

Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti

SOMMARIO: 1. La nuova disposizione del testo unico bancario. – 2. Analisi diacronica. – 3. Prodotti finanziari e beni di consumo. – 4. (segue)... obiettivi della tutela amministrativa. – 5. Le tecniche giuridiche di protezione. – 6. *L'enforcement*.

1. La nuova disposizione del testo unico bancario.

Il co. 1 dell'art. 127 d.lgs. n. 385/1993 e successive modificazioni e integrazioni (d'ora in avanti: t.u.b.) dispone che "le autorità creditizie" (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio; Ministro dell'economia e delle finanze; Banca d'Italia) "esercitano i poteri previsti dal presente Titolo" (rubricato alla trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con la clientela) "avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5" (sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario), "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela". La norma aggiunge, nei riferiti termini, alle tradizionali finalità della vigilanza bancaria anche (e in maniera pari ordinata) quella tesa a preservare e a rendere effettivi i principali strumenti a presidio della tutela del risparmiatore – consumatore dei servizi offerti dai soggetti attivi nel mercato del credito ¹. Formalizza e rafforza

¹ Sul nuovo art. 127 del t.u.b. v. GRECO, in *Commentario al Testo unico bancario* a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, *Addenda di aggiornamento*, Milano, 2011, p. 108 ss. e BALDASSARRE, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012, IV, p. 2012 ss.; ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.; BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere*

gli stimoli della Banca d'Italia per la "tutela dei clienti degli intermediari", già considerata "a pieno titolo una finalità della vigilanza"². Offre loro copertura normativa. Colma la lacuna rappresentata dalla preesistente asimmetria in essere nel mercato (in senso lato) finanziario, la cui suddivisione *in partes tres* faceva registrare l'esistenza di specifici obiettivi della specie (quali limiti alla discrezionalità delle corrispondenti autorità settoriali) nel comparto mobiliare (art. 5 d.lgs. n. 58/1998, t.u.f.) e in quello assicurativo (art. 3 d.lgs. n. 209/2005, codice delle assicurazioni private). L'assenza di una corrispondente previsione nel settore bancario risultava manifestamente irragionevole quanto meno con riguardo all'attività creditizia di banche e altri soggetti abilitati, ammesso pure (certo non concesso) che la tutela del risparmio c.d. inconsapevole (cioè della raccolta bancaria) possa risultare sussumibile in quella della stabilità dell'intermediario, ricevendo così protezione solo mediata e indiretta.

2. Analisi diacronica.

La discontinuità negli scopi della supervisione bancaria perseguiti dall'ordinamento risulta di immediata evidenza dal raffronto tra questa norma e l'assetto regolamentare disegnato dalla vecchia legge bancaria del 1936. Quell'antica disciplina era peraltro manifestamente avara nella definizione dei propri scopi, coerentemente all'ampia discrezionalità amministrativa assegnata alle autorità di settore. Non è tuttavia dubbio che il principale obiettivo perseguito consistesse nella stabilità patrimoniale delle aziende e istituti di credito. A ragione autorevole dottrina segnala come, proprio per tali caratteristiche, quella legge considerava la concorrenza tra le banche "come un pericoloso fattore di instabilità" e perciò "non si preoccupava in alcun modo di consentire al consumatore dei relativi prodotti un giudizio comparativo fra questi ultimi"³. Può semmai destare oggi (ma solo fra le generazioni dei più giovani studiosi)

di far "comprendere", *Id.*, 2011, I, p. 246 ss.; URBANI, *La vigilanza sui soggetti esercenti il credito ai consumatori*, *Id.*, 2012, I, p. 442 ss. nonché il mio *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 520 ss.

² BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali*, Roma, 2010, p. 16.

³ COSÌ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Roma, 2012, p. 701. *Funditus*, sotto il versante della ricostruzione storica, CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, *Quaderni di ricerca della Consulenza Legale*, Roma, 1986.

un qualche stupore il rilievo che quell'assetto normativo (validato, nel dopoguerra, dal peculiare sistema di economia mista sotteso alle logiche di programmazione economica) sia, nel nostro paese, resistito così a lungo. Al punto che l'emersione di uno specifico rilievo delle "condizioni contrattuali", sintomatico di assetti disciplinari idonei a traslare il baricentro delle tecniche giuridiche di protezione del consumatore dalle norme d'azione (*sub specie* correttezza gestionale dell'impresa in punto di sua stabilità) alle norme di relazione (che suppongono una tutela dinamica delle situazioni soggettive riconosciute in capo al risparmiatore) è, a dispetto delle apparenze, conquista recente, indotta principalmente dall'evoluzione del diritto bancario europeo. Valga solo rammentare che affermazioni dottrinarie le quali ribadivano, riguardo alle norme bancarie uniformi, l'assenza di questioni inerenti alla "difesa del contraente più debole" non potendo queste essere ricondotte sullo stesso piano delle condizioni generali di contratto in ragione della funzione d'interesse pubblico della relativa attività, sembrano di altre epoche anziché appartenere (come appartengono) alla manualistica corrente di fine anni ottanta del trascorso millennio ⁴.

Presupposto del cambiamento è, sul piano euristico, il passaggio da un sistema chiuso (di oligopolio amministrato sotto il versante imprenditoriale; di pubblico servizio in senso oggettivo sotto quello giuridico) a un'economia di mercato aperta alla concorrenza. In quel contesto non esiste problema di tutela del consumatore se il numero delle banche è dato e il territorio nel quale la banca opera è predefinito o predefinibile (al punto da sollecitare, nelle politiche della vigilanza dell'epoca, limiti alla competenza territoriale dell'azienda o dell'istituto di credito). Tale cornice postula assetti di mercato nei quali predefinita o predefinibile risulta (dal lato della domanda) la stessa clientela, astretta (a fronte della rigidità dell'offerta) all'elementare *take it or leave it* proprio dei contratti di somministrazione conclusi per il soddisfacimento di bisogni primari. È un mondo nel quale anche per il risparmiatore la tutela può risiedere (se e quando non confligga con l'assetto pubblicistico del credito) nella sola disciplina delle condizioni generali di contratto *ex* artt. 1341 e 1342 c.c. che paradossalmente postula l'esistenza di un potere di negoziare e (soprattutto) di scegliere da parte dell'oblato nell'ambito dei contratti d'impresa. Così ignorando costi transattivi, cartelli, politiche di programmazione economica.

⁴ Il riferimento nel testo è a MOLLE, *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1987, p. 175.

Viceversa, con il passaggio al mercato, la libertà della scelta esalta la questione dell'efficienza aziendale. Se la clientela non è più variabile indipendente, il mercato va conquistato con comportamenti virtuosi e con alti *standard* di reputazione, il cui affievolimento (diversamente dal passato) sconta costi anche patrimonialmente rilevanti. Non senza aver ricordato come (in controtendenza rispetto ai tempi) la Banca d'Italia abbia (fin dai primi anni ottanta) provato a introdurre "enzimi di concorrenza" nel sistema ⁵, mette conto tuttavia constatare che la formale (e irreversibile) inversione di rotta avviene solo con il definitivo recupero della libertà d'iniziativa economica dell'imprenditore bancario nell'esercizio dell'attività. Il rinnovato assetto istituzionale, sancito con l'introduzione del testo unico bancario, per un verso circoscrive (e limita) la discrezionalità dell'autorità di settore agli obiettivi della vigilanza ora espressamente identificati dalla norma di legge primaria (che rappresenta il contraltare all'ampia delegificazione assegnatale per corrispondere nel continuo alle evoluzioni di un settore in continua trasformazione); per altro verso sollecita politiche creditizie attente alle ragioni dell'utenza e alla trasparenza del rapporto contrattuale, perché "con il promuovere maggiore informazione vengono insieme perseguiti il fine di equità, che richiede la protezione del contraente debole, e il fine di efficienza del sistema bancario e finanziario" ⁶. Non a caso la trasformazione più imponente della pregressa costituzione politica dell'Europa viene interpretata come il rafforzamento di una società basata sul diritto privato.

