociale di una delle due imprese in termini sia di esercizio distorto del diritto di voto su determinate scelte strategiche, sia di abuso di esercizio di poteri da parte del *director* con cumuli di incarichi per attribuire indebite utilità ad una delle imprese nelle quali ricopre l'incarico, sia di scarsa contendibilità del controllo rendendo maggiori la coesione ed i benefici del gruppo di comando¹⁰.

La molteplicità e l'incertezza degli effetti (positivi o negativi) correlati al tema in esame trova una corrispondenza anche nella diversità di approccio regolatorio. Da un lato, per quanto concerne le problematiche interne alle società, la maggior parte degli ordinamenti¹¹ sono in grado di mitigare e risolvere la vulnerabilità dei *principals* di fronte all'opportunismo degli *agents* attraverso strategie regolatorie e di *governance*¹². Dall'altro lato, come avremo modo di osservare, la

⁹ GABRIELSEN - HJELMENG - SORGARD, cit., 845. Per un dibattito aggiornato sul tema dello scambio di informazioni tra imprese in prospettiva *antitrust* si veda BENNET - COLLINS, *The law and economics of information exchange: the good, the bad and the ugly*, in *European Competition Journal*, 2010, 6, 311.

¹⁰ Cfr. MIOLA, *Interlocking directorate e doveri degli amministratori*, in SANTAGATA (a cura di), *I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato*, Torino, 2011, 14 e ss.; DRAGO - MANESTRA - SANTELLA, *Interlocking directorships and cross-shareholdings among italian blue chips*, in *European Business Law Review*, 12, 2011, 621-622; SANTAGATA, cit., 311.

¹¹ Cfr. KRAAKMAN - DAVIES - HANSMANN - HERTING - HOPT - KANDA - ROCK - ENRIQUES, *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, Oxford, 2009, 29 e ss.; IDORNIGIE, *Interlocking directorates and corporate governance*, in *International Business Lawyer*, April 2004, 75 e ss.

¹² Come osservato nel diritto societario nazionale, per quanto concerne le partecipazioni societarie, si possono ravvisare norme che in via mediata sono in grado di costituire un complesso di vincoli o divieti idonei a dare trasparenza a (oppure anche ad ostacolare) comportamenti qualificabili come lesivi della concorrenza. Rientrano in

disciplina *antitrust* delle interessenze tra concorrenti, ove prevista, necessita di costanti modulazioni per calibrarne la traiettoria in ottica competitiva e quindi, in mancanza di tali interventi, non appare in grado di stemperare in modo definitivo i rischi di alterazione della concorrenza.

Non si può omettere di notare che in alcune ipotesi la disciplina di diritto societario si interseca con quella di diritto *antitrust* nel senso di intervenire sui legami *ex ante* sì da reprimere condotte anticompetitive¹⁵. È pur vero che l'obiettivo primario delle norme da ultimo richiamate non è quello di tutelare il mercato in senso pro-concorrenziale, ma di riequilibrare gli assetti di potere all'interno della compagine sociale e di preservare i soci da eventuali abusi della maggioranza azionaria o dei *managers*. L'assenza di conflitti tra la posizione degli azionisti e quella dei dirigenti o della maggioranza

tale ambito ad esempio gli articoli 120 e 121 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 che pongono obblighi di *disclosure* o limiti a carico di coloro che partecipano in un'emittente azioni quotate in misura pari o superiore alle soglie stabilite nelle norme. Con riferimento al fenomeno dei legami personali si può osservare che esso, pur non trovando limiti espliciti, deve confrontarsi con vincoli impliciti da ravvisare: nel principio di «*adeguatezza organizzativa*» (ex art. 2403 c. 1 c.c.) oppure sotto il profilo dell'indipendenza per gli amministratori cui è richiesto tale requisito o sotto il profilo dell'obbligo di *disclosure* di cui all'art. 2391 c.c. o infine sotto il profilo della responsabilità dell'amministratore per i danni che siano derivati alla società dall'utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico di cui all'art. 2391 c. 5 c.c.. Cfr. ROMANO, *La funzione della disclosure nella disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2, 2012, 247; FULVIO, *Il decreto Salva Italia e il nuovo divieto di "interlocking directorates"*, in *Banche e banc.*, 1, 2012, 115; CERA, *"Indipendenti", interlocking ed interessi tra modelli societari e realtà*, in CERA - BENAZZO - PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, 629; CORRADI, *Le opportunità di affari all'ultimo comma dell'art. 2391 c.c.: profili interpretativi tra "società" ed "impresa"*, in *Giur. Comm.*, 1, 2011, 597 e ss. MAVIGLIA, *La corporate governance e tutela della concorrenza*, in BEDOGNI - BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 572; SANTAGATA, cit., 336. Per uno sguardo ricognitivo sulle disposizioni di vigilanza in materia bancaria, finanziaria ed assicurativa e sugli statuti e la regolamentazione interna degli operatori si veda CERA, *Interlocking directorates nelle società bancarie, finanziarie e assicurative: evoluzioni e problemi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, I, 276 e ss.

¹⁵ È il caso della disciplina dei doveri degli amministratori che possono prestarsi a reprimere condotte anticoncorrenziali, qualora sia questo l'effetto di tali violazioni; oppure l'effetto indiretto che la disciplina delle operazioni con parti correlate può avere sulla concorrenzialità del mercato. Cfr. MIOLA, cit., 14; MAVIGLIA, cit., 573.

sarebbe da considerare motivo sufficiente per lasciar persistere i legami anticompetitivi¹⁴.

Se si restringe il campo di indagine al contesto nazionale è possibile notare che, a dispetto delle criticità evidenziate su entrambi i fronti dalle Autorità indipendenti¹⁵, la discussione recente ha avuto per oggetto i soli legami personali, giungendo ad unanimità di consensi sul fatto che non è possibile considerare l'*interlocking directorates* anticompetitivo *tout court*, ma che occorre la valutazione in concreto delle condizioni di mercato in cui le imprese operano, delle caratteristiche delle informazioni di cui viene in possesso il componente la *governance* e della tipologia di collegamento che sussiste tra le imprese interessate, e sulla base di ciò costruire il relativo modello regolatorio¹⁶.

¹⁴ Cfr. GHEZZI, cit., 212; GHEZZI, *Legami personali tra intermediari finanziari e diritto della concorrenza. Sull'opportunità di introdurre uno specifico divieto "anti-interlocking" nell'ordinamento italiano*, in *Riv. soc.*, 2010, 1019.

¹⁵ Ciò risulta nell'Indagine conoscitiva condotta dall'AGCM nel 2008 sulla *governance* di banche e di assicurazioni, mentre in sede di audizione in Commissione Finanze il presidente dell'AGCM poneva maggiori preoccupazioni sui conflitti di ruolo. Alcuni recenti studi empirici hanno posto l'accento sul coerente disegno di incroci azionari presente nelle società italiane cui viene attribuita la funzione di fare da base per la costruzione di *interlocking directorates*. Cfr. AGCM, *IC36 - La corporate governance di banche e di assicurazioni*, provv. n. 19386, 23 dicembre 2008, in *Boll. n. 49/2008*, 80; Audizione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Antonio Catricalà, Commissione Finanze, Camera dei Deputati, Tematiche relative all'applicazione della disciplina *antitrust* nel settore bancario, 7 maggio 2009; BARKER, *Corporate governance, Competition, and Political Parties*, Oxford, 2010; DRAGO - MANESTRA - SANTELLA, cit., 630. Peraltro, l'ultima "fotografia" degli assetti proprietari e dell'*interlocking* delle società quotate italiane è stata tracciata dalla Consob nel primo Rapporto 2012 sulla *corporate governance*. Da essa emerge un tessuto imprenditoriale con strutture piramidali in calo, ma sempre dominanti, patti di sindacato ben presidiati e assetti proprietari concentrati; sul fronte dei legami personali, nonostante l'entrata in vigore del divieto *anti-interlocking*, risulta ancora di gran lunga prevalente la quota dei componenti del consiglio di amministrazione con più di una carica su coloro che non hanno cumulo di incarichi. Cfr. CONSOB, *Rapporto 2012 sulla corporate governance delle società quotate italiane*, 1, dicembre 2012.

¹⁶ In tal senso si vedano GHEZZI, cit., 1031; FALCE, *Profili di rilievo concorrenziale del cumulo delle cariche. Cenni sui limiti di un modello *bonne a tout faire**, in SANTAGATA (a cura di), *I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato*, Torino, 2011, 166-167.

La recente scelta del legislatore nazionale contenuta nell'art. 36 del d.l. n. 201/2011¹⁷ sembra però aver accolto solo in parte le sollecitazioni degli studiosi. Nell'intento di eliminare i legami personali si è preferito introdurre una norma *anti-interlocking* di ampia portata. Se essa rappresenta un'importante innovazione per la *governance* degli intermediari finanziari con l'aspettativa di rendere il sistema finanziario nazionale meno "denso" di legami personali, esso, come vedremo, non è in grado di fugare ogni perplessità in termini di effettiva eliminazione delle connessioni anticompetitive.

Il presente contributo mira ad approfondire il dibattito sugli strumenti di controllo e regolazione degli intrecci tra imprese concorrenti cercando anche di focalizzare l'attenzione sul nuovo regime di incompatibilità di cui al citato art. 36. In particolare: in primo luogo saranno compiuti alcuni cenni alla disciplina statunitense in materia di legami personali cui la disciplina italiana si ispira ampliando l'indagine alla normativa sull'acquisizione di interessenze azionarie tra concorrenti; in secondo luogo si cercherà di ricostruire l'approccio europeo ai legami (azionari e personali) tra *competitors* ponendo lo sguardo all'*impasse*, in tema di acquisto di partecipazioni azionarie di minoranza in rivali, in cui si è trovata a (non) operare la Commissione Europea; in terzo luogo oggetto di analisi sarà la disciplina italiana anteriore all'entrata in vigore del divieto per cercare di cogliere le ragioni dell'intervento *ad hoc* contenuto nel c.d. decreto "Salva-Italia"; infine una riflessione sarà volta a comprendere se il recente divieto *anti-interlocking* sia da considerare o meno come un mero intervento "di facciata" non idoneo a dissolvere (in concreto) il rischio di una condotta coordinata tra le società concorrenti.

¹⁷ D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, in *G.U.* n. 284 del 6 dicembre 2011, rubricato «*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*», convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 201, recante «*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*», in *G.U.* n. 300 del 27 dicembre 2011- S.O. n. 276. Si segnala, altresì, che norma di analogo contenuto si trova nel c.d. «Decreto Cresci-Italia» con riguardo alla composizione degli organi delle fondazioni bancarie. Cfr. art. 27 *quater* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, in *G.U.* n. 19 del 24 gennaio 2012, rubricato «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*», convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, recante «*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*», in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012- S.O. n. 53/L.

2. Il controllo preventivo e completo degli intrecci tra imprese negli Stati Uniti: brevi note di diritto comparato

In generale, dalla disamina dell'impianto normativo statunitense emerge un modello di regolazione molto stringente che lascia poco spazio a dubbi interpretativi/applicativi per entrambe le tipologie di connessioni tra *competitors* sopra evidenziate.

Tuttavia un distinguo è necessario. La *Section 7* del *Clayton Act* è dedicata, oltre che alle concentrazioni, anche al vaglio delle acquisizioni di *minority shareholdings*: da un lato essa vieta ogni acquisto di partecipazioni in società concorrenti, e dall'altro sembra esentare dal divieto gli acquisti solamente a scopo di investimento¹⁸. Mette conto osservare che la soglia di “allarme” viene indicata nel punto 9 della lettera c) della *Section 7*, ove si escludono dal controllo preventivo le: «*acquisitions, solely for the purpose of investment, of voting securities, if, as a result of such acquisition, the securities acquired or held do not exceed 10 per centum of the outstanding voting securities of the issuer*».

Il mero dato letterale potrebbe portare a ritenere leciti gli acquisti di partecipazioni di minoranza che si collocano al di sotto del 10% o quelli che sono da configurare come un semplice investimento. Per vero, l'analisi delle acquisizioni “parziali” è legata alle valutazioni compiute dalle Autorità (*Federal Trade Commission* ed *Antitrust Division*) nel singolo caso concreto e quindi la soglia indicata finisce

¹⁸ In particolare: «*no person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital [...] of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or any activity affecting commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or the use of such stock by voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly. This section shall not apply to persons purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition*». Cfr. *Clayton Act* 1914 par. 7, 15 U.S.C. par. 18 (2013).

per non essere uno *standard* di (il)legalità. La giurisprudenza americana ha infatti concluso che la *solely for investment rule* non rende immuni dal controllo gli acquisti di partecipazioni di minoranza sotto la soglia del 10% e dunque se l'investimento ha un effetto anticoncorrenziale, allora la stessa non si applica¹⁹. A conferma di ciò all'interno delle *Horizontal Merger Guidelines*²⁰ del 2010 si è precisato che: «*the Agencies [...] review acquisitions of minority positions involving competing firms, even if such minority positions do not necessary or completely eliminate competition between the parties to the transaction*». In base ad una recente ricostruzione degli orientamenti delle Autorità *antitrust* statunitensi²¹ il controllo delle transazioni aventi ad oggetto le partecipazioni di minoranza in concorrenti risulta essere molto esteso riguardando l'acquisizione di partecipazioni azionarie che arrivano anche ad una quota inferiore al 7%. Inoltre, sotto il profilo degli interventi, le Autorità *antitrust* competenti, in via tendenziale, hanno ordinato sia misure di tipo ablatorio sia di tipo contenitivo consistenti: i) nel disinvestimento della partecipazione “anticompetitiva”; ii) nella conversione di una partecipazione con diritto di voto in una priva di tale diritto; iii) nell'implementazione di *firewall* da parte delle imprese interessate per far cessare il rischio di accesso ad informazioni sensibili.

Il quadro regolatorio americano in tema di connessioni tra imprese concorrenti si completa con la disciplina di cui alla *Section 8* del *Clayton Act* che prevede un divieto *per se* di *interlocking directorates* tra imprese concorrenti attive nello stesso settore di mercato. In termini sostanziali la severità della norma si traduce: i) nell'immediata applicazione del divieto a prescindere dall'analisi del caso concreto e prima che si verifichino effetti anticompetitivi²²; ii) nell'automatica

¹⁹ A fini di completezza espositiva si evidenzia che per molto tempo non sono stati chiari i criteri seguiti dalle due Autorità per autorizzare o vietare acquisizioni di partecipazioni che non veicolano il controllo. Cfr. CORRADI, cit., 432.

²⁰ Disponibili su: www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html in particolare si veda la *Section 13*.

²¹ Cfr. CUOMO - CHANGRONG - MALAISE, *Partial acquisitions: recent MOFCOM action suggests possible divergence with U.S. Standard*, in *Antitrust Chronicle*, 1, 2012, 3-4.

²² Cfr. WALLER, *Corporate governance and competition policy*, in *George Mason Law Rev.*, 2011, 18, 4, 857. Inoltre, la norma opera *ex ante* e segnatamente essa prevede che: «(a) (1) *No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporation (other than banks, banking associations, and trust companies)*

illiceità della condivisione di *directors* o *officers* nominati dal *board* tra imprese che siano concorrenti attuali, qualora vengano superate le soglie *de minimis* correlate alla percentuale dei ricavi²³.

È interessante osservare che in base alle più recenti analisi empiriche compiute sulla rete degli amministratori delle società americane con più elevata capitalizzazione di borsa la norma appare aver raggiunto i suoi due primari obiettivi: basso livello di collusione del *network* delle imprese²⁴ ed eliminazione dell'opportunità di condividere informazioni commercialmente sensibili tra concorrenti²⁵. Inoltre, l'efficacia della norma si è tradotta anche in un basso livello di

that are- (A) engaged in whole or in part in commerce; and (B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws; if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$ 10,000,000 (updated \$ 28,883,000) as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection». Cfr. Clayton Act 1914 par. 8, 15 U.S.C. par. 19 (2013); Notices, Federal Trade Commission, «Revised jurisdictional thresholds for Section 8 of the Clayton Act», Monday, January 14, 2013, 78 Fed. Reg. No. 9, 2675.

²³ La *Section 8* stabilisce che il divieto non opera laddove le «*competitive sales*», cioè il ricavo lordo per tutti i prodotti o servizi venduti in concorrenza con l'altra impresa coinvolta siano inferiori a un milione di dollari (soglia aggiornata a \$ 2,888,300 il 14 gennaio 2013), oppure al due per cento delle vendite complessive di ciascuna impresa; oppure ancora nell'ipotesi che la somma delle *competitive sales* delle due imprese sia inferiore al quattro per cento della somma delle loro vendite complessive. Cfr. Notices, Federal Trade Commission, «*Revised jurisdictional thresholds for Section 8 of the Clayton Act*», Monday, January 14, 2013, 78 Fed. Reg. No. 9, 2675; Antitrust Emendament Act of 1990, Pub. L. No. 101-588, 104 Stat. 2879 (1990); FARRINGTON, *Nuts and Bolts of Section 8. What can you do with your equity interest in a competitor?*, April 21, 2010, disponibile su: www.apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/spring-materials/2010/what_can_you_do.pdf; WILSON, *Unlocking interlocks: the on-again off again saga of Section 8 of the Clayton Act*, in *Antitrust Law Journal*, 1976, 45, 317.

²⁴ In particolare, tra le prime quaranta società per capitalizzazione di borsa, si è rilevato un basso il livello di densità che si attesta a 0,0564. Da tale parametro (dato dal rapporto tra numero delle connessioni all'interno del *network* e numero dei legami possibili) si è dedotto che il sistema statunitense non risulta essere caratterizzato da collusione. Cfr. DRAGO - POLO - SANTELLA - GAGLIARDI, *A comparison of the director networks of the main listed companies in France, Germany, Italy, The United Kingdom, and The United States*, 20 January 2008, disponibile su www.ssrn.com.

²⁵ Ciò peraltro corrisponde alla *ratio* della *Section 8* che, come puntualmente evidenziato nel caso *SCM Corp. v. Federal Trade Commission*, è quella di: «*[...] nip in the bud incipient violations of the antitrust laws by removing the opportunity or temptation to such violations through interlocking directorates [...]*». Cfr. 565 F.2d 807, 811 (2d Circ. 1977).

contenzioso: nella gran parte dei casi, il possibile ricorso in giudizio è stato evitato dalle volontarie dimissioni, *in the shadow of the law*, dei membri dei consigli direttivi che potevano generare legami personali idonei ad alterare gli incentivi delle imprese a competere²⁶.

Il rigore della norma è percepibile anche dal doppio schema di *enforcement* che ne determina il rispetto da parte delle imprese a prescindere dalle dimensioni²⁷. La *Federal Trade Commission* può avvalersi di un rimedio pro-competitivo il c.d. *cease and desist order* mediante il quale il giudice a fronte di (e facendo proprio) un accordo vincolante siglato tra le parti (con particolare enfasi sugli obblighi del convenuto) pone termine ad una procedura di presunta patologia *antitrust* esistente²⁸, all'*Antitrust Division* del *Department of Justice* ed alle parti private viene riconosciuta la facoltà di ricorrere dinanzi alla

²⁶ GERBER, *Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act*, in *Yale Journal on Regulation*, 24, 1, 2007, 118.

²⁷ La rilevanza sul mercato di un determinato operatore non ha costituito circostanza idonea ad esonerare Apple e Google dal rispetto della *Section 8*. Nel corso del maggio 2009 la *Federal Trade Commission* apriva un'istruttoria nei confronti di questi due giganti del settore tecnologico. Le due imprese erano connesse da due amministratori: Eric Schimdt, *Ceo* e *Chairman* di Google e componente del *board* di Apple, e Arthur Levinson *director* nel *board* di Apple e nello stesso tempo membro dell'organo di amministrazione di Google. La FTC nel maggio 2009 provvedeva a notificare l'avvio dell'investigation alle due imprese. Nonostante il documento contenente l'istruttoria della FTC non sia stato reso pubblico, alcuni commentatori hanno ipotizzato che tra le due imprese il rischio di scambio di informazioni "sensibili" fosse molto elevato, in quanto entrambe le imprese erano spinte dal desiderio di combattere Microsoft loro "nemico" comune sul mercato. L'investigation in parola, tuttavia, non ha avuto seguito, a causa delle dimissioni dei due *directors*. Si rileva che parte della dottrina americana ha criticato la decisione di archiviazione mettendo in evidenza che le sole dimissioni dei due amministratori in realtà non eliminavano completamente il rischio di collusione tra imprese rimandando sempre presente la connessione realizzata per il tramite di Gore e Campbell che ricoprivano cariche in Apple e Google non rientranti nel divieto *anti-interlocking*. Cfr. GARON, *Searching inside Google: cases, controversies and the future of the world's most provocative company*, in *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 30, 2009-2010, 439. Si nota altresì che la norma ha subito alterne fortune applicative, secondo un commentatore «*punctuated by a few bursts of mild activity and then followed by long periods of benign neglect*». Cfr. WILSON, *Unlocking interlocks: the on-again off-again saga of Section 8 of the Clayton Act*, in *Antitrust Law Journal*, 1978, 45, 317.

²⁸ Nel caso di una violazione della proibizione di *interlocking directorates* rimane ferma la procedura *antitrust* ordinaria e la competenza del giudice. Cfr. 15 U.S.C. par. 21 b.

Corte Suprema, alle Corti del circuito d'appello ed alle Corti distrettuali per chiedere un provvedimento inibitorio (*injunction*²⁹) e solo ai privati cittadini viene riconosciuta la possibilità di invocare il risarcimento del danno nella forma di *treble damages*³⁰.

Tuttavia, si rammenta che la fermezza della *Section 8* non impedisce al giudice investito di un'eventuale disputa di valutare in modo ragionevole e proporzionato il *multiple directorship* soppesandone gli effetti positivi e negativi nel contraddittorio con le parti e le Autorità³¹.

Dalle brevi notazioni compiute sulla *policy* statunitense emerge una disciplina che potremmo definire di tutela preventiva e completa della concorrenza, operando prima di qualsiasi violazione su entrambe le tipologie di legami considerati e soprattutto senza prevaricare in modo eccessivo la libertà degli operatori. Si può infatti osservare che entrambe le disposizioni sembrano essere improntate all'equilibrio: da un canto, l'evoluzione della *Section 7* ha mostrato la centralità della valutazione compiuta dalle Autorità amministrative in relazione alle concrete fattispecie poste al loro scrutinio; dall'altro la *Section 8*, pur

²⁹ Sul punto si evidenzia che in linea generale le Corti hanno accolto con favore la richiesta di *injunction* avanzata dai privati. Cfr. *Proctoseal Co. v. Barancik* 484 F.2d 585 (7th Circ. 1973). In *United States v. W.T. Grant Co.* la Corte Suprema è intervenuta sul tema dell'*injunction* notando che: «[...] *the purpose of an injunction is to prevent future violations*», e che l'*injunction* dovrebbe essere emessa: «[...] *even without a showing of past wrongs [...]*» precisando altresì che per il relativo rilascio deve sussistere «[...] *some cognizable danger of recurrent violation, something more than the mere possibility which serves to keep the case alive [...]*», p.to 633 della decisione. Cfr. *United States v. W.T. Grant Co.* 345 U.S. 629 (1953).

³⁰ Come noto, tale tipologia di risarcimento del danno introdotta dallo *Sherman Act* e contemplata anche dal *Clayton Act*, prevede che la parte privata abbia diritto ad ottenere il risarcimento superiore a tre volte i danni da essa provati, tuttavia non vi è alcun precedente giurisprudenziale con il quale si sia conferito tale risarcimento ad un privato. V. ABA, *Section of antitrust law, interlocking directorates: handbook on Section 8 of the Clayton Act*, Chicago, 2011, 36 e ss.. Cfr. 15 U.S.C. par. 15 c.

³¹ Ciò sembra trovare fondamento in un recente caso ove si è evidenziato che: «*it is an abuse of legal system to cram unnecessary litigation down the throats of firms whose directors serve on multiple boards, and then use high costs of antitrust suits to extort settlements (including undeserved attorneys' fees) from the targets. [...] Usually serving on multiple boards demonstrates breadth of experience, which promotes competent and profitable management. If the Antitrust Division or the FTC sees a problem, there will be time enough to work it out*». Cfr. *Ronald Booth Trust and Ronald Gross v. Crowley*, United States Court of Appeal for the Northern District of Illinois, No. 09 C5314, June 13, 2012.

inserendosi nella tradizione *antitrust* americana³², si presenta come dotata di una struttura in cui sono contemperate non solo le esigenze di tutela del mercato, ma anche quelle di un intervento ponderato attraverso la previsione legale di soglie minime di intervento (quale *test* di illegalità *per se*) o tramite l'intervento dei giudici.

3. L'approccio comunitario ai legami tra *competitors* e la sua compatibilità con l'ambivalenza del fenomeno

Come noto, nella disciplina comunitaria sulla concorrenza non è possibile rinvenire una regolazione *ad hoc* sul tema in esame. A prima vista tale scenario potrebbe apparire non idoneo ad assicurare un efficace contrasto ai legami anticompetitivi³³, in realtà, esso risulta coerente con il carattere non necessariamente patologico degli intrecci e con la mancanza di indici in grado di stabilire il livello di indipendenza che ciascun operatore deve avere rispetto al proprio *competitor*.

Per vero, il problema dell'intervento sulle connessioni tra *players* concorrenti riguarda la possibilità di assoggettare ad un procedimento *antitrust* comportamenti collusivi per i quali non c'è prova manifesta di un cartello. Da questo punto di vista, dunque, i legami tra concorrenti si collocano nell'area di tensione logica tra la nozione economica e la nozione giuridica di collusione.

