

2010 - N. 2

ISSN: 2036-4873

RIVISTA TRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'ECONOMIA

RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

SUPPLEMENTO

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - G. MONTEDORO

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

www.rtde.luiss.it

La Sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci
F. Capriglione - R. Masera - G. Montedoro

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato di Redazione

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi

Consulenza ICT ed Organizzativa

N. Casalino

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

BRUNELLA RUSSO

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

NELL'UNIVERSITA' DI MESSINA

**LA TRASPARENZA DELLE
CONDIZIONI CONTRATTUALI E
LA GESTIONE DEI CONFLITTI
D'INTERESSE A TUTELA DEL
CONSUMATORE**

SOMMARIO

1. Note introduttive.....	2
2. L'informazione e la trasparenza nel quadro delle relazioni negoziali tra intermediari ed investitori.	5
3. Il ruolo della funzione di conformità nel sistema dei controlli (interni).....	11
4. L'operatività degli intermediari finanziari in situazioni di conflitto d'interesse.....	16
5. (Segue) Individuazione delle situazioni di conflitto e politiche di gestione.....	21
6. I controlli sulla trasparenza delle clausole contrattuali.	27
7. (Segue) Ambiti e poteri di intervento delle autorità di settore sull'applicazione delle regole di trasparenza.....	35
8. La trasparenza nelle operazioni di credito al consumo.	44
9. La disciplina delle clausole abusive nei contratti bancari.	53
10. Il problema dell'anatocismo nei rapporti contrattuali con la banca.....	63

1. Note introduttive.

L'espresso riferimento all'osservanza di canoni di comportamento, quale condizione ineffettibile per il buon funzionamento dei mercati (in cui operano le imprese d'investimento bancarie e finanziarie)¹ affronta in una chiave del tutto inedita la questione relativa agli strumenti di tutela, posti in essere dall'ordinamento italiano, a salvaguardia degli interessi legittimi dei clienti investitori.

Pertanto, a fronte dell'acclamata centralità dell'intervento decisionale di colui che investe, il legislatore nazionale ha avuto cura di predisporre significativi presidi, in specie, per quanto riguarda gli obblighi d'informativa, il principio di adeguatezza delle operazioni², nonché la disciplina sulla dinamica dei conflitti d'interesse, i cui riflessi si riverberano sia sul livello di affidabilità dell'intermediario che, *lato sensu*, sull'integrità del mercato stesso.

In merito a quest'ultimo aspetto, infatti, si delinea un contesto nel quale, conformemente alle disposizioni attuative della direttiva MiFID 2004/39/Ce, le norme nazionali andrebbero a concretizzarsi nell'esecuzione di criteri di regolamentazione del sempre più ampio ventaglio di attività che molti operatori sono in grado di esercitare, le cui conseguenze sono certamente da ravvisare nell'aumento esponenziale delle suddette situazioni di conflitto.

Come sovente accade, le attività e i servizi d'investimento vengono oggi svolti nell'ambito di complessi conglomerati, i quali spesso non consentono il funzionamento ottimale dei flussi informativi tra intermediario e cliente, vuoi a causa della diversa dislocazione

¹ Cfr., art.26 del Regolamento Consob n. 11522/98.

Tale disposizione di dettaglio è contenuta nel Regolamento di attuazione del d.lgs. n.58 del 24/2/98, concernente la disciplina degli intermediari, la quale è stata di recente, modificata con delibera n.15961 del 30/5/2007. Si veda, inoltre, la delibera Consob dell'1/7/98 n.11522.

Per gli ulteriori approfondimenti da parte di certa dottrina specialistica, si rinvia ai contributi di F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993; F. SARTORI, *Regole di condotta degli intermediari finanziari, disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

² In riferimento, si tenga conto dell'abrogazione dell'obbligo di rispettare il principio di adeguatezza delle operazioni, introdotta dal d.lgs. n.164/07 di recepimento della direttiva Mifid 2004/39/Ce.

delle relative sedi o anche in conseguenza della *despecializzazione* operativa, la quale ha determinato, appunto, il successo degli intermediari polifunzionali.

Sulla base di tali evenienze, la strategia adottata, a livello comunitario, è stata finalizzata ad emanare, per tutti i soggetti abilitati all'esercizio dell'attività d'intermediazione, a prescindere dai modelli organizzativi adottati, disposizioni organizzative ed amministrative ritenute efficaci, al fine di individuare le situazioni di conflitto attraverso misure idonee ad arginare, il più possibile, le conseguenze negative sugli interessi dei propri clienti³. Ove, poi, la gestione non fosse in grado di prevenire e/o limitare l'insorgenza di tali situazioni, la direttiva pone l'obbligo all'intermediario di segnalare al cliente la natura e le cause della situazione di conflitto, di modo che questi possa assumere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti.

Siffatta modalità di implementazione di politiche e procedure prescritte dal sistema MiFID trova, sin da qualche anno, ampia attuazione anche nel nostro ordinamento, in virtù del d.lgs. n.164/2007 che modifica il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria del 1998⁴.

Per la verità, va evidenziato che già a livello nazionale sia l'art.6, co.2-*bis* che l'art.21, co.1-*bis*, lett.a) e b) del T.U.f., oltre ad alcune norme contenute nella regolamentazione secondaria⁵, hanno posto le basi della disciplina riguardante il conflitto di interessi, tant'è che la legislazione per *livelli*, caratterizzante le recenti direttive Ce, si sovrappone perfettamente alle suddette scelte effettuate dalle autorità italiane di settore, registrando una notevole conformità con gli indirizzi accolti *in subiecta materia*.

Cosicché, le innovazioni di cui trattasi – pur nella loro sostanziale armonizzazione con la legislazione italiana – colgono il segno di un diverso approccio, cui gli organi preposti sono invitati ad assumere nello svolgimento delle proprie funzioni di vigilanza, per effetto della re-

³ Sulla scorta dell'art.13, paragr.2 della MiFID, è fatto obbligo alle imprese d'investimento di applicare politiche e procedure sufficienti a garantire che l'impresa nel suo complesso adempia agli obblighi stabiliti dalla stessa direttiva.

⁴ A vario titolo sulla MIFID e sulla sua attuazione, cfr., F.BRUNO-A.ROZZI, Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MiFID, in *Le Società*, 2007, 277 e ss.; L. FRUMENTO, La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid, in *I Contratti*, 2007, 583 e ss.; A.A. RINALDI, Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti, in *Le Società*, 2008, 12 e ss..

⁵ Cfr., art.29, co.1, lett.i) del Regolamento Intermediari emanato dalla Consob, nonché art. 18 e art.23 e ss. del Regolamento congiunto Banca d'Italia e Consob.

cente direttiva. Di conseguenza, la Banca d'Italia e la Consob potranno imporre obblighi aggiuntivi a quelli previsti dalle leggi europee soltanto per far fronte, come testualmente riporta la norma «*a rischi specifici per la protezione degli investitori e l'integrità del mercato che non sono adeguatamente considerati dalle disposizioni comunitarie*».

E' di facile intuizione, dunque, come al livello di protezione accordata al fruitore di servizi finanziari, il legislatore abbia fatto seguire, di pari passo, il metodo della vigilanza c.d. «*per principi*»⁶, che si traduce, di volta in volta, nell'attuazione di regolamenti interni su determinate materie, alle quali gli operatori dovranno fare riferimento nello svolgimento della propria attività.

Nello specifico, con riguardo alla disciplina sui conflitti d'interesse, la direttiva non ha impartito regole dettagliate, quanto, piuttosto, principi che tali soggetti dovranno rispettare, attuandoli nel modo migliore. E ciò, non solo in riferimento all'attività bancaria e finanziaria ma anche per quella assicurativa, inclusa, a pieno titolo, nella disciplina della MiFID, segnatamente per la vendita delle polizze vita finanziarie che il nostro ordinamento ha sostanzialmente assimilato a quella degli altri strumenti finanziari. Spetterà poi alle autorità di vigilanza il compito di approvare o meno le soluzioni organizzative di ciascun operatore, introducendo un livello di trasparenza, fino ad ora del tutto sconosciuto, per identificare quelle situazioni nelle quali l'intermediario non abbia applicato in pieno l'approccio seguito dai *regulator* («*risolvi i conflitti o comunque gestiscili*») secondo cui i conflitti d'interesse vanno preliminarmente identificati e quindi gestiti attraverso idonei presidi atti a salvaguardare le posizioni patrimoniali della clientela.

Per fronteggiare siffatta situazione, il legislatore è intervenuto ponendo in essere una variegata gamma di procedure tra cui, ad esempio, quelle imposte agli operatori impegnati in attività a c.d. «rischio di conflitto», per i quali è opportuno assicurare un grado di indipendenza appropriato o attuare una «vigilanza separata» tra i soggetti dello stesso gruppo in poten-

⁶ Ai fini che qui interessano, va osservato come a causa delle divergenze tra i singoli Paesi dell'UE, sulle modalità della futura regolamentazione dei mercati finanziari, è stato necessario ricorrere ad una serie di aggiustamenti per poter rendere attuativo l'iter procedimentale della norma. Il risultato che ne è scaturito, è che la Mifid ha perso la sua caratterizzazione di direttiva «*per principi*», per assumere un così alto livello di dettaglio, per cui se la prima direttiva, approvata nel 1993, sui servizi finanziari era strutturata su 32 articoli, la direttiva Mifid 2004/39, a ben vedere, ne raddoppia il contenuto.

ziale conflitto, allorquando lo scambio di informazioni necessita di un più adeguato monitoraggio, per impedire o controllare le situazioni di particolare pericolo.

Non è un caso, in questa nuova logica, che le barriere regolamentari imposte dalla MiFID giungano fino al punto di eliminare ogni «*connessione diretta*» tra coloro che esercitano, in modo prevalente, attività idonee a generare inappropriate interferenze. Inoltre, anche in merito alla partecipazione simultanea, di uno stesso soggetto a distinti servizi, va «*impedita o ostacolata*» nell'ipotesi in cui vi è il sospetto che possa *nuocere* all'interesse del cliente. Ad ogni buon conto, gli intermediari debbono redigere una *policy* di gestione dei conflitti d'interesse, oltre ad istituire e tenere aggiornato uno speciale registro dei potenziali conflitti.

2. L'informazione e la trasparenza nel quadro delle relazioni negoziali tra intermediari ed investitori.

Le precedenti considerazioni, ci permettono di affermare, ragionevolmente, come l'intero processo evolutivo della regolazione finanziaria italiana, si muova nella logica, peraltro pienamente rispondente ai principi ispiratori presenti nella disciplina comunitaria, delle regole di *trasparenza*, concetto ormai ampiamente adottato nelle diverse esperienze giuridiche. La diffusione, in settori disciplinari sempre più numerosi, ha fatto sì che questo principio divenisse non solo un connotato determinante, come nel caso della trasparenza dei contratti⁷ d'intermediazione, ma anche, di recente, uno degli aspetti qualificanti dei servizi offerti nel commercio elettronico, oltre ad indispensabile oggetto di pubblicità commerciale e, al tempo stesso, quale garanzia di corretto comportamento, da parte degli intermediari, riassumendo in sé gli obblighi di *disclosure* degli emittenti e degli intermediari di prodotti finanziari.

⁷ Il termine trasparenza può essere fatto risalire in occasione della presentazione di alcuni progetti di legge sul credito al consumo e sulla disciplina dei rapporti tra le banche e la clientela e, successivamente, grazie alla diffusione della circolare dell'ABI del 25 ottobre 1988, contenente il testo di un «*Accordo interbancario per la pubblicità e la trasparenza delle condizioni praticate alla clientela*». Va, tuttavia, precisato che l'espressione trasparenza, in quel contesto, veniva utilizzata in connessione con l'impiego, da parte delle banche, di clausole contrattuali contenenti il rinvio agli usi bancari (c.d. *norme bancarie uniformi*) e in riferimento alla clientela composta da "consumatori", o, altrimenti, "contraenti o parti deboli" del rapporto.

In una visione onnicomprensiva del termine, la trasparenza, dunque, ricomprende anche i profili della parità di trattamento dei clienti e l'equilibrio negoziale del contratto. In tal senso, infatti, tale concetto non incide solo nell'ipotesi in cui la disparità di trattamento costituisce l'effetto di un comportamento informato all'opacità, all'occultamento o all'omissione di informazioni, né si riferisce solo al caso in cui la clausola oscura possa compromettere l'equilibrio negoziale; ma comprenderebbe anche situazioni in cui la disparità di trattamento e, ancor più, lo squilibrio contrattuale siano svincolati – come accade nella maggior parte delle ipotesi – dalle informazioni che si dovevano fornire al cliente.

Va da sé, dunque, che il termine trasparenza costituisce un reale criterio di valutazione del comportamento o, se si preferisce, dell'atto posto in essere dall'intermediario. Pertanto, qualora quest'ultimo non risultasse conforme ai canoni della trasparenza, ne deriverebbero sanzioni, con rilevanti effetti giuridici, oltre che economici, tra i quali l'inefficacia e la nullità del contratto, o lo stesso risarcimento del danno, nel caso in cui il comportamento precontrattuale non sia trasparente.

Più articolato, invece, risulta l'ambito soggettivo di applicazione del principio, cosicché mentre in alcuni tipi di contratti, soprattutto di matrice bancaria – come il credito al consumo, i mutui immobiliari, le garanzie personali – il “consumatore” viene ritenuto un soggetto contrattuale, al quale sono riservate condizioni speciali, nei restanti casi, la disciplina comunitaria in materia prevede disposizioni, che si rivolgono a tutti i “clienti” in modo indifferenziato.

Cosicché, sembra abbastanza evidente come l'attenzione per i consumatori, nell'ambito dell'intermediazione bancaria e finanziaria, sia stato l'oggetto di un costante intervento del legislatore comunitario in questi ultimi anni. Agli obiettivi di fondo che, nel predetto periodo temporale, hanno caratterizzato l'attività d'intermediazione non solo bancaria, rimasti, poi, sostanzialmente invariati (il riferimento è, chiaramente, alle norme sulla trasparenza e correttezza degli intermediari, alla sana e prudente gestione e, non ultima, alla stabilità e competitività del sistema) il recepimento della direttiva europea sui servizi finanziari – a noi nota con l'acronimo di MiFID – ne aggiunge di nuovi, in ossequio ai cc.dd. principi di *better regulation*. Secondo tale modello anglosassone, accanto alla valorizzazione dell'autonomia dei sog-

getti abilitati ed una maggiore protezione degli interessi dei destinatari, si pongono regole tese a salvaguardare il grado di adeguamento del nostro sistema finanziario ai principi cardine in tema di credito al consumo, di pagamenti transfrontalieri, di abusi di mercato e di prospetti informativi, nonché quelli in materia di sicurezza di mercato elettronico, in pieno corso tra gli ordinamenti europei.

Com'è noto, nell'ambito del T.U. bancario, la trasparenza contrattuale è posta in grande rilievo, tant'è che il titolo VI del corpo normativo attribuisce alla stessa un carattere di pubblicità, intesa nel senso di comunicazione "al pubblico" di informazioni riguardanti i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela⁸ e ogni altra condizione economica, relativa alle operazioni e ai servizi offerti. In questo contesto, l'obbligo della forma scritta, non solo rappresenta l'atto di sacralizzazione dell'operazione economica al momento della sua conclusione (ponendo un ben preciso limite alla modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali, allorquando non siano comunicate ai clienti, *ex art.118*) ma, nello stesso tempo, costituisce uno strumento di controllo, circa il comportamento tenuto dalla controparte, in ottemperanza ai criteri qualificativi dettati dalla Banca d'Italia.

Tuttavia, a differenza del settore bancario, l'impianto normativo del T.U.f. non ricorre altrettanto frequentemente all'espressione "trasparenza", per cui - al di là delle regole dettate in questa materia, al fine di disciplinare il comportamento degli intermediari, che, per l'appunto, debbono agire con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e per

⁸ Queste disposizioni riguardano tutti i *clienti*. Il termine normativo riprende il gergo del settore commerciale, così, con l'espressione «tutti i *clienti*» si viene a configurare una categoria, la quale, tuttavia, ha dato luogo ad una animata discussione in sede dottrinale, circa la sua composizione.

Si veda, in tal senso, V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 115 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, in *Quaderni della Rassegna di dir.civ.*, Napoli, 2000, 32 ss.; G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, 5 ss.; U. MORERA, *Sulla nozione di "cliente della banca"*, in *Vita not.*, 1995, 590; R. CLARIZIA, *Il cliente della banca: fattispecie e tipologie. Disciplina generale in favore*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, cit., II, 131 ss.; A. GAGGERO, *A proposito della definizione di "cliente della banca"*, in *Econ. e dir.terz.*, 1996, 771 ss..

Bisogna tener presente, inoltre, che il legislatore, a seguito delle intervenute modificazioni in sede comunitaria, ha imposto regole particolari, riguardanti non tutti i clienti, bensì soltanto i *consumatori*, indicati dalla disciplina del credito al consumo. Anche qui la trasparenza è intesa nel senso di pubblicità delle condizioni contrattuali, di corretto calcolo del Taeg, e di contenuto obbligatorio del contratto, così come previsto in virtù dell'art.121 e ss. del T.U.b.

Quanto alla definizione di consumatore - insieme con quella di credito al consumo - essa assolve alla funzione di limite di applicazione della normativa; in tutti gli altri casi, in cui non si è in presenza di un cliente qualificabile come consumatore, ovvero in presenza di operazioni non classificabili come credito al consumo, la normativa speciale dedicata al credito al consumo non è applicabile.

l'integrità dei mercati, a'sensi dell'art.21,co.1, lett.a) – il legislatore, in assenza di tale specifico riferimento, si preoccupa di presupporre o addirittura di attuare siffatto principio in tutto il suo potere vincolante; basti pensare agli altri criteri di comportamento degli intermediari, sempre indicati dallo stesso art.21 lett. b),c),d),e), o, ancora, nell'ambito della disciplina dei contratti – i quali debbono essere redatti per iscritto, *ex art.23* – della gestione di portafogli di investimento, di cui si indicano, all'art. 24, alcuni contenuti obbligatori e, infine, della conclusione di contratti fuori sede e per quelli conclusi a distanza, art.30 e ss. del T.U.f..

Con l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'impianto della MiFID, si colma quel vuoto normativo con riferimento ad una più dettagliata tipizzazione delle notizie rilevanti, quali elementi predeterminati dal legislatore, prima improntate a mere valutazioni discrezionali, rimesse all'intermediario e solo successivamente esposte a giudizi di merito, nel momento in cui risultavano violati gli obblighi di informazione.

Il doppio riferimento alle informazioni *adeguate e necessarie*, unitamente al fatto che l'obbligo sia previsto nei confronti dei clienti, induce inoltre a ritenere che il giudizio di adeguatezza – ove le informazioni non si esauriscono, di regola, nella semplice rendicontazione – e la necessità delle stesse, debbano essere apprezzati con riguardo alle singole relazioni negoziali intrattenute con gli investitori, in modo tale da consentire all'intermediario di modellare la propria condotta sulle particolarità del rapporto posto in essere, in virtù del quale l'informazione viene ad assumere contenuto singolare.

Appare, dunque, del tutto consequenziale ritenere che anche tale tipologia informativa dev'essere acquisita e resa in tutte le fasi in cui si articola la relazione negoziale tra l'intermediario e l'investitore, quindi, prima, durante e dopo la conclusione del contratto, ed anche nella fase in cui quest'ultima sia ancora soltanto eventuale, affinché si possa ritenere applicato il principio della trasparenza.

Ciò spiega come la tendenza verso una maggiore analiticità dell'informazione, assunta dalla direttiva comunitaria, mediante l'imposizione all'intermediario di acquisire informazioni sulla situazione finanziaria dei clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi – per quanto concerne i servizi richiesti – abbia avuto il sopravvento sulla scelta del legislatore nazionale, il quale, in passato, aveva preferito rimettere alla discrezionalità

dell'intermediario l'individuazione delle informazioni da acquisire, sul presupposto che vi fossero notizie, cui l'investitore potesse accedere indipendentemente dall'apporto specifico dell'intermediario, e che la fruibilità di informazioni, direttamente acquisibili dall'investitore, variasse a seconda dei mercati sui quali le risorse venivano impegnate in operazioni di investimento e disinvestimento.

La risposta dell'ordinamento nazionale, a fronte di tale articolazione del termine trasparenza nell'ambito della disciplina generale, è stata, dunque, quella di ampliare notevolmente, rispetto alle competenze della Banca d'Italia, i poteri regolamentari affidati alla Consob⁹, con una normazione di secondo livello indubbiamente più dettagliata (benché, tale organo si sia proposto di evitare "regole aggiuntive" rispetto all'assetto disegnato dalla disciplina europea) riguardante disposizioni in tema di comportamento degli intermediari, conflitto di interessi e di flusso d'informazioni¹⁰.

In linea con le fonti comunitarie, dunque, il nuovo Regolamento Consob si propone di potenziare il principio della centralità dell'interesse del cliente, quale destinatario del servizio prestato dall'intermediario.

Da tale centralità, discende, tra l'altro, la necessaria *contrattualizzazione* del rapporto «di servizio» tra intermediario e cliente al dettaglio, volta a porre quest'ultimo nelle condizioni di assumere piena consapevolezza del quadro dei diritti e degli obblighi derivanti dalla prestazione dei servizi di investimento.

Risulta del tutto evidente, pertanto, come siffatta normativa, accogliendo in pieno gli indirizzi che hanno ispirato la legge sul risparmio del 2005, tenda a rimuovere le incoerenze normative che hanno fino ad ora caratterizzato la disciplina della prestazione dei servizi di investimento.

⁹ F. DURANTE, Verso una diversa gradazione della tutela degli investitori (ed un diverso ruolo della Consob): dal diritto giurisprudenziale al recepimento delle misure "di secondo livello" della Mifid, in www.judicium.it

¹⁰ Si rinvia, per ulteriori approfondimenti, al Titolo I, Parte II (art.26 ss.) del Regolamento di attuazione del T.U. concernente la disciplina degli intermediari, adottato con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998 e successivamente modificato con delibere n. 11745 del 9 dicembre 1998, n. 12409 del 1 marzo 2000, n. 12498 del 20 aprile 2000, n.13082 del 18 aprile 2001 e n. 13710 del 6 agosto 2002. In ultimo, Regolamento Intermediari n. 16190 del 29.10.2007, adottato dalla Consob con delibera del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibera n. 16736 del 18 dicembre 2008.

Nell'analogia direzione si muove, inoltre, il recente Regolamento della Consob sui mercati n.16191/2007, il quale non sembra affatto discostarsi da quanto previsto dalle norme comunitarie, accogliendo in sé alcune disposizioni di attuazione del T.u.f., in materie non interessate dalla legislazione comunitaria¹¹.

Anche qui, gli obiettivi di tutela dell'investitore e di garanzia dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni assumono carattere prioritario, in quanto l'investitore ed il partecipante al mercato devono essere messi in grado di poter valutare, in qualunque momento, le condizioni disponibili in merito ad una determinata operazione e di poter verificare *a posteriori* le condizioni alle quali la stessa è stata conclusa¹².

Nel quadro appena delineato, va certamente segnalato che il Regolamento in oggetto, dedica particolare attenzione alle procedure di controllo interno, di cui i soggetti abilitati dovranno dotarsi per conformare la loro organizzazione alle prescrizioni comunitarie.

¹¹ Fra le questioni di particolare rilievo ed assoluta novità, vi è la materia della trasparenza delle negoziazioni e del consolidamento delle informazioni.

¹² In tal modo, verrebbe ad essere raggiunto l'obiettivo di effettiva integrazione dei mercati, rafforzato il processo di formazione dei prezzi e favorito il rispetto dell'obbligo di esecuzione alle condizioni migliori.

Devesi considerare che il regime di trasparenza previsto dalla MiFID trova applicazione al solo mondo delle azioni ammesse a negoziazione nei mercati regolamentati. Tuttavia, al *Considerando* n. 46 si consente agli Stati membri di prevedere un regime di trasparenza *pre* e *post*-negoiazione per strumenti finanziari diversi dalle azioni.