Tangibile e concreta testimonianza del mutamento è fornita dall'inserimento nel t.u.b. (e cioè in una legge funzionalmente tesa a disciplinare l'assetto pubblicistico del credito e del risparmio tanto sul versante dei soggetti quanto su quello dei contenuti dell'attività) di prescrizioni di *contract law* (quali sono, al netto del diverso ambito di operatività, le norme di trasparenza bancaria, quelle sul credito ai consumatori e ora anche sugli strumenti di pagamento) apparentemente estranee a tale ambito in quanto aventi a oggetto la regolazione del negozio e il rapporto tra le parti dell'accordo, piuttosto che l'attività dell'impresa

⁵ CIOCCA, *Per la concorrenza bancaria: pensieri in occasione del centenario della Comit* (in BANCA D'ITALIA, *Documenti*, n. 468, Roma, 1994, p. 9) osservava che "la foresta, se poteva apparire pietrificata nelle chiome, non lo era più, già da anni, nelle radici e nella tendenza di fondo".

⁶ CIAMPI, *Intervento all'Associazione bancaria italiana*, in Banca d'Italia, *Documenti*, 370, Roma, 1992, p. 2.

a statuto speciale. Al punto che, sulla scorta del corretto rilievo che quello in rassegna è “un corpo di norme sui contratti o, forse meglio, sull’attività contrattuale delle banche che viene a essere inserito in un sistema che dei contratti bancari non si occupa affatto”⁷, parte della dottrina eccepiva (in ordine alla efficacia della scelta sul piano della tutela del consumatore) che – a fronte della tradizionali funzioni della vigilanza – l’affidamento dei relativi compiti alla Banca d’Italia potesse determinare (col lessico del diritto amministrativo) una sorta di eccesso di potere per sviamento attraverso la subordinazione di questi insiemi disciplinari al preminente (e tradizionale) obiettivo della stabilità degli intermediari⁸.

Che sul piano della coerenza sistematica, del rigore concettuale, della stessa distinzione tra pubblico e privato la scelta effettuata fosse idonea a legittimare perplessità e riserve da parte di quanti (muovendo da premesse di formalismo giuridico piuttosto che di realismo giuridico) rileva-

⁷ COSÌ LENER, *Trasparenza bancaria e modelli di tutela del cliente nel Testo Unico del credito*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, I contratti in generale, a cura di Alpa e Bessone, II, Torino, 1999, p. 1166. In precedenza, MINERVINI, *Dal decreto n. 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 838.

⁸ ANTONUCCI, *La concorrenza bancaria*, in *Studi in memoria di P. De Vecchis*, Roma, 1999, I, p. 39 opportunamente ricorda che l’obiettivo della competitività del sistema finanziario era stato inserito nel testo definitivo dell’art. 5 del t.u.b. “perché vi era condizionata la concessione del parere favorevole della VI Commissione della Camera”. Sullo stretto legame tra trasparenza e concorrenza, essendo la prima manifestamente insufficiente a proteggere, da sola, il risparmiatore, cfr. DESARIO, *Caratteristiche e finalità dell’azione della Banca d’Italia nella dinamica evolutiva dei contratti bancari e finanziari*, in *Quaderni di diritto privato europeo*, a cura di Jannarelli, Piepoli, Scannicchio, Bari, 1999, p. 5. Ulteriori, puntuali riferimenti in SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell’impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 605, che opportunamente osservava come “la regolamentazione del mercato...non è in contrasto con l’accentuazione di un regime di concorrenza, con il quale si vuole coniugare il vantaggio di una maggiore stabilità ed efficienza delle singole imprese operanti nei diversi settori con il vantaggio di una migliore tutela dei diritti dei terzi contraenti, posti in condizione di scegliere tra le diverse imprese in concorrenza tra loro”. Giova peraltro ricordare, quanto alle differenze tra disciplina del t.u.b. ante e post d.lgs. n. 241/2010, che lo stesso Consiglio di Stato (nella nota decisione *sull’actio furtium regundorum* tra Banca d’Italia e autorità garante della concorrenza in punto di pratiche commerciali scorrette) lucidamente avverte che la pregressa regolazione era volta a perseguire finalità le quali “ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprend(evano) fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale”. Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2012, n. 14, in *Foro it.*, 2012, III, 480 con nota di PALMIERI, PARDOLESI, *Sull’interfaccia (problematica) fra regolazione economica e disciplina della concorrenza*.

vano possibili intrinseche contraddizioni, appare onestamente comprensibile. Del resto, non ho esitato (subito dopo la promulgazione del Testo unico) a rilevare come “nell’ansia di ricomprendere nel suo ambito tutte le norme relative a fenomeni creditizi, il legislatore (avesse) provveduto a riscrivere una disciplina ... relativa a profili di carattere civilistico che, a rigore, poco o nulla hanno in comune con l’assetto ordinamentale del credito e del risparmio” ⁹. Rimane tuttavia (e assume importanza decisiva) il rilievo che tale disciplina ben difficilmente avrebbe potuto essere ospitata nel codice civile o, in alternativa, formare oggetto di una legge speciale. Ciò per ragioni tanto formali quanto di effettività della tutela del risparmiatore-consumatore.

Sotto il primo versante, viene facile constatare che la disciplina codicistica dei contratti bancari (artt. 1834 segg. c.c.) ha un perimetro per un verso più ampio, per altro verso più angusto rispetto alle regole di trasparenza bancaria e di credito ai consumatori. È più ampia in quanto applicabile non ai soli contratti caratterizzati dalla presenza di una banca ma anche a contratti occasionalmente conclusi con soggetti che, pur non rivestendo la qualità di banchiere, facciano tuttavia ricorso ai tipi negoziali del codice civile ¹⁰, laddove invece l’intero Titolo VI del t.u.b. ha una più circoscritta sfera soggettiva di operatività; più angusta perché riguarda i soli contratti tipici e nominati del codice, mentre queste discipline sono di valenza generale con riguardo a tutte le operazioni e servizi bancari e finanziari (quanto alla trasparenza delle condizioni contrattuali), ovvero a tutti i contratti di credito ai consumatori. Aggiungasi che l’originario ricorso alla novellazione del codice civile in materia di clausole abusive o vessatorie (oggetto di successivo ripensamento attraverso l’inserimento della disciplina nel codice del consumo) risultava dettato da un’esigenza nella specie insussistente: quella di introdurre regole che “pur riguardando categorie di soggetti determinati (i con-

⁹ L’inciso nel testo corrisponde a quanto riportato nel commento dell’art. 124 del t.u.b., in *Commentario al Testo unico bancario*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, p. 623.