Per inciso, l'analisi economica della collusione mette in evidenza che al fine di alterare le dinamiche di mercato non occorre che le imprese stabiliscano le proprie strategie attraverso un coordinamento specifico ed esplicito, ma è sufficiente che siano individuabili esiti di mercato di tipo monopolistico ed efficaci condizioni di *enforcement* interno tra i rivali. Dal punto di vista giuridico, invece, le imprese

³² Il modello normativo dell'*antitrust* rimane ancora nelle sue linee generali di tipo penalistico, radicato sui divieti *per se*, cioè aventi ad oggetto fattispecie chiaramente definite dalla norma incriminatrice. Cfr. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir. ann.*, vol. III, Milano, 2010, 214.

³³ V. GHEZZI, cit., 1014.

colludono quando la strategia perseguita da ciascuna di esse è il risultato di una provata «attività di coordinamento» tra concorrenti⁵⁴.

La tradizionale leva degli argomenti pragmatici per comporre la tensione tra le due nozioni non sembra poter essere impiegata nelle connessioni azionarie e personali. Per un verso, tali tipologie di relazioni sono in grado di realizzare le tre condizioni richieste nella teoria economica per dimostrare la sostenibilità e la stabilità sul mercato di un meccanismo cooperativo: i) raggiungere un consenso su un determinato corso di azioni (equilibrio); ii) ridurre il tempo per la scoperta delle deviazioni e della punizione⁵⁵; iii) prevenire la reazione delle imprese che non colludono⁵⁶. Per altro verso risulta mancante il riscontro esplicito e specifico che è *condicio sine qua non* per integrare gli estremi della collusione sotto il profilo giuridico, in quanto nell'acquisto di partecipazioni azionarie o nella selezione/condivisione di componenti degli organi di *governance* di un'impresa deve rilevarsi un profilo di autonomia che ne impedisce a priori l'illiceità.

Comunque, lo *status* della normativa non ha determinato il completo disinteresse della Commissione e delle Corti europee sul tema in esame, ma anzi si è tradotto nell'adozione di un metodo di valutazione *case by case* in armonia con le tendenze ermeneutiche dei tradizionali strumenti *antitrust*⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. GRILLO, *Recenti sviluppi in tema di intese orizzontali*, in RABITTI BEDOGNI - BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 651.

⁵⁵ Si può notare che la riduzione del periodo di tempo consente di comprimere i benefici di breve periodo che un'impresa deviante potrebbe conseguire ed aumenta il costo opportunità della deviazione. V. GRILLO, *Le Linee guida sugli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Mercato conc. reg.*, 2011, 2, 327.

⁵⁶ Cfr. BUCCIROSSI - SPAGNOLO, cit., 1228; MOTTA, *Competition Policy Theory and Practice*, New York, 2004, 138; GREEN - PORTER, *Non cooperative collusion under imperfect price information*, in *Econometrica*, 1984, 52, 87. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'Indagine conoscitiva sulla *corporate governance* di banche e assicurazioni è giunta a sostenere che i legami tra intermediari finanziari sono in grado di generare uno «*strong mediated equilibrium*» dal quale è difficile (se non impossibile) per le imprese partecipanti discostarsi. Cfr. AGCM, cit., 99.

⁵⁷ Secondo la Commissione: «*Minority shareholdings and interlocking directorates may play a role in the application of EC competition law, both in the field of merger control and in the context of the antitrust rules*». V. OECD, cit., 184.

Muovendo da questa osservazione è dato rilevare che da un lato la Corte di Giustizia³⁸ ha posto le basi per consentire all'Autorità *antitrust* comunitaria di interpretare le norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante in modo da comprendere gli effetti, e se del caso intervenire, sui legami tra concorrenti, dall'altro la Commissione non ha impiegato tali strumenti in funzione di contenimento dell'espansione delle connessioni, ma ha svolto la propria attività di contrasto alle pratiche anticoncorrenziali avvalendosi degli intrecci come parametri di concertazioni illecite. Per dispiegare con efficacia gli strumenti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE è infatti necessaria la sussistenza di fattori ambientali (quali ad esempio il potere di mercato, la natura delle attività esercitate, le interrelazioni di mercato, i rapporti industriali e commerciali tra le imprese interessate) che, opportunamente amalgamati con le relazioni azionarie e personali, rendono più profittevole per i *competitors* aderire ad una strategia collusiva alla deviazione da essa.

Ciò si desume da una ricognizione delle posizioni assunte sul punto dalla Commissione. Essa ha chiarito come regola generale che: «l'art. 85, par. 1 del Trattato CE non si applica agli accordi di acquisto o di vendita di azioni in quanto tali. Tuttavia, esso può applicarsi a tali accordi, alla luce del contesto specifico, contrattuale e di mercato, di ciascun caso, se il comportamento concorrenziale delle parti è destinato ad essere coordinato o comunque ad essere influenzato³⁹». Di poi, la Commissione ha messo in evidenza quale ulteriore timore anticompetitivo quello concernente l'accesso ad informazioni interne riservate compiuto tramite la condivisione di membri del *board*. In relazione a quest'ultimo profilo si è, da ultimo, riconosciuta la convergenza⁴⁰ tra i rimedi previsti dal diritto societario e quelli di cui alla disciplina *antitrust* in modo da impedire eventuali abusi⁴¹. Apertura importante, ma non risolutiva, giacchè, come osservato, il sostegno del diritto societario ha comunque una portata limitata alle problematiche

³⁸ Corte giust., 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156 del 1984, *British American Tobacco Company Ltd. e Reynolds Industries Inc. c. Commissione*, in *Racc.*, 1987, 04487.

³⁹ COMMISSIONE, 27 luglio 1994, caso IV/34.857, *BT-MCI*, in *G.U.C.E.* L223 del 27 agosto 1994, 36, p.to 44.

⁴⁰ In questo senso WALLER, cit., 856.

⁴¹ COMMISSIONE, cit., p.to 44.

di natura endosocietaria e solo in via indiretta è in grado di ostacolare contegni qualificabili come lesivi della concorrenza⁴².

Invero, si intuisce che la difficile perseguibilità *per se* degli intrecci ai sensi dell'art. 101 TFUE avrebbe potuto comportare che le connessioni non fossero toccate dalla disciplina in questione. In realtà, la casistica ha messo in luce che, proprio all'interno di tali complesse *querelles*, gli assetti di *ownership* e di *governance* possono assurgere a coefficienti essenziali per le imprese e per la Commissione per dimostrare l'esistenza o meno di un comportamento cooperativo⁴³.

Analogo trattamento è stato riservato ai reticoli azionari e personali sul versante dell'art. 102 TFUE, sul punto sia però consentita una precisazione. Nella prospettiva della norma da ultimo richiamata si può riscontrare un'ulteriore traccia della rilevanza dei legami finanziari e personali tra concorrenti: essi vengono indicati dalla giurisprudenza⁴⁴ tra gli indici idonei a suffragare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. In linea teorica questo ambito poteva configurarsi come prolifico per scongiurare pericolose derive anticoncorrenziali, ma in pratica non è stato sfruttato dall'Autorità comunitaria e quindi ad oggi rimane inesplorato⁴⁵. Certo non mancano le ragioni di un simile esito identificabili vuoi negli ondivaghi orientamenti della dottrina e giurisprudenza su tale fattispecie abusiva, vuoi nei non definiti confini

⁴² *Supra* par. 1.

⁴³ È interessante menzionare quanto accaduto nel caso Mastercard. Sotto il profilo soggettivo, l'impresa ha contestato l'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sostenendo che, in seguito alla modifica della propria struttura di azionariato e di *governance*, avvenuta nel 2006 con la quotazione in borsa, la fissazione delle commissioni interbancarie sarebbe stata sottratta all'associazione del dominio di banche per ricadere nella responsabilità decisionale di un soggetto terzo ed indipendente. Tali mutamenti non sono stati ritenuti sufficienti dalla Commissione (e di recente dal Tribunale di primo grado) che ha continuato a ravvisare l'esistenza di un'associazione di imprese proprio attraverso le strette connessioni tra le banche licenziate ed il gruppo Mastercard. Cfr. COMMISSIONE, 19 dicembre 2007, casi COMP/34.579 - *Mastercard*, COMP/36.518 - *EuroCommerce*, COMP/38.580 - *Commercial Card*, in *G.U.U.E.* C264/04 del 6 novembre 2009. Trib. primo grado, 24 maggio 2012, caso T-111/2008, *Mastercard et al. c. Commissione*, non pubblicata; V. CECCARELLI, *Commissione Europea vs MasterCard: l'analisi antitrust di un mercato bilaterale*, in *Mercato conc. reg.*, 2008, 3, 591.

⁴⁴ V. Trib. primo grado, 26 gennaio 2005, causa T-193/2002, *Laurent Piau c. Commissione*, in *Racc.*, 2005, II-209, p.to 111.

⁴⁵ Cfr. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. ann.*, vol. IV, Milano, 2011, 51.

di (il)liceità del mero parallelismo consapevole tenuto sul mercato dalle imprese del gruppo collettivamente dominante⁴⁶. In prospettiva, peraltro, la mancanza di riferimenti nei recenti *Orientamenti*⁴⁷ non sembrano poter deporre a favore di una modifica del *trend*.

3.1. (Segue) Lo scrutinio nel corso della valutazione delle concentrazioni: verso un *revirement* sulla rilevanza *antitrust* dell'acquisizione di partecipazioni di minoranza?

In ogni caso, nella supervisione ed eliminazione dei collegamenti tra imprese concorrenti, centrale è stato il ruolo giocato dalla disciplina sulle operazioni di fusione e acquisizione. Se da un lato il Regolamento 4064/89 ha introdotto un parametro nuovo per gli acquisti proprietari atto a determinare la sussistenza del controllo, vale a dire l'influenza determinante, dall'altro si è registrata la tendenza delle imprese ad impegnarsi alla rinuncia ai normali diritti connessi alle partecipazioni azionarie (quali ad esempio quelli di voto o di nomina di componenti del *board*) per scongiurare un esito negativo delle operazioni di concentrazione poste al vaglio della Commissione⁴⁸.

Tale esperienza ha portato ad una prima concreta proposta di disciplina dei legami tra concorrenti nel corso del dibattito avvenuto

⁴⁶ V. RAFFAELLI, *L'evoluzione del concetto di posizione dominante collettiva nella disciplina antitrust*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1/2007, 39; LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 543.

⁴⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto alla esclusione dei concorrenti*, in *G.U.U.E.* C45/02 del 24 febbraio 2009.

⁴⁸ Si vedano sul punto i casi seguenti: COMMISSIONE, 8 maggio 1998, caso n. IV/M.1082, *Allianz-AGF*, in *G.U.C.E.* C246 del 6 agosto 1998, 4; COMMISSIONE, 2 giugno 1998, caso n. IV/M.1080, *Thyssen-Krupp*, in *G.U.C.E.* C252 del 11 agosto 1998, 7; COMMISSIONE, 8 aprile 1999, caso COMP/M.1453, *AXA-GRE*, in *G.U.C.E.* C30 del 2 febbraio 2000, 6; COMMISSIONE, 12 gennaio 2000, caso COMP/M.1712, *Generali-INA*, in *G.U.C.E.* C58 del 1 marzo 2000, 6; COMMISSIONE, 19 luglio 2001, caso n. IV/M.2431, *Allianz-Dresdner Bank*, in *G.U.C.E.* C316 del 10 novembre 2001, 13; COMMISSIONE, 8 novembre 2001, caso n. IV/M.2567, *Nordea-Postgirot*, in *G.U.C.E.* C347 del 8 dicembre 2001, 5; COMMISSIONE, 2 aprile 2003, caso COMP/M.2876, *Newscorp-Telepiù*, in *G.U.U.E.* L110 del 16 aprile 2004, 73.

sulla Riforma del Regolamento 4064/89⁴⁹. In questa occasione la Commissione suggeriva di mantenere al di fuori del campo di applicazione della emananda disciplina sulle concentrazioni i problemi inerenti all'acquisto di partecipazioni di minoranza ed all'*interlocking directorates* considerando l'estensione a queste ultime come un onere e ritenendo, se del caso, più indicata l'applicazione degli artt. 101 e 102 del TFUE⁵⁰.

Nonostante le opinioni dissenzienti si è finito per mantenere la *summa divisio* tra legami che conferiscono il controllo⁵¹ valutabili in base al Regolamento concentrazioni n. 139/2004 e legami censurabili ai sensi della disciplina *antitrust* in senso stretto.

In mancanza di attribuzione di controllo, l'esistenza di legami strutturali diviene viepiù fattore rilevante nella valutazione preventiva

⁴⁹ Sul dibattito in questione per i numerosi interventi di commento da parte di soggetti sia pubblici che privati si può fare riferimento alla raccolta ufficiale reperibile al sito internet www.ec.europa.eu/comm/competition/merger/review/comments.html.

⁵⁰ La Commissione evidenziava sia l'aumento di notificazioni che la citata espansione delle competenze avrebbe potuto provocare sia l'elevata probabilità che tali transazioni scrutinate fossero neutrali sotto il profilo competitivo. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla Riforma del Regolamento 4064/89*, COM (2001) 745, Bruxelles, 17 Dicembre 2001, p.ti 106 e ss.; OECD, cit., 40.

⁵¹ Cfr. MANGINI - OLIVIERI, cit., 106. È dato osservare che si possono riscontrare effetti sulla concorrenza nel caso in cui venga a ritenersi realizzata una concentrazione sostanziale in ragione di legami partecipativi e personali determinanti un rapporto di controllo di fatto. Tale situazione può ricorrere in presenza di una pluralità di elementi che consentano di prevedere, con un certo grado di certezza, la possibilità per l'azionista di minoranza di disporre di una maggioranza sufficientemente stabile in sede di assemblea. Si pensi a titolo esemplificativo ai collegamenti personali (ma anche economici in generale) tra l'azionista (persona fisica o giuridica) di minoranza e gli altri azionisti, in modo da far presumere l'attitudine di tali soggetti ad uniformarsi alle posizioni assunte dall'azionista candidato al controllo o l'improbabilità che una parte sufficiente di tali soggetti si discosti dalle posizioni assunte dall'azionista candidato al controllo o l'improbabilità che una parte sufficiente degli azionisti voti in senso contrario a quest'ultimo. Peraltro, la Commissione nel compiere un giudizio prognostico della concentrazione sottoposta al suo vaglio tiene conto del comportamento degli azionisti nelle ultime assemblee e della variazione nella composizione dell'azionariato che si produrrà a seguito dell'operazione. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in *G.U.U.E.* 95/01 del 16 aprile 2008, par. 59 e ss.

di un'operazione di concentrazione⁵². In tale ipotesi la rimozione del connubio (azionario/personale) tra la *NewCo* e gli altri operatori concorrenti può avvenire tramite lo strumento dei rimedi. Nella Comunicazione del 2008⁵³, in tema di misure correttive, la Commissione ha indicato tra gli strumenti di *soft-law* di cui può disporre proprio la rescissione dei legami con eventuali concorrenti⁵⁴. Dal punto di vista operativo, nel riconoscere pari pericolosità ai legami azionari e personali l'*Authority*, accanto alla totale eliminazione delle connessioni, in taluni casi ha optato per un approccio meno invasivo prescrivendo impegni comportamentali o semplicemente neutralizzando i diritti inerenti alla partecipazione azionaria⁵⁵.

In generale, dunque, la Commissione sembra aver prediletto una valutazione volta a verificare il concreto impatto anticompetitivo di ogni tipologia di intreccio combinando provvedimenti risolutivi e bassi costi di monitoraggio⁵⁶, mentre l'attuale assetto normativo non sembra essersi allineato nel perseguire le medesime finalità.

⁵² V. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Minority shareholdings in EU merger control: "No, thank you" or a gap to be filled?*, in *Cuncurrences*, 3, 2011, 19.

⁵³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio e del Regolamento CE (802/2004) della Commissione*, in *G.U.U.E.* C267/1 del 22 ottobre 2008.

⁵⁴ Cfr. COMMISSIONE, cit., p.ti 58 e ss.

⁵⁵ Nel caso Toshiba Westinghouse i dubbi sull'operazione espressi dalla Commissione riguardavano proprio la partecipazione azionaria (di minoranza) attiva in GNF (Global Nuclear Fuel), *joint-venture* di Toshiba con General Electric e Hitachi Japan, e concorrente della *NewCo* (sorta dall'acquisizione del controllo da parte di Toshiba Corporation e Westing House Electric Limited e BNFL USA Group) nel mercato dell'energia atomica. Secondo l'Autorità *antitrust* comunitaria, attraverso il diritto di veto e i rappresentanti nel *board* di GNF, Toshiba avrebbe avuto la possibilità di avere accesso ad informazioni commercialmente sensibili e avrebbe potuto ostacolare l'espansione dell'impresa concorrente. La realizzazione dell'operazione è quindi stata subordinata alla rinuncia ai diritti: i) di partecipazione alle riunioni; ii) di esercizio del diritto di veto; iii) di informazione da parte di Toshiba in GNF. Cfr. p.ti 107 e ss. della decisione. COMMISSIONE, 19 settembre 2006, caso COMP/M.4153, *Toshiba Westinghouse*, in *G.U.U.E.* C10 del 16 gennaio 2007, 1.

⁵⁶ Secondo la Commissione: «*the extent to which it may be concluded that the minority stake is capable of having an anticompetitive impact will depend on the facts in the specific case*», cfr. OECD, (nt. 2), 187. Nell'ottica dei rimedi si è evidenziato che quelli di tipo strutturale sono in grado di garantire con maggiore certezza il gioco competitivo. Come sottolineato: «*[...] in some circumstances competition authorities have also accepted behavioural remedies, like firewalls, but these remedies are less*

A tal fine emblematico è stato il caso della tentata acquisizione da parte di Ryanair della compagnia irlandese Aer Lingus⁵⁷. Brevemente i fatti. Dopo che nel 2006 il governo irlandese privatizzava Aer Lingus, Raynair acquisiva una partecipazione del 19,16% nel suo capitale. Successivamente Raynair lanciava un'offerta pubblica di acquisto per la totalità del capitale di Aer Lingus e notificava alla Commissione l'acquisizione prevista in conformità al Regolamento sulle concentrazioni. Nel corso del periodo dell'opa, Raynair acquisiva ulteriori pacchetti azionari arrivando a detenere il 25,17% del capitale di Aer Lingus. Nel corso del 2007 la Commissione adottava una decisione che dichiarava il progetto di acquisizione di Aer Lingus da parte di Raynair incompatibile con il mercato comune⁵⁸. Dopo la decisione della Commissione, Raynair incrementava la partecipazione, portando la sua presenza nel capitale della Aer Lingus al 29,3%. Nelle more del procedimento, conclusosi con un divieto di compiere l'operazione, Aer Lingus chiedeva alla Commissione di ingiungere a Raynair la cessione della totalità delle quote in essa possedute, in quanto tale partecipazione le attribuiva una «*significativa possibilità di interferire nella sua gestione e nella sua strategia commerciale*»⁵⁹. La Commissione nel respingere tale richiesta spiegava di non essere abilitata nell'ambito del regolamento sulle concentrazioni ad ordinare a Raynair di cedere la sua partecipazione, allorchè la prevista operazione di concentrazione non era stata realizzata e Raynair deteneva unicamente un pacchetto azionario di minoranza che non le consentiva di esercitare un controllo *de jure* o *de facto* su Aer Lingus. La compagnia irlandese presentava un ricorso contro questa decisione dinanzi al Tribunale che, oltre a riconoscere piena legittimità sotto il profilo giuridico e fattuale al rifiuto opposto dalla Commissione⁶⁰,

attractive because of high monitoring costs and doubts concerning their effectiveness [...]». Cfr. OECD, cit., 11.

⁵⁷ COMMISSIONE, 27 giugno 2007, caso COMP/M.4439, *Ryan Air/Aer Lingus*, in *G.U.U.E.* C47 del 20 febbraio 2008, 9.

⁵⁸ Raynair impugnava tale decisione dinanzi al Tribunale di I grado. Cfr. Trib. primo grado, 6 luglio 2010, causa T-342/07, *Ryanair Holdings plc./ Commissione*, in *Racc.*, 2010, II, p. 03457.

⁵⁹ Cfr. COMMISSIONE, cit., p.to 65.

⁶⁰ Cfr. Trib. primo grado, 6 luglio 2010, causa T-342/07, *Ryanair Holdings plc./ Commissione*, in *Racc.*, 2010, II, p. 03457; Trib. primo grado, 6 luglio 2010, causa T-411/07, *Aer Lingus Group/Commissione*, in *Racc.*, 2010, II, p. 03691, p.ti 65 e ss. È interessante osservare che nell'agosto 2012 Ryanair ha effettuato un'altra proposta per

ammetteva anche la fondatezza di eventuali prescrizioni di dismissione della partecipazione provenienti dalle Autorità nazionali⁶¹.

L'evoluzione della fattispecie sopra menzionata rende palese l'inidoneità del mero diniego di un'operazione di concentrazione ad assicurare un assetto di mercato competitivo. Rimangono infatti inalterati legami finanziari che, oltre a presentare un'elevata probabilità di cagionare distorsioni di mercato attraverso la manipolazione della gestione e delle strategie commerciali del concorrente, sfuggono, al momento dell'acquisto, anche alla disciplina prevista dagli artt. 101 e 102 del TFUE, non ricorrendone i presupposti di intervento.

L'*impasse* emerso nel caso Raynair ha messo in evidenza non solo la presenza di una lacuna normativa, ma anche la necessità di approfondire la materia ed individuare una disciplina regolatoria in grado di colmare il *gap*⁶². Tanto detto, non si può tacere la presenza

acquistare Aer Lingus e per il buon esito dell'operazione ha chiesto ai propri rivali (Air France-Klm, EasyJet, Etihad Airways, Flybe, International Airlines Group (IAG) e Virgin Atlantic) di acquisire alcuni *slot* di Aer Lingus in modo da offrire voli sulle tratte che allo stato attuale sono coperte solo dalle due compagnie irlandesi. La Commissione Europea si è però riservata di approfondire l'operazione. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/921

⁶¹ Nel caso in esame, su sollecitazione di Aer Lingus e ad esito di uno scontro a livello legale con Raynair, l'Office of Fair Trading britannico (OFT) nel giugno 2012 ha avviato l'istruttoria al fine di investigare la reale portata della partecipazione di Ryanair in termini competitivi. Si veda anche IGNJATOVIC - RIDYARD, cit., 1. Il documento del provvedimento è disponibile su: http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers_ea02/2012/Ryanair.pdf. A fini di completezza espositiva si osserva che la normativa inglese conferisce all'Office of Fair Trading la facoltà di aprire un'istruttoria e se del caso intervenire su una partecipazione di minoranza quando questa comporti un'"influenza materiale" sull'impresa *target* (controllo opzionale). Essa si presume nel caso di acquisizione di una partecipazione maggiore o uguale al 25% eccezionalmente si è riconosciuta anche per acquisizioni inferiori al 15% quando associate ad altri elementi come l'*interlocking directorates*. A livello comunitario si tratta di ipotesi che invece sfuggono al controllo della Commissione, a tal proposito in letteratura le acquisizioni che si collocano al di sotto delle soglie di intervento giurisdizionale sono definite "*creeping mergers*". Cfr. FREEMAN, *Creeping mergers: the UK perspective*, in *Cuncurrences*, 3, 2011, 23.

⁶² Il Commissario alla concorrenza Almunia in un discorso tenuto nel marzo 2011 ha rilevato che: «Il Regolamento Concentrazioni non si applica alle partecipazioni di minoranza, ma alcuni ordinamenti nazionali, sia all'interno che all'esterno dell'EU, ammettono un controllo preventivo di tali acquisizioni. Ho incaricato i miei servizi di esaminare la questione e verificare se sia opportuno provare a colmare questa lacuna presente nel Regolamento Concentrazioni». Discorso tenuto all'IBA il 10 marzo 2011 e

all'interno di alcuni Stati europei di normative *ad hoc*⁶³, anche se appare lontana l'uniformità di disciplina.

Ad oggi a livello comunitario si è ancora in una fase di studio e di elaborazione di progetti normativi. In particolare, la Commissione ha invitato a realizzare due ricerche sulle c.d. *minority shareholdings*, avendo come parametro di riferimento il contesto geografico europeo. Tramite la realizzazione di una mappa degli incroci azionari tra le imprese europee e la comprensione della loro reale portata anticoncorrenziale sarà possibile (ri)valutare un ampliamento del novero delle operazioni soggette ad uno *screening* preventivo⁶⁴.

In prospettiva, un'efficacia riflessa sulla regolazione delle connessioni potrebbero avere talune *best practice* (quando implementate dagli operatori) e norme destinate ad operare nel settore finanziario. A tal proposito giova osservare che la Commissione nel 2005 ha adottato la raccomandazione 2005/162/CE⁶⁵ nella quale ha indicato le regole per eliminare e prevenire conflitti di interesse nelle società quotate. *De jure condendo* si può notare che il recente progetto di regolamento comunitario in tema di agenzie di *rating* reca un vincolo del 5% negli incroci azionari in modo da assicurare la massima indipendenza tra tali operatori⁶⁶; mentre con riguardo al tema dell'

disponibile su: www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/166&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en

⁶³ Oltre alla citata disciplina inglese vanno segnalate la normativa tedesca che prevede un controllo preventivo obbligatorio dell'acquisizione di partecipazioni di minoranza (inferiori alla soglia del 25%) che attribuiscono un'influenza significativa (par. 37 Sec. 2, Nr. 4 GWB). Cfr. BARDONG, *The German experience*, in *Cuncurrences*, 3, 2011, 32.

