

RIVISTA  
TRIMESTRALE  
DI DIRITTO  
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA  
DI  
DOTTRINA  
E  
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE  
SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI  
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK  
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

3 / 2015

ISSN: 2036 - 4873

# RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

---

[WWW.RTDE.LUISS.IT](http://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  
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

## *Direttore Responsabile*

F. Capriglione

## *Comitato di Redazione*

A. Tucci - V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

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.*

## COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

S. Amorosino, E. Bani, P. Benigno, A. Blandini, C. Brescia Morra, E. Cardi, M. Clarich, A. Clarizia, F. Colombini, G. Conte, P.E. Corrias, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Taranto, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, R. Lener, F. Maimeri, A. Mangione, F. Moliterni, G. Niccolini, P. Passalacqua, M. Pellegrini, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, C. Rossano, C. Russo, A. Sciarrone, M. Sepe, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valenzise, A. Zimatore

## REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

## I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

S. Amorosino, E. Cardi, G. Conte, L. Di Brina, L. Di Donna, F. Moliterni,  
M. Pellegrini, M. Sepe, D. Siclari, V. Troiano

## PARTE PRIMA

### ARTICOLI

GUIDO ALPA – *Il mercato come forma giuridica* (The market as a juridical form).....211

PAOLO DE IOANNA – *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione* (Economic categories and juridical borders: a cognitive “medium” hardly combinable).....224

DIEGO ROSSANO – *Diversity e parità di genere: il contributo delle scienze psicologiche nell'analisi della composizione dei boards* (Diversity and equality of genders: the psychological sciences in the analysis of the law of boards' composition).....252

## PARTE SECONDA

### NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

GUIDO ALPA – *Anatocismo, pratiche commerciali e completezza della fattispecie normativa* (nota a Tribunale di Torino, 2 luglio 2015, n. 4789 e a Tribunale di Piacenza, 27 ottobre 2014, n. 757) (Interests' compound, commercial practices and completeness of the legal rule. Note to the Court of Turin, opinion issued on July2, 2015, No. 4789 and to the Court of Piacenza, opinion issued on October 27, 2014, No. 757) .....108

VITTORIO MIRRA – *Il rischio emittente ed i confini degli obblighi informativi dell'intermediario: ancora sul caso Lehman Brothers* (nota a Tribunale di Torino, 10 giugno 2014) (The issuer risk and the boundaries of disclosure requirements of dealer: still on the case of Lehman Brothers. Note to the Court of Turin, opinion issued on June 10, 2014).....158

PARTE PRIMA

ARTICOLI



## IL MERCATO

### COME FORMA GIURIDICA \*

#### *(The market as a juridical form)*

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the subject known as “juridical order of the market”, examined in the past by Natalino Irti, taking into account the current economic conjuncture, during which the market has been observed under a schizophrenic approach. Going beyond the conceptual notion of market, which scholars - since a long time - refer to, this paper underlines that the contemporary theorization of the law as “mimic of the market” is not surprising, since the modern critical analysis considers the law as “an abstraction, synthesis of different realities hiding those intermediate abstractions that we name markets”. Then are briefly illustrated the different criteria and the actual patterns of the juridical and economic analysis on that subject, in order to propose a taxonomy of “players” and “interests”, pointing out that the State, regulating the interests under a public perspective, could also safeguard the private interests. In light of such framework, the Irti’s work has to be appreciated, contrasting certain critic opinions expressed by some scholars, being their arguments are dubious and not persuasive.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. Dalle forme giuridiche del mercato al mercato come forma giuridica. - 3. Attori, interessi, regole. - 4. Sul concetto giuridico di mercato.

1. In occasione della ristampa del libro di Natalino Irti pubblicato per i tipi della casa editrice Laterza su *L’ordine giuridico del mercato*, e considerando il

colto dibattito che si è esteso al suo apparire<sup>1</sup>, attese ancora le tesi dell' A., che sono sempre di grande attualità, val la pena di rivedere quelle pagine e di ritornare sull'argomento, specie in una congiuntura, come quella che stiamo vivendo, in cui al mercato si guarda in modo schizofrenico: con fiducia, perché si spera in una pronta ripresa dello sviluppo economico, e con sospetto, perché dal mercato – in specie dal mercato finanziario – è pervenuta la crisi che ha coinvolto il mondo occidentale come se si fosse celebrata una nuova guerra mondiale, incruenta ma crudelissima, con le sue macerie di carta, le nuove povertà, l'insicurezza del domani. Anche a questo proposito la letteratura è vastissima, e si divide ancora tra liberisti puri, liberisti-regolatori, interventisti-regolatori<sup>2</sup>.

2. Impressionati, forse stregati, dalla teoria della "mano invisibile" di Adamo Smith, gli economisti, e, di conserva, i giuristi, per lungo tempo sono stati portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di auto-poiesi e di ineluttabilità, alla quale si applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica. In modo quasi irriflesso, il comune sentire ha materializzato i mercati, li ha considerati una realtà all'interno della quale si nasce, si vive, si lavora, si gioca, si lotta, si muore, *come se* il mercato fosse una porzione della natura, che avrebbe, senza l'intervento dell'uomo, una sua vita propria, frutto delle forze spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo *equilibri*, talvolta essendo percorse da tempeste e rivoluzioni, comunque evolventisi secondo proprie logiche, o proprie *leggi*, che avrebbero il loro *corso naturale* se non vi fosse l'intervento umano. Il passaggio

---

\* Contributo approvato dai valutatori.

<sup>1</sup>Cfr., AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Editore Laterza, Roma-Bari, 1999. Natalino Irti ha ripreso il discorso nella voce *Diritto della contemporaneità*, in Treccani.it (sito della Enciclopedia giuridica Treccani)

<sup>2</sup>Per tutti, segnatamente, v. i pregevolissimi contributi di CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010; ID., *Mercato, regole e democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2013; CAPRIGLIONE e TROISI,

dalla realtà all'immaginazione, dalla descrizione alla codificazione dei segni, dalle leggi naturali alle leggi umane, è parso un fatto apparentemente neutro, o dichiarato come tale, anche se ideologicamente connotato. Quando l'ideologia è da tutti o dai più condivisa, essa si integra nell'immaginario collettivo, diviene irriflessa, scontata, e quindi del tutto pacifica e *quindi superflua*.

Questa astratta rappresentazione del mercato tendeva a passare sotto silenzio, o comunque a considerare un preconetto, le regole giuridiche che operano all'interno del mercato; tendeva ad ignorare che non vi è mercato senza una aggregazione sociale, finiva per postulare l'autonomia dell'economia quale scienza che studia il mercato in tutte le sue forme e in tutte le sue fasi, dalla politica che detta le regole del vivere sociale e risolve i conflitti di potere, e dal diritto, che codifica con leggi mutevoli, neutre, di mera natura formale, la realtà economica e la realtà politica.

"Libero scambio" e "lasciar fare" sono così divenuti i precetti fondamentali di ogni "economia di mercato", sicché il ruolo del diritto - inteso come il complesso delle regole vigenti in una società in un determinato momento storico - di volta in volta si è rappresentato o come la formalizzazione di regole *altre*, una sorta di diverso linguaggio o differente universo simbolico per rappresentare la medesima realtà, o come l'*impronta* che quelle forme per l'appunto imprimono alla realtà esterna, spontanea, viva, o come la traduzione in termini di *necessità* e di *vincolatività* di regole espresse naturalmente da quella realtà. Nonostante da tempo si siano poste in luce le radici giusnaturalistiche del pensiero di Smith, le sue idee hanno perduto ogni riferimento storico e, adattate, modificate, quando non portate alle estreme conseguenze, hanno superato indomite i secoli ed ancora oggi governano larga parte del pensiero.

Non ci deve stupire perciò la teorizzazione contemporanea del diritto come "mimesi del mercato": secondo Richard Posner, uno dei corifei dell'analisi

economica del diritto, il mercato - cioè le forze dell'economia - costituisce una porzione della realtà immune da regole giuridiche e le regole giuridiche non debbono alterarne il corso, ma adattarvisi senza creare alterazioni e scompensi. Sarebbe inutile allora rammentare che "le linee essenziali dell'analisi di Smith provengono dal pensiero degli Scolastici e dei filosofi del giusnaturalismo, che Smith conobbe non solo attraverso le opere di Grozio e di Pufendorf, ma anche attraverso l'insegnamento del suo maestro Hutcheson"<sup>3</sup>.

Al di là delle origini filosofiche della teoria smithiana del mercato, un'analisi critica moderna ci avverte per contro che "il mercato è un'astrazione, sintesi di realtà diverse che nascondono quelle astrazioni intermedie che chiamiamo appunto *mercati*. Questi non esistono ex nihilo (...), ma la loro stessa esistenza dipende da un certo numero di altre istituzioni: l'istituzione giuridica e la moneta"<sup>4</sup>. Il diritto e la moneta sono le due "istituzioni chiave del mercato"<sup>5</sup>.

Alla ingenua credenza che vede nel mercato (o nel "libero" mercato) l'espressione delle forze naturali immuni da ogni contaminazione giuridica e in ogni intervento normativo la innaturale compressione di quelle forze, si può opporre - in modo altrettanto semplice - correndo anche il rischio della banalità, che in tanto un mercato può esistere in quanto esista uno scambio; e lo scambio, effettuato, come ci insegnano gli antropologi, per ragioni di buon vicinato, per ragioni sacrali, per ragioni matrimoniali o per reciproco arricchimento, per *potlach* o per *donazione* o per *baratto*, in tanto può sussistere in quanto vi sia un affidamento, o un controvalore, o la promessa di un controvalore; è indifferente se le regole siano state *positae* oppure siano insorte spontaneamente; ciò che rileva è che chi agisce, agisce con un fine, e può realizzare quel fine solo se ricambiato; lo "scambio" in senso lato implica comunque una regola giuridica.

La contrapposizione espressa in termini di "diritto e mercato" non ha

---

<sup>3</sup>Cfr. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis of Law*, 1954, trad. it. in ed. ridotta, Milano, 1972, p. 104

<sup>4</sup>Cfr. GUESNERIE, *L'Economie de marché*, 1996, trad. it., Milano, 1998, p.23

<sup>5</sup>Cfr. GUESNERIE, *op. cit.*, p. 24

dunque senso: "il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative"<sup>6</sup>.

Non ci stupisce perciò che questo assunto - del tutto condivisibile - sia stato da alcuni considerato eterodosso e da altri stravagante o del tutto infondato.

Eppure, anche nella nostra cultura giuridica, da tempo si è posto l'accento sui rischi in cui incorre chi si rappresenta la "regola del diritto come un recipiente in cui si riverserebbe poi una massa economica"<sup>7</sup>.

La discussione attuale, dunque, non può che concernere le scelte politiche e le scelte giuridiche inerenti, intrinseche al mercato, senza lasciarsi più affascinare dalla "mano invisibile"; coloro che ancor oggi la considerano in modo sacrale, o fanno professione inconsapevole di ingenuità o sono portatori e propalatori di una falsa coscienza.

Insomma, è metodologicamente corretto opporre "al dualismo di forma e contenuto, di vaso e materia" la "*teoria unitaria e monistica*, onde l'istituto economico è istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme disciplinanti: anzi, è un tutt'uno con queste norme e appieno s'identifica con esse"<sup>8</sup>. Nell'opera di Karl Renner sulla funzione sociale degli istituti giuridici già nel 1929 l'identità tra istituti giuridici e istituti economici era teorizzata in modo sapiente e persuasivo<sup>9</sup>.

3. Sulla base di queste premesse metodologiche, sinteticamente richiamate, dobbiamo verificare quali siano gli indirizzi attuali della riflessione giuridica ed economica in materia, e quali problemi si debbano risolvere oggi. Nell'ampio panorama, si possono (arbitrariamente) isolare gli indirizzi che si

---

<sup>6</sup>Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 12

<sup>7</sup>Cfr. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963, p. 1075 ss.

<sup>8</sup>Cfr. IRTI, *op. cit.*, p. 45.

<sup>9</sup>Cfr. IRTI, *op. loc. cit.*

occupano dei seguenti temi:

- (i) l'allocazione delle risorse, la concorrenza e la redistribuzione del reddito;
- (ii) l'efficienza economica e la libertà;
- (iii) l'intervento dello Stato e la "rivincita del mercato";
- (iv) la globalizzazione dei mercati;
- (v) la nuova costituzione economica;
- (vi) la costruzione del mercato europeo.

La scomposizione di questi profili è puramente didascalica, perché essi si intrecciano vicendevolmente, e la loro trattazione analitica (se mai se ne avessero le forze, oltre che la competenza) porterebbe molto lontano. Una linea del percorso descrittivo potrebbe tuttavia svolgersi attorno ad alcuni nuclei di riflessione, a tre interrogativi di base:

- (a) chi sono gli attori del mercato?
- (b) quali interessi operano e sono tutelati (o si autotutelano) nel mercato?
- (c) chi fissa le regole del mercato?

La scomposizione di "attori" e di "interessi" è necessaria, perché non vi è sempre coincidenza tra i primi e i secondi; lo Stato che opera come imprenditore persegue l'interesse pubblico, operando come privato; il privato che opera come imprenditore persegue un interesse privato che non può essere "funzionalizzato"; lo Stato che regola gli interessi tutela un interesse pubblico, ma può anche tutelare interessi privati; i privati che autoregolano i propri interessi, li tutelano talvolta a scapito dell'interesse pubblico; lo spettro dell'interesse pubblico non sempre abbraccia tutti gli interessi privati, cioè gli interessi di tutti i consociati, e lo spettro degli interessi privati può spingersi a tutelare interessi "terzi", come accade per il c.d. *terzo settore*; nel mercato non si radica e germoglia solo la competizione, la lotta, la sopraffazione, ma può avere spazio la *solidarietà*; tra gli estremi di collettivismo e dirigismo puro, da un lato, e capitalismo individualista ed egoistico dall'altro lato, si collocano posizioni intermedie, ora vestite dalle

teorie di Keynes, ora vestite dalle teorie di Pareto, ora vestite dalle teorie marginaliste, ora vestite dalle teorie contemporanee della "giustizia sociale" propugnate da Rawls, Dworkin, Ackerman, o dall'indirizzo del *welfare* temperato. L'idea che nel mercato possano sussistere solo privati con la qualifica di imprenditori e che il mercato sia costituito solo da *homines oeconomici* da tempo è stata superata e non ha più cittadinanza in una società moderna e democratica.

Pertanto:

(a) tra gli attori del mercato si debbono annoverare anche coloro a mezzo dei quali produzione e distribuzione di beni e servizi sono rese possibili, cioè la forza lavoro, e coloro che risultano destinatari di prodotti e servizi, i consumatori e i risparmiatori;

(b) gli interessi tutelati nel mercato sono gli interessi della collettività, gli interessi degli imprenditori, gli interessi dei lavoratori, gli interessi dei consumatori e dei risparmiatori;

(c) le regole sono fissate dalla collettività attraverso i propri rappresentanti politici, a mezzo della legislazione, dalle autorità amministrative indipendenti, dalle forme di autodisciplina, dalla negoziazione tra le categorie interessate (le associazioni di imprenditori e le associazioni di consumatori, risparmiatori, ambientalisti, solidaristi, etc.); la soluzione dei conflitti di volta in volta è offerta dal legislatore, dalle autorità amministrative indipendenti, dal giudice togato, da arbitri, mediatori, conciliatori privati.

In questo quadro, "libertà di mercato" non significa più - e soltanto - libertà dalle imposizioni, libertà di competizione, libertà di accesso, ma significa *regulation*, cioè creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in gioco secondo una logica democratica.

Oggi il quadro è tuttavia più complesso: il mercato interno deve convivere

con il mercato europeo e con la globalizzazione dei mercati; il mercato deve fare i conti con la dematerializzazione della moneta e con le tecnologie informatiche e telematiche; deve fare i conti con le sempre più scarse risorse pubbliche, che hanno portato al ridimensionamento dello Stato sociale, e con la graduale scomparsa dell'assistenzialismo; di qui il fenomeno delle "privatizzazioni", con la graduale riduzione dei settori in cui lo Stato opera come imprenditore e come sostegno delle attività private; di qui la "rivincita del mercato" e il sopravvento del diritto privato sul diritto pubblico, o, meglio, l'espansione del c.d. *diritto comune*.

Ma come recuperare gli interessi dei consumatori e dei risparmiatori, gli interessi sottesi all'ambiente, gli interessi sottesi al "terzo settore"? Solo le forme giuridiche moderne consentono di ottenere questorisultato, poiché le forme giuridiche tralatizie ci hanno consegnato regole dettate da alcuni attori a proprio vantaggio: possiamo dimenticare il giudizio sferzante di Cesare Vivante sul codice di commercio del 1882?

E' in questo humus che sono maturati i principi a cui si deve attenere il mercato: la tutela della salute e della sicurezza degli individui; la correttezza nei comportamenti; la trasparenza dei rapporti; la compiuta informazione di tutti gli operatori; l'equità nel trattamento dei destinatari di beni e servizi. A questi principi si attiene la costruzione del mercato comune europeo; ai medesimi principi si cerca di uniformare le regole del "mercato globale".

4. Questa premessa di carattere metodologico consente di apprezzare ancor più le pagine del volume di Irti che mi sembra costituiscano il "cuore" del suo saggio e al tempo stesso l'aspetto più rilevante della ricerca che l'A. ci ha proposto<sup>10</sup>. Su di esse si è appuntata la critica di alcuni giuristi, oltre che le lodi degli estimatori. Sono appunto le pagine in cui Irti indica i criteri con cui definire il concetto giuridico di mercato, con cui spiega in modo affatto persuasivo come

---

<sup>10</sup>Cfr. IRTI, *op. cit.*, pp.44-63.

non si possa scindere l'aspetto economico dall'aspetto giuridico del mercato, con cui sottolinea come dal mercato oggi costruito sulla base delle regole interne, delle regole comunitarie e delle regole internazionali emergano valori che tutelano la concorrenza e quindi l'efficienza, l'informazione e quindi la trasparenza, la persona e quindi gli interessi deboli che essa esprime. Condividendo le idee dell'A., mi pare utile - dialogando con alcuni dei suoi critici - verificare se la sua tesi debba essere corretta. Anticipo la risposta, che è negativa. In altri termini, non mi sembra né che la critica di weberismo mossagli da Guido Rossi<sup>11</sup>, né la critica di formalismo mossagli da Maria Rosaria Ferrarese<sup>12</sup> siano tali da minarne le basi fondative.

(a) Uno degli esempi che Guido Rossi offre per dimostrare che può esistere un mercato anteriormente all'intervento del legislatore - e quindi che esistano regole economiche che anticipano l'intervento - ove necessario - delle regole giuridiche, riguarda i *grey markets* "indicati dagli stessi giuristi anglosassoni come il luogo dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto"<sup>13</sup>; una sorta di autoregolamentazione dei mercati finanziari che dà luogo ad un ordinamento, scevro da interventi legislativi.

Credo che in queste argomentazioni si annidi un equivoco: è ben vero che i giuristi anglosassoni riflettono la cultura di origine, che distingue il common law dallo statute law, e che affida all'autonomia privata (diremmo noi civilians) la creazione spontanea e libera di regole per far funzionare gli scambi secondo un modello ottimale (il modello paretiano), ma è altrettanto vero che anche prima dell'intervento legislativo il mercato finanziario esprimeva regole giuridiche, quelle per l'appunto proprie del common law, il quale prevede regole per la formazione del contratto (che è necessario per effettuare lo scambio), che

---

<sup>11</sup>Cfr. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1443.

<sup>12</sup>Cfr. FERRARESE, *Recensione a N. Irti, "L'ordine giuridico del mercato"*, in *Soc. Dir.*, 1998.

<sup>13</sup>Cfr. ROSSI, *op. cit.*, p. 1446.

prevede regole per porre nel nulla o per modificare lo scambio viziato, che prevede rimedi per sindacare e sanzionare i comportamenti negligenti o fraudolenti.

Allora, il problema diventa un altro, e riguarda la valutazione - in sede di opportunità - relativa alla sostituzione o alla correzione delle regole di common law con altre, di natura legislativa-interventista, che perseguano interessi che le regole di common law lascerebbero privi di tutela o garantiti da una tutela ritenuta insufficiente.

Perciò, mi sembra difficile poter sostenere che il mercato, indipendentemente dalla circostanza che possa essere considerato *locus naturalis*, piuttosto che *locus artificialis* difficilmente autocrate.

Ciò perché, anche quando il mercato non è governato dall'alto, è pur sempre intrinsecamente, naturalmente, composto da regole. Gli affari, le *transactions* di cui ci parlano gli anglosassoni, sono pur sempre retti da principi del common law che si sono stratificati, sedimentati e sono stati collaudati dalla casistica giurisprudenziale; in tanto le *transactions* stanno in piedi, sono valide, sono osservate, in quanto il loro contenuto economico riposi su regole di natura giuridica.

Che le regole del common law non fossero tuttavia sufficienti a tutelare tutti gli interessi che confliggono nel mercato finanziario è stato dimostrato (senza tener conto della complessa situazione degli U.S.A.) dall'introduzione di un articolato statute, il *Finacial Services Act* inglese del 1986.

Che la regolamentazione esistente nei diversi Paesi europei aderenti all'Unione fosse disomogenea e non tutelasse a sufficienza gli interessi degli investitori (non tanto gli investitori istituzionali, ma gli investitori comuni) è dimostrato dalla direttiva n. 22 del 1993, attuata in tutti i Paesi dell'Unione con precise disposizioni che ineriscono alla correttezza, alla trasparenza e all'equità<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup>In argomento, cfr. AA.VV., *Commentario al t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, Padova, 1998.

Si ha pertanto la riprova che le regole di common law (e non il mercato) non assicuravano, né assicurerebbero per l'appunto correttezza, trasparenza ed equità.

Per venire alla situazione domestica, mi sembra sufficiente richiamare quanto, in ordine al significato e alla applicazione dell'art. 41 Cost., osservava qualche anno fa Giuliano Amato, in un saggio frequentemente citato<sup>15</sup>: "va sempre tenuto presente che vi sono valori e interessi non realizzabili partendo dal mercato e bisognosi, anzi di essere difesi dall'espansione delle sue regole: dignità della persona, salute (...), ambiente hanno bisogno di essere imposti come vincoli al gioco di mercato, perché in più situazioni non hanno operatori forti che li possano tutelare al suo interno".

A questi interessi - peraltro riconosciuti anche dal Trattato di Amsterdam del 1997 (sub. art. 153), che prossimamente entrerà in vigore - si debbono affiancare gli "interessi economici" dei consumatori (ivi compresi i risparmiatori). Molti documenti comunitari si fanno carico di questi interessi deboli, che le regole codicistiche o le regole di common law ignorano o tutelano in modo fievole: dalla Risoluzione del 1975 sui diritti dei consumatori, all'indagine del 1996 sulle aspettative dei consumatori nel mercato finanziario, al parere del Comitato economico e sociale del 1997 sulla tutela degli interessi dei clienti delle imprese di assicurazione, e così via.

Di qui, per chi crede nel mercato come entità autonoma, squisitamente economica, la registrazione del suo fallimento: in ogni Paese dell'Unione, e l'Unione stessa con le sue regole, ha preso atto di questo suo fallimento ed ha ritenuto di intervenire in via legislativa. Non mi sembra pertanto fondata l'opinione secondo la quale "i più recenti processi di delegificazione nell'ambito dei mercati finanziari sembrano (...) negare espressamente la stessa esistenza di un ordine giuridico del mercato rigorosamente legislativo".

(b) E veniamo alla critica al formalismo. Siamo tutti ormai convinti che il diritto - inteso nella sua accezione più ampia - sia costituito da una molteplicità di fonti, da quelle legislative, scritte, a quelle non scritte, di cui fanno parte l'interpretazione, i principi generali, le prassi, etc.

Ma tutte queste fonti, anche quelle non scritte, in tanto possono esprimere la loro efficacia vincolante in quanto lo Stato le riconosca e le legittimi. E lo Stato assume molteplici forme e vesti: si presenta sotto le spoglie del legislatore parlamentare, del legislatore governativo, delle autorità amministrative indipendenti, del giudice che sindacava i rapporti tra privati, del vincolo riconosciuto agli accordi collettivi, alle negoziazioni tra privati, e così via.

Lo Stato si presenta anche sotto le spoglie dell'imprenditore, sotto le spoglie dell'apparato che offre sovvenzioni e soccorso alle fasce socialmente deboli, e così via. Lo Stato si presenta anche come regolatore, sia dall'alto, sia dal basso.

La riduzione dell'intervento dello Stato, tanto conclamata dai liberisti puri, riguarda sia l'intervento dello Stato come imprenditore, sia l'intervento dello Stato come impositore di lacci e laccioli, sia l'intervento dello Stato diretto ad alterare le regole della libera concorrenza. Ma non credo sia questo il messaggio che emerge dal volume di irti, cioè un messaggio rivolto al vecchio Stato imprenditore, sovvenzionatore, regolatore, né il messaggio consiste nella identificazione dello Stato con il legislatore.

Mi sembra per contro un altro: la definizione giuridica di mercato implica che gli interessi espressi dal mercato possano raggiungere un equilibrio ottimale solo se essi sono posti in grado di combattere ad armi pari.

Per poterlo fare, occorre l'intervento dello Stato, altrimenti gli interessi forti soffocherebbero gli interessi deboli, prevaricandoli e quindi violando i valori fondamentali di ogni Paese occidentale, che sono, riassuntivamente, i valori della persona.

---

<sup>15</sup>Cfr. *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p.18.

Per l'appunto a questi valori sono dedicate le pagine successive del volume, sulle quali varrebbe la pena di meditare, ma qui conviene, per il momento, arrestare il discorso, riscontrando come sia difficile colloquiare su temi in cui gli argomenti mistici sembrano prevalere su quelli concreti.

**Guido Alpa**

*Ordinario di Diritto privato  
nell'Università La Sapienza di Roma*

**CATEGORIE ECONOMICHE E VINCOLI  
GIURIDICI: UN MEDIUM COGNITIVO DI  
DIFFICILE COMPOSIZIONE. \* (\*\*)**

*(Economic categories and juridical borders: a cognitive “medium”  
hardly combinable)*

*“In tutte le discipline sociali i problemi  
più complessi sono i problemi di metodo.  
Il metodo è il modo di vedere,  
di comprendere e soprattutto di spiegare.  
Da qui l’importanza capitale degli studi  
sul metodo nelle scienze giuridiche  
in generale e nel diritto costituzionale  
in particolare”.<sup>1</sup>*

**ABSTRACT:** *The Author examines the cognitive nature of the representative democracy, under a perspective in the middle of law and economics, which has been historically designated to balance a never-ending, difficult and complex relationship between the structures of the law and the stream of the real economic flows. Raising certain questions related to such topic, this paper illustrates the complexity of a period during which a new horizon, together with new perspectives and focus for Europe are in the running. By stressing the fact that, in the current time, no one has the formula to suggest the right answers, this paper shows the feeling of being in a situation full of uncertainties and doubts of different nature, that can be overcome only by a definitive exit from the recession which characterized the last years of our Country. Starting from the belief that the distortion of the democratic institutions lies in the evolution of the economic and*

---

\* Contributo approvato dai revisori.

(\*\*) Relazione svolta nel seminario, organizzato dalla LUISS – Fondazione Bruno Visentini, su “Le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo. Un dibattito tra giuristi ed economisti” (17 marzo 2015).

*accounting tools – i.e. the procedural devices that, through a path ruled by virtual conventions, deprive the sphere of choices under the democratic system – the Author suggests a possible solution identified in a new archetype of the the law concerning the annual accounts (on the basis of Article 16 of the law No. 243/2012).*

**SOMMARIO:** 1. Una premessa. - 2. Democrazia rappresentativa e processi cognitivi “pubblici”. - 3. Una questione di metodo. - 4. Perché la regola “numerica” è cognitivamente debole. - 5. La funzione reputazionale del vincolo si converte nel suo contrario. - 6. Quali confini (ritipizzazione) per la nuova legge di bilancio. - 7. Una conclusione provvisoria.

1. Questa vuole essere una riflessione, tra diritto ed economia, sul carattere intrinsecamente cognitivo della democrazia rappresentativa, struttura storica chiamata ad intercettare un perenne, difficile e complesso rapporto tra forme del diritto e fluire delle forze economiche reali: è una riflessione che segue (a partire da un articolo apparso sul “Manifesto” del 25 agosto 2011: “Pareggio di bilancio: maneggiare con cura”) ad altre riflessioni su questo stesso tema: nascono tutte dalla stessa esperienza storico biografica e dalla stessa domanda: come è potuto avvenire che tutto un ceto politico ha modificato con sorprendente rapidità la Costituzione, intervenendo su un nesso di grande delicatezza e complessità, il cd pareggio di bilancio, con una soluzione che sembra voler predeterminare e irrigidire i confini giuridici della decisione di bilancio (legge cost.le n.1 del 2012 e legge “rinforzata” n. 243 del 2012); come è potuto avvenire tutto questo praticamente con una debolissima discussione pubblica<sup>2</sup>; e come hanno in concreto interagito giuristi ed economisti? Mi sembra una indagine importante da implementare, alla quale questo testo vuole solo offrire qualche linea di lavoro,

---

<sup>1</sup>Cfr. MIRKINE - GUETZEVITCH, “*Les methodes d’etude du droit constitutionnel comparè*”, in, *Revue internationale de droit comparè*, vol. 1, n. 4, oct. - nov. 1949, pag.397); (nдр: trad. red).

per capire limiti e punti di forza dei processi decisionali in una democrazia parlamentare di un paese europeo democraticamente evoluto: in questa specifica, per molti aspetti critica, fase storica del processo di integrazione europea.

Dunque è assai probabile che su questo nesso avremo molto da discutere nel prossimo futuro. Alcune domande, appunto tra diritto ed economia, affiorano tuttavia immediate:

- Si tratta dello spartiacque nella costruzione di una nuova sfera pubblica fiscale europea idonea a preparare successive fasi di integrazione politica?

- E' una sorta di catarsi "inconscia" di una classe politica piena di sensi di colpa per gli errori (veri o presunti) commessi nel recente passato?

- E' il segno del punto di crisi del metodo funzionale ed esecutivo nella costruzione europea; le asimmetrie reali non possono essere più tenute dentro i vincoli monetari di una banca centrale mutilata nei suoi poteri<sup>3</sup>? E di un assetto comunitario senza strumenti adeguati di politica economica?

- E' l'effetto del perverso intreccio tra strutture tecniche comunitarie auto-referenti, una governance auto-centrata sugli esecutivi e forze economiche reali dominate dalla finanza?

Forse nessuno possiede in questo momento la formula per suggerire risposte convincenti; ma chi scrive ha la netta sensazione che questo è il momento in cui occorra porsi queste domande e tentare di rispondere. Perché è in gioco un orizzonte, una prospettiva, un nuovo focus per l'Europa. Non sono questi tempi ordinari. Mi limito dunque a proporre qualche spunto di riflessione: proverò, alla fine, a indicare su una questione specifica una soluzione possibile: si tratta del tema della ritipizzazione, necessaria, a mio avviso, per la nuova "forma" della legge

---

<sup>2</sup>Per una accurata ricostruzione di tutta la vicenda parlamentare è essenziale il testo di BERGONZINI, *Parlamento e decisione di bilancio*, Milano, 2014.

<sup>3</sup>Cfr. PAUL DE GRAUWE, *The European central bank: lender of last resort in the government bond markets?*, Banca d'Italia, Conference in memory of Tommaso Padoa Schioppa. Novembre 2014; CIOCCA, *La banca che ci manca*, Roma, 2015.

di bilancio che è alle porte (sulla base dell'art. 16 della legge "rinforzata" n. 243/2012).

2. *"Nella vita di tutti i giorni lo scambio di opinioni con gli altri controlla la nostra parzialità e allarga il nostro punto di vista; (. . .) I benefici della discussione si trovano nel fatto che, anche legislatori rappresentativi sono limitati nella conoscenza e la capacità di ragionare. Nessuno di essi sa tutto quello che gli altri sanno, o può comprendere tutte le conseguenze che possono ricavarsi. La discussione è un modo di combinare le informazioni e l'ampliamento della gamma di argomenti"*<sup>4</sup>.

In una formazione storica collettiva il problema cognitivo consiste proprio nel produrre una convergenza e quindi un accordo, sui valori e sul testo che incorpora questi valori; al di là della tecnica che si utilizza per pervenire a questo accordo, (ad esempio, attraverso la votazione in sequenza di testi che si escludono logicamente), il punto cruciale sta nella spiegazione degli effetti che si intende (o si prevede) associare a questi testi; sta nella dimostrazione che sostiene le diverse tesi.

La funzione della discussione è proprio quella di mettere sullo stesso piano volontà uguali anche se provenienti da soggetti diversi, per competenza, censo, estrazione sociale ecc, ecc.

La discussione è dunque essenziale per invernare il carattere rappresentativo

---

<sup>4</sup>Cfr. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 358-59, (in: BAFFI - DRAGO, *Decisioni individuali versus decisioni collegiali. La psicologia sociale e di gruppo mette in discussione alcuni assunti consolidati*, in *Aperta Contrada*, 13 gennaio 2015).

Si veda inoltre BURKE, *Discorso agli elettori di Bristol*. "Il governo e la legislazione sono questione di ragione e di giudizio non di inclinazione; e quale genere di ragione è quella in cui la risoluzione precede la discussione, in cui un insieme di persone delibera e un altro (insieme) decide, in cui coloro che arrivano alla conclusione sono magari distanti trecento miglia da coloro che ascoltano le argomentazioni... Il parlamento non è un consesso di ambasciatori di interessi diversi e antitetici che ciascuno deve difendere, in quanto emissario ed avvocato, contro altri emissari ed avvocati; il parlamento è piuttosto l'assemblea deliberativa di una nazione dotata di un unico interesse, quello dell'insieme, nella quale non dovrebbero fare da guida i fini locali o i pregiudizi locali, ma il bene generale, che risulta dalla ragione generale dell'insieme", (in MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, 2010, pagg. 206 e 207, nota 35).

della democrazia; ma ancora più essenziale è che essa possa assolvere effettivamente a questa funzione di strumento per formare una volontà deliberativa che unisce (convenzionalmente) le volontà di tutti.

La tecnica della deliberazione a maggioranza consente di pervenire ad una decisione legislativa, ma questa tecnica deve essere testata dalla discussione nella quale tutte le posizioni possono confrontarsi; e dove, soprattutto, vi sia una effettiva padronanza cognitiva delle questioni su cui si decide. Ecco, a mio avviso, il punto cruciale.

C'è forse un nodo cognitivo profondo che non è stato ben compreso dai giuristi: se l'interpretazione giuridica si deve internamente misurare con le teorie economiche e fondare in qualche modo sulla preferenza di una qualche teoria, si costringe il diritto a prendere posizione esplicita su un terreno dove, come diremo, la "verità possibile" si costruisce solo con una fondata discorsività pubblica<sup>5</sup>. Si può osservare che in una certa misura è sempre così; ma è appunto un problema di misura.

Se la discorsività giuridica viene del tutto inglobata in una discorsività economica di cui non possiede e non domina le linee di confronto, deve trattare questa discorsività come un fenomeno tecnico e quindi delegarlo per intero agli esperti. Ma è proprio questo il rischio di rottura più grave per la legittimazione democratica della produzione legislativa.

E' ciò che è avvenuto negli stati totalitari dove le Costituzioni fissano sia i fini che i mezzi e dove il diritto è chiamato a sostenere sempre e comunque questo "dover essere".

E questo rischio di delegittimazione riposa su una (consapevole o inconsapevole) non comprensione della intima natura cognitiva del problema.