¹⁰ È la nota posizione di MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, I, p. 323 ss. *Contra*, MINERVINI, *Banca, attività bancaria, contratti bancari.*, *id.*, 1962, I, p. 313 ss. Aderisce alla tesi riportata nel testo Cass., 25 gennaio 1961, n. 109, in *Foro it.*, 1961, I, 1719 e, prima ancora, Cass., 26 ottobre 1957, n. 4139, *id.*, 1957, I, 1854. Per ulteriori, più puntuali riferimenti, v. COLTRO CAMPI, *I contratti bancari nella giurisprudenza*, Padova, 1977; CECCHERINI, GENGHINI, *I contratti bancari nel codice civile*, Milano, 1966; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005.

sumatori, i professionisti), assumono una valenza più estesa in quanto dirette a conformare le regole generali sulla disciplina del contratto e i principi generali (quindi i valori di riferimento) sui quali l'ordinamento si fonda”¹¹. Né sembrano ricorrere dirimenti argomenti idonei a giustificare l'adozione di leggi speciali tese a regolare le materie in oggetto. Se è vero che il carattere settoriale degli interessi tutelati e la riferibilità delle disposizioni a singoli insiemi di rapporti possono rappresentare indici rilevanti a favore dell'adozione di tale tecnica legislativa, non può tuttavia negarsi che le regole di trasparenza bancaria non costituiscono una disciplina unitaria e onnicomprensiva del fenomeno, dovendosi coordinare con quelle che, in diversi ambiti normativi, disciplinano le condizioni generali di contratto, le clausole vessatorie, le pratiche commerciali scorrette e altro ancora. La stessa disciplina sul credito al consumo (ora ai consumatori) non ha introdotto alcun nuovo tipo contrattuale, avendo anzi di recente lo stesso legislatore confermato la vocazione transtipica del relativo contratto¹². Da ultimo, la comparazione offre un

¹¹ Così ALPA, *I contratti*, cit., p. 502.

¹² Osserva opportunamente MAUGERI in MAUGERI, PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano, 2013, p. 9, che, anche dopo la novella portata dal d.lgs. n. 141/2010, il legislatore ha mantenuto la vocazione trans tipica della disciplina del credito al consumo. E infatti, “l'ampia definizione di contratto di credito adottata (*il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria*) fa ritenere che la disciplina sia applicabile in presenza di un'ampia categoria di fattispecie negoziali, tipiche e atipiche (mutui, *leasing* finanziario, aperture di credito, ecc.)”. Valutazione questa da condividersi senza riserve. Avevo infatti, con riferimento alla previgente disciplina, già osservato che “la nozione di credito al consumo fornita dall'art. 121, generale e onnicomprensiva, soddisfa l'esigenza di assoggettare alla disciplina del t.u.b. tutti i modelli negoziali ai quali si ricorre nella prassi per porre in essere tale operazione economica. Apparterranno così alla fattispecie considerata...vendita a credito, prestito personale, scoperto di conto corrente, prestito finalizzato, carta di credito, *leasing* traslativo al consumo...”, le quali fattispecie “consentono ...di poter affermare che il legislatore è intervenuto su un fenomeno caratterizzato, sotto il versante del risultato complessivo dell'operazione, da tipicità sociale” diversa dalla caratterizzazione come socialmente tipici dei cosiddetti “contratti nuovi” (*leasing*, *factoring*, *engeneering* ecc). Mentre in questi è la ripetitività del modello, la sua diffusione nella prassi a rendere socialmente tipico lo schema di contratto utilizzato, nelle operazioni di credito ai consumatori “socialmente tipico non è lo schema contrattuale adoperato (che può, talora, risultare *anche* legalmente tipico), quanto piuttosto l'intento negoziale concretamente perseguito dai contraenti con uno o più contratti economicamente e funzionalmente volti a un risultato unitario. Essendo l'insieme composto di parti giuridicamente indipendenti, non risulta tuttavia possibile traslare la tipicità sociale dell'operazione economica alla corrispondente figura giuridi-

dato di sicuro interesse: con l'unica eccezione della Francia, tutti i paesi UE che hanno codificato il diritto dei consumi in testi variamente denominati hanno scelto di lasciar fuori da questi codici la materia del credito ai consumatori, affidando la relativa disciplina a specifiche leggi. Scelta questa certo non irrilevante ai fini della decisione del legislatore italiano di revocare in dubbio l'assetto binario che, con il codice del consumo, frammentava la relativa disciplina tra Testo unico bancario e codice del consumo, ricollocando la stessa all'interno del primo insieme normativo (v. art. 33 l. 7 luglio 2009, n. 88).

3. Prodotti finanziari e beni di consumo.

Ma è soprattutto sul piano sostanziale dell'assetto degli interessi in gioco e della tutela di diritti costituzionalmente rilevanti che la scelta appare razionalmente (e strutturalmente) necessitata. Avere intanto collocato queste regole nella legge bancaria significa consentire al risparmiatore di godere del maggiore *enforcement* rappresentato dai controlli di vigilanza sul rispetto della relativa disciplina, che non si sostituiscono ma si sommano ai consueti rimedi in sede contenziosa. Scelta questa recentemente divisata, sull'altra sponda dell'oceano, dallo stesso *Frank – Dodd Act* del 21 luglio 2010 di riforma del sistema finanziario U.S.A. nella parte in cui istituisce una nuova autorità federale a tutela dei consumatori di prodotti e servizi finanziari (*Consumer Financial Protection Agency*) dotata di poteri di regolazione, di supervisione e sanzionatori, con la possibilità per le corrispondenti amministrazioni statali di applicare norme ancora più restrittive di quelle previste a livello federale ¹³. È importante avvertire che, diversamente dalla storia europea di tutela del consumatore, prevalentemente affidata ad autorità amministrative, quella americana è stata, per contro, caratterizzata dalla matrice esclusivamente giurisprudenziale di protezione dell'oblato ¹⁴.

ca". V. il mio *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XXXI, Torino, 2007, p. 55 ss.

¹³ Cfr. *Prevenire nuove crisi finanziarie: la riforma del sistema americano e comunitario in prospettiva globale*, *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 83 ss. Autorevolissime valutazioni critiche in POSNER, *La crisi della democrazia capitalistica*, Milano, 2010. Per valutazioni più generali v. CINGOLANI, *Bolle, balle & sfere di cristallo. L'economia dell'inganno*, Milano, 2011.

¹⁴ Ciò testimonia, tra l'altro, che i sistemi, a dispetto delle apparenze, convergono. V.

Naturalmente, non di soli fatti normativi si tratta. Questi rappresentano (non possono che rappresentare) i riflessi della sottostante realtà fenomenica. Ora, le caratteristiche dei mercati finanziari tradizionalmente riposano nella natura fiduciaria dei beni che, a diverso titolo, qui vengono prodotti, offerti, negoziati. La fiducia nei c.d. *credence goods* è un bene immateriale rappresentativo della qualità del prodotto. Presuppone il possesso, da parte del fiduciario (tanto nella veste di emittente quanto in quella di collocatore), di elevati *standards* reputazionali faticosamente conquistati nel periodo medio – lungo in misura inversa alla facilità della loro immediata dispersione. Concorrono, a tal fine, molteplici fattori non sempre e non soltanto patrimonialmente rilevanti. La crisi (ormai senza aggettivi) che attanaglia le nostre economie e la stessa società civile è, anche e soprattutto, di natura fiduciaria, sia riguardo ai protagonisti del mercato sia riguardo ai prodotti. L'etimo del sostantivo, riveniente dall'originario lemma greco (*Krisis* deriva da *Krino*), sottende il “separare” e perciò il diversificare scelte, politiche e condotte future rispetto a quelle passate. I principali assiomi della letteratura economica neoclassica (in particolare quelli rappresentati dalle teorie dei mercati efficienti e delle aspettative razionali) sono diffusamente revocati in dubbio, al pari dell'esistenza di leggi naturali di governo dei mercati intimamente dotate di vincolante oggettività e cogenza. Forte è il sospetto, anche da parte dei supremi sacerdoti del libero mercato, che “un'economia capitalistica non gestita è intrinsecamente instabile”¹⁵. Il diritto è chiamato a supplire. Le attenzioni (e le analisi) si appuntano – per quanto qui rileva – su modi, forme e tecniche giuridiche idonei a ripristinare condizioni di fiducia nei mercati e negli intermediari finanziari, considerevolmente incrinatesi in ragione dell'occorso. I dati sono impietosi. Come rileva la Banca d'Italia, nel nostro paese “nel 2012 la spesa delle famiglie, dopo aver ristagnato nella media del triennio precedente, si è fortemente ridotta. In termini *pro capite*, è tornata ai valori del 1998”¹⁶.