⁶⁴ Diponibile su:
www.ec.europa.eu/competition/calls/2011_016_tender_specifications_en.pdf;
www.ec.europa.eu/competition/calls/2011_016_tender_specifications_en.pdf.

⁶⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005 sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio d'amministrazione o di sorveglianza*, in *G.U.U.E.* L52/51 del 25 febbraio 2005.

⁶⁶ Approvato dal Parlamento in data 16 gennaio 2013. Cfr. p.to 13 della proposta disponibile su: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0012&format=XML&language=IT#BKMD-6>. Si veda in dottrina: OLIVIERI, *I servizi di rating tra concorrenza e regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2012, 295; LENER - RESCIGNO, *Agenzie di rating e conflitti di interesse: sintomi e cure*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2012, 365; GRANATA,

interlocking directorates, nell'ambito del processo di revisione della direttiva Mifid si sta considerando la possibilità di introdurre un limite al numero di incarichi dei componenti gli organi di gestione degli intermediari finanziari⁶⁷.

4. Le molteplici anomalie del quadro normativo italiano anteriore e successivo all'art. 36: tra l'eccessivo ricorso alle misure correttive e la necessità di migliorare le disposizioni esistenti per i settori c.d. esclusi

Sulla scia dell'esperienza comunitaria anche nel nostro Paese si è cercato di conciliare la volontà di perseguire *shareholding and personal ties* attraverso gli strumenti *antitrust* tradizionali con l'ambiguità del fenomeno.

Dall'esame della prassi si può notare che l'Agcm, per mezzo delle prescrizioni di ordine generale previste dalla l. n. 287/1990, ha proceduto a recepire gli orientamenti comunitari sul tema⁶⁸, ed ha impiegato i *networks* finanziari e personali come componenti per l'accertamento di situazioni di controllo sostanziale (esclusivo o congiunto) in sede di valutazione preventiva delle operazioni di fusione e acquisizione⁶⁹. Tale tendenza, pur non avallata in via definitiva dal

Rating e conflitti di interesse: alla ricerca di soluzioni, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2012, 378.

⁶⁷ Viene individuato un limite in non più di quattro cariche non esecutive o una carica esecutiva e due non esecutive (cfr. art. 9 par. 2 della proposta di direttiva). Il testo della proposta è reperibile al seguente indirizzo: www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0656:FIN:it:PDF

⁶⁸ AGCM, 1114 - *Parmalat/Granarolo Felsinea*, 8 giugno 1995, provv. n. 3086, in *Boll.* n. 23/1995; AGCM, 1109 - *Titanus Distribuzione/Cinema 5*, 25 luglio 1994, provv. n. 2200, in *Boll.* n. 30-31/1994; AGCM, 125 - *Cementir/Merone*, 17 giugno 1992, provv. n. 563, in *Boll.* n. 12/1992.

⁶⁹ Nel caso Generali/Toro Assicurazioni l'Autorità ha ritenuto sussistente il controllo di fatto di Mediobanca su Generali facendo leva sui legami azionari e personali ed ha subordinato la realizzazione dell'operazione alla cessione di un ramo di azienda da parte di Assicurazioni Generali ad un soggetto terzo ed indipendente rispetto sia ad Assicurazioni Generali sia a Mediobanca. Cfr. AGCM, C7951 - *Assicurazioni Generali/Toro Assicurazioni*, provv. n. 16173, 11 dicembre 2006, in *Boll.* n. 47/2006. Per un'ipotesi di controllo congiunto di fatto si veda, AGCM, C5422B - *Sai/La Fondiaria Assicurazioni*, provv. n. 11475, 17 dicembre 2002, in *Boll.* n. 51-52/2003. Si segnala altresì che l'esame dei legami tra imprese concorrenti sono elemento imprescindibile nell'esame di un'operazione di concentrazione: le imprese

giudice amministrativo⁷⁰, ha avuto un impatto significativo sulla comprensione degli assetti del capitalismo italiano, senza però determinare il riconoscimento da parte delle imprese dei rapporti di fatto ricostruiti dall'Autorità.

Tuttavia, all'abilità nel ricostruire gli intrecci non è corrisposto il superamento di taluni profili problematici emersi in sede di applicazione delle misure c.d. correttive.

È d'uopo ricordare che l'art. 6 c. 2 della l. n. 287/1990 conferisce all'Autorità, ad esito dell'istruttoria sulle concentrazioni sottoposte alla sua valutazione, la possibilità di subordinare le operazioni all'adozione di rimedi idonei ad impedire le distorsioni della concorrenza. Le misure prodromiche all'autorizzazione, in realtà, si presentano come veri e propri impegni che le parti interessate assumono nei confronti dell'Agcm al fine di non incorrere in un divieto.

In termini operativi le misure correttive e gli impegni, di cui all'art. 14-ter l. n. 287/1990, sono speculari, ma molteplici rimangono le

sono tenute a notificare le connessioni finanziarie e personali, eventualmente esistenti all'Autorità, tanto che ciò avvenga con la comunicazione in forma abbreviata quanto con la comunicazione in forma estesa. Cfr. *Formulario sulle concentrazioni* Prospetto D. Vi è ormai opinione unanime in dottrina nel ritenere la disciplina sul controllo preventivo delle operazioni di concentrazione «[...] uno strumento con evidenti limiti, in considerazione del fatto che opera ex post e che può essere utilizzato solo laddove le parti di un'operazione di concentrazione abbiano già in essere, prima dell'operazione stessa, legami personali incrociati con imprese terze concorrenti. Solo in tal caso, infatti, l'Autorità Garante può venire a conoscenza dell'esistenza di legami personali incrociati ed, eventualmente, intervenire». Così SIRAGUSA - BARDANZELLU, *Prime considerazioni sulle norme antitrust introdotte dalla legislazione nazionale anticrisi*, in COLOMBINI - PASSALACQUA (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2012, 67.

⁷⁰ Cfr. TAR LAZIO, sez. I, 10 luglio 2007, n. 6230. Si segnala che il Consiglio di Stato non appare aver affrontato in radice il c.d. teorema del controllo di fatto tra Mediobanca e Generali sostenuto dall'Autorità garante. In particolare, con la decisione del 12 maggio 2009 relativa alla concentrazione tra Sai e Fondiaria, il Consiglio di Stato ha ritenuto che i rapporti di fatto esistenti tra Mediobanca e Generali - per come ricostruiti dall'Agcm - erano tali da attribuire all'operazione di concentrazione una rilevanza comunitaria e da configurare la competenza della Commissione. Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 luglio 2009, n. 4448; AGCM, C5422B - *Sai/Fondiaria Assicurazioni*, provv. n. 11475, 17 dicembre 2002, in *Boll.* n. 51-52/2002. Si evidenzia, invece, che con riguardo al ricorso presentato avverso la sentenza del TAR Lazio del 10 luglio 2007 n. 6230 il Consiglio di Stato ha dichiarato l'estinzione del giudizio in data 23 febbraio 2012 stante il ritiro del ricorso in appello proposto dall'Avvocatura generale dello Stato.

disarmonie tra i due istituti. A dispetto del fatto che la primaria area di impiego di questi nuovi strumenti di azione è stata quella delle concentrazioni⁷¹, non è riscontrabile nè una condivisione sul dettaglio di disciplina e di procedimentalizzazione, di fatto inesistenti nelle misure correttive⁷², né una convergenza in punto di dibattito dottrinale.

Per quanto *quivi* interessa, il dibattito in tema di impegni ha avuto ad oggetto indagini critiche sulla compatibilità delle *commitment decisions* con il principio di tipicità degli atti amministrativi⁷³. In base a quanto emerge dalle applicazioni di questo strumento, l'Agcm tenderebbe a svolgere un'attività regolatoria, vale a dire funzioni che non ineriscono il *proprium* delle sue competenze⁷⁴, in quanto il provvedimento con cui l'Agcm rende obbligatori gli impegni presentati dalle imprese implica la chiusura del procedimento senza che l'infrazione sia stata accertata.

Con riguardo alle fattispecie di autorizzazioni di concentrazioni con misure, come è stato osservato da autorevole dottrina⁷⁵, è singolare che non abbiano suscitato timori tra gli studiosi in ordine ad un supposto ruolo di regolazione dell'Autorità *antitrust*⁷⁶, giacchè i rischi di trasformazione dell'Agcm da amministrazione “neutra” con funzioni di

⁷¹ Cfr. CINTIOLI, *Introduzione*, in CINTIOLI - OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Torino, 2008, VII.

⁷² Cfr. Per gli impegni di cui all'art. 14-ter si veda da ultimo: AGCM, *Procedure di applicazione dell'art. 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, delibera 6 settembre 2012 n. 23863, in *Boll.* n. 35/2012.

⁷³ Dubbi sono sorti anche sull'inquadramento dogmatico della disciplina: per parte della dottrina gli impegni sarebbero da configurare come un atto unilaterale, per altra parte invece come una forma speciale di contratto sostitutivo di provvedimento *ex art.* 11 c. 2 l. n. 241/1990, di recente è stata prospettata un'interpretazione interamente privatistica richiamando le norme del codice civile in materia di contratti transattivi di cui all'art. 1965 c.c. V. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in CINTIOLI - DONATI (a cura di), cit., 7; LIBERTINI, *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1283; GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in RABITTI BEDOGNI - BARUCCI (a cura di), cit., 1111.

⁷⁴ Vale a dire l'accertamento e la repressione di situazioni distorsive della concorrenza. Così MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in CINTIOLI - DONATI (a cura di), cit., 1.

⁷⁵ LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di private e public enforcement in materia antitrust*, in MAUGERI - ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 180.

⁷⁶ GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2011, 182.

garanzia ad Autorità di regolazione dotata della più ampia discrezionalità⁷⁷ sussistono anche in relazione alle misure adottate in sede di controllo preventivo delle concentrazioni. In particolare, proprio con riguardo al tema che ci riguarda e nel periodo anteriore all'entrata in vigore del citato art. 36, si può notare che l'Agcm, in assenza di specifici limiti, si è avvalsa delle misure correttive in funzione regolatoria e “dialettica” per eliminare le connessioni tra l'entità *post-merger* e taluni *players* già attivi sul mercato.

A tal fine paradigmatico è stato il caso della concentrazione Intesa/San Paolo (ISP)⁷⁸. Ad avviso dell'Autorità l'operazione di concentrazione avrebbe comportato la creazione/rafforzamento di una posizione dominante in capo alla *NewCo* nei due mercati nazionali dei fondi comuni e della produzione GPM (gestioni patrimoniali mobiliari) e GPF (gestioni patrimoniali in fondi), nonché in numerosi mercati provinciali (essenzialmente della raccolta e degli impieghi). Per neutralizzare i temuti effetti anticompetitivi le parti si impegnavano ad attuare una serie di misure strutturali, tra cui la cessione di alcune reti di sportelli ad un operatore terzo (Crédit Agricole (CA)). Per garantire la «*necessaria indipendenza*» tra la banca risultante dalla concentrazione e il *player* francese, le parti si vincolavano a recidere una serie di legami personali e strutturali con l'impresa acquirente⁷⁹. Le

⁷⁷ Secondo Freni: «L'elemento che caratterizza l'indipendenza dell'Autorità è da rintracciare proprio nella missione a essa affidata, che non è di dettare regole volte a conformare l'agire delle imprese, ma di vigilare affinché sia garantito il rispetto del mercato e delle sue regole». Cfr. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 788.

⁷⁸ AGCM, C8027 - *Banca Intesa/San Paolo IMI*, provv. 16249, 20 dicembre 2006, in *Boll.* n. 49/2006. Per una ricostruzione della fattispecie V. SUARDI, *Concorrenza nel settore dell'intermediazione monetaria e finanziaria*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, 220.

⁷⁹ In particolare, gli impegni prevedevano le seguenti misure: a) riduzione della partecipazione di Crédit Agricole al capitale di Intesa/San Paolo e rinuncia della prima a partecipare a patti di sindacato sulla seconda; b) assenza di membri che costituissero espressione diretta o indiretta di Crédit Agricole (ovvero avessero legami personali con essa) nel consiglio di sorveglianza e nel consiglio di gestione o in altri organi di gestione di Intesa/San Paolo; c) rinuncia a cariche negli organi di gestione di Crédit Agricole da parte di esponenti di Intesa San Paolo e delle sue controllate; d) risoluzione degli accordi di segnalazione di clientela tra società di *leasing* e di *factoring* di Intesa San Paolo e le banche cedute, nonché delle intese per il mantenimento della continuità operativa di queste ultime; e) eliminazione degli *interlocking directorates* nel consiglio

dichiarazioni di impegno delle imprese sono state fatte proprie dall'Agcm che le ha rese misure dalla medesima prescritte ed a cui è stata subordinata la realizzazione dell'operazione.

Successivamente, rilevato il mancato rispetto di tali prescrizioni⁸⁰, l'Agcm avviava l'istruttoria per l'inottemperanza ed una interazione con le imprese caratterizzata da controproposte e “limature”⁸¹ dei *commitments*, fino all'adozione da parte di CA, in vista della nomina del nuovo consiglio di sorveglianza in ISP, di una lista composta da candidati che dovevano essere, oltrechè indipendenti dalla stessa Crédit Agricole, anche graditi all'Agcm.

Non sorprende quindi che l'esito della procedura di inottemperanza sia stata l'assenza di una sanzione, atteso che le imprese interessate, nonostante l'accertata violazione, hanno adottato iniziative idonee ad eliminare i legami azionari e personali.

Tale risultanza però non appare condivisibile, giacchè se è vero che va riconosciuta l'esistenza di un nuovo diritto *antitrust*, in grado di prefigurare gli assetti di mercato attraverso lo strumento degli impegni⁸², non si può trascurare che la prassi descritta non trova alcun

di amministrazione e in altri organi di gestione di una *joint venture* e rinuncia di Intesa/San Paolo a partecipare al patto di sindacato relativo a tale società. Con riferimento al settore assicurativo Banca Intesa ha dovuto impegnarsi a: i) far sì che i membri del consiglio di sorveglianza e di gestione della nuova banca espressi da Generali, o comunque aventi legami personali diretti o indiretti con la stessa, «non partecipino né alla discussione né alla votazione delle delibere che abbiano direttamente ad oggetto la strategia commerciale di Eurizon e delle sue controllate nella produzione o distribuzione di polizze vita Ramo I, II, V»; ii) garantire che «nell'espletamento dei rispettivi incarichi, i suddetti membri non influenzino in alcun modo le predette strategie commerciali di tali società»; iii) adottare idonee misure organizzative interne, intese ad evitare che tali soggetti ricevano informazioni circa la strategia commerciale di Eurizon e delle sue controllate; iv) approvare un *compliance manual* volto ad evidenziare l'illiceità di un eventuale scambio di informazioni sensibili tra i propri dirigenti e quelli di Generali. Cfr. p.ti 254-258 della decisione cit.

⁸⁰ AGCM, C8027B - Banca Intesa/San Paolo Imi, provv. 19874, 14 maggio 2009, in *Boll.* n. 19/2009.

⁸¹ GITTI, cit., 182.

⁸² Cfr. AMOROSINO, *Regolazioni, Autorità indipendenti e assetti di mercato*, in CHIRULLI - MICCÙ (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011, 169. Innegabili sono le conseguenze positive dei *commitments* in termini di contenimento dei costi procedurali, amministrativi e di contenzioso che sono invece propri delle procedure di accertamento ordinarie. V. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, 1, 19; PERA - CARPAGNANO, *The law and*

ancoraggio normativo né giurisprudenziale. Tra i poteri che il legislatore del '90 ha attribuito all'Agcm in sede di valutazione delle operazioni di concentrazione non è dato rintracciare quello di modulare a più riprese con le parti interessate misure idonee ad evitare rischi di alterazione della concorrenza. La priorità di conseguire il buon funzionamento del mercato, non può far passare in secondo piano che, di fronte ad una inottemperanza, l'Autorità avrebbe dovuto adottare i relativi strumenti sanzionatori⁸³. Del resto, lo stesso giudice amministrativo ha ritenuto che la non osservanza degli impegni cui subordinare l'autorizzazione all'operazione di fusione/acquisizione possa considerarsi equivalente al porre in essere una concentrazione vietata e dunque passibile di sanzioni pecuniarie o ripristinatorie⁸⁴, diversamente si andrebbe a compromettere la stessa funzione di deterrenza dell'impianto sanzionatorio⁸⁵.

Si potrebbe obiettare che l'atteggiamento benevolo mostrato dall'Autorità debba trovare fondamento nell'attuale crisi che stanno attraversando gli operatori dell'industria finanziaria, ma ciò non può essere addotto a causa di giustificazione dell'alterazione delle funzioni dell'Autorità garante.

practise of commitment decisions: a comparative analysis, in *European Competition Law Review*, 2008, 12.

⁸³ In tale circostanza l'Agcm avrebbe potuto esercitare la funzione tipica di accertamento e qualificazione di atti e fatti alla luce di regole predefinite con la quasi totale assenza di discrezionalità. In questo senso FRENI, cit., 788.

⁸⁴ Secondo il giudice amministrativo questa conclusione non trova «[...] preclusione nei principi di certezza, tassatività e determinatezza a cui sono soggette le disposizioni sanzionatorie (art. 1, l. 689/81) e l'esercizio del relativo potere, in quanto dalla norma emerge chiaramente che [...] si realizza una concentrazione vietata anche quando non si osservano le prescrizioni dettate dall'Autorità per impedire che la concentrazione prefigurata dalle imprese abbia tali caratteristiche (la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza)». Cfr. TAR LAZIO, sez. I, 30 agosto 2003, n. 7186. In dottrina cfr. DE STEFANO, *La violazione delle misure correttive cui è subordinata l'autorizzazione di un'operazione di concentrazione*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, 641; CONGEDO - GHEZZI, *I rimedi nelle operazioni di concentrazione*, in CATRICALÀ - GABBRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, 406 e ss. In senso di intervento ripristinatorio ex art. 18 c. 3, l. n. 287/1990 si veda FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, 292.

⁸⁵ Timore registrato a livello comunitario nell'ambito degli impegni. V. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in CINTIOLI - DONATI (a cura di), cit., 15.

Di più, la tendenza dell'AGCM ad adattare la normativa anteriore all'entrata in vigore dell'art. 36 all'esigenza di eliminazione dei legami azionari e personali ha generato, oltre alla menzionata modifica della natura dell'Autorità, ulteriori profili di alterazione delle prerogative originarie dell'attività di tutela del mercato. Il dato letterale della legge *antitrust* nazionale⁸⁶ coniugato alla logica di mercato richiedono che la valutazione delle operazioni di concentrazione avvenga in tempi rapidi e certi⁸⁷. All'opposto, un sistema di controllo con tempi lunghi finirebbe per rallentare il corso naturale degli affari interferendo negativamente sulla libertà di iniziativa economica. Ebbene, il *trend* seguito dall'Autorità *antitrust* italiana nell'eliminazione dei legami tra concorrenti ha finito per determinare questo secondo effetto. A sostegno di tale asserzione si può osservare che, nel sopra menzionato caso, il periodo di tempo necessario per arrivare all'approvazione definitiva della concentrazione si è esteso per circa cinque anni⁸⁸. Sul piano della libera iniziativa, ISP ha subito una limitazione, in quanto durante il giudizio di inottemperanza si è vista sospesa l'acquisizione di un *competitor* subordinata al positivo esito della prima operazione di concentrazione⁸⁹.

Peraltro, nello scrutinio delle fusioni/acquisizioni l'attività dell'AGCM è sempre stata caratterizzata dall'estremo dettaglio in termini di scenari attuali e futuri: ciò, ad esempio, ha portato all'indicazione numerica e geografica degli sportelli da dismettere nel caso delle concentrazioni bancarie⁹⁰. Appare quindi a dir poco⁹¹ insolito

⁸⁶ Termini aventi carattere perentorio. Cfr. art. 16, c. 8, l. n. 287/1990.

⁸⁷ FATTORI - TODINO, cit., 248.

⁸⁸ Precisamente si è ricompreso il periodo di tempo da dicembre 2006 al luglio 2011. È dato altresì osservare che, attraverso una serie di vendite scaglionate, solo nel corso del 2012 CA ha compiuto il passo decisivo per lo scioglimento dei legami azionari con Intesa Sanpaolo riducendo la sua partecipazione sotto il 2%.

⁸⁹ Nel corso della concentrazione ISP/Banca del Monte di Parma, avvenuta nel corso del 2011, l'Agcm dopo aver evidenziato il rischio di una posizione dominante collettiva era intervenuta subordinando l'operazione alla condizione che fossero rispettati gli impegni che ISP e CA avevano assunto in precedenza e per le quali era pendente un giudizio di inottemperanza. A seguito del venir meno del giudizio di inottemperanza ha così potuto prendere definitivo vigore la concentrazione tra ISP e Banca del Monte di Parma. Cfr. AGCM, C10910 - *Intesa San Paolo/Banca del Monte di Parma*, provv. n. 22240, 23 marzo 2011, in *Boll.* n. 12/2011; DELL'ATTI - MARRONI, *Le operazioni di concentrazione (2011)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, 134.

⁹⁰ Cfr. *ex multis* AGCM, C9182 - *Banca Monte dei Paschi di Siena/Banca Antonveneta*, provv. n. 18327, 7 maggio 2008, in *Boll.* n. 18/2008; AGCM, C8660 -

che, in tema di legami azionari e personali, l'Autorità nazionale abbia articolato il proprio giudizio solo su un mero rischio di effetti anticompetitivi senza seguire specifici indici in grado di mostrare le variazioni di “densità” degli intrecci *ante* e *post*-concentrazione e l'allineamento di essi con l'intensità di concorrenza desiderata nell'ambito dell'intero segmento di mercato considerato.

L'analisi dell'impianto normativo e della prassi applicativa precedente l'entrata in vigore del divieto di *cross-directorships* ha dunque evidenziato la necessità e l'urgenza di un intervento da parte del legislatore per evitare sia il protrarsi dei ben noti legami personali negli organi di governo delle imprese finanziarie italiane⁹² sia la probabile erosione della natura e delle funzioni dell'Autorità garante.

Tuttavia nel panorama futuro, appare necessaria una disciplina dai contorni più definiti, atteso che l'*iter* descritto rimane in vigore nelle aree che non rientrano nel campo di azione del nuovo divieto *anti-interlocking*, vale a dire per gli intrecci azionari e finanziari (che spesso costituiscono la base per la costruzione di *interlocking directorates*) nell'ambito di operazioni di concentrazione del settore bancario, finanziario e assicurativo⁹³ e per i legami di *ownership* e di *governance* tra le imprese che non operano in tali ultimi mercati⁹⁴.

5. Il divieto di *interlocking directorates* in Italia: evoluzioni e problemi

La consapevolezza di una lacuna normativa in tema di connessioni personali tra *boards* di imprese concorrenti, unitamente alle sollecita-

Unicredito Italiano/Capitalia, provv. n. 17047, 17 luglio 2007, in *Boll.* n. 27/2007; AGCM, C8277 - *Banche Popolari Riunite/Banca Lombarda Piemontese*, 12 aprile 2007, in *Boll.* n. 13/2007.

⁹¹ Secondo parte della dottrina l'Agcm avrebbe realizzato una vera e propria interpretazione “creativa” della normativa sulle concentrazioni per neutralizzare gli intrecci tra concorrenti. Cfr. BERETTA - FAELLA, *I legami personali nel controllo delle concentrazioni*, in BANI (a cura di), *Concentrazioni bancarie e tutela della concorrenza*, Padova, 2007, 127.

⁹² Cfr. AGCM, cit.

⁹³ V. AGCM, C11524 - *Unipol Gruppo Finanziario/Unipol Gruppo Assicurazioni-Premafin Finanziaria-Fondiaria Sai-Milano Assicurazioni*, provv. n. 23678, 19 giugno 2012, in *Boll.* n. 25/2012.

⁹⁴ Cfr. *infra* par. 5.

zioni dell'Agcm⁹⁵, ha portato il legislatore nazionale ad emanare una disciplina *anti-interlocking*, applicabile nei settori del credito, assicurativo e finanziario.

Il citato art. 36 del c.d. Decreto Salva Italia, nascendo in una logica pro-competitiva⁹⁶, prevede nel primo comma un divieto di cumulo di incarichi di ampio respiro applicabile a tutti i componenti degli organi di amministrazione, di sorveglianza e controllo, ed ai funzionari di vertice, a prescindere dalla circostanza che siano esecutivi o non esecutivi o aventi il requisito di indipendenza o meno. La disposizione interpretativa del c. 2 lascia impregiudicata la possibilità di assumere o di esercitare cariche in imprese o gruppi legati tra loro da rapporti di controllo ai sensi dell'art. 7 l. n. 287/1990 o che non operano nei medesimi mercati del prodotto e geografici. In ordine alle modalità e alle tempistiche di accertamento, in sede di conversione del decreto ad opera della l. n. 214/2011, si è precisato che la prima individuazione della situazione di incompatibilità spetta all'esponente interessato dal divieto, poi si pone a carico degli organi competenti degli organismi interessati il compito di effettuare la declaratoria di decadenza nei trenta giorni successivi alla scadenza del novantesimo giorno (centovesimo giorno per la prima applicazione) dall'insorgere dell'*interlocking* vietato, infine in caso di inerzia dell'organo aziendale⁹⁷, il compito di dichiarare la decadenza viene attribuito all'autorità di vigilanza di settore competente.

⁹⁵ Sul punto si vedano l'Indagine conoscitiva condotta dall'AGCM e la segnalazione che la stessa AGCM ha inviato al Parlamento e al Governo. AGCM, cit.; AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Boll.* n. 4/2010; AGCM, *Relazione sull'attività svolta nel 2010*, Roma, 21 giugno 2011, 30.