Il tema della potenziale delegittimazione (o asimmetria) democratica della attuale fase della costruzione europea va dunque ripreso e definito in modo

esatto; non si tratta infatti di mettere in crisi il legame di cittadinanza europea, peraltro molto debole, costruito attraverso la procedura elettorale del Parlamento europeo; si tratta invece di comprendere la potenziale contraddittorietà di un processo normativo la cui forza è basata in sostanza sul predominio politico che ha imposto una specifica visione del processo economico; e non sulla interna discorsività e plausibilità di norme fondate in modo sufficientemente certo e discorsivo.

E' stato osservato<sup>6</sup> che la legittimità del diritto positivo deriva dalle modalità del processo democratico di statuizione.

Il procedimento democratico può fondare la presunta ragionevolezza di risultati ottenuti secondo la procedura solo quando, se e nella misura in cui esso garantisca insieme: l'istituzionalizzazione giuridica di forme di argomentazione e di trattativa; una formazione dell'opinione e della volontà che sia discorsiva; dove la discorsività porta a concludere che solo quando noi riteniamo incondizionatamente vere certe conclusioni (a prescindere dalla loro sempre possibile fallibilità), solo allora siamo pronti ad accollarci tutti i rischi della azione (costruire un ponte; salire su un aereo; costruire una centrale elettrica, ecc., ovvero, scrivere una regola meccanica sui cicli economici e la politica fiscale.

Convincenti criteri normativi (vincoli etero imposti) si formano solo a partire da queste condizioni.

Essi non derivano in maniera quasi naturalistica da proposizioni che sono il portato di teorie e osservazioni pienamente opinabili. In altri termini, la formazione di una volontà normativa ragionevole può darsi solo e soltanto se c'è una autentica condivisione dei valori e delle finalità presupposte in via di ipotesi. E' questa la lezione di J. Habermas, che ha sicure radici anche nella riflessione di pensatori politici italiani, a cominciare da N. Bobbio.

---

<sup>5</sup>Cfr. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, Istituto italiano di studi filosofici, Napoli, 1997; HABERMAS, *Solidarietà tra estranei*, Istituto italiano di studi filosofici, Napoli, 1997.

<sup>6</sup>Cfr. HABERMAS, *op. cit.*, 1997.

Ora basta una anche solo superficiale disamina dei lavori parlamentari e del dibattito pubblico svoltosi intorno alla modifica costituzionale, per rendersi conto che ci troviamo di fronte ad una convergenza alquanto acritica, spinta da eventi esterni; neppure in occasione della votazione della Carta Costituzionale c'era stata una unanimità così compatta.

Dunque una classe politica sembra ripudiare tutta la sua storia, con luci ed ombre, e abbracciare i valori sistemici di un altro background costituzionale? E' plausibile? E' giuridicamente accettabile? E' una domanda che i giuristi devono potersi fare o è convenzionalmente auto limitata, come le regole fiscali? Era tutto già implicito nei nostri obblighi comunitari? Qui si pone a mio avviso una questione pratica cruciale. Possiamo allontanarci in modo sostanziale da questo lascito culturale e istituzionale che lega democrazia a dibattito pubblico che costruisce una verità "ragionevole"? Possiamo pensare di continuare a contribuire alla costruzione di una area europea integrata, democratica, stabile e capace di crescere fuori da questa linea di fondo che attraversa la nostra Costituzione scritta, ma forse tutta la tradizione costituzionale europea?<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> E' vero che in ordine alle decisioni collegiali e alle possibili distorsioni cognitive, gli studiosi di psicologia cognitiva suggeriscono risultati misti. In questo senso, l'approvazione della riforma costituzionale dell'art. 81 Cost. potrebbe essere spiegata come un caso di decisione collegiale con una debole percezione cognitiva dei possibili risultati: la distorsione probabilmente veniva da un bias esterno. Questo bias sembra aver realizzato la tipica situazione di Groupthink (o pensiero di gruppo); questa situazione nasce dal presupposto logico che al fine di minimizzare determinati contrasti all'interno di un gruppo (in questo caso una Assemblea legislativa) si cerca di prendere, in seno al gruppo stesso, una decisione sostanzialmente unanime senza effettuare adeguate valutazioni contro fattuali. In particolare non si effettua nel gruppo una disamina delle diverse alternative che siano possibili a livello decisionale. Questo comportamento può portare a compiere errori che non sarebbero stati compiuti in situazioni differenti. Per quanto ci consta, nessun altro ordinamento ha tradotto al proprio interno le regole del Fiscal Compact con tale precisione. Il Governo francese, ad esempio, ha chiesto il parere del Conseil Constitutionelle che ha indicato di operare sulla lois organique de finance publique e non sulla Costituzione; argomentando, tra l'altro, che non era opportuno irrigidire la Costituzione su una sola, determinata, regola fiscale. Gli elementi a disposizione fanno dunque ritenere che risulti ancora del tutto fondata la posizione di quella linea di pensiero secondo la quale l'adozione di decisione collettive deve essere sentita come equa e giusta; questo effetto di collante giuridico, che dimostra e crea consenso sulla ragione interna della regola, è certamente più importante del fatto che una certa decisione possa teoricamente essere migliore, se assunta da un gruppo ristretto, sotto determinate condizioni di assetto, o addirittura da un solo individuo. In un mondo pieno di diseguaglianze, anche cognitive, appare dunque opportuno alimentare procedure decisionali che non inducano nella convinzione che

Dunque chi scrive ha la sensazione che dal Six Pack in poi (Fiscal Compact incluso) ci siamo immessi, con scarse avvertenze, su una strada che può portarci allo stallo – involuzione del progetto europeo. Ci sono molte linee di possibile spiegazione di questo assunto: ma quella più convincente ha a che fare proprio con la struttura interna dei processi di deliberazione democratica; con la democrazia cognitiva, nel senso spiegato da Habermas, che mi sembra uno svolgimento e approfondimento, in qualche modo filosofico e istituzionale, delle “classiche” linee di pensiero implicite nelle due citazioni che introducono questo paragrafo.

E’ come se negli ultimi anni alle difficoltà obiettive nella costruzione delle istituzioni della democrazia europea si sia risposto forzando sulle leve della costruzione funzionale e intergovernativa: ora i gruppi e gli organi dominati dagli esecutivi semplificano certamente il processo decisionale e sembrano garantire maggiore omogeneità nella interpretazione dei fatti economici.

Probabilmente qui c’è una prima risposta provvisoria: è entrato in crisi il metodo funzionale, che ha dominato, con risultati molto positivi, la fase di avvio della Comunità; non si è affermato il modello comunitario; e il modello nuovo dell’Unione (di cui ha parlato la Merkel a Bruges nel 2011) è già clamorosamente in crisi: probabilmente perché è entrata in crisi, sulla base dei fatti, la netta prevalenza di una ben determinata linea di interpretazione della crisi economica europea e delle sue possibili vie di uscita<sup>8</sup>.

---

si intende alimentare posizioni di “democrazia” (vedi, tra le molte posizioni in questo senso, da ultimo l’articolo di L. Zingales sul Sole 24 Ore del 7 marzo 2013 che riprende le tesi di Lucio Caracciolo; sui temi posti dall’analisi cognitiva dei processi decisionali collegiali, si veda, da ultimo: BAFFI - DRAGO, *op. cit.*, 13 gennaio 2015).

<sup>8</sup>Al centro del funzionalismo (nelle sue declinazioni economiche, giuridiche e istituzionali) c’è (il più autorevole dei teorici del funzionalismo è forse Ernest B. Haas, statunitense di origine tedesca) la convinzione che qualsiasi processo di integrazione nasce e si sviluppa, rafforzandosi cumulativamente grazie alla messa in comune di aree economiche nelle quali gli Stati ritengano che la cooperazione è possibile e fattibile, relativamente priva di costi oppure con costi molti limitati e rapidamente rimborsati dai vantaggi acquisibili, quindi fruttuosa” (PASQUINO, *Capire l’Europa*, in *Collana Società dell’informazione*, L’Aquila, 1998), Questo punto, come ho argomentato più distesamente in altra sede, mi sembra cruciale per comprendere le ragioni della attuale crisi della zona euro. I successi nell’ambito della cooperazione rafforzata in materia di carbone, acciaio ed energia nucleare, e poi in sede di creazione del mercato unico, avevano fatto trascinare vantaggi (spillover) tali da far ritenere che inserendo direttamente anche la moneta tra questi strumenti di

3. Una riflessione sull'inserimento nel nostro tessuto costituzionale delle norme del Fiscal Compact, e più complessivamente sulla nuova cornice costituzionale in materia di regole fiscali, (organizzata nella legge costituzionale n. 1 del 2012) costituisce dunque una straordinaria occasione per saggiare la tenuta e il senso di una ricerca giuridica che indagli all'interno delle categorie di metodo evocate da B. Mirkine Guetzevitch.

La straordinarietà dell'occasione, come ho avuto modo di osservare<sup>9</sup>, si colloca nella circostanza che per la prima volta (almeno nel nostro ordinamento costituzionale) concetti e metodi elaborati specificamente dalla riflessione scientifica in campo economico (ciclo economico, fasi favorevoli e fasi avverse, indebitamento netto e lordo, prodotto potenziale e prodotto effettivo, spesa per investimenti, sostenibilità del debito) vengono in qualche modo direttamente e soprattutto contestualmente trapiantati nel tessuto costituzionale italiano.

L'effetto di sistema sul medium normativo, (piano della interpretazione e lettura complessiva dei valori costituzionalmente protetti e sistema delle fonti a protezione di questi valori) è, di tutta evidenza, di impatto molto complesso e profondo.

La riflessione sul terreno giuridico è appena iniziata e risente dell'influenza delle circostanze economiche e soprattutto politiche, interne ed europee, ancora

---

cooperazione rafforzata, la costruzione di istituzioni politiche preposte alla cooperazione economica e sociale ne sarebbe uscita fortemente potenziata e strutturata. Secondo questo schema, nel medio lungo periodo, la cooperazione ed il coordinamento dei processi economici avrebbero fatto da leva, necessaria e sufficiente, per il rafforzamento del coordinamento dei processi politici, fino al passaggio verso forme istituzionali coerenti con un quadro di integrazione economica, fondato sull'uso della stessa moneta in tutte le transazioni eseguite nell'area territoriale che ha adottato questa nuova unità di conto, non solo virtuale, ma effettiva e cartacea.

Dunque, il passaggio ad una moneta unica ha posto lentamente, ma inesorabilmente, tutti i problemi tipici delle aree valutarie non ottimali (o sub ottimali) largamente esplorati dalla teoria economica, soprattutto con riferimento alla inevitabile creazione di squilibri nei saldi delle partite commerciali e nell'afflusso – deflusso del segno monetario utilizzato. Si ripropone ora con forza il tema dei limiti intrinseci di una moneta senza Stato.

<sup>9</sup>Cfr. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: nuove dinamiche politico istituzionali. Elementi per una riflessione*, in *Atti del seminario "La nuova governance fiscale europea. Fiscal Compact, cornice europea e modifiche costituzionali in Italia: problemi aperti e prospettive"*, LUISS "Guido Carli", 9 novembre 2012, CERADI, Centro di ricerca per il diritto d'impresa.

molto fresche e al centro di un conflitto assai acceso, che hanno innescato questo processo; si tratta di elementi che per ora forse impediscono di declinare con cura e precisione tutte le implicazioni di questa operazione.

Tuttavia i contorni di fondo, a mio avviso, si vedono e si comprendono; e, per proseguire questo lavoro su basi solide, occorre comprendere in modo nitido tutti i passaggi legislativi di questa vicenda e il modo con cui essi si innestano nella cornice normativa preesistente.

E' un dato comune a tutti gli Stati contemporanei che la politica di bilancio venga apprezzata sulla base di un sistema di regole: poiché esistono più attori (il Governo, il Parlamento, gli operatori di mercato, nazionali ed esteri, le forze sociali, ecc) in grado di condizionarsi e valutarsi reciprocamente, le regole assumono sempre una funzione (anche la mera fissazione di un obiettivo di disavanzo per il bilancio dello Stato), più ampia e penetrante di quella di mero parametro di controllo interno della coerenza della procedura che porta alla decisione<sup>10</sup>.

Il riferimento (il focus) costituito dalla regola permette di misurare l'accostamento degli andamenti effettivi al sentiero obiettivo, e quindi fornisce non solo indicazioni al Governo sulla necessità di interventi di correzione in caso di andamenti divergenti, ma anche la base di un giudizio sulla stessa credibilità della politica di bilancio.

E' dal 1978 che abbiamo costruito in Italia e poi raffinato (1988) e implementato negli anni un sistema normativo di regole e di procedure per testare la politica di bilancio.

Era (fino al 2012) un sistema di regole volte a valutare la coerenza interna (del processo decisionale) rispetto all'obiettivo macro indicato (ho parlato di sistema auto risolto proceduralmente); mentre la rotta esterna di aggiustamento

---

<sup>10</sup>Cfr. DE IOANNA - FOTIA, *Il bilancio dello Stato. Norme, istituzioni, prassi*, Roma, 1996; FOTIA, *Note sulla politica di bilancio e sul fabbisogno di cassa del settore statale*, in *Pol. econ.*, 1, 1995.

restava in ultima analisi nelle mani del Governo e della sua maggioranza (previo il confronto con le forze sociali e le opposizioni), in connessione con i vincoli comunitari.

Naturalmente il set di regole serviva a capire l'adeguatezza del sentiero macro seguito dal Governo e la sua credibilità.

Dopo il 2012, la rotta esterna viene irrigidita con una serie di piani normativi a incastro: vincoli costituzionali, maggioranze qualificate per votare indebitamenti netti aggiuntivi, piani legislativi rinforzati, rinvio finale, in bianco, ad un valore programmatico di chiusura esterno (il valore del MTO nazionale), da attribuire ad una variabile non osservabile (il saldo strutturale di finanza pubblica), che dipende da altre variabili non osservabili (tra cui l'output gap, e a cascata il PIL Potenziale e il livello di disoccupazione strutturale che non crea inflazione, NAWRU<sup>11</sup>).

Il punto cruciale non sta dunque nella esistenza di regole di bilancio (focus prestabilito che consente di capire la direzione di marcia), ma nella loro adeguatezza quanto a flessibilità, livello della fonte, procedura applicativa, contenuti: rispetto agli obiettivi da raggiungere.

E sulla stessa possibilità giuridica che queste regole possano essere rese rigide, permanenti, contenutisticamente vincolanti (a tendere "per sempre"), ed immaginare per il loro rispetto un meccanismo contenzioso, di tipo non politico ma para giurisdizionale, addirittura di livello costituzionale; questo nuovo contesto rischia di (ma io direi intende) creare una sorta di democrazia parlamentare depoliticizzata ed etero diretta: ma rischia di essere l'esatto opposto della responsabilità di una scelta collettiva criticamente fondata.

Qui c'è un punto in cui la trasformazione di sentieri di previsione (regole programmatiche) in regole giuridiche numeriche, in potenza addirittura sanzionabili a livello di giustizia costituzionale, modifica sostanzialmente la qualità e la natura di queste regole: e pone problemi sostanziali nel funzionamento delle

---

<sup>11</sup>Cfr. BOITANI - LANDI, *L'europea intrappolata nel labirinto di regole*, in *La Voce.info*, 2014.

procedure democratico rappresentative, che richiedono di far interagire temi giuridici e problematiche economiche.

Le due questioni cruciali sotto il profilo costituzionale mi sembrano queste:

-La regola è frutto di una procedura intrinsecamente, cognitivamente, democratica?

-La regola è contenutisticamente adeguata a risolvere i problemi di una comunità nazionale e di un'area continentale che si è dotata di una moneta unica?

Le due questioni sono intrecciate: la mia risposta è molto dubbiosa su entrambi i quesiti; ma è dubbiosa soprattutto perché, anche convenendo sulla piena legalità formale della procedura che ha posto la regola (anche se con una discussione sommaria e inadeguata; tesi del "Groupthink", cfr. nota n. 7), è la sua intrinseca inadeguatezza a risolvere i problemi e le domande poste dalla moneta senza Stato (per semplificare) e dalla nostra Costituzione vigente. La regola rischia di essere intimamente incoerente con lo stesso programma costituzionale; e il programma costituzionale (l'indirizzo politico costituzionale) non può esser modificato con un rinvio ad una regola esterna, incerta nella applicazione e che non è frutto di una discussione di cui si dominano gli effetti sulla base di una convergenza di valori; e questa incoerenza interna viene indagata soprattutto attraverso la sua interna inadeguatezza cognitiva a connettere regole giuridiche e regole economiche.

Questo è un punto su cui la stessa Corte Costituzionale, se investita della questione, non potrebbe limitarsi a declinare meccanicamente le esigenze dell'equilibrio di bilancio; e del resto la recente sentenza n. 10 del 2015 mostra che la Corte è pienamente consapevole della questione; non si può retroattivamente cambiare l'equilibrio di bilancio per come si è effettivamente svolto; come può invece avvenire, dato l'utilizzo, come valori programmatici, dei saldi strutturali di

finanza pubblica<sup>12</sup>, i quali sono altamente volatili anche ex-post, essendo altamente volatili le stime dell'output gap<sup>13</sup>.

Dunque, secondo questa visione "giurisdizionale" delle politiche di bilancio, a ben vedere agli Stati si ritiene di poter imporre una regola numerica rigida che comunque, in ultima analisi, può essere sanzionata con una procedura di controllo di natura contenziosa; tuttavia se si va ad esaminare il Fiscal Compact e i regolamenti europei si scopre che la sanzione finale resta solo e soltanto politica (con una deliberazione a maggioranza inversa); la Corte di Giustizia può essere adita solo per controllare se gli Stati che hanno firmato il Fiscal hanno ordinamenti idonei (in potenza) a rispettare le regole di bilancio (*probatio diabolica*); ma secondo alcuni interpreti nostrani la Corte Costituzionale dovrebbe poter sanzionare (con una decisione) la violazione di una regola di bilancio, come diremo, fluida nella sua interpretazione e applicazione. E' possibile tecnicamente? Ma per renderla meno fluida e più certa, la Corte dovrà rivolgersi ad un consulente tecnico esterno: l'Ufficio Parlamentare di Bilancio, la Corte dei Conti, la RGS. Certamente può farsi una idea ascoltando tutti e poi? Decide sulla base della assunzione di un sapere "non giuridico" a cui demanda, in buona sostanza, la soluzione del conflitto. E poi come decide? Demolisce con effetti *ex tunc* una manovra di bilancio già in esecuzione; impone sanzioni al Governo? Lo dimette in linea di fatto? Detta *ex nunc* una politica di bilancio coerente con le norme di bilancio demolite? Ridefinisce lo spazio finanziario dentro cui il Governo è legittimato ad agire secondo Costituzione? La complessità dei nodi, si sostiene da alcuni, non deve impedire il giudizio della Corte Costituzionale. Ma qui siamo di fronte ad uno spostamento sostanziale nella intestazione dei poteri di decisione fiscale. E' un

---

<sup>12</sup>L'MTO non è che un certo valore, programmatico, del saldo strutturale di finanza pubblica, stabilito dal Governo, sulla base di un algoritmo contenuto nel Codice di Condotta del Patto di Stabilità e Crescita.

<sup>13</sup>Cfr. LANDI, *I saldi strutturali nell'ambito della nuova governance europea*, paper presentato al Convegno "La legge di stabilità: le politiche economiche possibili fra diritto costituzionale e diritto europeo", LUISS-Fondazione Visentini, 17 marzo 2015, Roma.

sentiero ben compreso da chi ha sostenuto questa prospettiva? Ci si rende conto in che direzione si sta spostando l'assetto dei poteri costituiti?

La formula chiave di questa fase è: quale politica monetaria? Nella spiegazione didattica e mediatica la "politica monetaria è l'insieme degli strumenti, degli obiettivi e degli interventi, adottati dalla banca centrale per modificare e orientare la moneta, il credito e la finanza, al fine di raggiungere obiettivi prefissati di politica economica, di cui la politica monetaria è parte. Per perseguire i propri obiettivi gli istituti centrali intervengono manovrando le variabili monetarie (tasso di interesse o quantità di moneta). La BCE ha annunciato che da marzo avrà inizio il *Qe*, ovvero l'acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario" (Il Sole 24 Ore, 27 febbraio 2015, p. 3).

I poteri della banca centrale sono intrinsecamente connessi con quelli della sovranità statale; ma la BCE è costitutivamente limitata in questi poteri dal suo statuto; non è una Banca al servizio di una statualità ma di una unione tra Stati; è la misura, lo spazio operativo, della banca centrale che ci manca<sup>14</sup>; quindi il controllo sulla sua attività, rimesso ad un livello giurisdizionale, (Corte di Giustizia Europea) deve proprio accertare che essa sia rimasta nei limiti di questa sua autonomia e indipendenza tecnica strutturalmente "limitata"; il controllo giurisdizionale deve fare in modo che la BCE non muti la sua natura di titolare di una politica monetaria intrinsecamente mutilata del rapporto con la statualità e la sovranità; ma in questa sua limitazione, che coesiste con la sua funzione di garante tecnico del bene comune della moneta, c'è una contraddizione intrinseca, che non viene compresa dal controllo giurisdizionale, che in un certo senso deve essere esso stesso garante di questa limitazione funzionale; ma qui si apre una contraddizione micidiale: che sfugge al giudice e ai commentatori.

Dire che il controllo giurisdizionale deve essere cauto perché non deve disturbare la misura e il perimetro della autonomia tecnica della BCE significa fingere che si possa evitare di fare i conti con una questione eminentemente

politica: la cinghia di trasmissione della politica monetaria è una funzione costitutiva della moneta: dunque è una funzione che necessariamente implica un apprezzamento di politica economica, tuttavia vietato per statuto alla BCE.

Ecco un intreccio tra diritto ed economia, tra politica economica e politica monetaria che non può essere tenuto dentro un limite rigido, astratto e controfattuale, come quello imposto alla BCE. E' una contraddizione intrinseca che i mercati apprezzano e monetizzano. Ma è questa l'Europa iscritta negli statuti della integrazione? Moneta senza Stato. Deparlamentarizzazione e spoliticizzazione della democrazia? Si potrebbe dire decostituzionalizzazione degli ordinamenti nazionali con deboli contropartite; la domanda cruciale forse è questa: questo assetto ha un futuro? Il diritto dovrebbe farsi carico di questo dilemma. Non credo che basti descrivere con cura le norme dei regolamenti comunitari: occorre avere un focus, una prospettiva evolutiva più strutturata; che ora non sembra esserci<sup>15</sup>.

4. Gli economisti, nella stragrande maggioranza, rifiutano questa prospettiva di costituzionalizzazione di qualche specifica regola numerica per la politica di bilancio, regola espressione di una determinata chiave di interpretazione della crescita economica; tale atteggiamento è connesso a profili legati alla stessa costruzione epistemologica della propria disciplina: le linee di fondo di questa posizione sono espresse in modo molto nitido nella ben nota lettera di cinque economisti Nobel ad Obama, inviata nell'agosto 2011.

---

<sup>14</sup> Cfr. CIOCCA, *op. cit.*, 2015.

<sup>15</sup> Non è casuale se nella valutazione della legittimità costituzionale delle OMT della BCE, la Corte costituzionale di Germania si è appoggiata sulla interpretazione tecnica della Banca centrale tedesca: nel caso specifico si trattava di stabilire dove si situa il confine tra politica monetaria e politica economica. E' entrato in campo un consulente tecnico (la Banca centrale tedesca) che ha indicato la linea di confine tra operazioni monetarie (ammesse per la BCE) e operazioni di politica economica (vietate). La consulenza tecnica ha assorbito il contenuto sostanziale della decisione; la Corte federale ha puntigliosamente affermato, sul piano procedurale, che la deliberazione legislativa era stata assunta democraticamente dal Plenum del Bundestag (in questo si risolve il

Tutte le regole di bilancio numeriche esprimono un'ambiguità di fondo che diventa incoerenza in presenza di una pluralità concorrente di vincoli. E tale incoerenza aumenta secondo un trade-off interno; da un lato, se le regole divengono sempre più complesse e sofisticate, dall'altro, più costrittive, rigide ed automatiche. E questa incoerenza esprime effetti di retroazione micidiali sul trend reale dell'economia, se la regola produce (o deve produrre), secondo lo schema del Fiscal Compact (costituzionalizzato nell'art. 5 della legge cost. n. 1 del 2012) una correzione automatica ed obbligatoria sulle scelte di bilancio. In ogni caso, ma si tratta di un profilo che abbiamo svolto in altra sede, la formulazione dell'art-81 Cost. non conduce ad un concetto di pareggio rigido e contabile, anno su anno; la formula dell'equilibrio, legata alla prospettiva temporale delle fasi avverse e della fasi favorevoli del ciclo, immette un dato valutativo degli andamenti strutturali che evoca esplicitamente l'utilizzo anticiclico del finanziamento in debito delle politiche pubbliche. E' stato osservato<sup>16</sup> che le regole differiscono per il perimetro degli enti interessati, per i poteri di redazione del documento di riferimento e per i criteri contabili; si differenziano a seconda dei tassi di valutazione rilevanti e dell'ottica in cui si collocano (previsioni preventive e consuntive); per il saldo di riferimento; per la intrinseca difficoltà a definire limiti quantitativi espressi numericamente legati a previsioni complesse e certe solo a consuntivo, e con molti caveat; dunque monitorare i conti e i sentieri di controllo è un conto; stabilire un range di valori dentro cui deve rientrare la politica di ogni stato membro è questione politico istituzionale che ha poco a che fare con l'analisi delle previsioni. Ancora di recente ci è stato ricordato<sup>17</sup> che in termini economici, queste difficoltà sono "la banale conseguenza della "regola di Tinbergen", dal nome del premio

---

primato del "principio di democrazia" che chiude tutta la giurisprudenza della Corte tedesca) e poi ha fatto propria la valutazione tecnica della Banca centrale di Germania.

<sup>16</sup>Cfr. PEDONE, *Luigi Spaventa e il controllo dell'economia nel breve periodo*, in *Moneta e credito*, vol. 66, n. 263, 2013, p. 261 ss.

<sup>17</sup>Da un anonimo "Civil servant" (*Il Fiscal compact: quando la tecnocrazia va contro la matematica*, in *Menabò di etica ed economia*, 2015) che richiama ARTONI, *L'arbitrio sotto le regole: il DEf e il prodotto potenziale*, in *Menabò di etica ed economia*, 2014.

Nobel per l'economia olandese che l'ha formulata una sessantina di anni fa, che in realtà deriva da un principio noto da secoli in fisica: "se non si controlla un numero adeguato di "forze" indipendenti, non è materialmente possibile portare un sistema economico o fisico verso uno stato definito da altrettante dimensioni".

A questo dilemma "fisico" la tecnocrazia europea sembra rispondere promovendo le mitiche riforme strutturali, che dovrebbero fornire ai governi lo strumento mancante per perseguire contemporaneamente il consolidamento dei bilanci e uno sviluppo soddisfacente. Anche in questo caso, tuttavia, i conti non tornano, perché si pretende di raggiungere tre target (su debito, deficit e Pil) utilizzando solo due leve: il saldo di bilancio e gli effetti delle riforme sul Pil che, tra l'altro, sono tutt'altro che certi.

Un atteggiamento meno ideologico al problema del consolidamento dei bilanci pubblici avrebbe suggerito di adottare la logica dell'approccio flessibile alla fissazione degli obiettivi di politica economica, perseguendo la minimizzazione di un indicatore costruito sommando (o, comunque, tenendo simultaneamente conto di) output gap, eccesso d'inflazione, disoccupazione, deficit su Pil e distanza tra debito effettivo e desiderato, lasciando la libertà ai singoli governi di scegliere tra diverse combinazioni. Invece si è preferito sfidare perfino la logica matematica, adottando regole che possono essere incompatibili tra loro, per poi "correggerle" con meccanismi complessi e poco trasparenti, che tengono conto solo indirettamente delle conseguenze del consolidamento fiscale su inflazione, prodotto potenziale e disoccupazione. La topa è risultata peggiore del buco. Ma i governi europei, invece di riconoscere le incongruenze matematiche degli accordi che hanno sottoscritto, si limitano a discettare timidamente di flessibilità nell'applicazione di regole ... che invece sono semplicemente inapplicabili."

Ma perché i giuristi hanno oscurato tutto questo? Si può sostenere che siamo nel campo della difficile costruzione di valutazioni più solide sui cicli economici e i processi di crescita del PIL e la stabilizzazione del debito.

Ammettiamo pure che siamo in questa situazione di complessa decifrazione delle spiegazioni della crisi (chi scrive non pensa che sia così, in quanto cause, effetti e terapie sono abbastanza definite, anche dal mainstream); comunque, ammettiamo che siamo in una situazione di discussione di fondo, sulla corretta analisi dei fatti e sulla ricerca di una sistemazione teorica sufficientemente condivisa; ma allora perché a partire soprattutto dal Six Pack e a seguire (Two Pack e Fiscal Compact) abbiamo strutturato un complesso via via più stratificato e cogente di dispositivi vincolanti sulla politica di bilancio che hanno depoliticizzato la scelta democratica; e perché li abbiamo poi inseriti in Costituzione con formule molto sofisticate, per cercare di blindare questi dispositivi e sottrarli alla decisione del legislatore? A questa domanda nella copiosa letteratura giuridica già uscita su questi temi (con qualche rara eccezione) non trovate risposte; si tratta di una vasta messe di racconti che descrivono in modo asciutto o apologetico le virtù della finanza “sana”, finalmente ritrovata, e della flessibilità, implicita ed esplicita, delle regole europee, del tutto sufficiente a fronteggiare la crisi. Siamo sicuri che sia questo solo il compito dei giuristi? I giuristi, a mio modo di vedere, dovrebbero rifiutare questa prospettiva per ragioni intrinseche alla stessa funzione della discorsività in un diritto democraticamente fondato; e non funzionalmente connesso ad una idea di integrazione peraltro smentita dai fatti. Sostenere che le norme e le regole contenute nei trattati e negli accordi internazionali non mostrano incoerenza ma al contrario possono essere rispettate complessivamente, significa limitarsi ad un controllo di coerenza logica di tipo esterno e formale; significa scansare tutte le questioni di sostanza che ora ostruiscono il processo di convergenza reale tra le economie europee. Significa, sul piano del metodo, non riconoscere la specifica funzione del diritto nella tradizione del costituzionalismo democratico europeo; naturalmente si può ben attingere ad altre fonti metodologiche.

5. Come ho avuto modo di osservare, questa situazione chiama in causa tre profili cruciali ai fini del discorso sulla democrazia cognitiva;

a) la possibilità di comprensione e di dominio da parte del decisore democratico degli elementi tecnici in gioco;

b) il valore in se di un meccanismo previsivo virtuale, di natura squisitamente economica, che viene trasformato in un vincolo giuridico;

c) la funzione reputazionale di un vincolo, così oscuro e fluido: reputazione dunque rispetto a quale parametro?

La stessa funzione reputazionale del vincolo si converte nel suo contrario; se rispetto il vincolo e gli effetti sono recessivi all'evidenza, la sanzione politica è legata proprio agli effetti negativi frutto del rispetto del vincolo. La funzione reputazionale si converte nel suo contrario. Le ultime elezioni generali europee e poi le tornate elettorali in Grecia ed ora in Francia sono un chiaro avvertimento in questo senso. Queste considerazioni non mettono in questione un profilo del dibattito teorico che ha accompagnato l'idea della costruzione più nitida di indicatori e metodi di previsione per la finanza pubblica; resta centrale il problema informativo. Sta qui la rilevanza del tema della trasparenza e della rottura del monopolio informativo del Governo. In questi termini l'idea della creazione di organismi neutrali di valutazione delle previsioni ha una sua ragionevolezza e plausibilità, ma solo dentro un discorso che intenda preservare i cardini della democrazia cognitiva. Sono quindi utili organismi terzi che entrano, sullo stesso piano tecnico, a produrre informazione; e qui che si situa in Italia (ma anche in altre esperienze democratiche) la istituzione dei servizi del bilancio in Parlamento. La rottura del monopolio informativo del Governo rende certamente più trasparente il confronto democratico e dissuade dall'utilizzare trucchi contabili che nascondono la realtà delle cose. Ma quale realtà; quella di una analisi complessiva

dello stato dell'economia o quella del rispetto di una regola etero imposta, convenzionale, non trasparente e non ragionevole essa stessa? E' questo il punto dove gli economisti che sostengono la bontà di regole fiscali giuridicizzate entrano in pieno nel terreno delle analisi politico istituzionali. Ma come abbiamo osservato, se la regola è oscura, troppo complessa, contro deduttiva, discrezionale, e comunque dipendente da una determinata visione del funzionamento dell'economia, smentita dai fatti, è la stessa funzione reputazionale, su cui insistono i sostenitori delle regole fiscali, che viene meno; il cittadino elettore non può imprimere un valore positivo al rispetto di una regola sbagliata o quanto meno troppo fluida e dipendente da una molteplicità di variabili, fuori del controllo di chi decide. Ma la convenienza politica esiste solo se tutto il meccanismo delle regole europee reca in se elementi di controllo e auto-correzione dei processi che equilibrano le asimmetrie di crescita e competitività e danno il senso della stessa credibilità e trasparenza dell'operazione, che resta essenzialmente politico istituzionale.

I teorici dell'Europa multilevel ci spiegano in tutti i modi che il carattere inedito della costruzione europea sta nella primazia del diritto; ma noi sappiamo, da solidi studi storici, economici e antropologici (oltre a Bobbio vorrei ricordare Bourdieu e Foucault, e più recentemente Bruno Latour) che il nesso economia-diritto è inestricabile e appare arbitrario pensare di ciclizzare fasi in cui prevale ora uno ora l'altro; diritto ed economia sono parte di un tutto: ma in questo tutto lo Stato, storicamente dato, ha una sua funzione costitutiva che tende ad innovarsi, a reagire o a subire le condizioni – costrizioni dell'economia; e ciò appare particolarmente vero se nella sua versione democratica la statualità assume come essenziali e uniti in un tutto non scindibile i diritti di libertà e i diritti sociali. E l'Europa nominalmente afferma proprio questo nei suoi statuti di integrazione; questa affermazione è carica di destino e di dialettica con le forze del mercato (le quattro libertà) che pure gli stessi statuti affermano solennemente.

Dunque ecco un'altra domanda di ordine generale: in che cosa deve

consistere la specifica capacità di innovazione che si chiede in questa fase storica agli Stati e in particolare a quella inedita unione tra Stati sovrani che è oggi l'Europa, per mantenere le ambiziose, ma forse ambigue, promesse della conclamata supremazia del diritto; si può rafforzare la supremazia del diritto senza rafforzare la dimensione democratica dell'Unione?

6. L'ultimo punto di analisi, che vorrei segnalare, tocca un profilo specifico: la questione della disciplina della funzione delle fonti del diritto, come elemento cruciale per preservare i tratti fondativi della nostra Carta Costituzionale. In questa ottica, mi sembra conservi un ruolo cruciale, anche ai fini della tutela dei caratteri intrinseci di uno stato di diritto, il tema della tipizzazione del rapporto tra piano normativo della decisione di bilancio e piano della legislazione "altra" esterna alla fase temporale (sessione) nel cui ambito si situa e si svolge la prima: tipizzazione che non viene meno nel nuovo assetto, ma deve solo trovare un ragionevole e trasparente punto di equilibrio contenutistico, dal momento che è comunque in gioco il confine dei rapporti tra Governo e Parlamento, tra posizioni giuridiche soggettive e contenuto patrimoniale e vincoli di equilibrio: torna quindi in gioco uno dei punti cruciali del processo democratico.