Le rivisitazioni della disciplina vigente non possono, in ogni caso, prescindere dal considerare che recenti studi di psicologia compor-

GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, p. 7 ss.

¹⁵ POSNER, *La crisi*, cit. In precedenza; ID, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard University Press, Cambridge, 2009. Ulteriori riflessioni in CIOCCA, *Intervento*, in *Nuove prospettive del diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Atti del convegno, in *Econ. e dir. del terziario*, 2011, p. 362 ss.

¹⁶ BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale*, Roma, 2013, p. 86.

tamentale e la stessa diversa qualità dei beni che vengono offerti in questo mercato rispetto a quelli che caratterizzano il mercato finale del prodotto impongono tecniche di tutela del risparmiatore (che, quando “consapevole”, riveste la qualifica soggettiva di investitore) diverse e aggiuntive rispetto alla sola informazione obbligatoria sulle caratteristiche del bene oggetto della prestazione, altro essendo l’acquisto di un bene di consumo, altro la prestazione di un servizio creditizio o finanziario. Quegli studi smentiscono l’assioma dell’esistenza di un “consumatore medio” perfettamente razionale, che agisce usando *set* informativi completi e omogenei¹⁷. Se, in particolare, l’oggetto del contratto tra risparmiatore e intermediario è sempre meno un bene predeterminato nel suo ammontare (il denaro), consistendo invece nella promessa di un bene futuro (incerto nell’ammontare, nella consistenza, talora nella sua stessa individuazione), diviene decisivo, ai fini dell’adozione di scelte razionali, il possesso di un elevato grado d’informazione e conoscenze, peraltro strutturalmente estraneo alla maggioranza di questi risparmiatori sia per assenza di professionalità specifica che per costi transattivi proibitivi. Il consumatore di questi prodotti non legge mai un bilancio dell’emittente e comunque ha difficoltà a capirlo. Raramente legge un prospetto informativo, una nota informativa, un foglio analitico. La “razionale ignoranza” rispetto a siffatte linee di politica del diritto si giustifica in ragione dell’impraticabile costo transattivo non dell’acquisizione dell’informazione ma della sua fruibilità (c.d. *information overloading*) ai fini della realizzazione di una volontà consapevole (e quindi della scelta), segnatamente con riguardo a prodotti finanziari maggiormente complessi, per i quali la conoscenza del prodotto e dei suoi effetti collaterali sfuggono ormai allo stesso emittente. Non dissimile questione

¹⁷ Muovendo dal noto “*market for lemons*” di AKERLOF (in 84 *Q.J. Econ.*, 1970, p. 448), faccio riferimento ai più recenti contributi di psicologia comportamentale prodotti anche all’interno delle autorità di settore, tra i quali segnalo, per originalità e rigore scientifico, il lavoro di LINCiano, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail*, in *Quaderni di finanza della Consob*, Roma, 2010. Mi limito, nella letteratura giuridica italiana, a ricordare gli importanti contributi di MORERA, *Legislatore razionale vs. investitore irrazionale*, in *Analisi giur. econ.*, 2009, p. 83 ss. e di PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un’analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la disciplina Mifid*, in *I soldi degli altri*, a cura di Perrone, Milano, 2008, p. 20 ss. Per una disamina anche di giurisprudenza sul significato di “cliente medio”, v. BARTOLOMUCCI, *Ancora sugli obblighi informativi nel settore del mercato finanziario: tra doveri dell’intermediario e principio di autodeterminazione dell’investitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, p. 440 ss.

interessa, a ben vedere, gli stessi servizi o prodotti più elementari (mutui, carte di credito, operazioni in conto corrente), atteso che, a fronte della loro maggiore semplicità, viene in gioco la minore esperienza e dimestichezza delle sempre più vaste fasce di popolazione interessate (pensiamo solo, *inter alia*, agli effetti dei provvedimenti legislativi di limitazione dell'uso del denaro contante) a queste operazioni seriali rispetto alle tecniche che comunque connotano le relative clausole contrattuali, non sempre (e non da tutti) facilmente comprensibili. L'educazione finanziaria (peraltro in fase ancora pionieristica) può aiutare ma non è, da sola, risolutiva. Da ciò, allo stato, la prevalenza ai fini della scelta d'investimento (o di risparmio, o di fruizione di servizi) di opinioni e consigli resi dagli intermediari (e loro collaboratori) in quanto professionisti della finanza e, nei casi maggiormente sofisticati, dalle agenzie di *rating*. L'evidenza empirica testimonia come tali valutazioni di fatto rappresentino per l'investitore un'informazione *market sensitive*, costituendo un indicatore rilevante ai fini delle opzioni d'investimento (o di risparmio).

Al punto che, con riguardo ai prodotti finanziari, l'eccesso d'informazioni corre il rischio di allargare (anziché di restringere) la forbice dell'asimmetria informativa "perché l'abbondanza di dati oggettivamente non facili da interpretare rischia sovente di nascondere le poche circostanze davvero essenziali che l'investitore sarebbe altrimenti in condizione più agevolmente di percepire", con il conseguente sospetto che "l'informazione dettagliata può forse rivestire maggiore attenzione proprio per il cliente professionalmente più qualificato, che è meglio in grado di discernere gli elementi essenziali e d'intendere l'importanza dei particolari"¹⁸. Non a caso, la più autorevole e risalente dottrina sulle discipline di trasparenza e sulla cultura della vergogna è costretta a prendere atto di antichi e sapienti moniti che avvertivano come *too much sunshine can cause skin cancer*¹⁹.

¹⁸ RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le società*, 2008, p. 272.

¹⁹ ROSSI, *Per il diritto dei mercati pochi principi e troppe leggi*, ne *Il Sole 24 ore* del 16 giugno 2013, che riporta l'avvertenza di LOSS ricordata nel testo. Lucidamente perciò MAZZAMUTO, *Il contratto nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 641 ricorda che la "rigorosa applicazione dell'analisi costi benefici rende quanto meno dubbia la vantaggiosità di un'adeguata verifica delle informazioni: il costo per comprendere appieno le informazioni sembra sempre eccedere il guadagno ottenuto. Ad aggravare questa scarsa propensione per l'analisi delle informazioni da parte degli investitori sofisticati

E dunque, con riferimento alle caratteristiche del prodotto, difficilmente giustificabile risulterebbe trattare servizi bancari, finanziari, assicurativi alla stessa stregua dei beni di consumo, con inserimento delle relative prescrizioni nell'apposito codice. Senza omettere di ricordare, per un verso, il pluralismo delle fonti che regolano la materia (e, in particolare, l'importanza delle discipline regolamentari non solo nell'intermediazione finanziaria ma anche in quella bancaria e creditizia) e, per altro verso, la presenza di autorità settoriali (inesistenti con riguardo ai beni di consumo, diversi essendo i compiti del garante della concorrenza) con funzioni di supervisione e di tutela.

4. (segue)... obiettivi della tutela amministrativa.

Nel descritto scenario, l'affidamento alla Banca d'Italia di una specifica funzione di tutela del risparmiatore (quale può senz'altro evincersi dalla peraltro semanticamente più circoscritta formulazione della norma inserita nel testo unico) non è casuale. La valenza fortemente innovativa della disposizione non è sfuggita a un'attenta dottrina, la quale ha osservato che "l'aver collocato ora la tutela della trasparenza in posizione distinta rispetto alla tutela dell'efficienza e della competitività del mercato bancario potrebbe intendersi nel senso di uno 'sganciamento' fra i due obiettivi e quindi nel senso dell'assunzione della tutela della trasparenza (e correttezza) in funzione esclusivamente della clientela in quanto tale". E tuttavia, sul versante funzionale, gli scopi della prescrizione normativa risulterebbero per lo meno opachi: "se l'obiettivo è puramente e semplicemente la tutela dei clienti delle banche, c'è effettivamente bisogno della 'mediazione' di un'autorità amministrativa?"²⁰.