⁹⁶ Nei lavori preparatori si precisa che la disposizione è volta a «migliorare la concorrenza tra le imprese operanti nel settore assicurativo, finanziario e creditizio», nei medesimi termini la rubrica della norma reca: «*Tutela della concorrenza e partecipazioni personali incrociate nei mercati del credito e finanziari*». Cfr. *ex multis* DRAGO, *Il divieto di interlocking nei mercati*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2012, 1016; BIANCHI - RIZZI, *Il «divieto di interlocking»: nuova tutela della concorrenza nei mercati*, in *Amministrazione & finanza*, 10, 2012, 48.

⁹⁷ L'organo aziendale competente dovrà essere individuato in base alle normative settoriali sull'accertamento dei requisiti degli esponenti aziendali. Così ad esempio: «qualora le cariche interessate siano assunte in imprese bancarie, in istituti di pagamento o di moneta elettronica, sarà competente l'organo amministrativo, essendo questo l'organo cui la normativa di settore demanda il compito di verificare il possesso dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza degli esponenti aziendali». In

Da questa breve illustrazione si evince che il legislatore, senza dare alcun peso al tipo di informazione con cui viene in contatto il consigliere, è intervenuto per eliminare il mero *link* presumendo in modo assoluto che i *managers* siano portati ad agire «*in modo sub-ottimale rispetto agli azionisti che rappresentano*⁹⁸» ed a deprimere gli incentivi a competere.

Se la rigidità della norma appare coerente con l'impostazione nazionale in materia di scambio di informazioni tra imprese⁹⁹, dall'art. 36 traspare la carenza di una distinzione tra accesso alle informazioni e concreto potere di influenzare le strategie competitive delle imprese *interlocked*¹⁰⁰. A tal proposito, il dato letterale della disposizione porta

questo senso FULVIO, *Criteri applicativi del divieto di "interlocking directorates"*, in *Banche e banc.*, 3, 2012, 419.

⁹⁸ Cfr. AGCM, cit., 63.

⁹⁹ Si precisa però che al fine di verificare l'anticompetitività *per se* degli scambi di informazioni, occorre avere riguardo al carattere sensibile dei dati scambiati, al loro livello di aggregazione, al loro grado di attualità ed alla frequenza degli scambi, nell'ottica di verificare l'attitudine di tali dati a svelare la strategia dei concorrenti (Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 aprile 2002, n. 2199 c.d. «*Rc Auto*»; TAR LAZIO, sez. I, 08 agosto 2005, sent. n. 6088 c.d. «*IAMA*»). Ciò in base alla considerazione che «*condotte quali lo scambio di informazioni sensibili finiscono infatti per sostituire all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione, così erodendo i benefici che in favore dei consumatori derivano dal normale uso della leva concorrenziale*»; per tale motivo, lo scambio di informazioni può «*integrare in alcuni casi un illecito antitrust in sè*», così Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595 c.d. «*Rifornimenti Aeroportuali*», che conferma la sentenza di primo grado, TAR LAZIO, sez. I, 27 febbraio 2007, n. 1746. Parte della dottrina ritiene che tale evoluzione della prassi nazionale si discosti dall'esperienza comunitaria alla luce della quale l'illiceità in sè dello scambio di informazioni può sussistere soltanto in contesti di mercato oligopolistici e fortemente concentrati; altra parte della dottrina ritiene invece che ciò sia da considerare come espressione della volontà di assimilare, in presenza di tali fattispecie, ai mercati oligopolistici anche quei mercati concorrenziali in cui il grado di competitività risulta ridotto in ragione dell'elevato livello di regolamentazione, ovvero di altre caratteristiche di tipo economico e giuridico. Cfr. FATTORI - TODINO, cit., 89 e ss.; PARDOLESI, *Sul nuovo che avanza in antitrust: illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*, in *Foro it.*, 2002, I, 500. Per l'evoluzione del tema in questione si veda *ex multis*, BELOTTI - GAMBARARA, *La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto antitrust con particolare riferimento allo scambio e all'acquisto di informazioni tramite società terze*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, 3, 523-540.

¹⁰⁰ Posizione fondata sulla circostanza che i sindaci non hanno la possibilità di influenzare, con il proprio voto, le decisioni che attengono direttamente o indirettamente la gestione. In questo senso GHEZZI, *Legami personali tra intermediari*

ad estendere il regime di incompatibilità anche ai membri degli organi di sorveglianza e controllo senza precisare se debbano escludersi o meno coloro che ad esempio svolgono funzioni di controllo interno¹⁰¹. Pur se decisivi chiarimenti sono stati apportati con le Linee Guida¹⁰² delle Autorità chiamate a vigilare sul rispetto della norma, essi non consentono di fugare le incertezze sulla reale pericolosità dei legami realizzati attraverso i soli componenti gli organi di controllo. Non è superfluo rilevare che il rapporto tra cumulo di ruoli negli organi di controllo ed effetti anticompetitivi presenta sfumature maggiori rispetto al fenomeno che si realizza tra membri degli organi di gestione, in quanto tali esponenti sarebbero da considerare come meri “veicoli” di *sharing information* non avendo la possibilità di dettare direttive di gestione vincolanti. Del resto oltre a risultare assente una solida base empirica sulla diffusione dei legami realizzati tramite i componenti degli organi di controllo¹⁰⁵, anche nelle citate *guidelines* sembra essere

finanziari e diritto della concorrenza. Sull'opportunità di introdurre uno specifico divieto “anti-interlocking” nell'ordinamento italiano, in SANTAGATA (a cura di), *I legami personali negli organi amministrativi delle società tra autonomia privata e regole di mercato*, Torino, 2011, 120 e ss. Tuttavia lo stesso Autore, condividendo l'interpretazione datane nelle linee guida dalle tre Autorità, precisa che in realtà se si guarda alle informazioni di cui il sindaco viene a disporre nell'espletamento dell'incarico e la possibilità di incidere sulle decisioni anche tale figura, pur non partecipando direttamente all'attività deliberativa abbia non solo il diritto, ma anche il dovere di un costante dialogo con il *management* e gli amministratori esecutivi dell'impresa presso la quale svolge l'incarico e quindi sia in ultima analisi in grado di influenzare le decisioni dell'impresa pur se solo sotto il profilo della corretta gestione imprenditoriale. Cfr. GHEZZI, cit., 224.

¹⁰¹ Perplexità in tal senso sono sorte con riguardo ad esempio a coloro che si occupano delle funzioni di *audit*, *compliance* e *risk management*. Cfr. ASSOSIM, *Disposizioni a tutela della concorrenza e partecipazioni incrociate nei mercati del credito, assicurativi e finanziari*, Circolare n. 3/2012, 4.

¹⁰² BANCA D'ITALIA - ISVAP - CONSOB, *Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del d.l. “Salva Italia” (cd. “divieto di interlocking”)*, 20 aprile 2012, disponibile su: <http://www.bancaditalia.it/>.

¹⁰⁵ Non è di poco conto sottolineare che anche nella letteratura empirica non vi è univocità di vedute sulla tipologia di dati da prendere in considerazione: alcuni studi si limitano a verificare i legami tra società realizzati dai soli amministratori e consiglieri di sorveglianza senza includere i sindaci, altre analisi si estendono anche ai componenti del collegio sindacale, senza indicare nel dettaglio quanti legami siano da attribuire ai componenti gli organi di controllo e quanti a quelli di gestione. Cfr. DRAGO - POLO - SANTELLA - GAGLIARDI, cit., 4; AGCM, cit., 85.

emersa una sorta di gradazione di illiceità dei *personal links*¹⁰⁴. L'unico limite applicativo che rimane nei confronti di tali soggetti concerne la "titolarità" della carica, non estendendosi il divieto ai sindaci che non abbiano iniziato ad esercitare effettivamente le funzioni di supplenza.

Al pari delle informazioni, l'art. 36 non compie alcuna distinzione tra la tipologia degli intermediari trovando in tal modo applicazione nei confronti di soggetti, quotati e non, la cui attività è sottoposta ad autorizzazione e vigilanza ai sensi del TUB, del TUF e del Codice delle Assicurazioni o di normative speciali che fanno rinvio a queste discipline¹⁰⁵.

Se si sofferma l'attenzione sull'intensità della regolazione prescelta si può notare che l'ampia formulazione della norma potrebbe portare a conseguenze tra loro antitetiche: i) eccesso di regolazione; ii) carenza di regolazione¹⁰⁶.

Dal primo punto di vista la norma potrebbe incidere su imprese non in grado di assumere rilievo sotto il profilo della tutela della

¹⁰⁴ In questo senso si legge: «[...] la limitazione a cariche della stessa specie avrebbe condotto a risultati illogici, portando, ad esempio, ad applicare il divieto al caso sindaco vs. sindaco e ad escluderlo nel caso amministratore vs. sindaco, nonostante quest'ultima situazione appaia potenzialmente più lesiva della concorrenza rispetto alla prima», cfr. BANCA D'ITALIA - ISVAP - CONSOB, cit., 4.

¹⁰⁵ Il citato documento congiunto prevede che la norma sia applicabile a: banche, compagnie di assicurazione e di riassicurazione, SIM, SGR, SICAV, intermediari finanziari ex Titolo V del Testo Unico Bancario e relative società capogruppo, istituti di pagamento, IMEL, Poste Italiane s.p.a. per l'attività di Bancoposta, Cassa Depositi e Prestiti. Non ricadono nel divieto le società, anche se comprese in gruppi/conglomerati, che svolgono servizi accessori o strumentali, quali ad esempio servizi di *back office*, consulenza, informazione finanziaria, recupero crediti, gestione sinistri e immobili. Cfr. BANCA D'ITALIA - ISVAP - CONSOB, cit., 5.

¹⁰⁶ Anche secondo Siragusa e Bardanzellu: «[...] appare evidente che la norma in questione, per certi versi, ha un'applicazione molto penetrante, mentre per altri pecca per difetto. [...] Per quanto riguarda il primo aspetto, ovvero l'esteso ambito di applicabilità di tale norma, limitandosi per il momento al tenore letterale dell'art. 36 del Decreto Salva Italia, giova osservare che il divieto di legami personali incrociati tra imprese concorrenti si applica tout court, a prescindere, quindi, dalla posizione di mercato delle imprese interessate. [...] Da un diverso punto di vista non si può fare a meno di notare che la disposizione in esame ha un ambito di applicazione limitato ai soli mercati del credito, assicurativi e finanziari. In tal senso [...] sarebbe stato opportuno estendere il divieto di cui all'art. 36 del Decreto Salva Italia anche agli altri settori, dal momento che il pregiudizio alla concorrenza che può derivare dalla co-presenza dei medesimi soggetti negli organi di *governance* di imprese concorrenti è comune a tutti i mercati». SIRAGUSA - BARDANZELLU, cit., 71.

concorrenza (si pensi ad esempio a due banche con modeste quote di mercato) oppure potrebbe condizionare la scelta del *management* di una *failing firm* o di un nuovo operatore che non godrebbero di esenzioni dal divieto¹⁰⁷. Inoltre, un'interpretazione estensiva della indefinita locuzione «*funzionari di vertice*», sconosciuta sia al diritto *antitrust* che al diritto societario nazionale, potrebbe portare ad ampliare il divieto anche a tutti quei soggetti che rivestono un ruolo apicale nella piramide della gerarchia aziendale, ignorando se essi siano o meno in grado di influenzare effettivamente le scelte dell'organo gestorio.

Nella prospettiva della carenza di regolazione la norma potrebbe lasciare inalterati incroci personali in grado di cagionare distorsioni della concorrenza. Si ponga, ad esempio, il caso di due imprese di assicurazione (A e B), operanti a livello nazionale, ed un'impresa bancaria (C), attiva a livello nazionale nella sola attività di raccolta e degli impieghi, che condividono i consiglieri di amministrazione. Nel caso di applicazione dell'art. 36 *sic et simpliciter* sarebbe possibile intervenire solo su un legame personale realizzato tra le due compagnie di assicurazione, in quanto solo tra queste sarebbe ipotizzabile la richiesta sovrapposizione nei medesimi mercati del prodotto. Potrebbe invece continuare a persistere il legame tra l'impresa A e la banca C e la società B e la banca C. Ad esito dell'intervento di rimozione degli intrecci, l'impresa bancaria (C) potrebbe divenire "piattaforma" di scambio di informazioni sensibili tra A e B. In tale circostanza gli effetti anticoncorrenziali diverrebbero più evidenti, qualora C fosse in possesso di partecipazioni azionarie attive¹⁰⁸ in A e B: la banca attraverso i propri (consiglieri) fiduciari potrebbe (in modo indisturbato) rendere profittevole il proprio investimento, influenzando le scelte strategiche delle due compagnie di assicurazione ed alterando così le dinamiche di mercato.

¹⁰⁷ Come correttamente osservato in dottrina la presenza di un amministratore di un'istituzione finanziaria di grandi dimensioni nel *board* di una *start-up* o di un'impresa in temporanea crisi potrebbe, con la sua competenza ed esperienza, contribuire ad aumentare la capacità di competere dell'impresa interessata dal legame personale senza con ciò incidere in modo negativo sulla concorrenza. Cfr. GHEZZI, cit., 218.

¹⁰⁸ Ossia idonee ad attribuire diritti di veto o diritti di nomina di un componente del *board*.

Se si procede nell'analisi dell'art. 36 si può notare che il carattere repressivo, sopra evidenziato, risulta attenuato dal secondo comma della norma in parola che fornisce una prima importante nozione di «*imprese e gruppi di imprese concorrenti*» che si fonda sulla sussistenza, nel singolo caso di specie, di due requisiti, uno negativo e uno (doppio) positivo, in relazione ai quali sono necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, la nozione di controllo di cui alla legge *antitrust*¹⁰⁹ e l'interpretazione datane dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato appaiono idonei a distinguere l'ampia tipologia di rapporti di controllo tra le imprese andando a colpire solo quei legami tra entità distinte ed autonome¹¹⁰. Per tale via, dunque, il legame personale viene consentito a condizione che tra le imprese vi sia una situazione di dichiarato controllo esclusivo o congiunto¹¹¹. Tuttavia, a parer di chi scrive, appare poco realistico che ci siano nuove dichiarazioni in questo

¹⁰⁹ Il concetto di controllo in senso *antitrust* si presenta come più ampio rispetto alla nozione codicistica. In particolare, esso ruota attorno all'espressione «*influenza determinante*» che postula un'indagine fondata sulle circostanze concrete circa la sussistenza di tale situazione, almeno potenziale, inducendo ad attribuire rilevanza a mezzi o rapporti, fonte di influenza determinante, diversi ed ulteriori rispetto a quelli tipizzati dall'art. 2359 c.c.. V. art. 7 l. n. 287/1990.

¹¹⁰ L'AGCM al fine di valutare la capacità di influire sulle decisioni strategiche di un'impresa ha fatto riferimento sia a peculiari elementi di diritto, come ad esempio la rilevanza dei poteri che le parti detengono sul consiglio di sorveglianza (AGCM, C8027 - *Banca Intesa/San Paolo*, provv. 16249, 20 dicembre 2006, in *Boll.* n. 49/2006), sia ad elementi di fatto: l'ipotesi classica è stata quella di riscontrare il controllo nei casi in cui il capitale sociale risulti frazionato tra una moltitudine di azionisti ed al contempo si riscontri un significativo e ripetuto assenteismo in sede assembleare. Cfr. AGCM, C5422B - *Sai/La Fondiaria Assicurazioni*, provv. 11475, 17 dicembre 2002, in *Boll.* n. 51-52/2002; FATTORI, *commento sub art. 7*, in CATRICALÀ - TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 1178.

¹¹¹ Nel formulario sulle concentrazioni si specifica che l'ipotesi di controllo congiunto «si verifica quando, in base alle partecipazioni detenute o ad altri accordi, due o più imprese hanno ciascuna la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa. In particolare, il controllo esercitato da ciascun soggetto può manifestarsi anche nella semplice possibilità di impedire l'adozione di decisioni che influiscano in maniera determinante sull'attività commerciale dell'impresa controllata, anche attraverso l'esercizio di un diritto di veto». In termini operativi, le imprese interessate, laddove ritenessero sussistenti le condizioni che integrano una situazione di controllo di fatto, sono tenute a motivare le ragioni che hanno condotto all'instaurarsi di tale situazione e conseguentemente ad adempiere l'obbligo di comunicazione di cui all'art. 16 della l. n. 287/1990 all'AGCM, quando siano superate le soglie previste dalla stessa legge *antitrust*.

senso (in modo da garantire anche una maggiore trasparenza negli equilibri proprietari degli operatori interessati), giacchè è ragionevole ritenere che nella scelta prevalgano i costi (si pensi ad esempio alle ripercussioni in termini di conformità alla disciplina prudenziale) rispetto ai benefici che le imprese potrebbero ottenere con l'esenzione di cui al citato c. 2¹¹².

In secondo luogo, con riguardo al (doppio) presupposto applicativo consistente nel fatto che le imprese o i gruppi di imprese operino, almeno per parte delle loro attività, nei medesimi mercati intesi in senso merceologico e geografico, vi è un chiaro riferimento al concetto di mercato rilevante che risulta essere «*lo strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza diretta fra loro*»¹¹³. Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i beni e servizi che sono considerati sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. Il mercato del prodotto rilevante, considerato nella prassi AGCM, dovrebbe portare a considerare come *competitors* le imprese bancarie con le società di assicurazione e con gli altri intermediari finanziari¹¹⁴. Ad oggi, infatti, le prime non svolgono più un'attività di tipo strettamente bancario avendo ampliato l'ambito della propria operatività ad altri segmenti quali: i sistemi di pagamento (credito al consumo, *leasing*, *factoring*, carte di debito/credito), le altre attività finanziarie (mercato del risparmio amministrato, e del risparmio gestito) sino al settore assicurativo. Giova osservare che tale esito

¹¹² In questo senso, si può osservare che Mediobanca non ha dichiarato il controllo, realizzato tramite la partecipazione del 13,465%, su Generali, come invece più volte sostenuto dall'AGCM; si è preferito conformarsi alla disciplina di cui all'art. 36 procedendo alla sostituzione dei *directors* senza avvalersi dell'esenzione. Parte della dottrina ritiene che l'AGCM avrà un ruolo decisivo nello sciogliere alcuni nodi sulle partecipazioni azionarie incrociate tra imprese attive nel settore bancario, finanziario ed assicurativo. Cfr. SIRAGUSA - BARDANZELLU, cit., 76.

¹¹³ Cfr. PROSPERETTI - SIRAGUSA - BERETTA - MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Roma, 2006, 84-85; BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e problemi*, 1995, 9; LANDES - POSNER, *Market power in antitrust cases*, in *Harvard Law Review*, 1981, 937; BRIONES, *Market definition in Community's merger control policy*, in *European Competition Law Review*, 1994, 195; SCUFFI, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Dir. ind.*, 2003, 2, 118 e ss.

¹¹⁴ Si vedano i provvedimenti in tema di concentrazioni bancarie: AGCM, cit.; AGCM, C8660 - *Unicredito Italiano/Capitalia*, provv. 17283, 18 settembre 2007, in *Boll. n. 33/2007*. In dottrina FULVIO, cit., 119.

interpretativo, pur coerente con la *ratio* del divieto *anti-interlocking*, risulta allo stato ancora da esplorare stante la carenza, nella norma in esame, di segmentazioni interne ai mercati sopra indicati¹¹⁵ e la inesistente giurisprudenza sull'art. 36.

Problemi applicativi si potrebbero riscontrare anche sotto il profilo della coincidenza del mercato geografico. È d'uopo rammentare che tra gli elementi pertinenti per la determinazione del mercato geografico rientrano la natura e le caratteristiche dei beni e servizi di cui trattasi, l'incidenza dei costi di trasporto, le preferenze dei consumatori. A tale chiarezza teorica non corrisponde, però, un'eguale facilità di individuazione concreta¹¹⁶. Dall'esame del patrimonio informativo costituito dagli orientamenti dell'*Authority* in materia di concentrazioni nel segmento finanziario, si evince che per alcuni comparti di mercato si dovrebbe verificare il livello di sovrapposizione concorrenziale prendendo come parametro di riferimento l'ambito regionale (mercato degli impieghi alle imprese di grandi dimensioni e impieghi agli enti pubblici), in altri casi l'analisi dovrebbe avere una base provinciale (mercati degli impieghi alle famiglie consumatrici/produttrici e alle imprese di piccola dimensione, della raccolta, del risparmio amministrato, distribuzione dei prodotti del risparmio gestito), in altre fattispecie ancora la dimensione del mercato sarebbe nazionale (credito al consumo, *leasing*, *factoring*, *investment banking*). A ben vedere la conseguenza di un simile *status* di disciplina richiede la predisposizione di un'articolata e costante indagine per verificare la liceità o meno di un *interlocking directorates*, che potrebbe non essere in armonia con la dinamicità degli operatori destinatari del divieto, con la contiguità dei mercati nei quali gli intermediari sono attivi e con il concreto potere di mercato da essi detenuto¹¹⁷.

Un ulteriore indice di imperfezione della norma attiene alla circostanza che il mercato geografico rilevante in cui gli intermediari

¹¹⁵ Cfr. ASSOGESTIONI, *Criteri per l'applicazione dell'art. 36 d.l. "Salva Italia" (c.d. divieto di interlocking)*, 26 aprile 2012, 9.

¹¹⁶ Molti operatori hanno sottolineato la difficoltà di utilizzare la nozione di mercato rilevante in via preventiva per valutare la liceità o meno di un cumulo di cariche. V. ASSONIME, *Il divieto di cumulo di cariche sociali*, Circolare n. 2 del 8 febbraio 2012.

¹¹⁷ Sui rischi connessi alle modifiche delle dimensioni dei mercati e sulla difficoltà di applicare l'art. 36 si veda anche GHEZZI, cit., 126; GHEZZI, cit., 221. Per una dettagliata articolazione dei mercati interessati cfr. FULVIO, cit., 416.

finanziari operano come concorrenti si trovi, interamente o in parte, sul territorio italiano. A parer di scrive, ciò mal si concilia con l'attuale dimensione dei *players* considerati. Con la crisi finanziaria, infatti, il grado di concentrazione del mercato finanziario europeo si è progressivamente innalzato per il processo di consolidamento e per la crescita di alcuni gruppi bancari coinvolti in operazioni di fusione e acquisizione internazionale. Gli operatori sono diventati più grandi e complessi e hanno spesso assunto dimensioni globali¹¹⁸, ciò nonostante il divieto non si applica alle cariche assunte in società estere (anche se operano in Italia attraverso succursali), né alle cariche assunte in succursali di imprese estere operanti in Italia.

Infine, se si compara l'art. 36 con il tessuto imprenditoriale italiano, ciò che colpisce è la persistenza di dubbi sulla concreta possibilità di neutralizzare sodalizi pericolosi. Sul punto sorgono due quesiti: i) è stata valutata l'adeguatezza del divieto *anti-interlocking* in chiave di reale riduzione degli incentivi a colludere tra *competitors*? ii) è stato "contestualizzato" il divieto *anti-interlocking*, mutuato dall'esperienza statunitense, alle peculiarità del capitalismo nazionale?

La soluzione ad entrambi gli interrogativi sembra debba essere negativa. Il mancato riferimento nell'art. 36 ad un controllo (preventivo) sull'acquisto di *minority shareholdings* nel *player* concorrente potrebbe, in linea teorica, determinare il verificarsi del seguente scenario: eliminato il legame personale si potrebbe assistere alla sostituzione dei consiglieri nei *boards* delle società interessate che potranno, alla luce della persistenza delle partecipazioni di minoranza attive, continuare a scambiarsi informazioni strategiche (per il tramite di altri amministratori non *interlocked*) ed eventualmente realizzare un equilibrio collusivo, tutto ciò in conformità dell'art. 36. A ben vedere tale ipotesi non sembra molto lontana dalla realtà, se si considera il coerente disegno di partecipazioni azionarie presente all'interno del nostro sistema finanziario¹¹⁹ per nulla scalfito dalla severità del divieto di *cross-directorships*.

¹¹⁸ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Financial Integration in Europe*, Aprile 2010, disponibile su: www.ecb.eu. Sul punto si veda anche VITALI - GLATTFELDER - BATTISTON, *The network of global corporate control*, September 2011, disponibile su www.arxiv.org.

¹¹⁹ All'interno della citata Indagine conoscitiva dell'AGCM si rileva che circa il 18,6% delle società analizzate sono caratterizzate dalla presenza di *competitors* all'interno del proprio azionariato. Tali società rappresentano il 42,3% dell'attivo

In risposta al secondo interrogativo si può osservare che nella nuova normativa sembra sfuggita al legislatore l'accentuata presenza familiare quale peculiarità degli assetti proprietari e della *governance* delle imprese italiane¹²⁰: la semplice sostituzione di un familiare con un altro potrebbe far sì che si rispetti la disciplina *anti-interlocking* senza far cessare le eventuali esistenti distorsioni della concorrenza¹²¹.

Le rilevate difficoltà ermeneutiche e lacune rischiano, dunque, di configurare il citato art. 36 come un mero intervento normativo di “facciata” sprovvisto di una concreta efficacia per ristabilire l'equilibrio concorrenziale nel sistema finanziario.

5.1. (Segue) I tentativi (non riusciti) di sanare i difetti di una norma *ab origine* imperfetta

I sopra evidenziati *deficit* non sembrano aver trovato una soluzione neppure negli interventi delle Autorità indipendenti che anzi sotto certi aspetti hanno incrementato le zone d'ombra della norma. Al fine di chiarezza espositiva si rileva che possono individuarsi due gruppi di provvedimenti: il primo avente un taglio in prevalenza esegetico ed un secondo con carattere più procedimentale.