Ora il nuovo art. 81 Cost. non ha direttamente tipizzato il contenuto della leggi di bilancio, ma ha rimesso tale operazione ad un'altra fonte di livello costituzionale (che sarebbe poi l'art. 5 della legge cost.n.1/2012); ma tale fonte costituzionale, in realtà, non aggiunge nulla sul piano qualitativo e contenutistico: essa si limita (e qui si individua, a mio avviso, una clamorosa elusione della stessa funzione di garanzia che si intendeva far assumere all'art. 5 della legge costituzionale n. 1/ 2012) a fare rinvio alla cd legge rinforzata, cioè adottata con un quorum più alto, secondo lo stesso schema previsto dall'ultimo comma dell'art. 81 Cost. novellato anche per la deliberazione di indebitamento netto aggiuntivo, in condizioni esterne e straordinarie rispetto al gioco "ordinario" (strutturale)

dell'indebitamento netto, nella fasi avverse e favorevoli del ciclo. Con un processo a cascata, senza qualità e qualificazione, tutto si rinvia alla legge ordinaria "rinforzata", a cui dunque occorre chiedere di ridefinire i rapporti tra la legge di bilancio e la legislazione che rimane altra da questa fonte tipo.

Comincia a far capolino, come del resto comprensibile e non del tutto infondata, la tesi che intende rinchiudere il recinto della interpretazione del nuovo art. 81 Cost. dentro una sola e ben determinata teoria economica: e da ciò farne discendere, a cascata, una serie di conseguenze anche giuridiche, sulla tenuta in particolare dei livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali (art. 117, secondo comma, lett. m); prestazioni tutte sostanzialmente aggredibili con una mera operazione numerica, direttamente in bilancio: in definitiva, tutte le posizioni soggettive potrebbero essere trattate in ultima analisi, come tetti di spesa, al cui interno potrebbero risultare riplasmate con una semplice quantificazione di risorse; a valle si incaricherà la regolamentazione secondaria di declinare i diritti e il loro contenuto concreto.

Si pongono, a mio avviso, seri dubbi sulla intrinseca tenuta positiva di questa operazione ermeneutica, all'interno del sistema costituzionale vigente: oltre che sulla sua intrinseca debolezza scientifica, anche sul piano economico.

Scatta al riguardo tutta la elaborazione sui cd contro limiti costituzionali e sul nucleo non comprimibile dei diritti essenziali di cittadinanza, elementi questi su cui la stessa nostra Corte Costituzionale ha detto cose abbastanza precise.

L'esigenza della tipizzazione della legge di bilancio, tra piano dei fini e piano dei mezzi, (che possono ben essere riuniti) attiene alla funzione di questa legge nella delimitazione dei poteri tra Governo e Parlamento e alla ricostruzione, previa e giustiziabile, delle posizioni soggettive che danno corpo ai livelli essenziali, civili e sociali.

Quindi ben si può, come è stato fatto, riorganizzare su un diverso piano (fonte) la legge di bilancio, (chi scrive lo suggeriva fin dal 1993), ma non si può eliminare questa sua funzione tecnica, che è strutturale nel funzionamento della

democrazia rappresentativa. Dunque, nella legge di bilancio riformata, il piano ricostruttivo dei fini (norme) e il piano dei mezzi (risorse) devono risultare distinti e distinguibili proprio per comprendere quale è la curva delle tendenze in atto sulle quali la decisione di bilancio intende intervenire per sostenere la crescita e per mantenere la rotta di sostenibilità del debito.

Che significa che la legge di bilancio è ora legge sostanziale? Che manovrando direttamente i numeri, senza la mediazione delle norme, si possono destrutturare le posizioni soggettive a contenuto patrimoniale? Le posizioni soggettive sono delimitate dalle norme; si può modificare la tecnica delle norme, si possono riconsiderare in modo motivato tutte le aspettative, ma, come osserva la Corte Costituzionale, c'è un nucleo non riducibile di diritti individuali di cittadinanza. Come si identifica, come si difende, che ampiezza può avere questa difesa?

E' nella tecnica e nella evoluzione storica dello stato di diritto e nella tradizione costituzionale europea in materia fiscale che la mediazione della fonte della legge assume la funzione di delimitare, chiarire e strutturare, le posizioni soggettive dei cittadini. Il controllo contenzioso di legittimità degli atti (negoziali, normativi e amministrativi) richiede intrinsecamente la visibilità di una fonte (normativa primaria e/o secondaria, amministrativa a contenuto generale ecc., provvedimentale, negoziale, ecc.) che possa essere oggetto di un sindacato giurisdizionale. Si può restringere il contenuto e la portata del catalogo dei diritti a prestazioni di cittadinanza, ma l'operazione deve essere condotta nel rigoroso rispetto della fonte a ciò deputata dal sistema costituzionale. La tipizzazione della legge di bilancio, come è inscritto nelle tradizioni costituzionali europee, deve dunque tenere ben distinti il piano dei fini (norme) dal piano dei mezzi (stanziamenti); non comprendere questa specializzazione funzionale significa non avere compreso la funzione storica del bilancio nelle democrazie rappresentative contemporanee. E nessuna teoria economica può travolgere una tale basilare

esigenza dello stato di diritto, a base democratico rappresentativa.

Dunque il vincolo sulle priorità finanziarie deve essere tradotto (nella prima parte della nuova legge di bilancio) nella eventuale riconformazione normativa dei diritti sociali (trattamenti motivatamente uguali o diseguali)<sup>18</sup>; nella seconda parte della legge di bilancio l'effetto normativo si riversa nella struttura numerica delle tabelle e nelle integrazioni normative necessaria alla gestione.

7. Il punto di torsione delle istituzioni democratiche sta nella trasformazione degli strumenti previsivi, di marca economico contabile, in strumenti procedurali

---

<sup>18</sup>Ad avviso di chi scrive una concezione realista e storicamente fondata di questi diritti a prestazione dovrebbe articolarsi, in via generale, su due nessi essenziali; il diritto viene posto e riconosciuto direttamente nella Carta Costituzionale; la sua declinazione deve necessariamente concretizzarsi dentro uno schema istituzionale che struttura tecniche e fonti di finanziamento del diritto idonee a renderlo stabile, tendenzialmente uguale e prevedibile; se queste fonti e queste tecniche rendono incerta, instabile e irragionevolmente diseguale la sua fruizione entriamo nell'area della violazione dei criteri di uguaglianza – disuguaglianza motivata ed oggettivata, che danno sostanza alle istituzioni costituzionalmente riconosciute. E i livelli essenziali, in particolare il diritto alla salute, sono riconosciuti come tali direttamente in Costituzione (art. 32 e 117, comma secondo, lett m).

Chi scrive fonda questa ricostruzione partendo dalla posizione teorica (a partire da LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002), secondo cui il principio di uguaglianza si delinea e si organizza su due versanti del sistema politico: la legge e l'amministrazione. Forse allora dobbiamo chiederci quale è il significato possibile e concreto del precetto costituzionale che intesta allo Stato sia la declinazione dei livelli essenziali, sia la funzione perequativa che deve rendere effettiva su tutto il territorio nazionale la fruizione uguale dei livelli essenziali. (art.117, secondo comma, lett.e, e 119, quarto comma, Cost.).

Una prima risposta è forse questa: rendere possibile un assetto organizzativo e tecnico delle prestazioni, anche nei profili del loro finanziamento, che renda (a tendere) uguale la posizione degli aventi diritto ai LEA. Dove le parole «a tendere» indicano che l'azione politico legislativa deve qualificarsi per una chiara organizzazione verso la fruizione «uguale» dei LEA. Se sul territorio esistono differenze oggettive (popolazione, reddito, età, tipologia delle malattie, ecc) l'azione della legge (statale e regionale) e della amministrazione (regolamenti) deve avere un orientamento verso l'eliminazione delle differenze e la stabilizzazione di un sistema di aspettative soggettive che si fondi su una chiara giustificazione e comprensione delle eventuali differenziazioni: nonché sulla fondata percezione che tali differenze sono temporanee. Solo un sistema razionale che cerchi di realizzare una effettiva uguaglianza delle aspettative dei singoli, sulla base delle premesse costituzionali, può dirsi coerente con l'assetto della stessa Costituzione. E la coerenza assume una sua valenza giuridica in quanto spiega le eventuali differenze di trattamento su basi informative oggettive e chiare; l'oggettività e la chiarezza rendono stabile e funzionale il sistema dei rapporti sociali e rendono possibile una sua articolazione in formule giuridiche oggettive e tutelabili, se necessario, anche in via contenziosa. L'equilibrio del bilancio (tradotto nella forma della legge che ne fissa i contenuti annualmente) non può determinare una inversione nelle priorità dei valori costituzionalmente riconosciuti.

che attraverso un percorso dominato da convenzioni virtuali (diciamo tecniche), prodotte da un processo non controllabile e non legittimato democraticamente, delimitano ed espropriano la sfera delle scelte espressione della rappresentanza democratica.

Qui, a mio avviso, si realizza una mutazione qualitativa nella natura di questi strumenti; da previsivi, destinati a supportare il processo cognitivo del decisore democratico, divengono prescrizioni eteronome, poste come fine vincolato di un processo legislativo, non più governato dalle scelte dei rappresentanti dei cittadini ma soprattutto deprivato della sua sostanza e della sua qualità più intima: quella della formazione di una volontà collettiva proceduralizzata e cognitivamente fondata.

Rimettere al centro della costruzione europea una volontà collettiva democraticamente proceduralizzata e cognitivamente fondata. E' questa l'innovazione più profonda e strutturata che si chiede oggi ai gruppi dirigenti che pensano di mantenere aperta una prospettiva per costruire un demos europeo, dotato di istituzioni che inverano la promessa di tenere insieme diritti di libertà e diritti sociali. E' questa l'innovazione più significativa che, a mio avviso, si chiede oggi agli Stati che compongono l'Unione.

La Costituzione economica europea deve trovare un punto di equilibrio trilaterale tra economia, diritto e politica. Sottrarre all'autonomia della politica un grado cruciale nelle sfere delle scelte relative alla composizione delle politiche fiscali, immaginando di rendere autonoma (neutrale) e giustiziabile la coerenza della azione politica rispetto a questo parametro costituzionale, significa solo, per ora, nella sostanza tutta politica di questa vicenda, riaffermare la necessità di regole di convergenza fiscale nella difficile e complessa fase storica della costruzione di un assetto europeo di tipo federale. Sembra essere l'unico modo che la prevalenza della visione tedesca ha saputo per ora individuare come condizione per continuare a sostenere il processo di integrazione. Ma ad avviso di

molti, e di chi scrive, lo stesso approfondimento del processo di integrazione, se si inverterà, produrrà un superamento comunitario di questa rigidità para-costituzionale; per far ripartire lo sviluppo la regola dovrà essere collocata in un contesto che tratti in modo specifico e appropriato le spese destinate ad investimenti pluriennali a fecondità differita, da finanziare anche con la creazione di debito, pubblico e privato. Il bilancio pubblico europeo deve assumere qualche più netta e percepibile funzione di redistribuzione e stabilizzazione anti ciclica; la banca centrale deve integrare in modo statutariamente chiaro politiche monetarie per la stabilità e interventi di sostegno della trasmissione corretta degli impulsi monetari e della solvibilità del sistema dei pagamenti. E del resto questa prospettiva mi pare che si stia molto lentamente aprendo.

I fatti prodottisi dopo l'adozione della legge costituzionale n. 1 del 2012, mi sembra, abbiano largamente confermato questa lettura; dovendo ora provare a fare il punto della situazione, in chiave costituzionale, direi:

a) gli elementi discrezionali (o irragionevoli) della costruzione del MTO rafforzano la necessità di fare centro su una lettura, più elastica, dell'art. 81 Cost., proprio allo scopo di preservare la tenuta costituzionale di tutto il nuovo sistema, consentendo una funzione di effettivo intervento anticiclico; la tenuta costituzionale è dunque condizionata da una lettura più aperta e flessibile dell'art. 81 Cost. e dei significati polisensibili delle formule ivi utilizzate, che consenta la difesa del nucleo non riducibile delle posizioni di cittadinanza;

b) il lavoro "critico" del nuovo UPB (Ufficio Parlamentare di Bilancio) può aiutare il Parlamento e la stessa Corte Cost. a comprendere dove si situa il limite di ragionevolezza del MTO; naturalmente spetta alla Corte costruire una lettura costituzionalmente e sistematicamente orientata dell'art. 81 Cost.;

c) la irragionevolezza del MTO si comprende meglio utilizzando le formule di

controllo delle macchine tecnologiche alfa numeriche; per correggere gli errori ed evitare che essi si auto moltiplichino il processo di correzione deve essere continuo; quindi al di là dei numeri immessi nella formula, è la stessa sua eccessiva rigidità e lentezza adattiva che può risultare irragionevole e contro produttiva<sup>19</sup>; rischiando di introdurre, dal punto di vista della nostra Carta Costituzionale, un profilo di potenziale incostituzionalità; peraltro, la rigidità della formula serve a limitare la scelta della politica fiscale nazionale; ma si tratta di un assunto che non può essere utilizzato senza la fissazione di limiti (i cd contro-limiti) che preservino i tratti costitutivi della democrazia rappresentativa e dei diritti di cittadinanza sociale;

d) la Corte Costituzionale, nella valutazione dei cd contro limiti, del tutto operanti, è a mio avviso chiamata ad esaminare, se richiesta, anche e soprattutto, i profili relativi alla tutela non riducibile dei nuclei costituzionalmente protetti dei livelli di cittadinanza; è lo stesso criterio che la Corte tedesca e quella portoghese hanno invocato per difendere la natura intrinsecamente democratica del processo politico legislativo di quei paesi. La lettura che propongo è dunque del tutto diversa da quelle che descrivono quanto avvenuto come la fisiologica e aconfittuale evoluzione dei nostri impegni europei, già assunti, e quindi del tutto conformi a Costituzione; aggiungo che è quanto meno molto dubbio che i margini di flessibilità già iscritti nei regolamenti e nel Fiscal rechino in se i meccanismi per uscire dai dilemmi della crisi economica in atto.

Resto convinto che tutto l'impianto degli "acquis" è in pericolo se non si trova un nuovo focus per l'integrazione politica ed economica europea; il lavoro del medium normativo, sul quale gli acquis sono innervati, rischia lentamente di sfaldarsi se non si lavora politicamente per costruire questo nuovo focus.

Il dialogo inter parlamentare, che ora si cerca generosamente di valorizzare,

---

<sup>19</sup> Cfr. DE GRAUWE, *op. cit.*, 2014

è un surrogato interessante ma assai debole di un vero processo di costruzione politica di un nuovo focus di legittimazione democratica. La parola dunque deve tornare alla politica.

**Paolo De Ioanna**  
*Consigliere di Stato*

**DIVERSITY E PARITÀ DI GENERE: IL CONTRIBUTO  
DELLE SCIENZE PSICOLOGICHE NELL'ANALISI DELLA  
NORMATIVA SULLA COMPOSIZIONE DEI *BOARDS*. \***

***(Diversity and equality of genders: the psychological sciences  
in the analysis of the law of boards' composition)***

**ABSTRACT:** *The aim of this study was to evaluate, in a multidisciplinary prospective, the recent disciplinary regulations in terms of bank governance. In fact, Community legislators recall phenomena (such as that of the so-called groupthink) and use operative options (such as that carried out by diversification within management bodies), this has been the object of study by economic and psychological sciences for some time. Therefore, the study of contributions by scholars of the above mentioned subjects is useful, and it is verified that the objectives aimed at by the Community regulations are, concretely, applicable by means of using the identified instruments. The results obtained, bearing in mind the indications in specialized literature, suggest the possibility that each company can freely determine the structure of its own board based on its real needs. However, to date, statistical data on the presence of women on company boards show a significant shortcoming and the legal imposition of having a female representation in the composition of company management bodies appears to be the only viable solution given the ineffective measures of the soft law. In the light, however, of the considerations expressed in this study, it is hoped that future disciplinary interventions will take into account the results of studies on groupthink, where the current reforms are principally functional for an educational process and, however, are transitory in nature.*

**SOMMARIO:** 1. Le novità disciplinari in ordine alla composizione dei *boards* delle banche: il c.d. "CRD IV Package". - 2. Il fenomeno del cd. *groupthink*:... - 3. (segue)... i possibili rimedi. - 4. La <<*gender diversity*>> e la *performance* di impresa. - 5. Considerazioni conclusive.

1. La direttiva 2013/36/UE disciplina l'accesso all'attività degli enti creditizi e detta rilevanti disposizioni in materia di vigilanza prudenziale sulle banche e sulle imprese di investimento. Completa il quadro disciplinare di riferimento il Regolamento n. 575/2013 relativo ai requisiti prudenziali degli enti in parola; provvedimento che apporta modifiche al Regolamento n. 648/2012. Il pacchetto normativo che va sotto l'acronimo CRR/CRD IV (*Capital Requirements Regulation and Directive*), nasce, dunque, dalla necessità di dare esecuzione agli accordi di Basilea III, perseguendo l'obiettivo di garantire, sul piano delle concretezze, omogeneità tra le discipline nazionali in materia. Significative, al riguardo, sono le prescrizioni dettate in ordine alla *governance* dei predetti enti; prescrizioni che, nell'ottica di garantire una corretta e competente direzione delle organizzazioni in discorso, intervengono sulla composizione stessa degli organi di gestione<sup>1</sup>.

Non è un mistero, d'altro canto, che la crisi finanziaria sia stata favorita dalla mancanza di un adeguato sistema di *corporate governance* nelle banche e nelle imprese di investimento<sup>2</sup>. Sul punto, è degno di nota quanto risulta dal *considerando* 53 della direttiva 2013/36/UE ove vengono messe in risalto <<le carenze del governo societario>>; carenze che <<hanno contribuito ad un'assunzione di rischio eccessiva e imprudente nel settore bancario>> decretando il <<fallimento di singoli enti>> e evidenziando <<problemi sistemici negli Stati membri e a livello mondiale>>. In particolare, la genericità e l'assenza

---

\*Contributo approvato dai revisori.

<sup>1</sup>Al riguardo, cfr., per tutti, CAPRIGLIONE - TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014, p. 72 ss. (spec. 76); MCCORMICK - MINTO, *Governance of banks in an era of regulatory change and declining public confidence*, in *Law and economics yearly review*, 1, 2014, p. 6 ss. (spec. p. 38 ss.); SICLARI, *Banking corporate governance and non executive directors in italian law*, in R. Miccù e D. Siclari, *Advanced Law for Economics: Selected Essays*, Torino, 2014, p. 142 ss.

<sup>2</sup>Cfr., al riguardo, *ex multis*, Treasury Committee, *Banking Crisis: regulation and supervision - Fourteenth Report of Session 2008-09 Ordered by the House of Commons to be printed 21 July 2009*, House of Commons, London, 2009; HONAHAN, *The Irish Banking Crisis Regulatory and Financial Stability Policy 2003- 2008: A Report to the Minister for Finance by the Governor of the Central Bank*, Ministry of Finance, Dublin, 2010, consultabile sul sito internet: <http://www.bankinginquiry.gov.ie>; NYBERG, *Misjudging Risk: Causes Of The Systemic Banking Crisis In Ireland*, Ministry of Finance, Dublin, 2011, consultabile sul sito internet: <http://www.bankinginquiry.gov.ie>. Cfr., inoltre, per tutti, con riguardo alla *governance* delle

di vincolatività di talune disposizioni in materia di *governance* <<non hanno facilitato in maniera sufficiente l'attuazione efficace di prassi solide in materia di governo societario>>; da qui la necessità (*considerando* 54) che gli Stati membri prestino l'attenzione dovuta ad assicurare <<una sorveglianza efficace da parte dell'organo di gestione e a promuovere una cultura del rischio sana a tutti i livelli>>.

Pertanto, con i provvedimenti in parola si intende garantire che i componenti degli organi di gestione degli enti creditizi e delle imprese di investimento abbiano qualifiche e competenze idonee all'importante funzione da essi svolta<sup>3</sup>. Inoltre, l'art. 88 attribuisce ai predetti organi la responsabilità generale delle società, fermo restando il compito di verificare l'attuazione degli obiettivi strategici in materia di rischi e di *governance* interna dell'ente<sup>4</sup>. Si aggiunga, poi, la necessità di preservare l'integrità dei sistemi di contabilità e di rendicontazione (compresi i controlli finanziari e operativi). Rilevante è la prescrizione che separa la funzione del Presidente del collegio dalla carica di amministratore delegato in seno alla medesima organizzazione, fatte salve eventuali autorizzazioni da parte delle autorità competenti. Con riguardo, poi, agli enti di significative dimensioni, la direttiva prevede l'istituzione di un comitato per le nomine che è chiamato ad individuare e a raccomandare i candidati in possesso dei requisiti richiesti a svolgere adeguatamente l'incarico di componente dell'organo. Il predetto comitato è tenuto a svolgere un importante ruolo di controllo e monitoraggio sull'operato dell'amministrazione. Più precisamente, esso, dopo aver esaminato i risultati ottenuti dalla gestione,

---

banche italiane, BROGI, *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impr. Soc.*, 2, 2010, p. 293 ss.

<sup>3</sup>Al riguardo cfr. sul sito internet ufficiale della Banca d'Italia il documento di *Analisi dei risultati e dei processi di autovalutazione* del novembre 2013 dal quale si evince come i procedimenti di autovalutazione dei *boards* abbiano evidenziato l'opportunità di accrescere le professionalità, anche per il tramite di specifici piani di formazione per i consiglieri; in taluni casi è stata prospettata l'esigenza di potenziare il *board* mediante la designazione di consiglieri "dotati di specifica professionalità nel settore bancario e finanziario".

<sup>4</sup>Si rinvia, sul punto, a ANTONUCCI, *Despecializzazione e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4, 2014, p. 249 ss.

fornisce eventuali consigli sulle modalità con le quali in futuro è opportuno operare. A ciò aggiungasi, la significativa funzione di valutazione periodica delle conoscenze e delle esperienze dei singoli componenti nonché l'indicativa attività di vigilanza sulla politica dell'organo in ordine alla selezione e alle nomine dei dirigenti.

Si è, dunque, in presenza di una disciplina che presta particolare attenzione alla composizione e al controllo dei *boards*; donde la presa d'atto che un corretto e sano *agere* degli enti creditizi e delle imprese di investimento, non possa prescindere dalla esistenza di un consiglio di amministrazione costituito da membri in possesso di adeguata esperienza e competenza<sup>5</sup>. Per tale motivo, il *considerando* 60 della direttiva in discorso pone l'accento sull'opportunità che gli organi di gestione siano, al proprio interno, *diversificati*. Si fa riferimento, più precisamente, ai vantaggi che possano derivare, in termini di *performance* dell'ente, da una *differenziazione* dei componenti dei consigli sulla base dell'età, del sesso, della provenienza geografica e del percorso formativo/professionale; da qui l'importanza di assicurare un sostanziale equilibrio di partecipazione tra uomini e donne, nonché di garantire un'idonea rappresentanza ai lavoratori.

L'obiettivo esplicitamente perseguito dalla costituzione di organi di gestione *diversificati* è quello di assicurare un controllo più efficace sulla dirigenza, contribuendo, al contempo, a migliorare la <<supervisione del rischio e la resilienza degli enti>>. Trattasi questo di un criterio che, per espressa indicazione della direttiva <<dovrebbe essere applicato più in generale anche nell'ambito della politica degli enti in materia di assunzioni>>. Più precisamente, la carenza di controllo da parte degli organi di gestione sulle decisioni dei dirigenti, come indicato dal provvedimento in parola, è in parte dovuta al fenomeno della mentalità di gruppo (cd. *groupthink*); fenomeno il cui verificarsi,

---

<sup>5</sup>Evidenzia PELLEGRINI, *Gender Diversity and Financial Intermediaries*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 13 luglio 2015, come <<the presence of women in boards of directors and audit committees will develop good behavior (and, therefore, a more transparent and balanced action of financial firms) and will allow potential savings on costs related to the

per l'appunto, dipende dalla mancanza di diversità nella composizione degli organi di gestione<sup>6</sup>. Pertanto, l'art. 88 precisa che il comitato per le nomine debba tenere in debito conto non solo le conoscenze e le competenze ma anche le *diversità* degli organi di gestione nell'individuazione dei candidati <<per l'occupazione dei posti vacanti>>. Inoltre, nell'esercizio delle proprie funzioni, il comitato per le nomine, <<per quanto possibile e su base continuativa>>, deve tener presente la necessità di assicurare <<che il processo decisionale dell'organo di gestione non sia dominato da un singolo o un gruppo ristretto di persone in un modo che pregiudichi gli interessi dell'ente nel suo insieme>>. Al contempo, l'art. 436 del Regolamento n. 575/2013 precisa come ogni ente debba preoccuparsi di pubblicare, con cadenza annuale, informazioni circa la politica di *diversità* adottata nella selezione dei membri dell'organo di gestione, nonché i relativi obiettivi ed eventuali target stabiliti nel quadro di detta strategia; a ciò aggiungasi la necessità di indicare la misura in cui tali finalità siano stati raggiunte.

Dalla disamina dell'impianto normativo si evince che il legislatore richiama fenomeni (come quello del cd. *groupthink*) e utilizza opzioni operative (come quella di effettuare una *diversificazione* all'interno degli organi di gestione), oggetto di studio, da tempo, da parte delle scienze psicologiche ed economiche. Pertanto, l'approfondimento dei contributi degli studiosi delle summenzionate materie appare utile, sì da verificare che gli obiettivi avuti di mira dalla normativa comunitaria siano, sul piano delle concretezze, perseguibili attraverso il ricorso agli strumenti da essa individuati. In particolare, è interessante verificare se la

reconfiguration of the wage system (thanks to the expansion of the number of recipients for the positions).

<sup>6</sup>Sul punto, v. SACCOMANNI, *Il governo societario e la sana e prudente gestione delle banche*, 25 settembre 2012, consultabile sul sito internet della Banca d'Italia che, (p. 2) sottolinea come la diversità, anche in termini di età e genere, sia un valore aggiunto; benché non possa <<essere motivo per dilatare il consiglio: l'esperienza dimostra che oltre certe dimensioni l'efficacia dell'azione si riduce>>. Cfr., altresì, BANCA D'ITALIA, *Le Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, aprile 2014, consultabile sul sito internet della Banca d'Italia ove (p. 30), si evidenzia che per quanto la *governance* delle banche italiane abbia compiuto passi in avanti, <<residuano margini di miglioramento>>.

*diversità* negli organi di gestione sia propedeutica, per un verso, a contrastare il cd. *groupthink* e, per altro verso, al miglioramento delle *performance* d'impresa. I propositi di indagine impongono, dunque, un'analisi multidisciplinare della materia; d'altro canto «il senso della vita e di quell'aspetto essenziale della vita che è la cultura è lavorare insieme, nel dialogo e nel rispetto reciproci (...)»<sup>7</sup> ed esige, quindi, l'interazione con le altre organizzazioni sociali<sup>8</sup>.

2. La definizione del fenomeno del cd. *groupthink* è fornita dallo psicologo sociale Irvin Janis che lo descrive come "a mode of thinking that people engage in when they are deeply involved in a cohesive in-group, when the members' striving for unanimity overrides their motivation to realistically appraise alternative courses of actions"<sup>9</sup>. La *patologia* in parola è rinvenuta in presenza di gruppi che, pur di preservare la coesione tra i propri componenti, finiscono per pregiudicare la fase della discussione sugli argomenti sottoposti al loro vaglio; da qui la circostanza che le decisioni adottate non siano, sul piano delle concretezze, frutto di un genuino confronto tra i membri. A ben considerare, Janis sviluppò la sua teoria in un contesto diverso da quello nel quale la direttiva 2013/36/UE opera; infatti, l'Autore si preoccupò di analizzare il processo determinativo delle scelte di politica estera degli Stati Uniti. Sono, tuttavia, rinvenibili in letteratura

---

<sup>7</sup>Cfr. ZAGREBELSKI, *Contro l'etica della verità*, Bari, 2008, p. 162.

<sup>8</sup>Con riguardo all'interazione delle scienze psicologiche con quelle giuridiche finanziarie, cfr. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria. Valutazione dei rischi finanziari ed indicazioni delle neuroscienze*, Napoli, 2011. Sull'argomento la rivista *Analisi Giuridica dell'Economia* ha dedicato un intero numero (1, 2012). Cfr., altresì, PELLEGRINI, *Regole di comportamento e responsabilità degli intermediari*, in *I contratti dei risparmiatori* a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 217, la quale pone in risalto «l'ambizioso obiettivo di potenziare l'efficacia degli interventi di regolamentazione (...) avvalendosi dell'apporto di tecniche innovative (...)» in grado di «semplificare i processi di natura giuridico-economica».

<sup>9</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, Oxford, England: Houghton Mifflin, 1972, p. 9. In argomento cfr., per tutti, JANIS - MANN, *Decision making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment*, New York, 1977; TURNER - PRATKANIS, *Twenty-five years of groupthink theory and research: lessons from the evaluation of a theory*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 73, 1998, p. 105 ss. Più di recente, cfr. BADIE, *Groupthink, Iraq, and the War on Terror: explaining US policy shift toward Iraq*, in *Foreign Policy Analysis*, vol. 6, 2010, p. 277 ss.

alcuni studi che, ampliando il campo di indagine in parola, estendono le considerazioni ivi sviluppate agli organi collegiali presenti nelle aziende, giungendo alle conclusioni secondo le quali, anche in detti contesti, sia diffuso il cd. "pensiero di gruppo"<sup>10</sup>.

Va, dunque, fatto presente che detto fenomeno può alterare il corretto processo decisionale degli organi di gestione, ma, sul piano delle concretezze, risulta di difficile previsione. Tuttavia, la letteratura di settore ha provato ad individuare in taluni fattori, gli indici che consentono di ravvisarne il verificarsi. Si fa riferimento, in particolare, all'esistenza di un <<cohesive group>>, di una <<structural faults in decision making>> e della <<situational context>><sup>11</sup>. In altri termini, gli studiosi della materia sostengono, in primo luogo, che un certo affiatamento tra i componenti del consiglio possa sfociare in cameratismo; da qui l'assenza di forti posizioni critiche all'interno del collegio che, se per un verso, consente l'assunzioni di decisioni celeri, per altro verso, impedisce un sano confronto tra i differenti punti di vista dei partecipanti<sup>12</sup>. Non meno rilevante è l'eventualità che i processi decisionali evolvano secondo inconsueti canoni; ciò può accadere a causa di un'inadeguata modalità di assunzioni di informazioni necessarie per addivenire ad una scelta ponderata nonché in ragione della presenza di *leader* che affermino fermamente personali opinioni scoraggiando, per tale via, il dissenso<sup>13</sup>. Infine, i membri del consiglio, in condizioni di forte stress oppure dinanzi ad opzioni operative caratterizzate da particolare

---

<sup>10</sup>Ci si riferisce, per tutti, a O'CONNOR, *The Enron board: the perils of groupthink*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2003, vol. 71, p. 1233 ss. e, più di recente, a MC CONNELL, *Improving risk governance - A proposal on board decision-making*, in *Journal of risk and governance*, vol. 2, 2013, p. 173 ss.

<sup>11</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., *passim*.

<sup>12</sup>Cfr. CALLAWAY - ESSER, *Groupthink: effects of cohesiveness and problem-solving procedures on group decision making*, in *Social Behavior and Personality: an international journal*, vol. 12, 1984, p. 157 ss.. Detti autori ritengono che i risultati di un gruppo migliorano se i partecipanti prestano maggiore attenzione alla risoluzione del problema piuttosto che a mantenersi coesi.

<sup>13</sup>Al riguardo, cfr. FODOR - SMITH, *The Power Motive as an Influence on Group Decision Making*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 42, 1982, p. 178 ss. evidenziano,

complessità, preferiscono sostenere la posizione della maggioranza; infatti, il senso di sicurezza che conferisce l'appartenenza al gruppo contribuisce a smorzare l'ansia derivante da possibili dilemmi decisionali individuali<sup>14</sup>.

La sussistenza di tali presupposti, secondo detto orientamento, favorisce il possibile ingenerare di errori decisionali derivanti, principalmente, dall'*overconfidence*. Infatti, la *coesione* tra i membri del collegio nonché la presa d'atto che il medesimo gruppo abbia già ottenuto, in passato, determinati successi, può creare un'ingiustificata fiducia da parte dei partecipanti in ordine alle capacità della compagine di adottare la migliore tra le soluzioni possibili<sup>15</sup>. Pertanto, in presenza di dati obiettivi che consigliano, in condizioni di incertezza, di essere particolarmente prudenti, l'organo decisionale, motivato dalla forte aspettativa sulle proprie abilità, può assumere decisioni spregiudicate; a ciò aggiungasi l'ulteriore convinzione della *intrinseca moralità del gruppo* cui consegue la certezza da parte dei suoi membri che qualsiasi delibera sia necessariamente tesa a perseguire un interesse collettivo<sup>16</sup>. Inoltre, è significativo constatare che le condizioni di cui sopra, favoriscono il rischio che il collegio sottostimi gli avvertimenti negativi nella fase dell'assunzione delle decisioni (la c.d. *razionalizzazione collettiva*<sup>17</sup>). In alcuni casi tali moniti vengono, addirittura, mal interpretati pur di giustificare le scelte adottate; ciò, per lo più, a causa della diffusa difficoltà degli individui a modificare lo *status quo*.

---

invero, come la coesione del gruppo incide poco sui processi decisionali dello stesso. Essi attribuiscono, invece, un ruolo decisivo al leader.

<sup>14</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 86 e p. 183.

<sup>15</sup>Al riguardo, di recente, cfr. BÉNABOU, *Groupthink: Collective Delusions in Organizations and Markets*, in *Review of Economic Studies*, vol. 80, 2013, p. 429 s.

<sup>16</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 88.

<sup>17</sup>Ad avviso di LANGEVOORT, *Where were the Lawyers? A behavioural inquiry into lawyers' responsibility for clients' fraud*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 46, 1993, p. 102 s. <<when people voluntarily commit themselves to a certain position, attitude or belief, the subsequent discovery of information that indicates harmful consequences flowing from that commitment directly threatens their self-concept as good, worthwhile individuals. Thus, cognitive processes will work to suppress such information if at all possible>>.

Inoltre, si è in presenza del cd. *groupthink* quando, all'interno del gruppo, si sviluppano pregiudizi nei confronti di coloro che abbiano opinioni diverse o contrarie; ci si riferisce al cd. *out-group stereotypes*<sup>18</sup>. Tale fenomeno può costituire un incentivo a conformarsi alla volontà della maggioranza da parte di chi teme la disapprovazione dei colleghi e la conseguente emarginazione dal collegio. Inoltre, si rinviene la cd. *illusione di unanimità* ogni volta che i *leader* facciano intendere agli altri membri che, su determinati argomenti, il gruppo sia già orientato verso una determinata decisione<sup>19</sup>. Detta spregiudicata tecnica comunicativa può rappresentare un deterrente ad esprimere un'opinione contraria da parte dei dissenzienti, i quali, immaginando di poter alterare gli equilibri (illusoriamente) creati, preferiscono tacere. Si assiste, dunque, ad una sorta di *auto-censura* che favorisce l'adozione, all'unanimità, di delibere che, altrimenti, sarebbero state decise a maggioranza o, magari, respinte. Il medesimo effetto è riscontrabile in tutte le ipotesi nelle quali chi è in disaccordo con la decisione che sembra maturarsi, sceglie il silenzio e aderisce, in fase deliberativa, alla volontà della maggioranza. La cd. *self-censorship*<sup>20</sup> viene, inoltre, favorita dall'esistenza di un rapporto gerarchico in seno al consiglio. Infatti, chi è *di grado* più basso rispetto ad altri, è incline a non esprimere il personale dissenso su una data tematica perché teme il giudizio negativo dei *più forti*<sup>21</sup>.