La risposta affermativa (che discende dall'analisi diacronica in precedenza svolta) non può sottrarsi dall'identificare in maniera maggiormente specifica gli argomenti che, in chiave sequenziale, risultino idonei a illustrare i nessi eziologici esistenti tra dinamiche del mercato

ha contribuito poi la fiducia senza riserve nelle valutazioni sintetiche delle agenzie di rating". V. anche NATOLI, *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 165 ss. Sulle contraddizioni sottese al rating e sui possibili rimedi, rinvio al mio *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di rating*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 873 ss.

²⁰ NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"?* in *Dir. banc.*, 2011, p. 13.

ed evoluzione degli assetti giuridici che a queste corrispondono. In siffatta guisa, mette conto muovere dal rilievo che di un sistema finanziario può ragionevolmente predicarsi l'efficienza (laddove riduca il rischio d'impresa e incrementi gli utili) e la competitività (quando riduca le barriere all'ingresso, eviti concentrazioni, intese lesive della concorrenza, abusi di posizione dominante insieme a rendite di posizione ed extra profitti) senza che ciò necessariamente determini che quello stesso sistema debba produrre, in via diretta, un reticolo di adeguate relazioni fiduciarie tra intermediari e clienti. Se "le crisi finanziarie sono quasi sempre dovute non già a un crollo del rendimento o a un'impennata oggettiva del rischio, bensì a cadute di fiducia, spesso amplificate, se non addirittura provocate, dalle imperfezioni del quadro istituzionale"²¹, ben può la relazione fiduciaria (anche nel descritto contesto) risultare affievolita, non essendo efficienza e competitività del sistema garanti del superamento di opacità negoziali, processi di formazione della volontà non consapevoli, assenza di rapporti cooperativi tra i paciscenti. La tutela della concorrenza tra gli operatori genera efficienza economica e prezzi più contenuti. Non sempre contratti qualitativamente migliori. Fuori dal *market for lemons*, non è da sola in grado di corrispondere alle esigenze di una utenza per contro fortemente interessata alla qualità del contratto. Di un contratto nel quale l'oggetto della controprestazione è rappresentato non già da un bene (o da un servizio) specifico che il consumatore può personalmente apprezzare sulla scorta delle informazioni obbligatorie possedute quanto piuttosto dall'aspettativa che i frutti dell'investimento effettuato o del servizio finanziario convenuto possano adeguatamente corrispondere alla soddisfazione del bisogno che ha condotto alla conclusione dell'accordo. Il trasferimento della ricchezza non è perciò prodromico all'immediata sua trasformazione in un prodotto quanto piuttosto alla sua commutazione temporale: presente contro futura per le operazioni bancarie, mobiliari e assicurative; futura contro presente per quelle creditizie²².

Inadempimenti contrattuali, vizi del volere, violazioni di legge, illeciti civili ben potranno (e dovranno) produrre i rimedi risarcitori o restitutori sanciti in sede giurisdizionale, previo accertamento dei fatti denunciati.

²¹ CIOCCA, *Il tempo dell'economia. Strutture, fatti e interpreti del Novecento*, Torino, 2004, p. 69.

²² P. FERRO LUZZI, *Attività e prodotti "finanziari"*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 134.

È tuttavia per lo meno dubbio che tali rimedi possano, da soli, assicurare efficaci tutele a questa particolare categoria di oblati. A prescindere anche da tempi e disfunzioni della giustizia civile domestica: i) per quanto presto il giudice possa decidere, arriva comunque tardi rispetto al danno procurato; ii) le caratteristiche dei beni oggetto del contratto sono di tale complessità tecnica da far ragionevolmente dubitare del diffuso possesso delle relative conoscenze specialistiche; iii) non sempre è possibile rimediare *ex post* al danno prodotto sia con riferimento al numero dei danneggiati che alle specifiche esigenze di ciascuno; iv) non sempre è possibile apprezzare con certezza il nesso eziologico tra condotta dell'intermediario ed evento dannoso, potendo questo dipendere da variabili esterne al contratto tuttavia difficilmente isolabili. Ove a ciò si aggiunga l'ampia oscillazione giurisprudenziale (basti qui solo menzionare la non sopita polemica in ordine ai rimedi conseguenti alla violazione delle regole di condotta nei mercati mobiliari) e la stessa divaricazione esistente nei diversi paesi dell'Unione, non potrà che concludersi per la centralità e l'indispensabilità della tutela amministrativa (fornita dalle c.d. autorità amministrative indipendenti) in via prevalentemente preventiva attraverso la panoplia di strumenti da queste posseduti. È allora evidente che la tutela del risparmiatore/investitore/assicurato rappresenta un obiettivo di vigilanza autonomo perché, in assenza di specifiche (e continuamente aggiornate) regole tecniche e di altrettanto specifici controlli sulla commercializzazione di questi prodotti altamente fiduciari, il relativo mercato sconta elevati (e intollerabili) rischi in grado di poterne decretare il fallimento. La soluzione di continuità rispetto al passato risiede proprio nel diverso assetto del mercato finanziario, un tempo composto da intermediari specializzati nella tradizionale attività bancaria di raccolta del risparmio tesa all'erogazione del credito ora invece rappresentato da operatori polifunzionali attivi nella produzione e nella distribuzione di nuove forme di ricchezza rappresentate da contratti che non costituiscono solo strumenti di circolazione di beni ma addirittura tecniche virtuali di creazione dello stesso bene (o prodotto) oggetto dello scambio. Basti pensare al contratto "derivato"²³. Con tutto ciò che a questo consegue, non solo in termini di conflitti d'interesse "epidemici". A meno di non

²³ Sul ruolo di tali contratti nella produzione della crisi dei mercati finanziari e sui possibili rimedi, mi permetto di rinviare al mio *La crisi dei mercati finanziari: disorganici appunti di un giurista*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 329 ss.

mutare le principali regole del gioco oggi vigenti, preservare questo mercato implica tutelare il risparmio in termini, forme soprattutto modalità profondamente diverse rispetto al più recente passato, non potendo gli obiettivi della supervisione essere circoscritti alle tradizionali variabili relative all'impresa ma dovendo, per contro, estendersi ai regimi dell'autonomia privata. Non deve pertanto stupire che la Banca d'Italia ritenga la tutela dei clienti elemento addirittura "costitutivo della supervisione bancaria e finanziaria" che "si integra con le sue altre finalità" ²⁴. È proprio il diverso assetto del mercato a imporlo. La conferma più autorevole può trarsi, a livello normativo, dallo stesso regolamento sull'Unione bancaria, ispirato a un meccanismo unico di vigilanza bancaria a livello europeo (c.d. *Single Supervisory Mechanism* – Regolamento U.E. n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi). Questa importante, innovativa e controversa fonte del diritto dell'Unione prevede (per ciò che qui rileva) tra le specifiche funzioni di supervisione che permangono in capo alle autorità nazionali quella di protezione dei consumatori (cfr. 28° *considerando*), fornendo così enfasi autonoma a un obiettivo fino a non molto tempo addietro decisamente strumentale o subordinato.