Con riguardo alla prima serie di interventi, nella prospettiva di promuovere un'applicazione agevole ed uniforme del divieto *anti-*

totale del campione considerato. Si tratta di dati che sottostimano il fenomeno, giacché per alcune società non è stato possibile reperire dati dettagliati sulla composizione dell'azionariato. Cfr. AGCM, cit., 80 e ss.; CONSOB, cit., 7.

¹²⁰ Ai fini dell'accertamento del controllo congiunto l'AGCM ha dato rilievo ad elementi di fatto quali, ad esempio, l'appartenenza degli azionisti al medesimo gruppo familiare. Cfr. AGCM, C7651 - *Persone fisiche/Finanziaria San Benedetto*, provv. n. 15429, 3 maggio 2006, in *Boll.* n. 18/2006; FATTORI, cit., 1181. Per una ricostruzione dell'evoluzione delle interessenze e della presenza di gruppi familiari dal dopoguerra al 1997 nelle imprese italiane si veda AMATORI - BRIOSCHI, *Le grandi imprese private: famiglie e coalizioni*, in BARCA (a cura di), *Storia del capitalismo italiano*, Roma, 2010, 117 e ss. Per un'articolata e recente indagine sull'impresa a base familiare e disciplina delle società per azioni non quotate cfr. MONTALENTI, *Impresa a base familiare e società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 381.

¹²¹ Tale scenario non sembra molto lontano dalla realtà. Si evidenzia, infatti, che in seguito all'entrata in vigore dell'art. 36, nel *board* di Mediobanca si è registrato l'avvicendamento nella carica sociale tra persone appartenenti allo stesso nucleo familiare. Cfr. CRISCIONE, *Una sola sedia per l'amministratore*, in *Il Sole 24 Ore* del 23 giugno 2012.

interlocking da parte del mercato¹²² è stato istituito un tavolo tecnico, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ha coinvolto la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap, ed in cui ci si è avvalsi della collaborazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ad esito dei lavori è stato pubblicato un intempestivo documento congiunto¹²³ tra le tre *Authorities* chiamate a garantire il rispetto dell'art. 36.

In generale, tale primo intervento ha reso più chiara la norma, in termini di mercati interessati, figure aziendali¹²⁴ ed imprese cui si indirizza la nuova *policy*, ma non ne è stata ridotta la severità, in quanto il divieto è nella sostanza rimasto inalterato.

Invero, le *guidelines* hanno identificato alcuni limiti quantitativi, senza individuare esenzioni collegate alle dinamiche ed alle evoluzioni vuoi degli intermediari vuoi dei mercati. In particolare, il documento congiunto ha indicato due ipotesi *de minimis* cui il divieto non si applica: a) 47 milioni di euro del fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa o dal gruppo, richiamandosi per il relativo

¹²² In quest'ottica si può rilevare che Assonime ha richiesto l'emanazione di linee guida da parte delle Autorità competenti per "ammorbidire" la portata della norma nell'ambito dei gruppi di impresa, giacché un'interpretazione estensiva della nozione di gruppi concorrenti avrebbe portato ad un'applicazione palesemente sproporzionata rispetto all'obiettivo di prevenire restrizioni della concorrenza. In ordine al dibattito sulla recente norma si vedano: AGCM, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Supplemento Boll.* n. 51/2011, 15; ASSONIME, cit.; ASSOSIM, *Disposizioni a tutela della concorrenza e partecipazioni personali incrociate nei mercati del credito, assicurativi e finanziari*, Circolare n. 03/2012; ASSOGESTIONI, cit.; NEGRI, *I dubbi di Assosim sulle incompatibilità*, in *Il Sole 24 Ore* del 4 aprile 2012; BANCA D'ITALIA - CONSOB - ISVAP, cit.. Sulle problematiche interpretative si veda FALCE, *Cumulo di cariche nel settore finanziario. Verso un'interpretazione concorrenziale*, in *Bancaria*, 11, 2012, 51 e ss.

¹²³ BANCA - D'ITALIA - CONSOB - ISVAP, cit.. La tardività dell'intervento è da rintracciare nel fatto che il citato documento congiunto è stato reso pubblico in data 20 aprile 2012 ed il divieto in esame è entrato in vigore in data 26 aprile 2012.

¹²⁴ Per una puntuale analisi sull'estensione del divieto ai funzionari di vertice si veda GHEZZI, cit., 224. Si è anche sottolineato che: «l'ampia accezione di carica rilevante appare condivisibile, essendo coerente con gli obiettivi della norma. Residuano, tuttavia, talune perplessità in relazione all'applicabilità del divieto nei confronti di cariche- comunque rilevanti- non menzionate dalle Linee Guida. Si pensi, ad esempio, al ruolo di vice direttore generale di una società. Per certi versi, specie laddove il vice direttore generale rivesta anche funzioni vicarie, appare difficile escludere tale figura dall'ambito di applicabilità dell'art. 36 del Decreto Salva Italia». Così SIRAGUSA - BARDANZELLU, cit., 73.

calcolo quanto previsto in tema di concentrazioni dalla legge *antitrust*; b) in ordine ai rapporti tra gruppi di imprese vengono esentati i legami personali tra entità di piccole dimensioni (il cui fatturato sia inferiore al 3% del fatturato del gruppo di appartenenza), e che non siano diretti *competitors*. L'aspetto positivo dell'intervento è da individuare nel tentativo di conciliare il principio di proporzionalità con l'obiettivo pro-concorrenziale della disciplina, ciò nonostante rimangono inalterate le complessità della norma. Nello specifico, oltre a non aver introdotto la possibilità di esonerare dall'applicazione le connessioni personali che in realtà comportano vantaggi per le imprese senza incidere sulla concorrenza, permane la carenza di disciplina su contegni elusivi perpetrati a detrimento dell'art. 36¹²⁵.

Tuttavia, ad insinuare la pregevolezza delle linee guida depone un ulteriore elemento. A dispetto di quello che si possa pensare, le aspettative dell'interprete di trovare una delega da parte del legislatore su tale intervento rimangono disattese. Né nei lavori preparatori alla norma, né nella modifica avvenuta in sede referente¹²⁶, v'è traccia di autorizzazioni a favore delle *Authorities* sull'adozione di risoluzioni o sulla possibilità di introdurre aree di esenzione. Tale notazione non è di poco conto se si considera che in tal modo le linee guida risultano prive di fondamento giuridico, in quanto non contemplate nella normativa primaria¹²⁷, e soprattutto rendono il divieto di cui all'art. 36 esposto ad una non voluta instabilità, in termini di soglie di intervento e tipologie di incroci leciti la cui individuazione viene, a questo punto, rimessa alla piena discrezionalità delle Autorità, giacché il legislatore non ha determinato parametri all'interno dei quali esse debbono muoversi.

¹²⁵ Il richiamo è sia al passaggio delle cariche all'interno del nucleo familiare sia alle partecipazioni azionarie. Cfr. *supra*, par. 5. Si segnala a fini di completezza espositiva che le linee guida individuano sia i termini sia la procedura cui attenersi in occasione di nuove nomine sia il monitoraggio annuale da parte degli organi aziendali interessati. V. FULVIO, cit., 419.

¹²⁶ In tale occasione si sono aggiunti all'art. 36 due ulteriori commi che definiscono la tempistica per i casi di incompatibilità.

¹²⁷ Le *guidelines* potrebbero essere inosservate in sede giudiziaria determinando l'annullamento delle deliberazioni assunte con il voto determinante di un amministratore *interlocked*, perchè rientrante nell'alveo delle esenzioni indicate nel documento congiunto, ma non nella norma primaria. Cfr. DRAGO, cit., 1020; GHEZZI, *La nuova disciplina dei legami personali incrociati nei mercati bancari, assicurativi e finanziari*, in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 425.

Questo primo intervento non ha fatto piena luce sui lati oscuri della norma ed i *regulators* hanno diramato ulteriori chiarimenti che, pur beneficiando dell'entrata in vigore della norma, prevedono pochi significativi miglioramenti, peraltro non influenti sulle problematiche sopra evidenziate.

In particolare, in risposta ad ulteriori quesiti posti dagli operatori¹²⁸ si è proceduto a delimitare nel dettaglio il perimetro delle imprese interessate dal divieto ed in tale prospettiva è da apprezzare l'esclusione delle *failing firms*¹²⁹. Tuttavia, si è ribadita la fissazione della soglia minima ancorata al fatturato nazionale, anziché alle quote di mercato delle imprese nelle quali un dato soggetto riveste cariche incompatibili. Tale ultima scelta, a parer di chi scrive, sembra più diretta a circoscrivere il numero delle imprese coinvolte (in modo da andare incontro alle esigenze di *budget* delle Autorità limitandone la mole di lavoro), che non a cogliere lo spirito eminentemente *antitrust* della norma¹³⁰ neutralizzando gli intrecci tra le imprese con un elevato potere di mercato.

Per quanto concerne il secondo ordine di interventi delle Autorità, è dato osservare che tramite il protocollo d'intesa¹³¹ si è rimediato alla lacuna della normativa di primo livello stabilendo una disciplina di coordinamento e procedurale nei casi in cui le cariche incrociate coinvolgano la competenza di almeno due *Authorities*, inoltre si è disciplinata la collaborazione con l'AGCM al fine di dirimere dubbi sulle esenzioni previste dal citato art. 36 c. 2 e per l'analisi di quesiti di particolare complessità e rilevanza presentati dagli intermediari¹³². Ciò

¹²⁸ V. BANCA D'ITALIA - CONSOB - ISVAP - AGCM, *Criteri per l'applicazione dell'art. 36 del d.l. "Salva Italia" (cd. "divieto di interlocking")*. *Frequently Asked Questions*, 13 giugno 2012, disponibile su: http://www.bancaditalia.it/vigilanza/att-vigilanza/accordi-altre-autorita/accordi-aut-italiane/interlocking/faq_interlocking.pdf

¹²⁹ BANCA D'ITALIA - CONSOB - ISVAP - AGCM, cit., punto 1.2.

¹³⁰ Ciò risulta evidente se si considera che rimarrebbero escluse dall'art. 36 due banche locali che pur avendo una ridotta dimensione in termini di fatturato (inferiore a 47 milioni di euro) occupano una quota di mercato molto rilevante in una data zona dell'Italia.

¹³¹ BANCA D'ITALIA - CONSOB - ISVAP - AGCM, *Protocollo di intesa per il coordinamento tra Banca d'Italia, Consob, Isvap e Agcm, ai fini dell'art. 36 del d.l. "Salva Italia" (cd. divieto di interlocking)*, 14 giugno 2012, Roma, disponibile su: <http://www.bancaditalia.it>.

¹³² Peraltro, dalla lettera della norma sembrerebbe evincersi che il parere dell'AGCM non sia né obbligatorio né vincolante. Di particolare interesse per i risvolti

nonostante, non appare sanata la “pecca” iniziale dell'art. 36 che non ha riconosciuto un ruolo specifico all'AGCM, e che ha suscitato dubbi di coerenza con l'attuale sistema di organizzazione della vigilanza *antitrust* improntato al modello funzionale¹³⁵. In base al citato protocollo, infatti, l'Autorità garante continuerebbe a non giocare un ruolo attivo nel monitoraggio della norma, giacchè lo scambio periodico di dati ivi previsto e la rilevazione delle cariche vietate coinvolgerebbe soltanto Banca d'Italia, Consob ed Isvap¹³⁴.

Infine, i provvedimenti più recenti hanno riguardato l'armonizzazione dei procedimenti amministrativi di competenza di Banca d'Italia, Isvap e Consob¹³⁵ con le previsioni contenute nel protocollo d'intesa.

Corre l'obbligo di segnalare che a tale menzionata puntualità procedimentale non corrisponde un soddisfacente livello di *enforcement*, atteso che il legislatore non ha previsto a favore delle Autorità di vigilanza la possibilità di irrogare alcuna specifica sanzione

che potrebbe avere sugli assetti proprietari delle imprese interessate è la previsione per cui, quando le Autorità di vigilanza nel corso del procedimento amministrativo volto a decidere sull'eventuale decadenza dalla carica, acquisiscono documentazione su fattispecie aventi ad oggetto la sussistenza di situazioni di controllo di fatto ai sensi della l. n. 287/1990, esse ne informano tempestivamente l'AGCM, trasmettendo anche la relativa documentazione. Si ricorda a tal proposito che anche l'acquisizione del controllo di fatto è soggetta all'obbligo di notifica preventiva all'AGCM se le imprese interessate raggiungono le soglie di fatturato stabilite dall'AGCM e che, se le imprese non assolvono a tale obbligo, l'AGCM può aprire a loro carico un procedimento per omessa notifica e applicare una sanzione pecuniaria fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione. Cfr. BANCA D'ITALIA - CONSOB - ISVAP - AGCM, cit., 5-7.

¹³⁵ In questo senso cfr. GHEZZI, cit., 126-127.

¹³⁴ Compito questo reso ancora più arduo dalla carenza presso le Autorità di uno strumento informatico in grado di evidenziare gli incroci illeciti.

¹³⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Dichiarazione di decadenza ai sensi dell'art. 36 del d.l. “Salva Italia”*, 22 giugno 2012, disponibile su: <http://www.bancaditalia.it>; ISVAP, *Regolamento di attuazione dell'art. 36 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, in materia di tutela della concorrenza e partecipazioni personali incrociate nei mercati del credito e finanziari, concernente la disciplina del procedimento per la dichiarazione da parte dell'Isvap della decadenza nei confronti di titolari di cariche incompatibili*, Regolamento n. 42, 18 giugno 2012, disponibile su: http://www.ivass.it/ivass/imprese_jsp/HomePage.jsp; CONSOB, *Adozione della disciplina del procedimento amministrativo per la dichiarazione da parte della Consob della decadenza nei confronti dei titolari di cariche incompatibili ai sensi dell'articolo 36 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214*, Delibera n. 18390, in G. U. n. 301, 28 dicembre 2012.

in caso di mancata declaratoria da parte degli esponenti aziendali o degli organi aziendali preposti, né ha scandito la penalità da infliggere nel caso in cui il *director*, nelle more del procedimento, muti la propria qualifica aziendale o si dimetta da uno degli incarichi.

6. Riflessioni conclusive

Se «*il diritto antitrust è un tanto macroscopico quanto largamente ignorato esempio di quel fenomeno che i comparatisti definiscono trapianto giuridico, cioè a dire l'innesto in un ordinamento di una serie di regole provenienti da un ordinamento diverso*¹³⁶» la scelta regolatoria del legislatore italiano in tema di legami tra imprese concorrenti risulta essere stato un “innesto parziale”. Il modello di normativa cui si è ispirato il *policy maker* nazionale è quello del divieto *per se* di cui alla *Section 8* del *Clayton Act*, il richiamo ha però riguardato solo l'ampiezza del divieto di *interlocking* lasciando da parte l'altra faccia della medaglia, cioè la disciplina contenuta nella *Section 7* del *Clayton Act*. Da quest'ultimo punto di vista, il *framework* normativo nazionale non si è completamente distaccato dalla (assenza di) disciplina comunitaria mantenendo il *gap* e la possibilità di eliminare i legami azionari attraverso la disciplina dei rimedi in caso di concentrazioni. Quindi nella volontà di innovare l'Italia si è trovata ad elaborare un modello di regolazione delle interessenze tra imprese concorrenti “ibrido” a metà strada tra la regolazione statunitense sugli intrecci personali e l'assenza di regolazione comunitaria sui reticoli azionari e finanziari.

Viene da chiedersi se la ragione di questa opzione sia da rintracciare nel fatto che troppo costoso in termini monetari e di tempo sarebbe stato predisporre nuovi studi sulle partecipazioni di minoranza azionarie tra imprese (seguendo l'attuale *trend* della Commissione) per comprendere la necessità di una effettiva regolazione sul tema¹³⁷. Il

¹³⁶ OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto della concorrenza tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in OLIVIERI - ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, 26.

¹³⁷ Si ricorda infatti che i dati dell'Indagine conoscitiva conclusa nel 2008 sono parziali e sottostimano il fenomeno, in quanto per alcune società (specie non quotate), non è stato possibile reperire dati dettagliati sulla composizione dell'azionariato. Cfr. AGCM, cit., 80.

successivo scenario sarebbe stato quello di individuare la soglia di “allarme” *antitrust* per poter procedere ad un vaglio delle acquisizioni di partecipazioni azionarie e se del caso imporre alle imprese interessate la riduzione della partecipazione entro la soglia limite o la sterilizzazione dei diritti connessi.

Certamente, un “trapianto” completo della normativa statunitense avrebbe potuto determinare un effetto destabilizzante sul sistema finanziario costringendo alla revisione di assetti proprietari e di *governance* gli intermediari interessati, ma sarebbe stato un passo decisivo per evitare di continuare a garantire protezione al “salotto” del capitalismo nazionale. D'altro canto, però, sarebbe stato necessario per il legislatore italiano procedere per gradi realizzando, prima di qualsiasi intervento regolatorio, una “mappa” completa ed aggiornata delle interessenze (azionarie e personali) tra *competitors* e successivamente un'analisi di impatto di diverse tipologie di regolazione¹⁵⁸. Soltanto dopo un'attenta indagine sarebbe stato possibile scegliere la *policy* più efficace, cioè idonea a garantire una effettiva riduzione delle connessioni in modo da ottenere un sistema economico meno funzionale alla collusione e più credibile agli occhi di mercati ed investitori¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ad esempio cosa sarebbe accaduto, in termini di indipendenza degli intermediari, se dal divieto di cui all'art. 36 fossero stati esclusi gli amministratori indipendenti ed i sindaci? Oppure se si fosse previsto il divieto di passaggio di “consegne” tra membri dello stesso nucleo familiare?

¹⁵⁹ In questa prospettiva la Consob, nella propria relazione per l'anno 2011, ha lamentato la scarsa capacità delle società quotate italiane di attrarre investimenti, individuando la ragione di ciò principalmente negli assetti proprietari e di governo societario non idonei ad agevolare l'afflusso di risparmio. Tale situazione, secondo parte della dottrina, dovrebbe spingere il legislatore ad estendere il divieto di *interlocking* alla generalità delle imprese. Cfr. CONSOB, *Relazione per l'anno 2011*, Milano, 14 maggio 2012, 16-17. In dottrina cfr. FULVIO, cit., 420. Inoltre, parte della dottrina, poco dopo la pubblicazione dell'Indagine Conoscitiva 36/2008 da parte dell'AGCM, ha evidenziato che l'Autorità: «ritiene, pertanto, necessario rivedere la corporate governance delle imprese del settore finanziario italiano per aumentare la chiarezza, la trasparenza, la fiducia/credibilità/reputazione individuale e del sistema finanziario italiano ed eliminare i problemi di natura concorrenziale connessi ad aspetti di governance. L'attenzione sulla corporate governance delle imprese è richiesta per tener conto ancora più criticamente dei rischi impliciti che il fenomeno dei legami azionari e personali tra concorrenti possono produrre». D'ANTONIO, *La corporate governance nelle imprese assicurative italiane*, in PROSPERETTI - COLAVOLPE (a cura

L'auspicio è che il *policy maker* si avvalga dell'analisi empirica (sull'esempio dello studio condotto dall'Agcm nel 2008) per compiere una valutazione *ex post* del divieto di *interlocking directorates* sugli intermediari coinvolti: il costante monitoraggio delle modalità in cui i destinatari si sono conformati e si conformano all'art. 36 potrà fornire spunti interessanti per constatare l'efficacia/proporzionalità della nuova regola e per desumere eventuali profili di miglioramento¹⁴⁰.

di), *Banche, Assicurazioni e Gestori del risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009, 142.

¹⁴⁰ Si tratta dei profili che attengono sia alla *compliance* che all'*enforcement* della norma. Per un approfondimento cfr. DE BENEDETTO - MARTELLI - RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, 91.

FORME DI GOVERNO E SISTEMI ELETTORALI IN FRANCIA¹

Xavier Philippe

Professore di Diritto pubblico alla Faculté de Droit di Aix-en-Provence, Università di Aix-Marseille; Professore all'Università di Western Cape, Sudafrica; Direttore dell'Istituto Louis Favoreu, CNRS UMR 6201 (diritto pubblico comparato, diritto internazionale ed europeo)

Il contributo intende analizzare il legame tra sistema elettorale e forma di governo, partendo dall'esperienza francese.

Il rapporto tra forma di governo e sistemi elettorali costituisce un soggetto relativamente poco studiato, spesso richiamato solo per cenni, senza approfondire realmente il legame tra la scelta delle modalità di elezione e la determinazione dell'effettiva configurazione di una forma di governo.

Sembra che si tratti, in effetti, di una questione che interessa più il mondo accademico che quello politico, sebbene essa abbia sempre avuto – e abbia tuttora – un interesse evidente in relazione al funzionamento del sistema politico francese.

Nel contributo, si intende dimostrare come l'attuazione di una forma di governo non dipenda solo dalle disposizioni costituzionali sulla ripartizione delle competenze e la regolazione dell'esercizio del potere da parte di Parlamento e Governo, ma è anche fortemente caratterizzata dalla scelta, di solito lasciata ai legislatori, in merito alle modalità di elezione dei governanti. Tuttavia, come si vedrà nell'analisi dell'esperienza francese, il sistema elettorale non è l'unico fattore extra-costituzionale che contribuisce a determinare il regime politico.

Per illustrare tali considerazioni, l'articolo propone, in una prima parte, una disamina delle peculiarità dei singoli sistemi elettorali, per poi procedere, nella seconda, ad un'analisi della loro influenza sul regime politico.

¹ Il presente testo è la versione rielaborata di una lezione tenuta il 15 settembre 2010 a Volterra nell'ambito del corso estivo organizzato dall'Università di Siena, sotto la direzione della Professoressa Tania Groppi. Traduzione a cura della Dott.ssa Anna Maria Lecis Cocco Ortu, Dottoranda in Diritto pubblico comparato, Università di Siena e di Aix-Marseille.

The article aims to analyze the relationship between electoral systems and forms of government, in the light of the French experience.

In France, even if the existence of a link between the electoral system adopted and the form of government is often acknowledged, the real impact of the former on the latter has not been studied in depth.

The issue seems to interest more the academic world than the political one, even if it has always had – and still has – a great importance with regard to the functioning of the French political system.

The article will show how the actual realization of the form of government does not depend only on the constitutional provisions concerning the subdivision of competences and the exercise of parliamentary and governmental powers, but it is also strongly characterized by the choice of the electoral system, usually made through the law. However, as we will see in the analysis of the French experience, the electoral system is not the only extra-constitutional factor that contributes to define the political system of government.

In order to demonstrate these considerations, the article, in a first part, analyzes the peculiarities of the different electoral systems provided in France, and, in a second part, it analyzes their influence on the political system of government.

Sommario

Introduzione

1. Le peculiarità dei sistemi elettorali in Francia sotto la Quinta Repubblica
2. Gli effetti del sistema elettorale sul regime politico

Introduzione

Il rapporto tra forma di governo² e sistemi elettorali³ costituisce un soggetto relativamente poco studiato, spesso richiamato solo per cenni, senza approfondire realmente il legame tra la scelta delle modalità di elezione e la determinazione dell'effettiva configurazione di una forma di governo.

In Francia come in molti altri Paesi, tali legami sono di solito messi in luce a seguito di una mera constatazione, di un'analisi descrittiva a posteriori, piuttosto che per effetto di una reale volontà dei costituenti o delle autorità politiche di porre in relazione i due aspetti essenziali del sistema elettorale e della forma di governo, ossia le modalità di designazione dei governanti e l'esercizio del potere. Sembra che si tratti, in effetti, di una questione che interessa più il mondo accademico⁴ che quello politico, sebbene essa abbia sempre avuto – e abbia tuttora – un interesse evidente in relazione al funzionamento del sistema politico francese.

In Francia, i rapporti tra il sistema elettorale e la forma di governo si sono manifestati molto presto, dapprima sotto la Terza e poi sotto la Quarta Repubblica. Se il regime politico parlamentare della Terza Repubblica è stato perlopiù caratterizzato da un multipartitismo che non ha smesso di affermarsi per tutta la durata del regime, le modalità di voto, di regola fondate su un sistema maggioritario uninominale a doppio turno, conobbero due eccezioni, con una formula a scrutinio di

² Per comodità di esposizione, si utilizzeranno interscambiabilmente le nozioni di “forma di governo” e “regime politico” per designare il carattere parlamentare, presidenziale, semi-parlamentare o semi-presidenziale del regime considerato. Sebbene le due definizioni non siano sinonime, e la nozione di “regime politico” appartenga alla scienza politica più che al diritto, questa intercambiabilità è stata adottata per esigenze espositive.

³ Per sistemi elettorali, nel presente contributo, si intende riferirsi all'insieme delle caratteristiche proprie di una consultazione elettorale, dalle modalità di scrutinio e le caratteristiche del suffragio, alla determinazione dell'ambito di riferimento dell'elezione (la circoscrizione elettorale) e ai tempi della consultazione elettorale. Se i caratteri classici (suffragio e formula elettorale) sono indubbiamente predominanti, ciò tuttavia non impedisce che gli altri aspetti minori costituiscano degli elementi talvolta cruciali nella determinazione delle forme di governo.

⁴ In questo senso, FAVOREU *ET ALII*, *Droit constitutionnel*, Paris, XIV ed., 2011, 756 ss., J. GICQUEL e J-E. GICQUEL *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2011, 464 ss.

lista dipartimentale dall'inizio del 1885 al 1889 e un sistema misto maggioritario e proporzionale dall'indomani della prima guerra mondiale fino al 1928⁵.