Non è escluso, poi, che la maggioranza eserciti forme di *pressione sociale* nei confronti di chi, invece, si pone in disaccordo con l'orientamento prevalente; tale sollecitazione consiste nell'etichettare il dissidente con espressioni idonee a sminuirne il ruolo all'interno del gruppo<sup>22</sup>. In tali circostanze, l'oppositore tende a

---

<sup>18</sup>Cfr., al riguardo, JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 230.

<sup>19</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 83 e p. 167.

<sup>20</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 34.

<sup>21</sup>Sul punto, cfr., PRENDERGAST, *A Theory of "Yes Men"*, in *The American Economic Review*, vol. 83, 1993, p. 757 ss.

<sup>22</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 39 ss.

rivedere le proprie opinioni conformandosi, per tale via, alle scelte degli altri, si da evitare che possa essere messa ulteriormente in discussione la propria posizione in seno al collegio. Inoltre, con l'intento di dover salvaguardare la coesione tra tutti i componenti, il gruppo ricorre ai cc.dd. *mindguards*<sup>23</sup>. Si fa riferimento a coloro i quali sia affidato il compito di proteggere la compagine dalla possibile influenza di informazioni contrarie al pensiero dei *leader*; donde l'importanza della funzione da essi ricoperta nel garantire un'uniformità di idee tra i partecipanti.

In conclusione, sulla base delle indicazioni provenienti dagli studi di psicologia, è possibile individuare taluni elementi ritenuti sintomatici del fenomeno del cd. *groupthink* (benché non risulti sul punto uniformità di opinioni<sup>24</sup>). La normativa comunitaria, come si è detto, ha inteso contrastare detta *patologia* ricorrendo alla *diversificazione* degli organi di gestione; a tal proposito, dunque, appare opportuno verificare se gli esperti del settore ritengono sufficiente un tale espediente al fine di osteggiare efficacemente il proliferare di tale piaga all'interno dei *boards*.

3. Alcuni studi di settore considerano il cd. *groupthink* responsabile dell'adozione di decisioni di modesta qualità da parte degli organi competenti delle aziende; ciò tendenzialmente dipende dalle insufficienti informazioni assunte dai medesimi con riguardo alle questioni sulle quali sono chiamati ad esprimersi. In particolare, rileva la scarsa considerazione dei rischi connessi alla

---

<sup>23</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 78 ss.

<sup>24</sup>Va, infatti, segnalato che taluni studi di settore mettono in discussione le risultanze degli studi di Janis; ciò peraltro conferma la difficoltà di individuare, sul piano delle concretezze, il fenomeno del cd. *groupthink*. Cfr., al riguardo, ALDAG - FULLER, *Beyond Fiasco: A Reappraisal of the Groupthink Phenomenon and a New Model of Group Decision Processes*, in *Psychological Bulletin*, vol. 113, 1993, p. 533 ss.; KRAMER, *Revisiting the Bay of Pigs and Vietnam decisions 25 years later: How well has the groupthink hypothesis stood the test of time?*, in *Organizational Behavior & Human Decision Processes*, vol. 73, 1998, p. 38 ss.; WHYTE, *Recasting Janis's Groupthink Model: The Key Role of Collective Efficacy in Decision Fiascoes*, in *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, vol. 73, 1998, p. 185 ss.; BARON, *So right it's wrong: Groupthink and the ubiquitous nature of polarized group decision making*, in *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 37, 2005, p. 219 ss.

soluzione adottata nonché delle possibili alternative. A ciò aggiungasi, il possibile compimento di errori di giudizio nei processi decisionali cui consegue, inoltre, l'incapacità di elaborare idonei piani di emergenza per rimediare a stime errate<sup>25</sup>. Non è, inoltre, da escludere che un gruppo *coeso* possa assumere atteggiamenti immorali in mancanza di funzionanti sistemi di controllo (esterni e interni allo stesso)<sup>26</sup>.

I possibili rimedi per contrastare il verificarsi del fenomeno in parola non sono condivisi dalla dottrina specialistica; da qui la difficoltà, evidenziata da taluni<sup>27</sup>, di tradurli in regole giuridiche. Pertanto, non solo, sembrano ancora incerti i presupposti identificativi del cd. *groupthink*, ma poi, l'efficacia degli espedienti individuati per combatterlo appare essere, al presente, discussa. Ciò premesso, l'adozione di procedure in grado di assicurare un proficuo confronto tra diversi punti di vista dei membri del collegio, può aiutare a prevenire la predetta *patologia del pensiero*. A tale scopo gli studiosi ricorrono a tecniche operative funzionali a riconoscere la giusta rilevanza alla fase della discussione sulle questioni sottoposte al giudizio del gruppo; al riguardo, vengono indicate alcune prescrizioni che devono essere osservate dal leader, dall'organizzazione e da ciascun membro. Più precisamente, colui il quale svolge la funzione di guida deve adempiere alla propria funzione con imparzialità; egli è tenuto ad assegnare a ciascun componente, individuato di volta in volta, a rotazione, il ruolo del cd. *avvocato del diavolo*<sup>28</sup> il quale ha la funzione di individuare validi argomenti in grado di mettere in discussione la scelta operativa indicata dal gruppo. In tale logica di ottimizzazione delle scelte sembra ispirata la proposta di ricorrere,

---

<sup>25</sup>Per tutti, cfr., JANIS - MANN, *Decision making: a psychological analysis of conflict, choice, and commitment*, cit., *passim*

<sup>26</sup>Cfr. SIMS, *Linking groupthink to unethical behavior in organizations*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 11, 1992, p. 654.

<sup>27</sup>Per tutti, RACHLINSKI, *The "new" law and psychology: a reply to critics, skeptics, and cautious supporters*, in *Cornell law review*, vol. 85, 2000, p. 739 ss.

<sup>28</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 267 ss.

altresì, ad esperti esterni ai quali richiedere opinioni circa le possibili conseguenze di talune decisioni.

Significative, poi, sono le prescrizioni alle quali attenersi a livello organizzativo per tentare di prevenire il fenomeno in parola. Si ha riguardo all'importante ruolo ricoperto da appositi comitati (costituiti in seno al consiglio) ai quali sottoporre le medesime problematiche; detti raggruppamenti dovranno operare in maniera del tutto indipendente, sicché, successivamente, possano essere analizzati i risultati cui sono pervenuti. L'obiettivo ultimo di dette procedure consiste, dunque, nel favorire lo sviluppo del pensiero critico di ciascun componente le cui condotte devono essere ispirate a logiche di onestà e trasparenza. In tale ultima prospettiva assume rilevanza l'adozione di specifici programmi diretti, da un canto, a favorire la dialettica all'interno del consiglio e, da altro canto, a diffondere, in seno al medesimo, valori ispirati ai principi di lealtà e correttezza.

Il raggiungimento di tali finalità dipende, come si è detto, dall'adozione di appositi accorgimenti tra i quali va annoverato il rimedio della *diversificazione* (basata sull'età, sul sesso, sulla provenienza geografica) delle diverse rappresentanze all'interno del gruppo<sup>29</sup>. Per tale via, infatti, si intende assicurare il confronto tra punti di vista disparati; tuttavia detto espediente, benché necessario, non appare sufficiente a prevenire il fenomeno del *pensiero di gruppo*<sup>30</sup>. Infatti, parte della letteratura di settore pone l'attenzione sulla necessità di riformare la disciplina della *corporate governance* formalizzando anche <<the role of devil's advocate>><sup>31</sup>. In particolare, il ricorso alla regola *de*

---

<sup>29</sup>Cfr., al riguardo, per tutti, O'CONNOR, *The Enron board: the perils of groupthink*, cit., p. 1306 ss.

<sup>30</sup>Cfr. JANIS, *Victims of groupthink: a psychological study of foreign-policy decisions and fiascoes*, cit., p. 267

<sup>31</sup>In tal senso si esprime, per tutti, O'CONNOR, *The Enron board: the perils of groupthink*, cit., p. 1295 e, più di recente, HOWARD, *Groupthink and corporate governance reform: changing the formal and informal decision making processes of corporate boards*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 20, 2011, p. 453 ss. Cfr., altresì, LUNENBURG, *Devil's Advocacy and Dialectical Inquiry: Antidotes to Groupthink*, in *International journal of scholarly academic intellectual diversity*, vol. 14, 2012, p. 5 s., secondo cui numerose organizzazioni fanno ricorso alla tecnica del *cd. avvocato del diavolo*. In particolare, << Royal Dutch Petroleum

qua salvaguardia la posizione della minoranza ed incoraggia, al contempo, il dibattito tra i membri, migliorando, per tale via, la *performance* del gruppo<sup>32</sup>.

A ben considerare, tuttavia, l'utilizzo di detta tecnica, pur assicurando decisioni ponderate, presenta alcuni inconvenienti che ne rendono difficile l'applicazione. La sua corretta espletazione impone, in primo luogo, l'osservanza di tempi tecnici adeguati a scongiurare il pericolo che essa si riduca a mera formalità. Inoltre, è possibile che, sul piano delle concretezze, detto metodo favorisca il possibile verificarsi di tensioni tra i partecipanti; tensioni che potrebbero compromettere la convivenza tra i membri del gruppo<sup>33</sup>. I medesimi inconvenienti, poi, si rinvengono nell'ulteriore tecnica denominata *Dialectical inquiry* proposta dagli studiosi di psicologia. Detta procedura consiste, in estrema sintesi, nella predisposizione di diversi *team* all'interno del consiglio con lo scopo di individuare percorsi alternativi ad una determinata decisione; donde l'ulteriore incontro tra tutti i componenti del gruppo per estrapolare le parti considerate migliori di ciascun piano sì da predisporre quello definitivo<sup>34</sup>.

Si è in presenza, pertanto, di dati che testimoniano la necessità di utilizzare tecniche ulteriori rispetto alla mera *diversificazione* dei componenti dei *boards*, se si intende contrastare più efficacemente il fenomeno del cd. *groupthink*. Al riguardo, invece, il pacchetto disciplinare CRD IV e CRR non sembra dare particolare risalto ad altri rimedi che la letteratura di settore ritiene importanti al fine di osteggiare tale condizione *patologica*. Va verificato, allora,

---

regularly uses a devil's advocacy approach. Before making a major decision, such as entering a market or building a plant, Anheuser-Busch assigns some group the role of critic with the purpose of uncovering all possible problems with a particular proposal and making a case for each side of the question. IBM has a system that encourages employees to disagree with their bosses>>.

<sup>32</sup>Cfr. O'CONNOR, *The Enron board: the perils of groupthink*, cit., p. 1305.

<sup>33</sup>Cfr. SCHWEIGER - SANDBERG - RECHNER, *Experiential Effects of Dialectical Inquiry, Devil's Advocacy and Consensus Approaches to Strategic Decision Making*, in *Academy of management*, vol. 32, 1989, p. 745 ss.

<sup>34</sup>Per una più precisa puntualizzazione delle diverse fasi della regola in parola, cfr., anche per i riferimenti bibliografici, LUNENBURG, *Devil's Advocacy and Dialectical Inquiry: Antidotes to Groupthink*, in *International journal of scholarly academic intellectual diversity*, vol. 14, 2012, p. 7.

se gli studiosi della materia considerano tale espediente almeno funzionale al miglioramento delle *performance* aziendali.

4. Un dato sul quale riflettere è l'assenza di univoci studi empirici circa i concreti vantaggi derivanti da organi di gestione delle aziende nelle quali i componenti sono differenziati per età, sesso, provenienza geografica, percorso formativo e professionale. In materia, infatti, accanto a contributi che pongono l'accento sui benefici, in termini di *performance*, derivanti dalla <<diversity board>><sup>35</sup>, se ne rinvengono altri i quali sconfessano tale assunto<sup>36</sup>. Ulteriori studi dubitano circa le utilità discendenti dalla *diversità* basata sul genere e sull'istruzione evidenziando, invece, come la varietà razziale e di età incrementi le prestazioni finanziarie delle imprese<sup>37</sup>. Più in generale, si distingue una <<diversity visible>> da una <<less visible>>; intendendo con la prima la *differenziazione* fondata su taluni indici facilmente verificabili (età, sesso ecc.), e con la seconda la *diversificazione* poggiata, invece, su parametri difficilmente verificabili (quali l'educazione, il contesto professionale, l'esperienza nel settore da parte dei componenti)<sup>38</sup>.

Ugualmente discusso è l'effetto benefico conseguente all'adozione della <<gender diversity>> nella composizione del consiglio di amministrazione. Sul punto, si rinvia ampia letteratura che considera la presenza di donne nei cda delle imprese elemento indispensabile per migliorarne le prestazioni. Da qui

---

<sup>35</sup>Cfr., per tutti, BARNHART, MARR, ROSENSTEIN, *Firm Performance and Board Composition: some new evidence*, in *Managerial and Decision Economics*, 15, 1994, p. 329 ss.; KANG - CHENG - GRAY, *Corporate Governance and Board Composition: diversity and independence of Australian boards*, in *Corporate governance and board composition*, vol. 15, 2007, p. 195 ss.;

<sup>36</sup>Cfr., per tutti, anche per i riferimenti bibliografici, da ultimo, FERREIRA, *Board Diversity: Should We Trust Research to Inform Policy?*, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 23, 2015, p. 108 ss. il quale sottolinea (p. 109) come << the link between firm performance and board gender diversity is tenuous>>.

<sup>37</sup>Cfr., sul punto, WELLALAGE - LOCKE, *Corporate governance, board diversity and firm financial performance: new evidence from Sri Lanka*, in *Int. Journal Business Governance and Ethics*, vol. 8, 2013, p. 116 ss.

<sup>38</sup>Cfr. MILLIKEN - MARTINS, *Searching for Common Threads: understanding the multiple effects of diversity in organizational groups*, in *Academy of Management Review*, 21, 1996, p. 403 s.

potrebbe evincersi l'opportunità di adottare misure tese ad assicurare non già *la parità di genere* in seno agli organi di gestione, ma piuttosto la prevalenza femminile nella formazione degli stessi (!). Tuttavia, anche in ordine alle conseguenze positive derivanti dalla <<*gender diversity*>> la letteratura di settore appare tutt'altro che univoca. Si fa riferimento, ad esempio, a studi che, analizzando i risultati di imprese svedesi per un periodo decennale (1995-2005), hanno evidenziato l'impatto negativo sui rendimenti delle aziende della *diversità* di genere nei consigli<sup>39</sup>. Invero, la presenza femminile nella struttura dirigenziale sembra potenziare la <<participation of directors in decision making>>, nonché produrre un maggiore monitoraggio sull'attività degli amministratori delegati e, altresì, favorire <<more alignment with the interests of shareholders>><sup>40</sup>. Nondimeno, non appare riscontrabile alcun nesso tra tali utilità ed il miglioramento della *performance* dell'azienda; sicché, a fronte dell'opinione di chi evidenzia che un pressante controllo nei *boards* produce risultati proficui<sup>41</sup>, si rinviene un orientamento diametralmente opposto<sup>42</sup>.

Si è in presenza, quindi, di indicazioni che non consentono una valutazione in termini assoluti dei meriti (o demeriti) associati alla <<*diversity board*>> sia essa di genere oppure correlata all'età o, ancora, al percorso professionale dei componenti dei collegi. Nello specifico, taluni contributi dimostrano i benefici

---

<sup>39</sup>Al riguardo, cfr. DAUNFELDT - RUDHOLM, *Does Gender Diversity in the Boardroom Improve Firm Performance?*, 2012, consultabile sul sito internet <https://ideas.repec.org/>. Cfr., inoltre, AL-MAMUN, YASSER, ENTEBANG, NATHAN, *Gender Diversity and Economic Performance of Firms: Evidences from Emerging Market*, in *Journal of Economic Development, Management, IT, Finance and Marketing*, vol. 5, 2013, p. 100 ss.

<sup>40</sup>Cfr. ADAMS - FERREIRA, *Women in the boardroom and their impact on governance and performance*, in *Journal of Financial Economics*, vol. 94, 2009, p. 304.

<sup>41</sup>Cfr. HERMALIN - WEISBACH, *Boards of Directors as an Endogenously Determined Institution: A Survey of the Economic Literature*, in *Economic Policy Review*, vol. 9, 2003, p. 7 ss.

<sup>42</sup>Cfr., anche per i riferimenti bibliografici, ALMAZAN - SUAREZ, *Entrenchment and severance pay in optimal governance structures*, in *Journal of Finance*, vol. 58, 2003, p. 536, per i quali <<while there seems to be a consensus on the advantages of strong boards, the business press has recently reported on the “excessive” pressure that some corporations are exerting on their CEOs, on the reduction of the length of CEOs’ tenures, and on CEO replacements that do not follow any obvious mistake or any sign of poor performance>>.

della *diversity* soltanto in presenza di certi presupposti<sup>43</sup>; in particolare una *corporate board* diversificata non agevola i processi decisionali di aziende chiamate ad adeguarsi a repentini mutamenti delle realtà circostanti in situazioni di turbolenza<sup>44</sup>. Al riguardo, fattore determinante è <<the age of the firm, or the stage within the growth cycle in which it finds itself>><sup>45</sup>. Di contro, un *board* diversificato è raccomandato <<with less information asymmetry>> tra insiders e outsiders, sicché <<it is easier for an outside or female director to transform her general expertise to a specific firm and become an effective director>><sup>46</sup>.

Vanno, altresì, segnalati gli studi di psicologia cognitiva che evidenziano come le donne rispetto agli uomini risultino essere maggiormente avverse al rischio, donde l'individuazione di significativi tratti distintivi tra i sessi. Più precisamente, è stato osservato che le donne, a differenza degli uomini, ritengono maggiormente pericoloso un investimento in obbligazioni con scadenza a lungo termine, laddove considerano meno imprudente investire denaro nell'acquisto di oro o oggetti di antichità<sup>47</sup>. Significativo, inoltre, è un esperimento che ha riguardato un campione di uomini e donne al quale fu sottoposto un test ove ad ogni domanda sbagliata il partecipante subiva una penalità; interessante è stata la constatazione del maggior numero di risposte "non date" dalle donne sì da non subire nocumento, sebbene, nel complesso, le

---

<sup>43</sup>Cfr. JACQUELYN - HUMPHREY, *Does Board Gender Diversity Have a Financial Impact? Evidence Using Stock Portfolio Performance*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 122, 2014, p. 709 ss.

<sup>44</sup>Cfr. GOODSTEIN - GAUTAM - BOEKER, *The Effects of Board Size and Diversity on Strategic Change*, in *Strategic Management Journal*, vol. 15, 1994, p. 246 i quali sostengono <<that large and diverse boards would have limited effectiveness in directing strategic change during periods of environmental turbulence>>.

<sup>45</sup>Anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia a ENRIQUES - ZETZSCHE, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 16, 2015, p. 220 s. i quali ritengono (p. 221) <<that the ability of diverse boards to influence banks' performance and risk-taking is highly contingent on the specific circumstances of each bank and of each market for bank directorships>>.

<sup>46</sup>Cfr. NYGAARD, *Forced board changes: Evidence from Norway*, in *NHH Dept. of Economics Discussion Paper*, 5, 2011, p. 19.

<sup>47</sup>Cfr. WANG, KELLER, SIEGRIST, *The Less You Know, The More You Are Afraid of. A Survey on Risk Perceptions of Investment Products*, in *The Journal of Behavioral Finance*, VO. 12, 2011, p. 9 ss

soluzioni proposte dagli uomini si rivelarono più corrette<sup>48</sup>. Oltre una maggiore tendenziale esposizione al rischio degli uomini rispetto alle donne, è stato posto in risalto la più alta propensione del genere femminile a ricorrere, nei personali procedimenti decisionali, a schemi semplificativi per il tramite di *euristiche*<sup>49</sup>. Tuttavia, gli uomini si sono mostrati maggiormente disposti rispetto alle donne a richiedere ampi ragguagli in presenza di dilemmi decisionali (benché siano rimasti più spesso vittima dell'*overconfidence*).

Va, peraltro, evidenziato come le personali inclinazioni delle persone possono sfumare, se non anche perdersi qualora gli individui (senza distinzione di genere) operino in circostanze di gruppo ove, accanto a possibili condizionamenti provenienti da taluni componenti dotati di particolare carisma, si rinvengono molteplici interessi sottostanti (come quelli, ad esempio, degli azionisti) di cui i membri non possono non tener conto. Ne deriva, dunque, che, sebbene le donne siano maggiormente avverse al rischio rispetto agli uomini, non è escluso che detta peculiarità si perda in contesti organizzativi nei quali esse sono chiamate a svolgere funzioni in grado di riverberare conseguenze al di fuori della soggettiva sfera di valori. Al riguardo, significativi sono gli studi che negano vi sia una particolare connessione tra presenza femminile nei *boards* e diminuzione della repulsione al rischio delle decisioni assunte dagli organi<sup>50</sup>, benché <<when a company faces a significant level of risk, it is less likely to hire women (...), since they are seen as being less willing to make risky decisions that might be necessary for the good conduct of the firm>><sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup>Cfr. BALDIGA, *Gender Differences in Willingness to Guess*, in *Management science*, vol. 60, 2014, p. 434 ss.

<sup>49</sup>Al riguardo, sia consentito il rinvio a ROSSANO, *Il contributo delle scienze cognitive nella valutazione della propensione al rischio*, in *Anal. giur. econ.*, 1, 2012, p. 85 ss.

<sup>50</sup>Cfr. SCHUBERT - BROWN GYSLER - BRACHINGER, *Financial Decision-Making: Are Women Really More Risk-Averse?*, in *The American Economic Review*, vol. 89, 1999, p. 381 ss.; WILSON- ALTANLAR, *Director Characteristics, Gender Balance and Insolvency Risk: An Empirical Study*, 2009, consultabile sul sito internet <http://ssrn.com/abstract=1932107>

<sup>51</sup>Cfr. BAIXAULI-SOLER - BELDA-RUIZ - SANCHEZ-MARIN, *Executive stock options, gender diversity in the top management team, and firm risk taking*, in *Journal of Business Research*, vol. 68, 2015, p. 462.

5. Alla luce di quanto evidenziano gli studi di settore è possibile concludere che la <<*diversity board*>>, di per sé, non è in grado di contrastare efficacemente il pericolo del cd. *groupthink* e non sempre produce effetti positivi sulla *governance* e sulla *performance* delle imprese. Inoltre, la mancanza di dati empirici univoci in ordine all'estensione, nei contesti di gruppo, dei risultati cui pervengono gli studi di psicologia con riguardo ai profili attitudinali e caratteriali dei soggetti, acuisce le difficoltà di tracciare un quadro comune di riferimento da impiegare in ogni circostanza. Infatti non può escludersi che le peculiarità specifiche di un individuo, sul piano delle concretezze, possano andare dissolte in condizioni nelle quali esse non siano in grado di esprimersi. Pertanto, l'assenza di idonei accorgimenti in grado di contrastare quest'eventualità ridimensiona, sotto questo precipuo aspetto, la recente riforma. Al riguardo, è bene ribadire che gli studiosi di psicologia offrono possibili espedienti, benché essi non siano immuni da difetti e necessitano, dunque, di essere perfezionati.

Dalle considerazioni che precedono emergono, dunque, le pecche di interventi disciplinari diretti ad imporre le cc.dd. "quote rosa" nel governo delle società. Infatti, l'introduzione obbligatoria della partecipazione femminile negli organi di gestione in percentuali predeterminate o, altresì, in equilibrate proporzioni rispetto alla presenza di uomini, non è una misura che tiene in debito conto gli interessi specifici delle singole realtà. Tuttavia, va rilevato che le normative europee vanno proprio in tale direzione; significativo è, infatti, constatare come la Norvegia (il primo paese europeo a legiferare in materia) abbia predeterminato, per le società di particolari dimensione, la quota minima di rappresentanza nei consigli di amministrazione; tale cifra viene individuata nel 40% di ciascun genere<sup>52</sup>. Alla stessa stregua, in Italia, come è noto, è stata

---

<sup>52</sup>Section 6-11a of the Norwegian Public Limited Liability Companies Act; provvedimento entrato in vigore il primo gennaio 2006. Cfr., al riguardo, per tutti, di recente, SJÅFJELL, *Gender Diversity in the Board Room & Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?*, in University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series n.. 48, 2014, consultabile sul sito internet <http://papers.ssrn.com/>. Evidenziano gli effetti negativi sulla *performance* di impresa dell'imposizione di una *quota di genere* in Norvegia, AHERN - DITTMAR, *The changing of the boards: The impact on firm valuation of mandated female board representation*,

introdotta la legge 12 luglio 2011, n. 120, che ha imposto l'esistenza di un'equilibrata proporzione tra i generi in tutti gli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate, per tale via modificando le disposizioni contenute nel TUF<sup>53</sup>: detto bilanciamento deve essere realizzato attraverso la riserva della quota di un terzo delle cariche al genere meno rappresentato. Interessante, inoltre, constatare che un recente studio tedesco individui nella soglia del 30% di partecipazione femminile nei *boards*, il limite al di sotto del quale non si rinvergono benefici per l'azienda<sup>54</sup>.

Si è in presenza, dunque, di un orientamento diffuso diretto a rimettere a provvedimenti legislativi, piuttosto che ad interventi di autodisciplina, l'introduzione delle *quote di genere* nelle società. In linea astratta, tenuto conto delle indicazioni della letteratura specialistica e, dunque, delle esigenze dei contesti settoriali nei quali ciascun ente è collocato, è auspicabile affidarsi a mere raccomandazioni sicché ciascuna organizzazione possa liberamente determinare la struttura del proprio *board*. Tuttavia, ad oggi, i dati statistici sulla presenza delle donne nei consigli di amministrazione delle aziende mostrano una lacuna significativa; non è un caso che un recente studio della Banca d'Italia evidenzi che, sebbene la <<female representation in Italian corporate boards has grown in recent years>> (...) le <<women directors reach only 7,4% in 2011 and nearly half of the market has all-male boards>><sup>55</sup>. Nel delineato contesto, dunque,

---

in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 127, 2012, p. 127 ss e MATSA - MILLER, *A female style in corporate leadership? Evidence from quotas*, in *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 5, 2013, p. 136 ss.

<sup>53</sup>Per un commento della disciplina, cfr., per tutti, BUSANI - MANNELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, in *Le soc.*, 1, 2012, p. 53 ss.; RUBINO DE RITIS, *L'introduzione delle c.d. quote rosa negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2012, p. 309 ss.

<sup>54</sup>Al riguardo, cfr. JOECKS - PULL - VETTER, *Gender Diversity in the Boardroom and Firm Performance: What Exactly Constitutes a "Critical Mass?"*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 118, 2013, p. 61 ss. Tali risultati si pongono in linea con ulteriori contributi in materia. Sul punto, v. TORCHIA - CALABRÒ - HUSE, *Women directors on corporate boards: From tokenism to critical mass.*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 102, p. 299 ss. Non è un caso che il 6 marzo 2015, il Bundestag tedesco abbia approvato ad ampia maggioranza l'introduzione di una quota rosa del 30% nei consigli di sorveglianza delle grandi imprese.

<sup>55</sup>Cfr. BIANCO - CIAVARELLA - SIGNORETTI, *Women on corporate boards in Italy*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 174, 2013, p. 10.

l'imposizione, per legge, dell'obbligo di rappresentanza femminile nella composizione degli organi di gestione delle società, è apparsa l'unica soluzione percorribile attesa l'inefficacia dei provvedimenti di *soft law*. A ben considerare, la problematica in discorso tocca aspetti appartenenti al substrato culturale di una comunità civile; la mancanza, infatti, di un'adeguata formazione intellettuale che consideri naturale evoluzione del processo di emancipazione femminile la possibilità di offrire pari opportunità ad entrambi i sessi, ha comportato la necessità di intervenire, in materia, per via legislativa. Alla luce, tuttavia, delle considerazioni espresse in precedenza, si spera che i futuri interventi disciplinari tengano in debito conto le risultanze degli studi di settore, laddove le riforme attuali siano principalmente funzionali ad un percorso educativo e, dunque, abbiano natura transitoria.

In tale senso potrebbe deporre un'interpretazione delle modifiche effettuate dalla legge 12 luglio 2011, n. 120 che ne ridimensionino la portata; si fa riferimento, più specificamente, all'inciso contenuto nell'art. 147-*ter* (comma 1-*ter*) TUF (così come modificato dal provvedimento in parola) che limita la durata dell'*equilibrio tra generi* a soli <<tre mandati consecutivi>>. Alla scadenza del termine, pertanto, l'ente potrebbe essere *libero* di stabilire la composizione del proprio cda senza dover rispettare vincoli *di genere*<sup>56</sup>. Aderendo a tale impostazione, dunque, la normativa avrebbe una funzione principalmente formativa (ed un'efficacia temporanea) diretta, in futuro, a far considerare eventualità naturale quella di assicurare adeguata rappresentanza ad entrambi i sessi nei *boards* se, e nella misura in cui, ciò sia funzionale alle esigenze d'impresa. Va, tuttavia, evidenziato come un'analisi testuale della disposizione in parola mal si presti ad una simile interpretazione. Infatti, l'articolo in discorso fissa semplicemente la durata del criterio di riparto (statutariamente individuato) idoneo a garantire un adeguato equilibrio tra generi in seno al consiglio; sicché, in

---

<sup>56</sup>L'art. 147-*ter*, comma 1-*ter*, recita come segue: <<Lo statuto prevede, inoltre, che il riparto degli amministratori da eleggere sia effettuato in base a un criterio che assicuri *l'equilibrio tra i generi*.

tale arco temporale, l'organo decisionale non potrà procedere ad una modifica del sistema così delineato<sup>57</sup>. Da quest'angolo visuale, dunque, il legislatore avrebbe inteso *soltanto* cristallizzare, per il periodo summenzionato, la regola stabilita dalla società; trascorsi i tre mandati l'ente potrà mutare il modello stabilito purché il nuovo parametro assicuri, in ogni caso, il bilanciamento tra generi.

**Diego Rossano**

*Ricercatore di diritto dell'economia  
nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

---

Il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti. *Tale criterio di riparto si applica per tre mandati consecutivi*>>.

<sup>57</sup>Cfr., al riguardo, BUSANI - MANNELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, cit., p. 56 s. che sottolineano come tale ultima lettura, sebbene sia fondata (e preferibile) non sia sorretta da un'adeguata *ratio*.

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

## TRIBUNALE DI TORINO

SENTENZA DEL 2 LUGLIO 2015 N. 4789

***Anatocismo - Clausola di capitalizzazione – Tutela dei consumatori – Art. 120***

***TUB***

*Con riferimento ai contratti di conto corrente stipulati prima del 2000 e tuttora in essere, è certa – stante il disposto di cui all'art. 1283 c.c. – la non spettanza della capitalizzazione trimestrale (o annuale) degli interessi a favore della Banca fino al 30 giugno 2000. Ciò posto, costituisce un obiettivo peggioramento delle condizioni contrattuali l'introduzione, in tali contratti (come in tutti i rapporti bancari), del meccanismo di capitalizzazione di cui al (vecchio) disposto dell'art. 120 TUB e della conseguente deliberazione CICR del 9 febbraio 2000. Per l'effetto, è necessaria la specifica applicazione per iscritto – mediante sottoscrizione ex art. 1341 c.c. – della clausola di capitalizzazione.*

In persona del dott. Enrico Astuni, in funzione di Giudice unico, ha pronunciato la seguente SENTENZA nella causa iscritta al n. ... R.G. promossa da:

...

-attori-

contro

...

-convenuta -

Udienza di precisazione delle conclusioni: 11.2.2015 Conclusioni: Per gli attori, come in citazione: "I. ACCERTARE e DICHIARARE la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 1284, 1346, 2697 e 14182 c.c., dell'art. 7, comma 3, delle condizioni generali dei

contratti di apertura di credito e di conto corrente impugnati relativa alla determinazione degli interessi debitori con riferimento alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza e, per l'effetto, DICHIARARE la inefficacia degli addebiti in c/c per interessi ultralegali applicati nel corso degli interi rapporti e l'applicazione in via dispositiva, ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c., degli interessi al saggio legale tempo per tempo vigente;

2. ACCERTARE e DICHIARARE la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 1283, 2697 e 1418 c.c., dell'ars. 7, commi 2 e 3, delle condizioni generali dei contratti impugnati relativa alla capitalizzazione trimestrale di interessi, competenze, spese ed oneri applicata nel corso dell'intero rapporto e, per l'effetto, DICHIARARE la inefficacia di ogni e qualsivoglia capitalizzazione degli interessi debitori, riconoscendo la sola capitalizzazione annuale di quelli creditori ed a far data dalla domanda giudiziale con cadenza trimestrale dei medesimi;

3. ACCERTARE e DICHIARARE la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 1325 e 1418, degli addebiti in c/c per non convenute commissioni sul massimo scoperto trimestrale; comunque prive di causa negoziale;

4. ACCERTARE e DICHIARARE la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 1284, 1346, 2697 e 1418 c.c., degli addebiti di interessi ultralegali applicati nel corso dell'intero rapporto sulla differenza in giorni - banca tra la data di effettuazione delle singole operazioni e la data della rispettiva valuta; nonché per mancanza di valida giustificazione causale;

5. ACCERTARE e DICHIARARE, per l'effetto, previa rideterminazione del saldo contabile, l'esatto dare - avere tra le parti del rapporto sulla base della riclassificazione contabile del medesimo in regime di saggio legale, senza capitalizzazioni di interessi passivi, con eliminazione di non convenute commissioni di massimo scoperto e di interessi computati sulla differenza in giorni - banca tra la data di effettuazione delle singole operazioni e la data della rispettiva valuta; riconoscendo la capitalizzazione attiva così come indicata al precedente punto b):

6. DETERMINARE il Tasso Effettivo Globale (T.E.G.) dell'indicato rapporto bancario;

7. ACCERTARE e DICHIARARE, previo accertamento del Tasso Effettivo Globale, la nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca per interessi, spese, commissioni, e competenze per contrarietà al disposto di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, perché eccedente il c.d. tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento, con l'effetto, ai sensi dell'art. 1815 c.c. escludere qualsiasi remunerazione del capitale;

8. In ogni caso, CONDANNARE la banca convenuta al risarcimento dei danni patiti dagli attori, in relazione agli artt. 1337, 1338, 1366, 1376 c.c., da determinarsi in via equitativa;

9. CONDANNARE la convenuta banca al risarcimento dei danni non patrimoniali cagionati dall'illegittima segnalazione in Centrale Rischi, da determinarsi in via equitativa;

10. CONDANNARE la convenuta banca ex art. 96 c.p.c. per aver resistito senza fondato motivo alla domanda di ripetizione odiernamente azionata;

11. CONDANNARE la convenuta banca alla restituzione della somme illegittimamente addebitate e/o riscosse, oltre agli interessi legali creditor capitalizzati e rivalutazione monetaria, in favore dell'istante correntista, prudentemente quantificate in E 48.053,08, oltre spese di CTP, salva la maggior o minor somma accertata in corso di causa, oltre gli interessi legati a far data dalla costituzione in mora, per l'effetto determinare la liberazione dei garanti da ogni vincolo fideiussorio;

12. CONDANNARE in ogni caso la parte soccombente al pagamento delle spese e competenze di giudizio con distrazione in favore dei sottoscritti procuratori antistatari".