5. Le tecniche giuridiche di protezione.

Le ricadute delle riportate linee evolutive di politica del diritto rilevano anche nella definizione delle tecniche giuridiche di protezione. Queste continuano a fare principale affidamento sulla trasparenza delle condizioni contrattuali nei diversi insiemi considerati ma, come provveremo ad argomentare, con significati e portata affatto diversi rispetto alla primigenia accezione del termine, sostanzialmente coincidente con quello di mera informazione obbligatoria. In particolare, "trasparenza" è un sostantivo polisemico che permea, in guisa di criterio valutativo, l'intera dinamica dei contratti seriali o di massa, oltre a diverse ulteriori aree (di rapporti patrimoniali come di diritti della persona). Sul piano morfologico e strutturale, quasi tutte le leggi nuove, in particolare relative alla definizione dei rapporti giuridici patrimonialmente rilevanti (di disciplina della concorrenza e del mercato come dei contratti del consumatore; di

²⁴ BANCA D'ITALIA, *Relazione sulla gestione e sulle attività*, Roma, 2013, p. 63.

ridefinizione delle potestà pubbliche come di diritto dell'impresa), sono caratterizzate da un ampio ricorso a questo criterio che, per il tramite della sottesa disciplina, è destinato a fungere da parametro di giudizio in ordine ai binomi liceità/illiceità; legalità/illegalità; validità/invalidità; legittimità/illegittimità relativi, a seconda delle circostanze, ad atti, contratti, clausole negoziali, comportamenti (commissivi o omissivi) riassuntivi di figure, istituti, interessi manifestamente tra loro differenti. In ambito finanziario, un esempio paradigmatico è offerto dalla importante legge sulla tutela del risparmio (n. 262/2005). Il diritto alla trasparenza (o, dal lato passivo, il suo reciproco) viene espressamente richiamato in ben otto disposizioni, con variegati significati. Accade con riferimento alla disciplina delle società estere (dove la *relatio* evoca la necessità di produrre informazioni significative, ma anche regole comparabili, art. 6); all'ammissione di titoli a quotazione (dove, oltre a qualificare regole di contabilità, rileva quale clausola generale o quale regola di condotta, art. 14); al rispetto del relativo principio da parte della Banca d'Italia nell'esercizio delle proprie funzioni (dove, quale moderno archetipo di riferimento dell'art. 97 Cost., sottende il render conto dell'operato, il rendere gli atti sindacabili ecc., art. 19); ai presupposti che devono ispirare l'azione della Covip (art. 25); all'adempimento degli obblighi contrattuali di banche e intermediari nei confronti della clientela (art. 27); infine, all'oggetto delle controversie portate all'attenzione di organi di giustizia stragiudiziale (art. 29). Giurisprudenza e orientamenti delle autorità di settore hanno progressivamente contribuito a confermare, nel diritto vivente, che il rispetto della trasparenza è criterio valutativo di primaria, crescente importanza per la soluzione dei casi sottoposti. Ciò con particolare riguardo all'azione delle amministrazioni pubbliche, imponendo i principi costituzionali "l'osservanza di doveri di correttezza e di trasparenza che presidiano l'esercizio della potestà amministrativa"²⁵; all'accertamento in concreto della colpa dell'amministrazione nei giudizi di responsabilità civile²⁶; a valutazioni di validità/invalidità di negozi posti in essere in violazione di disposizioni tese a tutelare la trasparenza del mercato²⁷; alla violazione di norme sulla pubblicità ingannevole²⁸; alle relazioni finanziarie tra gli stati membri e le loro imprese pubbli-

²⁵ Cons. St., 15 novembre 2004, n. 7381, in *Foro amm.*, 2004, 3164.

²⁶ Cass., 21 ottobre 2005, n. 20358, in *Giur. it.*, 2007, 355.

²⁷ Cass., 13 marzo 2006, n. 5429, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, 582.

²⁸ Garante della concorrenza e del mercato, 23 settembre 2004, n. 13614.

che ²⁹; alla stessa attività sportiva, il cui svolgimento e la cui credibilità non possono prescindere dalla “trasparenza dei risultati” ³⁰. Trovo perciò difficile revocare in dubbio che, con specifico riguardo ai contratti del consumatore, la trasparenza assurga a strumento attraverso il quale effettuare il sindacato sul “raggiungimento dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali” ³¹ e rappresenti la soglia minimale al di sotto della quale il giudizio su negozi, clausole, comportamenti non può che risolversi negativamente. Che possa o no poi qualificarsi (anche) quale principio generale sul piano dogmatico è questione, a ben vedere, di secondario momento, visto che, essendo i principi “scatole vuote”, ben può accadere che “si configuri e venga applicato un principio a cui si potrebbe, dal punto di vista formale, contestare la cittadinanza dell’empireo dei principi generali ma, di fatto, operativamente, non si potrebbe contestare la rilevanza sul piano dell’effettività” ³². Informa, nella disciplina dell’autonomia privata, tanto il momento della trattativa, quanto quelli della conclusione e dell’esecuzione del contratto, con portata espansiva rispetto all’ambito dei soli “scambi senza accordo”. Negli indicati termini, diviene anche sinonima di buona fede e di correttezza, rappresentando le corrispondenti norme espressione di tale clausola generale l’indicatore di riferimento per il suo concreto riconoscimento nel diritto vivente. Ciò anche in forza dei più recenti orientamenti dei giudici di legittimità, che reputano il principio di buona fede privo di contenuto predeterminato e quindi in grado di comprendere nel proprio ambito non solo la tradizionale ipotesi della rottura ingiustificata della trattativa ma lo stesso *clare loqui* e, in particolare, la mancata informazione da parte di uno dei due paciscenti circa il reale intento di concludere il contratto ³³.

Nell’ambito del testo unico bancario, la trasparenza è diventata plurale. Dopo il decreto legislativo n. 141/2010 tre sono le discipline ivi contemplate: quella sulle operazioni e i servizi bancari (Capo I, Titolo VI, art. 115 segg.); quella sul credito ai consumatori (Capo II, art. 121 segg.); quella sui servizi di pagamento (Capo II-bis, art. 126-bis segg.). Non mancano naturalmente intersezioni e rinvii, ma trattasi di discipline strutturalmente e funzionalmente diverse l’una rispetto all’altra

²⁹ Corte di giustizia Ce, 9 marzo 2004, n. 314/03, in *Raccolta*, 2004, I, 2257.

³⁰ Cass., 27 ottobre 2005, n. 20908, in *Foro it.*, 2006, I, 1465.

³¹ App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332.

³² Così ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 17.

³³ V., da ultimo, Cass., 26 aprile 2012, n. 6526.

tanto soggettivamente [la prima è a soggetto indifferente; la seconda protegge il solo consumatore; la terza contiene prescrizioni vincolanti nei confronti del consumatore e della micro impresa (organico inferiore a dieci unità; fatturato non superiore a 2 milioni di euro) che diventano di mero *default* quando l'utilizzatore dei servizi di pagamento non appartenga a tali categorie] quanto oggettivamente [pensiamo solo alla diversa portata applicativa dello *jus variandi* nei contratti aventi a oggetto strumenti di pagamento (dalla sottrazione dell'assenza del giustificato motivo per i contratti a tempo indeterminato all'estensione all'offerta di nuovi servizi)]. Tre, conseguentemente, gli insiemi normativi sub primari approntati dalla Banca d'Italia in attuazione delle disposizioni corrispondenti.