La Terza Repubblica fu così caratterizzata da un regime parlamentare dalle maggioranze ridotte, che portò alla costituzione di governi deboli, dipendenti dalle maggioranze dettate dalle circostanze. Tale sistema condusse a delle alleanze – talvolta sorprendenti – e ad un'instabilità che fece della Terza Repubblica un sistema dominato dal parlamentarismo e dall'ostruzionismo parlamentare, i quali hanno portato in più di una circostanza il governo a “governare per decreti”, in mancanza di una maggioranza stabile in Parlamento. Questa caratteristica del regime politico parlamentare francese perdurò e si rafforzò nel corso della Quarta Repubblica, nella quale la formula elettorale proporzionale favorì l'affermazione della frammentazione.

Sarà soltanto sotto la Quinta Repubblica che le modifiche del sistema elettorale per l'elezione dei deputati alla camera bassa consentirà lo sviluppo di maggioranze stabili e chiare.

È difficile negare che in Francia esista una stretta correlazione tra la scelta di un sistema elettorale e la forma di governo. Sebbene questa relazione sia storicamente sempre esistita, curiosamente essa non è interamente regolata dalla Costituzione, che anzi dispone assai poco in proposito: sono stati piuttosto degli strumenti normativi di attuazione di quest'ultima⁶ o il funzionamento delle istituzioni a permettere di stabilire dei legami tra i sistemi elettorali e le forme di governo. La determinazione di tali legami può essere effettuata mediante una disamina delle peculiarità dei singoli sistemi elettorali (1), per procedere poi ad un'analisi della loro influenza sul regime politico (2).

1. Le peculiarità dei sistemi elettorali in Francia sotto la Quinta Repubblica

I sistemi elettorali in vigore in Francia, sotto la Quinta Repubblica, variano a seconda del tipo di elezione. Essi sono, generalmente e tradizionalmente, più inclini al sistema maggioritario che a quello

⁵ Cfr. J. GICQUEL e J-E GICQUEL, *Droit constitutionnel, op.cit.* p. 464.

⁶ Di solito delle leggi organiche o talvolta anche delle leggi ordinarie concernenti talune consultazioni elettorali.

proporzionale. Tale preferenza può essere ricondotta a due ragioni principali. Da una parte, il sistema maggioritario implica l'individuazione di circoscrizioni elettorali di una misura tale da non compromettere la connessione tra eletto e elettore. Si instaura, in essi, una relazione "visiva", e perfino quasi "fisica", tra l'elettore e l'eletto, che risponde ad una esigenza reciproca di eletti ed elettori: gli elettori vogliono avere la possibilità di restare in contatto diretto coi loro eletti e, viceversa, gli eletti hanno bisogno dei loro elettori per preparare la propria rielezione⁷. D'altra parte, poi, i sistemi maggioritari sono garanzia di una maggiore stabilità. Essi permettono di formare maggioranze più chiare e condannano la frammentazione e il frazionamento dei partiti politici. Vi è dunque, al di là dell'attrattiva che può suscitare un sistema elettorale volto alla rappresentazione proporzionale, un certo attaccamento al sistema elettorale caratterizzato dalla formula maggioritaria.

La situazione francese attuale vede tuttavia la compresenza dei due grandi modelli di sistema elettorale, maggioritario e proporzionale, seppur con una preferenza piuttosto netta nei confronti del maggioritario a doppio turno.

Il sistema proporzionale è attualmente ancora in uso per le elezioni regionali, ma soltanto fino alle prossime elezioni che si terranno nel 2014⁸. Esso consiste in un sistema di voto plurinomiale, con liste corrispondenti a ciascuna circoscrizione regionale. Tale sistema elettorale è ancora vigente sia per l'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo, ma su base nazionale, che per l'elezione dei

⁷ Tutti i sistemi maggioritari che hanno abbandonato il modello del voto di "arrondissement" sono stati generalmente respinti dal corpo elettorale. Questo fu ad esempio quanto accadde sotto la Terza Repubblica. La diffidenza incontrata in un primo momento dal voto di "arrondissement" nel regime repubblicano, fu superata nel 1889. Allo stesso modo, nel 1927, la formula maggioritaria fu preferita al sistema misto, considerato dall'elettorato troppo complicato. (cfr. J. GICQUEL e J-E GICQUEL, *op.cit.*, 464).

⁸ La riforma che ha introdotto il "consigliere territoriale" (destinato a riunire in un'unica figura di rappresentanza territoriale i consiglieri regionali e quelli generali dipartimentali) ha previsto infatti, dopo alcune esitazioni, il sistema maggioritario a doppio turno per l'elezione dei nuovi rappresentanti territoriali. In un primo momento era stata proposta l'introduzione di un sistema misto, per unire i sistemi elettorali propri della rappresentanza regionale e dipartimentale, ma in seguito al dibattito e ad alcune riserve espresse dal Consiglio di Stato, la scelta è caduta sul sistema elettorale in uso per le elezioni dei consiglieri generali.

senatori⁹. Si può notare che le suddette consultazioni elettorali sono caratterizzate da un tasso di partecipazione più basso rispetto alle altre e da una depersonalizzazione della campagna elettorale, che si sviluppa intorno ai *leader* politici nazionali, i quali utilizzano queste elezioni come strumento per testare la propria popolarità presso gli elettori. Si è potuta riscontrare tuttavia qualche eccezione, nell'ambito delle elezioni regionali, dovuta alla popolarità dei candidati capilista o al contesto regionale. Ciò tuttavia non pregiudica la tendenza generale sopra richiamata, sebbene non sia possibile valutare con precisione le ragioni specifiche di tale disinteresse per la rappresentanza proporzionale.

Con l'esclusione di questi tre tipi di consultazione elettorale, il sistema privilegiato è quello maggioritario a doppio turno, uninominale o plurinominale, con qualche correttivo proporzionale per le elezioni municipali. Si tratta di un sistema non complicato, nel quale si può avere l'elezione al primo turno soltanto con la maggioranza assoluta dei voti, mentre nell'eventuale secondo turno è previsto il concorso dei soli candidati arrivati in testa al primo turno¹⁰. Il secondo turno permette l'elezione a maggioranza relativa: la candidata o il candidato che riceve il maggior numero di voti viene eletto. La circoscrizione di riferimento è generalmente l' "*arrondissement*", ma può variare in funzione della natura dell'elezione.

Il sistema maggioritario è stato largamente adottato (o reintrodotta) sotto la Quinta Repubblica, in ragione della stabilità che è in grado di assicurare¹¹. Questa sua caratteristica è stata senza dubbio una delle principali giustificazioni della sua adozione e del suo ritorno in auge dopo l'esperienza della Quarta Repubblica, e i risultati che ha prodotto sotto tale profilo si sono rivelati all'altezza delle aspettative di cui era stato caricato. Il sistema di elezione a due turni, poi, permette di bilanciare gli aspetti negativi del sistema maggioritario a turno unico

⁹ Il Senato è eletto a suffragio indiretto. Si tratta peraltro di un sistema diversificato poiché varia in funzione del numero di senatori da eleggere in ciascun dipartimento. Se il numero di senatori spettanti ad un dipartimento è pari o inferiore a 3, si applica la formula maggioritaria; se è invece di 4 o più, si applica la formula proporzionale.

¹⁰ In certe consultazioni non esiste un obbligo di esclusione dei candidati o delle liste che abbiano raggiunto una certa percentuale di voti (il che può dare luogo a dei secondi turni a tre, che sono detti "triangolari"), mentre in altre solo i due candidati che hanno ricevuto il maggior numero di voti possono restare in corsa.

¹¹ FAVOREU ET ALII, *Droit constitutionnel*, op.cit., 813.

e consente agli elettori di effettuare una scelta al secondo turno che li pone al centro della decisione. Inoltre, tale sistema permette di tracciare un collegamento tra l'eletta o l'eletto e i consensi che ha raccolto: in questo senso il sistema maggioritario permette una sorta di "visualizzazione dell'eletto" che il sistema proporzionale non consente, o consente in misura ridotta.

Ci si può domandare, per comprendere l'attuale rapporto tra sistema elettorale e forma di governo, fino a che punto il sistema maggioritario in vigore sia oggi ancorato al regime politico della Quinta Repubblica. Possiamo o no ritenere che esso fa parte delle "convenzioni costituzionali"¹² o che è parte integrante del "sistema costituzionale" della Quinta Repubblica?

Formalmente, tale dubbio non è ammesso: il testo costituzionale rimane vago a proposito del sistema elettorale che debba essere adottato. Esso si limita a prescrivere il carattere diretto o indiretto del suffragio, mentre la maggior parte delle disposizioni sul sistema elettorale si trova nella legge organica e non nella Costituzione. La risposta al quesito è perciò necessariamente negativa. Un'ulteriore prova di ciò si rinviene nel fatto che il sistema maggioritario è stato effettivamente abbandonato, nel corso della Quinta Repubblica: la modificazione del sistema elettorale introdotta nel 1985 per le elezioni legislative del 1986¹³, si fondava infatti sulla rappresentazione proporzionale. La storia costituzionale recente ci fornisce dunque un contro-esempio che depone per l'assenza di valore costituzionale formale del sistema elettorale demandato dal regime politico.

Tuttavia, il sistema elettorale della Quinta Repubblica ha indiscutibilmente caratterizzato il funzionamento del regime politico e, se ciò non autorizza a parlare propriamente di un suo valore costituzionale, è indubbio che esso abbia favorito l'evoluzione del regime politico francese nella direzione di un presidenzialismo sempre più marcato. Certo, il regime elettorale non è l'unico elemento che ha condotto alla "presidenzializzazione" del regime politico – e non si intende in questa sede farne un elemento determinante – ma esso vi ha fortemente contribuito.

¹² AVRIL, *Les conventions de la constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, 1997.

¹³ Legge organica del 10 luglio 1985, abrogata dalla successiva legge dell'11 luglio 1986.

Possiamo allora affermare che il regime politico è influenzato dal sistema elettorale? Senza grande possibilità di errore – e purché si tratti di un regime realmente democratico – la risposta, in questo caso, deve essere senz'altro affermativa. Ed essa non riguarda certo soltanto l'esempio francese. Questa constatazione non deve tuttavia celare il fatto che gli elementi che contribuiscono a caratterizzare un regime politico sono molteplici – modalità di funzionamento del regime, rapporti tra i poteri, carisma dei *leader* e tipo di governo... – e non sono tutti riconducibili al sistema elettorale. E possiamo altresì rilevare come il sistema costituzionale concepito dai suoi creatori di rado venga posto in essere in maniera conforme a quella prevista.

Possiamo prendere in considerazione tre casi paradigmatici tratti dall'esperienza francese che testimoniano l'influenza dei regimi elettorali sul funzionamento del sistema politico.

Il primo esempio è offerto proprio dalla nascita della Costituzione del 1958. Sebbene la Quinta Repubblica fosse stata istituita per risolvere un doppio problema manifestatosi sotto la Quarta Repubblica¹⁴, vi era la volontà di conservare i tratti generali della Costituzione precedente, cercando di correggerne soltanto i punti deboli: il regime politico immaginato dal Generale de Gaulle e da Michel Debré restava fondato su un regime parlamentare, razionalizzato mediante dei meccanismi giuridici che impedissero di ricadere nei precedenti errori¹⁵.

Uno dei suddetti meccanismi consisteva nella ripartizione delle competenze tra Parlamento e Governo, determinando l'ambito di competenza della legge e lasciando tutte le materie residuali alla competenza regolamentare. Questo intervento intendeva ovviare al problema dell'ostruzionismo parlamentare riscontrato in precedenza. Con riferimento alla disciplina elettorale, la Costituzione non prevedeva alcunché¹⁶, ad eccezione del carattere diretto o indiretto del suffragio, così che la scelta del sistema elettorale fu rimessa alla legge. Fu dunque la legislazione, e non la riforma costituzionale, a modificare il sistema elettorale, che passò dalla formula proporzionale a quella

¹⁴ L'uno contingente, la guerra d'Algeria; l'altro strutturale, l'instabilità governativa della Quarta Repubblica.

¹⁵ In questo senso, J. GICQUEL e J-E GICQUEL, *Droit constitutionnel, op.cit.*, 497; FAVOREU *ET ALII*, *Droit constitutionnel, op.cit.*, 784 ss.

¹⁶ Eccetto che per il Presidente della Repubblica.

maggioritaria. Tale modificazione ebbe degli effetti imprevisi, e altamente rilevanti sul piano del regime politico, in quanto permise la formazione di maggioranze chiare e forti e la nascita di una forma di bipartitismo, garantendo così la stabilità del sistema di governo.

Ciò comportò ulteriori conseguenze che meritano di essere sottolineate. Innanzitutto, la razionalizzazione prevista dal testo costituzionale per permettere al Governo di agire in caso di ostruzione da parte del Parlamento, si è dimostrata superflua, in ragione della scelta in ordine al sistema elettorale. Esso infatti ha consentito di mantenere una certa armonia tra Parlamento e Governo, la quale ha reso inutile l'attuazione di meccanismi di riserva delle competenze al Governo.

Inoltre, il sistema parlamentare concepito dai costituenti della Quinta Repubblica si è rapidamente trasformato in un sistema "semipresidenziale" - se non "presidenziale" - per due ragioni principali: da un lato la risoluzione della crisi algerina richiedeva risposte forti che solo l'Esecutivo - e più precisamente il Capo dello Stato - era in grado di dare¹⁷; dall'altro lato, la personalità e il carisma del Capo dello Stato, Charles de Gaulle, erano tali che la funzione presidenziale fu esaltata rispetto a come era prevista sulla base della Costituzione e del metodo di elezione originario¹⁸.

Questo esempio dimostra come il sistema elettorale abbia giocato un ruolo di rilievo nel delineare la fisionomia del sistema politico della Quinta Repubblica. Pur senza rappresentare l'unica ragione che ha condotto all'attuale forma semipresidenziale (o presidenziale), è

¹⁷ Bisogna tenere presente che la Costituzione del 1958 era stata concepita per essere una Costituzione provvisoria, destinata a rispondere alla situazione di crisi, nelle more dell'adozione di una nuova Costituzione destinata ad essere più duratura. La storia ha deciso però diversamente! La Costituzione del 1958 venne infatti modificata nel 1962 mediante l'introduzione dell'elezione diretta del Presidente della Repubblica, a suffragio universale uninominale a doppio turno, è divenne così definitiva. Vedi *infra*.

¹⁸ Si trattava di un'elezione a suffragio universale indiretto da parte di un collegio di grandi elettori. Il testo originario era il seguente (estratto):

Article 6 - Le Président de la République est élu pour sept ans par un collège électoral comprenant les membres du Parlement, des conseils généraux et des assemblées des Territoires d'Outre-mer, ainsi que les représentants élus des conseils municipaux. [...]

Article 7 - L'élection du Président de la République a lieu à la majorité absolue au premier tour. Si celle-ci n'est pas obtenue, le Président de la République est élu au second tour à la majorité relative. [...]

evidente fino a che punto tale sistema elettorale abbia esercitato un'influenza sul funzionamento del regime politico, sebbene quest'ultimo risulti invero facilmente modificabile.

Un secondo esempio dell'incidenza del sistema elettorale sul regime politico è rappresentato dalla riforma costituzionale del 1962, avente ad oggetto l'elezione a suffragio universale diretto del Presidente della Repubblica¹⁹. La modificazione della disciplina potrebbe apparire, ad un primo sguardo, poco incisiva, dal momento che si tratta di una riforma delle sole modalità di esercizio del voto, e non della formula elettorale. In realtà, però, l'introduzione del sistema elettorale a suffragio universale diretto ha profondamente trasformato la Quinta Repubblica, facendone un regime politico che, secondo gli osservatori e gli stessi titolari del mandato, oscilla tra il modello semipresidenziale e quello presidenziale.

Tale riforma ha di fatto sostituito la modificazione della Costituzione del 1958 che avrebbe dovuto avere luogo all'indomani della guerra d'Algeria e degli accordi di Évian e la Costituzione provvisoria è divenuta così definitiva, provocando un acceso dibattito sulla legittimità della revisione voluta dal Presidente della Repubblica in merito al metodo di elezione presidenziale. Infatti, il sistema elettorale per l'elezione presidenziale è l'unico espressamente contemplato in maniera dettagliata nel testo costituzionale e, pertanto, fu necessario modificare la Costituzione per poter procedere all'introduzione della suddetta modalità di elezione. Il Generale de Gaulle, Presidente in carica eletto a suffragio universale indiretto, desiderava, a seguito dell'attentato del "*Petit Clamart*", conferire al Capo dello Stato un ruolo che andasse al di là di quello inizialmente previsto nella Costituzione. Egli riteneva che soltanto un'elezione diretta del Capo dello Stato da parte del popolo gli avrebbe garantito la legittimità necessaria per renderlo un arbitro al di sopra delle parti (politiche), in grado di indirizzare la politica nazionale. Tale decisione incontrò l'ostilità del Parlamento che vi vedeva – a ragione – un indebolimento del proprio potere. Ci fu così un braccio di ferro²⁰ sulle

¹⁹ Riforma costituzionale del 6 novembre 1962. Questa revisione, talvolta definita *révision-fondation*, ha dato attuazione alle proposte avanzate dal Generale de Gaulle nel suo discorso di Bayeux del 16 giugno 1946.

²⁰ Questo braccio di ferro diede luogo ad una mozione di censura – la sola proposta sotto la Quinta Repubblica – il 5 ottobre del 1962. Il Primo ministro presentò allora le sue dimissioni, ma il Presidente della Repubblica le rifiutò e sciolse

modalità di revisione, poiché il Generale de Gaulle decise di utilizzare l'articolo 11 della Costituzione, che prevede la possibilità di sottoporre a referendum ogni riforma relativa all'organizzazione dei poteri pubblici, invece che l'articolo 89, avente ad oggetto la normale procedura di revisione²¹. Tale scelta consentiva di evitare il previo voto di ciascuna camera del Parlamento, che sarebbe stato invece richiesto dall'articolo 89. La scelta fu perciò fortemente criticata dal Parlamento stesso²², ma approvata invece dal corpo elettorale mediante il referendum, che diede ragione al Generale de Gaulle e, col voto referendario, ne convalidò la scelta.

All'epoca non era concepibile tenere distinta l'elezione del Capo dello Stato a suffragio universale diretto dalla personalità del Generale de Gaulle. Ad egli bastava la propria legittimazione "storica", ma lui stesso temeva che la situazione potesse cambiare allo scadere del suo mandato. L'elezione diretta del Presidente della Repubblica avrebbe permesso così di tenere in vita la Quinta Repubblica senza cambiare la Costituzione, ma affermando allo stesso tempo un regime presidenza-

l'Assemblée Nationale. La riforma fu quindi sottoposta a referendum il 28 ottobre 1962 con una grande affluenza e fu approvata dal 62% dei Francesi. Le elezioni legislative si tennero il 18 e il 25 novembre e assicurarono al Generale de Gaulle la maggioranza politica.

²¹ Jean Foyer, Ministro della giustizia, Guardasigilli all'epoca della riforma costituzionale del 1962, amava raccontare un aneddoto accaduto nel corso del Consiglio dei ministri nel quale il Generale de Gaulle ha comunicato al governo la sua volontà di modificare il metodo di elezione presidenziale mediante il meccanismo previsto dall'articolo 11. Egli chiese dunque a ciascuno dei suoi ministri cosa pensasse di tale progetto. I primi interrogati approvarono il progetto presidenziale. Venne il turno di Jean Foyer, che ritenne, in qualità di Guardasigilli, che il progetto potesse porre dei problemi tecnici considerata l'esistenza di una procedura di revisione costituzionale particolarmente chiara, ma proseguì affermando che, se si trattava del bene del Paese, capiva le ragioni per la scelta della procedura dell'articolo 11 e che perciò, dopo lunghe riflessioni, si dichiarava favorevole al parere del Generale. Il ministro successivo – visibilmente in disaccordo col progetto e forte degli argomenti sostenuti dal Guardasigilli – esclamò: «*Condivido le perplessità del Guardasigilli!*». Al che il Generale de Gaulle gli avrebbe risposto: «*Il Guardasigilli ha delle perplessità, ma le supera!*». La discussione fu quindi conclusa.

²² Il *Conseil constitutionnel* era stato adito dal Presidente del Senato affinché si pronunciasse sulla costituzionalità della legge referendaria (si trattava di verificare la conformità a Costituzione della procedura mediante la quale la legge referendaria era stata sottoposta all'elettorato). Il *Conseil constitutionnel*, con la decisione n. 62-20 DC del 6 novembre 1962, si dichiarò incompetente a sindacare sulla legge referendaria (cfr. *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, n. 4, Paris, XVI ed., 2011).

lista che non era mai esistito prima. L'originalità della riforma consisteva nell'utilizzare una "vecchia istituzione" - il Presidente della Repubblica - dal ruolo prevalentemente simbolico, per farne la testa pensante di un Esecutivo bicefalo. Possiamo constatare ancora una volta, grazie a questo esempio, il peso del sistema elettorale sulla fisionomia del regime politico. Si sottolinea che sebbene la Costituzione non fornisca indicazioni quanto agli aspetti tecnici del sistema elettorale in senso stretto, essa definisce invece il carattere diretto o indiretto dell'elezione.

Un terzo e ultimo esempio di questa relazione tra regime politico e sistema elettorale è rappresentato dalle elezioni dei deputati all'*Assemblée Nationale* nel 1986. Esse furono le uniche svoltesi secondo il sistema della rappresentanza proporzionale sotto la Quinta Repubblica. Ciò avvenne principalmente per una ragione politica. Quando, nel 1985, il Presidente F. Mitterand realizzò che avrebbe potuto perdere la maggioranza all'*Assemblée Nationale*, decise di modificare le modalità di voto, per minimizzare l'effetto amplificativo che il sistema maggioritario garantisce alla maggioranza eletta.

Tale modifica²³, tuttavia, non permise il perseguimento degli obiettivi prefissati, mentre fece comparire, per la prima volta sotto la Quinta Repubblica, la rappresentanza dei partiti estremisti, in particolare del *Front national*. Inoltre, la suddetta riforma della disciplina elettorale comportò delle conseguenze che diedero luogo ad una nuova forma di governo: la "*cohabitation*". Essa, com'è noto, consiste

²³ Quattro leggi del 10 luglio 1985 sostituirono al sistema di tipo maggioritario, istituito nel 1958 e nel 1959, un sistema di tipo proporzionale. Per i dipartimenti, la riforma fu introdotta dalla legge organica n. 85-688 e dalla legge n. 85-690, aventi ad oggetto rispettivamente la modifica del codice elettorale e la disciplina di elezione dei deputati. Esse introdussero il voto di lista con la formula proporzionale secondo il metodo del quoziente, su base dipartimentale. Erano ammesse alla ripartizione dei seggi solo le liste che avessero ottenuto almeno il 5% dei voti espressi. I seggi venivano attribuiti ai candidati secondo l'ordine dettato dalla lista. Nel caso in cui due liste avessero lo stesso quoziente per l'attribuzione dell'ultimo seggio, questo veniva assegnato alla lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti. Una tabella allegata alla legge ordinaria fissava il numero di seggi da assegnare a ciascun dipartimento, che variava da 2 a 24. La legge disponeva inoltre che « *la révision de la répartition des sièges a lieu au cours de la première session ordinaire du Parlement qui suit la publication des résultats du recensement général de la population.* ».

Le uniche elezioni legislative svoltesi secondo questo sistema sono state quelle del 16 marzo 1986, dal momento che la legge dell'11 luglio 1986 ha ristabilito il sistema maggioritario a doppio turno.

nell'ipotesi nella quale il Presidente della Repubblica e la maggioranza dell'*Assemblée nationale* appartengono a parti politiche opposte. Ciò obbliga il Presidente della Repubblica a scegliere un Primo ministro tra le fila della maggioranza dell'*Assemblée nationale* e dà dunque luogo ad un esecutivo bicefalo nel quale il Presidente della Repubblica e il Primo ministro sono espressione di due parti politiche in contrapposizione. Questo sistema, che avrebbe potuto dare luogo a delle crisi, di fatto ha sempre funzionato piuttosto bene poiché il Primo ministro ha sempre potuto disporre di una maggioranza all'*Assemblée nationale* che gli permetteva di governare, anche nel caso in cui il Presidente si opponesse a talune riforme. Quest'ultimo, infatti, ha potuto tutt'al più posticiparne la discussione intervenendo sul calendario, ma non ha mai potuto bloccare una riforma voluta dalla maggioranza. Tale regime di coabitazione ha perciò potuto funzionare perché la maggioranza, sebbene relativamente ridotta, era nella misura di poter ridare al regime politico le sembianze di un sistema parlamentare. La Costituzione era dunque la stessa, ma il sistema elettorale aveva portato ad un rimescolamento delle carte e ad una mutazione del regime politico che la Quinta Repubblica aveva contribuito a istituire.

Tale situazione perdurò ancora anche quando il sistema elettorale fu ridefinito, attraverso il ritorno al sistema maggioritario (e una ridefinizione delle circoscrizioni elettorali). Il regime di coabitazione si ripresentò due volte, nel 1993 e nel 1997, dimostrando da un lato che il sistema maggioritario non era sufficiente a garantire il regime politico e, dall'altro, che il cambiamento del sistema elettorale era stato in grado di dare luogo ad una nuova prassi sotto la Quinta Repubblica. Tale situazione portò ad una revisione della Costituzione che modificò la durata del mandato del Presidente della Repubblica da 7 a 5 anni²⁴.