Per la convenuta, come in comparsa di risposta: "in via pregiudiziale, respingere siccome inammissibili tutte le domande restitutorie spiegate ex adverso, per le ragioni esposte in narrativa; in via preliminare, accertare che il preteso diritto della BS2 di vedersi restituire le somme corrisposte alla Banca sul conto corrente oggetto di causa è caduto in prescrizione per tutte le operazioni

compiute e/o annotate anteriormente al 6.7.1999 o, quantomeno, per tutti i pagamenti indebiti effettuati anteriormente a tale data, o alla veriore data che sarà determinata dal Tribunale all'esito del l'istruttoria, e, per l'effetto, respingere in parte qua le relative domande attoree; in via principale, respingere come inammissibili e/o infondate tutte le domande attoree, per le ragioni esposte in narrativa, mandando assolta l'esponente da ogni pretesa avversaria; in via riconvenzionale, dichiarare tenuti e condannare la .. con unico socio, in persona del legale rappresentante pro tempore, ed i signori tutti in solido fra loro, al pagamento a favore dell'esponente della somma di euro 60.021,96, o della diversa somma che verrà accertata in corso di causa come saldo del conto corrente n. 1000/31193, oltre agli interessi moratori dal 7.1 1.2012 sino al saldo; in via istruttoria, ammettere il seguente capitolo di prova per testi, rispetto al quale si chiede di sentire il signor .. c/o 1) vero che, a far data dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992, nell'Agenzia di ... furono sempre esposti a disposizione della clientela i Fogli Informativi Analitici recanti le condizioni praticate dalla banca alla clientela (cfr. doc. 10). Con vittoria di onorari, diritti e spese di giudizio, oltre a IVA, CPA e rimborso forfettario".

Fatto

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

... è titolare del c/c n, 1000/31193 presso .. (già n. 28834-32 presso .. acceso nel 1988 e passato a sofferenza in data 7.11.2012 (cfr. annotazione C.T.U. pag. 17 perizia; comunicazione doc. 7 attori).

Ha agito in giudizio per far dichiarare nullità e inefficacia:

- delle condizioni generali di contratto relative alla determinazione degli interessi debitori (interessi "uso piazza" e ultralegali non pattuiti per iscritto), con conseguente applicazione dei tassi di sostituzione, ex artt. 1284 c.c. e 117 TUB;
- della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori;
- delle c.m.s. applicate;

- degli interessi usurari applicati.

Ha chiesto, conseguentemente, di rideterminare il saldo contabile del c/c e l'esatto dare-avere tra le parti, con eliminazione di interessi uso piazza, ultralegali, anatocistici e usurari, c.m.s. e differenze di valuta e la condanna della banca a corrispondere la differenza a credito. Ha chiesto, ancora in via consequenziale condannarsi la banca al risarcimento del danno per aver fatto a suo carico un'illegittima segnalazione a Centrale rischi.

Hanno proposto la citazione anche i due fideiussori chiedendo dichiararsi la liberazione dalla garanzia prestata.

Resiste alla domanda .. in qualità di mandataria di .. eccependo l'inammissibilità della domanda di ripetizione dell'indebito per essere il c/c ancora aperto alla data della citazione; in subordine, la prescrizione decennale dell'azione di ripetizione di indebito, per il tratto anteriore al 9.7.1999 (prima costituzione in mora 9.7.2009); nel merito ha chiesto respingersi la domanda perché infondata e chiesto in via riconvenzionale il pagamento del saldo passivo del c/c. La causa è stata istruita tramite C.T.U.

I. La banca contesta al cliente di aver agito, prima della chiusura del c/c, in ripetizione di indebito senza individuare i pagamenti fatti e ne deduce l'inammissibilità della domanda. Ciò sulla scorta del precedente di Cass. 15.1.2013 n. 798(1) e di taluni precedenti di questa Sezione. Ad es. Trib. Torino, 27.4.2012 n. 2883 secondo cui "con riferimento al conto aperto, la deduzione e prova della natura solutoria [delle rimesse di cui l'attore chiede la ripetizione] costituiscono elementi conformativi, rispettivamente, della domanda e del relativo thema probandum, diversamente dovendo inferirsi l'inammissibilità della condictio indebiti, dal momento che, vero il principio secondo cui actio nondum nata non praescribitur, deve essere ovviamente riconosciuto anche l'opposto". L'eccezione è manifestamente infondata.

In diritto, come già ritenuto in altra pronuncia (Trib. Torino 18.11.2014 su ilcaso.it; orientata in questo senso, con ricchezza di argomenti, vedi anche App. Torino 5.2.2015 n. 214), anche a c/c ancora aperto, il cliente ha comunque titolo e interesse a proporre azione di accertamento negativo, intesa a ottenere: a) la dichiarazione di

nullità delle clausole contrattuali (che prevedano, a titolo di es., diversa periodicità di chiusura al fine di liquidare le competenze, l'applicazione di interessi eccedenti il tasso soglia ecc.); b) l'accertamento delle somme addebitate dalla banca (a titolo di interesse commissione spesa) in base alla clausola nulla o comunque in difetto di una conforme previsione contrattuale; c) infine, lo storno dell'annotazione indebita, col conseguente ricalcolo dei rapporti di dare-avere. Questa azione condivide con quella ex art. 2033 c.c. un nucleo di fatti comune (addebito in c/c in base a patto nullo oppure in mancanza di patto), il quale esaurisce il contenuto dell'accertamento negativo e costituisce parte del più ampio thema decidendum dell'azione di ripetizione. Soltanto per agire in ripetizione, infatti, il cliente ha l'onere di allegare e provare non soltanto l'indebito, ma anche lo spostamento patrimoniale, ossia la rimessa c.d. solutoria.

Per contro, l'accertamento negativo non è subordinato all'esistenza, individuazione e prova di un pagamento ed è pertanto certamente proponibile ancorché il c/c sia ancora aperto (Cass. sez. un. 24418; Cass. 15.1.2013 n. 798). Infatti, a conto aperto, l'interesse ad agire del cliente trova normale soddisfazione nel ricalcolo dell'effettivo dare-avere, a seguito della depurazione del saldo dagli addebiti nulli. Secondo la varietà dei casi, lo storno dell'indebito potrà implicare una semplice riduzione dell'esposizione debitoria, eventualmente anche una maggior disponibilità di fido (se il c/c è affidato), perfino il passaggio del c/c "in nero", senza che all'effetto sia necessario al cliente individuare e provare pagamenti di sorta per legittimarsi ad agire. Di più. Anche ad ammettere che il cliente agisca ex art. 2033 c.c., su c/c ancora aperto, e dia prova di aver pagato somme indebitamente annotate, ciò non basterebbe per accogliere la domanda di condanna della banca a restituire il pagamento. Infatti il (teorico) credito restitutorio del cliente troverebbe inevitabile compensazione, fino a concorrenza, nel saldo passivo di c/c, posto che - come è noto e da tempo acquisito in giur. (da ultimo Cass. 8.8.2007 n. 17390; Cass. 30.3.2010 n. 7624; Cass. 10.11.2011 n. 23539) - quando i reciproci debiti e crediti traggano origine da un unico rapporto, il giudice, per accertare il buon fondamento della domanda,

deve procedere anche d'ufficio alla compensazione c.d. impropria ossia al ricalcolo del dare-avere.

Il risultato pratico delle due azioni, almeno quando il c/c è aperto, finisce quindi per convergere: con l'unica non decisiva differenza che l'eventuale saldo a credito del cliente potrebbe essere preteso mediante azione esecutiva (se il cliente ha agito in condanna) oppure tramite prelievo dal c/c a seguito del passaggio in giudicato della sentenza (se il cliente ha agito in mero accertamento).

In definitiva, vista la convergenza negli esiti pratici e negli elementi costitutivi - le due azioni condividono un nucleo comune di fatti, mentre la sola azione di indebito esige inoltre la prova del pagamento; l'esistenza dell'indebito è antecedente logico indispensabile dell'azione ex art. 2033 c.c. - ritiene lo scrivente che l'azione di accertamento negativo debba intendersi proposta e sia quindi decidibile nel merito, nonostante la mancanza di allegazione e prova di pagamenti, ogni qual volta il cliente, pur dichiarando di agire in ripetizione di indebito, abbia chiesto espressamente (come in specie: vedi le conclusioni in epigrafe) l'accertamento della nullità delle clausole e delle somme indebitamente annotate e il relativo storno, con ricalcolo del dare-avere. In punto di fatto, peraltro, il c/c n. 31 193 è stato chiuso in data 7.11.2012 con passaggio a sofferenza del saldo passivo di E 60.021,96, come risulta dal doc. 22 banca. Non è dubbio che il passaggio a sofferenza determini chiusura del c/c e legittimi quindi, secondo la stessa giur. citata dalla banca, il diritto del correntista ad agire in ripetizione di indebito.

2. L'eccezione di prescrizione è ammissibile.

Gli attori hanno contestato (da ultimo in memoria di replica pag. 1 ss.) alla banca di non aver individuato le rimesse a carattere solutorio ultradecennali. Sta il fatto che la banca ha chiesto dichiararsi la prescrizione di tutte le rimesse annotate sul c/c anteriormente al decennio: cori ciò essa, ha adeguatamente individuato sia l'oggetto dell'eccezione (ogni singola rimessa annotata), sia il dies a qua di decorrenza, consistente nella data di esecuzione.

Lo scrivente conviene che un'eccezione così formulata è determinata nell'oggetto e soddisfa le condizioni minime di chiarezza richieste dalla giurisprudenza, mentre rappresenta un inutile, perfino risibile, formalismo, contrario al principio di sintesi ed economia di mezzi, pretendere che la banca (ed essa sola!) trascriva nel corpo dell'atto in cui esercita l'eccezione data importo ecc. di tutte le rimesse annotate ante decennio.

Va da sé poi che, tra le rimesse ultradecennali, ve ne saranno alcune ripristinatorie (per le quali l'eccezione è bensì ammissibile ma infondata nel merito), altre solutorie (rispetto alle quali l'eccezione di prescrizione è ammissibile e fondata). In definitiva, l'eccezione può essere destinata a rigetto, ma non è certo generica o indeterminata.

3. L'eccezione di prescrizione è tuttavia infondata.

3.1. In punto di fatto, il c/c n. 31193, nel tratto coperto dagli estratti conto versati in atti - dall'e/e al 30.6.1990 fino all'ultimo c/c del 30.9.2012 - e oggetto di ricostruzione da parte del C.T.U. (cfr. perizia pag. 8 e 14), è sempre stato affidato.

La circostanza è stata dedotta dall'attrice già in citazione e non è stata specificamente e convincentemente contestata dalla banca.

Si trae decisiva e documentale conferma dell'esistenza di fidi, in particolare nella forma dell'apertura di credito in c/c (fido per elasticità di cassa), oltre che dell'operazione di portafoglio SBF (anticipazioni) a semplice lettura dei riepiloghi, provenienti dalla stessa banca, delle "condizioni economiche attualmente applicate" in calce agli estratti di conto corrente. Già nell'estratto al 30.9.1990 risulta un tasso di interesse differenziato, del 15,5% fino a £ 50.000.000 e del 19,25% oltre tale soglia. Riesce evidente, specie in mancanza di qualsivoglia difesa sul punto da parte della banca, che i due tassi regolano rispettivamente l'esposizione debitoria entro i limiti del fido e in extra-lido. Poiché dal riassunto scalare risulta applicato il primo tasso, è evidente che il c/c era già allora affidato.

Ancora più chiaro l'e/c al 30.6.1992. Nel riepilogo delle "condizioni economiche attualmente applicate" sono previsti tassi, oltre che per operazioni di portafoglio SBF (15,5%), anche per elasticità di cassa (17%) e scoperto di c/c (20%). Dall'esame del

riassunto scalare, i primi due tassi risultano applicati, con le decorrenze ivi previste. Non è possibile interpretare tali dati, se non nel senso, trasparente e perfino ovvio, che il conto era assistito da aperture di credito, sia pure non fatte per iscritto, ma pacificamente riconosciute dalla banca, tanto che essa conteggiava le proprie competenze sul minor tasso previsto per il caso di saldo debitore entro i limiti del fido. Gli estratti successivi sono allineati a quello 30.6.1992. Sono previsti i tre tassi (SBF, elasticità di cassa, scoperto di c/c), di cui i primi due trovano applicazione negli scalari di periodo. Da ultimo, al 30.6.1999, si confermano esistenti linee di credito per operazioni di portafoglio SBF (8,875%) e per elasticità di cassa (10,75%) ed è quest'ultimo tasso a trovare applicazione nello scalare al 30.6.1999 e i quello del trimestre successivo, già ricadente nel decennio anteriore alla notifica della prima costituzione in mora (9.7.2009: doc. 2 attrice), interruttiva della prescrizione. Ulteriore conferma della presenza di affidamenti si trae dall'esame della visura storica della Centrale rischi della Banca d'Italia, prodotta dall'attrice come doc. 6 (CD-ROM), a partire dal novembre 1995. Ivi risultano, seppure con incompletezze (mancano alcuni anni), due fidi. Uno per "operazioni di smobilizzo crediti" di E 25.823(2) (£ 50.000.000), in seguito denominato "rischi auto liquidanti". L'altro di "conto corrente", ovvero per elasticità di cassa, in seguito denominato "rischi a revoca" di E 51.646 (£ 100.000.000).

Com'è noto, i report mensili della Centrale rischi sono elaborati dalla Banca d'Italia, e resi disponibili al sistema, sulla base della segnalazione mensile proveniente dall'intermediario bancario presso il quale è aperto il rapporto. Che, quindi, gli affidamenti, segnatamente quello in c/c, risultino sistematicamente dalla visura storica di Centrale rischi equivale a dire che la Banca convenuta ne ha riconosciuto stabilmente l'esistenza, provvedendo a comunicarne dati e importi (per classe di rischio, accordato, utilizzato medio ecc.) all'Autorità di vigilanza.

3.2. In diritto, come la giur. (cfr. Cass. 11.3.1992 n. 2915; Cass. 23.4.1996 n. 3842; tra i giudici di merito vedi App. Torino 3.5.2013 n. 902) ha più volte affermato, se è vero che non si dà apertura di credito se non sussiste un obbligo della banca di mantenere

una disponibilità di cassa a favore del cliente, ossia di eseguire operazioni (pagamento assegni, bonifici ecc.) su conto a debito, nondimeno tale obbligo può essere dimostrato non soltanto tramite il documento costitutivo, ma anche per il tramite di prove indirette (quali c/c, riassunti scalari, report di Centrale rischi ecc.) che implicano, in modo univoco, riconoscimento da parte della banca dell'avvenuta concessione dei fido. Cfr. Cass. 113.1992 cif.: "il comportamento della banca, consistente nel pagamento di assegni emessi dal cliente senza copertura, può essere valorizzato, in relazione alle circostanze del caso concreto (quali la durata del comportamento stesso e l'entità delle somme pagate), per ravvisare la tacita conclusione di un contratto di apertura di credito, trattandosi di rapporto non soggetto alla forma scritta".

Questa giur. si è in prevalenza formata su fattispecie anteriori all'entrata in vigore della legge n. 154/92 e del T.U. bancario, quando non era previsto alcun onere di forma ad substantiam per i contratti bancari in generale, compresa l'apertura di credito e risulta, tuttavia, tuttora applicabile, malgrado l'art. 117 co. 3 T.U. preveda un onere di forma scritta ad substantiam per la conclusione di contratti bancari - a esclusione pertanto, almeno in apparenza, dei facta concludentia - e l'art. 2725 cpv. c.c. preveda che i contratti che devono farsi per iscritto a pena di nullità non possano essere provati per il tramite di documenti di natura ricognitiva o confessoria successivi alla conclusione del contratto (cfr. Cass. 7.10.1982 n. 5148: "la prova di un negozio per cui sia richiesta la forma scritta ad substantiam non può essere fornita dalla produzione di una scrittura di natura confessoria, neanche nell'ipotesi in cui il contratto di cui si confessa l'esistenza sia stato stipulato per iscritto, a meno che non vi sia stata perdita incolpevole del documento stesso"; cfr. ancora tra molte Cass. 9.5.2011 n. 10163; Cass. 19,2.2008 n. 4071).

Per vero, non sussiste a carico del cliente alcuna preclusione, né sul piano della validità, né conseguentemente su quello della prova. Sul piano della validità, la nullità del contratto bancario amorfo - come in generale le nullità previste dalla norme di

trasparenza del T.U. - è nullità c.d. unilaterale, ossia soltanto il cliente può farla valere: così, chiaramente, l'art. 127 co. 2 T.U. bancario.

A ciò segue che, se il cliente preferisce chiedere l'esecuzione del contratto bancario ancorché amorfo o in ogni caso non ne eccepisce la nullità ex art. 117, il giudice non può rilevarla d'ufficio in deroga alla generale rilevabilità ex art. 1421 c.c. della nullità contrattuale. Il testo attualmente vigente dell'art. 127 è, incidentalmente, ancora più chiaro, consentendo bensì la rilevabilità da parte del giudice di una nullità prevista dalle norme di trasparenza, ma soltanto alla condizione che essa operi "a vantaggio del cliente", secondo il modello delle c.d. nullità di protezione.

Il piano probatorio è strettamente consequenziale. Se il cliente può chiedere l'esecuzione del contratto bancario amorfo, senza farne valere la nullità, non è evidentemente possibile negargli la possibilità di prova, applicando il limite previsto dall'art. 2725 c.c. per il contratto formale. La questione può essere esaminata anche dall'angolazione del giudice, ma le conclusioni non mutano: se il giudice, in mancanza di eccezione, non può rilevare la mancanza di forma scritta per dichiarare la nullità del contratto, non può neppure rilevarla per applicare in danno del cliente un limite probatorio previsto per il solo caso dei contratti formali.

In precedenza, vedi in questi termini Trib. Torino 31.10.2014 (su [Il caso.it](#)) e Trib. Torino 11.3.2015 (su [dirittobancario.it](#)).

3.3. Provata l'esistenza di un fido per elasticità di cassa, questione successiva è a chi spetti provare la rimessa solutoria anteriore al decennio che determina la prescrizione dell'indebito. Ritiene lo scrivente che la prova della rimessa solutoria non possa competere ad altri che la banca. Muovendo da un canone di normalità contrattuale, ha rilevato Cass. 26.2.2014 n. 4518 che "i versamenti eseguiti su conto corrente [scilicet affidato] hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens. Tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto [scilicet di apertura di credito]" e onera la parte interessata (in genere la banca) di provare l'eccezione alla regola. Nella specie, la banca non ha individuato rimesse solutorie. Non può escludersi che le

stesse possano emergere da un esame approfondito degli scalari, ma ciò esigerebbe, evidentemente, una (parziale) rinnovazione delle operazioni peritali che nessuna delle parti ha chiesto. In definitiva, la prova di fidi continuativi, unita all'assenza di prova di rimesse solutorie, implica, seguendo i principi di Cass. sez. un. n. 24418/2010, che la prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito inizi a decorrere soltanto dalla chiusura del conto corrente (o dalla cessazione del fido).

4. Nel merito, il ricalcolo del dare-avere deve attenersi ai seguenti principi.

4.1. Interessi usurari. Il C.T.U. ha verificato il rispetto dei tassi soglia vigenti *ratione temporis* e non ha riscontrato alcuno sforamento. L'attrice non ha a mosso contestazioni e tale profilo deve intendersi pertanto definito con rigetto della pretesa.

4.2. Interessi ultra-legali. Manca il contratto scritto di accensione del c/c. Egualmente non constano per iscritto i tassi ultra-legali applicati. Ciò comporta l'applicazione, come da C.T.U., del tasso legale ex art. 1284 c.c. fino all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria (n. 154/92) e del tasso sostitutivo ex art. 117 co. 7 TUB (tasso minimo BOT) per il tratto successivo. Sostiene la banca che il comma 7 dell'art. 117 dovrebbe interpretarsi nel senso che ai tassi creditori (a favore del cliente) si applichi "il tasso nominale minimo" e ai tassi debitori (a carico del cliente) il "tasso nominale massimo", essendo evidente che il costo della raccolta per la banca non può mai essere superiore al tasso di impiego.

L'interpretazione è astrattamente ragionevole, ma tralascia di considerare la ratio del comma 7 che è quella di sanzionare la banca, che provvede unilateralmente a predisporre la modulistica contrattuale, per non aver indicato i tassi (comma 4) o per aver pattuito in contratto interessi "uso piazza" o superiori a quelli pubblicizzati (comma 6).

La funzione sanzionatoria della norma consente di avviare il discorso a conclusione, qualificando "operazioni attive" quelle di impiego (ossia a credito della banca e debito del cliente) e passive quelle di raccolta. Alle prime deve dunque applicarsi il tasso minimo BOT e alle secondo il tasso massimo.

Ad abundantiam, si osserva che l'art. 117 co. 7 TUB riprende testualmente l'art. 5 della legge 17.2.1992 n. 154. Ora l'art. 2 co. 1 lett. a) di quella stessa legge - poi sostituito dall'art. 116 TUB - inequivocabilmente qualificava come "operazioni attive" quelle di impiego, prevedendo l'obbligo della banca di rendere pubblico "il tasso massimo per le operazioni attive e quello minimo per le passive distinti eventualmente per forma tecnica, durata e classi di importo, nonché, per le operazioni attive, la misura degli interessi di mora".

4.3. C.m.s. La commissione di massimo scoperto, pur astrattamente valida secondo il prevalente indirizzo di questo Tribunale, deve essere espunta perché non è stata pattuita per iscritto e non constano neppure i criteri per la sua applicazione.

4.4. Capitalizzazione trimestrale. Dall'accensione dei c/c fino al 30.6.2000 è certa la non spettanza della capitalizzazione trimestrale (o annuale) degli interessi a favore della banca, stante il divieto posto dall'art. 1283 c.c. come interpretato dall'ormai stabile giur. (da ultimo Cass. sez. un. 2.12.2010 n. 24418). Gli interessi devono pertanto espungersi e ricalcolarsi, in capitalizzazione semplice, alla chiusura del conto e/o alla cessazione (per revoca, scadenza ecc.) del fido. Maggiori dubbi possono insorgere con riguardo al tratto successivo, in considerazione del fatto che:

- l'art. 120 cpv. T.U. bancario, introdotto dall'art. 25 co. 2 del d. lgs. 4.8.1999 n. 342 e vigente fino al 31.12.2013, ha previsto che il CICR stabilisca "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori". Con ciò è stata introdotta nell'ordinamento una norma di rango primario, evidentemente in deroga all'art. 1283 c.c., che consente l'anatocismo ("produzione di interessi su interessi") nei limiti e secondo le modalità previste dalla fonte secondaria autorizzata (deliberazione del CICR) e alla condizione della pari periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori quando si tratti di operazioni in c/c. Al riguardo, l'art. 7 della delibera CICR 9.2.2000 ha previsto in via transitoria, per i contratti anteriori tuttora pendenti, che

"[2] Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30/6/00, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile, e, comunque, entro il 30/11/00. [3] Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela".

Nella specie, la banca ha pubblicato in G.U. la comunicazione della variazione (chiusura trimestrale dei conti debitori e creditori), ottemperando quindi a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 7, ma ciò non è sufficiente a fare salva la possibilità di capitalizzare trimestralmente gli interessi.

Infatti, rispetto a un rapporto bancario in cui al cliente non possono essere addebitati interessi su interessi, l'introduzione del meccanismo di capitalizzazione, sia pure su base di pari periodicità, ma con (ovvia, peraltro legittima) disparità nei tassi creditori e debitori, rappresenta un intuitivo peggioramento delle condizioni contrattuali.

È quindi necessaria la specifica approvazione per iscritto (art. 7 co. 3) della clausola - mediante sottoscrizione ad hoc ex art. 1341 c.c. - come è previsto in via generale dall'art. 6 delibera CICR 9.2.2000 per i nuovi contratti (cfr. ad es. Trib. Mantova 12.7.2008 e Trib. Mondovì 17.2.2009 entrambi sul sito web Il caso), senza che sia possibile avvalersi del meccanismo semplificato previsto dall'art. 7 co. 2.

È stato d'altra parte acutamente osservato (ancora il cit. Trib. Mondovì) che l'art. 7 co. 2, consentendo la modifica unilaterale "non peggiorativa", appoggia su un fondamento insussistente, ossia la validità per il tratto anteriore al 30.6.2000 della clausola di capitalizzazione.

Infatti "l'art. 25 del d.lgs. 342/99 conteneva tre commi: il primo modificava la rubrica dell'art. 120 del T.U. bancario: il secondo introduceva un nuovo comma due al suddetto articolo, che demandava al CICR di stabilire - con norma sostanziale - modalità e criteri per la produzione di interessi: il terzo comma conteneva una norma

transitoria volta a riconoscere validità alle vecchie clausole anatocistiche ed a disciplinare le modalità attraverso le quali si poteva "confermare" tale validità anche per il futuro. Demandando ad un atto di normazione secondaria (la delibera CICR) il potere di incidere sulla disciplina dell'anatocismo, il decreto legislativo 342/99 assumeva la natura di norma sub-delegante e conferiva al regolamento rara forza pari alla legge ordinaria; solo così era possibile che una fonte regolamentare potesse derogare alla normativa codicistica dell'anatocismo, che, altrimenti, quale fonte sovraordinata, avrebbe prevalso. Ma ciò significa anche che la delibera CICR può derogare alla legge (in questo caso al codice civile) solo nei limiti in cui sia emanata in conformità ed in esecuzione di rara valida norma con forza primaria. A questo punto si deve richiamare il doppio contenuto dell'art. 25 o, se vogliamo, la doppia delega: da un lato l'art. 25 (al comma due, divenuto il nuovo secondo comma dell'art. 120 del T.U. bancario) conferiva alla delibera un potere sostanziale di disciplina di modalità e criteri per la produzione di interessi, che non poteva avere efficacia retroattiva, ai sensi dell'art. 11 preleggi; dall'altro l'art. 25 (al comma tre) sanciva la validità delle vecchie clausole anatocistiche e disponeva che esse potessero mantenere efficacia anche per il futuro, ma a condizione che venissero adeguate alle nuove disposizioni. Il CICR era delegato a stabilire modalità e tempi dell'adeguamento".

Senonché, come è noto, il terzo comma dell'art. 25 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo (Corte cost. 17.10.2000 n. 425) ed è con ciò caduto anche il fondamento di legittimità della normativa transitoria secondaria e, per quanto interessa in questa sede, la possibilità di qualificare la capitalizzazione trimestrale con pari periodicità come "modifica non peggiorativa" suscettibile di adozione per il tramite di una semplice pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

4.5. Saldo. Sviluppando i conteggi su queste premesse - e sul punto c'è coincidenza tra le premesse di diritto sopra enunciate e le rielaborazioni del C.T.U., peraltro neppure contestate dalle parti - risulta un saldo rettificato, a credito di .. di E 14.604,29 alla data del passaggio a sofferenza (a fronte del saldo banca a debito per E 60.021,96).

5. La banca ha eccepito la soluti retentio ex art. 2034 c.c.. L'eccezione, che pur trova un certo seguito nella giurisprudenza di legittimità (da ultimo Cass. 30.5.2008 n. 14481), non ha fondamento.

L'art. 1830 dell'abrogato codice concedeva la soluti retentio in caso di pagamento di interessi "non convenuti o eccedenti la misura convenuta". Il fondamento equitativo di questa norma è stato chiarito dalla dottrina nella naturale fecondità de denaro e nell'assenza, nell'impianto del codice del 1865, di una norma suppletiva che obbligasse il debitore a corrispondere l'interesse legale, in caso di nullità o assenza della convenzione di interesse ultralegale.

La norma e il principio da essa espresso sono oggi evidentemente inapplicabili, in considerazione sia della mancata riproduzione nel nuovo codice dell'art. 1830, sia della concessione al creditore dell'interesse legale (art. 1284 co. 3) in caso di invalida pattuizione di interessi ultralegali. Anche a voler esaminare la questione con la lente dell'art. 2034 c.c., è evidente che la banca non può ritenersi autorizzata a trattenere le somme indebitamente percepite, poiché della fattispecie dell'obbligazione naturale, ossia dello "spontaneo adempimento in conformità ai doveri morali sociali", difettano entrambi gli elementi. Non sussiste spontaneità nell'adempimento, perché gli interessi (ultralegali, anatocistici ecc.) sono stati addebitati dalla banca sul c/c del cliente e pagati attingendo alle disponibilità di conto presenti e/o alle successive rimesse. In entrambi i casi non possono intendersi "pagati" tramite atto dispositivo, volontario e consapevole, proveniente dal cliente stesso (cfr. Cass. 9.4.1984 n. 2262). Anche ad ammettere che l'addebito di interessi sul conto da parte della banca di competenze indebite equivalga a "spontaneo pagamento" la legge morale e i costumi sociali vigenti non imprimono il marchio della doverosità al pagamento, in un rapporto commerciale tra banca e cliente, di interessi non dovuti secondo la legge civile.

6. In conclusione, deve condannarsi di .. a corrispondere a .. la somma capitale di E 14.604,29 oltre interessi legali dalla domanda al saldo. Resta al contempo respinta,

perché infondata, la domanda riconvenzionale della convenuta avente a oggetto il pagamento del saldo passivo di c/c.

7. L'attrice chiede la condanna della convenuta al risarcimento del danno, da liquidarsi anche in via equitativa, per aver segnalato il passaggio a sofferenza del credito alla Centrale rischi della Banca d'Italia a novembre 2012.

La domanda è manifestamente infondata.

Primo, in termini generali, l'attrice non ha fornito alcun elemento fattuale idoneo a comprovare l'esistenza di un eventus damni derivante dalla segnalazione a sofferenza. Che l'attrice abbia chiesto la liquidazione secondo equità non vale a esonerarla dall'onere di allegare e fornire prova degli specifici pregiudizi, avendo tale richiesta il limitato effetto di liberare l'avente diritto dall'onere di provare esattamente il quantum di danno risarcibile (giur. pacifica).

Secondo, in specie, l'attrice non può vantare di aver subito alcun credibile pregiudizio dalla segnalazione a sofferenza fatta dalla convenuta a novembre 2012. Dalla visura storica di Centrale rischi prodotta (su supporto digitale, doc. 6) risulta infatti che già a settembre 2012, .. era da tempo segnalata a sofferenza da .. e .. e aveva crediti per cassa (voce "utilizzato") superiori al credito accordato, ossia era in situazione di extrafido, su ..

Non v'è motivo di ritenere illegittime queste segnalazioni di sofferenza e/o sconfini. In ogni caso, non può ritenersi provato che la segnalazione di rispondente alla rappresentazione delle risultanze contabili, ma difforme rispetto al reale saldo dare-avere (vedi sopra), abbia concorso a cagionare un danno reputazionale a ..

8. Le spese di lite sono a carico della convenuta, soccombente per l'accoglimento della domanda di accertamento negativo e condanna dell'attrice e per il rigetto della propria riconvenzionale. Quest'ultima, come domanda di valore più elevato, determina lo scaglione tariffario applicabile ai fini della liquidazione (E 52.000/260.000). Rientra negli esborsi il compenso del C.T.P. risultante da proforma allegato alla nota spese. La liquidazione deve farsi al netto dell'IVA, in quanto

detraibile. Le spese di C.T.U. devono porsi definitivamente a carico della convenuta.  
Non appaiono sussistere i presupposti per fare luogo a condanna ex art. 96 c.p.c..

PQM

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria domanda istanza eccezione:

dichiara tenuta e condanna ... a corrispondere a ... con unico socio la somma capitale di E 14.604,29 oltre interessi legali dalla domanda al saldo;

rigetta ogni altra domanda proposta dalle parti;

condanna la convenuta a rimborsare all'attrice le spese di lite, che liquida in E 4.351,27 per compenso C.T.P., E 473,00 per esborsi, E 10.000,00 per competenze oltre rimborso spese generali, CPA come per legge e IVA se indetraibile e ne dispone ex art. 93 c.p.c. la distrazione a favore dei procuratori antistatari.

Torino, 2 luglio 2015



## **TRIBUNALE DI PIACENZA**

SENTENZA N. 757 DEL 27 OTTOBRE 2014

***Anatocismo - Nullità delle pattuizioni – Interessi dei consumatori - Art. 120 TUB - Delibera Cicr 9 febbraio 2000***

*Le clausole anatocistiche relative ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della delibera del Comitato per il Credito e il Risparmio (CICR) 9 febbraio 2000 necessitano di una nuova pattuizione scritta atteso che l'art. 7 della delibera stessa deve considerarsi travolto dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 25 comma 3 d.lg. n. 342 del 1999. Peraltro, la necessità di una nuova pattuizione scritta consegue comunque al peggioramento delle condizioni economiche del contratto insito nella previsione di un anatocismo prima illegittimo e non dovuto.*

### Motivi della decisione

Con atto di citazione notificato il 12.1.2007 C. B. ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo 15.9.2006 n. 30464/2007 del Tribunale di Milano che le ha ingiunto il pagamento in favore della Banca [...] della somma di euro 57836,89, oltre interessi e spese del procedimento monitorio.

In via preliminare la opponente, affermando la sua qualità di consumatore residente a [...], ha eccepito la incompetenza territoriale del Tribunale di Milano ad emettere il decreto ingiuntivo opposto indicando come competente il Tribunale di Piacenza.

Nel merito l'opponente ha chiesto la condanna della Banca al pagamento della somma di euro 128.296,93, oltre interessi e rivalutazione ricavata dalla vendita di titoli costituiti in pegno e portata dalla Banca in deduzione del maggior credito verso la B. nonché alla restituzione di tutti gli importi addebitati ed incassati dalla Banca quale corrispettivo del contratto nullo.

B. ha sollevato le seguenti eccezioni:

- la nullità del contratto di conto corrente in quanto il documento a firma della stessa B. prodotto in giudizio dalla Banca non assolverebbe il requisito della forma scritta ad substantiam richiesta per detto contratto;
- considerata tale assunta nullità, B. ha chiesto innanzitutto la condanna della Banca a restituire l'importo di euro 128.296,93 ricavato dalla vendita in data 16.2.2006 di titoli che la stessa B. riconosce di aver costituito in pegno a garanzia della propria esposizione debitoria verso la Banca; inoltre dalla stessa asserita nullità del contratto di c/c B. fa discendere la richiesta di restituzione delle somme addebitate in conto quale corrispettivo di contratto nullo;
- la mancata valida pattuizione scritta degli interessi ultra legali; la mancata valida pattuizione scritta della commissione di massimo scoperto; la invalida capitalizzazione degli interessi;
- B. ha contestato i conteggi della Banca asserendo che la Banca avrebbe applicato la capitalizzazione annuale;
- per il periodo successivo al 30.6.2000 B. ha poi sostenuto la inapplicabilità della delibera CICR 9.2.2000, in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 445/2000.

La Banca ha aderito all'eccezione di incompetenza territoriale proposta chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo: il Tribunale di Milano ha assegnato i termini di legge per la riassunzione della causa avanti il Tribunale di Piacenza.

La Banca ha proceduto quindi alla riassunzione radicando il presente procedimento e chiedendo la condanna di B. C. al pagamento dell'importo di euro 57.836,89, oltre gli interessi convenzionali dal 30.3.2006 al saldo.

B. si è costituita in giudizio riproponendo le eccezioni e le domande suddette.

B. ha quindi chiesto innanzitutto al Tribunale di dichiarare nullo per inosservanza della forma scritta nella sua stipulazione il contratto di conto corrente di cui è causa.

In comparsa di risposta sul punto B. ha osservato: "... Ai sensi degli articoli 117 e ss. d.lgs. 385/2003 il contratto di conto corrente bancario e di affidamento andava stipulato per iscritto a pena di nullità. Il modulo, privo di data, prodotto dalla

ricorrente quale doc. n. 2 del ricorso è una lettera diretta alla Banca, nella quale la correntista " prende atto che, in conformità agli accordi, avete aperto presso di voi il conto corrente. Trattasi quindi di una dichiarazione unilaterale di una sola delle parti del rapporto...inidonea sia per porre in essere il contratto sia a provare l'avvenuta stipulazione dello stesso".

Tali assunti, ad avviso di questo giudice, non sono fondati.

In punto di diritto va ricordato che la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare "la giurisprudenza costante di questa Corte, premesso che, nei contratti per cui è richiesta la forma scritta "ad substantiam" non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti, ha ritenuto che sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purchè la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta (cfr., tra le tante, Cass. 16.10.1969 n. 3338; Cass. 22.5.1979 n. 2952; Cass. 18.1.1983 n. 469; Cass. 5868/94; Cass. 2826/00; Cass. 9543/02; Cass. 22223/06).