Da canto suo, il nuovo art. 79-bis, co. 2 del T.U.f. affida alla Consob il compito di estendere in tutto o in parte il regime di trasparenza alle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari diversi dalle azioni ammesse a negoziazione nei mercati regolamentati «*quando ciò si renda necessario per assicurare l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela dell'investitore*». La questione riveste particolare rilevanza soprattutto in considerazione dell'impatto che può avere l'adozione isolata da parte dell'Italia (non perseguita anche da altri Stati membri) di un regime di trasparenza, ad esempio, per le obbligazioni.

Va precisato, comunque, che la mancata previsione di un regime di trasparenza – per strumenti finanziari diversi dalle azioni – comporterebbe nei fatti una diminuzione sostanziale dei livelli di trasparenza, attualmente presenti in Italia. Lo sviluppo che ha avuto il mercato obbligazionario negli ultimi anni e le criticità che sono emerse sollecitano peraltro alcune riflessioni in merito alle specifiche caratteristiche che tale mercato sta assumendo. Nello specifico, la questione ha ricevuto tempestiva attenzione da parte della Commissione Europea che, al riguardo, ha provveduto ad effettuare una consultazione ("*call for evidence*") nel mese di settembre 2006 e ha assegnato al CESR il compito di approfondire la materia.

In attesa che sull'argomento si pervenga ad un approccio europeo, il nuovo schema di regolamento, al fine di non vanificare l'attuale livello di informazione sugli scambi di strumenti finanziari diversi dalle azioni, rimette – ai mercati regolamentati, ai sistemi multilaterali di negoziazione e ai soggetti che intendono intraprendere l'attività di internalizzazione sistematica – l'obbligo di individuare, in ossequio alle disposizioni comunitarie, adeguati requisiti *pre* e *post*-negoiazione (tenendo conto delle caratteristiche strutturali del mercato, del tipo di strumento finanziario negoziato e del tipo di operatori, con particolare riguardo alla quota di partecipazione al mercato degli investitori al dettaglio).

Da qui la centralità della funzione di controllo di conformità (c.d. *compliance*)¹³ che attribuisce, per la prima volta, agli intermediari opportuni strumenti regolamentari. L'esercizio di siffatta funzione è, tuttavia, subordinata sia in relazione al tipo di scelta organizzativa che l'intermediario intenderà effettuare (con riguardo alla natura, dimensione e complessità dell'attività svolta, nonché alla tipologia e alla gamma dei servizi prestati) sia alla natura dello stesso (banche o gruppi bancari e soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e alle attività d'investimento).

Il risultato ultimo, dunque, sarebbe quello di garantire una maggiore mobilità della clientela ed una maggiore comparabilità delle prestazioni, di modo che il procedimento d'implementazione determini un aumento degli investimenti *cross border* ed una conseguente interazione delle forze di mercato con la regolamentazione imposta.

In una parola, la nuova normativa, di cui l'attività di regolamentazione secondaria ne diviene attuazione, metterebbe in pratica quell'auspicata *responsabilizzazione* dell'intermediario, con la finalità di servire al meglio l'interesse del cliente, il quale, grazie ad un aumento della competitività, potrà beneficiare di un numero sicuramente più ampio di servizi, con una migliore qualità e con una struttura costi/prezzo coerente con la natura e con il contenuto delle prestazioni ricevute.

3. Il ruolo della funzione di conformità nel sistema dei controlli (interni).

L'evolversi dei sistemi finanziari e di pagamento ha notevolmente ampliato il ventaglio di rapporti tra risparmiatore/investitore e intermediario. Il cliente, oggi, non si aspetta solo che la banca sia in grado di restituire il denaro versato o che l'intermediario possa garantire il miglior risultato possibile, con riguardo alle scelte d'investimento, ma richiede attenzione

¹³ La recente pubblicazione delle Disposizioni di vigilanza di Bankitalia del 0/7/2007 e il successivo Regolamento congiunto Bankitalia-Consob del 29/10/ 2007, emanato ai sensi dell'art.6, co.2-*bis* del T.U.f., completano il quadro normativo di riferimento per la *compliance*, iniziato con la pubblicazione del documento *Compliance and the compliance function in banks*, emanato dal Comitato di Basilea e, successivamente, proseguito con l'emanazione delle direttive 2004/39/Ce del 21/4/2004 e 2006/73/Ce del 10/8/2006, in materia di mercati e strumenti finanziari.

per le proprie specifiche esigenze e per la correttezza nei comportamenti, specialmente quando il prodotto offerto è per sua natura complesso e immateriale.

Ciò ha comportato come, a seguito dell'emanazione delle direttive comunitarie, il nostro ordinamento abbia dovuto progressivamente dotarsi di un assetto normativo moderno sulla trasparenza nei rapporti bancari e d'investimento, lasciando alle autorità preposte l'enforcement, ovvero, il compito di vigilare sull'applicazione pratica delle regole di condotta e delle norme di solidità dei sistemi di controllo interno delle strutture finanziarie, quest'ultimi necessari anche per prevenire e rendere noti eventuali conflitti d'interesse.

Per questi motivi, la Banca d'Italia, dando attuazione a una delibera del CICR, ha effettuato sin dal 2003, una profonda revisione della disciplina sulla trasparenza bancaria, riconoscendone la natura di precondizione della competitività, dell'efficienza e della stabilità del sistema bancario. In tal modo, non solo si sono voluti estendere i controlli ad una più ampia fascia di sportelli, ma è stata pure adottata una strategia mirata a sensibilizzare i vertici aziendali sull'importanza di intrattenere con i clienti rapporti trasparenti e costruttivi per porre il consumatore sempre nella condizione di assumere consapevolmente i rischi derivanti dalle operazioni d'investimento effettuati¹⁴.

Da una recente indagine condotta dall'Antitrust¹⁵, è emerso che i servizi bancari e finanziari risultano per propria natura particolarmente complessi e spesso caratterizzati da strutture tariffarie di non agevole comprensione (oltre che soggette a modifiche frequenti nel tempo) causa primaria della sfiducia dei consumatori nei confronti delle strutture bancarie e finanziarie.

¹⁴ Ulteriori interventi degni di essere menzionati, i quali hanno interessato l'attività regolamentare della Banca d'Italia, riguardano l'attuazione della direttiva comunitaria sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. Si è, in tal modo, introdotta una compiuta regolamentazione dei canali di distribuzione più innovativi, dal cui sviluppo ci si aspetta un incremento della competizione, anche su base transfrontaliera.

Per approfondimenti in merito a questo specifico argomento, si veda B. RUSSO, *La disciplina giuridica dei servizi di investimento a distanza nel codice del consumo. Brevi spunti critici sul contenuto normativo dell'art. 67- sexies*, 2009, in www.ddp.unipi.it.

Recentemente, ha formato oggetto di riforma la materia della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e dell'estinzione anticipata dei rapporti. È stato esteso a tutta la clientela il principio – già stabilito dal Codice del consumo – che le modifiche unilaterali devono avvenire in presenza di un giustificato motivo.

¹⁵ Si veda, al riguardo, *Bollettino n.19/2007* dell'Autorità Garante della concorrenza e dei mercati, pubblicato sul sito www.agcm.it.

L'importanza della questione ha dato, pertanto, un ulteriore spunto agli organi di controllo, come nel caso dei provvedimenti emanati nel 2007¹⁶, al fine di completare il quadro normativo di riferimento per la compliance, già avviato dall'impianto regolamentare della MiFID. La funzione di conformità segna, infatti, un momento di trasformazione nell'ambito del controllo interno delle banche e delle imprese d'investimento (su cui l'operato degli organi di controllo, come si è detto, sarà chiamato a sovrintendere) poiché garantisce al cliente un adeguato livello di trasparenza informativa sulle condizioni applicate, sulle eventuali variazioni, sui costi effettivamente sostenuti (o sull'applicazione di nuovi) nonché sulla trasformazione delle modalità di offerta¹⁷.

In quest'ottica, il cliente avrà anche la possibilità di chiedere le condizioni più convenienti della proposta di offerta, nell'ambito di un nuovo rapporto contrattuale, di modo che quanto più un simile atteggiamento critico del consumatore riesce ad operare, tanto più le imprese bancarie e finanziarie saranno indotte a competere tra loro, migliorando la proprie prestazioni, in termini di qualità dei servizi e dei prezzi.

Appare subito evidente, nel quadro appena delineato, come l'attribuzione alla funzione di controllo della conformità (di matrice comunitaria) di compiti di monitoraggio sulle procedure – connesse allo svolgimento dei servizi e delle attività di investimento – risulti tendenzialmente allineata a quanto disposto, nel nostro ordinamento, dalla Banca d'Italia, la quale già da tempo, e segnatamente per il settore creditizio, aveva individuato un organico quadro di disposizioni regolamentari sul controllo interno delle banche.

¹⁶ Cfr., Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia del 10/7/2007 e il successivo Regolamento congiunto della Banca d'Italia e della Consob del 29/10/2007, emanato a' sensi dell'art.6, co.2-bis del T.U.f..

¹⁷ Al riguardo appare quanto mai opportuno prevedere un periodo transitorio che consenta agli intermediari di adeguare la propria organizzazione alla nuova disciplina di riferimento, ciò anche in coerenza con quanto prescritto dalle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia del luglio 2007.

Si tenga conto, tuttavia, che nonostante le autorità di settore abbiano sovente ribadito l'importanza di una regolamentazione sempre più *per obiettivi*, improntata, cioè, ai principi di proporzionalità e adattabilità dei singoli operatori, a tale orientamento non ha fatto seguito una regolamentazione *prescrittiva*, lasciando, in tal modo, ampio spazio ad incertezze e divergenze interpretative che, per questi soggetti, possono tradursi in successive sanzioni, da parte degli organi di controllo.

Nell'ottica dunque di pervenire ad interpretazioni uniformi e condivise e di poter così implementare al meglio una funzione certamente necessaria e importante, si ritiene opportuno un costante e collaborativo confronto tra intermediari e autorità preposte, di modo che si possa giungere alla definizione e alla promozione, come si dice in gergo, di *best practices* di sistema, le quali siano in grado di individuare prassi operative condivise.

Tuttavia, le recenti disposizioni di vigilanza¹⁸, pur riferendosi ad un perimetro di attività, per la *compliance*, più ampio rispetto a quello previsto dalla MiFID, sancisce «ai fini della sana e prudente gestione» il ruolo determinante di detta funzione nella definizione dei presidi sulle attività di intermediazione, nella gestione dei conflitti di interesse, nella trasparenza verso i clienti e, più in generale, nei confronti della disciplina posta a tutela del consumatore, senza tuttavia essere scervra da alcuni problemi di coordinamento tra il Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob¹⁹ e le indicazioni in esse contenute.

Di contro, le norme d'attuazione presenti nel Regolamento in oggetto, nel predisporre le linee guida per una nuova disciplina della materia, si sono preoccupate di istituire una funzione permanente, efficace e indipendente di controllo di conformità, distinta da quella di gestione del rischio e di *audit* interno, in base al principio della proporzionalità. La diversa declinazione di quest'ultimo principio – rispetto a quanto previsto dalle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia²⁰ nell'ambito della disciplina sui servizi di investimento (e coerentemente il regolamento applicativo) – si basa, pertanto, sul presupposto della presenza primaria della funzione di conformità, subordinando al principio di proporzionalità la sussistenza di altre attività di controllo.

Gli effetti di siffatta scelta, potrebbero far scaturire qualche perplessità qualora si consideri che, in difetto delle funzioni di gestione del rischio e di *audit* interno, la *compliance* risulterebbe, in buona sostanza, gravata di ulteriori responsabilità, dovendo adempiere ai compiti di valutazione del sistema di gestione del rischio d'impresa e dell'adeguatezza dei sistemi, nonché delle procedure e dei meccanismi di controllo dell'intermediario. Inoltre, essa stessa

¹⁸ Sul punto, si veda, Banca d'Italia, *Disposizioni di Vigilanza sulla funzione di conformità* (luglio 2007).

¹⁹ Cfr., Regolamento congiunto della Banca d'Italia e della Consob, emanato il 29/10/2007, con particolare riguardo alle procedure di controllo interno in un'ottica di adeguamento alle disposizioni contenute al riguardo nell'impianto normativo della MiFID.

Per autorevoli spunti in materia, si rinvia allo studio condotto da F. CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MiFID. Profili sistematici*, Padova, 2008, 128 e ss., e dello stesso autore, ID, *Struttura ordinamentale del settore finanziario*, in AA.VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, di F. Capriglione (a cura) Padova, 2005, tomo I, 139.

²⁰ Nella disciplina bancaria, invero, assumono centralità le strutture esistenti incaricate della gestione dei rischi, all'interno delle quali può essere ricompresa la funzione di conformità, ferma restando la necessità di un responsabile unico per tale funzione.

sarebbe obbligata ad effettuare non solo attività di consulenza e di *assurance* (per garantire la corretta introduzione nei processi dei principi di autoregolamentazione e di etero regolamentazione) ma anche attività di *assessment* (al fine d'individuare qualitativamente i rischi, anche di natura operativa, avendo cura di provvedere alla loro misurazione) e, infine, attività di verifica sia sulle procedure stesse che sui comportamenti.

C'è da chiedersi, dunque, se in tale contesto, laddove si è verificata un'attività in capo alla *compliance* (valutazione *ex ante*, verifica *ex post*, analisi e gestione del rischio, consulenza, e così via) gli organi di controllo non debbano procedere, piuttosto, ad un'attenta valutazione tanto dei costi quanto delle reali possibilità di efficacia e di efficienza di tale funzione, invece di enfatizzare – come chiaramente emerge in altri punti del Regolamento congiunto – ancor più il ruolo svolto dalla funzione di conformità. E ciò, tenuto conto del fatto che le è stata riconosciuta una rilevanza centrale, al fine del monitoraggio delle regole e dei processi aziendali adottati per la prestazione dei servizi di investimento²¹.

In effetti, l'eccessiva attribuzione, alla funzione di conformità, di mansioni operative, così come l'assegnazione di eccessivi compiti di verifica in capo alla stessa, potrebbe, indubbiamente, appesantire il processo di *compliance*, con notevole aggravio, non solo per lo svolgimento del ciclo di conformità ma, *a fortiori*, per il raggiungimento di quegli obiettivi, che giustificano l'introduzione della funzione nel sistema dei controlli interni²².

²¹ Per poter svolgere appieno il proprio ruolo, è fondamentale che la funzione di *compliance* non venga gravata direttamente di compiti il cui svolgimento può competere ad altre funzioni aziendali, poiché questo potrebbe compromettere l'attività di supervisione del processo stesso. Ci si riferisce, ad esempio alla trattazione dei reclami e alla gestione del relativo registro di cui all'art. 17 del Regolamento congiunto del 2007, attività quest'ultima che dovrebbe essere liberamente esercitata in base alla struttura organizzativa del singolo intermediario.

Sempre alla libera determinazione degli organi aziendali spetterebbe, inoltre, anche l'individuazione dei contenuti della relazione che la funzione di conformità è tenuta a presentare annualmente.

Volendo accogliere siffatto suggerimento, risulterebbe, allora, corretto pensare ad una rivisitazione dell'art.16, punto 3, del Regolamento in questione.

Più in generale, sulla valenza della funzione di conformità e per il suo ruolo di ausilio per lo sviluppo degli intermediari, si veda G. BOCCUZZI, *La funzione di compliance: il presidio dei rischi aziendali e l'evoluzione della normativa Basilea 2 e Mifid*, in *Bancaria*, 2008, n.2, 34, specificatamente laddove attribuisce alla *compliance* la capacità di proteggere gli intermediari da tutte quelle criticità «*connesse alle modifiche del modello d'intermediazione*».

²² In base a quanto previsto nelle Disposizioni di Vigilanza di Banca d'Italia del luglio 2007, tra tali obiettivi vi rientrano a titolo esemplificativo «*il rafforzamento e la preservazione del buon nome della banca e della fiducia del pubblico nella sua correttezza operativa e gestionale*» ottenuti anche tramite l'attività di formazione del personale e la diffusione di «*una cultura improntata ai principi di onestà, correttezza e rispetto dello spirito e della lettera delle norme*».

Infine, un'ulteriore considerazione riguarda i conflitti di interesse, per i quali la normativa in oggetto prevede, da una parte, l'adozione di misure organizzative atte ad evitare che gli stessi incidano «*negativamente sugli interessi dei clienti*» secondo quanto disposto dall'art. 23 del Regolamento²³ e, dall'altra, la definizione di politiche di gestione volte ad individuare le circostanze che potrebbero generare conflitti idonei a «*danneggiare in modo significativo*» gli interessi di uno o più clienti, *ex art. 25*.

Senza voler entrare nello specifico della materia, che sarà oggetto di più attenta disamina nelle pagine che seguono, occorre solo preliminarmente sottolineare che – nonostante la loro posizione particolarmente significativa nell'ambito delle competenze di *compliance* – le norme predisposte, a tal riguardo, si limiterebbero al solo giudizio di negatività, senza l'implicazione contestuale del danno significativo (*rectius*, in assenza d'intervento in quei conflitti di interesse per i quali è acclarata l'incidenza in termini di danni cagionati al cliente) riducendo, in tal modo, l'efficacia dell'attivazione dei presidi, in ossequio al principio di significatività e gradualità del rischio assunto.

4. L'operatività degli intermediari finanziari in situazioni di conflitto d'interesse.

Il problema del conflitto d'interesse è, assieme all'informazione, un altro tema scottante in ambito finanziario²⁴. Risultato di un lungo processo di *despecializzazione* (che ha consentito alle categorie di intermediari di effettuare una molteplicità di servizi ed attività

²³ Regolamento della Banca d'Italia e della Consob, ai sensi dell'articolo 6, comma 2-*bis*, del T.U.f., recante disposizioni in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio.

Cfr., *Provvedimento* del 29.10.2007 a cura della Divisione relazioni esterne - Ufficio relazioni con il pubblico, novembre 2007.

²⁴ Per una maggiore e più dettagliata comprensione della disciplina sui conflitti d'interesse, si veda, C. COMPORTI, *I conflitti di interesse nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, I, 593 e ss.; S. SCOTTI CAMUZZI, *I conflitti di interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MIFID*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 121e ss..

d'investimento) le potenziali situazioni di conflitto emergono ogni qualvolta lo stesso soggetto è autorizzato a prestare alcune attività nei confronti della clientela dotata di diversa forza contrattuale. Così le banche²⁵, nel momento in cui esercitano una vasta gamma di attività, possono assumere comportamenti poco trasparenti e corretti, in grado di arrecare vantaggi ad un cliente a danno di un altro o, addirittura, portare ad anteporre gli interessi dell'impresa a scapito dell'investitore.

In una tale prospettiva ed ai fini di una maggiore tutela del risparmiatore, la relativa disciplina risulta, allo stato, notevolmente modificata, tenuto conto che è diretta a regolamentare i comportamenti degli operatori dei mercati attraverso alcuni *principi generali*, i quali prevedono l'adempimento di ulteriori obblighi (oltre all'informazione dei risparmiatori e alla prevenzione delle clausole abusive) nella stipula dei contratti posti in essere con i consumatori.

Ciò che ora rileva è l'unicità delle barriere regolamentari per tutti i segmenti o i settori dei mercati finanziari, il cui unico imperativo categorico è quello della gestione delle situazioni pregiudizievoli degli interessi della clientela attraverso idonei strumenti organizzativi, in grado di introdurre un livello di dettaglio²⁶, finora sconosciuto, nell'identificazione le situazioni nelle quali l'intermediario non ha tenuto in debito conto le aspettative di guadagno degli investitori.

I principi generali, ai quali si è fatto riferimento, possono essere desunti, a loro volta, dal *principio di correttezza*, proprio di tutte le direttive in materia e comune a tutti gli ordinamenti europei, nel cui ambito vengono ridisegnati i confini delle regole di comportamento dell'intermediario, e, di conseguenza, delle regole di correttezza nei rapporti istituiti con gli

²⁵ Esempi tipici di conflitto di interessi riguardano i casi in cui una banca finanzia un'impresa e contestualmente ne colloca i titoli presso i propri clienti/investitori, oppure quando presta contestualmente attività di collocamento con assunzione di garanzia e di gestione patrimoniale individuale

²⁶ In altri termini, l'adeguatezza del provvedimento assunto dall'intermediario, significa coerenza del dettato normativo a livello comunitario e a quello nazionale, a cui si affianca un'efficace grado di controllo, sia da parte degli operatori medesimi (con le formule di *self-control* e dei codici di condotta) che delle associazioni dei risparmiatori, le quali operano mediante ricerche, inchieste, denunce, azioni giudiziarie e delle Autorità di vigilanza, affinché le regole imposte dalla direttiva MiFID siano osservate.

investitori. In questo quadro, il principio di parità di trattamento²⁷ degli investitori e il divieto di conflitto d'interesse diventano il terreno su cui dovrà muovere l'operato di quanti si sono dotati di strutture organizzative e di controllo sui rischi adeguati.

Va osservato, per inciso, che il termine *equità* non sta ad indicare, in tale contesto, parità di trattamento degli investitori *tout-court* (data la diversità delle categorie di appartenenza degli stessi, imposta dalla MiFID) ma, *a contrario*, affermerebbe il principio della parità di trattamento tra l'insieme degli investitori della medesima categoria, sia con riguardo alla ripartizione dei rischi e dell'esecuzione degli ordini, che alla soddisfazione del cliente, in relazione alla proprie aspettative. In altri termini, il rinvio all'*equità* imporrebbe all'intermediario di non abusare della posizione contrattuale non solo e non tanto segnatamente all'informativa richiesta (e fornita al cliente) quanto, in modo particolare, in merito alla formulazione delle clausole inserite nei contratti di investimento.

Sono a noi ben noti quei conflitti endemici di cui si imbatte il nostro sistema finanziario, fortemente condizionato dal comportamento, spesso disinvolto, degli intermediari. Pertanto, se una banca eroga contemporaneamente il credito, svolge attività di *merchant bank*, emette obbligazioni, gestisce fondi comuni che poi colloca presso la clientela (consigliando strategie finanziarie e compravendita di titoli) non sempre opera secondo regole di correttezza, dato che i principi, in esse contenuti, imporrebbero, di contro, un comportamento secondo canoni di equità, in modo da non creare conflitti di interesse o situazioni negative per gli investitori.

A questo proposito è intervenuta, già da qualche tempo, la direttiva 1993/22/Cee²⁸, relativa ai servizi d'investimento nel settore dei valori mobiliari. Il punto 6 dell'art.11, dispone che l'impresa debba evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, provvedere a che i suoi clienti vengano trattati in modo equo.

Non sulla stessa lunghezza d'onda è stata la risposta del legislatore nazionale, il quale ha preferito correggere il tiro con il disposto dell'art. 21 del T.U.f., laddove si impone agli

²⁷ E' sempre la direttiva n. 22 del 1993 a segnare la strada, allorquando rimanda al principio di *equità* come criterio di comportamento degli intermediari, sulla base di quanto disposto all'art.11.

²⁸ Direttiva 1993/22 del Consiglio, emanata il 10 maggio 1993.

operatori di «*ridurre al minimo*» i conflitti, piuttosto che «*sforzarsi di evitare i conflitti*» come, invece, richiesto più drasticamente dalla direttiva *de qua*.

La formula di «*ridurre al minimo*» i conflitti, utilizzata nel nostro ordinamento, deve, quindi, essere intesa alla luce del dettato comunitario, ritenendo che essa assurga alla stessa funzione imperativa di quella predisposta dalla Commissione europea.

In quest'ottica, pertanto, il criterio valutativo del comportamento non potrà essere solo quello della diligenza professionale – poiché, altrimenti, l'impresa potrebbe esonerarsi da responsabilità, semplicemente dimostrando di aver tenuto un comportamento conforme alla prassi di mercato degli altri soggetti abilitati – ma dovrà avere tutti i requisiti di una diligenza *particolare*, ovvero, superiore a quella suaccennata, così come disposto all'art. 1176, co.2, del codice civile.

Dal punto di vista qualitativo, le ipotesi di potenziali interessi in conflitto risultano essere piuttosto numerose, sia in relazione ai rapporti costituiti con riferimento ad altri operatori, che con riguardo all'impiego di proprie risorse.

Qualora sopraggiunga un conflitto d'interesse, l'intermediario deve aver cura di comunicarlo al cliente anteriormente alla conclusione del contratto o all'effettuazione dell'operazione, non essendo sufficiente la comunicazione posteriore.