Oltre a estendersi e diversificarsi, la trasparenza cambia soprattutto significato e portata. Diviene (come si usa dire con linguaggio atecnico) "sostanziale". Non evoca più solo informazione e correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti, ma anche (e soprattutto) adeguatezza delle comunicazioni alle caratteristiche dei servizi e della clientela. Diviene perciò sinonima di assistenza se non di vera e propria consulenza all'oblato. In alcuni casi, si fa vera e propria regola di condotta. L'esempio più immediato è rappresentato dall'art. 124, co. 5, del t.u.b. nella parte in cui la norma impone in capo al proponente l'obbligo di fornire al consumatore "chiarimenti adeguati in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento". Il richiamo all'adeguatezza non è occasionale. Ricorre anche nella successiva disposizione sulla "verifica del merito creditizio" (art. 124-*bis*) dove il finanziatore, prima della conclusione del contratto, è tenuto a valutare la sussistenza o no del merito di credito "sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente".

Il conseguente interrogativo è consistito nel verificare l'eventuale identità di tale parametro di riferimento della condotta con quello in essere nell'ambito dei servizi d'investimento. Anche sulla scorta delle prime conclusioni di un'apprezzata dottrina [la quale ha opportunamente rilevato come – nel caso di specie – non sia il prodotto offerto a dover essere adeguato rispetto alle esigenze del consumatore quanto piuttosto le informazioni sulla scorta delle quali l'intermediario si dis-

pone a concedere credito ³⁴], ho in altra sede concluso che le più consistenti differenze rispetto alla disciplina dell'intermediazione mobiliare risiedono nella circostanza che in questa la valutazione di adeguatezza del prodotto o servizio offerti permane sul consumatore e non è traslata sull'intermediario ³⁵. Negli indicati termini, "il canone cui ricondurre le condotte dovute dai finanziatori e dagli intermediari del credito è dunque riconducibile alla regola di appropriatezza, della quale ripete l'esigenza di mettere in guardia il consumatore dalle conseguenze potenzialmente pregiudizievoli della sua azione e della quale condivide la ragion d'essere, che si identifica nell'esigenza di accostare alla scelta del consumatore la 'supervisione' di un intermediario tenuto a formulare un ponderato giudizio sulla sostenibilità del finanziamento" ³⁶. Le ricadute sono, in ogni caso, di estrema importanza, determinando tali regole di condotta il passaggio dall'informazione come "consiglio amichevole" (che, in ragione del noto brocardo *consilii non fraudolenti nulla obligatio est*, è produttiva di responsabilità per danni nei soli casi di dolo o frode) all'informazione come servizio se non addirittura all'informazione come elemento confluyente in un prodotto ³⁷. Nel secondo caso, sulla scorta di una nota giurisprudenza, risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale chi, per essere particolarmente qualificato, con il proprio comportamento negligente o imprudente ingenera nel terzo un affidamento incolpevole, come ad esempio la banca quando fornisce informazioni false o inesatte sulla solvibilità del cliente ³⁸. Andrebbe, in tale ipotesi, provata l'ingiustizia del danno, diversamente dall'ultima delle descritte prospettazioni, nella quale l'ingiustizia sarebbe *in re ipsa* in

³⁴ FALCONE, *Prestito responsabile e sovrindebitamento del consumatore*, *Dir. fall.*, 2010, p. 647.

³⁵ V. il mio *La riforma*, cit., p. 517.

³⁶ Così, perspicuamente NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012, p. 150.

³⁷ BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 539 ss. anche per l'importante richiamo a Pothier, per il quale "se imprudentemente e temerariamente io ti avessi detto che Pietro, a cui avevo consigliato di fare un prestito, era persona solvibile, perché tale lo credevo senza tuttavia essermi informato sulla sua solvibilità, io non sarei obbligato a meno che il consiglio non fosse stato dato in malafede". Più di recente, sul problema, FACCI, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009. D'obbligo è inoltre il richiamo dei magistrali contributi di GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico – False light in the public eye*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 84 ss; Id., *Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Quadr.*, 1988, p. 301 ss.

³⁸ App. Milano, 14 marzo 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, 627 ss.

ragione dell'obbligo legale che genera una responsabilità da affidamento. Il problema ulteriore consiste nel verificare se siffatta responsabilità possa qualificarsi come contrattuale o aquiliana. Questione questa che ripropone la nota diatriba sulla natura della responsabilità *in contrahendo*. Gli effetti dovrebbero risultare non sostanzialmente dissimili, visto che il criterio generale d'imputazione della responsabilità da affidamento è sempre la colpa, che va provata dal danneggiato in sede extracontrattuale e comunque allegata in sede contrattuale, attribuendo di regola la giurisprudenza all'obbligo d'informazione natura di obbligazione c.d. di mezzi. In siffatta guisa, le conseguenze non appaiono diverse da quelle formulate dalla nota giurisprudenza di legittimità in tema di violazione delle regole di comportamento nel mercato finanziario, e cioè risarcimento del danno e/o risoluzione del contratto a fronte di inadempimenti "importanti" (art. 1455 c. c.) o, nel caso di raggiro, rimedi del dolo contrattuale (anche omissivo) ³⁹.

Queste regole di condotta (che trovano specifica applicazione nei confronti delle sole operazioni sussumibili nel sintagma "credito ai consumatori") testimoniano, per un verso, la ricorrenza di similari bisogni di protezione anche con riguardo alla distribuzione di prodotti tutt'altro che sofisticati, quali invece sono gli strumenti finanziari; per altro verso, la progressiva omogeneizzazione delle tecniche di tutela nell'ambito dei tre diversi segmenti del mercato finanziario, attesa la pregressa esistenza di regole di comportamento nel comparto assicurativo (v., in particolare, art. 183 d.lgs. n. 209/2005, codice delle assicurazioni private). Di più: ancorché circoscritte agli indicati contratti, informano gli assetti regolamentari della Banca d'Italia anche in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e di servizi di pagamento, non essendo dubbio che il valore aggiunto delle relative disposizioni secondarie (segnatamente di quelle più recenti del 17 giugno 2013, in pubblica consultazione) risieda proprio nella enucleazione di puntuali obblighi di assistenza della clientela da parte di imprese e intermediari. In sede di "principi generali" è espressamente previsto che le informazioni vengano rese alla clientela in modo "corretto, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle

³⁹ Cass., 19 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 110 ss. con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità contrattuale* e Cass., S.U., 19 febbraio 2007, nn. 26724 e 26725, id., 2008, I, 779 ss. con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni unite*.

caratteristiche dei servizi e della clientela". Le modalità dell'agire affiancano perciò le regole formali di validità dell'accordo e specificano i contenuti degli obblighi informativi, non più limitati al solo versante quantitativo. Arricchiscono, di conseguenza, l'insieme di rimedi esperibili (che non si esauriscono nelle sole nullità di protezione) e prefigurano specifici assetti disciplinari nel più generale ambito dei c.d. contratti del consumatore, conformando non tanto o non solo l'atto d'autonomia quanto piuttosto le modalità del contrarre e le stesse strutture dell'impresa in forza delle ulteriori specifiche regole di organizzazione aziendale aventi, tra l'altro, a oggetto le stesse procedure al fine di indirizzare la clientela verso prodotti adeguati alle proprie esigenze finanziarie, in maniera conforme all'ultima parte della norma in rassegna che rimette alla Banca d'Italia il potere di dettare disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni conformemente alle deliberazioni del Comitato del credito. Ciò per "attenua(re) i rischi legali e reputazionali" dell'intermediario e concorrere alla sua "sana e prudente gestione". La commistione tra pubblico e privato o, in termini equivalenti, la compenetrazione della tutela del cliente tra gli obiettivi di vigilanza è pertanto dichiarata e manifesta.