Anche quindi a voler ritenere che non risulti una copia firmata del contratto da parte della banca, l'intento di questa di avvalersi del contratto risulterebbe comunque oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguenze perfezionamento dello stesso" (così testualmente in motivazione con precisi richiami alle precedenti decisioni della Suprema Corte che hanno affermato lo stesso principio Cass. 4564/2012).

Applicando tali principi ritiene questo giudice (come già rilevato dal precedente giudice assegnatario del procedimento nella sua ordinanza in data 3 giugno 2008) che gli scritti prodotti da parte attrice (documenti 2 e 2 bis) non siano mere dichiarazioni unilaterali di natura confessori o dichiarativa che fanno riferimento ad

un contratto già concluso, ma integrano esse stesse il contratto di conto corrente per cui è causa (con l'approvazione specifica delle condizioni lo regolano.).

Tali scritture riportano infatti le condizioni generali e le condizioni economiche del contratto di conto corrente di cui è causa condizioni accettate con l'apposizione di ben cinque sottoscrizioni non disconosciute da parte della convenuta.

Producendo tali scritture in giudizio la Banca attrice ha quindi posto in essere, alla luce dei consolidati principi giurisprudenziali sopra richiamati, un valido equivalente della sottoscrizione mancante. Ritenuta la infondatezza dell'eccezione di nullità del contratto di conto corrente di cui è causa sollevata da parte convenuta, si deve ora passare ad esaminare le ulteriori questioni prospettate dalle parti in ordine alla legittimità della pattuizione delle condizioni praticate dalla Banca ed in particolare: la pattuizione degli interessi ultralegali; la pattuizione della commissione di massimo scoperto; la capitalizzazione degli interessi. Si esaminano di seguito tali questioni evidenziando che il C/C in discussione è stato acceso in data 6.4.1995 ed è stato estinto in data 29.3.2006.

#### ANATOCISMO

Sono ormai noti e consolidati i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in materia.

Appare ormai consolidato l'orientamento per il quale per il periodo precedente al 1 luglio 2000 non è possibile alcuna capitalizzazione degli interessi passivi: ciò sulla base del determinante rilievo che gli usi che consentono la deroga ai limiti fissati dall'art. 1283 cod. civ. sono usi normativi e non negoziali; che non sussistono elementi che autorizzino a concludere circa la sussistenza di usi normativi a proposito della capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico di un cliente di un istituto di credito; che la previsione di una tale capitalizzazione è in conclusione nulla per violazione della norma imperativa dell'art. 1283 cod. civ. (cfr. Cass. 2374/1999; Cass. 3096/1999 con le quali si è inaugurato tale orientamento ormai consolidato: CFR, fra le tante Cass. 11466/2008; Cass. Sez. Unite 21095/2004; Cass. Sez. Unite 24418/2010; Cass. 20172/2013). Ritenuta pertanto nella fattispecie la nullità della

relativa pattuizione contenuta nel contratto di conto corrente in discussione, ritiene questo giudice, in sintonia con l'orientamento già assunto da questo Tribunale (Tribunale Piacenza sent. 22.12.2010 Est. Coderoni) ed aderendo ai principi espressi pure dalla Suprema Corte (Cass. Sez. Unite 2.12.2010 n. 24418) che non possa essere applicata alcuna capitalizzazione sostitutiva, né quella semestrale, né quella annuale, poiché tali capitalizzazioni non sono espressione di un uso normativo ed anche perché, così facendo, si darebbe luogo ad una eterointegrazione del contratto ex articoli 1339 e 1419 cod. civ. non prevista dalla legge.

Per quanto sopra si deve concludere che nella fattispecie per il periodo precedente al luglio 2000 non debba operare alcuna capitalizzazione degli interessi passivi.

Si passa ora ad esaminare le questioni inerenti nella fattispecie la capitalizzazione degli interessi nel periodo successivo al luglio 2000.

La Banca convenuta ha sostenuto infatti che la capitalizzazione debba operare nella fattispecie per tale periodo successivo.

In punto di diritto va ricordato che per il periodo successivo al luglio 2000, il dato normativo ha consentito la legittimità di una capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, ma solo a condizione che detta periodicità sia riconosciuta anche per gli interessi attivi (cfr. art. 25, comma 3 d.Lgs.342/1999 di modifica all'art. 120 D.Lgs.385/2993, c.d. T.U. Bancario; Delibera CICR9.22000; Corte Cast. 425/2000).

Più in particolare, con l'art. 25 d.lgs 342/1999 il legislatore è intervenuto novellando l'art.120 T.U.B., e ribadendo la validità dell'anatocismo bancario, alla condizione della medesima periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori, ed infine demandando al CICR l'incombente della determinazione delle modalità e dei criteri per la produzione degli interessi sugli interessi nelle operazioni di finanziamento attuate nel settore bancario (art.120, 2° comma, TUB, inserito dall'art.25, comma 2, d.lgs 4 agosto 1999 n.342; giova rammentare che il comma 3° del predetto art.25, il quale stabiliva che «le clausole relative alla produzione di interessi su interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e,

dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità ed i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente», è stato dichiarato illegittimo per eccesso di delega con sentenza n.425 del 9-17 ottobre 2000 della Corte Costituzionale).

Com'è noto, il CICR, con delibera 9.02.2000, ha stabilito che potesse trovare applicazione la periodizzazione trimestrale degli interessi, purché reciproca (tanto su quelli debitori che su quelli creditori), a condizione che la stessa fosse prevista in contratto.

*“art. 1 - Ambito di applicazione. Nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari gli interessi possono produrre a loro volta interessi secondo le modalità e i criteri indicati negli articoli che seguono. Art. 2 - Conto corrente. 1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. 3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica. art. 6 - Trasparenza contrattuale. I contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo l'entrata in vigore della presente delibera indicano la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infraannuale viene inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto. Art. 7 - Disposizioni transitorie. 1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi*

*effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio. 2. Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000. 3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela”.*

L'art. 7 della Delibera CICR, nonna secondaria di attuazione della norma primaria indicata nell'art. 25 comma 3, ha quindi stabilito le modalità ed i termini di adeguamento delle clausole anatocistiche per i contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della delibera CICR. (come è quello ora in discussione).

Orbene, la Banca ha sostenuto di aver ottemperato nella fattispecie alla disciplina dettata dall'art. 7 della delibera CICR, sopra evidenziata da questo giudice. In particolare la Banca ha sostenuto di avere applicato dal 1.7.2000 la uguale capitalizzazione per gli interessi attivi e passivi; di avere adeguato le condizioni contrattuali relative alla capitalizzazione degli interessi sia attivi che passivi con avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 31.5.2000 Foglio Inserzioni n. 125(doc. n. 6) di averne dato opportuna notizia alla convenuta prima del 31A2.2000 con lettera alla correntista (doc. B) ed anche con lettere estratto di conto corrente alla stessa trasmesse (doc. F plurimo e doc. 2 plurimo di parte convenuta).

Parte convenuta ha contestato tali assunti, osservando che le modalità previste dall'art. 7 poste in essere dalla banca sono ormai espressione di una nonna secondaria di attuazione di una norma primaria dichiarata incostituzionale per eccesso di delega (art. 25, comma 3; Corte Cost. 425/200) e che quindi la norma secondaria di attuazione deve considerarsi anch'essa travolta da quella declaratoria di incostituzionalità. Questo giudice, in sintonia con orientamento già espresso in numerose decisioni dalla giurisprudenza di merito ritiene corretta e condivisibile tale

conclusione (cfr. Tribunale Torino sentenza n. 6204 del 5.10.2007 Giudice Rizzi; Tribunale Benevento sentenza n. 252 del 18.2.2008, Tribunale Orvieto 30.7.2005 Giudice Baglioni; Tribunale Pescara n. 722 del 30.3.2006 Giudice Falco; Tribunale Torino n. 5480 del 4 luglio 2005 Giudice Rapelli; Tribunale Teramo n. 1071 dell'11.2.2006 Giudice Marcheggiani; più recentemente Tribunale Venezia sent. 518 del 7 Marzo 2014).

Si legge nella motivazione della sentenza del Tribunale di Venezia appena citata: " Con il venir meno dell'art. 25 D. Lgs. 342/1999, atto di normazione primaria, è venuto meno il fondamento dell'art. 7 della delibera CICR9.2.2000, atto di formazione secondario, finalizzato ad attuarlo; di tal che con riferimento ai contratti in essere antecedentemente per aversi anatocismo bancario necessita una vera e propria nuova pattuizione scritta, non essendo sufficiente una mera comunicazione unilaterale della Banca ancorché rispondente a quanto stabilito dall'art. 7 (ormai travolto) della delibera CICR del 9.2.2000.

Peraltro, laddove non volesse seguirsi tale orientamento (condiviso - si ripete - da questo giudice) va osservato che coglie nel segno anche un secondo orientamento - pure sostanzialmente richiamato in atti da parte convenuta - espresso dalla giurisprudenza di merito : in particolare si sostiene che, pur se voglia considerarsi non caducato l'art. 7, la previsione dell'anatocismo trimestrale, prima illegittimo e non dovuto, comporta un peggioramento delle condizioni economiche del cliente con la necessità allora di una specifica approvazione dello stesso cliente, approvazione in caso " di peggioramento" imposta dallo stesso articolo 7; in altri termini essendo nulla la clausola di capitalizzazione prima esistente, l'introduzione in forza della delibera CICR di una capitalizzazione trimestrale degli interessi deve intendersi come modifica peggiorativa rispetto alla condizione preesistente, essendo allora necessaria una specifica pattuizione delle nuove modalità di capitalizzazione (Tribunale Padova 27.4.2008; Tribunale Torino 5.10.2007; Tribunale Venezia 22.1.2005; Tribunale Mondovì 17.2.2009; Tribunale Savona 11.9.2012; Tribunale Novara 1.10.2012.; Tribunale Treviso 10.6.2013 : tutte in [ILCASO.IT](http://ILCASO.IT).

Per quanto sopra deve concludersi che nella fattispecie anche per il periodo successivo al 30 giugno 2000 debba escludersi qualsiasi capitalizzazione degli interessi passivi e debba applicarsi il metodo della c.d. capitalizzazione semplice.

#### COMMISSIONE MASSIMO SCOPERTO

B. ha contestato la legittimità della pattuizione della commissione di massimo scoperto, atteso il rinvio agli usi presente nelle condizioni generali del contratto (doc. 2 convenuta), il mero riferimento 0,50 nel foglio inerente le condizioni economiche; B. ha richiamato decisioni giurisprudenziali che hanno ritenuto illegittima per difetto di causa la pattuizione inerente la commissione massimo scoperto. In punto di diritto, ricostruendo puntualmente, nell'ambito di una diffusa ed articolata motivazione l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale in materia il Tribunale di Reggio Emilia (sent. 23.4.2014 n. 650 Giudice Morlini in Juris Data) ha recentemente affermato: "... va innanzitutto premesso che, con la generica dizione di commissione di massimo scoperto, le banche, prima delle modifiche normative del 2009 (art. 2 bis DL n. 185/2008 conv. in L. n. 2/2009 e DL n. 78/2009 conv. in L. n. 102/2009) e del 2012 (DL n. 201/2011 conv. in L. n. 214/2011, DL n. 1/2012 conv. in L. n. 27/2012, DL n. 29/2012 conv. in L. n. 62/20] 2), hanno per molti anni utilizzato diversi modelli, che spaziavano dal pagamento di una somma percentuale calcolata sul fido accordato e non utilizzato (commissione mancato utilizzo), al pagamento di una somma percentuale sull'ammontare massimo del fido utilizzato (commissione massimo scoperto), alla combinazione di entrambi i modelli, parametrando l'utilizzo od il mancato utilizzo talvolta ad una durata minima e talvolta no, e ciò con riferimento talvolta anche ai fidi di fatto, cd. scoperture o sconfinamenti di conto corrente. Tanto premesso in ordine alla mancanza di una nozione unitaria di commissione massimo scoperto, la giurisprudenza ha spesso ritenuto l'invalidità tout court dell'istituto in ragione della mancanza di causa (così Trib. Milano n. 4081/2011, Trib. Parma 23/3/2010, Trib. Torino 21/1/2010, Trib. Teramo 18/1/2010, Trib. Salerno 12/6/2009, Trib. Tortona 19/5/2008, Trib. Monza 7/4/2006 e 12/12/2005, Trib. Lecce 21/11/2005 e 11/2/2005, App. Milano 4/4/2003, Trib. Milano 4/7/2002).

Anche la parte della giurisprudenza, qui condivisa, che ha ammesso la teorica legittimità della clausola, in base all'inequivoco disposto del Part. 117 TUB ha comunque ritenuto che la clausola stessa, per essere valida, debba rivestire i requisiti della determinatezza o determinabilità dell'onere aggiuntivo che viene ad imporsi al cliente, chiarendo che ciò accade quando siano previsti sia il tasso della commissione, sia i criteri di calcolo, sia la periodicità di tale calcolo (Tribunale Monza 22/11/2011, Tribunale Piacenza 12/4/2011 n. 309, Tribunale Novara 16/7/2010 n. 774, Tribunale di Panna 23/3/2010, Tribunale Teramo 18/1/2010 n. 84, Tribunale Busto Arsizio 9/12/2009, Tribunale Biella 23/7/2009, Tribunale Genova 18/10/2006, Tribunale Monza 14/10/2008 n. 2755, Tribunale Cassino 10/6/2008 n. 402, Tribunale Vibo Valentia 28/9/2005, Tribunale Torino 23/7/2003, App. Roma 13/9/2001, App. Lecce 27/6/2000).

Trattasi di soluzione che costituisce piana applicazione della norma di cui all'art. 1346 c.c., secondo cui ogni obbligazione contrattuale deve essere determinata o quanto meno determinabile, e più nello specifico dell'art. 117 comma 4 TUB, che impone la forma scritta ad substantiam per ogni prezzo, condizione od onere praticati nei contratti bancari. In particolare, tale onere di specifica indicazione e determinazione è tanto più essenziale, quanto meno è definito e determinato l'istituto della commissione di massimo scoperto: posto, infatti, che non vi è alcuna definizione normativa e nemmeno scientifica o tecnico-bancaria della fattispecie, affermatasi nella prassi creditizia ed evoluta e modifica nel tempo, si rileva come anche la sua pratica applicazione da parte dello stesso sistema bancario sia difforme e non univoca".

Ritiene questo giudice, in sintonia peraltro con l'orientamento già assunto da questo Tribunale in precedenti decisioni (Tribunale Piacenza 12.4.2011 n. 309 Giudice Coderoni in *Juris Data*) che tali argomentazioni siano del tutto condivisibili: la commissione di massimo scoperto per essere valida deve rivestire i requisiti della determinatezza o della determinabilità dell'onere aggiuntivo che viene ad imporsi al cliente, e ciò accade quando sono previsti sia il tasso della commissione sia i criteri di

calcolo, sia la sua periodicità. Applicando tali principi, tali requisiti di validità non si rinvencono nella fattispecie: ed infatti nelle condizioni generali (doc. 2 parte attrice) appare un generico riferimento a saldi debitori non eccedenti i limiti del credito ed un rinvio alle condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito sulla piazza; nel foglio condizioni economiche (doc. 2 bis) in corrispondenza della voce Commissione di massimo risulta solo il mero dato numerico 0,50. Per quanto sopra, ritenuta la nullità della pattuizione inerente la commissione di massimo scoperto, vanno eliminate dal saldo del conto corrente di cui è causa le somme addebitate dalla banca a tale titolo.

#### INTERESSI ULTRALEGALI

Parte convenuta ha contestato la validità della relativa pattuizione.

L'assunto non può però essere condiviso alla luce della espressa pattuizione presente sia nelle condizioni generali sia nelle condizioni economiche sul punto (doc. 2 e 2 bis parte attrice) e sicuramente sottoscritte da B. Va ricordato che nel corso dell'udienza del 14 ottobre 2008 la convenuta ha espressamente precisato, rispondendo ad una richiesta del giudice presente nella ordinanza 3 giugno 2008, di non voler disconoscere tali sottoscrizioni.

Per quanto sopra, in conclusione: la ricostruzione del saldo del conto corrente in discussione deve essere effettuata con il metodo della c.d. capitalizzazione semplice per tutta la durata del rapporto con l'esclusione delle somme addebitate dalla banca a titolo di commissioni massimo scoperto e tenuto conto degli interessi ultralegali oggetto di espressa pattuizione fra le parti.

Orbene, applicando tali criteri, all'esito di una relazione condivisibile, precisa ed esauriente, priva di omissioni ed esente da vizi logici il CTU tecnico contabile nominato, dr. S. T., nella sua relazione integrativa del 4 Aprile 2011 ha determinato in euro 47040,00 la somma inerente gli interessi anatocistici ed in euro 17368,00, la somma relativa alle commissioni massimo scoperto.

Detraendo tali somme (cioè complessivi euro 64408,13) dal saldo della banca - 58.809,49 - il CTU ha determinato in euro 5598,64 il saldo del conto corrente in

favore della convenuta. Rigettate pertanto tutte le altre domande, in accoglimento della domanda proposta dalla convenuta sub 6 della comparsa di costituzione, la Banca P.C.I. Spa va condannata al pagamento in favore di B. C. di euro 5598,64, oltre interessi dalla data della domanda (ex art. 2033, non potendosi ravvisare mala fede della Banca, radicata con la notifica dell'atto di citazione in opposizione presso il Tribunale di Milano in data 12.1.2007, fino al saldo. Tenuto conto dell'esito complessivo del giudizio, le spese seguono la soccombenza nella misura dei 2/3 in favore di B. C. Vanno poste definitivamente a carico delle parti le spese di CTU nella misura di 2/3 per la Banca attrice e per 1/3 per la convenuta.

P.Q.M.

Ogni contraria istanza disattesa definitivamente decidendo: condanna la Banca [...] SPA al pagamento in favore di B. C. di euro 5598,64, oltre interessi legali dal 12.1.2007 fino al saldo.; rigetta tutte le altre domande; condanna la Banca [...] Spa al pagamento in favore di B. C. delle spese processuali nella misura di 2/3 che, per tale misura, liquida in euro 10000,00, oltre IVA e CPA; pone definitivamente a carico delle parti le spese di CTU già liquidate nella misura di 2/3 per l'attrice ed 1/3 per la convenuta.



## ANATOCISMO, PRATICHE COMMERCIALI E COMPLETEZZA DELLA FATTISPECIE NORMATIVA \*

*(Interests' compound, commercial practices and completeness of the legal rule)*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. *Un breve excursus storico.* - 3. Le pratiche commerciali (leali e sleali).  
- 4. Le clausole vessatorie. - 5. L'incompletezza della fattispecie.

1. E' ormai dilagante il contenzioso provocato dalla infelice formulazione dell'art. 120 del T.U. bancario sul calcolo degli interessi: l'incertezza normativa ha generato diversi indirizzi interpretativi, tra loro conflittuali, che creano gravi danni agli istituti bancari, perché il calcolo degli interessi è una delle operazioni connaturali all'adempimento delle prestazioni, e pure ai clienti, i quali non sono in grado di preventivare le somme che debbono versare per i debiti contratti con le banche.

La problematica, per la verità, si è estesa anche ai contratti di leasing e ad altre operazioni economiche, anche se non si possono sovrapporre tipologie contrattuali e status professionali diversi.

In tutti i casi, però, si delinea il problema del superamento della soglia dei tassi usurari, che complica ulteriormente la situazione, aggiungendo all'incertezza economica, all'incertezza del rapporto contrattuale, l'incertezza della applicazione della sanzione penale connessa al reato di usura.

Considerando le vicende dal punto di vista civilistico, occorre dunque distinguere il profilo della qualificazione del rapporto contrattuale, il profilo della validità della clausola contrattuale che fa riferimento al calcolo degli interessi, il

---

\* Contributo approvato dai revisori.

profilo della applicazione della disciplina. Non si parlerà qui, dunque, del leasing e delle altre operazioni che implicano calcolo e addebito di interessi, ma si concentrerà l'attenzione sul conto corrente bancario e sulla applicabilità dell'art. 120 del T.U. bancario.

2. L'art. 120, nel suo attuale testo, ha subito diversi rimaneggiamenti, è stato assoggettato al controllo della Corte costituzionale, è stato oggetto di una varietà notevole di procedimenti ermeneutici ed è ancora in corso di completamento nella sua parte precettiva.

La disposizione deve essere innanzitutto correlata con l'art. 1283 del codice civile riguardante l'anatocismo. In un saggio incluso nel volume curato da Laura Moscati<sup>1</sup> a proposito dell'anatocismo Carlo Gamba descrive il passaggio dai testi normativi preunitari al testo del codice unitario e il dibattito parlamentare così come arricchito dagli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza: uno degli itinerari, tra i molti che si illustrano nel volume, con cui si spiega la nascita, la modificazione, la redazione definitiva delle norme. Questo percorso, irto di difficoltà, sembrerebbe una storia conclusa nel secolo scorso ed invece, come si sa, è riemersa con forza negli ultimi anni, sulla base di una giurisprudenza contrastata, e rimasta ancora incerta a causa delle incertezze derivanti dagli interventi disomogenei del legislatore.

Per la verità, le origini dell'anatocismo sono problematiche, in ragione dei fattori esterni al dato normativo.

Tra la tradizione religiosa che in modo inesorabile condannava il prestito ad interesse con un atteggiamento uniforme nelle tre Religioni del Libro e il diritto francese, laico e indifferente ai valori spirituali (art. 1154 Cod. Nap.), agevolato dalle spinte del commercio, era prevalsa la linea più liberale, che aveva abolito il

---

<sup>1</sup>Cfr. GAMBÀ, *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli, 2013.

divieto di anatocismo. Se si fosse fatto riferimento alla ragione si sarebbe scoperto che non aveva senso concedere libertà assoluta alle parti di fissare l'ammontare degli interessi - salvo il divieto dell'usura - e negare legittimazione agli interessi sugli interessi. Ma verso la metà del secolo vengono in emersione i valori sociali. Sono le classi più umili che, per indigenza e ignoranza, cadono tra le spire degli avidi prestatori di danaro; l'anatocismo diviene un'arma pericolosa<sup>2</sup>. Il Codice albertino conserva il divieto (art.1245). Il Parlamento sabauda ne discute a lungo e finalmente approva una legge, nel 1857, che abolisce il divieto; è una scelta che rimarrà consolidata nel codice unitario, all'art. 1232, ma con qualche limitazione: nelle materie civili il tasso è quello legale o convenzionale, inclusi gli interessi sugli interessi; nelle materie commerciali si seguono anche gli usi; per i debiti civili l'anatocismo prende effetto dal compimento dell'anno intero. Nelle accurate pagine di Gamba si ripercorre tutta la vicenda pregressa, dal diritto giustiniano al dibattito dell'Età di mezzo, fino al diritto naturale e ai giuristi settecenteschi. Le due linee di intersecano, si avvicinano e si dipartono con argomenti ancora attuali. Lo spettro dell'usura giustifica il *révirement* dei Codici preunitari rispetto al codice-padre; unica eccezione, il genovese Girolamo Boccoardo fine giurista, colto economista, che argomenta a favore della liberalizzazione<sup>3</sup>.

Se dalle vicende storiche passiamo all'attualità, ci avvediamo che l'intervento del codificatore non è dirimente. Lungi dall'essere una cappa soffocante, le norme codificate sono piuttosto assoggettate ad una defatigante interpretazione giurisprudenziale.

Il codice del 1942 introduce infatti una formula nuova: <In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi>. La norma liberalizza

---

<sup>2</sup>Cfr. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles, Paris, 1875, p. 400 e GAMBÀ, *op.cit.*,p.76 ss.

ancor più l'impiego degli interessi anatocistici, in quanto gli usi possono derogarvi anche al di fuori dei rapporti di natura commerciale (Relazione al Re, n. 594). Il codice fissa l'ammontare degli interessi a tutela del credito al 5%, ma convenzionalmente il saggio può essere anche superiore, salve le sanzioni penali per l'usura. Insomma, tutela del credito e ragioni del commercio prevalgono sulle regole civilistiche.

Ma la storia non finisce qui. Innanzitutto, atteso il testo poco chiaro della disposizione, si discute se gli usi siano normativi o commerciali; in più si discute sulla data di decorrenza del calcolo, e se sia legittima la trimestralizzazione del calcolo. Prevale la tesi che consente l'anatocismo solo annuale.

Le associazioni dei consumatori cominciano a combattere l'anatocismo bancario, in considerazione del dettato dell'art. 120 TUB, che rimette al CICR la determinazione degli interessi sugli interessi. Per due volte il testo è sottoposto al vaglio della Corte costituzionale. Occorre dunque l'intervento del legislatore, in una selva di sentenze che si diramano su percorsi difformi. Gli interventi sono stati molteplici. L'ultimo, effettuato con decreto n.91 del 24 giugno 2014, seppur correttivo, non aveva portato a chiarimento la normativa da applicare. L'uso dell'imperfetto è d'obbligo perché la norma concernente l'ennesima modifica dell'art. 120 del TUB non è stata convertita in legge (era la c.d. legge sulla competitività). E' così rimasta in vita la disposizione introdotta con la c.d. legge sulla stabilità, del 27 dicembre 2013, n. 147, che ha conferito al CICR il compito di stabilire i criteri di calcolo degli interessi nelle operazioni bancarie, disponendo tuttavia il divieto di capitalizzazione.

La Corte d'Appello di Genova, con sentenza dell'11 marzo 2014 ha ritenuto che "attualmente l'anatocismo bancario risulterebbe del tutto eliminato dalla L. 27/12/2013 n. 147, che ha ulteriormente modificato il testo dell'art. 120 del TUB nel senso di consentire solo la contabilizzazione e non più la capitalizzazione degli

---

<sup>3</sup>Cfr. voce *Anatocismo* del *Dizionario della economia politica e del commercio, così teorico come*

interessi”, indipendentemente quindi dall’emanazione della disciplina secondaria da parte del CICR. Per parte sua, il Tribunale di Piacenza con la sentenza in commento ha statuito la nullità dell’anatocismo nei contratti pattuiti anteriormente alla delibera CICR del 9 febbraio 2000.

La questione non è ancora composta, sì che si attende o una pronuncia della Suprema Corte che valga da “leading precedent” oppure un ulteriore intervento normativo.

L’andirivieni dei testi, dei pronunciamenti e delle letture della dottrina<sup>4</sup> è sintomatica della difficoltà di individuare un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, visto che i provvedimenti legislativi sono ispirati da centri di interesse tra loro contrapposti. Ma è evidente che queste esitazioni, che si protraggono ormai da più di due secoli (!), costituiscono non soltanto un danno per i soggetti interessati – le parti contraenti, il sistema economico – ma anche un danno per l’immagine del Paese e sono la prova concreta delle conseguenze perniciose della incertezza del diritto<sup>5</sup>.

In attesa delle determinazioni del CICR – che, come dirò tra poco – sono a mio parere terminanti per la completezza della fattispecie normativa e quindi la lacuna impedirebbe l’applicazione della norma – i giudici si sono espressi in modo opposto. Prima, però, di riassumere le diverse posizioni, bisogna sgombrare il campo da un’altra prospettiva, in cui tutta questa vicenda è stata collocata.

3. Si è cioè lanciata l’idea che la prassi di inserire clausole contrattuali nei contratti di conto corrente implicanti il calcolo degli interessi comprensivi degli interessi è una pratica commerciale sleale, come tale sanzionata dal codice del consumo, da cui deriverebbe la nullità di tali clausole. E, senza chiedere la verifica

---

*pratico*, Torino, 1857, p. 141

<sup>4</sup>Da ultimo MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, p.13

<sup>5</sup>Da ultimo, GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss.; ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006

della validità della clausola contrattuale, si prospetta anche l'idea che sia possibile difendere questa posizione mediante azioni di classe.

Tuttavia l'art. 139 cod. cons., non consente alle associazioni dei consumatori e degli utenti, inserite nell'elenco previsto dall'art. 137 del cod. cons., di promuovere, ai sensi dell'art. 140 dello stesso codice, qualsiasi iniziativa processuale a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Il perimetro di applicazione degli artt. 139 e 140 cod. cons. è ben preciso. La semplice lettura della disposizione lascia intendere che la legittimazione ad agire è consentita soltanto *“nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate del presente codice”* nonché in altre disposizione tassativamente elencate (ossia nella l. 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, concernente l'esercizio delle attività televisive, e nel d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 541, e successive modificazioni, in materia di pubblicità dei medicinali per uso umano), in cui non compaiono le disposizioni del testo unico bancario.

Sicché, trattandosi di interessi collettivi (o diffusi), la legittimazione ad agire delle associazioni non ha alcun fondamento se nelle vicende che sono oggetto delle iniziative processuali sono coinvolti diritti soggettivi individuali.

Né si può sostenere che i contratti di conto corrente bancario non sia corredati di adeguata documentazione, consegnata anteriormente al cliente-consumatore, e contestualmente alla sottoscrizione del contratto. In altri termini, il contratto di conto corrente bancario è un contratto *trasparente*. Occorre dunque distinguere il piano della tutela degli interessi collettivi dal piano della tutela dei diritti soggettivi individuali.

Il fatto che il principio di trasparenza dei contratti bancari risponda anche ai principi espressi all'art. 2 cod. cons. è segno di sistematicità dell'ordinamento ma non implica che la disciplina del codice del consumo possa essere intesa come

disciplina di carattere generale al pari della disciplina di carattere comune e sia quindi estensibile a tutti settori dell'ordinamento.

È orientamento uniforme della dottrina e della giurisprudenza, infatti, che le norme del codice del consumo, essendo state inserite in un codice di settore, come si denomina questa fonte del diritto, hanno natura di norma speciale<sup>6</sup>.

Questo assunto, peraltro, è precisato a chiare lettere dall'art. 1469 *bis* c.c. che, con riguardo alle norme di diritto comune dice che esse si applicano ai contratti del consumatore “*ove non derogate dal codice del consumo...*”. Il che significa *a contrario* che il codice del consumo prevede disposizioni di deroga a quelle del codice civile in quanto speciali.

In quanto legge speciale, il codice del consumo non si può sovrapporre ad altre norme speciali, come quelle previste dal testo unico bancario, che appartengono al c.d. “*ordinamento sezionale*”, secondo la felice espressione di Massimo Severo Giannini, e pertanto l'interprete deve coordinare fra loro le normative speciali ma non subordinare le une alle altre. Sul punto, in dottrina, è stato affermato che il contrasto e il concorso formale di norme sulla medesima fattispecie impone, infatti, all'interprete di fissare una gerarchia implicita tra norme formalmente preordinate<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>In tal senso, cfr. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *Judicium*, 2015, il quale affrontando il tema del rapporto di specialità tra il codice del consumo e la disciplina delle comunicazioni elettroniche, ha ritenuto che “*se un fatto o una vicenda, di per sé sussumibile nell'ambito della normativa consumeristica, trova una propria speciale regolazione nella disciplina delle comunicazioni elettroniche dovrà necessariamente trovare applicazione (solo) quest'ultima*”. L'autore, tra l'altro, ha rilevato che laddove il legislatore ha inteso estendere la disciplina consumeristica anche al settore delle comunicazioni elettroniche ciò ha fatto espressamente (cfr. art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons. quanto all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra utenti e operatori di comunicazione)

<sup>7</sup>In questi termini, cfr. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore”*, cit.; occorre segnalare, altresì, una pronuncia del Tribunale di Milano, sez. I, del 29 aprile 2014, in cui, ancora in tema di rapporti tra codice del consumo e codice delle comunicazioni elettroniche, sono state respinte le pretese attoree proprio perché si è ritenuto di tutelare l'utente di comunicazioni elettroniche, in applicazione dell'art. 70, comma 4, c. com. el.

Questa precisazione è utile perché, mentre la violazione di interessi collettivi dei consumatori può essere sindacata sotto il profilo dell'informazione, della pubblicità e delle pratiche commerciali, non è possibile sindacare le singole clausole contenute nei contratti bancari, in quanto esse non afferiscono ad interessi collettivi ma, come già sottolineato, a diritti soggettivi individuali ed in più appartengono ad altra sezione dell'ordinamento non subordinato al codice del consumo se non per i casi circoscritti dettati dal legislatore; ma il nostro caso non rientra tra quelli. D'altra parte, anche quando si parla di contratti bancari di questo tipo, ci si riferisce a contratti dove ci sono solo due parti, la banca e il cliente, e non vi sono contratti collettivi.

Quanto poi alla qualificazione della prassi negoziale come pratica commerciale sleale, l'operazione interpretativa è smentita dalla disciplina stessa del codice del consumo.

Gli artt. 18 – 27-*quater* del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (e successive modificazioni) vietano e sanzionano le “pratiche commerciali” che possono «... *alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale ...*» (ossia una scelta essenzialmente «... *relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto ...*» [art. 18, comma I, lettera m), cod. cons.] «... *che non avrebbe altrimenti preso ...*» [art. 18, comma I, lettera e), cod. cons.].

L'art. 19 del codice del consumo, al comma III, prevede tra l'altro che, laddove vi siano “atti legislativi europei” e “norme nazionali di recepimento” che regolano specifici aspetti relativi a determinate “pratiche commerciali”, questi ultimi prevalgono in ossequio al principio secondo cui “*lex specialis derogat generali*”.

A tal riguardo, occorre peraltro evidenziare che, all'esito di un acceso dibattito in merito all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali sleali

nei cc.dd. “settori speciali” (tra cui anche quello bancario/creditizio) e quindi alla correlata competenza sanzionatoria dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il Consiglio di Stato, con la nota decisione resa in adunanza plenaria n. 14 dell’11 maggio 2012, ha tra l’altro precisato che, poiché il t.u.b. (nella formulazione previgente a quella attualmente in vigore) non era finalizzato «... anche alla tutela dell’utenza e dei consumatori come portatori di un interesse più ampio e generale rispetto a quelli più specificamente riferibili alla figura del risparmiatore ...», deve ritenersi che «... le disposizioni del t.u.b., intese a regolamentare gli obblighi di informazione incombenti agli istituti di credito e agli intermediari finanziari, all’interno dei propri uffici o sportelli, in ordine ai contenuti ed alle condizioni dei propri prodotti, non si prestino a essere ricondotte alla medesima ratio ispiratrice della generale disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette...».

Pertanto, in ossequio all’art. «... 19, comma 3, del Codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette ...», deve farsi applicazione del «... principio di specialità (principio immanente e di portata generale sul piano sanzionatorio nel nostro ordinamento, come si evince dall’art. 15 cod. pen. e dall’art. 9 della legge n. 689 del 1981), ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell’altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione); in altri termini, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è quello caratterizzato dalla specificità ...».