Il problema che sembra scaturire da siffatto obbligo riguarda la natura dell'informazione, cosicché diventa indispensabile stabilire se sia sufficiente comunicare l'esistenza del conflitto oppure risulta indispensabile illustrare meglio ed in via anticipata, l'entità dei rischi sottesi dell'operazione, tenuto conto, ovviamente, della categoria alla quale appartiene il cliente²⁹.

A questo riguardo, va sottolineato che l'investitore non esperto normalmente sottoscrive ogni tipo di clausola e non si oppone alla realizzazione di operazioni in conflitto d'interesse. Si pensi agli investimenti delle risorse dei risparmiatori in valori della controllante o della

²⁹ E' opportuno segnalare che una clausola contenuta in un contratto in cui il cliente autorizzi l'intermediario, una volta per sempre, ad agire in conflitto d'interessi non sarebbe conforme né all'obbligo di informazione, né all'obbligo di correttezza e buona fede, si risolverebbe in un abuso di potere contrattuale e ridurrebbe la *deterrence* della sanzione.

controllata o in valori offerti da società collegate, o in settori nei quali è possibile lucrare migliori commissioni, e così via.

Su tale presupposto, e nell'ottica di sostegno di presunte violazioni dei diritti soggettivi della clientela, la normativa secondaria ne ha ulteriormente chiarito il significato, avendo cura di delineare (e, quindi, regolamentare) da un lato, le ipotesi d'insorgenza di situazioni di conflitto, così come evidenziate all'art.27 del Regolamento Consob³⁰, e, specularmente, le condizioni in cui si ravvisa, da parte dell'intermediario, un'omessa informativa al cliente sulle caratteristiche dell'operazione (art.28) in contrasto con quel principio di *adeguatezza*, di cui al successivo art.29, posto in essere ai fini della valutazione delle capacità economiche dell'investitore, in relazione al tipo di investimento da effettuare.

E' evidente che la previsione dell'art.28 del Regolamento n.11522/98, pur riferendosi alla dazione di notizie generiche, circa i rischi connessi all'operazione d'investimento, mira a superare lo squilibrio informativo, esistente tra l'operatore e la propria clientela, così da ritenere assolto l'obbligo, in capo all'intermediario, di fornire indicazioni allorquando lo stesso abbia utilizzato *chiarezza* nell'indicazione del tipo d'investimento, oggetto di contrattazione, e abbia dotato l'investitore di un «*documento sui rischi generali degli investimenti*»³¹.

La direttiva 2004/39/Ce, affronta il tema del conflitto d'interessi con consapevolezza nuova e concreta, dal punto di vista pratico. L'intero impianto di politiche e di procedure è stato predisposto nel rispetto del criterio di proporzionalità e dell'ampia autonomia organizzativa riconosciuta agli intermediari, ai quali spetterà il compito di identificare preventivamente e di

³⁰ Si veda, *Deliberazione Consob n.11522/98 «Regolamento concernente la disciplina degli intermediari»* successivamente modificato ed integrato dalla *Delibera Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007* (poi modificata con delibera n. 16736 del 18 dicembre 2008) «*Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari*».

La delibera e l'annesso regolamento sono pubblicati nella *G.U.* n. 255 del 2.11.2007 – *S.O.* n.222, e in CONSOB, *Bollettino quindicinale* n. 10.2, ottobre 2007.

La delibera n.16736 del 18.12.2008 è pubblicata nella *G.U.* n. 303 del 30.12.2008 e in CONSOB, *Bollettino quindicinale* n. 12.2, dicembre 2008.

³¹ In tal senso, si sono espressi i giudici di merito, con due sentenze del 2005.

Cfr., Tribunale di Torino del 21/3/2005 n.2051, pubblicata in *Giur.it.*, 2005, 1862 e, qualche mese dopo, Tribunale di Milano del 31/12/2005 n.14032, ritenendo entrambe sufficiente fornire, da parte dell'intermediario, una disamina (sia pure generale) alla propria clientela, circa i rischi insiti nelle operazioni di investimento di strumenti finanziari che questa intende effettuare.

analizzare le eventuali situazioni in capo alle quali possono verificarsi anomalie ed, all'uopo, adottare modelli organizzativi volti a prevenire o limitare l'insorgenza di rischi che potrebbero ripercuotersi negativamente sugli interessi degli investitori³².

Per tutte queste ipotesi, dunque, la tutela del consumatore è stata approntata dal legislatore comunitario adottando provvedimenti adeguati allo *status* dei risparmiatori, quali strumenti più adeguati per le esigenze di protezione degli interessi delle singole categorie, rispetto alla generalità delle regole, fino ad ora dettate – senza differenziazioni – per tutti gli investitori.

5. (Segue) Individuazione delle situazioni di conflitto e politiche di gestione.

Passando ad esaminare le conseguenze provocate sulla disciplina dei conflitti d'interesse dalla regolamentazione di recepimento della MiFID, va in primo luogo osservato che già in vigenza dell'art.21, co.1, lett.c) e 27 del succitato Regolamento Consob, il legislatore aveva provveduto ad individuarne l'oggetto, incentrandolo sui principi di autonomia organizzativa delle imprese d'investimento, sull'individuazione e conseguente risoluzione delle situazioni conflittuali³³, nonché sulla regola del «*disclose or abstain*»³⁴.

Infatti, sul piano delle cautele – volte a prevenire e limitare ipotesi di conflitto d'interesse – gli articoli citati consentono d'individuare tutte quelle ipotesi nelle quali l'intermediario persegue un interesse, il cui raggiungimento non consente di realizzare quello del cliente; tant'è che il Regolamento n.11522/98 impone l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni con o per conto del cliente dell'intermediario, il quale abbia (o in conseguenza di rapporti di gruppo

³² Cfr., nello specifico, art.18 della Direttiva 2004/39/Ce, pubblicata in GUCE L 145/1 del 30/4/2004.

Una puntuale analisi sulle conseguenze di eventuali inosservanze, da parte dell'intermediario, delle regole di *correttezza* e sui rimedi assunti dal legislatore, in caso di asserite violazioni della normativa speciale, si veda, M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007, in particolare, 323 e ss..

³³ Per la valutazione delle attività che possono dar luogo a conflitti d'interesse, si rimanda ai *Considerando* 26 e 29 della MiFID, tra cui rientrano le attività di ricerca e consulenza in materia di investimenti, di negoziazione in conto proprio, di gestione di portafoglio e la prestazione di servizi di *corporate finance* alle imprese.

³⁴ Per queste finalità, il T.U.f. impone un ben preciso criterio di comportamento con specifico riferimento alla prestazione dei servizi d'investimento. Esso si traduce, infatti, nell'obbligo per l'intermediario di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitto d'interessi e, nel caso in cui si verifichi siffatta eventualità, di agire in maniera da garantire ai clienti condizioni di trasparenza ed equo trattamento.

o nel caso di prestazione congiunta di più servizi) un interesse in conflitto, salvo l'ipotesi che il cliente ne sia stato informato per iscritto e ne abbia dato relativa autorizzazione (sempre scritta) a procedere³⁵.

La norma comunitaria viene, dunque, ad innestarsi in questo quadro disciplinare fissando un primo elemento nell'individuazione delle situazioni di conflitto, che attiene alle dimensioni e all'assetto organizzativo, parametri questi che riguardo alle dinamiche di gruppo dovranno ulteriormente confrontarsi, specie in rapporto alla natura delle attività esercitate dagli altri intermediari³⁶.

Si badi, comunque, che lo scopo della direttiva non è tanto quello di *tipizzare* le ipotesi conflittuali (non si tratta, infatti, di un catalogo esaustivo) bensì di fornire un'indicazione di massima, che consente agli intermediari di adeguare la propria struttura organizzativa ad un livello base di conoscibilità di siffatte situazioni, avendo riguardo a determinate circostanze tassativamente indicate agli artt.13, 18 e 21 della MiFID³⁷.

Da un esame più attento delle ipotesi *ivi* elencate si può cogliere la portata dei rapporti che legano l'intermediario alla sua clientela, finora regolati in termini alquanto generici dall'art.21, co.1, del T.U.f., laddove il legislatore pone in evidenza un rapporto di reciproca complementarietà tra disciplina degli interessi in conflitto e disciplina degli *inducements*³⁸, il

³⁵ In ambito giurisprudenziale, la questione è stata trattata in ordine a una sentenza del Tribunale di Trani, la quale ha affermato l'insussistenza di un conflitto d'interesse nel caso in cui la compravendita di titoli si sia perfezionata sulla base di un ordine di acquisto, proveniente direttamente, ed in modo esplicito, dal cliente, concludendo che l'eventualità di un conflitto può verificarsi solo quando l'acquisto si sia perfezionato su sollecitazione dell'intermediario ed allorquando se ne possa dimostrare lo scopo fraudolento rispetto alla realizzazione dell'interesse del cliente.

Cfr., Tribunale Trani del 28/6/2005 n.810, in conformità a quanto puntualizzato, in proposito, dalla Consob.

³⁶ Cfr., 11° *Considerando* della direttiva 2004/39/Ce.

³⁷ Tale ultimo articolo è stato integralmente recepito dall'art.24 del Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob, di attuazione dell'art.6, co.2-*bis*, T.U.f..

³⁸ La direttiva 2006/73/Ce, recante modalità di esecuzione della direttiva MiFID, inquadra, in modo innovativo, la materia degli incentivi all'interno dei doveri dell'intermediario di agire in modo *onesto, equo e professionale*, piuttosto che entro la cornice dei conflitti d'interesse, mente nel nostro ordinamento, siffatta materia è posta tassativamente all'interno dei canoni giuridici del conflitto d'interessi.

Su questo punto, è risultata espressa la posizione della Commissione europea, non solo in sede di predisposizione della direttiva 2006/73/Ce, ma anche di interazione con il Cesr.

quale rapporto, senza dubbio, costituisce la novità più complessa e d'impatto tra quelle apportate dall'intero impianto normativo. Pertanto, le tipologie di incentivi e condizioni, previste dall'art.26 della direttiva e per le quali il pagamento o la percezione degli stessi «*non costituisce violazione degli obblighi di condotta*», andranno ad integrarsi con le misure organizzative ed amministrative, adottate dalle imprese d'investimento, volte a «*evitare che i conflitti d'interesse (...) incidano negativamente sugli interessi dei loro clienti*» in un rapporto di eccezione alla regola, rispetto alle pregresse categorie, imposte dal T.U.f., ove emergeva una potenziale situazione di conflitto, pregiudizievole per la clientela.

Sul tema del conflitto di interessi, nella prestazione di servizi di investimento, incidono, altresì, anche le disposizioni dell'articolo 10 della legge sul risparmio (Legge n.262/05) le quali introducono alcune modifiche nel T.U.f.. Si osservi, nello specifico, che attraverso questa norma il legislatore non ha introdotto direttamente nuove misure, volte a prevenire i conflitti di interessi nelle suddette prestazioni, ma si è limitato a prevedere che la Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, disciplinasse i casi in cui determinate attività fossero prestate da strutture distinte e autonome.

Il principio, dunque, doveva essere quello della separazione delle attività, ovvero, in altre parole, delle *misure organizzative*³⁹ in virtù delle quali gli intermediari (soprattutto polifunzionali) potevano ergere le cosiddette *chinese walls* tra le singole divisioni operative (o nell'ambito dell'organizzazione di gruppo di cui l'intermediario è parte) al fine di impedire il pregiudizio degli interessi della clientela⁴⁰.

Cfr., al riguardo la redazione, da parte di tale organo, delle proprie *Recommendations* (Documento Cers/07- 228b del maggio 2007).

³⁹ Il riferimento normativo più esplicito a tale misura era contenuto nel vecchio testo dell'art.6, co.2-*bis*, T.U.f., introdotto con legge n.262/2005 c.d. *Riforma del Risparmio*, poi abrogata dalla legge n.12/2007 (legge comunitaria del 2006) ed infine sostituita dal d.lgs. n.164/2007 di recepimento della direttiva MiFID.

⁴⁰ Abbastanza articolata è la normativa italiana sottesa alla creazione delle cc.dd. *chinese walls* per evitare il rischio di eventuali conflitti d'interesse. Con legge n.1/91, il legislatore ha inizialmente richiesto agli intermediari di separare rigidamente le strutture dedicate allo svolgimento dei singoli servizi d'investimento, poi, successivamente, attraverso il disposto dell'art17, co,1, lett.c) del d.lgs. n.415/96 e dell'art.21, co.1, lett.c) del T.U.f., ha rettificato rimettendo la materia all'autonomia organizzativa degli operatori e limitandosi a stabilire l'obbligo di «*minimizzare il rischio di conflitti d'interesse*»

Anche la normativa secondaria ha posto attenzione alla separazione delle strutture organizzative degli intermediari che svolgono molteplici servizi d'investimento.

L'art.6, co.2-*bis* del T.U.f., introdotto col recepimento della direttiva MiFID nel nostro ordinamento, rafforza il sistema delle suddette muraglie cinesi, ovvero, quelle delle barriere tese a evitare qualunque rapporto e scambio d'informazioni tra unità organizzative della banca, le quali prestano attività soggette a potenziale conflitto d'interesse⁴¹. In particolare, pur non imponendo agli operatori alcuna rigidità strutturale, la norma in questione individua l'ado-zione *ex ante* di misure organizzative, da parte dell'intermediario, al sorgere di ipotetiche situazioni di conflitto, lasciando, successivamente, alle autorità di controllo (o di quella giudiziaria) il compito di valutarne l'idoneità, in termini di efficienza.

Pertanto, ove l'intermediario valuti l'inidoneità delle misure adottate, per eliminare situazioni di rischio per il cliente, la direttiva impone l'ulteriore obbligo di *disclosure*, subordinando l'operato dell'intermediario (il quale agisce per conto di questi) al preventivo dovere d'informativa, circa la natura ed il contesto in cui le situazioni di conflitti si manifestano, allorquando – a causa dell'insufficienza dei presidi operativi posti in essere – richiedono una valutazione consapevole sui servizi prestati, da parte del consumatore.

Per la verità, già nel contesto delle fonti di riferimento a livello nazionale della disciplina *de qua*, si intravedono segnali significativi in direzione di una graduale eliminazione delle più volte accennate asimmetrie informative tra i soggetti, che prestano professionalmente servizi

Cfr., *Regolamento* Banca d'Italia del 4/8/2000, abrogato dal *Regolamento congiunto* (art.4, Capitolo II, Titolo III) ove si prevede che la struttura, deputata alla gestione individuale di portafogli d'investimento, debba essere separata dalle altre, predisponendo una serie di regole amministrative e contabili al fine della concreta attuazione di tale obbligo.

Non tutta la dottrina è concorde circa la valenza di siffatto strumento. Per tutti, si veda, L.SPAVENTA, *Audizione conoscitiva* del 14/2/2002, tenutasi dinanzi alla Commissione Finanze della Camera dei Deputati, in cui l'a. richiama il caso *Enron* per sottolineare l'inadeguatezza della regolazione dei mercati finanziari e, conseguentemente, l'insufficienza delle barriere cinesi poiché inidonee «*a prevenire l'insorgere di conflitti (...) esse non resistono alle pressioni (interne) generate dalle prospettive di ingenti guadagni*».

⁴¹ In tal modo si intende evidentemente dare attuazione alla direttiva 2004/39/Ce, relativa ai mercati degli strumenti finanziari che modifica la precedente direttiva in materia, fissando alcuni principi sulla cui base spetterà poi alla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, emanare una normativa di dettaglio.

In particolare, la Direttiva 2004/39/CE richiede all'art. 18 che gli Stati Membri prescrivano alle imprese di investimento di adottare ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse. L'articolo 10, nella parte in cui modifica l'art. 6 del TUF, parla espressamente dell'esigenza di "prevenire" i conflitti di interesse, recependo la lettera della normativa europea.

E' stata poi direttamente inserita una nuova norma nel T.U.f., la quale prevede l'applicazione di apposite sanzioni amministrative a carico dei soggetti con doveri di amministrazione o controllo che non osservino le disposizioni in tema di conflitto d'interesse emanate dalla Banca d'Italia (da 50.000 a 500.000 Euro).

d'investimento, ed i loro clienti. Tant'è che l'art.69-*quater* del Regolamento Emittenti⁴² viene ad assolvere la stessa funzione del corrispondente obbligo di matrice comunitaria, imponendo, ai soggetti responsabili delle raccomandazioni (relative a società che emettono strumenti finanziari quotati) gli stessi principi di condotta *onesta, equa e professionale*.

Inoltre, per effetto del combinato disposto degli artt.18 e 23, co.3, del Regolamento congiunto, gli intermediari sono sottoposti ad una disciplina di rigore, al fine di evitare che i soggetti rilevanti (coinvolti in attività che generano conflitti d'interesse o che abbiano accesso ad informazioni privilegiate) possano porre in essere “*operazioni personali*”, in contrasto con le disposizioni comunitarie in tema di *market abuse*⁴³.

Trattasi di disposizione questa, che trova una puntuale regolamentazione anche nell'ambito del T.U.b., il quale individua le “*operazioni personali*” in tutti quei comportamenti che implicano l'abuso o la divulgazione scorretta delle informazioni relative a clienti o loro operazioni, ovvero, che sono suscettibili di confliggere con gli obblighi posti in essere dalla normativa primaria e secondaria, a carico dell'intermediario⁴⁴.

Tralasciando in questa sede di valutare il senso dell'ulteriore novità apportata dall'impianto MiFID, in tema di operatività degli intermediari – e, dunque, omettendo di analizzare il rinnovato obbligo di istituire un registro, peraltro già presente nel vigore del precedente Regolamento Intermediari, in cui siano riportate non solo le situazioni di conflitto po-

⁴² Si rinvia, più diffusamente, alla *Sezione II* del Regolamento Emittenti (*Parte III, Titolo II, Capo II*) introdotta dalla *Delibera* Consob n.15232/2005. Quest'ultima, a sua volta, ha recepito a livello secondario, la *Direttiva* 2003/6/Ce in materia di *market abuse*.

⁴³ L'argomento trova compiuta trattazione nel lavoro di S. VINCENZI. *Il Market Abuse*, Ed. Bancaria, 2007, laddove esamina e commenta la normativa *market abuse* (2003/06/Ce), la prima formulata secondo i criteri previsti dal *Rapporto Lamfalussy* e approvati dal Consiglio europeo di Stoccolma nel 2001.

Ratio di tale legge, sottolinea l'autore, è quella di contrastare gli usi illeciti di informazioni privilegiate, le manipolazioni e in generale gli abusi di mercato, nonché, insieme ad altri importanti provvedimenti tra cui la direttiva MiFID, di ridisegnare il quadro normativo, in tema di mercati finanziari.

Cfr., a tal proposito, anche le *Comunicazioni* della Consob del 29 novembre 2005 e del 28 marzo 2006 in materia, rispettivamente, di manipolazione del mercato e operazioni sospette e di prevenzione degli abusi di mercato.

⁴⁴ Così, art.184 e ss. del T.U.b., per le ipotesi *ivi* elencate, allorché le stesse risultino in contrasto con gli obblighi posti a carico degli operatori dal T.U.f. e dal Regolamento Intermediari, già citato. Inoltre, siffatte norme devono mirare ad impedire che la operazioni su strumenti finanziari – ove fossero eseguite a titolo personale dai soggetti rilevanti – configurino un abuso di mercato, ovvero, confliggano con le disposizioni dell'art.28 del Regolamento in oggetto e dell'art.49, co.5, del nuovo Regolamento n.16190 del 29/10/2007.

tenziali (collegate allo svolgimento di una determinata attività o servizio d'investimento) ma anche quelle effettivamente sorte⁴⁵ – necessita, in ultima analisi, soffermarsi, sia pure brevemente, sulle politiche di gestione, disciplinate dall'art.22 della direttiva *de qua* e recepite nel nostro ordinamento dall'art.25 del Regolamento congiunto.

La caratteristica principale di queste nuove norme comportamentali, sta nell'esigenza, ritenuta indispensabile, di fornire un quadro il più possibile esaustivo di tutte quelle circostanze da cui potrebbero scaturire (eventuali) interessi in conflitto e, conseguentemente, dare una visione abbastanza chiara dell'insieme di misure e strategie da adottare per la loro gestione, in modo tale da garantire che i soggetti rilevanti – ipoteticamente impegnati in attività che implicano un conflitto d'interessi – svolgano siffatta attività secondo un livello d'indipendenza appropriato. Il parametro individuato dal legislatore comunitario per valutare tale "appropriatezza" riguarda, da un lato, le dimensioni e la tipologia delle attività svolte dall'intermediario, dall'altro, la rilevanza del documento, che verrebbe a ricadere sugli interessi patrimoniali del cliente.

Proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto è dato rilevare come il legislatore abbia lasciato invariata, sulla scorta della suddetta autonomia organizzativa attribuita agli operatori del mercato finanziario, la possibilità di utilizzare le muraglie cinesi, a cui prima si faceva riferimento, quale strumento di protezione del consumatore, nella gestione dei conflitti d'interesse⁴⁶.

Alcuni elementi di novità, tuttavia, sembrano emergere dall'applicazione delle norme sulle politiche di gestione dei conflitti d'interesse, secondo quanto disposto in sede comunitaria. Innanzitutto, va tenuto presente che l'autonomia organizzativa dell'intermediario trova un limite, ovviamente, nella necessità di avvalersi dell'ausilio di misure e procedure alternati-

⁴⁵ Si vedano, partitamente, gli artt.57, co.4, e 59 del vecchio Regolamento Intermediari, nonché, più di recente, l'art.16 del Regolamento congiunto n.11971/2007 (che recepisce l'art.16 della direttiva MiFID) in cui la Banca d'Italia e la Consob sottolineano la necessità di affidare alla nuova funzione aziendale di *compliance* la gestione dei reclami. Alla stessa, inoltre, andrebbe deputata la tenuta del registro delle situazioni di conflitto, *rectius*, di quelle situazioni da cui scaturisce un serio rischio di ledere gravemente gli interessi di uno o più clienti.

⁴⁶ Un siffatto atteggiamento dell'intermediario è previsto nell'ambito dei *Considerando* 26 e 29 della direttiva MiFID, in relazione alle possibili misure di recepimento della normativa comunitaria in questione.

ve o aggiuntive *necessarie e appropriate*, qualora le strategie da questi adottate non siano in grado di fronteggiare un possibile coinvolgimento di interessi potenzialmente in conflitto con quelli del cliente, per conto del quale un servizio è prestato.

Da ciò, ne discende il corollario che siffatte politiche di gestione adottate prescinderebbero dallo *status* della clientela utilizzatrice di servizi finanziari, dal momento che la lesione degli interessi, sottesi all'operazione d'investimento effettuata, non privilegia alcuna tipologia di consumatori in particolare a discapito delle altre. Ciò, sia pure implicitamente, potrebbe essere desunto dallo stesso tenore letterale della norma, laddove prevede che venga impedito o controllato lo scambio di informazioni tra i soggetti rilevanti, con riferimento agli interessi «*di uno o più clienti*» senza nessun criterio distintivo circa la categoria di appartenenza.

In ultimo, va attenzionata la possibilità attribuita all'intermediario (nell'ipotesi di mera esecuzione o trasmissione di ordini) di non richiedere alla propria clientela, ove sussistono determinate condizioni, informazioni sulla loro esperienza e conoscenza circa il tipo di strumento o servizio richiesto, e, in subordine, di non effettuare alcuna valutazione, in merito al rapporto di appropriatezza dell'operazione finanziaria con il profilo patrimoniale del cliente. E' ovvio che per poter beneficiare di tale esenzione, l'operatore deve rispettare i propri obblighi, in materia di conflitto d'interessi; questi, infatti, qualora vengano ottemperati, costituiscono una reale garanzia di tutela per l'investitore, contro i rischi che lo strumento finanziario (o il servizio d'investimento) offerto o richiesto comporta⁴⁷.