Per quanto questa riforma sia stata giustificata attraverso diversi motivi, legati in particolare all'eccessiva durata del mandato, la durata di 7 anni aveva principalmente l'effetto sgradito di non far coincidere le elezioni per l'*Assemblée nationale* con quelle del Presidente della

²⁴ Legge costituzionale n. 2000-964 del 2 ottobre 2000, relativa al quinquennio. Il 24 settembre 2000 si tenne il referendum sulla riduzione del mandato presidenziale a 5 anni, ai sensi dell'articolo 89 della Costituzione. Il "sì" prevalse con il 73,2% dei voti espressi, ma l'affluenza fu solo del 30,1%. Su quasi 40 milioni di iscritti alle liste elettorali, solo 12 milioni si recarono a votare (tra i quali due milioni circa che votarono scheda bianca o nulla).

Repubblica. Vi era pertanto un periodo di due anni nel corso dei quali il rischio di coabitazione diveniva più che plausibile. Sulla base di questa considerazione, le coincidenze legate al calendario²⁵ e la riforma posta in essere portarono le due elezioni sulle stesse date²⁶. Fu deciso, tuttavia, che le elezioni presidenziali avessero luogo prima delle elezioni per l'*Assemblée nationale*²⁷. In questo modo, si consentiva che il Presidente neo-eletto potesse legittimamente richiedere al corpo elettorale di dargli una maggioranza per governare. Ciò appare logico, ma ha avuto come conseguenza di rendere il regime politico ancora più presidenziale di quanto non lo fosse in precedenza. Questa nuova situazione rafforza infatti il binomio Presidente della Repubblica-*Assemblée nationale*, creando un legame ancora più stretto tra potere esecutivo e potere legislativo.

Queste riforme dimostrano così che la Quinta Repubblica non ha cessato di esistere, ma ha dovuto di volta in volta ritrovare il proprio equilibrio nei rapporti con i diversi sistemi elettorali. Questa considerazione è d'altronde largamente riconosciuta, anche se viene messa relativamente poco in evidenza.

Sulla base di tali considerazioni, ci si può a questo punto chiedere: quali conseguenze implica questa situazione?

²⁵ Lo scioglimento dell'*Assemblée nationale* da parte del Presidente della Repubblica nel 1997, ovvero due anni dopo l'inizio del suo mandato, aveva comportato l'effetto di far coincidere le due elezioni, presidenziale e legislativa.

²⁶ Si noti peraltro che la non corrispondenza tra i due mandati può ancora prodursi nel caso in cui il Presidente della Repubblica sciogla l'*Assemblée nationale* (anche se è poco probabile che egli possa avere interesse a sciogliere una camera che gli è favorevole) o ancora in caso di morte o impedimento del Presidente nel corso del mandato (ma in quest'ultimo caso è probabile che egli sciogla l'*Assemblée nationale*).

²⁷ 20 dicembre 2000: adozione all'*Assemblée nationale* in prima lettura della proposta di legge organica di modifica del calendario elettorale della primavera del 2002, affinché le elezioni legislative abbiano luogo successivamente all'elezione presidenziale (330 voti favorevoli, 245 contrari, 6 astensioni).

24 aprile 2001: adozione definitiva da parte dell'*Assemblée nationale* della modifica del calendario elettorale. La legge di proroga dei poteri dell'*Assemblée nationale*, che prolungava così la durata della legislatura in corso, è dichiarata conforme a Costituzione dal *Conseil constitutionnel* il 9 maggio. Si veda la decisione del *Conseil constitutionnel* n. 2001-444 DC *Loi organique modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale*, J.O del 16 maggio 2001, 7806, Rec. 59.

2. Gli effetti del sistema elettorale sul regime politico

Sulla base di questi esempi, nonché dell'analisi dei testi e delle prassi costituzionali, è possibile trarre una serie di conclusioni sul regime politico francese, così come è possibile estendere la discussione per giungere a delle conclusioni in una prospettiva comparata.

Vi è, in primo luogo, un evidente legame tra il sistema elettorale – e i suoi effetti sulla rappresentanza - e il regime politico, in particolare per quel che riguarda i rapporti tra il potere esecutivo e il potere legislativo²⁸. Non suscita perciò grande sorpresa il fatto che tale legame risalti facilmente se si osservano da vicino le conseguenze delle riforme del sistema elettorale sul regime politico. Si può notare, tuttavia, che esso spesso non viene percepito immediatamente e che sono relativamente poche le opere dottrinali che vi dedicano una certa attenzione.

Tuttavia, la misurabilità dell'influenza del sistema elettorale sul regime politico è una questione molto più delicata: infatti, se il fatto che vi sia una certa influenza è difficilmente negabile, il sistema elettorale non è il solo fattore capace di influenzare il regime politico. Vari fattori intervengono, e solo il funzionamento concreto dei sistemi costituzionali è in grado di mettere in luce tale legame.

Ci si può piuttosto interrogare su quali siano le ragioni che portano i costituenti ad includere molto raramente i sistemi elettorali nel testo fondamentale. Questa disconnessione tra il sistema elettorale e la Costituzione potrebbe d'altronde non essere ricercata da parte dei costituenti. Ma non sembra nemmeno che i governi e i parlamenti desiderino porre fine a questa situazione...

In secondo luogo, i sistemi elettorali sono dei "sistemi complessi"²⁹. La legge che introduce una procedura elettorale, in attuazione di una disposizione costituzionale, offre raramente un panorama completo del sistema elettorale nel suo insieme. Ora, spesso solo alcuni aspetti dell'elezione sono disciplinati in Costituzione o in una legge organica (la scelta del sistema maggioritario o proporzionale, per esempio).

²⁸ Cfr. in questo senso J. GICQUEL e J-E GICQUEL *Droit constitutionnel, op.cit.*, 180-181.

²⁹ Sono cioè dei sistemi che pongono in essere un processo composto da fattori concatenati, nel quale ogni singolo elemento contribuisce all'insieme finale che ne risulta.

Dall'analisi empirica del funzionamento dei sistemi elettorali risulta che l'alchimia dell'insieme "sistema elettorale-regime politico" dipende fortemente da fattori contestuali che non è possibile classificare né suddividere in modelli. A questo proposito è possibile osservare che vi sono numerosi aspetti del sistema elettorale che influiscono direttamente sulla fisionomia e il funzionamento del regime politico. Alcuni di essi sono ricorrenti e ben noti; altri sono contingenti. Ne possiamo di seguito ricordare alcuni.

La *scelta in merito alle circoscrizioni elettorali e alla loro suddivisione* rappresenta un fattore-chiave col quale tutti i governi amano giocare per ottenere risultati a loro favorevoli. Si tratta di un elemento necessariamente contingente, ma che nondimeno mette in evidenza il peso rilevante esercitato dal territorio sull'elezione. Se il controllo svolto dai giudici – in particolare, costituzionali – può garantire una certa tutela, il diritto non è tuttavia in grado di prendere in considerazione gli aspetti sociologici e politici di tali questioni, che svolgono un ruolo decisivo nella determinazione del risultato finale⁵⁰. Sebbene la determinazione delle circoscrizioni elettorali possa sembrare un elemento meramente tecnico del sistema elettorale, le sue ripercussioni e i suoi effetti sul risultato dell'elezione sono talmente significativi da incidere sul funzionamento della vita politica, e dovrebbero perciò essere inclusi, almeno in linea di principio, in Costituzione o in una legge costituzionale, in modo da essere sottratti alla disponibilità delle maggioranze.

Il *momento dell'elezione* è anch'esso un elemento importante nell'analisi della relazione tra sistema elettorale e regime politico. Seppur considerato un fattore minore, esso svolge infatti un ruolo fondamentale, specialmente laddove il regime politico non consista in una forma di governo pura, ma in un regime ibrido come quello semipresidenziale o semiparlamentare. Infatti, se le date delle elezioni non coincidono, una delle consultazioni elettorali può influenzare l'altra, anche in maniera determinante. Modificando le date previste per le elezioni è perciò possibile trasformare facilmente la fisionomia del sistema politico. In altri termini, un aspetto puramente tecnico qual è la data dell'elezione, possiede di fatto una rilevanza tale da poter mutare sensibilmente l'aspetto del regime politico e della forma di governo.

⁵⁰ Cfr. in proposito FAVOREU ET ALII, *Droit constitutionnel*, op.cit., 808.

La scelta della formula elettorale⁵¹ può essere altresì il risultato di un accordo (spesso ufficioso) per evitare la rappresentanza o la presenza di certi partiti politici (ad esempio i partiti estremisti che si pongono in contrapposizione agli stessi principi repubblicani). Ciò può essere considerato non molto democratico, ma è comunque un elemento tenuto spesso in considerazione nel dibattito che anima le eventuali riforme del sistema elettorale.

Questi sono solo alcuni dei fattori ricorrenti, che possiedono un'importanza effettiva ai fini della determinazione del regime politico.

In terzo luogo, vi sono altri elementi che non fanno parte del sistema elettorale ma che vanno comunque a caratterizzare il sistema di governo. Bisogna dunque essere consapevoli che il sistema elettorale non spiega da solo il funzionamento di un regime politico nel suo complesso ed esaltare il suo valore sarebbe pericoloso.

Vi sono infatti molti altri fattori che determinano i caratteri di un regime politico, alcuni dei quali perfettamente noti, che derivano dal testo o dalle prassi costituzionali, altri di più difficile individuazione e non puntualmente enumerabili. Così, ad esempio, i rapporti tra il Parlamento e il Governo sono spesso percepiti e spiegati dal punto di vista istituzionale, ma vi sono anche degli aspetti più personali, più umani, che non possono essere ignorati. Quali sono, ad esempio, i rapporti personali tra il Presidente e il Primo ministro, o tra il Presidente e i Presidenti delle assemblee (*Assemblée Nationale* e *Sénat*)? Questo fattore può apparire più sociologico che giuridico, eppure in una fase di coabitazione possiamo osservare chiaramente come il Primo ministro possa schierarsi con il Parlamento contro il Presidente e come, al contrario, in una fase di governo "normale", il Presidente della Repubblica possa giocare un ruolo determinante, o invece lasciare un più ampio margine d'azione al proprio Primo ministro. In queste ipotesi, a prescindere dal sistema elettorale e dalle previsioni costituzionali, i medesimi testi normativi possono dare luogo a dei regimi politici di fatto sensibilmente differenti. La personalità, il carisma e la concezione del regime politico dei titolari delle cariche comportano delle analisi molto diverse le une dalle altre.

Di conseguenza, possiamo evidenziare che i regimi politici – al di là delle classificazioni accademiche che hanno spesso un obiettivo principalmente pedagogico e descrittivo – sono il risultato delle diverse

⁵¹ Cfr. FAVOREU ET ALII, *Droit constitutionnel*, op.cit., 813.

opzioni che sono state appena descritte, aventi ad oggetto i rapporti tra il sistema elettorale e il regime politico o la forma di governo. Il sistema elettorale indica dunque una direzione iniziale, ma altri elementi possono poi moderare o amplificare questa prima configurazione del regime.

Possiamo quindi dedurre che i sistemi costituzionali operano una scelta in merito alla forma di governo, ma che numerosi altri fattori contribuiscono poi a modulare e modellare il regime politico, spesso allontanandolo progressivamente dalle concezioni iniziali dei costituenti. Questo, d'altronde, fa parte della vita della Costituzione.

A questo punto, è possibile formulare due conclusioni che andrebbero discusse in un quadro comparativo più generale.

Da una parte, le forme di governo o i regimi politici vanno valutati in una prospettiva dinamica e non statica. Ciò significa che, in presenza di una stessa Costituzione e di una disciplina elettorale apparentemente priva di effetti sulla forma di governo, si potrebbero in realtà osservare diversi regimi politici e diverse forme di governo. Il testo originario non fornisce tutte le chiavi di lettura e non permette di determinare, in anticipo e una volta per tutte, una precisa forma di governo.

D'altra parte, le costituzioni rimangono comunque il luogo principale in cui queste variazioni hanno luogo, almeno in via generale. Tuttavia, e nonostante tale punto non sia stato affrontato in questa sede, gli elettori restano la chiave di ogni democrazia. Se questi ultimi non sono soddisfatti delle persone elette e del loro modo di gestire le questioni pubbliche, possono sanzionarli attraverso la non rielezione. Questo elemento non deve mai essere perso di vista, perché è su di esso che poggia l'intero sistema. E la storia dei rapporti tra sistemi elettorali e forme di governo non può dirsi conclusa, perché i sistemi elettorali classici sono oggi rimessi in discussione dalle moderne forme di democrazia (come la democrazia elettronica, l'*e-democracy*) che potrebbero scombussolare ancora di più quanto finora osservato sulle forme di governo. Si tratta però, a questo punto, di un'altra questione.

NOVITA' BIBLIOGRAFICHE

P.L. PETRILLO
Democrazia sotto pressione. Parlamento e lobby nel diritto pubblico comparato
Giuffr , Milano, 2011

Ginevra Cerrina Feroni
*Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
nell'Universit  di Firenze*

Il libro di Pier Luigi Petrillo   il frutto di una cultura politica vasta, non usuale tra i giuristi, che si coniuga con una lucida analisi della realt  e delle conseguenze concrete delle scelte operate dal legislatore. E' un lavoro che si apprezza per il rigore scientifico con il quale l'analisi normativa viene condotta. Le norme tuttavia non sono mai lette isolatamente, ma sono interpretate e raccolte in sistema, con particolare attenzione ai profili di comparazione, il che consente al lettore, anche quello meno esperto della materia, di avere un quadro di insieme organico ed esaustivo sul tema. E' un lavoro originale per un giurista, considerato che sui gruppi di pressione   data riscontrare una sostanziale mancanza di studi giuridici. Sotto questo profilo   uno studio coraggioso perch  obbliga il giurista ad uscire dal proprio guscio e ad aprirsi alla multidisciplinariet , che significa acquisire ed utilizzare informazioni che appartengono ad altri saperi disciplinari, perlopi  politologici e sociologici (il che non si deve tradurre - sia chiaro - nella rinuncia alla propria tipizzazione, ma significa acquisire elementi indispensabili ai fini del lavoro che si   chiamati a compiere proprio per affermare la rilevanza della propria specializzazione). Da ultimo - e non per importanza - vorrei sottolineare che si tratta di un libro costruito sotto l'impulso di una forte coscienza civica e di ethos pubblico.

Mi limito a fare due considerazioni.

La prima concerne il rapporto che intercorre tra *lobbies* e decisori pubblici, da un lato, e ruolo dei partiti politici, dall'altro. In effetti, non   possibile parlare di *lobbies*, cio  di rappresentanza degli interessi, senza comprendere quello che   stato il ruolo dei partiti politici nel nostro Paese. Nell'800 la politica e la rappresentanza sono state monopolio di " lites", ovvero da un'altra angolatura, della borghesia, cio  della classe dominante nella Rivoluzione del '79. Pur con le sensibili differenze tra Paesi - si pensi ad esempio alle esperienze

specifiche di Francia, Italia e Germania - per tutto il secolo le masse popolari o i soggetti deboli (vedi le donne) sono rimasti sostanzialmente ai margini della politica. Il '900 in Europa è, invece, il secolo dell'ingresso delle masse nella politica, con proprie forme di rappresentanza. Questo è vero tanto nelle esperienze socialiste, quanto in quelle dei fascismi: in forme molto diverse (dalla democrazia totalitaria e del culto del "capo" dei fascismi, sino al partito come "intellettuale collettivo" di Gramsci; in URSS il percorso è stato un po' diverso: si pensi al Partito di quadri di Lenin, ma assai condizionato dalla arretratezza della Russia e dal necessario ricorso alle *élites*) il dato che ha accomunato le esperienze politiche del '900 è stato per l'appunto la partecipazione di massa, che ha trovato riscontro o meglio è stata il riflesso della crescita del peso economico e sociale dei ceti urbani e della classe operaia, principalmente con lo sviluppo delle città e dell'industria. In Italia il ruolo dei partiti nella Resistenza e poi nella Costituzione è stato fondamentale. La Resistenza, proprio perché è un evento che ha attraversato classi diverse e che nel Nord ha assunto connotazioni relativamente di massa (non bisogna dimenticare l'intreccio tra questione nazionale ed emancipazione sociale presente nella Resistenza), è stata fortemente guidata dai partiti. Per non parlare della Costituzione che trova le sue radici nelle posizioni ideali e politiche delle forze che contribuirono alla sua elaborazione: i partiti sono stati i veri protagonisti della Assemblea Costituente ed è particolarmente evidente il nesso fra i contenuti della Costituzione e le idee ed i programmi soprattutto della Democrazia Cristiana, del Partito Comunista e del Partito Socialista. Il ruolo dei partiti, oltre al riconoscimento costituzionale, si è consolidato nella prassi per tutta la seconda metà del '900 quale quello di agente di mediazione tra Stato e società. Merito fondamentale ed originale lo hanno avuto i partiti di massa in Italia (segnatamente DC e PCI): basti ricordare la civilizzazione e modernizzazione del Paese, attraverso l'allargamento delle basi democratiche dello Stato.

Sembra preistoria, considerando la crisi in cui versano oggi i partiti politici.

Penso al distacco dei partiti rispetto alla società, derivante dall'appiattimento dei partiti sulla gestione del potere, dalla perdita di ogni riferimento a valori e idealità, dalla tendenza ad una loro trasformazione da partiti di programma a strumenti dispensatori di

benefici e di privilegi (si consideri il fenomeno della crescita del voto di scambio in certe zone del Paese). Vi è stata una autoreferenza del ceto politico che è speculare al declino della partecipazione con un problema di forte estraneità di intere parti della società dalla politica, quasi un ritorno all' '800, un declino della partecipazione di massa. L'alternativa è tra una politica come mera mediazione tra interessi sociali e autoriproduzione di ceto e una politica intesa come progetto di società. Rispetto al passato l'apparato collegiale di tipo organizzativo ed ideologico dei partiti della c.d. "Prima Repubblica" è stato in gran parte smantellato e sostituito con un apparato personale; al posto delle lealtà e appartenenze riconducibili ad una ideologia, o comunque a sistemi normativi complessi e consolidati, al posto della logica dell'azione di gruppo, organizzata e orientata ad un fine esplicito prevalgono strategie individuali, carismatiche, a forte sollecitazione emotiva. Il venir meno del rapporto tra partiti e società e la "secolarizzazione" della società hanno determinato la crescente corporativizzazione della società italiana (che poi ne è essenziale zavorra).

Questo è un dato fondamentale anche per capire l'origine del problema che Petrillo affronta nel suo libro. Ciò non significa che le *lobbies* facciano ingresso nella scena italiana solo al momento della crisi di legittimazione dei partiti con la fine della Prima Repubblica. Ci sono sempre state. Ma probabilmente operavano in modi diversi, vorrei dire che erano all'interno dei grandi partiti nazionali e all'interno dei partiti trovavano un luogo di mediazione e di sintesi, di rappresentanza vera e propria: ad esempio gli interessi di categoria del mondo della cooperazione, della CGIL, della CNA all'interno del Partito Comunista o gli interessi di categoria della Confartigianato, della CISL, o delle cooperative bianche nella Democrazia Cristiana. E' vero che vi erano delle differenze (ad esempio nel PCI il c.d. "centralismo democratico" ha avuto da sempre maggiore forza, con conseguente minore libertà di movimento rispetto alla DC, dove ad esempio la Coldiretti o la stessa Confartigianato hanno potuto eleggere vere e proprie pattuglie rappresentanti in Parlamento), ma il discorso è sostanzialmente analogo.

La crisi dei partiti ha cambiato questo rapporto e ha determinato che i gruppi di pressione in senso lato hanno avuto canali diretti di accesso alla politica, al di fuori dei partiti.

Aggiungo alle riflessioni contenute nel libro su questo punto due notazioni. Da un lato, sono stati gli stessi rappresentanti delle istituzioni a interloquire direttamente con le rappresentanze dei gruppi di interesse, cioè a creare dei collegamenti diretti e autonomi con le varie istanze della società civile, con una connotazione a vocazione plebiscitaria tipica della politica che stiamo vivendo: emblematico, ad esempio, il Premier Berlusconi che si rivolge alle imprese e alle istituzioni bancarie e finanziarie contrattando con loro le azioni della politica del Governo (ad esempio a fronte della crisi derivata dai mutui *subprime*). Dall'altro, anche le associazioni di rappresentanza degli interessi sono diventate bardature burocratiche e appesantite senza poi rappresentare veramente gli interessi degli associati. Non mi pare si possa dire che le grandi organizzazioni rappresentative di interessi abbiano compiuto metamorfosi tale da diventare oggi soggetti identitari e culturali forti, cioè soggetti in grado di rapportarsi in maniera significativa con la società.

La seconda considerazione – e qui si entra più nel vivo dell'analisi di Petrillo – concerne l'opportunità o meno di una qualche forma di regolamentazione legislativa dei gruppi di pressione. Partiamo da un dato. Lo scambio di informazioni e *know how* tra le associazioni di categoria, le imprese, i gruppi di interesse in genere, da un lato, e la politica, il Parlamento e l'amministrazione, dall'altro, non è di per sé da condannare, essendo l'interazione tra società civile e Stato elemento fondante dell'ordinamento democratico e presupposto centrale del suo sviluppo. La competenza specialistica dei diversi gruppi sociali fornisce un contributo fondamentale al mondo politico: è infatti indispensabile che il Parlamento e il Governo, prima di adottare provvedimenti, si informino presso i settori interessati sulle eventuali conseguenze delle misure che si intendono attuare, sulle esigenze e le problematiche dei singoli settori, ecc. Allo stesso tempo, la difesa dei propri interessi da parte di determinati gruppi – difesa che rappresenta una concretizzazione dell'indispensabile rapporto tra politica e società – è sicuramente legittima e necessaria (in Germania addirittura tutelata dallo stesso *Grundgesetz* all'art. 9 che stabilisce il diritto di ogni tedesco a formare associazioni e società in difesa dei propri interessi). Il problema è che il confine tra difesa legittima degli interessi di determinati gruppi e illegittima pressione sulle forze politiche al fine di ottenere vantaggi particolari, potenzialmente in contrasto con il "bene

comune”, appare estremamente labile e problematico. Dal momento che l’interazione tra gruppi di interesse e politica non è disciplinata per legge e si articola in modo non trasparente, è difficile distinguere tra legittimo scambio di informazioni e *know how* illegittimo influsso di interessi particolari sui poteri legislativi e esecutivi. Troppo spesso, anzi, le attività di *lobbying* sono mirate ad ottenere privilegi e vantaggi che possono andare a discapito di altri settori o gruppi di interesse e che comunque contrastano con l’interesse generale. Inoltre, l’assenza di trasparenza nell’interazione tra gruppi di interesse e politica solleva necessariamente la problematica della democraticità e della credibilità dell’azione politica e genera non poca diffidenza nell’opinione pubblica.

Il problema è dato dal fatto che il lobbismo assume, non solo in Italia, forme diverse. Interessante, ad esempio, il caso tedesco, ordinamento vicino al nostro per cultura e tradizione giuridica e che, come l’Italia, non ha ancora approvato una disciplina legislativa *ad hoc* sui gruppi di pressione. In Germania la forma più evidente e diretta di lobbismo è rappresentata dal tentativo di esercitare influenze e pressioni sulla legislazione e sull’emanazione di decreti o di altre direttive statali, tramite contatti personali tra lobbisti e parlamentari, loro collaboratori, membri del Governo o di altri apparati della pubblica amministrazione o altre persone con funzioni politiche di rilievo. Una seconda forma di lobbismo, emersa in particolar modo negli ultimi anni, consiste nel passaggio di personalità politiche di spicco, in particolare di ministri federali, ambasciatori, ecc., al settore delle imprese private, immediatamente dopo la fine del mandato: questo aspetto, oltre a dare alle imprese interessate un veicolo di contatto privilegiato con il mondo politico, ha suscitato non poca diffidenza circa l’operato di alcuni uomini politici, facendo nascere il sospetto che già durante il loro mandato avessero privilegiato gli interessi dell’impresa o dell’associazione di cui poi avrebbero fatto parte¹. Una terza forma di lobbismo si realizza tramite l’affidamento, da parte del Governo, di incarichi di collaborazione a persone esterne

¹ Dieter Althaus, fino al 2009 Primo ministro in Turingia, è passato nel 2010 alla Magna International (un’impresa austriaco-canadese di distribuzione di auto); Wolfgang Ischinger, già ambasciatore tedesco prima negli USA e poi nel Regno Unito, è passato nel 2008 alla Allianz con il ruolo di *Global Head of Government Relations*; un altro ambasciatore tedesco, Wilhelm Schönfelder, è passato alla Siemens (in particolare dirige la rappresentanza della Siemens a Bruxelles).

alla pubblica amministrazione che lavorano invece per imprese private o per determinati gruppi di interesse (sindacati, imprese di assicurazione, imprese pubbliche, ecc). Secondo un rapporto redatto dalla Corte dei Conti federale il 25 marzo 2008², il numero dei collaboratori esterni di cui il Governo federale si è avvalso tra il 2004 e il 2006 si è aggirato intorno al centinaio. Il fatto che gli incarichi siano il più delle volte non retribuiti e che le persone in questione, appartenendo ad imprese “esterne”, non possano che difendere gli interessi di tale imprese, solleva necessariamente il problema della neutralità, della credibilità e della trasparenza del loro operato e quindi di quello dei ministeri. Per altro, secondo quanto evidenziato nel suddetto rapporto, spesso l’affidamento degli incarichi, i suoi scopi, gli ambiti di attività coinvolti risultano non trasparenti e rendono quindi ancora più facile l’affermarsi di interessi particolari potenzialmente lesivi dell’interesse generale. Da più parti viene sottolineata l’esigenza di una disciplina giuridica chiara volta a creare maggior trasparenza nelle interazioni tra politica e gruppi di interesse e in particolare nelle tre forme sopra descritte. In particolare appare largamente condivisa la proposta di stabilire, tramite legge federale, l’istituzione di un *Lobbyregister* pubblico e con iscrizione obbligatoria, che includa sia organizzazioni e gruppi di interesse sia i singoli “lobbisti” e contenga dati precisi relativi ai loro committenti e alle forme di finanziamento. Sicuramente l’istituzione di tale registro non rappresenterebbe una panacea: non impedirebbe forme di pressione, né potrebbe evitare squilibri di potere tra i diversi gruppi di interesse (è noto ad esempio che i gruppi di interesse delle imprese o dell’economia hanno un potere di influenza notevolmente superiore a quello ad esempio delle associazioni ambientaliste o dei consumatori). Tuttavia accrescerebbe sicuramente la trasparenza dei processi decisionali e quindi la loro democraticità. Al fine di rendere efficace il registro, si propone che la legge dovrebbe prevedere sanzioni pecuniarie in caso di registrazione con dati incompleti o falsi. Al registro si è proposto poi di affiancare un “*Verhaltenskodex*” o “codice di comportamento” per i rappresentanti dei gruppi di interesse che impegni questi ultimi a rispettare i principi di trasparenza e verità. Un’altra proposta avanzata da alcune forze politiche, quali *Die Linke* e i Verdi, è quella di

² Disponibile sul sito: <http://www.campact.de/img/lobby/docs/Bundesrechnungshof.pdf>

introdurre di tempi di attesa per i membri del Governo federale e i Segretari di Stato che, a fine mandato, intendono entrare nel settore privato (ad esempio 3 o 5 anni).