Il «... presupposto dell’applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni

*eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. ... In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione. Orbene, alla luce del principio testé affermato, occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal testo unico approvato col d.lgs. n. 385 del 1993. Al riguardo, occorre ribadire e precisare quanto già evidenziato dal primo giudice, e cioè che il t.u.b. - quanto meno nella versione vigente all'epoca dei fatti per cui è causa [ossia quella previgente] - non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore. Ciò si ricava, innanzi tutto, dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "...alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"; a tali finalità, il successivo art. 127 aggiunge poi quelle relative "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela". Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993 [al contrario di quello attualmente vigente], nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore. D'altra parte, se si sposta l'attenzione sulle condotte sanzionate da Antitrust nel caso di specie, appare evidente che esse si connotano precipuamente per la loro stretta correlazione con l'acquisto di beni presso esercizi commerciali, rispetto al quale la stipula di un contratto di credito o l'acquisto di un prodotto finanziario appaiono chiaramente accessori e marginali; in altri termini, si tratta di vicende in occasione*

*delle quali la società odierna appellante - che pure è incontestabilmente un operatore del mercato finanziario, come tale soggetto anche alla disciplina del t.u.b. - ha agito utilizzando un approccio e delle tecniche informative assimilabili a quelle più generalmente proprie degli operatori e professionisti cui è applicabile il Codice del consumo. In definitiva, anche nella prospettiva - rifiutata dal Collegio remittente - della specialità "per settori" non potrebbe giammai pervenirsi, con riguardo al caso che occupa, a un giudizio di insussistenza ... [dell'applicazione della disciplina che vieta le pratiche commerciali scorrette], proprio per la ravvisata carenza nella normativa di settore di qualsivoglia riferimento alla tutela dei consumatori in quanto tali ...» (Cons. Stato, ad. plen., 11 maggio 2012, n. 14).*

In tale prospettiva, si riteneva dunque che la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette trovasse applicazione anche nei "settori speciali" unicamente laddove questi ultimi non fossero regolati da specifiche discipline di origine comunitaria dettate anche a tutela del consumatore; altrimenti, le norme speciali avrebbero prevalso nella loro interezza, escludendo integralmente l'applicabilità di quelle generali sulle pratiche commerciali scorrette, e ciò anche in difetto di reali antinomie tra le rispettive disposizioni.

Tale impostazione aveva trovato conferma anche nell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del D.L. n. 95/2012, secondo cui «... *la competenza ad accertare e sanzionare le ... [pratiche commerciali scorrette] è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati...*»

Tuttavia, le predette decisioni del Consiglio di Stato, nonché l'intervento legislativo da ultimo menzionato, lungi dal chiarire l'ambito di applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione ai settori speciali, hanno

alimentato ulteriori dubbi interpretativi, soprattutto con riguardo alle correlate competenze sanzionatorie delle rispettive Autorità Garanti di riferimento.

Quindi, il d.lgs. n. 21/2014 ha tra l'altro stabilito quanto segue: «... *Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze ...*».

Il Legislatore ha così finalmente chiarito che la disciplina del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette si applica anche nei settori speciali, tendenzialmente integrandosi con la loro regolamentazione; tuttavia, quest'ultima prevale e comporta la disapplicazione di quella generale del codice del consumo, ogni qualvolta specifiche disposizioni speciali siano di origine comunitaria, tutelino i consumatori e determinino una effettiva sovrapposizione con quelle in materia di pratiche commerciali scorrette.

Ad esempio, la vigente formulazione del t.u.b. (come anche modificata con il d.lgs. n. 53 del 4 marzo 2014) è di origine comunitaria e prevede norme a specifica tutela anche dei consumatori; quando tali disposizioni stabiliscono - a tutela del cliente/consumatore - quale sia la condotta corretta che il professionista deve tenere, o l'oggetto e/o il contenuto che un determinato rapporto contrattuale deve prevedere, allora il rispetto di tali norme esclude automaticamente che possa trattarsi di pratica commerciale scorretta.

Ciò trova manifesta conferma nella previsione dell'art. 123 t.u.b., che stabilisce specifici obblighi di informazione (di matrice comunitaria) in materia di pubblicità del credito al consumo a tutela del cliente/consumatore.

Il rispetto di tali disposizioni escluderebbe di per sé l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, e quindi impedirebbe che un contratto e/o una condotta lecita ai sensi dell'art. 123 t.u.b. possano essere in ogni caso qualificati come scorretti; il Legislatore – al comma 1 - ha però eccezionalmente stabilito che, solo con riguardo a tale norma, resta comunque «... *Fermo ... quanto previsto dalla parte II, titolo III, del Codice del consumo ...*» (ossia la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette), con ciò quindi derogando al principio di specialità previsto dall'art. 19 del codice del consumo.

Similmente, quando si tratti di previsioni che tutelano solo il “mercato” o la “concorrenza”, il rispetto delle disposizioni del T.U.B. non esclude che la medesima condotta possa essere qualificata come “scorretta” nei confronti dei consumatori ai sensi del codice del consumo, la cui disciplina risulta dunque complementare ed integrativa rispetto a quella speciale.

Chiarita la portata applicativa della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto ai settori speciali, come appunto quello bancario/creditizio, occorre individuare l'effettivo contenuto del divieto previsto dall'art. 20 del codice del consumo.

Ancora.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 20 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (e successive modificazioni), una “pratica commerciale” è da qualificare come “scorretta”, se contrasta con «... *il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista ...*» [art. 18, comma 1, lettera h), cod. cons.], e falsa (o è

idonea a falsare) in misura rilevante il comportamento economico del “consumatore medio” che raggiunge o al quale è diretta.

A questo proposito, pare opportuno evidenziare che, per stabilire se una “pratica commerciale” sia effettivamente contraria alla “diligenza professionale”, occorre innanzitutto individuare il grado di competenza ed attenzione che, in concreto, poteva considerarsi dovuto, in quanto rispondente alle “ragionevoli aspettative” dei consumatori, in relazione alle specifiche circostanze del caso, e segnatamente alla natura ed alle caratteristiche della condotta imprenditoriale.

Tale valutazione, ai sensi e per gli effetti di legge, si fonda sui parametri dei “principi generali di correttezza e di buona fede”<sup>8</sup>, e - pur imponendo un preciso *standard* di diligenza - fa comunque e sempre «... *salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera ...*» [art. 20, comma 3, cod. cons.] e che, pertanto, «... *incidono legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori ... senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole ...*» (considerando n. 6, Direttiva 2005/29/CE), analogamente a quanto emerso in giurisprudenza con riguardo alla “pubblicità iperbolica”<sup>9</sup>.

In pratica ed anche alla luce dell’art. 18, comma 1, lettera e), del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (e successive modificazioni), il comportamento economico del consumatore risulta “falsato in misura rilevante” ogniqualvolta la pratica posta in essere dal professionista abbia avuto (ovvero sia idonea ad avere) un ruolo determinante (sotto il profilo causale) in merito all’assunzione di una “decisione di natura commerciale”.

---

<sup>8</sup>Cfr. Cons. Stato 31 gennaio 2011, n. 720.

<sup>9</sup>Cfr. ad esempio: App. Firenze, 15 gennaio 2002, in *Gius*, 2002, 1296 ss.; Trib. Trieste, 29 dicembre 1995, in *Nuova g. civ. comm.*, 1997, I, 821 ss.; A.G.C.M., 8 febbraio 2001, n. 9209, in *Giust. civ.*, 2002, I, 525 ss.; Giurì cod. aut. pubb., 6 aprile 1995, n. 83, in *R. d. ind.*, 1996, 591 ss.; Giurì cod. aut. pubb., 5 giugno 1981, n. 20, in *R. d. ind.*, 1982, II, 375 ss.; Giurì cod. aut. pubb., 10 aprile 1984, n. 21, in *R. d. ind.*, 1984, II, 116 ss.

In particolare, deve ritenersi che una “pratica commerciale” sia idonea ad alterare in modo apprezzabile le scelte merceologiche dei consumatori quando possa determinare un’artefatta, erronea, distorta e/o mendace percezione circa «... *i principali parametri cui fanno riferimento i consumatori allorché compiono le proprie scelte economiche nel settore in esame ...*», quali – tipicamente ed in linea di principio – «... *le caratteristiche ... ed il valore [del prodotto/servizio] ...*» (A.G.C.M., provvedimento n. 19604/2009, PS/623, in *Boll. AGCM*, n. 9/2009).

Quindi, risulta altresì fondamentale individuare l’esatta accezione dell’endiadi “consumatore medio”, che pure rappresenta uno degli elementi cardine per la qualificazione di una pratica commerciale come “ingannevole” e/o “scorretta”.

A tal riguardo, è opportuno evidenziare che il d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (e successive modificazioni), omette di fornire la definizione di “consumatore medio”; pertanto, occorre fare riferimento alla Direttiva 2005/29/CE, che, all’art. 2, comma I, lettera b), chiarisce che l’espressione “consumatore medio” indica un «... *consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto ...*».

Il Legislatore europeo ha specificato che «... *Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie ...*» (considerando n. 18, Direttiva 2005/29/CE).

Tale nozione è stata mutuata dalla “giurisprudenza europea”. In particolare, le origini di questa elaborazione possono rinvenirsi nella sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 1998 (C-210/96), in cui si è affermato che «... *Per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite ... sia idonea a indurre in errore l’acquirente, ... il giudice nazionale deve riferirsi all’aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto ...*».

Successivamente, il canone del “consumatore medio” si è progressivamente evoluto e raffinato, acquisendo peculiari caratteristiche e distinte connotazioni, a seconda dei beni e/o servizi considerati, ovvero dei soggetti coinvolti.

Ad esempio, si è ritenuto che «... *un consumatore è sufficientemente tutelato se è messo al riparo da indicazioni ingannevoli con riguardo ai prodotti, mentre non deve necessariamente essere protetto da informazioni di cui potrà lui stesso giudicare l'utilità ...*» (Conclusioni dell'Avvocato Generale, in data 11 dicembre 2003, nel caso C-239/02).

Pertanto, le previsioni di cui al Titolo III della Parte II del codice del consumo non si sostanziano nella generalizzata tutela di soggetti inescusabilmente distratti o disinformati, ovvero necessariamente deboli ed abbisognevole di tutela, ma, recependo quanto stabilito dalla Direttiva 2005/29/CE, proteggono «... *il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto ...*», nonché contrastano «... *lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali ...*» (considerando n. 18, Direttiva 2005/29/CE).

L'art. 20 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (e successive modificazioni) è dunque posto a salvaguardia delle posizioni dei soggetti, che, in ragione della fattispecie considerata e delle peculiari circostanze del caso, siano meritevoli di godere di un'adeguata difesa in relazione agli interessi commerciali coinvolti.

In altri termini, le summenzionate disposizioni tutelano la libertà di autodeterminazione consapevole in relazione alle scelte commerciali che creano il mercato, attraverso un giudizio che trova origine nell'influenza delle “pratiche commerciali” sui processi decisionali, tenendo conto della prevedibile reazione dei soggetti cui quell'iniziativa tipicamente si rivolge e presupponendo un livello di attenzione ed avvedutezza adeguato ai fattori sociali, culturali e linguistici di riferimento.

4. Si è invocato anche l'art. 2 del codice del consumo con riguardo alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, principio che riprende l'analoga formula, nella disciplina comunitaria, della Risoluzione sui diritti dei consumatori del 14 aprile 1975; trattasi di formula assai ampia che esprime una attitudine ottativa, ma non un precetto completo, che non consente di istituire diritti soggettivi diversi da quelli riconosciuti dalle singole discipline in capo ai titolari dei rapporti<sup>10</sup>.

Le associazioni che promuovono iniziative giudiziarie contro le banche per colpire gli interessi anatocistici si riferiscono anche gli artt. 33 e ss. cod. cons. sulla vessatorietà delle clausole ma non possono avvalersene in quanto non sono titolari dei diritti che discendono dai contratti individuali e vorrebbero farle dichiarare nulle o inefficaci ricorrendo agli artt. 139, 140 cod. cons. e 669 *bis* e ss. c.p.c. e applicando quindi un rimedio inibitorio a disposizioni contrattuali che non riguardano contratti da esse stesse associazioni sottoscritti ma che riguardano soggetti terzi che non fanno parte del giudizio.

Peraltro, il ricorso agli artt. 33 e ss. cod. cons. è del tutto ultroneo, in quanto le clausole contrattuali riguardanti le modalità di capitalizzazione degli interessi, riguardano *contratti bancari*, che sono individuali e non implicano la contrarietà alla buona fede oggettiva né comportano lo squilibrio tra le posizioni giuridiche delle parti, entrambi criteri previsti dall'art. 33 cod. cons. per poter qualificare una clausola come vessatoria.

Non solo: la capitalizzazione degli interessi riguarda l'oggetto del contratto e le modalità di remunerazione (cioè il "prezzo") del servizio reso dalla banca in un rapporto sinallagmatico che, come è noto, non può essere sindacato dal controllo di vessatorietà, come previsto dall'art. 34, secondo comma cod. cons.

---

<sup>10</sup>In dottrina, BENUCCI, *Commentario al codice del consumo*, a cura di Vettori, 2007, il quale ha affermato che "si è di fronte a concetti di portata talmente generale, che, se interpretati restrittivamente non innovano niente, al contrario, se interpretati estensivamente provocano un drastico ridimensionamento della certezza del diritto"

L'esclusione del sindacato di merito del contratto per le clausole che determinano l'oggetto, ossia la prestazione diversa dal corrispettivo, o il corrispettivo si giustifica perché, come predicato dalla direttiva comunitaria n. 13/1993 da cui le norme invocate discendono, il controllo di vessatorietà è limitato alla sproporzione tra le situazioni giuridiche delle parti ma non coinvolge gli aspetti economici dell'operazione<sup>11</sup>.

In dottrina è stato osservato, in particolare, che l'inefficacia delle clausole relative all'oggetto del contratto o al corrispettivo consegue solo alla loro non intellegibilità, talché le clausole in questione non formerebbero mai oggetto di sindacato giudiziale per il loro contenuto e dalla loro eliminazione risulterebbe il venir meno del contratto nel suo complesso<sup>12</sup>.

Per vero, rilevanza centrale assume la *ratio* della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 34 cod. cons., espressiva dell'irrilevanza, ai fini del giudizio di vessatorietà, di un controllo di congruità dello scambio, in ossequio alla libertà delle parti di determinare in via autonoma le prestazioni cui i contraenti sono tenuti: è stato osservato che la predisposizione di criteri negativi manifesta la precipua finalità di evitare pregiudizi e limitazioni stringenti all'autonomia privata, altrimenti possibile e frequente bersaglio di dichiarazione di vessatorietà, anche nelle sue estrinsecazioni più rilevanti. A fondamento della disposizione vi è dunque la tutela della libertà delle parti di individuare l'equilibrio economico dello scambio: la vessatorietà di una clausola negoziale non può fondarsi in via esclusiva sulla inadeguatezza economica del sinallagma. Ciò che rileva, allora, è il solo "*squilibrio normativo, i cui termini di comparazione sono le posizioni giuridiche delle parti dedotte in contratto, e non lo squilibrio meramente economico relativo al rapporto concreto tra le prestazioni poste in essere dalle parti medesime. (...) Risulta chiaro dalla lettera della norma e della ratio indicata che le pattuizioni relative all'oggetto e*

---

<sup>11</sup>Sul punto, cfr. CUFFARO, *Codice del consumo*, sub art. 34, p. 276

<sup>12</sup>Così, CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, 1996, p. 419.

*al corrispettivo siano sottratte ad un controllo contenutistico ed economico per così dire “diretto” volto all’accertamento del sospetto di vessatorietà: si vuole evitare un intervento giudiziale sulla congruità ed adeguatezza economica dello scambio tra le prestazioni dedotte in contratto. L’eventualità così prospettata sarà dunque sanzionata non attraverso gli strumenti di cui al Titolo in oggetto, ma mediante i mezzi giuridici predisposti dalla disciplina generale del contratto”<sup>13</sup>.*

Peraltro, il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità conferma tali affermazioni. Invero, sul punto, la Corte di Cassazione ha affermato che *“il controllo giudiziale sul contenuto del contratto stipulato con il consumatore, pur postulando una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi ivi contemplati, e nel cui ambito svantaggi e benefici determinati da singole clausole possono compensarsi, è circoscritto alla componente normativa del contratto stesso, mentre è preclusa ogni valutazione afferente le caratteristiche tipologiche e qualitative del bene o del servizio fornito, o l’adeguatezza tra le reciproche prestazioni, richiedendosi soltanto, alla stregua dell’art. 1469 ter, secondo comma, cod. civ. (poi sostituito dall’art. 34, secondo comma, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che l’oggetto del contratto ed il corrispettivo pattuito siano individuati in modo chiaro e comprensibile. (Nella specie, la S.C., ritenendo puntualmente verificata dal giudice del merito, in base al piano finanziario sottoscritto dal cliente, la natura dell’operazione concordata tra le parti con il contratto “my way”, ha ritenuto inammissibile, anche perché estraneo alle questioni sollevate nel giudizio di merito, il motivo di ricorso concernente l’esistenza di uno squilibrio del rapporto contrattuale nella sua interezza) (Cass. civ., sez. I, 20.9.2013, n. 21600).*

---

<sup>13</sup>Cfr. MEUCCI, *Commentario del Codice del Consumo*, a cura di Vettori, 2007, p. 346 e ss.; della stessa opinione GAGGERO, *sub art. 1469 bis*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli artt. 1496 bis- 1496 sexies del c.c.*, 1997, p. 491; ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, p. 286; CIAN, *Il nuovo capo XIV bis*, cit.; MONTICELLI, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, 1998, p. 507 ss.; PODIGGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, p. 112; DI MAJO, *Clausole vessatorie e rischi assicurativi: un difficile confine*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 380; PALMIERI, *Imprese assicuratrici e contrattazione seriale: la falce delle clausole abusive*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 626

5. A fronte delle sentenze (e delle ordinanze) che ritengono che l'art. 120 del T.U.B. possa avere immediata applicazione in quanto la norma prevede un precetto che esprime un divieto, a cui la norma secondaria formulata dal CICR non potrebbe nulla aggiungere, se non dettagli che non ne scalfiscono l'imperativo, il Tribunale di Torino, con sentenza del 2 luglio 2015, ha ritenuto applicabile ancora la delibera del CICR del 9 febbraio 2000, e pertanto finché la nuova delibera, come richiesta dalle innovazioni normative introdotte, non sarà emessa, è inevitabile applicare la pregressa disciplina.

**Guido Alpa**

*Ordinario di Diritto privato*

*nell'Università La Sapienza di Roma*

## TRIBUNALE DI TORINO

SENTENZA DEL 10 GIUGNO 2014

### **Obblighi informativi degli intermediari - Obbligo di informazione continuativa - Verifica dell'adeguatezza del portafoglio del cliente nel suo insieme - Variazione delle informazioni riguardanti le caratteristiche dei servizi - Variazione dei livelli di rischio dei titoli presenti in portafoglio - Esclusione**

*L'obbligo in capo agli intermediari di informare i propri clienti riguarda le caratteristiche generali dei servizi e attività di investimento svolte ma non anche qualsiasi variazione dei livelli di rischio dei titoli acquistati in precedenza ed ancora presenti nel portafoglio degli investitori.*

*L'obbligo di informazione continuativa prevede solo la verifica dell'adeguatezza del portafoglio del cliente nel suo insieme e non già di ogni singolo titolo in esso presente.*

*Il mantenimento di un rating elevato fino al giorno della dichiarazione d'insolvenza, prova che il mercato finanziario non ha mai identificato, prima di tale data, la possibilità di un default dell'emittente, con la conseguenza che non può rimproverarsi alla banca di non aver previsto il default dell'emittente Lehman Brothers.*

\* \* \*

[...]

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con citazione notificata il 26 novembre 2012 [...] ha evocato in giudizio dinanzi a questo Tribunale la banca [...] esponendo che:

- Nel mese di agosto 2007 aveva richiesto ad un funzionario della banca convenuta indicazioni sui propri investimenti di capitale [...] e del personale della banca le aveva proposto un piano di investimento in obbligazioni Lehman Brothers FRN 11, fornendo rassicurazioni in merito alla sicurezza del rimborso del capitale investito, all'ottimo rendimento dell'investimento ed alla assoluta assenza di rischio;
- Il 6 agosto 2007 essa aveva quindi acquistato obbligazioni Lehman per un controvalore complessivo di euro 80.000 [...];
- Dal momento della conclusione dell'acquisto non aveva ricevuto alcuna informazione circa l'andamento dei titoli da parte della banca, nonostante il 15 settembre 2008 la banca statunitense emittente, in considerazione del grave dissesto finanziario in cui si trovava, avesse deciso di ricorrere alla procedura concorsuale statunitense denominata Chapter 11;
- Il 16 settembre 2008 la banca aveva per la prima volta comunicato alla attrice la variazione del livello di rischio dei titoli obbligazionari acquistati [...];
- Il successivo 2 ottobre 2008 la banca aveva comunicato il dissesto finanziario dell'emittente [...].

Tanto premesso in fatto, ha affermato di aver avuto intenzione di investire i propri risparmi in titoli privi di rischio, e di non aver potuto adeguatamente valutare l'investimento a causa della mancanza di qualsiasi spiegazione circa la natura, i rischi e le implicazioni che potevano derivare dall'acquisto delle obbligazioni Lehman, avendo la banca omesso di consegnarle il documento sui rischi generali sugli investimenti in strumenti finanziari ed anche di fornire qualsiasi informazione in merito all'andamento dei titoli.

Ha quindi prospettato la violazione da parte della banca degli obblighi di comportamento posti a carico degli intermediari finanziari dall'articolo 21 Tuf e dagli articoli 26, 27, 28, 61 e 62 del regolamento Consob 11522 del 1998, per il mancato assolvimento degli obblighi di informazione e l'esecuzione di operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza e dimensione, oltre che per aver operato in conflitto di interessi per aver tenuto più in generale una condotta contraria alle regole di comportamento sancite dal testo unico della finanza [...]

Ha quindi affermato la nullità dei contratti di acquisto dei titoli obbligazionari in questione per violazione di norme imperative, in subordine la annullabilità dei medesimi contratti per vizio del consenso, in ulteriore subordine la risoluzione degli stessi per inadempimento della banca e, infine, la condanna della stessa al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale. [...]

\* \* \*

L'attrice nel rispondere al questionario di analisi del proprio profilo finanziario dichiarò:

- Di aver investito in passato in prodotti monetari a breve termine [...];
- Di aver investito in passato in prodotti obbligazionari [...] con la consapevolezza del medio grado di rischio di tali prodotti [...];
- Di avere un orizzonte temporale di investimento di tipo medio compreso tra 3 e 5 anni e di essere disposta a tollerare oscillazioni moderate del valore di portafoglio, riconoscendo conclusivamente di avere un'esperienza molto alta, una media propensione al rischio e come obiettivo di investimento quello di perseguire la rivalutazione del capitale investito [...].

La nullità degli ordini per violazione di norme imperative

Tale nullità deriverebbe, secondo la prospettazione dell'attrice, dalla violazione delle norme che disciplinano gli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario finanziario e del divieto di agire in conflitto di interessi.

Occorre al riguardo evidenziare che la Corte di Cassazione ha affermato che la c.d. nullità virtuale del contratto si verifica solo quando la contrarietà a norme imperative attiene ad elementi intrinseci dello stesso (struttura e contenuto) e non ricorre, pertanto, nel caso di violazioni delle prescrizioni dettate dalla disciplina di settore a carico dell'intermediario, con riferimento alle modalità di espletamento della sua attività nei rapporti con la clientela [...], in quanto tali norme attengono a comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del "contratto-quadro" di negoziazione – o più in generale nello svolgimento dell'attività di intermediazione – estranei alla fattispecie negoziale (cfr. Cass. Sez. I n. 19024 del 29.9.2005).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infine escluso che, fuori dai casi espressamente previsti dal d.lgs. 58/1998 (quale ad esempio la violazione di cui all'articolo 23, comma 1, prescrivente la forma scritta per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di finanziamento), la violazione dei doveri di comportamento posti a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario comporti la nullità dei contratti stipulati o degli ordini di investimento impartiti in esecuzione dei contratti medesimi (Cass. Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007). [...]

La violazione dei doveri d'informativa e trasparenza legislativamente previsti a carico dell'intermediario, infatti, in difetto di apposita previsione normativa, non può comportare in alcun caso un'ipotesi di nullità ex art. 1418 c.c., primo comma, in quanto una nullità di tal genere deve dipendere dalla violazione di una norma disciplinante la struttura della fattispecie e non gli oneri comportamentali di uno dei contraenti: l'opposta conclusione porterebbe, tra l'altro all'introduzione di una nullità virtuale desunta dall'interprete avente una disciplina più severa (rilevabilità anche d'ufficio) delle nullità espressamente previste dal Tuf, che d'altro canto, se avesse voluto prevedere la nullità per violazione di doveri comportamentali, lo avrebbe potuto (e dovuto per esigenze di coerenza sistematica) fare, dal momento che per altre violazioni la nullità è stata statuita (Cass. Sent. 19024 del 2005).

Ne consegue l'infondatezza della domanda di accertamento della nullità delle operazioni di investimento disposte dall'attrice per violazione di norme imperative. Del pari infondata risulta la domanda di risoluzione contrattuale, proposta in via subordinata dall'attrice.

La domanda di risoluzione per inadempimento

Tale domanda, se riferita al contratto quadro di negoziazione, non può essere accolta, in quanto l'inadempimento, anche qualora sussistente, non potrebbe ritenersi di particolare gravità, considerando che è pacifico, e si ricava comunque dagli estratti conto dei titoli dell'attrice, che quest'ultima ha effettuato nel corso del tempo, a partire dalla conclusione del contratto quadro, numerose altre operazioni di investimento nell'ambito dello stesso contratto-quadro, in relazione alle quali non sono stati mossi addebiti alla banca.

Né può essere accolta la domanda di risoluzione degli ordini di borsa di acquisto delle obbligazioni Lehman: la Corte di Cassazione ha invero chiarito, nella sentenza citata delle Sezioni Unite, che gli obblighi di cui si discute attengono, con riferimento ai singoli ordini, alla fase precontrattuale.

È stato in particolare chiarito che *“Dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero al responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso”* (Cassazione civile, sez. un. 19 dicembre 2007, n. 26724).

Ora, nel caso di specie, l'attrice ha domandato, come accennato, la risoluzione dei contratti di acquisto dei titoli Lehman in questione e la restituzione di tutta la

somma investita: l'ordine, però, come notato, costituisce una operazione di tipo prettamente esecutivo del rapporto di mandato (art. 1711 c.c.) costituito mediante la conclusione del contratto quadro di negoziazione, con la conseguenza che esso non è suscettibile di risoluzione.

NE consegue il rigetto della domanda subordinata di risoluzione proposta dall'attrice e con essa di quella, conseguente, di restituzione.

Le domande di annullamento per vizio del consenso

Quanto alla domanda di annullamento delle medesime operazioni per dolo o errore, fondata sull'assunto che i titoli oggetto di tali ordini sarebbero stati venduti alla attrice tacendole deliberatamente i rischi insiti nelle operazioni e che, pertanto, il suo consenso sarebbe stato dato con errore, essenziale e ben riconoscibile dalla banca convenuta (ed anzi addirittura frutto del dolo dei funzionari della stessa), sull'oggetto del contratto o della prestazione o sulla qualità della stessa, non sembra che le lamentate omesse informazioni da parte della intermediaria, circa l'affidabilità insufficiente dei titoli acquistati nel momento in cui sia stato effettuato l'investimento, siano determinanti per ravvisare un errore essenziale, ai fini dell'annullamento del contratto, posto che si tratta di caratteristica comune ai titoli corporate, contraddistinti da oscillazioni sensibili nelle quotazioni e da elevata redditività, e che non incidono sulla natura o sull'oggetto del contratto (cfr. in tal senso, Trib. Roma, 13 giugno 2005).

Non sembra, dunque, possa essere ravvisato un errore sull'oggetto del contratto (ex art. 1429, comma 1, n. 1, c.c.), atteso che le parti volevano concludere ed hanno concluso un contratto di investimento e che il diritto trasferito corrisponde a quello che l'investitore intendeva acquisire al proprio patrimonio.

Neppure sembra ravvisabile un errore sull'oggetto della prestazione (ex art. 1429, comma 1, n. 2, c.c.) atteso che l'investitore ha inteso acquistare un pacchetto di titoli del tipo di quelli effettivamente trasferiti dalla intermediaria su ordine del cliente.

Non sembra, dunque, vi sia divergenza tra oggetto della operazione programmata e oggetto che in concreto è stato acquisito al patrimonio della cliente, giacché la redditività del titolo è solo un attributo connesso, non già alle qualità del prodotto, bensì ad una serie di circostanze che, complessivamente considerate, individuano o delineano la rischiosità dell'investimento.

Questa non attiene all'oggetto del contratto, ma alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato contratto, con la conseguente irrilevanza della sua valutazione al fine della formazione del consenso della attrice (cfr. in tal senso, Trib. Parma, 21.3.2007, n. 381).

La domanda di risarcimento del danno

Per ciò che concerne la domanda di risarcimento dei danni per violazione degli obblighi informativi ed inadeguatezza delle operazioni deve rilevarsi che, alla luce del profilo di rischio e degli obiettivi di investimento dichiarati dalla stessa attrice, che risultano, peraltro, del tutto coerenti con le risultanze e la composizione del suo deposito titoli e la sua operatività pregressa, non sembra che l'acquisto in questione possa essere considerato inadeguato per tipologia, oggetto, dimensione o frequenza, agli obiettivi di investimento ed al profilo di rischio in quanto nei due depositi di cui l'attrice era titolare figuravano titoli di analoga rischiosità (considerata l'estrema affidabilità e l'eccellente rating dei titoli Lehman all'epoca del loro acquisto da parte dell'attrice), gli stessi non hanno determinato uno squilibrio nella composizione del patrimonio mobiliare dell'attrice, risultavano emessi da società ritenuta assai affidabile e sono stati acquistati solamente in due occasioni. [...]

Alla stregua di queste risultanze, circa la composizione del patrimonio mobiliare dell'attrice e gli acquisti dalla stessa effettuati in precedenza, gli intendimenti dell'attrice e le informazioni che potevano esserle fornite dalla convenuta (posto che all'epoca dei due acquisti l'insolvenza della Lehman non era in alcun modo immaginabile), non sembra che le due operazioni di acquisto di titoli Lehman censurate possano essere ritenute inadeguate agli obiettivi di investimento ed al

profilo di rischio dell'attrice, né pare ravvisabile un nesso di causa tra il dedotto inadempimento agli obblighi informativi ed il danno lamentato dall'attrice.

Come è noto, l'art. 29 del reg. Consob 11522/98 invocato dall'attrice stabilisce al riguardo che:

*“Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute”.*

Ne consegue, come accennato, che gli intermediari debbano specificamente segnalare l'inadeguatezza delle operazioni che comportino investimenti con rischio differente rispetto a quello dichiarato dai clienti o desumibile dagli investimenti precedenti e da tutte le altre informazioni in loro possesso, esigendo, per procedere all'esecuzione, apposito ordine scritto. [...]

Ne consegue l'infondatezza della domanda risarcitoria dell'attore per inadeguatezza delle operazioni censurate.

Infondata risulta anche la domanda di risarcimento dei danni per violazione degli obblighi informativi, perché l'evidenziato profilo di rischio dell'attrice, desunto dall'entità e dalla composizione del suo portafoglio titoli e dalla sua operatività (oltre che da quanto dichiarato dall'attrice medesima), induce a ritenere che essa, anche qualora avesse ricevuto maggiori informazioni in ordine alle caratteristiche dei titoli e, soprattutto, alla emittente (peraltro neppure noti alla generalità degli

operatori), li avrebbe acquistati egualmente, con la conseguente insussistenza della necessaria relazione causale tra il prospettato inadempimento dell'intermediario ed il danno lamentato.

È stato, infatti, al riguardo chiarito che *“In materia di contratti di intermediazione finanziaria, allorché risulti necessario accertare la responsabilità contrattuale per danni subiti dall'investitore, va accertato se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione nonché, in ogni caso, a tutte quelle obbligazioni specificamente poste a suo carico dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.) e prima ancora dal d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, nonché dalla normativa secondaria, risultando, quindi, così disciplinato, il riparto dell'onere della prova: l'investitore deve allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento, anche sulla base di prescrizioni; l'intermediario, a sua volta, deve provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegare come inadempite dalla controparte, e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito "con la specifica diligenza richiesta" (Cassazione civile, sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773).*

Non pare, dunque ravvisabile, come evidenziato, la necessaria relazione causale tra la condotta della intermediaria ed il danno lamentato dall'attrice, che nel suo portafoglio deteneva titoli del tutto assimilabili a quelli di cui si controverte, e dunque può presumersi avrebbe egualmente disposto gli acquisti in questione anche se avesse ricevuto maggiori informazioni su tali titoli, tenendo conto di quelle all'epoca acquisibili dagli operatori.

Non sembra, poi, ravvisabile il conflitto di interessi prospettato dalla attrice in ragione dei rapporti intercorrenti tra la banca convenuta e la società gestrice del mercato EUOTLX, laddove i titoli erano stati negoziati, in quanto non risulta che la banca convenuta abbia svolto attività di collocamento o sollecitazione all'acquisto delle obbligazioni Lehman, né ciò è stato dedotto dalla attrice, e la circostanza della partecipazione in tale società per il tramite della banca [...] non determina in

capo all'intermediario un conflitto di interessi per la negoziazione dei titoli neppure in precedenza presenti nel proprio portafoglio (in senso identico si veda la sentenza numero 3440/2011 di questo tribunale del 30 aprile 2012, che si condivide).

Gli inadempimenti successivi alla disposizione degli ordini

L'attrice lamenta anche inadempimenti della banca convenuta nella fase successiva alla disposizione degli ordini, per avere la stessa omesso di informarla dell'andamento del titolo, come invece avrebbe dovuto fare secondo quanto previsto dalla normativa di settore, sia sulla base di quanto previsto dall'art. 20 del prospetto PattiChiari.

Sembra, al riguardo, del tutto condivisibile la ricostruzione compiuta nella sentenza di questo stesso Tribunale sopra citata, anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 118 delle norme di attuazione del codice di procedura, secondo cui l'obbligo normativo degli intermediari di informare i proprio clienti delle variazioni delle informazioni fornite ai sensi degli articoli da 29 a 32 del regolamento Consob 16910/2007 (applicabile a decorrere dal 30.6.2008) riguarda le caratteristiche generali dei servizi e attività di investimento svolte, ma non anche, come invece sostenuto dall'attrice, anche qualsiasi variazione dei livelli di rischio dei titoli acquistati in precedenza ed ancora presenti nel portafoglio degli investitori. [...]

Altrettanto condivisibile e persuasiva risulta l'esclusione compiuta nella medesima sentenza della esistenza di un obbligo convenzionale dell'intermediario, nei confronti dell'investitore, di comunicare a quest'ultimo ogni variazione significativa del livello di rischio dei titoli, riguardando la relativa avvertenza derivante dall'adesione da parte della convenuta al consorzio PattiChiari, trascritta dalla banca nell'ordine, la possibile uscita dall'elenco delle obbligazioni predisposto dal Consorzio, come emerge chiaramente dalla relativa guida illustrativa, e non anche le mere variazioni del livello di rischio dei singoli titoli acquistati. [...]

Non sembrano, in conclusione, ravvisabili gli inadempimenti della banca convenuta lamentati dalla attrice e da quest'ultima posti a fondamento delle sue domande

risarcitorie, giacché la banca comunicò alla attrice tempestivamente l'uscita delle obbligazioni Lehman dall'elenco di quelle a basso rischio di cui all'elenco predisposto dal Consorzio PattiChiari immediatamente dopo la verifica dei presupposti di tale esclusione, e comunque entro il termine di 48 ore prescritto, non essendosi in precedenza verificati i presupposti di tale uscita e non essendo dovuta, di conseguenza, alcuna comunicazione.

Tutte le domande proposte dalla attrice debbono, in conclusione, essere respinte.

Non si ravvisano, infine, ragioni per discostarsi dalla regola secondo cui le spese seguono la soccombenza con la conseguenza che l'attrice deve essere condannata a rifonderle per intero alla banca convenuta. [...]

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe indicata, ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa e respinta, così provvede:

- Respinge tutte le domande proposte da [...] nei confronti della [...];
- Condanna [...] a rimborsare alla [...] le spese processuali che si liquidano in Euro 10.1 per compensi, oltre rimborso forfettario del 15% sui compensi, c.p.a. ed i.v.a.