6. I controlli sulla trasparenza delle clausole contrattuali.

L'attività bancaria ha subito durante gli anni profondi mutamenti riconducibili, in particolare, all'accresciuta complessità del sistema finanziario di riferimento, che, a sua volta, si è tradotto in maggiori opportunità e rischi per la clientela. I dati, sulle fonti di finanziamento delle imprese e sulle modalità d'investimento delle famiglie, dimostrano, infatti, come la par-

⁴⁷ Nello specifico, cfr., art.43, co.1, lett.d) del Regolamento Intermediari n.16190/2007, di cui sono già state segnalate le successive modifiche ad opera della delibera Consob del 18/12/2008 n.16736.

tecipazione di investitori e di imprese, nei mercati finanziari, è spesso mediata dall'intervento di una banca, la quale determina anche una buona fetta del ricavato ottenuto tramite attività d'intermediazione mobiliare, negoziazione di titoli e gestione di portafogli per conto dei clienti⁴⁸.

Pertanto, una realtà di questo tipo ha determinato la necessità di nuove regole di trasparenza e correttezza ritenute indispensabili⁴⁹, da parte delle autorità di controllo, affinché le banche adottino comportamenti corretti e prudenti, in un'ottica comunitaria di *compliance* alle norme o all'autoregolamentazione. Si tratta, invero, come si è avuto modo di vedere, di una funzione di controllo di conformità, preposta al presidio e alla gestione del rischio, con la finalità di assicurare alla clientela bancaria un'informazione completa e una consapevole assunzione delle scelte finanziarie, da parte di quest'ultima⁵⁰.

La necessità di una puntuale informativa, da parte dell'in-termediario, si traduce, a sua volta, come si dirà in seguito, in un insieme di norme volte ad aumentare il grado di trasparenza nei diversi segmenti dell'intermediazione creditizia, con un inevitabile ed incisivo cambiamento del modello relazionale con il cliente. Così congeniata, l'informativa diventa elemento centrale nella gestione del rapporto intercorrente tra le parti; il cliente si trasforma, infatti, in investitore-utente con uno scambio informativo continuo, secondo l'orientamento delle autorità di vigilanza, le quali più che al "risparmiatore inconsapevole" sembrano guardare, con maggiore interesse, alla figura del "consumatore consapevole".

⁴⁸ Nel periodo 1995-2005, la Consob, nella sua *Relazione* di fine anno, aveva registrato un incremento dell'attività bancaria nei settori dell'intermediazione finanziaria pari all'80% del fatturato.

L'accresciuta operatività degli enti creditizi, ad opera del processo di *deregolamentazione*, di *globalizzazione* dei mercati finanziari e dell'aumento della concorrenza (da parte di nuove banche, anche straniere, nonché di operatori finanziari di natura non bancaria) ha fatto sì che le stesse operassero sul mercato non solo in qualità di finanziatori/prenditori di fondi, ma anche di *dealers* e di *brokers*, di consulenti, di collocatori e/o sottoscrittori.

⁴⁹ In tema di trasparenza, alla luce dei recenti provvedimenti comunitari, si consulti, in particolare, E. GIRINO, *MiFID: fra rivoluzione e trasparenza*, in *Amm. & Fin.*, 2007, 29 ss..

⁵⁰ Compiutamente in argomento, W. VANDALI, *Organizzazione della funzione Compliance nelle imprese bancarie. Strumenti e modelli di riferimento*, in *Banche e banchieri*, n.1, 2006, 69 e ss..

Anche per quanto concerne l'acquisizione di informazioni sulla struttura e sull'esercizio della loro attività, gli enti creditizi sono sottoposti ad una disciplina speciale, diversa da quella di diritto comune generalmente valida per i soggetti imprenditoriali⁵¹. Infatti, il nostro ordinamento prevede una serie di poteri e di doveri (vale la pena ricordare il dovere dei soci «*influenti*» nel segnalare alle banche l'entità della propria partecipazione, art. 20 T.U.b. e la norma che punisce il c.d. mendacio bancario, art. 137,co.1, T.U.b.) d'informativa per le banche, in larga parte ignoti al diritto comune i quali, invero, consentono la raccolta di una quantità di notizie sulle banche e sui terzi, che con le stesse entrano in rapporto, di grande rilevanza sia per le une che per gli altri.

Il cardine di tale statuto speciale dell'informazione bancaria è rappresentato dalla sottoposizione degli enti creditizi ad un comportamento di trasparenza assoluta, nei confronti dell'organo di vigilanza⁵², il quale deve poter acquisire tutte le informazioni necessarie per l'esercizio delle proprie funzioni (vigilanza ispettiva ed informativa) senza per questo essere sottratte alle norme di diritto comune dettate in tema di informazione societaria, di pubblicità dell'impresa commerciale e di trasparenza dei mercati mobiliari.

Un momento dello statuto dell'attività bancaria, dal quale emerge con evidenza la speciale trasparenza cui sono assoggettate le strutture creditizie, riguarda l'obbligo incombente sulle stesse sia in riferimento alla necessità di rendere conoscibili ai terzi i meccanismi di formazione dei prezzi dei loro prodotti⁵³, sia con riguardo non solo agli obblighi di pubblicità delle condizioni di contratto praticate nei confronti della clientela⁵⁴, ma anche in riferimento alla forma contrattuale, *rectius*, a quel complesso di norme a tutela del cliente, sintetizzabili nella

⁵¹ Cfr., A.M. CARRIERO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali: regole generali e controlli*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996, 177 e ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del cliente nella disciplina della concorrenza bancaria*, *ibidem*, 189 e ss..

⁵² L'ampiezza del problema è stato affrontato esaurientemente da R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, 527 e ss. e, in particolare, per una disamina circa la trasparenza dei rapporti e delle condizioni contrattuali, si rinvia, *infra*, al capitolo 10, 648 e ss..

⁵³ Si veda la legge n.64/86, art.8 che impone alle banche, a parità di condizioni soggettive, di adottare, nella propria attività d'impresa, il principio di parità di trattamento.

⁵⁴ Per tutti, R. FERRETTI, *Pubblicità delle condizioni contrattuali*, in *Le nuove modifiche al T.U.B.* di A.A. Dolmetta (a cura), Milano, 2000, 80 e ss.; V. SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MIFID*, in *Giur. it.*, 2008.

denominazione generica di «*norme sulla trasparenza delle condizioni contrattuali*» dettate dal titolo VI, artt. 115-128 T.U.b.

Ove si consideri che siffatte informazioni riguardano attività e rapporti fondati sulla fiducia diffusa, risulta comprensibile come il legislatore abbia, da sempre, imposto una serie di vincoli all'uso ed alla diffusione delle informazioni bancarie e ciò, sia nei confronti delle autorità creditizie, circa la destinazione delle informazioni raccolte (attraverso la norma dell'art. 7 T.U.b.) che nei confronti delle banche nella divulgazione di notizie concernenti i rapporti con i terzi (c.d. *segreto bancario*).

Con la formulazione del T.U.b., si è provveduto, come per le altre materie, a dare una sistemazione organica della disciplina in oggetto, instaurando un rapporto puntuale tra le norme sulla trasparenza e quelle sul credito al consumo, prima regolamentate, con notevoli sovrapposizioni e non poche difficoltà di coordinamento, nell'ambito di due ben distinti corpi normativi⁵⁵. A differenza delle precedenti norme, il T.U.b. ha scelto un modello di *amministrativizzazione* dei contratti (con una deviazione rispetto alle tendenze evolutive del diritto comunitario, tese, invece, al superamento della discrezionalità amministrativa) il quale risulta connotato da un forte accrescimento dei poteri attribuiti agli organi di controllo, tra cui quello di prevedere forme contrattuali *ad substantiam*.

Non solo, ma il legislatore bancario, nel superare le incertezze circa la «nullità» del contratto⁵⁶ per vizio di forma, ha addirittura affermato che le nullità formali sono di tipo «*relativo*» (art.127 T.U.b.) ovvero, possono essere fatte valere solo dalla parte (cliente) a tutela della quale sono state poste. Il limite della norma in questione è, comunque, quello di utilizzare l'istituto della nullità relativa – peraltro considerata norma eccezionale nel nostro ordinamen-

⁵⁵ Il riferimento è, rispettivamente, alla Legge n.154/92 (*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, il cui art. 11 intitolato «*Norme finali*» prevedeva che le disposizioni dell'intera legge fossero derogabili solo *in senso più favorevole* al cliente) e alla Legge n.142/92, artt.18-24 (attuazione della dir.87/102/CEE sul credito al consumo, in cui non era contenuta la suddetta disposizione di favore per il cliente).

In dottrina, cfr., G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur.it.*, 1999, IV, cc 409 e ss..

⁵⁶ Per una puntualizzazione dei contenuti negoziali del tutto nuova, si veda, nello specifico, V. SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *I Contratti*, 2007, 243 ss.;

to – lasciando non definite le conseguenze della mancata approvazione per iscritto della clausola contrattuale attributiva, a' sensi dell'art.117, co.5, T.U.b., dello *ius variandi* alla banca.

Va, preliminarmente, osservato che sul punto, la letteratura in argomento⁵⁷ ha espresso notevoli perplessità circa l'inserimento delle disposizioni sulla trasparenza nell'alveo disciplinare della legge speciale. Ciò è sembrato, per certi aspetti, alquanto stridente, dal momento che le stesse si presentano come un insieme di norme sui *contratti* o, se si vuole, sull'attività negoziale delle banche, la cui presenza appare di difficile comprensione in un sistema che dei contratti bancari non si occupa affatto.

Tuttavia, la singolarità del titolo VI della suddetta legge, che contribuisce certamente a risolvere alcune difficoltà di coordinamento con altre parti della disciplina, può essere, in qualche modo, spiegata ove si condivida la considerazione secondo la quale l'importanza e la centralità – oramai acquisita dalle norme sulla trasparenza – hanno reso inevitabile, oltre che logico, l'inserimento delle stesse in questo contesto.

Così, le disposizioni, in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali, assumono carattere generale e trovano applicazione anche per le operazioni di credito al consumo «*per gli aspetti non diversamente disciplinati*» dalle norme specificatamente previste per le operazioni di credito al consumo, *ex art. 115, co.3, T.U.b.* Peraltro, quel che appare certo è che le stesse esplicano la loro reale efficacia sul terreno dei contratti per adesione, punto in cui massimamente emerge l'inadeguatezza dello strumento codicistico a tutela dell'aderente, sintetizzabile nell'obbligo di conoscibilità e nella specifica approvazione «*per iscritto*» delle clausole vessatorie⁵⁸.

Si può dire, dunque, che la disciplina sulla trasparenza, prima dell'introduzione dell'impianto MiFID, prendeva le mosse da un duplice ordine di considerazioni. Da un lato, la

⁵⁷ In tal senso, G. MINERVINI, *Dal decreto n.481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur.comm.*, 1993, I, 838, nel ribadire le sue perplessità circa l'inserimento della disciplina sulla trasparenza nel contesto delle norme disciplinari della legge speciale.

⁵⁸ Così, A.M. CARRIERO, *op.cit.*, 178 e ss.. Per una visione onnicomprensiva della problematica in oggetto, si veda, inoltre, N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle «clausole abusive» e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, V, 1993; G. LENER, *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in *I contratti del mercato finanziario*, di E. Gabrielli – R.Lener, Torino, 2004, I, 121 e ss..

crisi dello strumento classico di tutela del contraente «*non predisponente*» offerto dal nostro ordinamento, attraverso l'art.1341 c.c. rubricante «*condizioni generali di contratto*»⁵⁹ e, dall'altro, la possibilità di servirsi della *forma contrattuale* come strumento di tutela del contraente debole, facendo, in sostanza del contratto anche un veicolo d'informazioni imposte dal legislatore, ovvero, su sua delega, dalla Pubblica Amministrazione.

Oggi, le norme sulla trasparenza hanno assunto diverse forme a seconda dell'ambito di riferimento. Tra quelle volte a ridurre le asimmetrie informative tra banche e clienti rientrano, non solo quelle concernenti le condizioni contrattuali, come avremo modo di analizzare, ma anche quelle sui servizi d'investimento (si pensi, a mero titolo esemplificativo, a quelli offerti dalle banche che gestiscono il patrimonio del cliente, inoltrano gli ordini d'acquisto/vendita di titoli dello stesso o vendono quote di fondi comuni d'investimento). Tra i criteri generali, cui devono attenersi le banche – oltre ai soggetti abilitati alla prestazione dei servizi d'investimento – rientra anche l'ulteriore onere di acquisire informazioni necessarie dal cliente e di agire in modo che questi sia sempre adeguatamente informato.

Come si evince dal Regolamento Consob⁶⁰, tale principio impone all'intermediario un duplice dovere d'informativa, che si concretizza, da un lato, nel rendere noto al cliente le implicazioni riguardanti la natura ed i rischi dell'operazione finanziaria e, dall'altro, di acquisire notizie sul profilo del cliente (anche in merito alle sue competenze in materia finanziaria) sulle sue disponibilità finanziarie, nonché sugli obiettivi d'investimento che intende perseguire e sulla relativa propensione al rischio, di modo che un'approfondita conoscenza della clientela

⁵⁹ Vi è un solo passaggio nella disciplina della trasparenza ove il legislatore non sembra avere abbandonato il modello predisposto dall'art.1341c.c., pur non essendo del tutto conforme ad esso. Ci si riferisce all'art. 117, co.5, T.U.b., laddove si afferma come la possibilità della banca di variare, in senso sfavorevole al cliente, le condizioni contrattuali (c.d. *ius variandi*) va espressamente indicata nel contratto con clausola specificatamente approvata dal cliente.

Non è detto, però, che l'assenza di approvazione specifica provochi l'invalidità o l'inefficacia della clausola, giacché di inefficacia si parla soltanto nel successivo art.118 T.U.b., dedicato ai contratti di durata, non solo, ma lo stesso art.118 T.U.b. si occupa non già dell'inefficacia «*della clausola*» quanto «*della variazione unilaterale*», non ricollegata alla mancata approvazione per iscritto della clausola, quanto alla mancata notifica al cliente della variazione sfavorevole, nelle forme e nei termini stabiliti dal CICR.

⁶⁰ Ci si riferisce all'art. 28 del Regolamento Consob n.11522/98, rubricante «*Regolamento concernente la disciplina degli intermediari*», di recente modificato con Delibera del 29/10/2007 n.16190, a sua volta successivamente modificata con Delibera n.16736 del 18/12/08.

permetta alle banche stesse di evitare di compiere operazioni inadeguate, in relazione alla situazione del soggetto investitore⁶¹.

In quest'ottica, l'impianto normativo di Basilea 2⁶² è stato concepito proprio al fine di assicurare una misurazione accurata di un'ampia gamma di rischi e una dotazione patrimoniale strettamente commisurata all'effettivo grado di esposizione delle banche con ulteriori e più specifici obblighi di informativa al pubblico, riguardanti l'adeguatezza patrimoniale, l'esposizione ai rischi e le caratteristiche generali dei sistemi preposti all'identificazione, misurazione e gestione degli stessi⁶³.

La *ratio* di tale norma appare evidente, dal momento che il legislatore comunitario attribuisce maggiore enfasi al contenuto delle informazioni da rendere al pubblico circa i rischi supportati dalla banca e la qualità del suo portafoglio, in maniera tale da consentire agli azionisti, creditori e depositanti di valutare e controllare l'intermediario, o, se si preferisce, di svolgere un'adeguata azione di *market discipline*.

⁶¹ A seguito dei recenti scandali, la normativa in merito alle informazioni rese al mercato si è arricchita di numerosi interventi, quali, in particolare, quelli in tema di contenuti e forma dei prospetti informativi (nell'ipotesi di appello al pubblico risparmio) e di responsabilità (in caso di trasferimento a clientela non istituzionale di obbligazioni *corporate*, ovvero emesse da imprese, in assenza di prospetto informativo).

⁶² Il nuovo accordo, denominato *Basilea 2*, ha introdotto criteri e principi per monitorare il rischio di crisi bancarie, al fine di promuovere la solidità e la solvibilità del sistema bancario. Pertanto, si prevede che gli istituti di credito, dei Paesi aderenti, detengano obbligatoriamente un patrimonio correlato al rischio creditizio accordato, con l'obiettivo di diminuire le insolvenze ed i rischi di *default*.

In altre parole, allo scopo di quantificare l'affidabilità ed il merito creditizio, le banche attribuiranno ad ogni cliente un *rating* creditizio, il quale si baserà sulla elaborazione e sulla valutazione di informazioni qualitative e quantitative. Quest'ultime, in particolare, saranno fondate sui dati di bilancio e permetteranno di valutare la capacità dell'impresa di generare flussi finanziari, adeguati agli impegni assunti. Ne consegue, che per garantire un adeguato equilibrio finanziario diverrà sempre più importante la presenza, per le imprese, di un adeguato volume di fonti di finanziamento interne, ovvero di *patrimonio netto*.

Cfr., Nuovo Accordo di Basilea, reso pubblico nel giugno del 2004, con il documento intitolato *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A revised Framework*.

Va segnalato, che fin dal 2000, la Banca d'Italia ha emanato regole prudenziali per il riconoscimento di forme avanzate di mitigazione dei rischi di credito, quali i derivati di credito e le operazioni di cartolarizzazione. Sull'argomento, si veda, *amplius*, Banca d'Italia, *Bollettino di Vigilanza*, nn. 3/2000, 7/2000, 12/2001 e 2/2003.

⁶³ Informazioni di questo tipo devono poi essere pubblicate annualmente sul sito della banca, la cui frequenza sarà determinata in relazione al contenuto delle attività svolte, alla presenza della stessa in diversi Paesi e settori finanziari, alla partecipazione a mercati finanziari e sistemi internazionali di pagamento, al fine di incentivare la diffusione da parte delle banche di informazioni che aiutino il mercato a valutarne la rischiosità.

In sintesi, non sembra ci siano considerevoli ostacoli nel ritenere in questa visione d'insieme – e su questo punto la dottrina è stata particolarmente esauriente⁶⁴ – che l'*informazione*, quale estrinsecazione dell'obbligo di trasparenza, non solo rafforza oggi, alla luce del recepimento dell'impianto MiFID, la sua valenza nell'ambito della relazione negoziale (attribuendo al cliente maggiore autonomia nella determinazione del consenso) ma, *a fortiori*, assurge ad elemento fondamentale per l'identificazione di una *corretta e diligente* condotta, da parte dell'intermediario.

Nel contempo, ruolo degli organi di controllo sarà quello – sulla base delle rispettive competenze – di autorizzare mercati regolamentati e sistemi multilaterali di negoziazione, di vigilare sulle regole di condotta di banche ed intermediari finanziari e sulla solidità dei loro sistemi di controllo interni, di sovrintendere al regolare andamento degli scambi, potendo disporre di sufficienti flussi d'informazione. Simili penetranti prerogative (già, peraltro, introdotte con la direttiva sul *market abuse*) potranno consentire alle autorità preposte alla vigilanza di comminare sanzioni di natura amministrativa⁶⁵, assicurando, in tal modo, un'effettiva applicazione delle norme, oltre a costituire un significativo deterrente contro determinati comportamenti illeciti, posti in essere da parte dell'operatore bancario e finanziario.

⁶⁴ Sull'importanza ascritta all'informativa, nell'ambito delle relazioni negoziali, si veda, F. CAPRIGLIONE, *op.cit.*, 154 ed *ivi* per i riscontri giurisprudenziali. In particolare, l'a. riporta l'orientamento della Suprema Corte in tema di inosservanza delle regole di comportamento (che afferiscono alla fase precedente alla conclusione del contratto) da parte dell'intermediario, per la quale è prevista l'imposizione di norme risarcitorie o risolutorie.

Per quest'ultimo aspetto, si veda, inoltre, G. RESTUCCIA, Seminario su «*Violazioni del contratto: danni e rimedi*», Atti del Convegno «*Obblighi di trasparenza e clausole abusive nei contratti bancari*», dell'Università di Macerata, tenutosi nei giorni 3-4 maggio 2002, Milano, 2004.

Ulteriori spunti in argomento sono contenuti nei lavori di F. ANNUNZIATA, *Regole generali di comportamento degli intermediari. La disciplina dei contratti*, in *La riforma dei mercati finanziari*, Edibank, di G. Ferrarini- P. Marchetti (a cura), 1998, 129 e ss.; A. PINORI, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, *ibidem*.

⁶⁵ La direttiva 2004/39 fa salvo naturalmente il diritto degli Stati membri di infliggere sanzioni penali.

A questo proposito, la MiFID impone agli organi di controllo di prestarsi assistenza reciproca, attraverso lo scambio di informazioni, nonché attraverso rapporti di collaborazione nella sfera delle rispettive indagini e nell'attività di vigilanza. Contenuto della collaborazione internazionale, dunque, sarà quella di realizzare un «*omogeneo campo di gioco*» (c.d. level playing field) nella prestazione dei servizi finanziari in ambito europeo.

Fra tutti, si veda, F. RECINE, *La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID): nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, I, 303 ss..

Sul piano pratico, un'ulteriore considerazione merita l'attuale ruolo attribuito alla Banca d'Italia nell'ambito delle controversie in materia di consumo, con riguardo alla prestazione di servizi d'investimento.

Nella normativa comunitaria è oramai prassi consolidata quella di prevedere forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie, quale effettivo supporto giuridico alle iniziative di tutela dei consumatori, tant'è che il nostro ordinamento, sia pure con notevole ritardo, ha predisposto – in via di autoregolamentazione – sistemi analoghi. Infatti, il legislatore ha già ribadito, con la legge sul risparmio, l'importanza degli organismi di soluzione stragiudiziale delle controversie, stabilendo una regolamentazione specifica per quelli preposti a dirimere questioni inerenti a rapporti tra intermediari e clienti.

In materia di servizi di investimento, è previsto, inoltre, lo svolgimento di procedure di conciliazione e di arbitrato dinanzi alla Consob, mentre per le relazioni tipicamente bancarie la disciplina delle procedure e della composizione degli organismi decidenti è attribuita al CICR.

Spetterà alla Banca d'Italia, cui è dato il compito di formulare la proposta, di valutare la possibilità di mettere a disposizione proprie risorse e competenze professionali, al fine di contribuire al buon funzionamento del sistema.

Pertanto, l'idea di creare più organismi, diffusi sul territorio a livello regionale e composti da soggetti che assicurino un'equilibrata rappresentanza dei diversi interessi in gioco, potrebbe meglio soddisfare le esigenze di celerità nella soluzione stragiudiziale delle controversie.

7. (Segue) Ambiti e poteri di intervento delle autorità di settore sull'applicazione delle regole di trasparenza.

Riprendendo la problematica inerente i poteri devoluti alle autorità di vigilanza, per il rispetto delle norme in materia di trasparenza dei servizi offerti, va osservato come il recepimento

mento della direttiva 2004/39/Ce, relativa ai mercati di strumenti finanziari, non pare abbia apportato pressoché nessuna sostanziale modifica.

Tanto nel nuovo quanto nel vecchio sistema di norme, contenute nei rispettivi Testi Unici (bancario e finanziario) si prevede, infatti, che l'autorità competente possa acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso i soggetti controllati, ed, inoltre, proporre al Ministro dell'economia e delle finanze la sospensione dell'attività, nell'ipotesi di ripetute violazioni delle disposizioni in materia di pubblicità, norma quest'ultima, che si evince chiaramente dal tenore letterale dell'art. 128, co.5, T.U.b.⁶⁶ e del riformulato art.21, co.1, lett.c) di quello finanziario⁶⁷.

Coerentemente con l'attuale ripartizione delle competenze in tema di trasparenza, il potere di proporre quest'ultima sanzione non spetta più alla sola Banca d'Italia, ma alle singole autorità chiamate ad effettuare la verifica stessa «*nell'ambito delle rispettive competenze*». Il criterio fondamentale adottato, per individuare l'ambito applicativo delle norme sulla materia *de qua*, è certamente soggettivo, così come previsto dall'art. 115, co.1, T.U.b., con la conseguenza che una stessa attività potrà essere soggetta, o sfuggire a tale disciplina, a seconda che la stessa sia o meno esercitata da un intermediario finanziario o da una banca⁶⁸. Si riserva poi al

⁶⁶ Sempre nell'ottica dell'esecuzione dei controlli in materia di trasparenza, si colloca il nuovo co.3 dell'art. 127 T.U.b., introdotto dal già ricordato d.lgs. n. 342/99, che assegna alla Banca d'Italia il potere di proporre le deliberazioni di competenza del CICR (previste dal Titolo VI) ma contemporaneamente precisa che la proposta in questione può essere formulata dall'organo di controllo solo dopo aver sentito l'UIC, ove la deliberazione si applichi ai soggetti di cui all'art.106 T.U.b.