Di soluzioni tecniche ve ne sono a iosa e l'analisi comparata di Petrillo serve anche ad individuarle, innanzitutto facendo emergere un dato interessante, ovvero che negli ordinamenti democratici presi in considerazione (Gran Bretagna, Usa, Canada, Unione Europea) i gruppi di pressione sono considerati dall'ordinamento stesso una componente del sistema politico e, sia pur con graduazioni diverse, in tutte queste esperienze si rinvengono norme volte ad evitare fenomeni patologici e a garantire la trasparenza delle procedure. Diversamente da quanto ritiene l'Autore, sono invece meno ottimista circa l'efficacia di questi strumenti. Penso ad esempio alla esperienza più recente, e sostanzialmente fallita, dei c.d. codici di comportamento (o codici "etici") nella P.A. Si tratta di documenti che contemplano una serie di doveri, facenti capo al pubblico dipendente: diligenza, lealtà, rispetto degli orari di lavoro, divieto di richiedere piaceri e regali da parte degli utenti, oltre ai doveri derivanti più in generale dai principi costituzionali in tema di azione amministrativa (agire in conformità alla legge, con obiettività e imparzialità, non discriminando le posizioni degli amministrati, motivando le decisioni ecc.). Si è correttamente affermato (Belligni) che in Italia il processo di istituzionalizzazione dell'etica è stato più tardivo e contrastato che altrove. Le ragioni sono di vario ordine, a partire da quelle culturali da ricercarsi, secondo la nota vulgata, nella carenza di "senso civico" che ci affligge da secoli, ma soprattutto, come hanno evidenziato le vicende legate a Tangentopoli, nella ampiezza e profondità dei fenomeni di illegalità politica e di mal amministrazione, cui si aggiunge un alto tasso di inefficienza amministrativa (quest'ultima peraltro causa ed effetto della corruzione dell'apparato pubblico). In un contesto come quello italiano ben vengano, dunque, strumenti e meccanismi che possano garantire trasparenza degli interessi che stanno dietro alla adozione delle decisioni. Con la consapevolezza che ciò non potrà impedire completamente altre forme di pressione - poiché le attività di *lobbying* si esplicano principalmente tramite contatti personali e in situazioni (pranzi, eventi mondani, ecc.) che sfuggono a qualsiasi forma di disciplina giuridica, o altrimenti manifestate (penso ad esempio all'uso dei mezzi di comunicazione internet, compreso Facebook) - e che i

meccanismi formali e di garanzia non riescono da soli a bloccare il processo e danno sovente legittimazione a coloro che le regole riescono a violarle pur formalmente rispettandole.

P.L. PETRILLO
***Democrazia sotto pressione. Parlamento e lobby nel diritto pubblico
comparato***
Giuffr , Milano, 2011

Emanuele Rossi
*Professore ordinario di Diritto costituzionale
nella Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa*

1. La lettura del lavoro di Pier Luigi Petrillo induce a molte considerazioni, e consente di riflettere su un tema centrale della vita politica ed istituzionale degli Stati: il rapporto tra parlamenti e *lobbies* investe infatti tutta la problematica della selezione degli interessi e perci  del ruolo della politica, il cui fine -secondo quanto gi  diceva Aristotele- non   il vivere ma il vivere bene. A quanto potr  dire nel corso del presente intervento su tale ricca e documentata ricostruzione, vorrei premettere due riflessioni di carattere generale.

In primo luogo si tratta di un lavoro che parte da un presupposto da me assolutamente condiviso e che merita di essere rilanciato e portato all'attenzione di tutti, riguardante il rapporto tra efficienza decisionale e partecipazione.

Nel dibattito pubblico avverto infatti una sensazione diffusa, che registra come, nel nostro Paese, vi sia ormai se non una aperta insofferenza, perlomeno un atteggiamento di minor considerazione verso la democrazia e le sue regole rispetto ad esigenze di efficienza e di risultati. In sostanza sembra che per la maggior parte dei consociati sia preferibile rinunciare a qualcosa in termini di democrazia purch  in cambio "si parli di meno e si lavori di pi " e purch  cio  si risolvano comunque i problemi, anche sacrificando processi di condivisione e di partecipazione democratica se ci  pu  risultare utile al fine di ottenere tale risultato.

Sono molti i sintomi che inducono a ritenere diffusa questa mentalit : la crescente insofferenza verso i "riti" della politica; la critica ricorrente nei confronti dei tempi e del modo di operare del Parlamento a fronte delle esigenze di celerit  e di efficienza del Governo; il malessere degli amministratori locali nei riguardi dei vari Consigli (regionali, provinciali e comunali); la diffusa ostilit  nei confronti delle varie sedi di conciliazione; la stessa difficolt  di far funzionare in modo democratico i partiti e la loro vita interna. Il fenomeno non   peraltro

del tutto nuovo: si pensi a come le riforme relative alle modalità di elezione e di funzionamento degli enti locali degli anni Novanta traessero ispirazione anche da questo tipo di atteggiamento.

La contrapposizione tra efficienza decisionale e democrazia è antica: anzi, da sempre una delle critiche mosse nei confronti della democrazia è la sua difficoltà di garantire risultati efficienti, che invece una gestione non democratica più facilmente ottiene (come insegnano le aziende, dove infatti non vi è un'organizzazione democratica). E sebbene tutti (o quasi) riconoscano che la democrazia ha altri vantaggi, questi sono evidentemente considerati, almeno nell'attuale momento, meno importanti e non conciliabili: un po' come è accaduto nei confronti dello Stato sociale, allorché si è cominciato ad accusarlo di essere diventato troppo "assistenziale" e se ne è giustificato il disfacimento.

Il lavoro di Petrillo contribuisce a contrastare questa tendenza, portando consistenti argomenti per dimostrare come, nei sistemi pubblici moderni, l'efficienza decisionale non possa fare a meno della democrazia e della partecipazione, e che anzi i processi effettivi di cambiamento richiedono oggi sempre più, per essere efficienti, percorsi di partecipazione, consenso e condivisione. Le società complesse esigono processi inclusivi e quindi partecipati, perché soltanto attraverso la conoscenza ed il successivo confronto le diverse istanze riescono a trovare sintesi positive ed efficaci, capaci di essere accettate e sostenute da chi ne è il destinatario.

Ma vi è anche un'altra ragione al fondo della tesi che induce a contrastare la mentalità indicata: pensare che vi possano essere degli "illuminati" che grazie alle loro brillanti capacità o intuizioni possano trovare la soluzione ai problemi di tutti è un pensiero che il costituzionalismo ha superato da anni, e che il nostro Paese ha conquistato con la fatica dell'esperienza storica. Occorre certo operare al fine di individuare le regole, soprattutto procedurali, perché la democrazia sia più efficiente e meno "chiacchierata": ma contrapporre democrazia a partecipazione non è possibile. E questo il lavoro di Petrillo lo indica a chiare lettere.

La seconda considerazione di carattere generale riguarda l'evidente presupposto di tutta la ricostruzione operata dall'A., ovvero la necessità di riaffermare il ruolo centrale del Parlamento nella vita istituzionale di ogni ordinamento statale. Sappiamo bene, almeno con

riferimento al nostro Paese, come la forma di governo delineata nel testo costituzionale si sia realizzata soltanto molto parzialmente nella realtà costituzionale italiana: tanto è vero che l'espressione "centralità del Parlamento" -che avrebbe dovuto descrivere la realtà costante della forma di governo italiana- è stata adoperata soltanto in una fase storica definita, e quasi come soluzione temporanea finalizzata a superare una situazione politico-istituzionale assai particolare. Nella normalità delle ipotesi la "centralità" del Parlamento si è infatti dovuta combinare con la "centralità" del Governo, con alti e bassi in ordine a tale rapporto, e con un contesto come l'attuale nel quale (a partire dalle riforme elettorali del 1993) della centralità parlamentare delineata dal costituente sembrano restare soltanto sbiaditi ricordi.

Il lavoro di Petrillo rimette al centro della propria attenzione il ruolo del Parlamento, specie in riferimento a quel punto determinante costituito dal compito attribuito alle assemblee parlamentari -ma che, al contempo, costituisce il presupposto del lavoro politico- di individuazione e selezione degli interessi: è questo il modo attraverso il quale il Parlamento può riacquistare una propria centralità, rinviando la propria natura di luogo deputato all'incontro e al confronto tra interessi diversi e che devono trovare, nell'atto legislativo, una soluzione in grado di garantirli. Come afferma l'Autore, "il Parlamento è, per sua natura, l'unica istituzione aperta verso la società, è luogo di inclusione": un'affermazione tanto condivisa (e condivisibile) in via di principio quanto sconfessata nella vita reale delle istituzioni.

Un'ulteriore considerazione preliminare riguarda le trasformazioni, o per meglio dire i travagli, che il mondo dei partiti politici sta conoscendo, e sui quali si fondano le ipotesi ricostruttive di Petrillo. Ormai da tempo ci si va interrogando, anche nell'opinione pubblica oltre che in sede scientifica, sulle trasformazioni che riguardano la natura dei partiti politici e il loro sistema. Anche soltanto osservando la situazione in atto, se da un lato sono state proposte varie letture sul superamento del "modello" partito (ma vi è mai stato un "modello"?) a favore di partiti "personali", "aziendali", "carismatici", e così via, d'altro canto si è registrato un consistente proliferare di fondazioni, associazioni e quant'altro all'interno (ovvero lateralmente, tangenzialmente, ecc.) dei due principali partiti dello schieramento politico nazionale (ma da ultimo soprattutto nel Popolo della Libertà), quali forme nuove di quel

processo di “correntizzazione” ben conosciuto al tempo della Democrazia cristiana.

Il fenomeno generale merita di essere analizzato, proprio alla luce del lavoro di Petrillo che tende a ricostruire le forme di emersione e di riconoscimento degli interessi presenti nella società: e se al riguardo deve in primo luogo segnalarsi, come notazione forse minore ma non irrilevante, la forma giuridica assunta in prevalenza da parte di queste articolazioni (la fondazione, figura giuridica pensata per gestire un patrimonio più che luogo di partecipazione e di incontro tra persone, come dovrebbero essere le “correnti” di un partito), sul piano sostanziale una considerazione mi pare rilevante: il proliferare di queste forme organizzative denota, in modo evidente, la carenza di spazi di dialogo e di confronto interni al partito. Tale carenza induce infatti a ricercare luoghi alternativi, nei quali i soggetti politici possano guadagnarsi una propria visibilità e definire la propria collocazione: e non è un caso, infatti, che il numero di esse tenda a crescere quanto minore è lo spazio di discussione interna.

Ciò induce a ritenere che o i partiti cambiano mentalità e metodo (a tutti i livelli, e non soltanto a quello nazionale), e diventano luoghi effettivi di confronto democratico, o sono destinati a diventare sempre più oligarchici e conseguentemente sempre meno rilevanti, con pregiudizio sostanziale per la democrazia e i cittadini, che nelle varie fondazioni hanno di regola ben poco da guadagnare: ma anche con grave pregiudizio per quell’esigenza di selezione degli interessi che i partiti dovrebbero realizzare, e alla cui carenza consegue la ricerca di forme diverse di canalizzazione degli interessi presenti nella società.

2. Venendo alle tesi sostenute nel lavoro di Petrillo parto da quella che a me pare la principale, almeno in termini di presupposti: per l’A., le *lobbies* sono forti dove la Pubblica amministrazione e i partiti politici sono deboli. Si tratta di una tesi che condivido, ma che al contempo impone di interrogarsi sul perché essa sia vera. Mi limito alla seconda parte di essa, ovvero al rapporto tra *lobbies* e crisi dei partiti, in merito al quale l’A. osserva come le *lobbies* abbiano colmato, almeno in parte, il vuoto lasciato dai partiti, condizionando “le scelte pubbliche non solo attra-

verso la leva economica (...) ma anche attraverso la trasmissione di informazioni ad alto contenuto tecnico”.

Quali sono le ragioni del vuoto lasciato dai partiti e colmato (ma non del tutto) dai gruppi di interesse. Tra le tante ragioni ne indico una: il progressivo spostamento -ad opera dei partiti- del baricentro tra principi/valori da un lato e tutela degli interessi dall'altro.

Mi spiego: come a tutti evidente, la politica implica la scelta di soluzioni che da un lato mediano tra interessi, ma che anche “traducano” i principi cui ciascuno, singolo o partito, ispira la propria azione. Un partito può ispirare la propria azione alla capacità di mediare gli interessi in campo, sulla base di criteri che in certa misura fanno riferimento ai principi di riferimento; oppure può essere maggiormente orientato a partire dai principi di riferimento per cercare di tradurli in ogni campo di intervento. La progressiva “de-ideologizzazione” dei partiti ha come effetti, tra gli altri, quello di collocare l'azione dei partiti più sul primo che sul secondo versante: ciò richiede però una capacità del partito di conoscere a fondo gli interessi presenti nella società, la loro consistenza nonché l'incidenza sull'interesse generale (che richiede a sua volta una forte professionalizzazione del personale politico). Pertanto lo spostamento dell'asse del partito, connesso alle sue debolezze di altra derivazione, produce difficoltà nel realizzare detta mediazione, con conseguente potenziamento del ruolo delle *lobbies* e della loro azione.

In secondo luogo la bontà dell'affermazione sopra riportata può essere dedotta anche riflettendo sul ruolo dei partiti nella formazione della “volontà generale”, da intendersi quale frutto non delle volontà di individui isolati, bensì di volontà politiche già mediate da livelli intermedi di sintesi e di rappresentanza. In questa prospettiva, come è noto ed evidente, il carattere compromissorio del potere politico si realizza allorché le spinte contrapposte giungono al momento della sintesi già ad un livello esponenziale: ciò presuppone pertanto che “sotto” il sistema dei partiti vi siano luoghi di mediazione (associazioni, movimenti, gruppi di interesse e così via) che del partito siano interlocutori accettati e legittimati. La capacità dei partiti, pertanto, dovrebbe misurarsi con l'esigenza di essere esponenziali rispetto ad una serie di soggetti collettivi precedenti: come avveniva nell'epoca del cosiddetto collateralismo, ove forze sociali e gruppi culturali offrivano il proprio sostegno ad un partito politico ottenendone in cambio

attenzione alle proprie istanze nonché rappresentanza dei propri interessi. Il venire meno di questo schema, almeno parzialmente, se da un lato indebolisce il ruolo del partito, dall'altro impone a quelle forze sociali di ricercare forme di interlocuzione diretta con le istituzioni, inducendo queste ultime ad individuare procedure e luoghi di comunicazione e trasmissione delle istanze sociali non più mediate dal sistema dei partiti.

3. Nella sua successiva ipotesi ricostruttiva, il lavoro di Petrillo propone tre modelli normativi di partecipazione, ovvero tre possibili metodi mediante i quali gli "interessi -composti, scomposti, ricomposti- sono sintetizzati nella decisione finale" contenuta nell'atto normativo. Tali modelli consistono, secondo Petrillo, in quello che egli definisce "*di regolamentazione-trasparenza*" (di cui sarebbero espressione gli ordinamenti della Gran Bretagna e del Canada), in quello "*di regolamentazione-partecipazione*" (che avrebbe le sue migliori espressioni negli Stati Uniti d'America e nell'Unione europea): alla luce di essi l'A. cerca di descrivere il caso italiano, in prima battuta ritenendo possibile individuare, dall'analisi degli interventi legislativi o giurisprudenziali, elementi riconducibili all'uno o all'altro dei modelli individuati; ma subito dopo avvertendo che – andando a vedere cosa c'è davvero al fondo della "caverna", ovvero inserendo le previsioni normative "nel contesto di riferimento" – il "modello" italiano può essere definito di "*regolamentazione-strisciante ad andamento schizofrenico*", ovvero come un "contro-modello" di riferimento, "ovvero ancora come una *worst practice*, un esempio negativo, per dirla con un termine *à la page*".

In ordine a tale ricostruzione concordo con l'implicita posizione dell'A. di considerare quello italiano alla stregua di un "non-modello": esso sembra infatti un disegno confuso e contraddittorio, privo di quegli elementi di organicità e sufficiente tenuta applicativa che dovrebbero caratterizzare la sussistenza stessa di un modello. Ragionando invece sugli altri due, l'A. mette bene in luce la differenza di prospettiva: nel primo caso si tratta di una forma di governo "a interessi trasparenti", nella quale cioè "il luogo fisico della decisione ha pareti di vetro"; mentre il secondo modello è a "interessi garantiti", in quanto in esso anche i portatori di interessi particolari si siedono al

tavolo dei decisori, e godono “di veri e propri diritti a rappresentare direttamente le proprie ragioni”.

Al riguardo non può non rilevarsi la nettezza con cui i due modelli sono individuati e le differenze reali tra di essi: e tuttavia non si può non sottolineare che mai come in questi casi ciò che risulta determinante è la prassi applicativa, potremmo dire la “cultura” dei vari soggetti che siedono al tavolo. In assenza infatti di regole certe e stringenti sulle modalità di decisione e di coinvolgimento dei soggetti portatori di interesse in esse, la capacità di ascolto e di interlocuzione risulta decisiva, come in ogni processo in cui si svolge attività di *consultazione*, da intendersi quale percorso partecipativo che si colloca per così dire a metà strada tra il processo di informazione e quello di deliberazione, e nel quale sono pur sempre le istituzioni pubbliche a costituire il principale soggetto responsabile delle decisioni assunte, pur mediante forme di interazione con i vari soggetti presenti nella società.

4. Un punto specifico della riflessione di Petrillo che merita sottolineare è anche quello relativo alla necessità di definire, in termini concettuali ancor prima che sul piano normativo, cosa siano le *lobbies*.

L'A. indica alcuni criteri. Dapprima riporta la posizione in forza della quale si ritiene che “il lobbista non è un corruttore: non fa pubblicità, non fa propaganda; il suo obiettivo è, all'opposto, fare in modo che l'interlocutore acquisisca le informazioni corrette (chiare e veritiere) per effettuare scelte libere e consapevoli”. Posizione che porta C. S. Thomas, come riporta l'A., a individuare una “funzione pubblica” svolta dai gruppi di pressione, in quanto “facilitatori” del processo decisionale. A mio parere si tratta di una posizione non accettabile: essa sembra assimilare le *lobbies* a quella terminologia resa nota da un celebre intrattenitore televisivo il quale aveva astutamente sostituito il termine “pubblicità” (evidentemente poco gradito al teleutente) con quello di “consigli per gli acquisti”. Ma come in quella circostanza si trattava di un eufemismo (se non di un vero e proprio trucco mediatico), anche in questo caso non si può evitare di scoprire l'intrinseca falsità dell'operazione: le *lobbies* non mirano a tutelare l'interesse generale, esse sono rivolte a far presenti i *propri* interessi, presentandoli nel modo più acconcio affinché essi vengano recepiti ed accolti. Che poi essi vengano considerati come quelli più rispondenti

all'interesse generale è operazione che non spetta alle *lobbies* definire, quanto invece a coloro cui quei "consigli" sono indirizzati: i quali a tale conclusione dovrebbero giungere al termine di un'adeguata valutazione e di un attento bilanciamento degli interessi in gioco. Senza dimenticare che gli stessi decisori non sono poi così indipendenti e neutrali rispetto alle *lobbies*, da cui possono avere da guadagnare o da perdere in termini di voti, di finanziamenti, di consenso generale, e così via.

L'altro punto che l'A. affronta riguarda la qualificazione delle *lobbies* quali corpi intermedi: nozione, quest'ultima, di cui si ricordano le teorie che ne valorizzano la funzione di antidoto alla tirannia della maggioranza, sviluppandone le possibili conseguenze ed implicazioni. Anche su tale aspetto si possono manifestare perplessità: senza entrare in questa sede nel merito di cosa siano le formazioni sociali, di cosa sia il "terzo settore" e così via, tuttavia mi pare che sia sufficiente richiamare un criterio di fondo che dovrebbe guidare l'analisi del tema, vale a dire la differenza che intercorre tra gli enti in cui prevale l'elemento personale da quelli in cui lo scopo è la tutela di interessi. Le formazioni sociali si qualificano infatti, sulla base del principio sancito dall'art. 2 Cost., come luoghi nei quali si sviluppa (si deve sviluppare, secondo una lettura prescrittiva e non descrittiva della disposizione) la personalità umana: non mi pare che questo sia il fine primario delle *lobbies* (forse neppure quello secondario), ove al contrario lo scopo è incentrato sulla rappresentanza degli interessi di cui ciascuna di esse è portatrice. Non so se questo possa avere qualche riflesso sulle conseguenze concrete del discorso e quindi sulla connessa cornice normativa: nondimeno mi pare necessario sottolinearlo per una corretta ricostruzione costituzionale dell'istituto.

5. Alcuni interrogativi generali, suscitati dalla lettura del lavoro di Petrillo, per concludere.

Se le *lobbies* mirano a rappresentare, nello spazio pubblico, gli interessi, e se la proposta complessiva del lavoro è quella di rendere più forte tale rappresentanza fino al punto di connetterla in modo stabile nel circuito decisionale, mi chiedo quale tipo di rappresentanza possa (o debba) essere prevista per gli interessi economicamente deboli, ovvero per quegli interessi sociali che non hanno valenza economica.

Interseca questo aspetto il tema della funzione di *advocacy* riconosciuta ed attribuita alle organizzazioni di volontariato operanti sul piano globale: tema riconosciuto in ambito sociologico (a partire dalla riflessioni di Achille Ardigò) come uno degli elementi di innovazione nell'ambito dei fenomeni sociali globali di questi ultimi anni. Con l'espressione indicata si fa riferimento alla funzione di promozione e tutela dei diritti di cui alcuni soggetti collettivi si fanno carico nell'interesse dei soggetti deboli: detto in altri termini, ci si riferisce a quelle "azioni volontarie per perorare la causa di persone, famiglie e gruppi in stato di marginalità e bisogno, e per sollecitare riforme perequative e riparative nei confronti delle autorità incaricate di funzioni redistributive del prodotto sociale" (Ardigò). Come è evidente i due temi sono strettamente connessi: ma la stessa connessione è anche fonte di possibili squilibri. Il confronto, infatti, tra interessi economici sostenuti da *lobbies* (anche) potenti e formate da professionisti da un lato, rispetto a interessi rappresentati da organizzazioni di volontariato (per quanto consistenti e preparate, ma pur sempre organizzativamente e professionalmente "deboli") dall'altro, induce a ritenere impari il confronto, ed a porre di conseguenza il problema di quale equilibrio sia necessario ricercare nello spazio pubblico per consentire una parità di posizioni di partenza tra interessi comunque meritevoli di attenzione ed ascolto.

Un altro aspetto problematico, che in questa sede è possibile soltanto accennare, riguarda il rapporto tra gruppi di interesse e sistema informativo e di comunicazione. Mi pare evidente come sussista una netta differenza tra quegli interessi che per le più diverse ragioni hanno possibilità e modo di coinvolgere l'opinione pubblica sulle loro posizioni ed anche di spostare consensi (non solo in termini elettorali), rispetto a chi tale possibilità ha in misura minore o non ha affatto. Mi viene da pensare, rimanendo ad una considerazione superficiale e forse anche banale, che i primi non abbiano bisogno di fare *lobby*, né di pretendere audizioni o considerazione in sede parlamentare: spesso sono anzi i parlamentari (ovvero più in generale gli esponenti politici) a richiedere considerazione ed ascolto da parte di tali gruppi, avanzando la loro candidatura come soggetti in grado di adeguatamente rappresentare quegli interessi. Tutto ciò è peraltro forse difficilmente eliminabile: nondimeno deve essere tenuto presente in una prospettiva di regolamentazione delle forme di interlocuzione tra

lobbies e istituzioni rappresentative che il lavoro di Petrillo propone di realizzare, analizzando con attenzione e capacità ricostruttive un quadro complesso e variegato che l'A. dimostra di padroneggiare con sicurezza e di ricondurre a sistema.