Così deciso in Torino, addì 10 giugno 2014, con sentenza depositata in Cancelleria in pari data, interamente redatta dall'estensore mediante scritturazione elettronica.

**IL RISCHIO EMITTENTE ED I CONFINI DEGLI OBBLIGHI  
INFORMATIVI DELL'INTERMEDIARIO:  
ANCORA SUL CASO LEHMAN BROTHERS.\* (\*\*)**

**(The issuer risk and the boundaries of disclosure requirements of dealer:  
still on the case of lehman brothers)**

**SOMMARIO:** 1. Il caso: acquisto di obbligazioni Lehman Brothers e mancata segnalazione dello stato di difficoltà dell'emittente - 2. Obblighi informativi dell'intermediario ed obblighi di correttezza - 3. Diligenza e buona fede in capo all'intermediario - 4. La controversa natura del contratto concluso tra intermediario ed investitore: implicazioni sulla risolvibilità per inadempimento - 5. Nullità virtuale e normativa di settore - 6. Annullabilità del contratto di investimento e vizi del consenso. Connessioni con la profilatura del cliente e la rischiosità dell'investimento - 7. Le "forzature" adottate sulle valutazioni del rischio emittente e la mancata convergenza sugli indicatori di rischio oggettivo

1. Con la sentenza in commento si affronta ancora una volta il tema della validità dei contratti di sottoscrizione delle obbligazioni Lehman Brothers e delle potenziali responsabilità delle banche collocatrici.

Nel caso di specie, l'investitore (cliente *retail*), dopo essersi consultato con il proprio istituto bancario, nel 2007 aveva acquistato due *tranches* di obbligazioni Lehman (per un controvalore complessivo di Euro 80.000), le quali facevano parte di un elenco di titoli a basso rischio-rendimento redatto conformemente al c.d. progetto "Patti Chiari", alla quale aveva aderito la banca intermediaria. Tali obbligazioni, come noto, subivano una massiccia perdita di valore, alla luce delle difficoltà finanziarie incontrate dall'emittente, culminate con il ricorso alla

procedura concorsuale (il famoso *Chapter 11* della legge fallimentare statunitense)<sup>1</sup>.

In virtù della mancata segnalazione dello stato di difficoltà dell'emittente, l'investitore riteneva la banca inadempiente agli obblighi di comportamento stabiliti dal Testo Unico della Finanza (TUF) e pertanto chiedeva la dichiarazione di nullità dei contratti di investimento stipulati per violazione di norma imperativa (ed in subordine l'annullabilità per vizi del consenso o la risoluzione per inadempimento) ed il risarcimento dei danni subiti.

L'istituto di credito replicava sottolineando che l'investitore era un proprio cliente da svariati anni, che era stata regolarmente effettuata la profilatura dello stesso e che quest'ultimo aveva dichiarato – in sede di stipula del contratto di deposito titoli (nel 1999) – di avere una elevata esperienza e conoscenza degli strumenti finanziari, richiedendo espressamente alla banca l'acquisto delle obbligazioni Lehman.

Inoltre, il tracollo della situazione finanziaria di tale emittente non era in alcun modo prevedibile e le informazioni fornite al cliente non potevano essere trasmesse precedentemente, poiché le notizie sull'andamento della banca Lehman non erano ancora pubbliche (fino alla dichiarazione di insolvenza<sup>2</sup>) e dunque non potevano essere conosciute neanche dalla banca negoziatrice.

Il Tribunale adito non ha individuato responsabilità di natura contrattuale con riferimento agli ordini di acquisto di tali obbligazioni; allo stesso modo non ha

---

\* Contributo approvato dai revisori.

(\*\*) *Le opinioni espresse nel presente contributo sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Istituto di appartenenza (Consob).*

<sup>1</sup>In generale, sul punto, si rimanda per tutti a TABB, *The Law of Bankruptcy*, second edition, Foundation Press, 2009; MASSA, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Il fallimento*, 2003, 9, 954.

<sup>2</sup>Il 15 settembre 2008 la Lehman Brothers Holdings Inc. ha annunciato l'intenzione di avvalersi del Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense annunciando debiti bancari per 613 miliardi di dollari, debiti obbligazionari per 155 miliardi e attività per un valore di 639 miliardi (cfr. press release: [http://www.lehman.com/press/pdf\\_2008/091508\\_lbhi\\_chapter11\\_announce.pdf](http://www.lehman.com/press/pdf_2008/091508_lbhi_chapter11_announce.pdf)).

ritenuto di individuare alcun errore essenziale e ben riconoscibile ascrivibile alla banca che potesse invalidare l'ordine di acquisto delle obbligazioni<sup>3</sup>.

2. La crisi economico-finanziaria iniziata nel primo decennio del ventunesimo secolo (e tutt'ora in corso<sup>4</sup>) ha avuto enormi ripercussioni nel rapporto tra intermediari e risparmiatori/investitori<sup>5</sup>. Sulle ragioni di tale crisi<sup>6</sup> sono stati scritti fiumi di inchiostro, ma la principale problematica affrontata nei vari filoni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la vicenda Lehman Brothers (e non solo: vedasi il caso dell'acquisto di bond argentini, i crack Cirio e Parmalat ecc.<sup>7</sup>) è rappresentata dalla natura e dall'estensione degli obblighi informativi cui sono tenuti gli intermediari ai sensi di legge.

---

<sup>3</sup> Ugualmente non sono stati riscontrati gli estremi per un risarcimento danni, poiché non è stato ravvisato alcun obbligo vincolante – né di legge né negoziale (in virtù dell'adesione al consorzio Patti Chiari) – per l'intermediario in merito ad ogni oscillazione dei profili di rischio relative alle obbligazioni acquistate dal cliente. Nessun comportamento inadempiente è stato dunque ritenuto ascrivibile nei confronti dell'istituto di credito che ha proceduto alla definizione degli ordini di acquisto del cliente.

<sup>4</sup>Sul tema ampiamente CAPRIGLIONE, SEMERARO, *Crisi finanziaria e dei debiti sovrani*, Torino, 2012; CAPRIGLIONE, SEMERARO, *Financial crisis and sovereign debt: the European Union between risks and opportunities*, in *Law and economics review*, 2012, 4; MASERA, *The great financial crisis. Economics, regulation and risk*, Roma, 2009; CAPRIGLIONE, TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, 2014. Con specifico riferimento all'Italia, si rimanda più diffusamente a CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929-2009) Il caso italiano*, Padova, 2009.

<sup>5</sup>In merito all'aleatorietà di alcune tipologie negoziali adottate dalle banche, si rimanda a CAPRIGLIONE, *Etica della finanza mercato globalizzazione*, Bari, 2004.

<sup>6</sup>Tali ragioni sono state adeguatamente riassunte nell'abuso della leva finanziaria, l'eccessiva dipendenza da fonti di finanziamento a breve, la sottovalutazione delle categorie di rischio, l'insufficiente livello di trasparenza nella cartolarizzazione, l'eccessiva complessità dei prodotti strutturati, l'uso distorto dei sistemi di remunerazione dei *managers*, la carenza di controlli da parte delle preposte autorità di vigilanza e soprattutto l'adozione di una *corporate governance* deficitaria di efficienti controlli interni e di sistemi tesi ad evitare e/o neutralizzare i conflitti di interesse (cfr. BENCINI, *Il caso Lehman Brothers: cause di default e prospettive di tutela*, visionabile su [www.associazionepreite.it](http://www.associazionepreite.it). Si rimanda anche a ALPA, *Mercati mondiali in crisi. Ragioni del diritto e cultura globale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2009, 83; CAVALIERI, *Una riflessione sulle cause e sulle responsabilità della crisi globale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2009, 100).

<sup>7</sup>Sul tema esaustivamente PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007; COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. It.*, 2006, 537; ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 604; PELLEGRINI, *Brevi note sulla vexata quaestio dei bonds argentini*, in *Giur. Merito*, 2005, 11, 2281.

La contrattazione tra due soggetti così diversi come un investitore *retail* ed un intermediario è di per sé asimmetrica<sup>8</sup> ed - in una visione di tipo paternalistico - il diritto interviene per minimizzare queste asimmetrie informative attraverso alcuni necessari obblighi posti in capo agli intermediari. Talvolta però il diritto cerca di operare delle forme di “compensazione sociale” per riequilibrare le posizioni negoziali operando delle “forzature” che travalicano valutazioni di puro diritto per sfociare in una diversa distribuzione del rischio finanziario originariamente assunto dall’investitore<sup>9</sup>.

La principale fonte dei citati obblighi informativi è rinvenibile nell’art. 21 del TUF, secondo il quale nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono, *inter alia*, “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati” e “acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”<sup>10</sup>. La regolamentazione adottata successivamente al recepimento della Direttiva MiFID<sup>11</sup> ha modificato i regimi di appropriatezza ed adeguatezza, ma non ha mutato i termini generali del problema<sup>12</sup>. Lo scopo della regolamentazione sopra menzionata è dunque

---

<sup>8</sup>Per tutti, ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. Giur.*, 2009, 267.

<sup>9</sup>Cfr. PELLEGRINI, *La responsabilità dell’intermediario per “solidarietà creditoria” in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca borsa tit. credito*, 2008, 2, 171; PELLEGRINI, *L’inaccettabile conferma di un orientamento giurisprudenziale da tempo superato*, in *Riv. trim. dir. ec.* 2010, 215. Si veda pure PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento*, in CAPRIGLIONE, *L’ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, 840.

<sup>10</sup>Tali obblighi peraltro vengono meglio specificati dalla normativa secondaria (Regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 e successive modifiche). In particolare, il citato Regolamento Intermediari in vigore nel 2007 stabiliva la necessaria conoscenza dei servizi e delle attività prestate in modo da adeguarle alle richieste della clientela (art. 26) nonché la necessità di ottenere dal cliente tutte le notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, e la sua propensione al rischio (art. 28).

<sup>11</sup>In dottrina si segnala sul punto GABRIELLI, *Il ruolo dell’informazione nel nuovo regolamento intermediari Consob*, in *Corr. merito*, 2008, 401.

<sup>12</sup>Sottolineano l’insussistenza di un generale obbligo informativo continuativo nel contesto sia del previgente, sia dell’attuale quadro normativo, GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005, 589, NIGRO, *Ancora sulla configurabilità di un generale obbligo di alert di fonte legale: spunti di riflessione dalla MiFID Review*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 10, 893.

condurre l'investitore ad una scelta di investimento consapevole. Per raggiungere tale obiettivo, l'intermediario deve agire in buona fede, adempiendo i suoi doveri con la diligenza richiesta e senza tacere alcuna informazione di quelle in suo possesso.

La *questio iuris* si focalizza sulla valutazione dell'esistenza di un obbligo della banca di monitorare in via periodica e continuativa i mutamenti di rischiosità dei titoli detenuti dai propri clienti, nonché sulla valutazione della possibilità che la stessa banca, con riferimento ai titoli Lehman Brothers, sfruttando la propria (presunta) posizione privilegiata, avesse potuto conoscere le problematiche dell'emittente anche prima della dichiarazione di *default* di quest'ultimo.

Il Tribunale di Torino ha stabilito che tale obbligo continuativo in capo all'intermediario è insussistente da un punto di vista regolamentare e non possa essere ricondotto neanche a violazioni dell'obbligo di eseguire in buona fede le disposizioni contrattualmente previste. Questa visione fortemente ancorata al dato normativo - regolamentare evita di agevolare quelle soluzioni di "compensazione sociale" che cercano di tutelare il risparmiatore, distribuendo il rischio a sfavore del soggetto con la maggiore solvibilità e con una posizione di privilegio sul mercato finanziario<sup>13</sup> (i.e. la banca).

L'obbligazione di agire in modo che i clienti "siano sempre adeguatamente informati" presenta però dei limiti oggettivi. Essa riguarda le "caratteristiche generali dei servizi e attività di investimento svolte", e può riguardare gruppi omogenei di strumenti finanziari aventi le stesse caratteristiche<sup>14</sup>, ma non può implicare, secondo l'opinione dominante, un'attività di valutazione continua dei *rating* relativi ai singoli titoli in portafoglio ai clienti. Peraltro, il *rating* è sì un indice

---

<sup>13</sup>*Amplius* in PELLEGRINI, *Le regole di condotta degli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento*, in CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, 808.

<sup>14</sup>Per il Tribunale di Torino "una simile disposizione regolamentare [i.e. artt. 29 e ss. del Regolamento Intermediari], del resto, appare del tutto coincidente con l'assetto normativo comunitario ove non è previsto alcun obbligo di una specifica informativa post-vendita circa le variazioni di rischio di ogni singolo strumento finanziario detenuto in portafoglio dai singoli clienti".

rilevante per valutare la capacità degli emittenti di far fronte alle obbligazioni, ma non è l'unico indice sul quale fondare dette valutazioni<sup>15</sup>.

Per tale gravosa obbligazione sussisterebbe dunque l'impossibilità della prestazione da parte della banca<sup>16</sup>. I confini di tale obbligazione sarebbero inoltre molto incerti, poiché il concetto di "modifica rilevante" del profilo di rischio dell'obbligazione (che farebbe scattare l'obbligo di informazione nei confronti del cliente<sup>17</sup>) è opinabile ed è soggetto a margini valutativi parametrabili alle caratteristiche di ogni singolo cliente<sup>18</sup>.

3. I profili di diligenza nell'adempimento delle prestazioni e la buona fede che deve permeare l'esecuzione dei contratti pongono delicati interrogativi al riguardo. In particolare, ci si è interrogati sull'ampiezza del dovere di diligenza dell'intermediario, sulla posizione "privilegiata" della banca e sulla buona fede della stessa<sup>19</sup>.

Sebbene il dovere di diligenza in capo ad un soggetto specializzato<sup>20</sup> come può essere un intermediario finanziario sia logicamente più esteso di quello di un singolo investitore<sup>21</sup>, tale dovere non può travalicare il limite della ragionevolezza,

---

<sup>15</sup>Va comunque sottolineato che "L'obbligo di informazione gravante sull'intermediario non sottrae il risparmiatore al rischio connesso all'acquisto dei prodotti finanziari ma lo aiuta semplicemente a gestirlo. Si deve quindi ritenere che l'elevato rendimento dei titoli, l'avvertenza in proposito contenuta nel documento sui rischi generali di investimento unitamente al rating attribuito dalle agenzie specializzate costituiscano per un investitore non sprovveduto elementi più che sufficienti a renderlo edotto del rischio" (Trib. Parma 24 maggio 2007, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>16</sup>Contra SANGIOVANNI, *Obbligazioni Lehman Brothers e tutele degli investitori*, in *Contratti*, 2010, 3, 221, secondo il quale gli obblighi informativi dell'intermediario sono continui.

<sup>17</sup>Cfr. articoli 31 e 34 del Regolamento Intermediari della Consob.

<sup>18</sup>*Amplius* in NIGRO, *Ancora sulla configurabilità di un generale obbligo di alert di fonte legale: spunti di riflessione sulla MiFID review*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 10, 888.

<sup>19</sup>Cfr. Cass. Sez. I, Sent. 6 agosto 2008, n. 21250.

<sup>20</sup>Sul tema PARRELLA, *L'informativa successiva alla compravendita di strumenti finanziari*, in *Società*, 2012, 1201; GRECO, *Rileggere le regole dell'informazione nel rapporto tra intermediario e risparmiatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 938.

<sup>21</sup>Gli obblighi informativi che l'art. 21 del TUF pone a carico degli intermediari riguardano un tipo di conoscenza che è più della semplice informazione sui prodotti da loro offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi nei mercati, alla loro destinazione tra il pubblico dei consumatori. Si tratta di conoscenza che l'investitore risparmiatore, per esperienza, per

avendo in considerazione anche la disponibilità delle informazioni in capo all'intermediario<sup>22</sup>.

Pertanto, la banca non può considerarsi *ex se* in una posizione privilegiata in merito alle informazioni sul *rating* dei titoli inclusi nei portafogli dei propri clienti, non potendo vantare alcuna "rendita informativa" nei confronti delle agenzie di *rating*<sup>23</sup>. Prima della notizia del *default* di Lehman Brothers, dunque, non essendoci stata nessuna alterazione del *rating* delle obbligazioni in questione, nulla può essere addebitato all'intermediario, poiché non vi erano elementi oggettivi sui quali poter basare una previsione di scarsa affidabilità dell'emittente.

Detto ciò, verranno di seguito brevemente esaminate le domande di parte attrice sviluppate nei confronti dell'intermediario.

4. Elemento preliminare alle disquisizioni sugli obblighi informativi dell'intermediario e sugli eventuali profili di responsabilità, è la natura degli ordini di acquisto che il cliente fa pervenire alla banca; natura che è a tutt'oggi controversa.

Non manca chi considera tali ordini aventi contenuto negoziale, anche se non prettamente autonomi e collegati ad un contratto quadro per l'esecuzione di un servizio o attività di investimento. Secondo questa teoria, i singoli ordini di acquisto potrebbero pertanto configurarsi come negozi autonomi, che prendono la forma di mandato in caso di negoziazione per conto terzi e di contratti di compravendita in caso di negoziazione per conto proprio<sup>24</sup>. La natura di atto negoziale implicherebbe l'autonoma risolvibilità dell'ordine<sup>25</sup>.

---

cultura o per diverso campo lavorativo non potrà mai acquisire (in tal senso Tribunale di Roma, 8 ottobre 2004, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>22</sup>Per l'affermazione della responsabilità dell'intermediario quale responsabilità da contatto sociale, vedasi Trib. Rimini, 21 luglio 2007, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>23</sup>Sul tema BOCCHINI, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, 2008, 35.

<sup>24</sup>In tal senso Tib. Venezia, 30 maggio 2007, in *Società*, 2008, 11, 1393.

<sup>25</sup>In tal senso Trib. Ferrara, 19 agosto 2009; Trib. Piacenza, 28 luglio 2009, visionabili su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

A ben vedere, però, ogni ordine appare inserito in un rapporto negoziale già in essere tra intermediario ed investitore; non si tratterebbe pertanto di un negozio autonomo, né di un negozio collegato, bensì di un “tassello” del rapporto negoziale che non ha propria causa: esso si fonda infatti sul rapporto di mandato sottoscritto in precedenza. Seguendo tale impostazione, l’ordine di acquisto dei singoli titoli da parte del cliente non può inquadrarsi in un rapporto autonomo di mandato, ma si sostanzia in un’istruzione del mandante al mandatario per l’esecuzione del mandato: rappresenta dunque un negozio d’attuazione<sup>26</sup>.

È questa la strada argomentativa percorsa dal Tribunale di Torino, il quale ritiene di non poter accogliere la domanda di risoluzione contrattuale, poiché colloca gli ordini di negoziazione nella fase precontrattuale e non nel momento genetico del contratto di investimento<sup>27</sup>. Gli ordini in questione, secondo il Tribunale adito, rappresentano operazioni *“di tipo meramente esecutivo del rapporto di mandato costituito mediante la conclusione del contratto quadro di negoziazione, con la conseguenza che esso non è suscettibile di risoluzione”*<sup>28</sup>.

In essenza, la violazione dei doveri informativi relativi alle specifiche caratteristiche del titolo negoziato ed all’inadeguatezza dell’operazione, non può condurre alla risoluzione della singola operazione<sup>29</sup>, in quanto detta violazione può incidere solo

---

<sup>26</sup>Per tale ricostruzione Trib. Firenze, 29 maggio 2006, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). In dottrina GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005, 589.

<sup>27</sup>Viene citata la famosa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione secondo la quale *“la violazione dei doveri d’informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d’investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d’investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d’intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d’intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell’art. 1418 c.c., comma 1”* (Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, 784).

<sup>28</sup>Dette operazioni, effettuate successivamente dall’intermediario per conto del cliente, costituiscono il momento attuativo del precedente contratto d’intermediazione. *Contra* Trib. Ferrara, 20 maggio 2010, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>29</sup>Trib. Roma, 24 maggio 2013, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

sulla fase precedente la trattativa ed essere quindi fonte di responsabilità precontrattuale<sup>30</sup>.

5. Anche la domanda di nullità riferita agli ordini di acquisto è stata respinta dal Tribunale del capoluogo piemontese.

Al riguardo, va rimarcato come nel diritto finanziario non possa parlarsi indistintamente di nullità riferita a tutti i potenziali inadempimenti; peraltro, occorre a monte una valutazione degli scopi di tutela perseguiti dalla normativa e dalla natura pubblicistica degli stessi<sup>31</sup>. Con specifico riferimento alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. nullità virtuale), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di responsabilità.

Ne discende che, mancando una esplicita previsione normativa, debba escludersi che la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma I, c.c., la nullità del cosiddetto contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.

La Cassazione conferma in sostanza una siffatta impostazione<sup>32</sup>. L'assenza di specifico richiamo alla nullità da parte della normativa di settore è dunque dirimente. In altre parole, quando all'intermediario vengono rimproverate delle

---

<sup>30</sup>Trib. Udine, 5 marzo 2010, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>31</sup>La distinzione, nell'ambito della disciplina dettata in tema di intermediazione finanziaria, tra adempimenti prescritti a pena di nullità (ad esempio per la prescrizione della forma scritta del contratto per la prestazione dei servizi di investimento) ed altri obblighi di comportamento pure posti a carico dell'intermediario, ma non a pena di nullità, impedisce una generalizzata qualificazione di tutta la disciplina della intermediazione mobiliare come di ordine pubblico, di per sé presidiata dalla nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c. (cfr. Trib. Rovigo, 20 gennaio 2011).

<sup>32</sup>Cass. SS.UU. sent. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525.

mananze dal punto di vista degli oneri comportamentali, questi ultimi non possono essere considerati come facenti parte della struttura della fattispecie normativa; l'interprete non può spingersi fino ad individuare delle ipotesi carenti da un punto di vista della determinatezza della fattispecie e che comportino un rimedio così radicale quale quello della nullità<sup>33</sup>.

6. Un'ulteriore domanda avanzata in via subordinata, ed anch'essa respinta dal Tribunale di Torino, concerne l'annullabilità del contratto di investimento. Per potersi affermare l'annullabilità devono sussistere dei vizi del consenso tali da aver alterato la corretta percezione della realtà del contraente (i.e. l'investitore) e dunque averlo indotto a sottoscrivere un contratto a condizioni che, se percepite correttamente, lo avrebbero indotto a desistere dal perseguire il proprio investimento. L'onere della prova su tale circostanza spetta all'investitore<sup>34</sup>.

In sostanza, l'elemento discriminante per le valutazioni del caso appare essere ancora una volta la rischiosità dell'investimento. Tale caratteristica, però, non incide nel caso di specie né mutando l'oggetto dell'operazione (titoli corporate Lehman Brothers) né sull'oggetto del contratto (contratto di investimento); tutt'al più la rischiosità funge da elemento motivante o demotivante alla conclusione dell'investimento.

Ai fini dell'errore richiesto per l'annullamento del contratto è quindi irrilevante il successivo andamento e peggioramento dei titoli al fine della

---

<sup>33</sup>Sul tema Cass. civ. Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e Resp.*, 2006, 1, 25.

<sup>34</sup>Il vizio deve derivare da un errore essenziale e riconoscibile: questo errore consisterebbe nella errata valutazione sui rischi dei titoli, derivante dal comportamento della banca che avrebbe taciuto su tali rischi; il tutto presupponendo che qualora avesse ricevuto adeguate informazioni al momento della contrattazione, l'investitore non avrebbe certamente compiuto l'operazione. Ai fini della valutazione sulla sussistenza di vizi del consenso è necessario far riferimento alle caratteristiche dell'investitore. Sarà più arduo considerare quest'ultimo in errore su profili valutativi inerenti al rischio di un titolo acquistato laddove dalla profilatura effettuata dalla banca emerga che il cliente sia un esperto investitore con considerevole propensione al rischio (sul punto vedasi Trib. Parma 17 novembre 2005, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

formazione del consenso e dunque della scelta di investimento consapevole da parte del cliente<sup>35</sup>.

7. L'esigenza di mettere in evidenza un sostanziale squilibrio tra le parti contrattuali, ha fatto in modo che si enfatizzasse il ruolo dell'intermediario quale "operatore qualificato" sul mercato mobiliare<sup>36</sup>, in posizione di sostanziale vantaggio informativo rispetto al risparmiatore; vantaggio che, secondo alcuni, dovrebbe implicare la necessaria conoscenza di informazioni sull'emittente molto dettagliate che esulano dal *rating* creditizio assegnato da soggetti esterni<sup>37</sup>.

La diligenza richiesta all'intermediario (ex art. 1176 c.c.) si "dilata" ad ogni tipo di operazione, verso la quale l'"accorto banchiere" deve, per essere esente da responsabilità, dimostrare una diligenza particolarmente qualificata<sup>38</sup>.

Ciò è senz'altro vero, anche se sembra che a volte si sia andato un po' oltre. La responsabilità dell'intermediario è stata alquanto "forzata" in alcuni casi, dando per scontati degli elementi dei quali non vi era alcuna prova concreta sulla quale fondare una decisione avversa all'intermediario. Esemplificando, si può agevolmente notare che, laddove si afferma che *"è [...] vero che la situazione critica dell'economia statunitense ed in particolare delle banche americane quantomeno dall'estate 2008 era nota e ciononostante [...] appare dunque evidente come gli elementi riportati non possono sempre considerarsi indice di assoluta sicurezza del titolo e soprattutto come, in ogni caso, [...] l'ottimo rating [...] non esonerino l'intermediario dal fornire precise informazioni, di cui era senz'altro in possesso, concernenti la tipologia del titolo offerto all'investitore e la variazione*

---

<sup>35</sup>«La redditività del titolo infatti "non attiene all'oggetto del contratto, ma alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato contratto, con la conseguente irrilevanza della sua valutazione al fine della formulazione del consenso della [parte] attrice" (Trib. Parma, 21 marzo 2007 n. 381, visionabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

<sup>36</sup> Cfr. App. Torino, 28 febbraio 2014, n. 767, visionabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>37</sup>Sulla configurabilità dell'obbligo di informazione continua in capo agli intermediari vedasi PICARDI, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. e giur.*, 2007, 192.

<sup>38</sup>Per tali concetti si rimanda a Cass., sent. 12 giugno 2007, n. 13777, in *Contratti*, 2007, 11, 990.

*qualitativa del rischio non ricollegato affatto alla semplice più lunga scadenza del titolo, ma proprio alla natura dell'emittente*<sup>39</sup>, si dimentica che i *rumors* riportati dalla stampa (gli unici senz'altro rinvenibili come indici di pericolosità del titolo prima del *default* di Lehman Brothers) non possono essere considerati come elementi per fondare un giudizio definitivo sulla particolare rischiosità dell'investimento. Di altre informazioni non si può avere la certezza (*“senz'altro in possesso”*)<sup>40</sup>.

Appare dunque apodittico stabilire che - in un caso analogo a quello del quale si discute - *“la banca intermediaria non poteva, infatti, non essere a conoscenza della situazione di difficoltà dell'emittente [...]”*<sup>41</sup>, non essendovi la prova della disponibilità di informazioni (evidentemente non pubbliche) sul rischio emittente.

In sostanza, non vi è convergenza di idee sugli indicatori di rischio<sup>42</sup> da utilizzare per valutare la affidabilità dei titoli emessi da un emittente. Nella pratica ci si affida usualmente ad un consulente tecnico<sup>43</sup>; tale dato conferma la difficoltà di valutazione da parte degli organi giudicanti, ma non può certo giustificare delle “manovre” di allargamento della responsabilità degli intermediari che non trovano conforto a livello legislativo (“manovre” che penalizzano gli intermediari, soggetti

---

<sup>39</sup>Cfr. App. Torino, 28 febbraio 2014, n. 767, visionabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it). Si veda anche Trib. Aosta, 22 marzo 2012, n. 131.

<sup>40</sup>La discrezionalità nel considerare i menzionati *rumors* come indici di aumento del rischio del titolo, *“con conseguente passaggio del titolo dall'area del basso rischio ad un livello di rischio significativo”*, potrebbe difatti creare notevoli problematiche relative alle differenze di trattamento ed alla ragionevolezza delle differenziazioni (sul tema Trib. Catanzaro, 19 ottobre 2011, n. 685, visionabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).)

<sup>41</sup>Cfr. Trib. Salerno, 20 ottobre 2012.

<sup>42</sup>Gli indicatori di rischio utilizzati dagli analisti finanziari sono principalmente: il VaR (cd. *Value at Risk*), calcolato su base giornaliera e/o settimanale, dell'obbligazione; l'andamento dei CDS (*Credit Default Swap*); il livello di liquidità (attraverso l'indice azioni medie su attivi medi); l'andamento e composizione delle passività totali della società emittente; il rapporto di indebitamento mediante l'ausilio dell'indice *Leverage*; la volatilità storica e implicita del prezzo delle azioni; l'*Earning Per Share ratio*; la distribuzione temporale dei titoli di debito emessi dalla Banca; l'evoluzione storica del prezzo delle azioni e della capitalizzazione di mercato (cd. *Market Cap*), del prezzo delle obbligazioni e del *rating*.

Si rimanda in giurisprudenza a Trib. Aosta, 22 marzo 2012, n. 131; App. Torino, 28 febbraio 2014, n. 767.

<sup>43</sup>Cfr. App. Torino, 19 febbraio 2014, n. 349.

notoriamente maggiormente solvibili e storicamente meno esposti al rischio fallimento (c.d. “*too big to fail*”<sup>44</sup>).

Una prudente valutazione che possa essere considerata compatibile con la diligenza richiesta all'accorto banchiere deve essere ancorata a dati oggettivi<sup>45</sup> e non variabili soggettivamente e discrezionalmente. Appare dunque sostenibile il fatto “*che le principali società di rating avevano continuato a classificare la banca americana come molto affidabile anche dal punto di vista del pagamento delle cedole*”, rendeva “*realisticamente non prevedibile un suo fallimento e non prevedibile nemmeno l'atteggiamento “non interventista” adottato dal governo americano soprattutto se posto in relazione all'atteggiamento dallo stesso tenuto con riferimento ai casi accaduti in precedenza*”<sup>46</sup>.

Su queste basi può fondarsi la assenza di inadempimenti contrattuali da parte dell'intermediario, tanto più se gli obblighi nei confronti della clientela sono rispettati *per tabulas* (attraverso una corretta attività di profilatura), come nel caso *de quo*<sup>47</sup>.

Si può concludere, dunque, che valutazioni di natura “sociale” non possono “estendere” gli obblighi di legge oltre quanto formalmente disposto

---

<sup>44</sup>Per tutti GIANNINO, *The regulation of the ‘too big to fail banks’ under the European merger control: many difficulties and a suggestion*, in *Riv. dir. banc.*, 21, 2013; ROSS SORKIN, *Too big to fail*, ed.it, Novara, 2010; WILMARTH, *Reforming Financial Regulation to Address the Too-Big-To-Fail Problem*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, pp. 707-783, 2010; GWU Legal Studies Research Paper No. 509; GWU Law School Public Law Research Paper No. 509, visionabile su: <http://ssrn.com/abstract=1645921>; WILMARTH, *Too Big to Fail, Too Few to Serve. The potential Risk of National Bank*, in *Iowa Law Review*, 1992.

<sup>45</sup>L'oggettività del processo di determinazione delle condizioni da applicare alle operazioni è uno dei capisaldi per guidare *ex ante* la discrezionalità degli intermediari anche con riferimento alla distribuzione di prodotti finanziari illiquidi; cfr. Comunicazione Consob n. DIN/9019104 del 2 marzo 2009.

<sup>46</sup>Cfr. Trib. Monza, 24 febbraio 2014, n. 605. In dottrina, D'AURIA, *Prevedibilità del default ed appropriatezza dell'informazione: il caso Lehman Brothers*, in *Corr. merito*, 2013, 3, 262.

<sup>47</sup>D'altronde, l'eccezionalità degli eventi che hanno condotto al fallimento di Lehman Brothers e l'oggettiva imprevedibilità del tracollo finanziario di tale emittente, non potendo essere addebitati alla negligenza dell'intermediario, hanno giustificato la mancata condanna della banca anche in contenziosi – sullo stesso tema – conclusi all'estero, fondata più che altro sulla giustificazione delle

normativamente. Ulteriori obblighi rispetto a quelli derivanti dal TUF possono essere eventualmente circoscritti a quanto espressamente negoziato tra le parti.

Pertanto non si potrà che concordare con le argomentazioni del Tribunale di Torino, secondo il quale la permanenza di un *rating* rimasto invariato all'interno del margine di sicurezza sino ai giorni immediatamente antecedenti al *default*, nonché l'assoluta incertezza e impraticabilità di criteri di valutazione di rischio diversi dalla valutazione di *rating*, costituiscono circostanze sufficienti per ritenere che gli intermediari non fossero tenuti a cogliere tempestivamente il rischio di *default* delle obbligazioni Lehman Brothers al fine di informare i clienti per tempo<sup>48</sup>.

Pertanto, la sussistenza di un c.d. obbligo di *alert* nei confronti dell'investitore che abbia ad oggetto l'andamento degli strumenti finanziari sarebbe "particolarmente ampio e gravoso e dai confini oggettivamente incerti"<sup>49</sup>, confermando così l'impossibilità di rintracciare tale obbligo nella legislazione vigente<sup>50</sup>.

I ragionamenti sul punto devono considerare la logica incertezza derivante dai parametri che l'intermediario dovrebbe utilizzare a tal fine; ciò crea una naturale arbitrarietà, che mal si concilierebbe con un obbligo di natura legale<sup>51</sup>.

---

perdite subite dai risparmiatori come conseguenza del rischio dei mercati (cfr. Corte di Appello di Londra, *Rubenstein v HSBC Bank* [2012] EWCA Civ 1184, visionabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)).

<sup>48</sup>In tal senso, la semplice flessione del prezzo dei titoli, se accompagnata dalla stabile permanenza di un *rating* positivo presso le agenzie internazionali, non può ritenersi circostanza tale da indurre gli intermediari a formulare una valutazione di rischio in termini negativi, dovendosi escludere che alla banca intermediaria possa essere rimproverata alcuna violazione dell'obbligo di monitoraggio e informazione (vedasi pure Trib. Parma, 9 luglio 2012, n. 977).

<sup>49</sup>Cfr. Trib. Trapani, 3 aprile 2013.

<sup>50</sup>Cfr. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in GABRIELLI, LENER, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 232; NIGRO, *Ancora sulla configurabilità di un generale obbligo di alert di fonte legale: spunti di riflessione dalla MiFID review*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2013, 10, 893. In giurisprudenza, si rimanda a Trib. Rimini, 27 marzo 2013. Tutt'al più il concetto potrebbe essere "stressato" in vista della necessità di fornire al cliente un'informazione adeguata, ma senza comunque poter giungere all'individuazione di una "rigida" obbligazione di natura continua e basata su ogni potenziale informazione dalla quale poter desumere un andamento negativo dei titoli in portafoglio. In senso sostanzialmente analogo, DI AMATO, *I servizi di investimento*, in AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, 105.

<sup>51</sup>Si rimanda anche ad ABBATE, *Gli obblighi informativi e la responsabilità dell'intermediario nella negoziazione di strumenti finanziari*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2006, 488.

Di conseguenza, l'invio dell'*alert* soltanto dopo la degradazione ufficiale del *rating* delle obbligazioni in questione appare conforme agli obblighi assunti, non potendosi richiedere comportamenti più "gravosi" né invocare una mancata diligenza dal punto di vista professionale. Diversamente si richiederebbe all'intermediario qualcosa che esula dall'oggetto del contratto stesso.

***Vittorio Mirra***

*Dottorando di ricerca in "Diritto ed Impresa", LUISS Guido Carli*

*Avvocato della Consob*