⁶⁷ Il contenuto della lettera in questione, laddove impone ai soggetti abilitati (nella prestazione di servizi d'investimento e accessori) di «*utilizzare comunicazioni corrette, chiare e non fuorvianti*» è stato introdotto nel contesto dell'art.21 per effetto delle modifiche apportate dalla MiFID alla Parte II, Titolo II, Capo II del T.U.f.

⁶⁸ Continuando, il successivo art. 116 T.U.b, prevede l'obbligo di rendere pubblici i momenti essenziali dei prezzi praticati dalla banca, senza scendere nell'individuazione delle operazioni per le quali è necessario procedere a tale pubblicità e/o indicare le modalità alle quali, quest'ultima, deve attenersi, demandando siffatta competenza in particolare al CICR, il quale potrà: a) individuare il tasso massimo per le operazioni attive e minimo per le passive; b) individuare la misura degli interessi di mora; c) individuare le valute applicate per l'imputazione degli interessi a debito ed a credito; d) individuare il tasso annuo d'interesse dei titoli per le operazioni di raccolta in forma cartolare ed il prezzo dei servizi

Si veda, in proposito, *Istruzioni di vigilanza*, Circolare 21/4/99, in G.U. *Suppl. ord.*, n.119 del 24/5/99.

Risulta, tuttavia, chiaro che la norma dev'essere combinata con il disposto del successivo art.127, co.3, T.U.b., nel cui contesto è stata aggiunta la previsione di un intervento propositivo della Banca d'Italia, in relazione a tutte le deliberazioni di competenza del CICR, previste dal titolo VI del T.U.b.

Si è fatto notare, da parte di certa letteratura in argomento come l'*intentio* del legislatore è stato quello di sostituire la potestà della Banca centrale (di formulazione, insieme alla Consob, di pareri preventivi in merito alle delibere del CICR) con un vero e proprio potere esclusivo di proposta e quindi d'impulso, rispetto all'attività normativa dello stesso Comitato.

Ministro dell'economia e delle finanze, per quanto attiene il criterio oggettivo, l'individuazione di altri soggetti, nei confronti dei quali potrà essere applicata siffatta disposizione.

Un momento essenziale nella disciplina dei contratti, posti in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari, riguarda il profilo della forma e del loro contenuto, da cui scaturisce uno stretto rapporto tra «condizioni» pubblicizzate e «condizioni» contrattuali⁶⁹. In virtù delle norme contenute nel T.U.b., si prevede, invero, che il contratto debba essere redatto per iscritto, pena la nullità dello stesso⁷⁰, e che un esemplare venga consegnato al cliente, lasciando, tuttavia, alla discrezionalità del CICR, a'sensi dell'art. 117, co.1 e 2, T.U.b., il potere di decidere quando «*per motivate ragioni tecniche, particolari contratti debbano essere stipulati in altra forma*». Inoltre, l'indicazione di alcuni elementi minimi e l'imposizione di vincoli alle parti nella determinazione del contratto (situazioni queste che incidono sul contenuto dello stesso) sono rispettivamente previsti dal legislatore⁷¹.

Va tenuto presente, tuttavia, che la nullità in questione, come tutte quelle previste dalla disciplina della trasparenza e del credito al consumo, può essere fatta valere, sulla base di quanto disposto dall'art.127, co.2, T.U.b., esclusivamente dal cliente, in un'ottica di tutela del contraente debole. Trattasi, tuttavia, di una *nullità relativa* ricorrente nei casi legislativamente previsti (tale tipo di nullità è suffragato dalla norma dell'art.1421 c.c., che fa salvi i limiti alla legittimazione all'azione di nullità previsti da disposizioni particolari) e giustificata dal fatto che essa è posta a tutela di una sola delle parti del contratto.

La disciplina della trasparenza sembra, pertanto, seguire un modello di «autotutela» in quanto prevede, accanto ai controlli della pubblica autorità, la possibilità per il contraente de-

Così, R. FERRETTI, *Commento all'art.23*, in *Le nuove modifiche al Testo Unico Bancario. Commentario al d. lgs. 4 agosto 1999, n.342*, di A.A. Dolmetta (a cura) Milano, 2000,80 e ss..

⁶⁹ Offre un quadro schematico della materia, V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *I Contratti*, 2008, 173 ss..

⁷⁰ In tal modo, l'art. 117, co.3, T.U.b., laddove il legislatore prevede che nell'ipotesi in cui il contratto non venga redatto nella forma scritta, esso stesso è da ritenersi «*nullo*».

La sancibilità dei contratti scritti *ad substantiam* risolve, così, il dubbio che aveva sollevato l'analoga disposizione della legge n.154/92, il cui art.3 imponeva, per i contratti bancari, la *forma scritta*, ma senza precisare quale fosse la conseguenza del mancato rispetto della stessa.

⁷¹ Cfr., co.4 e 6 dell'art. 117 T.U.b.

bole di “reagire” in forma autonoma, attivando rimedi contrattuali. E ciò, essenzialmente attraverso la previsione di nullità contrattuali rafforzate dal criterio che limita la legittimazione attiva al solo soggetto tutelato, sintetizzabile nel concetto di *nullità relativa*.

Oltre alla forma di legge «*per iscritto*» il Titolo VI ravvisa altri due tipi di prescrizioni di *forma* per la stipula dei contratti bancari. Come giustamente è stato fatto notare dalla dottrina “la tipizzazione”, che possiamo chiamare «*amministrativa*» dei contratti e dei titoli bancari, trova la propria giustificazione «*nelle stesse ragioni che impongono una particolare trasparenza alle condizioni contrattuali delle operazioni bancarie e finanziarie*»⁷², motivo per cui si demanda al CICR la facoltà di prevedere, come sopra accennato, le ipotesi per le quali *particolari contratti* possano essere stipulati in altra forma, ritenendo che ciò debba tradursi nella richiesta, da parte del Comitato, della sola forma orale o nell’obbligatorietà dello scritto, segnatamente per talune clausole, senza la necessità di richiederlo per l’intero rapporto negoziale⁷³.

Un siffatto criterio di coordinamento, tra le varie autorità di vigilanza, lo si ravvisa anche nell’ulteriore tipo di prescrizione di *forma* per i contratti bancari, costituito, nella fattispecie, dalla «*forma contenuto*» mediante la quale la Banca d’Italia può imporre che determinati contratti e titoli vengano uniformati secondo il suddetto criterio di *amministrativizzazione*, al fine di renderli «tipici» in base a quanto stabilito in merito dal citato art. 117, co.8⁷⁴.

⁷² In tal senso, si è espresso R. COSTI, *L’Ordinamento bancario*, *op.cit.* 685 e ss.. Ed ancora, A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d’Italia*, in *Dir.banc.merc.fin.*, 1998, I, 29 e ss.; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, *ibidem*, 1999, I, 519 e ss.; U. MAJELLO, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, di AA.VV. (a cura), Bologna, 2003, 1943.

⁷³ Va tenuto presente, inoltre, che fra l’art.117, co.2 e l’art.116, co.3, il quale demanda al CICR l’individuazione di operazioni e servizi «*da sottoporre a pubblicità*» non vi è alcuna connessione necessaria, nel senso, che l’eventuale sottrazione, di taluni contratti, al regime di pubblicità non vale, di per sé, ad esonerarli anche dall’obbligo di forma scritta.

In effetti, appare logico sostenere che i due comparti, in cui si compone la disciplina della trasparenza, non devono avere, necessariamente, la stessa estensione.

A tal riguardo, si rinvia a R. LENER, *op.cit.*, 189 e ss. ; M. BUSSOLETTI, *Norme e progetti di legge in tema di parità di trattamento e trasparenza delle operazioni bancarie*, in *Dir. banc.*, I, 1989, *passim*.

⁷⁴ Su questo specifico argomento, si veda, in particolare, A. NERVI, *Autorità amministrative e potere regolamentare nella predisposizione dei contratti. Rflessioni sull’art.117, co.8, T.U. banc.*, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, di A. Guaccero – A. Urbani (a cura), Bologna, 1999, 239 e ss..

Si noti, per inciso, che in queste ipotesi di forma, la sanzione è rappresentata dalla *nullità* del contratto difforme, sollevando non poche perplessità⁷⁵ laddove la stessa forma non risulti dettata direttamente dalla legge, ma *discrezionalmente* dall'autorità amministrativa, giusta la considerazione secondo la quale tale elemento assurge a requisito «sostanziale» del negozio solo nel caso in cui è prescritta dalla legge «*a pena di nullità*», ex art. 1325, n.4, del c.c..

Per tutti i vizi di forma, *id est*, mancato rispetto dei requisiti di legge, art. 117, co.1, T.U., nonché delle forme speciali «*amministrative*» è prevista la nullità assoluta; mentre, per i vizi non conseguenti alla violazione di prescrizioni formali, è contemplata la nullità parziale, per cui laddove la clausola contrasta con la previsione di legge o amministrativa essa viene, ove possibile, sostituita dai precetti contenuti dagli artt. 117, co.4, 6 e 7 e 124, co.5, T.U.b..

Così, le clausole di rinvio agli usi, nonché quelle contenenti tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli (per il cliente) di quelli pubblicizzati sono considerate *nulle* e sostituite automaticamente dal disposto dell'art. 117, co.7, T.U.b..

Una delle caratteristiche dei contratti bancari, in vigenza della pregressa legislazione in materia, era costituita dalla possibilità per la banca di mutare unilateralmente il contenuto del rapporto. Sotto quest'aspetto, la legge speciale ha apportato una sostanziale modifica stabilendo, come noto, al co.5 del succitato articolo, che le variazioni (in senso sfavorevole) devono essere specificatamente indicate nel contratto, con clausola approvata dal cliente. Inoltre, a norma del successivo art. 118, co.1, le variazioni, così consentite, saranno notificate al cliente «*nei modi e nei termini stabiliti dal CICR*», dovendosi considerare inefficaci quelle comunicate senza il rispetto di tali prescrizioni, ai sensi del co.2 dello stesso articolo, lasciando al cliente, per espressa disposizione del co.3, il diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

L'articolo in commento, riprendendo, con alcuni adeguamenti, il contenuto dell'art. 6 della legge n.154/92 in tema di trasparenza, disciplina le modalità d'esercizio dello «*ius variandi*» consistente nella possibilità, per una delle parti del rapporto contrattuale, di variare unila-

⁷⁵ Le perplessità in parola vengono sollevate soprattutto da A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc.*, I, 1994, *passim*.

teralmente i tassi d'interesse, i prezzi e le altre condizioni. Il fondamento di questa norma eccezionale, come ricordato da qualche autore⁷⁶ va rinvenuto nella circostanza che il prezzo dei rapporti bancari (perlomeno per quanto attiene all'aspetto fondamentale dei tassi d'interesse attivi e passivi) è collegato ad una variazione indipendente rappresentata dal costo del denaro ed è, pertanto, caratterizzato da una spiccata flessibilità.

Tale facoltà, riconosciuta dall'art.117, co.5, T.U.b., è subordinata all'approvazione specifica, da parte del cliente, all'atto della stipula del contratto. In altri termini, vige nella disciplina speciale, come precedentemente si è visto nell'ambito della legge sulla trasparenza, il principio dello *ius variandi*, per cui si conferisce alla banca la potestà di utilizzare tale clausola vessatoria per variare, in senso sfavorevole per il cliente, le suddette condizioni inserite nel contratto, con conseguente estensione dell'applicabilità di siffatte clausole (es., variazione del Taeg, variazione del tasso d'interesse annuo nell'ipotesi dell'apertura di credito in c/c) anche ai contratti di credito al consumo, cui si aggiunge l'ulteriore onere – a pena di inefficacia – di comunicare al consumatore la variazione sfavorevole. A quest'ultimo, inoltre, è dato un analogo potere di recesso, mantenendo l'applicazione delle condizioni precedenti in sede di liquidazione del rapporto, come sancito dal co.3 dell'art.118 T.U.b.⁷⁷.

⁷⁶ Sulla validità delle clausole di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e, più in generale, per la loro ampia portata, cfr., A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 261 e ss.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale* in *Giur. Comm.*, 1992, I, 18 e ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e equilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, 200 e ss..

Per la sottoposizione dello *ius variandi* ai limiti generali del sistema, individuati nel "giudizio di meritevolezza di tutela" e nella "buona fede", si veda, nello specifico, A.A. DOLMENTTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n.154/1992*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1992, I, 390, nota 44.

Più in generale, circa il rilievo che assume il momento informativo nella fase precontrattuale, con particolare riferimento agli effetti dell'inserimento delle clausole (abusive) e della pattuizione del prezzo, si veda l'opera di E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 31 e ss., soprattutto laddove l'a. si sofferma sulla presenza di provvedimenti normativi che tendono a limitare il «principio di autonomia» circa il contenuto del contratto, in conformità con la promozione dei diritti del consumatore; ed ancora, F. MARTORANO, *Trasparenza e parità di trattamento nelle operazioni bancarie*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1991, 697 e ss., nell'esaminare le diverse esigenze cui presiedono gli obblighi di informazione generalizzata alla clientela, nonché le regole in tema di conoscibilità delle condizioni praticate per il singolo contratto.

⁷⁷ L'estensione di tale previsione anche ai contratti di credito al consumo, come del resto è stato fatto notare dalla dottrina, M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, II, Milano, 1996, 219 e ss.; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir.banc. merc.finanz.*, 1999, I, 519 e ss.; A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, *ibidem*, 1998, I, 29 e ss., risulta essere conseguenza logica del collegamento tra le due normative

Quanto alla comunicazione riepilogativa annuale, gli estratti conto, con le regole sulla loro approvazione, il diritto del cliente di ottenere copia della documentazione (circa i legami intrattenuti nell'ultimo decennio) sono oggetto della disciplina delle informazioni periodiche alla clientela relative all'andamento dei rapporti bancari e finanziari, di cui all'art. 119 T.U.b.; una disposizione, quest'ultima, che è stata sottoposta a ridefinizione contenutistica, ad opera del già menzionato d.lgs. n.342/99, con riferimento ai co.3 e 4.

Per tale aspetto, infatti, il co.3, art.119 T.U.b., prevede che l'assenza di un'opposizione scritta del cliente, entro un termine di 60 giorni dalla ricezione, comporta approvazione non solo del contenuto degli estratti conto, ma anche (questo l'aspetto innovativo) delle «*altre comunicazioni periodiche alla clientela*». Va, tuttavia, osservato come la modifica lascerebbe irrisolto il problema giuridico sull'effettiva prova dell'avvenuto ricevimento dell'estratto conto, atteso che le banche non utilizzano, di regola, tecniche di comunicazione del predetto atto alla clientela, idonee ad attestarne il ricevimento. Pertanto, la materia resta sottoposta ai principi generali⁷⁸, con i temperamenti previsti dalla giurisprudenza, la quale ammette la prova del ricevimento dell'estratto conto per presunzioni semplici, ritenendone pure sufficiente la sua produzione in giudizio⁷⁹.

Il co.4 dell'art.119 T.U.b. novellato estende il potere di ottenere copia della documentazione inerente le operazioni dell'ultimo decennio, non solo al cliente, ma anche a «*colui che gli succede a qualunque titolo*» ed a «*colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni*». La modifica del testo, nel senso appena descritto, si è resa opportuna in ragione della tendenza manifestata dalle banche a opporre resistenza nei confronti di un eccessivo uso dei dati da parte di soggetti diversi rispetto alla specifica figura del cliente, cosa che, peraltro, ha trovato ri-

(legge n.154/92 e T.U.b., introdotto per effetto del disposto dell'art.115, co.3 T.U.b., per cui esse devono essere ricostruite ed interpretate in modo da risultare tra di loro coerenti.

⁷⁸ Così, Trib. Napoli, 24/4/97, in *Giur. it.*, 1998, p.1202.

⁷⁹ Per la giurisprudenza di merito, App. Torino, 24/12/84, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c.395; App. Palermo, 23/3/92, in *Temi siciliani*, 1992, p.52.

Cfr., inoltre, *Cass.*, 12/9/90, n.9427, in *Banca, borsa e t.c.*, 1992, II, p.43.

scontro muovendo dalla casistica giurisprudenziale, con riguardo alle richieste di documentazione avanzate per le procedure fallimentari, già iniziate⁸⁰.

Cosicché, il tenore letterale della norma sembrerebbe riconoscere tale diritto di accesso solo a colui il quale sia subentrato (non importa qui a quale titolo) nell'amministrazione generale del patrimonio del cliente⁸¹.

Ciò non di meno, siffatto articolo, benché riformulato, non risolve i problemi scaturiti dalla comunicazione dei documenti, il più rilevante dei quali resta indubbiamente quello dell'estensione *oggettiva* del diritto in questione, pur riconosciuto nei termini descritti. Esso, infatti, risulta limitato a «*singole operazioni*» con la conseguenza che diventa impossibile richiedere alla banca tutti i dati pertinenti, circa i rapporti intrattenuti con il cliente⁸².

Un ulteriore aspetto che va considerato, nell'ambito delle norme in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali, riguarda la circostanza secondo cui la loro mancata osservanza non è soltanto sanzionata da specifiche norme previste per la conclusione del contratto.

La legge speciale, infatti, oltre ad alcune sanzioni pecuniarie, previste per la mancata attuazione della pubblicità delle condizioni praticate, attribuisce all'organo di vigilanza, in virtù dell'art. 128, co.1, il potere di acquisire informazioni ed eseguire ispezioni allo scopo di assicurare l'osservanza di tutte le norme previste in materia di trasparenza. In caso di ripetute violazioni delle disposizioni concernenti gli obblighi di pubblicità, inoltre, il Ministro dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia, può, a'sensi del successivo

⁸⁰ L'innovazione normativa, sembra, così, fare finalmente chiarezza sulle relazioni tra l'ufficio fallimentare che, nella persona del curatore, intende acquisire la documentazione inerente ai rapporti bancari intercorsi con il fallito (cliente della banca) e gli enti creditizi.

La nuova disciplina, infatti, si pone in linea di ideale continuità con il processo giurisprudenziale registratosi, negli ultimi anni, e volto ad ammettere, pur con argomentazioni varie, le richieste provenienti dalle curatele fallimentari finalizzate ad ottenere copia degli estratti conto e della documentazione, inerente ai rapporti tra banca e fallito.

Cfr., *Cass.* del 22/5/97, n. 4598, in *Fallimento*, 1997, 1193 e ss., con nota di Tarzia e Giacalone.

⁸¹ Secondo i principi generali, non pare possa negarsi al mandatario speciale di esercitare siffatto diritto; l'unico effetto limitativo della norma potrebbe essere quello di precludere al mandatario (con rappresentanza) incaricato dal cliente di curare i propri rapporti con la banca, di aver altresì accesso alla documentazione a lui facente capo (o, quantomeno, la documentazione inerente ad attività poste in essere prima del conferimento dei poteri) richiedendosi, a tal fine, una procedura *ad hoc*.

⁸² Per gli orientamenti giurisprudenziali, si veda, *Trib. Taranto* del 21/5/97, in *Giu. it.*, 1997, I, 2, c. 628.

co.2, «disporre la sospensione dell'attività anche di singole sedi secondarie» in un'opera di unificazione della disciplina dei controlli sia in materia di trasparenza che di credito al consumo, con la conseguenza di rendere, in tal modo, univoche ed omogenee anche le forme attraverso cui tali controlli possono esplicarsi.

Per ragioni di indole sistematica, il corredo di norme sanzionatorie è stato trasposto, in sede di coordinamento, nel Titolo VII rubricante «Sanzioni», con l'unica eccezione della particolare figura sanzionatoria della sospensione di attività.

Quest'ultima, invero, merita una riflessione a parte, rispetto alle previsioni dell'art. 78 T.U.b. in tema di «Provvedimenti Straordinari», ove il legislatore dispone il divieto d'intraprendere nuove operazioni e la chiusura di succursali di banche autorizzate in Italia, quali provvedimenti di esclusiva competenza della Banca d'Italia, irrogabili sia in caso di violazione delle norme di legge, amministrative e statutarie, regolanti l'attività, che per irregolarità di gestione, ovvero, nel caso delle sole succursali extracomunitarie, anche per insufficienza di fondi.

In ordine al rapporto tra le due norme citate, va osservato come esse disciplinano fattispecie solo in parte sovrapponibili. Per la precisione, l'art. 78 T.U.b., oltre a riguardare le sole banche, comporta una duratura inibizione allo svolgimento dell'attività, che si presenta graduabile nelle suddette possibili misure, le quali si caratterizzano per il requisito della «straordinarietà».

Nell'ipotesi dell'art.128, co.2, invece, il provvedimento di sospensione può essere emanato sia nei confronti delle banche che per gli intermediari finanziari, con lo scopo precipuo di rafforzare la tutela specifica degli interessi sottesi alla disciplina della trasparenza, rendendo possibile l'adozione del provvedimento cautelare della sospensione della loro attività anche quando si verificano violazioni della disciplina della pubblicità e, quindi, per sua natura, è da presentarsi limitato sotto il profilo temporale.

L'autonomia delle rispettive fattispecie, risulta, peraltro, confermata dalla diversa competenza ad emanare i provvedimenti che, nel caso dell'art. 128 T.U., spettano al Ministro dell'Economia e delle Finanze, su proposta dell'autorità di vigilanza (dato il possibile coinvolgimento degli intermediari in parola sottoposti proprio al controllo del Ministro e

dell'UIC). Inoltre, a norma del co.3 dell'art. 128 T.U.b., sarà di competenza del Ministro dell'Industria verificare il rispetto delle norme in tema di credito al consumo, da parte di soggetti che non siano banche o intermediari, in quanto fornitori di beni e di servizi nel territorio dello Stato, ai quali il credito al consumo è consentito solo *sub specie* «dilazione di pagamento». Alla medesima autorità è rimessa anche la potestà in ordine al provvedimento sanzionatorio, tenuto conto che sia le fattispecie, che l'entità delle sanzioni, sono regolate dai successivi artt.144 e 145 della normativa speciale.

8. La trasparenza nelle operazioni di credito al consumo.

Anche la normativa del credito al consumo⁸³ contenuta nel T.U.b., si può definire come disciplina della trasparenza mediante la pubblicità dei dati, con un livello d'incidenza piuttosto rilevante, anche sui contenuti del rapporto contrattuale⁸⁴.

Tuttavia, il recepimento di tale norma nel nostro ordinamento si è limitato a riprodurre, quasi letteralmente, il testo comunitario contenuto nella direttiva n.87/102⁸⁵, senza provvedere ad ampliare la tutela del consumatore, per la quale il legislatore comunitario aveva dato fa-

⁸³ Il D.Lgs 6 settembre 2005, n. 206, noto come *Codice del consumo*, costituisce la rielaborazione di norme già in vigore dettate a tutela del consumatore al fine di armonizzarle con la disciplina comunitaria, in particolare, quella contenuta nella direttiva 98/7/Ce.

⁸⁴ Si tratta di un'operazione che investe un settore in espansione nel nostro mercato, e che mutua la sua disciplina da modelli stranieri, in particolare dal modello inglese del Consumer Credit Act del 1974, mentre in sede comunitaria l'interesse per la realizzazione di una disciplina organica del fenomeno creditizio in questione, è maturato tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta.

Patrick Latham, responsabile della Commissione CEE per la protezione dei consumatori aveva precisato gli obiettivi comunitari osservando che «*soltanto negli ultimi dieci anni si è riconosciuto che ciò che serve non sono norme diverse per i diversi settori del consumo e del credito, ma una legislazione che «copra» l'intero arco del credito al consumo. Ciò evita distorsioni, e, soprattutto, evita che determinate differenziazioni continuino a perpetrarsi.*».

⁸⁵ Direttiva del 22/12/1986, n.87/102/Cee, pubblicata in G.U.C.E del 12.2.1987, N.L. 42/48.

Con siffatta direttiva, la Commissione assolve la funzione di uniformare la disciplina dei Paesi appartenenti alla Comunità, imponendo una regolamentazione sul dovere d'informativa al consumatore più dettagliata, rispetto al passato.

Sull'argomento si veda, in dottrina, F. CAPRIGLIONE, *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987.

coltà agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose a tutela dei consumatori, fermi restando gli obblighi previsti dal Trattato.