6. L'enforcement.

Una volta approntato, questo singolare e complesso insieme normativo deve poter funzionare onde garantire effettività ai diritti ivi contemplati. Trattandosi di tutela diretta, il ricorso a norme d'azione (*scilicet*, ai tradizionali rimedi pubblicistici) non è più, da solo, sufficiente. Sanzionare solo in via amministrativa la violazione delle diverse regole a tutela del risparmiatore produce il singolare risultato che il danno da questi sofferto serve a ristorare... l'erario dello Stato. Né (di là della specifica fattispecie ex art. 128-ter in tema di misure inibitorie, nella quale la tutela restitutoria segue all'adozione del rimedio amministrativo) può ragionevolmente supporre che la Banca d'Italia (o le altre autorità di supervisione) divenga(no) destinataria(e) di funzioni conciliative o giudicanti tese alla soluzione di controversie tra clientela e imprese in ordine all'applicazione della disciplina (della quale spesso risultano emittenti) e alla tutela dei diritti. Lo esclude irrimediabilmente la relativa natura giuridica e il ruolo svolto nell'ordinamento. La prevalente identità di *small claims* delle relative controversie difficilmente potrebbe, sotto altro profilo, venire soddisfatta attraverso i tradizionali rimedi giurisdizionali, anche a prescindere dallo stato di crisi dal quale nel nostro paese è attraversata la giustizia civile.

Donde l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario.

In pillole: l'organismo, contemplato dalla legge sulla tutela del risparmio l'Arbitro Bancario Finanziario ha iniziato a operare dall'ottobre 2009. È strutturato (in base alla disciplina sub primaria che ne regola il procedimento emanata dal comitato del credito con la deliberazione n. 275/2008 e dalla Banca d'Italia con il regolamento del luglio 2009 e successive modificazioni e integrazioni) in tre collegi (Milano, Roma e Napoli) competenti per le corrispondenti aree territoriali. Ha competenze a conoscere (e a decidere) controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari nonché (dal febbraio 2010, in attuazione dell'art. 40 d. lgs. n. 11/2010) di servizi di pagamento per l'accertamento dei relativi diritti (competenza per materia) e per il risarcimento del danno fino a 100 mila euro (competenza per valore). Può, a tal fine (quale a.d.r. "decisoria/aggiudicativa"), adottare pronunce di accertamento e di condanna (non quindi pronunce costitutive, es. di annullamento del contratto) e opera come organismo "di secondo grado" dopo il previo reclamo (con esito negativo o in assenza di esito) all'intermediario, che ne costituisce condizione di procedibilità. La sua adizione è riservata alla clientela bancaria e finanziaria, oltre che agli utilizzatori di strumenti di pagamento (trattasi di diritto irrinunciabile); non prevede un'assistenza legale obbligatoria e sconta un basso costo d'accesso (venti euro). La partecipazione delle diverse categorie d'intermediari al sistema (resa obbligatoria dal presente imperativo "aderiscono" di cui all'art. 128-*bis* del t.u.b.) costituisce una condizione per l'esercizio dell'attività riservata (perciò un onere). La mancata adesione rappresenta peraltro fonte della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 144 t.u.b.

Riscontra un gradimento crescente (5.653 ricorsi nel 2012, con una percentuale d'aumento del 58 per cento rispetto all'anno precedente) con esiti favorevoli al cliente-consumatore (comprese le cessazioni della materia del contendere) superiori al 60 per cento; tempi contenuti della decisione (max 105 gg. dal ricorso, ma la durata media è stata nel corso del 2012 di 112,4 gg.); prevede un'unica (ancorché significativa) sanzione (di *shame culture*) corrispondente all'inadempimento alla decisione (la pubblicazione della stessa) che fa registrare casi sostanzialmente marginali. I suoi orientamenti, indipendentemente da "variazioni sul tema" (peraltro rappresentative dell'indipendenza di giudizio e dell'imparzialità dell'organismo) da parte dei diversi collegi su questioni di dettaglio costituiscono spesso – in punto di politica del diritto – avanzate tutele della clientela bancaria e finanziaria (ad es. in tema di responsabilità del finanziatore nel credito al consumo, anche in assenza di clausole di "esclusiva" o nella retrocessione della quota di premio as-

sicurativo per l'estinzione anticipata del finanziamento) con effetti conformativi di rilievo per la comune dei destinatari.

La sua inedita morfologia ha sollecitato e sollecita continui interventi (e polemiche) sulla natura giuridica dell'arbitro: da organismo arbitrale ad arbitratore, a organo della Banca d'Italia per il perseguimento delle finalità pubbliche della vigilanza bancaria ⁴⁰. Provando a uscire dalle secche di uno sterile esercizio teorico nel quale manca l'esatta corrispondenza di tale organismo a figure note, si è altrove sostenuto, in forza soprattutto della legittimazione "disuguale" all'azione, circoscritta a favore del solo cliente (che è nozione più ampia ma non ontologicamente

⁴⁰ Sull'Arbitro Bancario Finanziario v. COSTANTINO, *Sintesi dell'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario al 31 marzo 2010*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 278 ss.; Id., *L'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Studi in onore di Verde*, Napoli, 2010, p. 297 ss.; QUADRI, *L'Arbitrato Bancario Finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p. 305 ss.; RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2010, p. 335 ss.; CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, id., I, p. 261 ss.; GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?* ibid., 2010, p. 665 ss.; CAPRIGLIONE, *Cicero pro domo sua* (in replica allo scritto di GUIZZI), in *Mondo banc.*, 2011, p. 2 ss.; GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le società*, 2011, p. 1216 ss.; MAIMERI, *Commento sub art. 128-bis*, in *Commentario al testo unico bancario* a cura di Belli, Losappio, Porzio, Rispoli Farina, Milano, 2010, p. 1144 ss.; GUCCIONE, RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, p. 475 ss.; AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le società*, 2011, p. 83 ss.; TAVORMINA, *L'Arbitro Bancario Finanziario (un altro episodio de "I nuovi mostri")*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1021 ss.; CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *judicium.it*; MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, id.; BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr.*, 2010, p. 422 ss.; DE CAROLIS, *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, Roma, 2011; DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2011, p. 492 ss.; PALMIERI, *Nota a decisioni ABF*, in *Foro it.*, 2012, I, 299; CONSOLO – STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore" di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corriere giur.*, 2011, p. 1653 ss.; Id., *L'Arbitro bancario finanziario e la sua giurisprudenza precognitrice*, in *Le società*, 2013, p. 185 ss.; *ABF e supervisione bancaria*, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2011; F. FERRO, LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'abf*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 730 ss.; CARRIERO, *Arbitro Bancario Finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, V, 213 ss.; MAIONE, *Forma e sostanza delle delibere dell'arbitro bancario finanziario*, in *Le società*, 2012, p. 437 ss.; SANGIOVANNI, *Regole procedurali e poteri decisori dell'arbitro bancario finanziario*, id., p. 935 ss.; SCOTTI, *ABF e rapporti bancari*, *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2012; FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012.

diversa da quella di consumatore), che viene in gioco un procedimento teso ad assicurare giustizia fuori dalla giurisdizione, non dissimile da quelli in essere in altre realtà economiche maggiormente attente a sviluppare meccanismi alternativi a quelli che si realizzano nel processo e col processo ordinario ⁴¹.

Per quanto qui rileva, non è casuale il nesso evidenziato dalla Banca d'Italia nelle ultime considerazioni finali tra la centralità del rapporto fiduciario con la clientela e l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario. La variabile pubblicistica dell'organismo e il suo collegamento con la vigilanza riposano nella sua capacità di creare (attraverso l'autorevolezza delle decisioni) un virtuoso rapporto dialogico con gli intermediari in grado di assicurare, di là dalla giustizia del caso concreto, il consolidarsi di condotte maggiormente attente alle ragioni dell'utenza e, per questa via, assetti fiduciari progressivamente radicati in una *law in action* rapida, efficace e, soprattutto, condivisa.

GIUSEPPE CARRIERO

⁴¹ *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in corso di stampa in *Riv. trim. dir. proc. civ.*