I capisaldi della nuova disciplina comunitaria consistono essenzialmente nell'informazione al cliente e nella sua esposizione alle pratiche ingannevoli⁸⁶. Per il perseguimento di detti obiettivi, pertanto, è stata configurata una specifica definizione del concetto di consumatore (come per la fattispecie di credito al consumo) con la finalità di circoscrivere l'ambito applicativo della norma, predisposta per regolamentare siffatta forma di credito. Così, in tutti gli altri casi, in cui non si è in presenza di un cliente qualificabile come consumatore – *id est*, in presenza di operazioni non classificabili come credito al consumo – la normativa speciale dedicata al credito al consumo⁸⁷ non si applica, fermo restando la possibilità di utilizzare, invece, le altre regole relative all'informazione e alla trasparenza dei contratti bancari, alle condizioni generali di contratto, agli obblighi d'informativa, derivanti dai principi di correttezza e buona fede, a' sensi degli artt. 1175, 1366, 1375 c.c.

⁸⁶ Gli obiettivi della direttiva emergono con chiarezza sin dall'art.1, laddove il legislatore comunitario inizia col dare attenzione alla formazione del costo totale del credito espresso in percentuale annua. Secondo tale articolo, infatti, esso comprende «il costo contratto di ogni operazione necessaria per escutere il credito, di ogni altro rapporto di garanzia connesso, degli altri obblighi derivanti dalla legge». Inoltre, si richiede che tra le informazioni da assicurare al consumatore sia incluso anche il tasso annuo globale effettivo.

A norma dell'art.11, si prevede che, in caso di offerta non sollecitata dal consumatore (come avviene per le vendite porta a porta) sia riconosciuta a siffatto soggetto la possibilità (c.d. *diritto potestativo*) di recedere dal contratto entro un termine di tempo prefissato di almeno sette giorni. Tale operazione deve essere fatta per iscritto e contenere una serie abbastanza dettagliata di informazioni, così come disposto dal tenore letterale dell'art.5.

Il successivo art.9, prevede – nell'ipotesi in cui l'operazione creditizia sia stata portata a termine e il fornitore rientri in possesso del bene alienato – ben precise misure di favore, di modo che il trasferimento della proprietà non sia consentito se non in via giudiziale, ovvero, nel momento in cui risulta esser versato almeno un terzo del prezzo. Nel caso, invece, di rimborso anticipato, il consumatore, a' sensi dell'art.10, ha diritto a una riduzione dei costi complessivi.

Particolarmente interessante risulta essere la norma contenuta all'art.13, laddove il legislatore ha cura di prevedere che qualora il prodotto o il servizio, acquisiti dal consumatore, non risultino conformi a quanto pattuito, questi potrà chiedere la restituzione di quanto ha versato *direttamente* al finanziatore.

⁸⁷ La disciplina si caratterizza per essere volta a tutelare il contraente debole ed è destinata alle ipotesi di concessione (nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale) di credito sotto forma di dilazione di pagamento di finanziamento, o di altra facilitazione finanziaria a favore di una «*persona fisica*» che agisca per «*scopi estranei alla attività di impresa o professionale svolta dal consumatore*». Ne consegue che essa è destinata a una fascia di finanziamenti (ossia quelli contenuti nell'ambito di importi minimi e massimi stabiliti dal CICR) con la finalità di escludere quelli che, per l'elevato importo, non possono considerarsi correnti operazioni di credito al consumo, nonché quei finanziamenti caratterizzati da importi modesti.

Cfr., art.121 T.U.b.

Ed invero, l'art. 121 del T.U.b., contiene due definizioni: quella di consumatore, inteso come «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*», e quella di credito al consumo, inteso come «*la concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria*» a favore del consumatore.

La definizione di consumatore che corrisponde, letteralmente, a quella offerta dalla prima direttiva 87/102 Cee (art. 1, lett. *a*) limita la sfera applicativa della norma alle sole persone fisiche, non ricomprendendo, nell'ambito della tutela specifica, le associazioni, gli istituti di assistenza e beneficenza, i quali pur non svolgendo attività d'impresa o attività professionale, e quindi ponendosi come «*consumatori*», non possono qualificarsi come persone fisiche in quanto tali. Analogamente, precisandosi che il credito debba essere contratto a fini *non professionali* o imprenditoriali, restano escluse le operazioni che il consumatore conclude per un uso misto; lasciando, pertanto, all'interprete l'onere di valutare se le modalità dell'operazione e quelle di pagamento, possano far rientrare l'iniziativa finanziaria entro l'area regolamentata.

Anche per quanto riguarda la definizione di credito al consumo, il legislatore italiano non si discosta dagli orientamenti normativi della prima direttiva, in ossequio ai quali restano escluse le vendite rateali⁸⁸.

Un elemento di novità, va certamente rilevato nella presenza, nel contesto dell'art.2 T.U.b., di una *riserva* di attività, peraltro non prevista nella direttiva in oggetto, la quale puntualizza la generica indicazione di prestatore, data all'art. 1, lett. *c*) con un restringimento ai soli soggetti abilitati ad esercitare il credito al consumo (banche, intermediari finanziari, ex art. 106 T.U.b., soggetti dotati di licenza di commercio) e con l'ulteriore imposizione di erogare il credito nell'unica forma della dilazione del pagamento del prezzo. E' di facile intuizio-

⁸⁸ Così, art.1, lett. *c*) della già citata direttiva 87/102/Cee.

Oltre ai limiti di applicazione insiti nelle definizioni riportate, la direttiva, art. 2, e il T.U.b., all'art. 121, co. 4, prevedono esplicite esclusioni di materie e operazioni dall'ambito della disciplina.

Quanto al tipo contrattuale, sono esclusi i contratti concernenti l'acquisto o la conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o da edificare, l'esecuzione di opere di restauro o di miglioramento.

ne come siffatta riserva si caratterizzi per la sua propensione a tutelare gli interessi patrimoniali di una fascia di contraenti, in quanto l'affidamento di tale attività esclusivamente a determinati fornitori, indicati per la loro qualità professionale, sottoporrebbe, conseguentemente, i soggetti – a cui favore la riserva è prevista – alle disposizioni di vigilanza e controllo, previsti dalla legge speciale.

Pertanto, si potrebbe ritenere che le norme, contenute nel credito al consumo, prendano in considerazione quel particolare tipo di operazioni finanziarie, in costante espansione, attraverso il quale si consente, a qualunque persona fisica, di acquistare beni senza avere a disposizione immediatamente il corrispettivo. Ciò posto, non sembrano del tutto ignoti i rischi legati a siffatte operazioni, i cui risvolti potrebbero essere, verosimilmente, quelli di spingere il consumatore a sottoporsi ad oneri finanziari ingenti senza valutarne le conseguenze, nel momento in cui ricorre al finanziamento. Una tale evenienza è stata affrontata prontamente dal nostro legislatore, il quale ha limitato la disciplina tipica del credito al consumo solo ad una fascia di finanziamenti, contenuti entro gli importi stabiliti dal CICR, a'sensi dell'art.121, co.4, lett.a) eliminando sia i contratti che, a causa dell'importo elevato, differiscono dalle consuete operazioni di credito al consumo sia, di contro e data la loro esiguità, quelli che potrebbero comportare oneri eccessivi, rispetto al valore dell'operazione⁸⁹.

Inoltre, il legislatore potenzia ancor più la tutela del consumatore disponendo, all'art.126, un regime speciale per l'apertura di conto corrente non connesso con l'uso di una carta di credito, allorquando prevede che il contratto debba indicare, a pena di *nullità*, il massimale e l'eventuale scadenza del credito, il tasso di interesse annuo e il dettaglio analitico de-

⁸⁹ Oltre all'importo, la direttiva (art. 2) e il T.U.b. (art. 121, co. 4) escludono l'applicabilità della disciplina, anche con riferimento al *tipo* di operazioni da finanziare. Pertanto, non possono essere stipulati contratti aventi a oggetto l'acquisto, la conservazione, l'esecuzione di opere di restauro e miglioria, di terreni ed edifici, già costruiti o da costruire (la prima direttiva escludeva anche i contratti di questi tipi ove assistiti da ipoteca, mentre nella versione della seconda direttiva tale orientamento risulta essere più circoscritto, in quanto prende in considerazione solo alcune regole, non riguardanti la disciplina della pubblicità). Inoltre, la direttiva (art.2, lett.b) e il T.U.b. (art.121, co.4, lett. f) escludono anche i contratti di locazione; vi rientrano, invece, i contratti di *leasing*, perché l'esclusione contempla i contratti che non prevedano in alcun momento il trasferimento della proprietà della cosa locata. La direttiva (art.2, lett. e) lascia fuori, altresì, i contratti di apertura di conto corrente, diversi dai conti coperti da una carta di credito.

gli oneri applicabili (al momento della conclusione del contratto) le condizioni dell'esercizio del *ius variandi* e, non ultime, le modalità di recesso dal contratto.

Particolare attenzione, nell'ambito della disciplina, viene accordata alle forme di finanziamento, puntualizzando che nelle disposizioni citate sono esclusi i crediti concessi senza remunerazione di interessi o di altri oneri. A tal proposito, la direttiva precisa che la disciplina non si applica ai crediti in cui non si impone la corresponsione di alcun interesse, a condizione che il consumatore accetti di rimborsare il credito con un pagamento unico. A sua volta, il T.U.b. amplia l'eccezione, portando a diciotto mesi⁹⁰, il termine del rimborso e includendo l'eventuale addebito di oneri non calcolati in forma di interesse, purché contrattualmente previsti nel loro ammontare⁹¹.

Ma l'aspetto più qualificante sulla tutela del consumatore, rinvenibile nell'ambito della normativa sul credito al consumo, si incentra sul concetto di tasso annuo effettivo globale, inteso come elemento caratterizzante, in base al quale il cliente è messo nelle condizioni di conoscere previamente il reale costo complessivo del finanziamento.

Per la verità, *l'iter* procedimentale della disciplina del Taeg risulta essere assai articolata, tant'è che la prima direttiva si era limitata ad indicare solo alcuni criteri di determinazione, rinviando alla disciplina dei singoli Stati membri l'intera regolamentazione della materia⁹².

⁹⁰ Tale ampliamento è solo apparente, in quanto la direttiva esclude l'applicazione della disciplina ai casi in cui il consumatore è tenuto a rimborsare il credito (entro un periodo non superiore a tre mesi o entro dodici) con quattro pagamenti rateali.

⁹¹ Resta il dubbio interpretativo della «*eccezione per il rimborso delle spese vive sostenute e documentate*» prevista alla lett.d) dell'art. 121, co. 4 del T.U.b., per il quale sembra ragionevole ritenere che qualora si interpreti siffatta disposizione autonomamente (dal momento che l'interpretazione del combinato disposto delle lett. c) e d) porterebbe ad escludere siffatti finanziamenti dal novero del Titolo VI, Capo II) si dovrebbe pervenire alla conclusione di far rientrare tale tipologia di finanziamento nell'ambito della disciplina protettiva, giusta la considerazione che l'espressione *ivi* menzionata – ove opportunamente collegata con l'ulteriore locuzione «*finanziamenti privi, direttamente o indirettamente, di corrispettivo di interessi o di altri oneri*» - apparirebbe come eccezione all'eccezione, e quindi, in altri termini, una conferma dell'applicabilità della disciplina.

⁹² Nella direttiva 87/102/Cee erano, tuttavia, presenti alcuni principi fondamentali:

- a) la comunicazione al consumatore dell'ammontare del Taeg, espresso in percentuale, all'atto della conclusione del contratto, essendo il Taeg uno degli elementi essenziali del contratto scritto;
- b) in caso di impossibilità di calcolo all'atto della conclusione del contratto, la comunicazione delle informazioni utili al consumatore in ordine alla sua determinazione;
- c) ovvero, in mancanza di tale possibilità, la precisazione del costo totale del credito;
- d) la libertà da parte del finanziatore di modificare il Taeg sulla base delle condizioni previste in contratto;

Con la seconda direttiva, ispirata al principio secondo il quale il Taeg e il costo totale del credito debbono essere calcolati in modo uniforme in tutti gli Stati membri, il legislatore comunitario ha ritenuto di precisare non solo che il costo totale del credito comprende «*tutti i costi del credito, compresi gli interessi e le altre spese che il consumatore deve pagare per il credito*» ma anche che il Taeg e le spese debbono essere calcolate secondo le formule allegate alla direttiva.

Una siffatta caratterizzazione della disciplina è stata successivamente recepita nel nostro ordinamento, per mezzo degli artt. 122 T.U.b. e artt.40-41 del Codice del consumo del 2005, i quali affermano il diritto del consumatore di conoscere, prima ancora di ottenere il finanziamento, il costo complessivo dell'operazione, affidando al CICR, sulla base del disposto di cui al co.2 dell'art.122, il compito di determinare le modalità di calcolo del tasso annuo effettivo globale, rappresentante l'indice di costo.

L'importanza della suddetta norma è ascrivibile soprattutto alla difficoltà del computo della pluralità degli elementi che concorrono a determinare il costo del credito, i quali spesso, in difetto di una loro espressa indicazione, comportano gravi ripercussioni sul cliente. Per questo, la legge speciale, a'sensi dell'art. 122, co.2, ha disposto che il Taeg sia attualizzato su base annua, avendo cura di elencare gli elementi *esclusi*⁹³ da tale calcolo (oltre a quelli *inclusi*, tassativamente previsti dalla norma) proprio a causa della loro possibile incidenza sull'ammontare finale del credito, non di meno ricomprendendo il costo dell'interposizione, qualora il finanziamento sia avvenuto con l'intervento di un soggetto terzo.

e) la tempestiva informazione del consumatore di ogni modificazione del tasso di interesse annuo e delle spese applicabili, mediante notifica effettuata a mezzo di estratto conto ovvero di altri mezzi ritenuti accettabili per gli Stati membri;

f) e ciò anche in caso di accettazione tacita degli scoperti.

⁹³ Si riportano qui, a mero titolo esemplificativo, gli elementi *esclusi* dal calcolo del Taeg, individuabili negli oneri relativi all'acquisto del bene, nella spese per il trasferimento di fondi e la tutela di un conto destinato a ricevere gli importi dovuti dal consumatore. L'elencazione di siffatti elementi è da ritenersi tassativa e comprende, inoltre, anche le garanzie e le assicurazioni diverse da quelle imposte dal creditore, volte ad assicurare a quest'ultimo il rimborso totale o parziale del credito in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del consumatore.

Si è sostenuto, da parte di autorevole dottrina⁹⁴, come il *discrimen* tra la pubblicità prevista per il credito al consumo e quella generalmente imposta alle condizioni contrattuali delle banche e degli intermediari finanziari, verta principalmente sul calcolo del Taeg, che a norma dell'art.123, co.1, T.U.b., dev'essere sempre indicato insieme al «*relativo periodo di validità*».

Orbene, a tal proposito, la prima direttiva – fatte salve le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità sleale – aveva sottolineato la necessità di indicare il Taeg, corredandolo eventualmente con esempi tipici, ma limitatamente ai soli casi per i quali non fosse stato possibile avvalersi di altre modalità. La normativa italiana ha significativamente integrato la disposizione richiamata, attribuendo al CICR il compito di puntualizzare le ipotesi in cui, per motivate ragioni tecniche, il Taeg può essere indicato mediante un esempio tipico. Di seguito, il D.M. 6 maggio 2000 ha ritenuto di dover ulteriormente intervenire sulla materia in oggetto, prescrivendo agli operatori di fornire un esempio tipico di calcolo del Taeg, sulla base di uno schema allegato⁹⁵. La finalità di siffatto precetto normativo è fin troppo evidente dal momento che, superando la limitatezza, contenuta sul punto nella disciplina comunitaria, si è voluto generalizzare il ricorso alle modalità di computo esemplificate, estendendo la sua applicazione a tutte quelle ipotesi in cui il mezzo utilizzato per l'offerta del credito lo rende possibile.

La capacità, da parte del legislatore italiano, di fornire significativi presidi a tutela del «consumatore» emerge anche nella disciplina del contratto, contenuta nel successivo art.124 T.U.b., laddove vengono puntualmente riprese le indicazioni poste in sede comunitaria⁹⁶, con l'ulteriore precisazione che le stesse debbono essere contenute nei contratti a pena di *nullità*.

⁹⁴ Così, R. COSTI, *op.cit.*, 693; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, IV ed., Milano, 2009, 310 e ss..

⁹⁵ Come si può vedere la norma in oggetto risulta in parte modificata, non solo per effetto dell'art.122, co.2, T.U.b., per le parti in seguito riportate «*Il CICR stabilisce le modalità di calcolo del TAEG, individuando in particolare gli elementi da computare e la formula di calcolo*» ma anche in ottemperanza agli artt. 1 e 2 del d.lgs. n.63/2000 (di recepimento della direttiva 98/7/Cee del 16/2/98 che modifica la direttiva 87/102/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo) ora coordinati agli artt.40 e 41 del Codice del consumo.

⁹⁶ Accanto alla disposizione, contenuta all'art.3 della direttiva 87/102/Cee, il legislatore comunitario ha ulteriormente previsto, a norma del successivo art.4, che i contratti di credito devono essere conclusi per iscritto (di cui un esemplare va

La portata di questa norma mette ancor più in luce lo sforzo legislativo volto a potenziare il principio della centralità dell'interesse del cliente – quale destinatario del servizio (*id est*, concessione di credito) prestato dall'intermediario – allorquando venga opportunamente ricordata con i criteri determinati dall'art. 127 T.U.b., che derogano le disposizioni *ivi* presenti solo in senso più favorevole al cliente. L'indicazione è abbastanza precisa, potendosi cogliere, nel predetto articolo, una della poche ipotesi inserite nel nostro ordinamento, di *nullità relativa*, posto come per espressa statuizione del legislatore le nullità qui previste «*possono essere fatte valere solo dal cliente*».

Nell'ampio quadro della disciplina sul credito al consumo merita particolare attenzione l'art.125 T.U.b., la cui finalità è certamente ascrivibile nell'intento di raggruppare una pluralità di norme disomogenee, in esso contenute, volte a garantire la tutela del cliente su specifici aspetti legati al rapporto negoziale.

Un esempio, in questo senso, è dato proprio dal co.3 dell'articolo in questione, relativamente alla cessione dei crediti derivanti da un contratto di credito al consumo, nella quale il debitore può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente.

Quanto alla fattispecie in esame, va ricordato che la prima direttiva, segnatamente all'art. 9, stabiliva che il consumatore avesse la facoltà di far valere, nei confronti del terzo, le stesse eccezioni e i mezzi di difesa usati per il creditore originario, compreso il diritto alla compensazione. La legge speciale si è uniformata alla direttiva, puntualizzando, altresì, che una siffatta possibilità può verificarsi anche in deroga all'art.1248 c.c., senza, tuttavia, preoccuparsi di precisare se la cessione – che genericamente la direttiva riferisce al credito – avvenga con le medesime garanzie di tutela pure nell'ipotesi aggiunta di cessione del contratto. Consta, comunque, come data la genericità della dizione, impiegata dall'art. 125, co.3, sarebbe opportuno propendere per una soluzione affermativa della questione.

rilasciato al consumatore) e contenere tassativamente l'indicazione del Taeg, le condizioni sulla base delle quali lo stesso può essere modificato, gli altri elementi essenziali del contratto, esemplificativamente indicati nell'allegato (e cioè la descrizione dei beni o dei servizi che costituiscono l'oggetto del contratto, il prezzo di acquisto in contanti e quello stabilito dal contratto di credito, l'importo dell'acconto e delle rate, il diritto alla riduzione, in caso di rimborso anticipato, la titolarità della proprietà nell'ipotesi di trasferimento non immediato, le garanzie richieste, l'eventuale periodo di riflessione, l'eventuale costo dell'assicurazione e così via).

L'inadempimento del fornitore, e la persistente obbligazione del consumatore ad effettuare i versamenti – in unica soluzione o in via rateale – a favore del finanziatore costituiscono da sempre il tema cruciale del credito al consumo. Ora, omettendo di trattare i difficili problemi di coordinamento che sono sorti tra la disciplina presente nella prima direttiva, ex art.11, e la norma contenuta ai co.4 e 5 dell'articolo in oggetto⁹⁷, l'integrale riproposizione nel testo definitivo del Codice del consumo di quest'ultimi commi (abrogati per effetto dell'art.146 Codice, ma letteralmente riprodotti nell'art.42 dello stesso) ha definitivamente superato la *querelle* sancendo il diritto di agire contro il finanziatore, a condizione che tra i due soggetti si stipuli un accordo, in virtù del quale si attribuisce a quest'ultimo l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore.

Di fatto, tale accordo diventa presupposto necessario affinché il consumatore possa procedere contro il creditore, nell'ipotesi di inadempimento del fornitore che, a ben guardare, non va interpretato come ulteriore attribuzione di diritti al consumatore, rispetto a quelli che egli può vantare in virtù del contratto di credito, ma inteso quale norma atta a rendere meno disagiata, al verificarsi di un comportamento inadempiente, la tutela giudiziaria del consumatore.

Non sullo stesso piano interpretativo si è posta la giurisprudenza di legittimità, la quale a seguito di una recente decisione, ha fortemente escluso una siffatta subordinazione nel rappor-

⁹⁷ La prima direttiva, infatti, distingueva l'ipotesi in cui gli interessi del consumatore erano pregiudicati dall'inadempimento del fornitore (per omessa fornitura, ovvero, per difetto di conformità dei beni o dei servizi alle pattuizioni contrattuali, art. 11, co. 1) da quella in virtù della quale sussisteva un accordo pregresso tra finanziatore e fornitore. In tale ipotesi, ove il consumatore avesse agito nei confronti del fornitore inadempiente senza soddisfazione, la direttiva prevedeva il diritto di procedere contro il fornitore.

La legge speciale, dal canto suo, prevede solo la seconda ipotesi, introducendola al co.4 dell'art. 125. La medesima disposizione aggiunge però al successivo co.5 che «*la responsabilità prevista dal co. 4 si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di cessione di credito*», in tal modo affermando che in caso di cessione del credito (o del contratto di credito) dal fornitore al terzo, i diritti del consumatore, nei confronti del fornitore, e quindi del finanziatore rimangono salvi, ma sono tali solo ove vi sia il previo accordo di credito esclusivo del finanziatore nei confronti dei clienti del fornitore. Tuttavia, la cennata norma non precisa se, in assenza di tale patto di esclusiva, il consumatore abbia salvi i propri diritti nei confronti del fornitore. Una siffatta eventualità, ove non prevista per legge, non è data al consumatore, in quanto si dovrebbe escludere sia la natura trilaterale del rapporto (finanziatore, fornitore e consumatore) che l'esercizio dell'azione diretta nei confronti del fornitore, non avendo il consumatore posto in essere alcun contratto direttamente con il fornitore.

to posto in essere dalle parti aprendo, come giustamente è stato fatto notare «... *la strada ad una giurisprudenza che esclude la rigidità del vincolo di esclusiva*»⁹⁸.

9. La disciplina delle clausole abusive nei contratti bancari.

La disciplina civilistica sui contratti bancari è stata oggetto, in questi ultimi anni, di rilevanti trasformazioni, le quali hanno apportato profonde modifiche agli strumenti contrattuali, utilizzati per l'esercizio dell'attività d'intermediazione, nel tentativo di un loro adeguamento alle esigenze evolutive del mercato.

Appare opportuno sottolineare che questi nuovi interventi legislativi sembravano, piuttosto, dovuti per colmare le carenze – presenti nel Codice Civile del 1942 ed individuabili, nella fattispecie, nella disciplina sui contratti bancari – laddove il legislatore si era unicamente preoccupato di creare, anche se in termini alquanto generici, modelli negoziali tipici, già utilizzati dalle imprese bancarie, con l'ovvia conseguenza di non prevedere, contestualmente, particolari obblighi di trasparenza contrattuali, e di aver decisamente trascurato determinate forme di tutela, a favore del cliente⁹⁹.

⁹⁸ A suo tempo la questione era stata posta dalla *Cassazione* con sentenza del 20/1/1994 n. 474, annotata da G. Ferrando in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, fasc. 6.

Va segnalata la recente sentenza della Corte di Giustizia CE, C-509/07 del 23/4/2009.

In dottrina, si veda, specialmente A. ANTONUCCI, *op.cit.*, 314.

⁹⁹ La disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto è stata oggetto di aspra critica, da parte della dottrina italiana, che ha puntato soprattutto l'accento sul controllo solo formale delle clausole vessatorie, inserite nei contratti standard e sulla sola necessità, da parte degli stessi organi, di un mero accertamento che il terzo contraente le abbia approvate specificamente per iscritto, a pena di nullità del contratto.

I rilievi sollevati pongono l'accento sul fatto che la disciplina meramente procedimentale – introdotta dalla normativa civilistica con il precipuo fine di tutelare gli interessi del contraente debole – risulterebbe, invero, da una lettura più attenta del contenuto negoziale agevolativa della posizione del contraente forte, il quale impone al c.d. «*aderente*» clausole che lo stesso non è nelle condizioni di valutare ed i cui effetti non possono essere mitigati neppure ipotizzando il ricorso al principio della «*buona fede*» (art.1375 c.c.) allo scopo di effettuare un controllo sostanziale della portata delle clausole vessatorie.

Così, N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle «clausole abusive» e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1993, I, 545; F. MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, *ibidem*, 1994, I, 125.

L'evidenziata lacunosità della norma codicistica giustificata, peraltro, dall'opportunità di non disciplinare in precisi schemi l'attività bancaria, ha comportato una situazione in cui l'effettiva regolamentazione risultava demandata a fonti ritenute più flessibili e capaci di cogliere l'evoluzione delle tecniche operative, quali appunto gli usi normativi o negoziali e la disciplina contrattuale¹⁰⁰. Un siffatto complesso di disposizioni, consentiva, inoltre, al sistema bancario di imporre le proprie condizioni (ai fini del raggiungimento di un maggiore vantaggio economico) con la conseguenza che la loro applicazione risultava, di fatto, caratterizzata da un'eccessiva onerosità e da una inevitabile situazione di debolezza, con riguardo alla posizione contrattuale dei clienti¹⁰¹.

Si veniva, in tal modo, a consolidarsi quell'assetto oligopolistico del sistema creditizio, reso possibile proprio in difetto di una disciplina sulla concorrenza e sulla tutela del consumatore, tant'è che la stessa giurisprudenza, più volte, aveva riconosciuto la validità della NBU (nonostante le vistose deroghe al diritto comune che esse contenevano) sul presupposto, ormai largamente condiviso, della necessità di tutelare l'impresa bancaria, la quale, per le sue attività particolari, necessitava di più intense forme di protezione, rispetto a quelle previste dal diritto comune, con il precipuo scopo di evitare che tale struttura potesse essere travolta da irreversibili crisi gestionali, compromettendone l'equilibrio del mercato.

¹⁰⁰ Il riferimento è alle c.c.d.d. Norme Bancarie Uniformi, predisposte dall'ABI, costantemente applicate da tutte le banche associate, nei rapporti con la propria clientela.

Circa poi la natura giuridica delle norme bancarie uniformi, è dato rilevare l'assenza di ogni potere di normazione, sia primaria che secondaria, dell'ABI nei confronti della clientela. Pertanto, tali norme rappresentano il frutto di una concertazione tra la suddetta struttura tecnica specializzata e le più importanti enti creditizi aderenti, fino a realizzare un vero e proprio accordo interbancario, rispetto al quale l'ABI funge da promotore e collettore delle singole adesioni.

Tale prassi consente, pertanto, di lasciare inalterata l'autonomia contrattuale delle banche, per cui, né il processo di formazione (*id est*, predeterminazione delle condizioni generali di contratto, nonché stipulazione degli accordi con le altre imprese bancarie per l'adozione di una regolamentazione contrattuale uniforme) né le caratteristiche attraverso le quali si viene a determinazione della norma, sottraggono le norme bancarie uniformi dalla qualificazione di legittima espressione dell'autonomia contrattuale delle banche.

¹⁰¹ A partire dal dopoguerra – al fine di integrare le norme codicistiche – l'ABI, associazione di categoria delle banche, ha svolto un (non disinteressato) ruolo di supplenza/integrazione del legislatore e ha emanato le Norme Bancarie Uniformi, che già nel nome sembrano avere una cogenza normativa e che, invece, rappresentano condizioni generali di contratto redatte per ciascuna fattispecie contrattuale. Le NBU, peraltro, non si sono limitate a colmare i vuoti legislativi, ma, come si è già detto, sono intervenute, anche in sostituzione della normativa codicistica, con clausole volte a tutelare esclusivamente le banche, spesso vessatorie per i clienti e talvolta di dubbia validità.

Siffatta situazione di privilegio, di cui godeva il sistema bancario, cominciò ad essere oggetto di numerose critiche, non solo da parte della dottrina, ma, benché tarda, anche da una certa maturazione della sensibilità sociale (attraverso istanze provenienti da associazioni di consumatori) ritenendosi infondata una posizione di tal genere, peraltro, avallata per molti anni, dalla giurisprudenza.

Lo stesso diritto comunitario, inoltre, si muoveva in direzione diversa, nell'esigenza di applicare regole di mercato che, in un contesto concorrenziale, fossero in grado di disciplinare tutte le attività economiche, con la conseguente eliminazione di ogni meccanismo di protezione esterna, di cui usufruiva l'impresa creditizia.

Così, a cominciare dall'approvazione del T.U. bancario del 1993 ad oggi, fino al recente "pacchetto Bersani", si sono susseguiti molteplici interventi, anche legislativi, che hanno integrato la norma codicistica dei contratti bancari e finanziari oltre ad aver contestualmente disciplinato il credito al consumo, attraverso gli obblighi di forma, pubblicità e contenuto definiti collettivamente come obblighi di trasparenza, a tutela del consumatore¹⁰².

In particolare, il recepimento della MiFID, ha introdotto un principio generale in materia di legami giuridici con la clientela, imponendo l'obbligatorietà della forma scritta, relativamente ai contratti con i quali le banche (ma anche SIM, Sgr, e gli altri intermediari autorizzati) regolano lo svolgimento dell'attività d'investimento, svolta per conto dei soggetti privati.

¹⁰² Le accennate circostanze hanno, pertanto, provocato un inevitabile processo di revisione, che ha radicalmente modificato il quadro legislativo, concernente l'attività bancaria. Tali aspetti possono rinvenirsi, infatti, nelle norme a tutela della concorrenza, la cui emanazione ha drasticamente ridimensionato la concreta disciplina dei contratti bancari, sul presupposto che le predette NBU, emanate dall'ABI nei confronti delle banche associate, contenevano alcune clausole, la cui disciplina sulle condizioni economiche con i clienti, era da considerarsi illegittima, in quanto la clientela veniva particolarmente penalizzata.

Si veda, a tal riguardo, *Banca d'Italia*, provvedimento del 3/12/1994, n.12, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1995, II, 393, con nota di N. Salanitro.

Inoltre, ad apportare un concreto riequilibrio delle condizioni contrattuali tra banca e cliente, hanno contribuito tre importanti interventi del legislatore, allorché hanno inteso introdurre, nel nostro ordinamento, una effettiva protezione della clientela, nei rapporti contrattuali con le banche, si pensi alla Legge n.154/92, che ha predisposto una disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, nonché la Legge n.142/92, in attuazione della direttiva del 22/12/1986, n.87/102 Cee, sul credito al consumo. Infine, la Legge n.52/1996, nell'introdurre nel codice civile i nuovi artt.1469-bis e ss., ha reso operativa la direttiva 93/13/Cee, in merito alle clausole abusive, nei contratti stipulati con i consumatori, in tal modo apportando modifiche profonde alla disciplina generale sui contratti.

Altrettanto importante è apparso, in tale contesto, la funzione della giurisprudenza che ha fortemente puntualizzato, con diverse statuizioni, il ruolo delle citate norme nell'ambito bancario, basti pensare alla modifica della linea interpretativa circa la disciplina sull'anatocismo, con la conseguenza di ritenere illegittimo il computo degli interessi sugli interessi, previsto dalle condizioni generali bancarie, stabilendo l'inesistenza dell'uso normativo, quale presupposto necessario, per siffatto scopo, secondo quanto previsto dall'art.1284 c.c.

In tal modo, il nuovo quadro normativo sugli strumenti contrattuali, utilizzati per l'esercizio dell'attività bancaria, prefigura un rinnovato assetto dei rapporti tra banca e cliente, coerentemente ad una concezione imprenditoriale dell'intermediario, laddove gli elementi necessari per garantire la stabilità e la competitività del mercato, devono poter essere identificati nella trasparenza e nell'equità delle clausole contrattuali. Non solo, ma a questo va aggiunto anche l'ulteriore obiettivo, posto in sede comunitaria, di un notevole impulso del mercato integrato per i servizi d'investimento, attraverso una gestione uniforme degli schemi contrattuali che consentano all'impresa d'investimento comunitaria la possibilità di esercitare automaticamente la propria attività nell'intero Spazio economico europeo.

Come si è accennato, le norme sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari, introdotte con legge n.154/1992, pressoché integralmente riportate nel T.U.b., dettano un grado di trasparenza più intenso, rispetto a quello disposto dal diritto comune, per i contratti intercorrenti tra le imprese e gli acquirenti dei relativi prodotti. Alla particolare disciplina, prevista per le banche dal Titolo VI del T.U. del 1993¹⁰³, rubricante «*Trasparenza delle condizioni contrattuali*» si aggiunge, infatti, quella del capo XIV-bis, del Codice Civile, dovuta per effetto della legge n.59/1996, la cui introduzione ha comportato problemi di coordinamento con la

¹⁰³ Le norme in materia di trasparenza, di cui agli artt.115 e ss. del T.U.b., prevedono che le informazioni necessarie a capire i servizi e i prodotti finanziari offerti e le relative condizioni contrattuali devono essere fornite dalla banca o dall'intermediario finanziario prima della conclusione del contratto. Queste informazioni vengono date attraverso una serie di strumenti tra cui l'avviso, il foglio informativo (contenente i principali diritti) la copia completa del contratto idoneo per la stipula e un documento di sintesi.

Le norme, inoltre, stabiliscono standard minimi d'informazione e chiarezza che gli intermediari devono rispettare nelle relazioni con i clienti. In particolare, sono imposti obblighi di pubblicità delle condizioni praticate, di forma e contenuto minimo dei contratti, sono disciplinate le modifiche unilaterali, le comunicazioni periodiche, la decorrenza delle valute e il calcolo degli interessi sugli interessi (c.d. *anatocismo*).

legge speciale, in merito ai contratti conclusi con gli utilizzatori dei servizi bancari e finanziari.

In effetti, è stato da più parti sottolineato¹⁰⁴ come il mancato coordinamento tra la legge quadro del settore creditizio e le nuove norme (art.1469-*bis* e ss.) inserite nel Codice Civile, abbia provocato la parziale sovrapposizione dei due articolati, con le conseguenti difficoltà interpretative, nel momento in cui si è tentato di risolvere le diverse antinomie, dovute alla *specialità* del T.U. (che si contrappone alla *lex generalis*) soprattutto con riguardo all'art.1469-*bis*, commi 4 e 5, c.c., in ragione delle deroghe *ivi* contenute.

Non può negarsi, nonostante la difficoltà di individuare con certezza l'ambito applicativo della richiamata disciplina, la considerazione secondo cui l'introduzione di queste nuove norme ha indubbiamente inciso sullo svolgimento dell'attività bancaria e sui modelli contrattuali fino ad allora utilizzati.

Sul piano formale, si richiede, infatti, l'obbligo della pubblicità dei prezzi e delle condizioni, quello della forma scritta (a pena di nullità relativa) della determinazione specifica, nel contratto, del tasso di interesse, nonché l'obbligo di rendiconto periodico ed ogni altra formalità, diretta a consentire una maggiore chiarezza e certezza nei rapporti tra le banche e la clientela. Mentre ancor più rilevanti appaiono gli interventi sul piano sostanziale, nel momento in cui viene disposta la nullità della clausola di rinvio agli usi di piazza, nella determinazione del tasso di interesse, la nullità di quella concernente la fideiussione *omnibus*, e della disciplina delle valute, sui versamenti della clientela¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Su questi problemi, si veda, in particolare, R.COSTI, *op.cit.*, 664 e ss; M. RISPOLI FARINA, *Clausole vessatorie e i contratti con i consumatori di servizi bancari e finanziari*, in *Riv.dir.imp.*, 1999, 329 e ss.; P.SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, I, 1997, 354 e ss..

¹⁰⁵ Sembra opportuno sottolineare come tutte le nullità previste dalla disciplina sulla trasparenza e sul credito al consumo, possano essere fatte valere esclusivamente dal cliente, secondo quanto previsto dall'art.127, co. 2, T.U.b., tenuto conto che, in tali casi, si configura una *nullità relativa*, fondata sul fatto che tale rimedio è stato posto a tutela della parte debole del contratto.

Inoltre, si attribuiscono alle autorità creditizie ed, in particolare, al CICR, in virtù dell'art.117 T.U.b., importanti compiti, tra cui, quello di dettare le disposizioni che stabiliscono i criteri uniformi, per l'indicazione dei tassi di interesse e per il calcolo degli stessi, mentre la Banca d'Italia può prescrivere, per determinati contratti, un contenuto tipico e ben determinato, a' sensi dell'art.117, co.8, T.U.b., che dovrà essere obbligatoriamente osservato dall'impresa bancaria, dato che la difformità del contratto, dallo schema predisposto, ne comporterà la nullità.

Va tuttavia osservato che nonostante le disposizioni normative, dettate a tutela del cliente, siano state attuate con molta lentezza e con notevole resistenza da parte del sistema bancario, l'applicazione delle stesse hanno fornito, nella sostanza, solo una tutela parziale al contraente debole.

La veridicità di siffatto appunto parrebbe trovare una sua ragione logica partendo da alcune considerazioni di ordine pratico. Anzitutto si guardi al tenore letterale dell'art.117, co.8, T.U.b., laddove si dispone che la Banca d'Italia possa prescrivere, in relazione a certi contratti, un contenuto determinato, autoritativamente imposto al cliente. Cosicché, l'attribuzione di un potere regolamentare integrativo rispetto a materie che forse avrebbero meritato l'attenzione del legislatore, lascerebbero, in qualche modo perplessi circa la completa applicazione delle norme a tutela del contraente.

Analoga considerazione può essere fatta, altresì, in riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie presenti nei contratti stipulati dal cliente con le banche. Anticipando quando sarà detto in seguito a proposito della salvaguardia offerta dagli artt. 1341 e 1342 del c.c., è dato rilevare, ai fini che qui interessano, l'inadeguatezza dello strumento tutorio in oggetto proprio in ragione del fatto che il contraente debole, al momento della sottoscrizione del contratto, non può contare su alcuna tutela di fronte a clausole che, seppur conosciute, non è in condizione di negoziare e alle quali deve soggiacere. Va ricordato, inoltre, che l'art. 117, co. 5, T.U.b., nonostante aggiunga all'elenco tassativo dell'art. 1341 c.c. un'ulteriore clausola vessatoria (ossia quella che consente alla banca di variare, in senso più sfavorevole al cliente, i tassi e ogni altro prezzo o condizione) dichiarandone, poi, l'inefficacia – ove non specificatamente approvata per iscritto e ove la variazione sia effettuata senza giustificato motivo (art.118 T.U.b.) – tuttavia, siffatta disposizione, non appare sufficiente per risolvere il problema in termini positivi per il cliente.

Dalla sintetica illustrazione dei più salienti dati normativi, prima evidenziati, appare chiaro che la disciplina sulla trasparenza delle operazioni contrattuali abbia mirato soprattutto ad un modello di tutela in favore di un contraente, ritenuto più debole, di fronte alla posizione dominante dell'impresa bancaria, finalizzato a mettere il consumatore nella condizione di conoscere compiutamente i diritti e gli obblighi che gli derivano innanzitutto dalla fruizione di

servizi bancari tradizionali, attuati mediante la sottoscrizione di contratti di conto corrente, di deposito e di finanziamento.

Del resto, la maggiore conoscenza del contenuto negoziale consente di attenuare il *gap* informativo tra intermediario e cliente e di agevolare la comparazione tra prodotti e, non ultimo, di facilitare scelte consapevoli da parte della clientela. Ciò, risulterebbe confermato dal fatto che la predetta normativa prevede non solo una serie di incisivi controlli pubblici sull'attività e sui relativi strumenti, posti in essere dai soggetti in questione, ma anche significative possibilità di *autotutela* del contraente debole che, indipendentemente dalle sanzioni irrogabili delle Autorità creditizie, nei confronti di quelle banche – le quali non si sono adeguate nella stipula dei contratti alle disposizioni normative ed amministrative – ha la possibilità di reagire in forma autonoma attivando particolari rimedi giuridici, tesi a provocare la nullità del contratto.

Ad analoghe conclusioni si giunge, poi, anche con riferimento al problema delle clausole vessatorie (questione questa particolarmente sentita nell'ambito bancario) posto come le operazioni effettuate con le banche derivano da contratti per lo più redatti in base a condizioni generali, previste nelle norme bancarie uniformi e trasfuse in formulari standardizzati.

L'esigenza di proteggere il contraente che, privato di ogni potere di negoziazione, non può far altro che aderire a tali formulari, è divenuta prioritaria, tant'è che a tutela del consumatore il legislatore ha dedicato una serie di disposizioni, dapprima, come si è già detto, inserite all'artt. 1469-*bis* sino al 1469-*sexies* del c.c. e successivamente riportate negli articoli 33, 34 (dal cui combinato disposto si ricava la definizione di *clausola vessatoria* nel contratto di credito al consumo) 35, 36 e 37 del Codice del Consumo del 2005¹⁰⁶, con la precipua finalità di eliminare l'imposizione di clausole che possono risultare vessatorie.

¹⁰⁶ La prima definizione generale di clausola vessatoria è offerta dall'art. 33 Codice consumo che recita: “*Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”.

Secondo l'*intentio* del legislatore, la natura vessatoria della clausola è data, in primo luogo, dal livello di squilibrio, che può essere significativo anche dal punto di vista economico e non solo giuridico, nonostante se ne accerti la buona fede del contraente forte¹⁰⁷.

Tuttavia, il richiamo alla "*buona fede*", identificabile nel generale dovere di solidarietà (per cui ciascuna parte deve tenere comportamenti tali da salvaguardare gli interessi dell'altra parte), non sembra di per sé chiarire quando la violazione della buona fede oggettiva debba o meno essere esclusa da quella soggettiva dell'intermediario¹⁰⁸. Ed inoltre, volendo seguire quest'ordine di idee, la stessa locuzione "*significativo squilibrio*", riferibile ai diritti e agli obblighi delle parti, solleverebbe qualche dubbio interpretativo, sul presupposto che una siffatta evenienza non appare chiaramente imputabile sotto il profilo economico, o, *a contrario*, riguardare solo l'allocazione di rischi e responsabilità a vantaggio/svantaggio di ciascun contraente.

Qualora, poi, si volesse propendere per questa seconda ipotesi, risulterebbe ancora più difficile stabilire l'entità della deroga rispetto alla normale disciplina contrattuale, in special modo nei contratti atipici, per i quali la legge non determina i diritti e gli obblighi di ciascuna parte contraente¹⁰⁹.

L'art.34 del Codice di consumo nel riconoscere che «*la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene e del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende*» viene a completare la definizione

¹⁰⁷ Come si evince nella relazione illustrativa, la clausola di buona fede è stata inserita al fine di tutelare maggiormente il consumatore che può ottenere la dichiarazione di vessatorietà della clausola, allorché l'altro contraente possa provare la propria buona fede.

¹⁰⁸ Così, P.L.FAUSTI, "*Il Codice del Consumo. Il ruolo ambiguo della trattativa e l'importanza della trasparenza*", in *Notariato* 2007, 59 e ss..

¹⁰⁹ Sul punto si è espresso compiutamente, G. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, di Roppo (a cura), Milano 2006, IV, 554 e ss., il quale è dell'opinione di valutare complessivamente tutte le clausole del contratto, in una logica di buona fede oggettiva e, conseguentemente dare, in questo senso, rilievo anche allo squilibrio economico delle prestazioni, sul presupposto che il riconoscimento di diritti e l'imposizione di obblighi ha un costo o può avere un prezzo, e dunque lo squilibrio delle posizioni normative può determinare anche uno squilibrio economico.

offerta dalla norma precedente, ponendo però ulteriori questioni interpretative, sui quali, per la verità, il legislatore lascia ampi margini di autonomia decisionale.

Pertanto, posto l'inciso che una clausola, inserita in un contratto (che abbia per oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato) non può essere considerata vessatoria ove preveda – a favore dell'erogatore del servizio – il diritto di recesso, *id est*, la possibilità di modificare le condizioni contrattuali, in presenza di un *giustificato motivo*, una siffatta angolazione della norma pone l'interprete di fronte ad una prima valutazione in merito alla necessità di verificare le condizioni (peraltro ricavabili dal tenore letterale di entrambi gli artt. 33 e 34) in base alle quali il contratto è stato concluso, così da poter stabilire la sussistenza di una eventuale posizione di forza economica o di monopolio dell'erogatore, rispetto all'esercizio autonomo di contrattazione, da parte del consumatore.

Un orientamento, in questo senso, è dato dallo stesso legislatore, il quale, nel prevedere al co.2 dell'articolo in oggetto che «*la valutazione del carattere vessatorio non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*» afferma il principio secondo cui il contenuto della clausola deve poter garantire una paritetica distribuzione delle posizioni giuridiche dei contraenti. Dunque, è di tutta evidenza come siffatta previsione tenda a tutelare la libera iniziativa economica dei soggetti, lasciando che questi possano autonomamente determinare il contenuto del contratto, ai fini dell'equilibrio economico dello stesso¹¹⁰.

Sarà sufficiente, pertanto, escludere l'ipotesi di trattativa tutte le volte in cui al consumatore sia preclusa la possibilità di influire o negoziare la singola clausola, come nel caso dei contratti unilateralmente predisposti, ovvero in quelli per adesione.

A questo proposito, la stessa giurisprudenza¹¹¹ si è espressa dichiarando che si verifica una trattativa individuale tutte le volte in cui, ancorché non si sia modificata la clausola, di fatto il contraente debole l'abbia condivisa e non l'abbia passivamente subita.

¹¹⁰ Il richiamo è indubbiamente al contenuto della norma dell'art.1322 del c.c..

La disciplina delle clausole vessatorie merita un'ulteriore considerazione finale, richiamando i problemi di coordinamento a cui facevamo cenno prima.

Da un esame più dettagliato della normativa italiana sembra, tuttavia, che le regole poste nell'art.1341 c.c. «*condizioni generali di contratto*» e nell'art.1370 c.c. «*interpretazione contro l'autore della clausola*» non si discostino molto dalle indicazioni fornite dalla dir. 93/13/Cee¹¹², avente ad oggetto le «*clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*», poi trasfuse, con riguardo al settore bancario, dalle già ricordate leggi n.154/92¹¹³ e n.142/92¹¹⁴. Tant'è che «*l'effettiva possibilità di conoscenza*» delle condizioni di contratto equivale indubbiamente alla loro «*conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza*», imposta dalla normativa comunitaria, così come la «*chiarezza e la comprensibilità delle clausole*», che, in

¹¹¹ Cfr., sentenza della *Cassazione* n. 3373 del 15 giugno 1979, pubblicata in *Giur. it.* 1980, I, c. 241.

Anche la dottrina ha posto l'accento sulla necessità della trattativa privata, così come si evince, peraltro, dall'art. 34, co.4, del Codice del consumo. Alcuni autori, tra cui, E. MARMOCCHI, «*Atto pubblico tra clausole vessatorie e clausole abusive*», in *Riv. Not.* 1997, II, 63 e ss., hanno, però, sollevato la questione se un atto pubblico (ad esempio un'apertura di credito ipotecaria) possa contenere clausole vessatorie, in quanto redatto unilateralmente. La risposta a siffatto quesito viene data dalla stessa Suprema Corte, la quale sebbene abbia ritenuto che un atto pubblico non possa considerarsi predisposto unilateralmente, di fatto non sempre la presenza di un atto pubblico presuppone una trattativa su ciascuna singola clausola, così che sovente si assiste a casi in cui il contenuto di atti pubblici è stato imposto dalle banche, con la conseguenza che anche in esso possono essere ravvisate clausole vessatorie.

Si veda, per quest'ultimo aspetto, *Cassazione* del 21 gennaio 2000, n. 675, pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, I, 383 e ss..

¹¹² Contenuto della dir. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, sono le condizioni generali inseriti nei contratti di adesione, purché trattasi di clausole contrattuali che non sono oggetto di negoziato individuale e che siano inserite in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore. Per negoziato individuale si intende quella situazione giuridica in cui la clausola va considerata «*standardizzata*», cioè redatta preventivamente nell'ambito di un contratto per adesione, nel quale il consumatore non può esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.

Circa poi l'incidenza della direttiva, sulle condizioni generali di contratto e sulle clausole abusive, occorre che, nel primo caso, tali condizioni siano redatte per iscritto in forma chiara e comprensibile e che, in caso di dubbio, debba prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore. Quanto alle clausole abusive è previsto che esse non vincolino il consumatore e che la loro invalidità (o *inefficacia*) non incida sulla validità (o *efficacia*) del contratto, il quale resta vincolante per le parti «*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*».

¹¹³ Va osservato come nell'ambito della legge sulla trasparenza (Legge n.154/92) vige il principio dello *ius variandi*, per cui si dà facoltà alla banca di utilizzare siffatta clausola vessatoria per variare, in senso sfavorevole, il tasso d'interesse ed ogni altro prezzo e condizione. La clausola dev'essere approvata dal cliente e comunicata allo stesso entro 15 giorni con diritto di recesso, art. 118 T.U.b.

¹¹⁴ Le leggi comunitarie sul credito al consumo (direttive n.87/102/Cee e n.90/88/Cee recepite nel nostro ordinamento attraverso la legge n.142/92 sul credito al consumo) prevedono anch'esse l'applicazione di clausole vessatorie (es. variazioni del Taeg, variazioni del tasso d'interesse annuo, nell'ipotesi dell'apertura di credito in c/c) e – a pena di inefficacia – l'onere di comunicare al consumatore la variazione sfavorevole. A quest'ultimo, inoltre, è dato un analogo potere di recesso, mantenendo l'applicazione delle condizioni precedenti, in sede di liquidazione del rapporto.

caso di dubbio, vanno interpretate a favore del consumatore rispondono, quasi alla lettera, al contenuto della norma, di cui all'art.1370 c.c.

Così, ci si chiede se, alla luce del carattere abusivo della clausola – indicato dalla direttiva *de qua* all'art.4, n.1 – debbano essere considerate abusive quelle clausole indicate come vessatorie all'art.1341, co.2, c.c., tenuto conto come l'undicesimo *considerando* della normativa attribuisce carattere abusivo ad una clausola solo quando questa determina a danno dell'aderente «*un significativo squilibrio nel rapporto contrattuale*».

Tuttavia, prescindendo dalla natura abusiva della/e clausole, occorre stabilire se risulti opportuno mantenere, nei confronti del consumatore, la clausola vessatoria nei contratti per adesione, purché approvata *per iscritto* dall'aderente. E' chiaro che dovendo applicare la norma contenuta nella direttiva, la clausola c.d. «*abusiva*» dev'essere esclusa dal contratto, in quanto invalida e tale elemento può essere fatto valere o in via successiva – applicando una disciplina analoga a quella della *nullità parziale*, art. 1419 c.c. – ovvero, in via preventiva, amministrativa e/o giudiziaria, anche su iniziativa delle associazioni di consumatori, nonché mediante predisposizione delle NUB, da parte dell'ABI, per la tutela dei cc.dd. *interessi diffusi*.

10. Il problema dell'anatocismo nei rapporti contrattuali con la banca.

Tra gli aspetti che, a parere di molti, sottolineavano in passato uno squilibrio contrattuale tra le parti, è stato annoverato quello concernente le modalità di applicazione degli interessi anatocistici ai rapporti bancari, in considerazione del fatto che, nel nostro ordinamento, la produzione degli interessi su altri interessi già maturati, è stata posta, sia pure in termini di divieto, nell'ambito della disciplina civilistica, *ex art. 1283 cod. civ.*, la quale consente siffatta operazione esclusivamente in presenza di una domanda giudiziale, ovvero, della stipula di una convenzione posteriore alla scadenza degli interessi, purché dovuti per almeno sei mesi (interessi scaduti).

Dal che, le banche hanno sempre ritenuto che esistesse un uso normativo in tal senso, anche sulla scorta di un uniforme e costante orientamento della dottrina e della giurisprudenza, le quali nell'interpretare l'inciso sono salvi «*gli usi contrari*» ammettevano l'anatocismo, in

virtù di una consolidata prassi bancaria di capitalizzare gli interessi maturati, poi addebitati trimestralmente al cliente.

Un vero e proprio processo di revisione interpretativa delle norme riguardanti la fattispecie dell'anatocismo lo si registra a seguito di due ben note sentenze adottate dalla Cassazione¹¹⁵, che hanno riconosciuto ai clienti delle banche (i quali avessero subito la clausola contrattuale descritta) di pretendere la restituzione degli interessi versati indebitamente agli istituti creditori durante la vigenza del rapporto contrattuale, nonché di quella più recente del 2004¹¹⁶ laddove il Supremo Collegio statuisce che «*le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal correntista devono considerarsi nulle anche se contratte prima delle pronunce della giurisprudenza del 1999*».

Questa nuova rivalutazione dell'istituto *de quo*, ad opera della prima sentenza va attenzionata soprattutto per aver messo in evidenza come gli usi richiamati dalla norma, risulterebbero, piuttosto, carenti dell'elemento essenziale dell'*opinio iuris ac necessitatis*, che è proprio dell'uso normativo (*ex art. 8 disp. prel. del codice civile*) sul presupposto che la consuetudine della capitalizzazione degli interessi maturati sarebbe frutto di un'imposizione delle banche, o se si vuole di un uso negoziale – le quali inseriscono la suddetta clausola nei contratti per adesione, come presupposto per accedere ai servizi creditizi – e, dunque, da reputarsi *nulla*, e non

¹¹⁵ Cfr., Sentenze n. 2374 del 16/3/99, in *Il Foro it.*, 1999, 1161 e n. 3096 del 30/3/99, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1999, II, 389, le quali invertendo il precedente orientamento hanno stabilito essere illegittima la pratica dell'anatocismo. Nel dispositivo delle sentenze si rileva, tra l'altro, che essa non solo è frutto di un accordo di cartello ma è anche contraria al principio della trasparenza delle clausole contrattuali e confligge con la legge sull'usura. Tale ultimo orientamento è stato ulteriormente confermato dalla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 novembre 1999 n. 12507.

Per avere un quadro il più possibile completo di come la giurisprudenza in questi ultimissimi anni si è mossa di fronte al tema delle clausole, contenenti interessi anatocistici su base trimestrale, si precisa che l'orientamento della Cassazione non è ancora costantemente seguito dai giudici di merito.

In senso contrario si sono espressi: Trib. Roma 9 maggio 2001; Trib. Vercelli 9 febbraio 2001, Trib. Firenze 8 gennaio 2001 e Trib. Bari 28 febbraio 2001 e Trib. Firenze 18 gennaio 2001.

Favorevoli alla Cassazione sono: App. Milano, 6 marzo 2002; App. Lecce, 22 ottobre 2001; App. Roma, 16 gennaio 2001; Trib. Monza, 7 aprile 2003; Trib. Torino, 10 febbraio 2003; Trib. Torino, 7 gennaio 2003; Trib. Roma, 24 marzo 2003; Trib. Torino, 17 dicembre 2002; Trib. Napoli, 23 ottobre 2002; Trib. Lecco, 9 settembre 2002; Trib. Palermo, 6 settembre 2002; Trib. Brindisi, 13 maggio 2002; Trib. Padova, 14 novembre 2001; Trib. Milano, 17 settembre 2001; Trib. Milano, 31 luglio 2001; Trib. Terni, 16 gennaio 2001. In ultimo, si vedano anche le recenti decisioni del Trib. Trani del 30 dicembre 2004 e del Trib. S. Maria Capua Vetere, con data 7 gennaio 2005.

¹¹⁶ Sentenza n. 21095 del 4/11/2004 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale, in sostanza, si afferma l'illegittimità, anche per il passato, degli addebiti bancari per anatocismo.

Vale la pena sottolineare, a tal proposito, che a seguito di siffatta pronuncia sono stati instaurati un numero considerevole di giudizi restitutori, in cui si richiedeva (da parte dell'attore) di condannare l'istituto di credito alla restituzione di quanto indebitamente percepito, a causa della capitalizzazione trimestrale degli interessi.

di un comportamento, ritenuto giuridicamente obbligatorio, nei confronti della clientela. Tuttavia, le prime due pronunce in questione hanno suscitato alcune perplessità, sulla scorta di argomentazioni anche di ordine generale, portando parte della letteratura in argomento¹¹⁷ a ritenere, nella sostanza, come la Cassazione non abbia affrontato con la dovuta considerazione il divieto imposto dal legislatore del 1942, nel momento in cui, pur disconoscendo il computo degli interessi anatocistici, ne ammette la deroga in forza di usi contrari.

Una siffatta preoccupazione, che convince circa l'inidoneità di detta pratica ad integrare le condizioni poste dall'art.1283 c.c. (ai fini dell'eccezione posta dalla disciplina codicistica) ha indotto il legislatore ad intervenire, dettando una specifica regolamentazione. Così, l'*intentio* di accogliere non solo le generali istanze sulla trasparenza, ma anche di rispondere all'esigenza di riequilibrare i rapporti contrattuali tra banca e cliente, è stato reso possibile utilizzando la delega attribuita al Governo per l'aggiornamento del T.U.b.¹¹⁸, mediante l'integrazione (con l'introduzione di due nuovi commi) del relativo art.120, ove si prevede la validità delle clausole, sugli interessi anatocistici, contenute nei contratti bancari in corso, allorché ne sia stato adeguato il contenuto alle modalità debitamente stabilite dal CICR.

In altri termini dalla norma in questione, nella quale si prevede la possibilità di stabilire – tramite un'apposita delibera del CICR – le modalità ed i criteri di produzione degli interessi sugli interessi maturati nell'esercizio dell'attività bancaria (purché sia rispettata la stessa periodicità e nel conteggio sui saldi passivi e su quelli attivi) si ricava l'orientamento del legislatore nel ritenere *non illegittimo* il comportamento delle banche, qualora queste abbiano provveduto a liquidare periodicamente non solo gli interessi maturati a loro favore, ma anche quelli a credito del correntista. Pertanto, è sufficiente il riconoscimento di questa reciprocità di trattamento – e quindi la contabilizzazione sul conto corrente di eventuali interessi a credito

¹¹⁷ Su posizioni critiche si pongono, A. CABRAS, *Conto corrente bancario ed anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Dir. banca*, 1999, I, 272; M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1999, II, 650 e ss.; G. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova giurisprudenza in materia di anatocismo: riflessioni critiche sul revirement della Cassazione*, in *Giur. It.*, 1999, 1873 e ss.; A. GINEVRA, *Sul divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1999, 1873 e ss.

¹¹⁸ Si veda, al riguardo, l'art. 25 del d. lgs.342/1999, co.2, che introduce un nuovo comma all'art. 120 del T.U.b.. Cfr., decreto legislativo 4 agosto 1999 n. 342, pubblicato nella G.U. del 4 ottobre 1999 n. 233.

della clientela – per essere in regola con le norme legislative, disciplinanti il complesso fenomeno dell’anatocismo.

Stante l’impostazione della norma, pare non ci siano dubbi nel ritenere, nonostante parere contrario di alcuna parte della dottrina¹¹⁹, che il criterio ordinatore, cui si ispira il T.U.b. nel dettare una regolamentazione specifica in *subiecta materia*, debba essere colto proprio nella direzione di una rinnovata sensibilità sul tema della difesa del contraente debole. L’anatocismo bancario, dunque, prescinderebbe dalla sussistenza di un uso normativo, trovando *ivi* una nuova fonte autonoma di legittimazione, nel rispetto delle regole imposte dalla stessa legge speciale e dalle delibere del CICR, cui rinvia¹²⁰.

Comunque, nonostante lo sforzo normativo, vale la pena di mettere in evidenza, come il predetto orientamento non ha comportato, ancora una volta, una definitiva soluzione delle problematiche che ruotano attorno al tema dell’anatocismo bancario; anzi, il dubbio di una eventuale illegittimità costituzionale, da più parti sollevata - sul fondamento che la questione degli interessi non rientri tra le materie oggetto d’intervento da parte del legislatore delegato – ha spinto la stessa Corte Costituzionale ad accogliere tale l’istanza per violazione dell’art.76 Cost. di una parte della nuova disciplina sull’anatocismo riguardante la sanatoria (per il periodo transitorio) stabilita a favore delle banche.

Infatti, nel decreto n. 342/1999 il legislatore disponeva, con norma transitoria, una vera e propria sanatoria per il pregresso, facendo salve le clausole di capitalizzazione trimestrale contenute nei contratti conclusi prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina¹²¹.

Di conseguenza, non pare azzardato ritenere che in merito a quest’aspetto si debba sottolineare un palese contrasto anche con i principi comunitari in tema di concorrenza, poiché la

¹¹⁹ Sull’eccentricità costitutiva dell’anatocismo bancario, in termini di vero e proprio istituto a sé stante, si esprime A.A. DOLMETTA, *op.cit.*, 95, nonché A.A. DOLMETTA – P. BASSILANA, *Alcune osservazioni sui più recenti «condizionamenti» legislativi delle operazioni bancarie*, in *Banca, impresa, società*, 1994, 73 e ss.

¹²⁰ L’argomento è stato affrontato lucidamente da R. COSTI, *op.cit.*, 683; F. MAZZINI, *Le modifiche apportate al testo unico bancario nel 1999*, in *Dir. banc. Merc. Fin.*, 2000, II, 41; P. de GIOIA CARABELLESE, *L’anatocismo nei rapporti fra banca e cliente: la delibera del CICR*, in *Contratti*, 2000, 441 e ss.; A. ANTONUCCI, *op.cit.*, 299 e ss..

¹²¹ La norma transitoria è stata però dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza del 17 ottobre 2000 n. 425.

previsione di clausole uniformi in fatto di anatocismo, contenuta al co.3 dell'art. 25 del decreto in questione, contrasterebbe con gli art. 85 ed 86 del Trattato istitutivo della CEE¹²².

Parimenti, gli usi – eccezione prevista dall'art. 1283 c.c. per consentire l'anatocismo – non rientrerebbero tra le disposizioni legislative o regolamentari imperative, indicate dalle direttive comunitarie, cosicché le clausole contrattuali che lo prevedono sono, anche sotto questo aspetto, considerate abusive.

Non pare, comunque, che quest'opera di *restyling* abbia del tutto riformulata la disciplina contenuta nell'art.120 T.U.b, né che l'intervento giurisprudenziale abbia apportato sostanziali modifiche alla regolamentazione disposta dal CICR. Tant'è che il sigillo ufficiale al suddetto nuovo corso, in tema di calcolo degli interessi bancari, è stato apposto proprio dalla decisione dell'organo deliberante, emanata il 9 febbraio 2000, la quale ha definitivamente fissato il momento di decorrenza dell'obbligo, a carico delle banche, di riconoscere ai correntisti pari periodicità nella liquidazione degli interessi. Quanto disposto, pertanto, convaliderebbe quel carattere di legittimità della prassi sulla capitalizzazione degli interessi passivi, nei termini in cui il legislatore ha disciplinato il contemperamento delle esigenze, manifestate dalle banche e dalla clientela.

Anche sotto il profilo tecnico, l'intervento del Supremo Collegio, non sembra aver contribuito ad un chiarimento della situazione, sollevando non poche incertezze e confusione in merito, posto come l'accertamento del *petitum* in sede di giudizio (*rectius*, della somma indebitamente percepita a causa della capitalizzazione trimestrale degli interessi) andrebbe incontro ad una serie di censure, che possono essere individuate tanto nell'inosservanza delle norme in materia di onere della prova, quanto nell'ulteriore violazione dell'art. 210 c.p.c.¹²³.

¹²² Per ciò che concerne la compatibilità con le norme incluse nel Trattato CEE è utile andare alla sentenza 507/99 del Tribunale di Monza. Vale la pena ricordare che la Direttiva 93/13/CE del 5 aprile 1993 è una delle norme fondamentali per la difesa del consumatore emanate dal Consiglio europeo, in quanto vieta e rende *inefficaci* le clausole, contenute nei contratti, che non siano soggette a negoziazione individuale, quelle che non siano redatte in modo chiaro e comprensibile dal consumatore e, inoltre, statuisce la prevalenza dell'interpretazione delle clausole contrattuali più favorevole al consumatore.

Per i contrasti con le norme comunitarie, si veda, in dottrina, G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 1995, 459-470. Secondo quest'a., la giurisprudenza comunitaria si è via via affinata, ponendo il divieto per gli Stati membri di poter concedere o imporre, attraverso la legiferazione interna, ciò che le norme sulla concorrenza comunitarie vietano. In altre parole, non è concesso agli Stati compromettere o vanificare gli effetti utili sullo sviluppo della concorrenza assicurati dalla normativa comunitaria; non è concesso loro di legiferare in modo da imporre o agevolare la conclusione d'accordi o intese,

Con riguardo al primo aspetto, l'art. 2697, co.1, del codice civile dispone che: «*Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*». Tale norma, se correlata con quanto disposto dall'art. 61 del c.p.c., imporrebbe in giudizio la presenza «*quando necessario (...) di uno o più consulenti di particolare competenza tecnica*».

E' di tutta evidenza che la possibilità di delega ad una consulenza tecnica d'ufficio, con il precipuo scopo di sopperire alla carenza di elementi probatori, non costituirebbe di per sé un mezzo di prova «*bensì mezzo di valutazione tecnica di fatti già probatoriamente acquisiti*» pertanto, in tutti i casi in cui l'attore delega a siffatta consulenza la "prova" delle domande avanzate nel processo instaurato, le richieste dovrebbero essere rigettate per mancato assolvimento degli oneri probatori (e, quindi, per violazione delle norme sull'onere della prova) in quanto tale organo rappresenta unicamente uno strumento di ausilio per il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze tecniche¹²⁴.

Un secondo possibile vizio processuale è costituito dalla violazione delle disposizioni in tema di ordine di esibizione *ex art. 210 del c.p.c.*, dal momento che la banca deve produrre in giudizio prove documentali a sostegno della domanda dell'attore.

Ora, nella prassi, accade che tale strumento probatorio venga normalmente, ma illegittimamente, richiesto dal correntista (parte attrice) per sopperire alla mancanza di idonea documentazione contabile. Quest'ultima, invero, dovrebbe essere in suo possesso, considerato il fatto che l'ente creditizio provvede – secondo quanto disposto nel contratto di apertura di conto corrente – ad inviare, con cadenza mensile e presso il domicilio eletto dallo stesso soggetto, l'estratto del conto corrente con tutti i movimenti contabili del periodo di riferimento.

concordate tra imprese vietati dall'art.85 e delle pratiche previste dall'art.86. Parimenti è vietato, agli Stati membri, di legiferare in modo da imporre l'osservanza o rafforzare gli effetti di accordi o intese o pratiche previsti e vietati dagli artt. 85 e 86 del Trattato CEE.

¹²³ In base alla sentenza n. 21095 del 4/11/2004, per mezzo della quale il Tribunale adito può condannare l'istituto di credito alla restituzione di quanto indebitamente percepito, a causa della capitalizzazione trimestrale degli interessi, dispone che la somma venga accertata in corso di causa, da parte della Consulenza Tecnica d'Ufficio, previo ordine di esibizione *ex art.210 c.p.c.* di tutti gli estratti di conto corrente relativi al rapporto.

¹²⁴ Su questo specifico argomento, come precisato anche dal TAR Puglia, con sentenza n.1708/02.

Inoltre, cfr., *Cassazione*, sentenze n.6479/02, n.3343/01, n.5422/02 e n.13686/01, nonché, da ultimo, la sentenza del Tribunale di Lamezia Terme del 19/2/2004.

Pertanto, qualora il correntista abbia smarrito gli estratti conto inviati si verrebbe a configurare in capo a questi una presunzione di negligenza, ritenendo, di contro, illegittima la richiesta di esibizione in giudizio dei medesimi¹²⁵, da parte dell'istituto bancario. Infatti, l'ordine di esibizione, *ex art. 210 c.p.c.*, riguarda documenti che sono nell'esclusivo possesso della controparte (o di un terzo) che *de facto* impedirebbe materialmente, alla parte richiedente, di poterli produrre in giudizio¹²⁶.

Ci pare di capire, allora, sulla scorta di quanto finora esaminato che, ferma restando l'illegittimità della prassi bancaria, in merito alla capitalizzazione trimestrale anatocistica degli interessi passivi, si rende auspicabile, anche in considerazione delle varie pronunce giurisprudenziali, che il legislatore nazionale presti, ad ogni buon conto, una maggiore attenzione verso la corretta articolazione del procedimento, posto come allo stesso non può essere disconosciuta la finalità ultima di ottenere dalla banca la restituzione di quanto ingiustamente versato dal correntista.

Ad oggi, gli interventi sui costi dei finanziamenti possono considerarsi conclusi con la già citata sentenza del 4 novembre 2004 n. 21095, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella quale si afferma l'illegittimità, anche per il passato, degli addebiti bancari per anatocismo.

In sostanza, il Supremo Collegio afferma che le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori precedenti al 1999 non sono mai state rispondenti ad uno uso normativo, dal momento che lo stesso, recita testualmente la sentenza, consisterebbe nella *«ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento giuridicamente obbligatorio, in quanto con-*

¹²⁵ L'orientamento giurisprudenziale del Supremo Collegio, in merito all'istituto di cui all'art. 210 c.p.c., è piuttosto chiaro. Infatti nella sentenza n.10043/04 si precisa che *«L'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 c.p.c., provvedimento tipicamente discrezionale del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, deve riguardare documenti che siano specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza e che risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi; non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante»*. Si veda, inoltre, ma in termini più specifici, Cassazione, sentenza n.5908/04.

¹²⁶ Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Ivrea del 7/7/2003, il quale ha affermato testualmente come *«presupposto per l'emanazione dell'ordine di esibizione ex art. 210 cpc è che la parte si trovi nell'impossibilità di produrre essa stessa in giudizio i documenti»*.

forme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico».

Pertanto, l'insussistenza di una “*spontanea accettazione*” da parte del correntista, che contraddistingue, invece, la consuetudine come istituto giuridico, farebbe sì che le clausole d'uso (le quali prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario) non siano basate su un uso normativo, ma su un uso negoziale e, dunque, sono da ritenersi nulle in quanto concluse non tanto e non solo in posizione non paritaria tra banca e cliente, quanto, *a fortiori*, in violazione dell'art. 1283 c.c..

In termini riassuntivi, a noi pare che, tra i sistemi possibili per retribuire le banche, la chiusura trimestrale o annuale (nel caso specifico dell'apertura di credito in conto corrente) con capitalizzazione degli interessi e relativo anatocismo, non costituisca l'unico tra i sistemi possibili, ma, indubbiamente, siamo tutti concordi nel ritenere che esso è, certamente, il più discutibile, soprattutto dal punto di vista della regole di trasparenza, qualora ci si soffermi sul fatto che l'anatocismo è calcolato non solo sulla base degli interessi, ma anche sulla commissione di massimo scoperto, con un effetto moltiplicatore reciproco.

Pertanto, volendo prospettare, *de iure condendo*, una possibile alternativa all'uso finora consolidato nel nostro sistema bancario, l'accostamento alla norma contenuta all'art.1193 c.c., potrebbe, in un certo qual modo, attagliarsi (in un'ottica di affermazione dei principi di una libera concorrenza) all'esigenza di realizzare una migliore regolamentazione dei rapporti tra banca e clienti.

Così, la capitalizzazione degli interessi, mediante clausola – la cui legittimità è stata resa finalmente nulla dalla citata giurisprudenza di Cassazione – potrebbe trovare un miglior referente nel dettato del summenzionato articolo, il quale prevede un sistema trasparente e proporzionale di percezione delle competenze, estendibile anche agli istituti di credito, che risulta basato su un sistema di rimborso delle somme, proporzionale all'ammontare del capitale da essi effettivamente prestato.